

Informe de Investigación

1 Jurisprudencia

Res: N° 151-2005

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA .- San José, a las nueve horas veinticinco minutos del treinta y uno de mayo de dos mil cinco.-

Proceso ABREVIADO establecido en el JUZGADO QUINTO CIVIL DE SAN JOSE, bajo el número de expediente 99-001471-184-CI, por CARMEN MARIA SCAGLIETTI MARTINEZ, mayor, soltera, vecina de Urbanización La Favorita, Pavas, cédula 1-142-140, SONIA VIRGINIA SCAGLIETTI LINES, mayor, divorciada, vecina de Barrio Los Yoses, San Pedro de Montes de Oca, cédula 1-365-559, DIANA SCAGLIETTI LINES, mayor, divorciada, vecina de Santa Ana, cédula 1-407-794 y HUGO FERNANDO SCAGLIETTI LINES, mayor, casado, licenciado en administración de negocios, vecino de San Pedro de Montes de Oca, cédula 1-461-714 contra TRIFAMI SOCIEDAD ANONIMA, representada por su apoderada generalísima sin límite de suma Olga Sáenz Scaglietti, mayor, casada, ama de casa, vecina de El Carmen de San Antonio de Escazú, cédula 1-565-934.-

Intervienen como apoderados especiales judiciales de los actores el doctor Gastón Certad Maroto y de la demandada el licenciado Fernando Murillo Marchini .-

RESULTANDO:

1.- La presente demanda cuya cuantía se fijó en la suma de dos millones de colones, es para que en sentencia se declare: "...

PRIMERO.- Que el pacto constitutivo de TRIFAMI, S. A. establece que las asambleas de accionistas serán convocadas por cualquier director, de acuerdo con la ley.

SEGUNDO. - Que los socios de TRIFAMI, S. A. fueron convocados para las 10 horas del 10 de mayo de 1999 a una asamblea general extraordinaria a celebrarse en la oficina del Lic. Fernando Murillo Marchini, sita en San Pedro de Montes de Oca, 25 metros al este de la esquina noreste del Parque Roosevelt, mediante la entrega, a cada uno de ellos, de una copia fotostática de una "carta circular" , impersonal, sin firma autógrafa, que es fotocopia de un documento suscrito por el presidente de la compañía.

TERCERO .- Que los socios de TRIFAMI, S. A. fueron convocados a la asamblea de la que se viene discurriendo, pura y simplemente, "para reformas a los estatutos de la sociedad".

CUARTO.- Que por tratarse de una forma de convocatoria no autorizada ni prevista en el pacto social de TRIFAMI, S. A., ni en la ley, y por haberse en ella violado el derecho de información de

los socios de esa compañía, al no incluirse una relación detallada y clara de las cláusulas estatutarias que se proponía reformar, dicha convocatoria es nula.

QUINTO .- Que el pacto constitutivo de TRIFAMI, S. A. no establece dónde se han de reunir sus asambleas de accionistas.

SEXTO. - Que la asamblea de accionistas de TRIFAMI, S. A. se reunió extraordinariamente a las 10 hrs. del 10 de mayo de 1999 en la oficina del Lic. Fernando Murillo Marchini, sita en San Pedro de Montes de Oca, 25 metros al este de la esquina noreste del Parque Roosevelt.

SETIMO.- Que por haber sido mal convocada y por haberse reunido en lugar no autorizado por su pacto constitutivo, ni por la ley, la asamblea general extraordinaria de accionistas de TRIFAMI, S.A. de las 10 horas del 10 de mayo de 1999 es nula y, por añadidura, del mismo vicio adolecen todos los acuerdos que en ella se tomaron.

OCTAVO.-Que, consecuentemente, es nula también el acta que de dicha reunión se levantó.
NOVENO.-Que, consecuentemente, es también nula la protocolización de dicha acta hecha por el Notario Público Lic. Fernando Murillo Marchini, en esta ciudad a las 10 horas del 15 de julio de 1999, en el tomo cuarto de su protocolo, folio 24 frente, escritura número 9.

DECIMO.- Que, consecuentemente, también son nulas: a) la inscripción provisional de dicha acta en la Sección del Diario del registro Público, visible al TOMO CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO, ASIENTO SEIS MIL OCHENTA Y SEIS; y b) la inscripción definitiva que se haga de esa acta en el Registro Mercantil. Envíese a dicho Registro el mandamiento correspondiente para que proceda a cancelar esos asientos.

DECIMOPRIMERO.- Que, en caso de oposición, la sociedad accionada deberá cancelar a los coactores ambas costas de esta acción. De considerarse improcedente la anterior petición, nos apersonamos para que en sentencia se declare la siguiente PETICION SUBSIDIARIA PRIMERA

PRIMERO .-Que los socios de TRIFAMI, S. A. fueron convocados para las 10 horas del 10 de mayo de 1999 a una asamblea general extraordinaria a celebrarse en la oficina del Lic. Fernando Murillo Marchini, en San Pedro de Montes de Oca, para efectuar "reformas a los estatutos de la sociedad".

SEGUNDO.- Que a las 10 horas del 10 de mayo de 1999 la asamblea general extraordinaria de accionistas de TRIFAMI, S. A. se inició con el quórum de ley, con la única ausencia de la nuda propietaria Diana Scaglietti Lines, quien, según el acta de esa asamblea, se integró a esa reunión treinta minutos después.

TERCERO.- Que una vez acordada por dicha asamblea la modificación de las cláusulas primera, décima y décimocuarta del pacto constitutivo de la sociedad, el presidente de la asamblea propuso nombrar nueva junta directiva y fiscal, aunque esos temas no fueron incluidos en el orden del día de la convocatoria, acuerdos que la asamblea podía tomar, según dicho funcionario, por encontrarse presentes en ese momento todos los socios.

CUARTO.- Que no obstante la oposición formulada por los socios Sonia Virginia, Diana y Hugo Fernando, todos de apellidos Scaglietti Lines y de doña Carmen María Scaglietti Martínez, representada por su apoderado especial Lic. Benjamín Odio Chan, es decir, sin el consenso expreso de todos los socios, la asamblea, según se desprende los artículos décimo y décimoprimeros del acta, procedió a nombrar nuevos directores y fiscal.

QUINTO.- Que el acta de esa asamblea no fue firmada por todos los socios de la sociedad sino únicamente por don José Manuel, por sí y como apoderado especial de Olga Scaglietti Martínez, Marisol, Ana del Carmen y Olga Isabel, todos de apellidos Sáenz Scaglietti y por doña Narcisa

Zamora Valerio, allí nombrada como fiscal.

SEXTO.-Que por ser violatorios de la ley comercial, los acuerdos de elección de directores y de fiscal, que corresponden a los artículos décimo y décimoprimer del acta de la asamblea general extraordinaria de accionistas de la compañía TRIFAMI, S. A., número 44, a la que se refiere esta acción, son nulos.

SETIMO.- Que, consecuentemente, es nula también aquella porción del acta de esa asamblea que consignó dichos a cuerdos inválidos.

OCTAVO.- Que, consecuentemente, es también nula la protocolización de esos acuerdos inválidos hecha por el Notario Público Lic. Fernando Murillo Marchini, a las 10 horas del 15 de julio de 1999, en el tomo cuarto de su protocolo, folio 24 frente, escritura número 9.

NOVENO.- Que, en consecuencia, son nulas: a) la inscripción provisional de esos acuerdos en la Sección del Diario del Registro Público visible al TOMO CUATRÓCIENTOS SESENTA y OCHO, ASIENTO SEIS MIL OCHENTA Y SEIS; y b) la inscripción definitiva que se haga de esos acuerdos en el Registro Mercantil. Envíese a dicho Registro el mandamiento correspondiente para que proceda a corregir esos asientos.

DECIMO.- Que, en caso de oposición, la sociedad accionada deberá cancelar a los coactores ambas costas de esta acción. De considerar el Despacho improcedente la anterior petición subsidiaria, nos apersonamos para que en sentencia se declare la siguiente PETICION SUBSIDIARIA SEGUNDA

PRIMERO.- Que el pacto constitutivo de la compañía TRIFA FAMI, S. A. no deroga, ni sustituye por otro, el sistema de voto acumulativo que, para la elección de los miembros del consejo de administración de sociedades anónimas, establece como obligatorio nuestro Código de Comercio.

SEGUNDO.- Que la asamblea general extraordinaria de accionistas de TRIFAMI, S. A. se reunió a las 10 horas del 10 de mayo de 1999 en la oficina del Lic. Fernando Murillo Marchini y, entre los asuntos que acordó, según el artículo décimo del acta de esa asamblea, número 44, eligió nueva junta directiva.

TERCERO.- Que, no obstante las protestas de los socios Carmen María Scaglietti Martínez, representada por su apoderado especial Lic. Benjamín Odio Chan, y sonia Virginia, Diana y Rugo Fernando Scaglietti Lines, en esa elección del directorio no se utilizó el sistema de voto acumulativo y, en consecuencia, la elección se hizo únicamente el voto de los socios Olga Scaglietti Martínez, representada por su apoderado especial José Manuel, de éste y sus hermanas Marisol, Ana del Carmen y Olga Isabel Sáenz Scaglietti, quedando los socios disidentes sin representación alguna en dicho órgano.

CUARTO.- Que por ser contrario a la ley comercial, ese acuerdo de nombramiento de consejeros, que corresponde al artículo décimo del acta de la asamblea mencionada en el extremo petitorio primero anterior, es nulo.

QUINTO.- Que consecuentemente, es nula también aquella porción del acta de esa asamblea que consignó dicho acuerdo inválido.

SEXTO.- Que, consecuentemente, es también nula la protocolización de ese acuerdo inválido hecha por el Notario Público Lic. Fernando Morilla Marchini, a las 10 horas del 15 de julio de 1999, en el tomo cuarto de su protocolo, folio 24 frente, escritura número 9.

SETIMO.- Que, en consecuencia, son nulas también: a) la inscripción provisional de ese acuerdo en la Sección del Diario del Registro Público, visible al TOMO CUATROCIENTOS SESENTA Y



OCHO, ASIENTO SEIS MIL OCHENTA Y SEIS; y b) la inscripción definitiva que se haga de ese acuerdo en el Registro Mercantil. Envíese a dicho Registro el mandamiento correspondiente para que proceda a corregir esos asientos.

OCTAVO.- Que, en caso de oposición, la sociedad accionada deberá cancelarle a los coactores ambas costas de esta acción. "(Sic).-

2.- La accionada fue debidamente notificada de la demanda y la contestó negativamente oponiéndole las excepciones de falta de derecho, falta de interés actual y la genérica de sine actione agit.-

3.- El licenciado Frank Araya Knudsen, Juez Quinto Civil de San José, en sentencia dictada a las quince horas catorce minutos del veintitrés de mayo de dos mil tres, resolvió: "...POR TANTO: Se acoge el incidente de documentos extemporáneos presentado por el apoderado de la parte accionada, en consecuencia se admiten como tales las actas cuarenta y cinco y cuarenta y seis del libro de actas de Trifami Sociedad Anónima. De conformidad con los hechos tenidos por demostrados, consideraciones de fondo efectuadas y los artículos citados, se rechazan las excepciones de falta de derecho, falta de interés actual y la genérica de sine actione agit opuestas por la accionada. En consecuencia, se declara con lugar la presente demanda abreviada de Carmen María Scaglietti Martínez y otros, contra Trifami Sociedad Anónima, pero teniéndose la misma por no aprobada en aquellos aspectos que expresamente no se indicaren, declarándose: a.- Que el pacto social de la compañía Trifami Sociedad Anónima no deroga, ni sustituye por otro, el sistema de voto acumulativo, que para la elección de miembros del consejo de administración de una sociedad anónima, establece nuestro Código de Comercio como obligatorio; b.- Que mediante la asamblea general extraordinaria de accionistas de Trifami Sociedad Anónima, efectuada a las diez horas del diez de mayo de mil novecientos noventa y nueve en la oficina del Licenciado Fernando Murillo Marchini se acordó mediante el artículo décimo del acta número cuarenta y cuatro de esa asamblea, la elección de nueva junta directiva; c.- Que para la elección del directorio no se utilizó el sistema de voto acumulativo, por que la elección se hizo con el voto de los socios mayoritarios, no así de los actores; d.- Que por ser contrario a nuestra legislación mercantil, ese acuerdo de nombramiento de consejeros de Trifami es nulo; e.- Que como consecuencia, sería también nula la porción del acta cuarenta y cuatro de esa asamblea que consignó dicho acuerdo; f.- Que también sería nula la protocolización de dicho acuerdo inválido hecha por el notario público Fernando Murillo Marchini, a las diez horas del quince de julio de mil novecientos noventa y nueve, en tomo cuarto de su protocolo, folio veinticuatro frente, escritura número nueve; g.- Que en vista de todo lo anterior, son nulas también: i.- La inscripción provisional de ese acuerdo en la sección del Diario del Registro Público, visible al tomo cuatrocientos sesenta y ocho, asiento seis mil ochenta y seis; ii.- La inscripción definitiva que se haga de ese acuerdo en el Registro Mercantil, debiendo remitirse al mismo el mandamiento correspondiente para que se proceda a corregir esos asientos una vez firme esta sentencia ; y h.- Que corresponde a la parte demandada el pago de las costas personales y procesales de este asunto .-" (Sic).

4.- De dicho fallo conoce este Tribunal en virtud de apelación interpuesta por el licenciado Fernando Murillo Marchini en su calidad de apoderado especial judicial de la demandada y por adhesión la parte actora. En los procedimientos se han observado las prescripciones correspondientes.

REDACTA el Juez HERNANDEZ AGUILAR; Y,

CONSIDERANDO:

I.- **HECHOS PROBADOS:** Se aprueba la plataforma de acontecimientos que se enlistan como probados, excepto la corrección que se introduce al hecho identificado con el número 3) en el sentido de que las mil quinientas acciones a que se alude en el citado hecho pertenecen a Sonia Virginia Scaglietti Lines y no a Carmen María Scaglietti Martínez . No obstante el Tribunal dispone la inclusión de un nuevo acontecimiento que se identificará con el número 4, con lo cual se corre la numeración respecto a los restantes hechos que se enlistan en el fallo impugnado. 4.- Que durante aproximadamente ocho o nueve años antes de la celebración de la Asamblea General de Accionistas de la Sociedad demandada celebrada el 10 de mayo de 1999, las convocatorias a las Juntas de Accionistas se realizaban de manera oral o por teléfono y sin ningún tipo de publicidad formal, y se realizaban en diferentes lugares incluso ajenos al domicilio social por cuanto no resultaba apropiado para hacer reuniones (ver declaraciones testimoniales de Ana del Carmen Sáenz Scaglietti, Olga Isabel Sáenz Scaglietti y Hugo Fernando Scaglietti Lines a folios 442, 443 y 447 respectivamente).-

II.- **RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL LICENCIADO FERNANDO MURILLO MARCHINI APODERADO ESPECIAL JUDICIAL DE LA SOCIEDAD DEMANDADA TRIFAMI:** La sentencia apelada declaró parcialmente con lugar la nulidad de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la sociedad Trifami llevada a cabo el 10 de mayo de 1999 confeccionada según acta número 44, en lo concerniente a la elección del puesto de tesorero de la Junta Directiva y que correspondía a la nulidad del acuerdo consignado bajo el artículo décimo de la citada acta, sustentada en que la elección del citado cargo en la aludida asamblea, en la votación no se aplicó el sistema de voto acumulativo previsto en el artículo 181 del Código de Comercio. En tal sentido estimó el juzgado de instancia que ante la desaplicación del referido sistema de votación pudo ir en detrimento de los actores, por su condición de socios minoritarios con lo cual la nulidad se produjo al no respetarse lo establecido en nuestra legislación mercantil por cuanto pretendían la elección del actor Hugo Fernando Scaglietti Lines quien no fue designado en el cargo de tesorero. La implementación en el ordenamiento mercantil costarricense del sistema de voto acumulativo se presenta con la reforma introducida al artículo 181 del Código de Comercio mediante Ley N°. 7201 de 10 de octubre de 1990. El citado ordinal actualmente dispone: “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.” Este sistema de votación denominado “acumulativo” tiene su génesis en el derecho estadounidense cuyo régimen en materia de Corporations ofrece diferencias estructurales y funcionales respecto del esquema europeo continental. Corresponde a una forma de representación proporcional por la que se adjudica cada asiento del Directorio a todo grupo o algún accionista cuya tenencia de acciones sea suficiente para ello, en función de las vacantes, que permite a las minorías tener acceso en la elección de uno o



más integrantes del referido Directorio y de manera general, a los miembros de los órganos pluripersonales de la sociedad (LE PERA, Sergio, Voto Acumulativo. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1973. págs. 11, 13 y 15.). En cuanto a sus fines o fundamentos, el voto acumulativo no significa, en ninguna hipótesis, el despojo del gobierno de la mayoría, sino que se limita a otorgar, en algunos casos y a ciertas minorías, un derecho de representación que solo podrá cumplir una función de vigilancia o contralor de la gestión de la mayoría. Respecto a la mecánica del voto acumulativo de acuerdo con el artículo 181 del Código de Comercio, cada acción da derechos a tantos votos como consejeros deban elegirse y cada votante puede acumular sus votos a favor de una sola persona o distribuirlos entre varias; serán proclamados como directivos quienes obtengan el mayor número de votos, siguiendo el orden éstos. Por ende, una adecuada utilización del sistema de voto acumulativo puede reflejar la composición del accionariado en forma proporcional al capital invertido.

III.- Como motivos de agravio invoca el apoderado especial judicial de la sociedad demandada que el sistema de voto acumulativo no aplica en casos de elección parcial de junta directiva, dado que en el caso de autos la elección se limitó al nombramiento de tesorero ante la renuncia planteada en la Asamblea por la exdirectiva Carmen María Scaglietti Martínez. Sostiene el apelante que los actores pretenden hacer incurrir en error al órgano jurisdiccional por cuanto los actores no se abstuvieron de votar para algún cargo con el fin de acumular su voto para la elección de su candidato, lo cual no fue así por cuanto votaron por su candidato para tesorero y perdieron por mayoría. Se alega además que el derecho reclamado se está realizando como una inquietud "ex post facto" cuando su derecho se encontraba caducado por falta de su ejercicio en el momento de la celebración de la Asamblea con sustento según criterio del recurrente en lo previsto en el inciso b) del artículo 181 del Código de Comercio que alude a una posibilidad o facultad en distribuir o acumular los votos. Para tal efecto el recurrente cita doctrina argentina (Rodolfo Blaquier) en que se establece que para el ejercicio del voto acumulativo se debe solicitar de manera anticipada en el sentido de que existe un deber formal por parte del accionista de notificar a la sociedad que va ejercer su derecho de acumular el voto. Los cuestionamientos que invoca el apelante deben ser desestimados. En tal sentido es necesario señalar, que el artículo 181 del Código de Comercio en cuanto introduce la aplicación del voto acumulativo corresponde a una modalidad de elección de directores que debe ser implementada en toda elección de Juntas Directivas. La única posibilidad de evadir el sistema de votación descrito sería por disposición estatutaria de la sociedad, situación que no corresponde al caso debatido. En consecuencia, desde la vigencia del actual artículo 181 del Código de Comercio con la reforma introducida en el año 1990, la elección de Junta Directiva de toda sociedad anónima -salvo estipulación en contrario en los Estatutos - debe llevarse a cabo necesariamente bajo la modalidad de voto acumulativo. Se trata de una disposición imperativa según se evidencia del contenido del citado canon legal, y su observancia y aplicación debe ser garantizada por las personas encargadas de la convocatoria y realización de la Asamblea (Junta Directiva) en el momento mismo de llevarse a cabo la elección total o parcial del Directorio. En tal sentido no lleva razón el apelante en cuanto pretende atribuir una interpretación facultativa a la aplicación del sistema de voto acumulativo regulado en el citado numeral 181. Apreciése que el artículo bajo análisis alude a que los accionistas "ejercerán" su voto por el sistema acumulativo y acto seguido faculta a los socios a seleccionar entre dos modalidades de ejercitar el sistema de elección descrita que se le ofrece a los accionistas consistente en distribuir o acumular el voto en uno o varios candidatos. Resulta claro que la citada disposición legal no concede a los accionistas ninguna facultad discrecional o potestativa para la aplicación del sistema de voto acumulativo según los planteamientos expuestos por lo que el agravio invocado en tal sentido deviene en inconducente. También debe desestimarse el cuestionamiento introducido tendiente a limitar la



aplicación del sistema de voto acumulativo únicamente para el supuesto de elección de la totalidad del Directorio una vez vencidos sus períodos de nombramiento y descartar su aplicación para llenar vacantes temporales. El legislador optó por una posición diametralmente opuesta a la alegada por el apelante al disponer el ordinal pluricitado lo siguiente: “El Consejo no podrá renovarse parcial ni escaladamente, si de esta manera se impide el ejercicio del voto acumulativo.”. En lo que concierne a lo alegado mediante la cita del autor argentino Rodolfo Blaquier en el sentido de que se condiciona el ejercicio del voto acumulativo a través de una notificación anticipada, corresponde a un planteamiento reglado en esos términos en la legislación argentina que difiere ostensiblemente de nuestra legislación positiva antes descrita. La justificación del planteamiento introducido por Blaquier obedece que a diferencia de lo reglado en nuestro artículo 181 del Código de Comercio, el ordinal 263 de la Ley de Sociedades Comerciales argentinas número 19550, expresamente exige la citada notificación: “Art. 263: Elección por acumulación de votos: Los accionistas tienen derecho a elegir hasta un tercio de las vacantes a llenar en el directorio por el sistema de voto acumulativo. El estatuto no puede derogar este derecho, ni reglamentarlo de manera que dificulte su ejercicio; pero se excluye en el supuesto previsto en el art. 262.- El directorio no podrá renovarse en forma parcial o escalonada, si de tal manera se impide el ejercicio del voto acumulativo. Procedimiento: Para su ejercicio se procederá de la siguiente forma: 1) El o los accionistas que deseen votar acumulativamente deberán notificarlo a la sociedad con anticipación no menor de 3 días hábiles a la celebración de la asamblea, individualizando a las acciones con que se ejercerá el derecho y, si fuesen al portador, depositando los títulos o el certificado o constancia del banco o institución autorizada. Cumplidos tales requisitos aunque sea por un solo accionista, todos quedan habilitados para votar por este sistema. 2) La sociedad deberá de informar a los accionistas que lo soliciten, acerca de la notificaciones recibidas. Sin perjuicio de ello, el presidente de la asamblea debe informar a los accionistas presentes que todos se encuentran facultados para votar acumulativamente, hayan o no formulado la notificación.” El precepto foráneo descrito, exige una notificación de tres días como especie de restricción o condicionamiento para su ejercicio, circunstancia que en nada coincide con la regulación adoptada por nuestro legislador donde no se introduce la aludida restricción. Finalmente los hipotéticos cálculos aritméticos a que alude el apelante en el sentido de que aún habiéndose llevado a cabo la elección acumulativamente hubieran perdido los actores en la elección del señor Hugo Fernando Scaglietti Lines para secretario de la Junta Directiva, por encontrarse sustentada en supuestas posibilidades que se hubieran presentado en la votación como sería el caso de que algunos socios ejercieran su voto acumulativo de equis manera, en modo alguno daría mérito para modificar lo resuelto bajo el alero de simples suposiciones aleatorias. En consecuencia se impone desestimar el recurso de apelación planteado por el apoderado de la sociedad demandada.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL APODERADO ESPECIAL DE LOS ACTORES. El Doctor Gastón Certad Maroto apeló adhesivamente la sentencia dictada en autos al mostrarse inconforme al no haberse acogido la pretensión principal de la demanda en que se solicitaba la nulidad absoluta de la totalidad de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas llevada a cabo el día 10 de mayo de 1999. Resumidamente los motivos de nulidad que se plantearon en la demanda contra la aludida Asamblea consistían en vicios de la convocatoria al no haberse publicitado en el Diario Oficial La Gaceta sino que operó a través de una copia fotostática de “una carta circular” unipersonal sin firma autógrafa emitida en San José el 20 de abril de 1999. A su vez invoca “ el orden del día defectuoso” por cuanto la convocatoria estaba formulada exclusivamente para “reforma de estatutos de la sociedad” y sin embargo se entró a conocer aspectos ajenos a la aludida convocatoria referido a la elección de dos miembros de la Junta Directiva como en efecto sucedió al consumarse el nombramiento de dos directivos. Finalmente se invocó como motivo de



nulidad de la totalidad de la Asamblea que su celebración se llevó a cabo en lugar distinto al domicilio social en contra a lo dispuesto en los Estatutos, concretamente en la oficina del apoderado especial judicial de la demandada Licenciado Fernando Murillo Marchini.

V.- Lo relativo al soporte jurídico de la declaración de voluntad de la Asamblea de socios como órgano de la sociedad anónima debe estar precedida de todo un proceso que asume relevancia cuando se advierte que el campo relativo a la invalidez de tales declaraciones comprende lo referido a aquellos supuestos en los que se imputa un vicio en ese proceso de formación de voluntad (tal como sería la ausencia o defecto de la convocatoria a asamblea o la inexistencia de quórum suficiente para sesionar o de mayoría necesaria para decidir) y además que también alcance aquellos supuestos en los que la declaración misma (aún adoptada con todos los recaudos formales suficientes como para que pueda reputarse válida) adolece de ineficacia en vistas a su contenido propio en el tanto no satisfaga el orden jurídico. Por ende, la finalidad de las normas que regulan lo relativo a la convocatoria de Asamblea de Accionistas persigue como objetivo que cada uno de los socios pueda asistir a la Junta convocada para poder intervenir en la formación y adopción de los acuerdos sobre los asuntos sociales que corresponda conocer. De concurrir el fin perseguido motiva que la Asamblea no sea susceptible de impugnación ante la carencia de un interés digno de protección jurídica. Con ello se quiere advertir, que si bien las impugnaciones encaminadas a fulminar la eficacia de las decisiones de la asamblea de accionistas tienen por objeto atacar un acto jurídico de características particulares que le son dadas por la naturaleza colegial de él y la circunstancia de que se trata de la declaración imputable a un sujeto resultante de un orden jurídico especial, es lo cierto, que la acción de nulidad debe fundarse bajo los términos del régimen común y general que en materia de nulidades contempla el Código Civil por disposición expresa del propio legislador de lo mercantil contemplada en el artículo 177 del Código de Comercio. Esto nos lleva a que en definitiva, a la luz de las normas y principios de hecho producido y que da lugar a la impugnación que se deduce es de que aquellos que afectan genéticamente la validez del acto celebrado, esto es, la asamblea o la eficacia de la declaración emitida por ese órgano, o sea, la decisión adoptada por la mayoría -en cada caso- deberá examinarse la existencia o no de una causa eficiente, normalmente que se presenta en el momento de la celebración o de emitirse la declaración, para afectar la regularidad de tales actos y producir, en consecuencia, su nulidad. Si repasamos brevemente el régimen legal referente a la nulidad de los actos jurídicos, se ha de advertir que el Código Civil -cuerpo normativo en el que se trata la materia- califica a los actos celebrados defectuosamente como actos nulos o anulables, según sea la causa eficiente de la nulidad manifiesta y rígida o no manifiesta y elástica o, desde otro punto de vista, según que el acto carezca de un elemento esencial o dependa su invalidez de una pretensión accionable por aquel a quien la ley le otorga el derecho a atacarlo en su presunta eficacia. Los supuestos de actos absolutamente nulos se mencionan en el artículo 835 del Código Civil, mientras que los actos reputados como relativamente nulos en el artículo 836 del mismo cuerpo legal.

VI. Si bien el Tribunal no desconoce que precisamente uno de los derechos con los que cuenta todo accionista es el cuestionar los acuerdos sociales, tal posibilidad se encuentra predeterminada a particulares circunstancias y previo cumplimiento de los correspondientes requisitos. Ello nos lleva a admitir que no necesariamente cualquier violación legal en el acontecer societario, tanto en el ordenamiento vinculado con la convocatoria, celebración y deliberación de la asamblea, cuanto toda infracción legal cometida a través de la declaración que es contenido de la decisión adoptada, daría acción para adoptar la solución de la nulidad. Como ya se ha señalado, debe tenerse en cuenta con relación a lo precedentemente expuesto, que si bien en la legislación mercantil se



consignan los supuestos de nulidad de asambleas en los artículos 176 y 178 del Código de Comercio que lógicamente implican en su contenido, una violación del ordenamiento legal positivo, tal posición se encuentra relacionada con la aplicación de las normas del derecho común en materia de nulidades, lo que abre en nuestro derecho bajo el principio de la unidad hermeneútica del ordenamiento jurídico una interpretación bajo una extensión lógica a fin de corresponder a varias exigencias, tales como la equidad en las mismas relaciones entre partes, la seguridad en el tráfico y afianzamiento en el respeto a terceros. En esa dirección se mueve actualmente la mayor parte de la doctrina foránea que ha precisado que la violación de cualquier norma no determina la nulidad de la deliberación, sino la contradicción de normas que causen lesión de un interés general que trascienda el interés particular del socio o dirigidas a impedir una desviación del fin económico-práctico de la sociedad. (Carlos A. Vanasco, Contribución al estudio de las acciones de impugnación de asambleas y de decisiones asamblearias en la ley 19.550. Publicado en “90 aniversario. Inspección General de Justicia”, Ministerio de Justicia de la Nación. Buenos Aires. 1985. pág. 14). Si a ello se añade la indudable conveniencia del mantenimiento de la validez de los actos jurídicos en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, así como la necesidad de facilitar la fluidez del tráfico jurídico evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios y que no proporcionan garantías adicionales. Recuérdese además que aunque las normas de procedimiento no se hubiesen respetado tal y como sucede en los casos genéricos de tipo instrumental en el ámbito de todo ordenamiento jurídico, afortunadamente se ha venido calando con mayor intensidad en el abono de la “teoría de la nulidad por la nulidad misma”.

VII.- Los planteamientos descritos corresponden a la situación debatida en autos pues concurren dos aspectos de singular relevancia que hacen inatendible la nulidad sustentada en defectos de la convocatoria, así como sustentada en la realización del lugar distinto del domicilio social. El primer aspecto fue correctamente invocado y analizado por el juzgador de instancia al fundamentar la denegatoria de la nulidad sustentada en el hecho de que los socios tuvieron pleno conocimiento de la convocatoria que incluso se refleja en el hecho de que todos se presentaron a la Asamblea. Tal circunstancia evidencia que la finalidad de la convocatoria, aunque realizada de manera anómala alcanzó los fines pretendidos consistente en la comunicación a los socios del contenido así como lugar y fecha de realización de la Asamblea. Aunado a lo anterior merece especial consideración el hecho de que durante aproximadamente ocho años la práctica normal de la convocatoria consistió en comunicaciones orales, telefónicas e informales y en lugares diversos al domicilio social. Tal circunstancia fue expresamente señalada por la testigo Ana del Carmen Sáenz Scaglietti y la confesional practicada a Hugo Fernando Scaglietti Lines (ver folios 442 y 447 respectivamente), donde este último reconoció que cuando fungió como administrador de la sociedad demandada las convocatorias nunca se publicaron en la Gaceta al señalar en la contestación de la pregunta diez: “No se publicaron, las convocatorias a asambleas no se publicaban porque en aquél tiempo, los hermanos Scaglietti Martínez, doña Olga, doña Carmen y don Ferdinando, eran quienes poseían la mayoría de las acciones, incluyendo las que estaban a nombre de sus respectivos hijos, entonces la convocatoria era por medio del teléfono y nos reunimos ellos tres y yo, o en las oficinas de Sastrería Scaglietti o en la casa de doña Olga.” En situaciones como la descrita la jurisprudencia española como la nacional ha venido proponiendo la desestimación de una nulidad. Particularmente en la sentencia del Tribunal Supremo del 30 de enero del 2000 (RJ 2001, 524, dispuso: “No se contravinieron los estatutos, que exigían que la convocatoria de los Consejeros fuera por escrito, al convocar el Consejo de Administración de forma oral, pues es reconocido por el propio recurrente que ésta era la práctica normal en la sociedad, y los estatutos deben ser interpretados de acuerdo con el criterio de la buena fe” En igual sentido el voto RJ 1987, 1416 del citado Tribunal de fecha 5 de marzo de 1987, dispuso: “Siendo tres los socios, dos de ellos



comunicaron al otro la fecha y lugar de celebración de la Junta, “y esa citación puede entenderse válidamente sustitutoria del anuncio de publicidad.” (Sentencias consignadas en: Sociedades de Capital. Legislación y Jurisprudencia, Madrid. Civitas. Primera Edición. 2002. págs 154 y 187). Especial consideración merece el voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 288 de las 9:40 horas del 28 de mayo de 1999 a la que alude el apoderado especial judicial de la sociedad demandada según memorial visible a folios 415 y 416: “En efecto, obra en autos prueba testimonial y confesional donde se ratifica que la forma tradicional de convocar a las asambleas de esta sociedad lo era a través de una nota y, además, de un recordatorio vía telefónica. Consecuentemente, si para esos efectos nunca se había utilizado la publicación en el diario oficial La Gaceta, pese a ser el procedimiento que correspondía al no estipular el acta de constitución mecanismo alguno sobre el particular, lo cierto es que los socios no tenían razón para presumir el cambio que practicó....sic. Es decir, se utilizó un sistema de información establecido por la Ley para burlar los derechos de los socios presuntamente convocados”. Los planteamientos jurisprudenciales descritos vienen asumiendo la posición comentada anteriormente referida a que no basta una infracción a las formalidades previstas para la convocatoria a Asamblea de Accionistas previstas en la legislación mercantil como sustento automático de una declaración de nulidad, toda vez que si la finalidad de la convocatoria ha sido satisfactoriamente alcanzada como sucedió en el caso de autos, no concurre una causa efectiva que determine una declaración de nulidad. Adicionalmente conviene resaltar que aunque el Código de Comercio no dispone en el artículo 176 la exigencia de que los socios aleguen en la propia Junta lo pertinente a eventuales vicios de convocatoria, en el Derecho español a pesar de presentarse la misma omisión que refleja nuestro ordenamiento, viene siendo reiterada la doctrina y jurisprudencia en invocar el aludido requisito a los efectos de dotar de legitimación al socio para el ejercicio de la correspondiente acción de impugnación de asambleas. La constancia de disidencia, corresponde a una propuesta lógica y razonable que en buena medida sería oportuna su implementación en nuestro ordenamiento. Por ende, no se presenta en la especie causa eficiente para declarar la nulidad de la asamblea pretendida en la demanda sustentada en vicios de convocatoria y en que se realizó en lugar distinto al señalado en el domicilio social.

VIII.- Como último motivo de agravio se invoca “ el orden del día defectuoso” por cuanto la convocatoria estaba formulada exclusivamente para “reforma de estatutos de la sociedad” y sin embargo se entró a conocer aspectos ajenos a la aludida convocatoria referido a la elección de dos miembros de la Junta Directiva como en efecto sucedió al consumarse el nombramiento de dos directivos. Según se aprecia de la fotocopia del Acta de la Asamblea cuestionada que corresponde al número 44 visible a folios 45 a 51 los socios si aceptaron por unanimidad entrar a conocer sobre el nombramiento de dos Directivos y a su vez estaba presente la totalidad del capital social. Según consta en el artículo 10 del acta de mérito (folio 50), cuando el presidente sugirió reorganizar la junta directiva, la socia Diana Scaglietti Lines únicamente se limitó a consulta a su abogado sobre la legalidad del cambio a lo cual el licenciado Benjamín Odio dictaminó la ausencia de impedimento por encontrarse reunido y presente la totalidad del capital social. En consecuencia no existió oposición a la moción propuesta para el nombramiento de directivos. Lo que sí resulta necesario aclarar corresponde al hecho de que la citada accionista Diana Scaglietti Lines se opuso a la persona propuesta por el presidente para ocupar el cargo de tesorero. Resulta evidente que dicha oposición no tiene implicaciones sobre el cambio del orden del día sino propiamente sobre aspectos concretos al resultado de la elección. Lo anteriormente descrito resulta acorde con la situación reglada en el artículo 158 párrafo segundo del Código de Comercio: “Se prescindirá de la convocatoria cuando, estando reunida la totalidad de los socios, acuerden celebrar asamblea y se conformen expresamente con que se prescinda de dicho trámite, lo que se hará constar en el acta

que habrán de firmar todos.” La regulación descrita corresponde a lo que la doctrina y algunas legislaciones como el caso previsto en el artículo 99 Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas Española Número 1564 de 22 de diciembre de 1989 denominan “ Asambleas Universales. ” El citado artículo 99 la define en los siguientes términos: “Junta Universal.-

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores la junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto siempre que esté presente todo el capital social y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la junta.”. A criterio del Tribunal, no queda duda que la propuesta de elección de una parte de la Directiva que operó en el caso que nos ocupa corresponde precisamente a una Junta Universal, sin que tenga incidencia que el acto no haya sido precedido de convocatoria o que se haya convocado de manera informal, pues en ambos casos se llega al mismo resultado. Por ende, el término adoptado por nuestro legislador mercantil en cuanto alude al término se prescindirá de la convocatoria debe ser interpretado en los términos precedentes, tal y como lo confirma la doctrina más autorizada en el sentido de que esta modalidad de junta puede originarse sin convocatoria previa o por devenir de una convocatoria informal así como puede surgir del propio seno de una asamblea ordinaria o extraordinaria convocada para tal efecto, y que en el acto los socios introduzcan cambios que genere una Junta Universal que solamente estaría supeditada al acuerdo unánime de la totalidad del capital social, tal y como ocurrió en la especie. Consecuentemente se impone la confirmatoria de la sentencia venida en alzada.

POR TANTO

Se confirma la sentencia apelada.

Alvaro Castro Carvajal

Luis Fernando Fernández Hidalgo

Alvaro Hernández Aguilar



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.