



## Informe de Investigación

**Título:** - Nulidad de Acuerdos de Asambleas de Socios

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Comercial	<b>Descriptor:</b> Nulidades de acuerdos de asambleas de socios en las sociedades anónimas.
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta	<b>Palabras clave:</b> Sociedades Anónimas, Socios, Accionistas, Asambleas, Nulidades, Acuerdos, Actos, Invalidez, Anulabilidad.
<b>Fuentes:</b> Doctrina, Jurisprudencia y Normativa	<b>Fecha de elaboración:</b> 16/ 02/ 2011

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen</b> .....	<b>2</b>
<b>2 Normativa</b> .....	<b>2</b>
a) Código de Comercio.....	2
<b>3 Doctrina</b> .....	<b>4</b>
a) Gino Capella .....	4
b) Gastón Certad Maroto .....	12
<b>4 Jurisprudencia</b> .....	<b>25</b>
a) Sala Primera, Resolución Número 0936- 2005.....	25

## RESUMEN

La presente consulta investigativa hace referencia al tema de las Nulidades de acuerdos de asambleas de accionistas de sociedades anónimas. Se incorpora la normativa del Código de Comercio. Dos artículos de doctrina de los distinguidos Guino Capella y Gaston Certad Maroto, así como jurisprudencia.

## NORMATIVA

### Código de Comercio de Costa Rica <sup>1</sup>

**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 éste 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.

**Artículo 177** - La acción de nulidad a la que da derecho el artículo anterior, se regirá por las disposiciones, del derecho común, y prescribirá en un año, contado desde la fecha en que se adopto el acuerdo, o de su inscripción en el Registro Mercantil, si esta inscripción fuere necesaria.

**Artículo 178** - Los socios podrán también pedir la nulidad de los acuerdos no comprendidos

en el artículo 176, llenando los siguientes requisitos:

- a) Que la demanda señale la cláusula de la escritura social o el precepto legal infringido y en qué consiste la violación.
- b) Que el socio o los socios demandantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución; y
- c) Que la demanda se presente dentro del mes siguiente a la fecha de clausura de la asamblea.

**Artículo 179** - Para resolver sobre acciones de nulidad de los acuerdos, será competente el juez del domicilio de la sociedad.

**Artículo 180** - Los accionistas de cualquier clase que sean, tendrán los mismos derechos para los efectos del ejercicio de las acciones de nulidad.

## DOCTRINA

[CAPELLA, GINO] <sup>ii</sup>

### ***Aspectos procesales de interés en el proceso de anulación de los acuerdos assemblearios de las sociedades anónimas***

SUMARIO: Nota introductoria. 1. La prueba de la legitimación activa. 2. La presunción de validez del acuerdo anulable. 3. La acumulación obligatoria de las pretensiones de anulabilidad. 4. El plazo para intentar la demanda de anulabilidad. 5. Los poderes contralores del juez. 6. Efectos de la sentencia estimatoria respecto de terceros. 7. El medio

procesal para la discusión sobre la anulabilidad de los acuerdos de asamblea.

#### Nota introductoria

Con ocasión de los trabajos preparatorios a la aprobación del texto final de la Ley de Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio - N° 7.201 del 10 de octubre de 1990 la Comisión Redactora introdujo en el Proyecto original algunas disposiciones en sede de invalidez de acuerdos de asambleas de las sociedades anónimas A con la intención de ordenar y mejorar el defectuoso régimen que sobre la materia presentan los arts. 176 a 180 del Código de Comercio vigente. Para ello, se propuso la adopción de la disciplina contenida en los arts. 2377 y ss. del Código Civil italiano de 1942, que, ciertamente, es uno de los más elaborados. De esta forma, además, se aprovecharía la valiosa doctrina ( científica y jurisprudencial ) proveniente de aquel país europeo.

Desgraciadamente, las reformas sugeridas no pasaron por el tamiz del procedimiento legislativo y se perdió una oportunidad importante para ajustar nuestro sistema jurídico (sobre éste y otros temas) a las corrientes más adecuadas. Uno de los aspectos que más nos llamaron la atención fue el procesal. En el Proyecto se quiso instaurar una disciplina especial para regular los procesos en los que se discutiera sobre la validez de los acuerdos de asamblea. Es objeto de este estudio la determinación de la verdadera necesidad de una reforma en ese punto, a la luz del Código Procesal Civil que entró en vigencia el año pasado, bajo el entendido de que nos hemos limitado a aspectos relacionados con procesos en los que se discuten demandas de anulabilidad y no de nulidad. En esta sede, el Juez Mixto de Grecia. Profesor en la Universidad de Costa Rica. el primero de esos fenómenos es de más intenso análisis que el segundo.

Por otra parte, hemos querido incluir algunos comentarios críticos sobre una reciente resolución de la Sala Constitucional muy relacionada con nuestro tema. Tales observaciones obedecen a nuestro deseo de evitar que la vía constitucional del amparo se utilice, como ocurrió en ese caso - mencionado en su oportunidad -, como arma desleal.

## 1. La prueba de la legitimación activa

De acuerdo con nuestro ordenamiento, sólo los socios disidentes y ausentes ostentan el derecho de anulación. Como requisito de admisión a sentencia de la demanda, el actor debe comprobar, antes que su ausencia o disidencia, su calidad de socio. En el art. 2378 párrafo 2<sup>s</sup> del Código italiano - al igual que en el Proyecto de la Comisión, art. 179 -, se exige el depósito de al menos una acción en la secretaría del Juzgado. Es interesante hacer notar que de acuerdo con los textos mencionados, este requisito es de admisión a proceso de la pretensión, no de admisión a sentencia. Consecuentemente, su falta produce un rechazo *ad portas* de la demanda por carencia de uno de los supuestos formales.

Por otra parte, diferentes son las disposiciones que rigen sobre esta sede en nuestro sistema. Efectivamente, tanto los principios rectores de la acción en cuanto título valor como los principios generales de Derecho Procesal (art. 317 Cód. Proc. Civ.) exigen que la legitimación *ad causam* debe ser acreditada. La prueba de la calidad de socio se logra, según lo establecen los arts. 132 y 140 del Código de Comercio, mediante la adquisición por endoso de las acciones y su inscripción correspondiente en el libro de accionistas que, a propósito, lleva la sociedad. Es decir, el socio se acreditará como tal mediante la llamada doble legitimación (arts. 132, 140, 687, 688 del Código de Comercio). No obstante, aquella regla legal prevé solamente la inscripción del endoso en el libro dicho. Tal régimen ha generado resoluciones dispares, porque mientras en algunos casos se ha exigido solamente la demostración de la inscripción registral de las acciones (3), en otras se ha requerido la demostración de la calidad de socio mediante la doble legitimación a que hacen referencia los arts. 687 y 688 del Código de Comercio *De lege ferenda*, esta última corriente es la adecuada.

El buen funcionamiento de la sociedad y el principio, propio de la teoría general de la invalidez, por el cual sólo los sujetos directamente perjudicados con el acto o negocio anulable pueden obtener la declaratoria de tal estado, recomiendan que normas de esta naturaleza integren la disciplina respectiva. Efectivamente, no vemos utilidad en un debate

costoso y largo en el cual es posible determinar *ab initio*, la falta de *legitimado ad causam* y el consecuente fracaso de la demanda.

## **2. La presunción de validez del acuerdo anulable**

Con este título queremos aludir, en realidad, a la necesidad de que la anulabilidad sea llevada a debate judicial mediante pretensión o mediante simple excepción.

De lo contrario, el Juez deberá inhibirse de pronunciarse al respecto. No es ello sino consecuencia traída de los principios generales de la anulabilidad, que no es declarable de oficio. Además, la eventual validez por subsanación tácita (lo que se lograría con el simple transcurso del plazo previsto para la impugnación sin intentarla, por la ejecución voluntaria, de parte del perjudicado, del acto o negocio viciado bajo esta forma o por la falta de interposición de la defensa de anulabilidad) indica que el acuerdo anulable, mientras no sea combatido, debe ser ejecutado.

Cabe agregar aquí que, a menos que exista disposición legal en contra, la regla es que la demanda de anulabilidad nó puede ser anotada en el Registro Mercantil, porque el art. 235 no menciona esa hipótesis, y la elección ahí prevista, por virtud del principio de legalidad que afecta a esta institución, es laxativa. De otro lado, confirma esta tesis el art. 282 del Código

por ende, no se requería de la exhibición material de los títulos, como lo exigen los principios de incorporación y de literalidad que rigen estos documentos. Se basó el Tribunal en el art. 132 Cód.Com. Cabe destacar que hay voto salvado de dos magistrados.

Procesal Civil. La norma contempla las anotaciones registrales de demandas y se limita, por el texto, a las pretensiones reales sobre bienes registrales. Ciertamente, no es esa la costumbre en nuestros tribunales: en ellos se acostumbra, por el contrario, la anotación de la demanda de anulabilidad de los acuerdos de asamblea. Este tema es incluido porque nuestro ordenamiento carece de una regla que expresamente contiene el Código italiano (art. 2378) en el sentido de que el acuerdo combatido se ejecutará salvo que el juez decida su suspensión,

no sin antes oír a los vigilantes y a los administradores. Eso sí, la suspensión procede sólo a petición de parte.

La presunción de validez se manifiesta también con la posibilidad, también imprevista por nuestra Ley, de que el Juez ordene al actor la rendición de una caución para el caso de que la demanda no proceda. De esa forma, se indemnizará a la sociedad demandada por el trastorno causado por una demanda improcedente.

Tanto la necesidad de solicitar la suspensión como la eventualidad de la caución estaban previstos, *mutatis mutandis*, en el art. 179 incisos j) y d) del Proyecto de Reformas al Código de Comercio de la Comisión Redactora, respectivamente. Las disposiciones también fueron eliminadas del texto aprobado.

### **3. La acumulación obligatoria de las pretensiones de anulabilidad**

El sistema italiano (art. 2378) trae una norma que sería de mucha utilidad para prevenir la duplicidad de procesos y para evitar el riesgo de sentencias contradictorias. Se establece que todas las demandas de anulabilidad que contra el mismo acuerdo se planteen, deben ser tramitadas en un sólo proceso y resueltas en una única y misma sentencia. Ello quiere decir que los jueces que conozcan de estos asuntos deben abstenerse de cursar las demandas hasta que no venza el plazo de caducidad previsto para combatir las decisiones. Además, la norma genera el deber del representante de la sociedad de hacerle ver al juez la existencia del proceso más antiguo para que éste ordene su acumulación. La hipótesis está contemplada en el art. 179 b) del Proyecto de Reformas.

El Código de Comercio carece de una disposición similar, pero bien se puede llegar a la acumulación de pretensiones o de procesos por otra vía. Los procesos de anulabilidad contra el mismo acuerdo son coincidentes entre sí en al menos dos elementos: causa y objeto (en el caso, obviamente, de que los actores en los diversos procesos sean diferentes entre sí). Se presentan entonces los supuestos para la acumulación de pretensiones o de procesos (según sea el caso), que debe ser dictada aún de oficio (arts. 123, 125, 127, 128, 130 del Código

Procesal Civil.) Debe dejarse claro que estas normas son novedosas en nuestro sistema, porque el derogado Código de Procedimientos Civiles establecía que la acumulación procedía sólo a petición de parte (art. 128).

#### **4. El plazo para intentar la demanda de anulabilidad**

En el ordenamiento italiano, se prevé un plazo de caducidad de tres meses, computados a partir de la asamblea en la que se tomó el acuerdo viciado y si éste es inscribible, desde que se procedió a su inscripción en el Registro de las Empresas (art. 2377 ). En el Proyecto se siguió idéntica redacción en el art. 176 párrafo segundo, si el acuerdo es inscribible, el plazo se computará a partir de su inscripción en el Registro correspondiente. Con estos plazos se busca evitar que, luego de varios años, se presenten demandas con probabilidades de éxito que tiendan a la impugnación de los acuerdos combatidos. De esa forma, se protegen derechos de terceros y el buen funcionamiento de la sociedad. En el art. 178) del Código de Comercio el plazo (también de caducidad, creemos nosotros, porque le son aplicables las mismas consideraciones) es de un mes contado a partir de la celebración de la asamblea. Como es de caducidad, no es susceptible de suspensiones ni de interrupciones y se enervan sus efectos solamente con la interposición de la demanda correspondiente. No tienen esos efectos los requerimientos extrajudiciales. Asimismo, la excepción correspondiente es previa (art. 298.10 del Código Procesal Civil), aunque puede ser opuesta en cualquier oportunidad procesal hasta antes de la emisión del fallo de segunda instancia (art. 307 ídem). Cabe mencionar que, en tesis de principio, la caducidad es declarable *ex officio*.

Este plazo tiene como *dies a quo* el previsto en el art. 178 c) del Código de Comercio y no otro. Es decir, no renueva el plazo (porque no es susceptible de ser interrumpido, como dijimos arriba) las asambleas posteriores a la combatida en la que se ratifiquen o se confirmen las actuaciones. Así debe ser considerado por las razones que inspiran estos plazos. Asimismo, creemos, al art. 178 b) le es aplicable el régimen de los art: 841 y 843 del Código Civil.

## **5. Los poderes contralores del juez**

Sobre este punto, debemos decir, no hay acuerdo Efectivamente, mientras unos sostienen que el juez debe limitarse a examinar la legalidad (entendida como concordancia del acuerdo con la Ley o con el estatuto que formaría parte de los parámetros de legalidad), otros sostienen que la oportunidad del acto también del ser considerados al momento de resolver el asunto. La discusión se presentó cuando se incluyó, como motivo c anulabilidad, el conflicto de intereses, que es el único aspecto que le daría entrada al examen de los criterios de oportunidad. Por ello, sólo en otros sistemas se ha generado una discusión como ésta. En ellos se nota también, una tercera corriente que afirma que el, examen de oportunidad debe ser considerado sólo cuando se alega precisamente, el conflicto de intereses y se constituye entonces, en un punto de referencia del cual derivar alegada invalidez.

El debate planteado es inútil en nuestro sistema para quienes consideren que el conflicto de intereses es excluido del art. 176 b) Cód. Com. Sin embargo, si admitimos en esa hipótesis (en la del inciso b), en cual caso variaríamos totalmente los supuestos de la figura entonces debemos tomar partido por la última de 1 posiciones expuestas.

## **6. Efectos de la sentencia estimatoria respecto de terceros**

La sentencia que acoge la demanda de anulabilidad, amén de su carácter de cosa juzgada material, ostenta una eficacia que merece ser comentada.

Entre socios (o entre partes), el fallo presentará eficacia *ex tunc* desde el acuerdo combatido, no obstante la naturaleza constitutiva de la sentencia (art. 844 del Código Civil ). Ello es un rasgo de la teoría general de la invalidez que se repite en esta sede, por lo que no merece el punto mayores observaciones.

El punto susceptible de comentario es el referente a los efectos frente a terceros. El Código italiano (art. 2377 párrafo 4<sup>B</sup>) dispone en forma expresa que si bien la sentencia tendrá efecto respecto de todos los socios (y obligará a los administradores a proveer en consecuencia de ella). Por su lado, el Proyecto repite la norma (art. 180 in fine).

Respecto de nuestro sistema, dos posiciones podrían ser tomadas sobre este tema específico:

- i. una primera por la cual podría afirmarse que a falta de norma expresa que tutele los derechos de terceros, la sentencia debería afectarlos y,
- ii. una segunda, que aquí se expone y seguimos en lo personal. Arriba dejamos asentados algunos principios básicos en sede de invalidez. El propósito aparte de recordatorio, consiste en dejar claro que la Ley, con todos sus defectos contiene algunas disposiciones que ciertamente son de vital importancia. El Código Civil (art. 847) prevé que, aún en el caso de nulidad, la sentencia estimatoria no puede afectar a terceros adquirentes de buena fe, al amparo de la fe registral, o bien cuando el derecho de anulación hubiese prescrito. Además deja sentada una regla en su último párrafo, por la cual la rescisión solo afecta a terceros de buena fe si existe norma expresa en ese sentido. Precisamente la falta de esa norma expresa (que los seguidores de la primera posición usan de fundamento para derivar de esa base la eficacia *erga omnes* de la declaratoria de invalidez) es fundamento suficiente para llegar a conclusión de que los terceros de buena fe, no son afectados por estos fallos. Respecto de terceros de mala fe, no existe, evidentemente motivo para tutelarlos de los efectos de una sentencia como las descritas. Resta agregar que con la anotación registral que se acostumbra en la práctica forense, y que resulta ilegal por los motivos dichos líneas atrás, los terceros se ven afectados de tal forma que difícilmente les puede calificar de buena fe. Esa anotación registral se constituye, pues en un medio abusivo del que se valen los interesados en

perturbar el normal funcionamiento de la sociedad.

## **7. El medio procesal para la discusión sobre la anulabilidad de los acuerdos de asamblea**

El Proyecto contenía una disciplina especial en el art. 179. Entre otros extremos, dispone la propuesta que estos asuntos se discutirán en un proceso regulado ahí mismo, en una sola disposición legal. Del cotejo del proyecto respecto del Código Procesal Civil, se deriva claramente que no hubo labor alguna de coordinación entre las Comisiones Redactoras, porque la que se encargó del último cuerpo dejó al proceso abreviado ( art. 420.11) el debate sobre las pretensiones que pudiesen derivarse de los acuerdos de asamblea. Dicho de otra forma: ese es el medio de impugnación idóneo para la discusión de extremos como el que aquí se menciona.

Sin embargo, llama la atención que de una práctica forense que consideramos viciada, puede surgir otro que si bien es efectivo para el actor, desde el punto de vista estrictamente práctico, (por una mala interpretación de las disposiciones vigentes en materia y por un incorrecto razonamiento lógico jurídico), no es adecuado y debe ser desterrado a la brevedad. Nos referimos a la hipótesis por la cual se puede obtener la nulidad de acuerdos de asamblea por la vía del amparo.

Decimos que es inadecuada esta vía por varias razones que, ciertamente, no son las únicas:

i. porque la Ley puede ser objeto de interpretaciones erróneas por parte del Juez que no es especialista o conocedor del Derecho Comercial. Efectivamente, en el asunto comentado, se pidió (con éxito) la nulidad de una asamblea de sociedad anónima porque al recurrente se le negó la participación en el acto. Sin ánimo de profundizar, pero sí de debatir (con los estudiosos del Derecho Constitucional, sobre todo). No creemos que el criterio de fondo sea el más adecuado. Las reglas sobre la invalidez de acuerdos de asamblea, la distinción clara que debe hacerse entre los vicios de la decisión del órgano deliberativo de un lado y los vicios de cada uno de los votos individuales del otro, el principio de conservación

del acto y las reglas sobre la prueba de resistencia indican que si los acuerdos de aquella asamblea fueron tomados por una mayoría que se mantiene aún cuando se hubiese atribuido a la minoría el voto del recurrente, (como efectivamente aconteció ), no había motivo para invalidar el acuerdo,

ii. porque proceder conforme se hizo genera el peligro de que la vía constitucional se utilice, como ocurre con la anotación registral de estas demandas, como un medio abusivo y acaso extorsivo por parte de sujetos cuyas intenciones consistan en el entorpecimiento de la gestión social, más que en la verdadera y sincera tutela de sus allegados intereses y, consecuentemente.

iii. porque la utilización de un proceso sumarísimo y de única instancia como lo es el de amparo para la discusión de asuntos que son propios y exclusivos del Derecho Común puede llegar a causar mayores problemas en la interpretación de nuestro, de por si inadecuado régimen de invalidez. Efectivamente, las decisiones de la Sala Constitucional eventualmente pueden yuxtaponerse a las del órgano jurisdiccional realmente competente para unificar criterios y para indicar el camino de la interpretación judicial más adecuada, cual es la Sala de Casación en sede de Derecho Privado (en nuestro caso, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia).

**[CERTAD MAROTO]** <sup>iii</sup>

***REGIMEN DE INVALIDEZ DE ACUERDOS DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS  
EN LA SOCIEDAD ANONIMA***

**A) Derecho Comparado. Doctrina. 1. Italia. 2. Francia. 3. Alemania. 4. España. 5. Inglaterra. 6. Estados Unidos de América. B) Derecho Positivo Costarricense. Referencias al Código de Comercio Hondureño. C) Jurisprudencia Nacional.**

*“ Garriguez afirma que "es éste uno de los problemas más arduos del Derecho de sociedades anónimas. Ni aun las legislaciones que contienen normas especiales sobre este tema han conseguido resolverlo satisfactoriamente. Es fácil decir cuándo es válido un acuerdo de la junta general, pero es difícil saber cuándo es nulo y, sobre todo, cuáles son las consecuencias de esa nulidad. El acuerdo puede ser absolutamente nulo o simplemente anulable, siendo grande la trascendencia de esta distinción".*

Los acuerdos de asamblea de accionistas pueden ser: a) válidos, si fueron tomados de conformidad a la ley y al acto constitutivo; en este supuesto, obligan a todos los socios, aun si ausentes o disidentes; y b) inválidos, cuando no hayan sido tomados de conformidad al Código de Comercio, o a la escritura social; o fueren incompatibles con la naturaleza de la sociedad anónima; o violaren disposiciones dictadas para la protección de los acreedores de la compañía o en atención al interés \* público; o no hubiere tenido la sociedad capacidad legal para adoptarlos.

Podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que, por regla general, estamos en esta materia ante un caso de nulidad cuando el acuerdo viole ^ una norma legal de carácter imperativo; y ante un caso de anulabilidad cuando lo violado fuere un precepto o cláusula del pacto constitutivo que no sea reproducción fiel de una norma legal imperativa.

*"Los vicios que invalidan la deliberación versan, para la mayoría de los autores, sobre el procedimiento de formación de la deliberación; para algunos autores también sobre el contenido, como en el caso de una deliberación que violare los derechos individuales de los accionistas. Según otra posición doctrinal, no todos los vicios del procedimiento se traducen en causas de anulabilidad, siendo necesario distinguir según se trate de falta de los presupuestos o elementos constitutivos de la deliberación (nulidad), o de simple vicio o defecto de los mismos*

*(anulabilidad). Dentro de este orden de ideas, se considera anulable la deliberación producto de una convocatoria irregular y nula la alcanzada por una asamblea no convocada, o convocada con un aviso del todo inatendible; nula la deliberación de la asamblea no convocada en la que esté ausente un socio, anulable aquella en que no se presenten los síndicos; nula la deliberación tomada sin la contextúa la reunión de los socios, anulable la tomada por un número de socios insuficiente para constituir el quórum. Muy controvertido es el punto de si la deliberación tomada sin la mayoría suficiente de votos produce anulabilidad o nulidad o, según otros, inexistencia"*

Y es que esta materia, como bien expone Garriguez es de lo más espinoso y delicado que tiene el derecho societario, máxime si pensamos que, en un futuro no muy lejano, en Costa Rica deberemos —tal y como lo adelantamos en la ponencia presentada ante la comisión "Reforma de la Sociedad Anónima" del III Congreso Jurídico Nacional (Colegio de Abogados, 8 de setiembre de 1975), trabajo aprobado en comisión y en plenario- afrontar serios problemas que hoy preocupan a realidades económicas superiores a la nuestra: *"todos somos conscientes de la crisis actual del accionista, del divorcio verificado entre poder y propiedad y entre poder y riesgo en la sociedad anónima. Esa crisis se refleja puntualmente en el funcionamiento de la asamblea, dominada por los grupos de control, que no son necesariamente grupos de mayoría. El accionista individual está más que nunca ausente o impotente, confinado a desempeñar el papel de simple espectador frente al enmarañado juego de las participaciones cruzadas, recíprocas y de control, y a las luchas de poder entre grupos a los que es totalmente extraño. . . En este sentido la asamblea se ha convertido en un simulacro de sí misma, en el teatro vacío de batallas que en realidad se combaten entre bastidores. La asamblea cuenta, en el sentido que ella debe sancionar los actos de los administradores y amortiguar y canalizar el eventual descontento de los accionistas, pero sus decisiones son generalmente descontadas 'a prior i'".*

5. *"Que para frenar este proceso avasallante se debe contar al menos con un suficiente régimen de impugnación y nulidad de acuerdos de asamblea, cuando estos han sido tomados en violación a la ley o al pacto constitutivo".*

Abunda también en estos conceptos el connotado profesor de la Universidad de Turín Gastone Cottino: *"En un cuadro caracterizado por el voto por mandato, por las delegaciones a instituciones bancarias y financieras, por los sindicatos de acciones, por la presencia de sólidos paquetes de control, por la intervención de los inversionistas institucionalizados, los 'managers' se mueven como a bien tienen, casi como nuevos vestales de la potencia y de la riqueza de la sociedad por acciones"*.

Todas estas citas y consideraciones nos demuestran cuán importante es contar con un buen articulado en materia de invalidez e ineficacia de acuerdos de asamblea de accionistas en la sociedad anónima, o más bien, en las sociedades de capitales.

1. En Italia, el amplio debate doctrinal y jurisprudencial que se ha suscitado en torno a la invalidez de los acuerdos de asamblea, ha identificado cuatro categorías: anulabilidad por violación a la ley o al acto constitutivo (artículo 2377, Código Civil italiano de 1942); nulidad, por ilicitud o imposibilidad del objeto (artículo 2369); inexistencia, por falta de los elementos fisionómicos esenciales para configurar una deliberación colegial; e ineficacia, por violación a derechos de terceros o a derechos indisponibles de los socios.

Cualquier violación a la ley, aun tratándose de una norma imperativa, determina la anulabilidad de la deliberación; la nulidad surge, según otras tendencias doctrinales, como sanción a los vicios de procedimiento de formación de la voluntad de la asamblea, unida a los dos casos previstos en el citado artículo 2369. Desde este punto de vista, es nula toda deliberación resultante de la violación de una norma procesal imperativa. En esta última hipótesis, autores como Fré, Ferrara Jr. y Candían, hablan más bien de inexistencia. Inexistente es, según Graziani y Ferrara Jr., la deliberación, tomada en una reunión informal de los socios sin que en ella estén presentes los extremos necesarios para la constitución de la asamblea llamada totalitaria; según Candían, la deliberación adoptada sin el quórum constitutivo o sin el quórum deliberativo; o, para Graziani, la adoptada sin una previa convocatoria o con el voto determinante de extraños o de socios no legitimados.

Según la reciente formulación doctrinal de Buttaro, la deliberación es existente sólo si se presenta como resultado de un procedimiento que se ha formado a través de la convocatoria, la reunión, la votación y la proclamación.

Para Cottino, "sin convocatoria no hay asamblea; surge entonces un problema de inexistencia de la deliberación" .

La deliberación se considera inexistente en los más recientes pronunciamientos de la Corte de Casación italiana, cuando no se hubiere formado una voluntad social o hubiere faltado un indispensable anillo en la cadena de su formación, como en el caso en que no se hubiere alcanzado la mayoría necesaria o esta hubiere sido insubsistente por haber concurrido a su formación sujetos no legitimados al voto.

El Tribunal de Turín, en sentencia del 22 de marzo de 1944, estableció que en caso de inobservancia de las formalidades previstas para la convocatoria, la deliberación es inválida.

2. En Francia, los vicios (de formación o de contenido) de las deliberaciones de la asamblea no siempre corresponden a los examinados en el Derecho italiano. Por ejemplo, no siempre la irregularidad en la composición del cargo de presidente o en el ejercicio ilegítimo del derecho de voto, vician la deliberación. El criterio directivo de la jurisprudencia francesa, parece ser el de que la inobservancia de las normas sobre el procedimiento formativo es causa de invalidez de la deliberación, sólo si el vicio de forma es tal que influya sobre la deliberación misma.

La sanción contra las deliberaciones inválidas es la nulidad, pronunciada, según los casos, a petición de uno o varios socios y de los terceros interesados, dentro de un término de prescripción que es generalmente de 5 años. La deliberación puede ser convalidada (salvo en caso de objeto ilícito) mediante la sustitución con otra tomada conforme a la ley o al pacto constitutivo.

*"El artículo 173 de la Ley del 24 de julio de 1966, enuncia una determinada cantidad de causas de nulidad de las deliberaciones de la asamblea, a las cuales debe añadirse la que se desprende del principio general del artículo 360, párrafo 2, que declara nulos los actos o deliberaciones realizadas en violación de alguna disposición imperativa de la ley de 1966. Así por ejemplo, puede ser anulada una deliberación por violación de las disposiciones relativas al quórum y a la mayoría, a la confección del orden del día o de la planilla de asistencia, así como por abusos de derecho, exceso o desviación de poder, que perjudiquen los derechos individuales de los accionistas o las atribuciones legales conferidas a un órgano de la sociedad".*

*"La violación de las disposiciones imperativas, relativas a la convocatoria, está penalmente sancionada, mientras que cualquier asamblea regularmente convocada, puede ser anulada (ley de 24 de julio de 1966, artículos 441 y siguientes; artículo 159). No obstante, la acción de nulidad no es admisible si todos los accionistas estaban presentes o representados (artículo 159)".*

La nulidad es de orden público, de manera que cualquier interesado puede iniciar la acción. Mas a diferencia de la acción de nulidad de la sociedad, la acción de nulidad de las deliberaciones de la asamblea se extingue por la reparación regular del vicio que dio lugar a aquellos (artículos 362).

En Alemania, las deliberaciones de la asamblea general no aprobadas en votación separada o en asamblea especial por las categorías afectadas en los casos en que la relación entre las categorías de acciones debe ser modificada en perjuicio de alguna de ellas (artículo 146, párrafo 2 AktGG); en aumentos de capital (artículos 149, párrafo 2, 160, párrafo 1, y 169 párrafo 2); en emisión de obligaciones convertibles (artículo 174, párrafo 1); en disminuciones de capital (artículos 175, párrafo 2 y 182, párrafo 2); y cuando la asamblea general limite o excluya el privilegio de las acciones o decida la emisión de acciones privilegiadas de rango anterior o equivalente al de las acciones privilegiadas sin derecho a voto ya existentes; son por ley ineficaces.

Por su parte, las deliberaciones de la asamblea pueden además ser nulas o anulables.

Según el artículo 195, las deliberaciones son nulas Sólo en los casos siguientes:

- a. cuando la asamblea no haya sido convocada en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 105 (salvo que todos los socios estuvieren presentes o representados conforme a la ley);
- b. cuando de la deliberación no haya sido levantada el acta siguiendo los principios enunciados por el artículo 111, párrafos 1,2 y 4;
- c. cuando la deliberación sea incompatible con la esencia de la sociedad anónima, o su contenido contraste con normas dictadas exclusivamente o prevalecientemente para tutelar a los acreedores sociales o en el interés público;
- ch. Cuando el contenido de la deliberación sea contrario a las buenas costumbres;
- d. cuando la deliberación haya sido declarada nula y cancelada según el artículo 144, párrafo 2, de la ley sobre la jurisdicción voluntaria, con sentencia firme;
- e. cuando el balance del ejercicio anual sea aprobado por el "Aufsichtsrat", sin el control preventivo de los "prüfer";
- f. cuando la deliberación sea contraria a otra de aumento condicionado del capital social (artículo 135, párrafo 1); y
- g. cuando la deliberación de disminución del capital se encuentre en las hipótesis previstas en los artículos 181, párrafo 2, 188, párrafo 3 y 189, párrafo 2.

La nulidad del extremo b) anterior se subsana con la inscripción en el Registro Mercantil; las de los extremos a), c) y ch) con la inscripción y con el transcurso de 3 años.

Son anulables las deliberaciones contrarias a la ley y al pacto constitutivo (artículo 197, párrafo 1), por violaciones respecto a las cuales no haya sido evidentemente establecida una sanción distinta. Son además anulables: la deliberación en que el accionista haya buscado intencionalmente, con el ejercicio del derecho al voto, conseguir para sí o para un tercero, ventajas particulares extrañas a la sociedad y en perjuicio de la misma sociedad y de los

socios y siempre que la deliberación resulte idónea para lograr tal fin (artículo 197, párrafo 2) y aquella en tema de aprobación del ejercicio anual, prevista en el artículo 197, párrafo 3.

La anulabilidad puede ser solicitada por los socios presentes disidentes; por los ausentes, cuando les haya sido legítimamente negada la intervención, o cuando la asamblea no haya sido legalmente convocada o el orden del día no haya sido notificado según la ley; por todo socio (artículo 197, párrafo 2); por el "Vorstand"; por un miembro del "Vorstand" o del "Aufsichtsrat", cuando la ejecución de la deliberación les acarree responsabilidad personal (artículo 198, párrafo 1) y por un número de socios que alcance el 20 por ciento del capital social, en los casos señalados en el artículo 198, párrafo 2.

4. Siguiendo el ejemplo de otras leyes extranjeras, la L.S.A.-española sale en defensa de las minorías ofreciéndoles un sistema de impugnación de acuerdos mayoritarios, colmando así una laguna muy sentida en el Código de Comercio y extendiendo sus normas al ámbito procesal para dar eficacia práctica a las acciones judiciales de impugnación que, antes de su promulgación, debían seguir los trámites del juicio declarativo ordinario, —tal y como desgraciadamente sucede hoy en nuestro país—, juicio que, al cabo de muchos y largos años, ponía fin al proceso con una sentencia cuyo valor práctico era, la gran mayoría de las veces, igual a nada.

El párrafo 1 del artículo 67 de la L.S.A. establece que podrán ser impugnados, según las normas y dentro de los plazos establecidos en el artículo siguiente, los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, a los estatutos o que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Parte la ley de la distinción entre acuerdos sociales nulos (contrarios a la ley) y anulables (los demás), distinción que resulta nítida de una comparación entre el artículo 67 y el 68. Los primeros pueden ser atacados por el procedimiento de impugnación regulado en el artículo 70 o en la vía declarativa ordinaria; los segundos, sólo lo pueden ser por el trámite sumario de impugnación del artículo 70. Sin embargo, la consecuencia más importante de la distinción estriba en que, mientras los

acuerdos anulables quedan sanados si no se impugnan en el breve plazo de caducidad establecido por la ley, los nulos no pueden subsanarse por el transcurso del tiempo, ni pueden ser ratificados ni convalidados por otro acuerdo posterior.

*A modo de ejemplo nos dice Garriguez podemos citar como acuerdos nulos los siguientes:*

**1. Los que impliquen violación a una norma legal sobre convocatoria, constitución y celebración de la junta.** *Así, serán radicalmente nulas las deliberaciones que sólo tengan la apariencia de una junta general, que por esta razón deben ser consideradas inexistentes (asamblea reunida sin convocatoria, a menos que tenga el carácter de junta universal, según el artículo 55; o convocada por quien no tiene facultades para ello, o en forma distinta de la prevista en la ley —artículos 49, 53 y 54-; o por un grupo faccioso de accionistas; o fuera de la localidad donde la sociedad tenga su domicilio —artículo 63-; o constituida indebidamente sin el quórum exigido por la ley -artículo 51 —; o en la que no se haya formado la lista de asistentes -artículo 64-; etc.)...".*

Sendos fallos del Tribunal Superior Civil español recalcan la importancia de la convocatoria regular en relación a la validez de la deliberación:

*"La única manera de desvirtuar la alegación de haberse infringido lo dispuesto en el artículo 53 L.S.A., por falta de publicación del anuncio de la junta en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, no puede consistir sino en probar que esa publicidad ha sido cumplimentada" .*

*"Una Junta general no se ha celebrado válidamente, siendo nulos, por tanto, los acuerdos adoptados en ella, cuando no se comunicó la convocatoria individualmente a los accionistas, incumpléndose así lo dispuesto al respecto en los estatutos sociales" .*

5. En Inglaterra, contra las deliberaciones viciadas de la asamblea no existen verdaderas y propias acciones de impugnación, pero pueden lograrse resultados análogos con las llamadas "den vative actions" y "personal actions". Con la "derivative action" el socio actúa contra tercero (comprendiendo entre ellos a los administradores a los socios que administran la sociedad) para hacer valer derechos de la sociedad cuando ésta no los ejerza; estas acciones están dirigidas a eliminar un "fraud on the minority".

Las "personal actions" se le conceden al socio contra la sociedad para tutelar un derecho suyo que resultó violado, como en el caso en que se pretenda obtener un pronunciamiento que prohíba a la sociedad actuar "ultra vires", o violar los derechos de las distintas categorías de acciones, o privar al accionista de su derecho al voto, o de otros derechos, o ejecutar deliberaciones especiales o extraordinarias inválidas, o se pretenda modificar la estructura interna de la sociedad en circunstancias que constituyan un "fraud on the minority";

6. En los Estados Unidos de América, la mayoría de las leyes estatales sobre la S.A., en lugar de un derecho a impugnar las deliberaciones de la asamblea, le confieren al socio un "direct right of action" y un "derivative right of action", a semejanza (y con base en presupuestos análogos) de cuanto sucede en la Gran Bretaña.

Estas acciones (que se confieren también para reprimir o impedir actos ilícitos de los administradores) pueden ejercitarse para evitar el cumplimiento de actos tendientes a la ejecución de deliberaciones inválidas o para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieren originado de la ejecución de las mismas.

B) En el Código de Comercio de Costa Rica, se consideran nulos, esto es, viciados de nulidad absoluta, aquellos acuerdos de la asamblea en los que la sociedad no tuviere capacidad legal para adoptarlos; o que se tomare con infracción a lo dispuesto en el Capítulo Tercero, Título Primero del Libro Primero del Código, o que 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 176).

Esta norma está claramente inspirada en el artículo 193 del Código de Comercio de Honduras: sus incisos a) y c) corresponden fielmente a los numerales I y V de la citada norma hondureña. En cuanto al inciso b) de nuestro artículo, con él se pretendió fusionar, en uno solo, los incisos II, III y IV del repetido artículo de Honduras, cuyo texto pasamos a transcribir:

*"II. - Cuando se tomaren con infracción de lo dispuesto en los artículos 177, 178 y 179, salvo que al momento de la votación estuviere representada la totalidad de las acciones y ningún accionista se opusiere a la adopción del acuerdo.*

h. - *Cuando falte la reunión de los socios.*

i. - *Cuando tengan un objeto ilícito, imposible o fuere contrario a las buenas costumbres".*

Pero el aludido intento de fusión operado por nuestro legislador, de cuyas buenas intenciones no dudamos, no dio en la práctica, ni mucho menos en teoría, el mismo resultado de la norma hondureña, como quedará claro más adelante.

La acción de nulidad a que da derecho el artículo 176 se rige por las disposiciones del derecho común, sea por los artículos 837 y 843 a 847 del Código Civil (que regulan la nulidad absoluta) y prescribe en un año, contado a partir del día en que se tomó el acuerdo o de su inscripción en el Registro Mercantil, si fuere necesaria (artículo 177 y artículo 194 del Código Mercantil hondureño).

En resumen, las causales enumeradas en el artículo 176 de nuestro Cuerpo de Leyes mercantil son de nulidad absoluta, pudiendo alegarse por todo el que tenga interés en ellas, y declararse aun de oficio; no pueden subsanarse por la confirmación o ratificación de la misma

sociedad y prescriben en un año (combinado de los artículos 176 y 177 del Código de Comercio y 837 del Código Civil).

Por su parte, el artículo 178 reconoce como causas de nulidad, aquellas no comprendidas en el artículo 176. Frente a semejante disposición, dos conclusiones se imponen: a. que se trata de causas de nulidad absoluta porque, al hablar el legislador de nulidad a secas, y no de anulabilidad, ha querido sancionar el vicio o defecto con la forma más severa de invalidez que, para el ordenamiento jurídico costarricense es, precisamente la nulidad absoluta (artículo 835, Código Civil) y porque la nulidad absoluta es la regla general y la relativa, la excepción; y b. que las causas de nulidad no comprendidas en el artículo 176 son, únicamente, la violación de cláusulas de la escritura social, sin violaciones al Código de Comercio mismo, que no sean los artículos 177, 178 y 179, siempre que no se dé la circunstancia que el mismo inciso II prevé.

Las casi inoperantes causas de nulidad señaladas por nuestro artículo 178, para resultar procedentes, deben ser solicitadas, exclusivamente, por uno o varios socios ausentes o disidentes (y en esto la nulidad absoluta que contiene este artículo es especial en la medida que deroga la norma general que permite a cualquier interesado demandar la nulidad y al Juez de oficio declararla —artículo 837—), quienes deberán indicar en la demanda, la cláusula de la escritura social o precepto legal infringido y en qué consiste la violación. La acción caduca un mes después de la fecha de clausura de la asamblea.

Inexplicablemente, nuestro legislador omitió transcribir los artículos 196 a 200 del Código de Comercio de Honduras que, dicho sea de paso, hacen muchísima falta.

Todos estos motivos nos llevaron a escribir oportunamente *"que el régimen de invalidez de acuerdos que nuestro Código de Comercio establece es del todo inoperante y tortuoso, debiendo en todo caso recurrirse al engorroso, y poco efectivo para el caso, juicio ordinario"*.

Esto no significa, ni por pienso siquiera, un entusiasta apoyo de nuestra parte al sistema de invalidez de acuerdos de asamblea de accionistas del Código de Comercio de Honduras, este también haría criticable: se trata tan sólo de una severa crítica que persigue recalcar, una vez más, el hecho de que, la legislación mercantil hondureña, también en esta materia nos supera.

C) La labor jurisprudencial de nuestros tribunales, salvo que existan algunas sentencias que pudimos haber omitido en nuestra investigación y que, por ende, ignoramos, no es fecunda en esta materia a partir de la promulgación del Código de Comercio vigente. Amén del fallo ya citado líneas atrás (ver infra, I, D), hemos encontrado una sentencia de suyo interesante de la Sala Segunda Civil, que se produce en los siguientes términos:

*"No es procedente la solicitud del actor pretendiendo que se anule la convocatoria a la asamblea de accionistas de la sociedad demandada, la asamblea realizada y todos los acuerdos en ella tomados, ya que todos estos actos fueron ratificados por los accionistas reunidos en calidad de asambleístas, siendo la Asamblea General la máxima autoridad" .*

Realmente no entendemos cuál sea el fundamento legal de semejante principio sentado por la Sala Segunda de lo Civil.

A pesar de que para nuestro Código de Comercio la sociedad mercantil es un contrato, creemos difícil por las peculiaridades del mismo, aplicarle la normativa general del Código Civil en materia de invalidez. Ello no obstante, al no contener nuestra recopilación mercantil un tratamiento especial para la invalidez social, nos obliga a recurrir, con fundamento en el artículo 2, a dicha normativa general. Y desprendiéndose del artículo 176 que las causas de invalidez allí previstas son de nulidad absoluta (porque el legislador los califica de nulos y no de anulables y porque la nulidad absoluta en la regla general y la relativa la excepción, lo que en caso de duda nos obliga a acoger la primera), ellos se rigen por el artículo 837 del Código Civil, según el cual esta forma de invalidez puede ser declarada de oficio por el Juez; puede ser

pedida por cualquier sujeto interesado y no puede ser subsanada por la confirmación o ratificación de las partes.

Ahora bien, si como hemos dicho líneas atrás, la deliberación es un acto unilateral plurisubjetivo y, como es patente, la nulidad absoluta no puede ser subsanada por la confirmación o la ratificación de las partes (doctrina del artículo 837 del Código Civil), en mala hora puede admitirse el principio sentado por la Sala en el fallo de comentario, pues no otra cosa sería, precisamente, que subsanar el vicio de nulidad absoluta por una confirmación o ratificación del acto nulo, la deliberación, por la única parte que en él intervino, la sociedad. Esto, que constituye una derogatoria a la disciplina general de la invalidez, no puede hacerse por vía jurisprudencial sino, exclusivamente, por disposición de ley. No pretendemos hacer creer que nos disgusta la conclusión de nuestros Magistrados: ella es principio que rige y señorea en casi la totalidad de códigos mercantiles y leyes societarias del mundo occidental; tan sólo queremos llamar la atención sobre el hecho de que, en nuestro humilde criterio, a dicha solución no puede llegarse en nuestro país por las razones ahora apuntadas.

## **JURISPRUDENCIA**

### **A) SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SENTENCIA 00936 – 2005 <sup>iv</sup>**

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-San José a las diez horas veinte minutos del dos de diciembre del dos mil cinco.

Proceso abreviado establecido en el Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Heredia, por “INVERSIONES HERRADURA SOCIEDAD ANÓNIMA”, representada últimamente por presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, Pablo Enrique Guier Acosta, bínubo; contra “HOTELERA BONANZA SOCIEDAD ANÓNIMA”, representada por su presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, ISSA FAZAL LADHA,



empresario hotelero, de nacionalidad estadounidense, con Opasaporte número uno cinco cuatro uno tres siete ocho dos dos, vecino de Orlando, Florida; quien es demandado en su carácter personal y es representado por su apoderado generalísimo sin límite de suma, Gustavo Araya Carvajal, soltero, egresado de derecho. Figura como apoderado especial judicial de la demandada, Pedro Miguel Muñoz Fonseca FILLIN "" \d "" . Todos son mayores de edad y con las salvedades hechas casados, abogados y vecinos de San José. RESULTANDO

1°.-Con base en los hechos y disposiciones legales que citó, la parte actora estableció demanda, a fin de que en sentencia se declare: "nulos los acuerdos referidos a los puntos a), b), y c) de la convocatoria, tomados en la sesión extraordinaria y ordinaria iniciada el diecisiete y concluida el veintidós de julio del dos mil dos."

2°.-El apoderado generalísimo, contestó en los términos que corren a folios 384 al 390 e interpuso las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva, falta de interés y la genérica de sine actione agit.

3°.- El Juez, Ricardo Chacón Cuadra, en sentencia No. 195-R-2004 de las 15 horas 40 minutos del 8 de junio de 2004, resolvió: " De conformidad con lo expuesto y citas legales, se resuelve: Se rechaza la excepción de caducidad opuesta por la parte demandada por improcedente. Se reserva el pronunciamiento sobre la prescripción también alegada, para conocerlo en sentencia."

4°.- Don Gustavo Araya, apeló y el Tribunal Superior Civil de Heredia, integrado por los jueces Henry Madrigal Cordero, Roberto J. Sánchez Bustamante y Carmen Ma. Blanco Meléndez, en sentencia No. 243-01-2004, de las 9 horas 20 minutos del 11 de agosto de 2004, dispuso: "Se admite la apelación adhesiva presentada por el apoderado generalísimo del codemandado Issa Ladha y se confirma la resolución apelada."

5°.- Los demandados formulan recurso casación, el codemandado por la forma y por el fondo y alega violación de los numerales 176, 177, 178, 968 y 972 del Código de Comercio, 5, 98 inciso 1), 153, 155, 290, 300 y 428 del Código Procesal Civil, así como el 865, 866 y 867 del Código Civil. El de la sociedad, únicamente por el fondo; y, señala el quebranto de los artículos 176, 177 y 178 del Código de Comercio, 290 y 428 del Código Procesal Civil.

6°.- Para efectuar la vista se señalaron las 10 horas 15 minutos del 15 de diciembre de 2004. Asistieron el apoderado generalísimo del demandado, Issa Fazal Ladha, el Lic. Ricardo González Mora y el apoderado especial judicial de la sociedad, Lic. Pedro Muñoz Fonseca; estos últimos hicieron uso de la palabra.

7°.- En los procedimientos se han observado las prescripciones legales. Intervienen en la decisión de este asunto los Magistrados Suplentes, Gerardo Parajeles Vindas y Álvaro Meza Lázarus.

Redacta el Magistrado Rivas Loáiciga CONSIDERANDO

I.-

El día 22 de agosto del 2002, Inversiones Herradura S.A. interpuso el presente proceso abreviado. Solicita, en lo esencial, se declaren nulos los acuerdos referidos a los puntos a), b) y c) de la convocatoria, tomados en la Asamblea Ordinaria y Extraordinaria de Accionistas de Hotelera Bonanza S.A., cuya celebración inició el día 17 y finalizó el 22, ambas fechas de julio del 2002. Justifica sus pretensiones en cinco puntos: 1) Los acuerdos no corresponden con los temas indicados en la convocatoria; 2) En la ratificación de la Junta Directiva no se apeló al voto acumulativo; 3) Las reformas de los estatutos no responden a las necesidades de la empresa sino a las de uno de sus socios; 4) La modificación del artículo séptimo de los estatutos tenía como objetivo eliminar la participación del socio minoritario en la administración de la sociedad y; 5) Quien interviene como socio mayoritario no adquirió las acciones legalmente. La sociedad demandada interpuso, mediante escrito de fecha 5 de diciembre de mismo año, las excepciones previas de litisconsorcio pasivo necesario, caducidad y prescripción. El

Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Heredia, mediante resolución N° 294-R-2003, de las 16 horas 20 minutos del 23 de setiembre del 2003, acogió la excepción de litis consorcio pasivo necesario y, en consecuencia, ordenó a la sociedad actora ampliar la demanda contra el señor Issa Ladha, quien también opuso las excepciones previas de caducidad y prescripción. Resolviendo sobre estas defensas, el Juzgado rechazó la de caducidad por improcedente y se reservó el pronunciamiento sobre la de prescripción para sentencia. El Tribunal, en virtud de apelación, confirmó lo resuelto.

II.-

Tanto el apoderado generalísimo sin límite de suma del codemandado Issa Fazal Ladha como el apoderado especial judicial de la sociedad codemandada formulan recurso de casación. El primero, por razones procesales y de fondo. Acusa el quebranto de los artículos 176, 177, 178, 968 y 972 del Código de Comercio, 5, 98 inciso 1), 153, 155, 290, 300 y 428 del Código Procesal Civil, así como el 865, 866 y 867 del Código Civil. El segundo, solamente por el fondo. Imputa al fallo recurrido el quebranto de los artículos 176, 177 y 178 del Código de Comercio, 290 y 428 del Código Procesal Civil.

RECURSO DE CASACIÓN DEL CODEMANDADO ISSA FAZAL LADHA.

III.-

El recurso presenta inconsistencias en su formulación. Si bien plantea únicamente dos agravios, ambos por violación directa de ley según sus acápites, es lo cierto, que en el primero, se alude en algunos de sus párrafos, a vicios propios de un recurso por razones procesales. El segundo, como se verá, plantea más bien posibles errores en la apreciación del elemento probatorio propios de una eventual violación indirecta de ley. Todo esto obliga a reordenar los argumentos esgrimidos para entrar a conocerlos conforme a la correcta técnica del recurso.

Recurso de casación por razones procesales

IV.-

Como parte del primer motivo, el casacionista acusa de incongruente el fallo recurrido. En su opinión, los juzgadores de instancia omitieron resolver sobre un punto oportunamente planteado, a saber, la excepción de prescripción opuesta por la sociedad actora. Manifiesta que, de conformidad con los artículos 5, 98 inciso 1º, 153, 155, 298, 300 y 428 del Código Procesal Civil, estaban obligados a resolverla como excepción previa. Al no hacerlo así y diferir su decisión para un momento posterior, se violaron dichos artículos. Las normas procesales, recuerda, son de orden público y en consecuencia, de obligado acatamiento.

V.-

El recurso de casación se rige por la regla que contiene el artículo 591 del Código Procesal Civil, que remite al numeral 153, incisos 3) y 4) *ibídem*. Conforme al inciso 1º de dicho artículo 591, de acuerdo a la cuantía o si ésta es inestimable, procede el recurso de casación contra sentencias o autos con carácter de sentencias dictadas en procesos ordinarios y abreviados. A la luz de lo estipulado en el artículo 153, inciso 4), asumen categoría de autos con carácter de sentencia, las resoluciones que “...decidan sobre excepciones o pretensiones incidentales que pongan término al proceso” (El destacado no es del original). Decidir significa “*formar juicio definitivo sobre algo dudoso o contestable*” (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, 2001, pag. 731). A la sazón, solo admiten recurso de casación, tratándose de la excepción previa de prescripción opuesta en procesos abreviados, las resoluciones interlocutorias que decidan definitivamente sobre ella, bien sea que la declaren o la denieguen. El Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Heredia, en el auto con carácter de sentencia N° 195-R-2004, de las 15 horas 40 minutos del 8 de junio del 2004, rechazó la excepción de caducidad opuesta por improcedente y reservó el pronunciamiento, léase la decisión, respecto a la prescripción para conocerla en sentencia. El Tribunal revocó el fallo del a quo en cuanto acogió la caducidad y en lo demás confirmó. De esa manera, si bien cabe recurrir en casación contra la resolución impugnada, solo es posible hacerlo en cuanto se rechazó la excepción de caducidad, pues sobre ella sí decidió definitivamente, no así en relación a la de prescripción, ya que sobre esta última, simplemente, no decidió, se diferió su solución para sentencia. Tampoco puede entonces, por prematuro, pensarse siquiera en la

posibilidad de una incongruencia, cuando aún no se ha arribado al momento procesal para el cual se dispuso su conocimiento (sentencia). Únicamente con el dictado de la sentencia se podrá analizar si se incurrió o no en el vicio censurado. El rechazo del agravio resulta, pues, obligado.

Recurso de casación por violación indirecta de ley

VI.-

El segundo motivo, expone, tiene carácter subsidiario para el caso de que el primero no prospere, pues de serlo sería innecesario entrar a analizar éste. Sin embargo, por las razones expuestas, corresponde conocerlo previo, al análisis de las violaciones directa de ley argüidas. Parte, el recurrente, en su planteamiento de la hipótesis de que esta Sala considere que los acuerdos impugnados se enmarcan en las situaciones contenidas en el artículo 178 del Código de Comercio y que el plazo de un mes al que hace referencia dicho numeral es de caducidad y no de prescripción. Partiendo de lo anterior, considera violado el referido ordinal 178, pues al momento en que se tiene como presentada la demanda en contra de su representado ya había transcurrido sobradamente ese plazo. La Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria cuya validez se discute, asevera, terminó el 22 de julio del año 2002 y la demanda, si bien ingresó a estrados en fecha 22 de agosto de ese año, contenía defectos que no fueron corregidos sino hasta el 23 de setiembre del 2002, cuando ya había caducado la acción. Dice que el cumplimiento de las formalidades de la demanda es fundamental para considerar la existencia de un proceso formalmente válido y eficaz. Mientras no se cumpla con ellas, asegura, no puede tenerse por presentada o legalmente admisible la demanda. En todo caso, manifiesta, ni en el escrito de fecha 22 de agosto del 2002 ni en los fechados 23 de setiembre del 2002 se menciona a su representado como parte de este proceso, por lo que es hasta que se amplió la demanda que puede tenerse por interpuesto el proceso en su contra, momento para cual también habría caducado la acción.

VII.-

De los ocho requisitos procesales que exige el artículo 290 del Código Procesal Civil debe contener una demanda, la actora, señala, no cumplió con dos, a saber, no estimó la demanda ni tampoco adjuntó los timbres del Colegio de Abogados correspondientes. Ante esto, estima, que ese escrito no podía considerarse una demanda y para cuando se solventaron los defectos ya se había cumplido el mes que dispone el citado ordinal 178. Así, al no considerarlo el Tribunal de esa manera, se violentó dicha norma. Solicita respecto de este agravio, se anule la sentencia del A quem y, resolviéndose por el fondo, se declare con lugar la excepción de prescripción.

VIII.-

Este agravio, si bien no lo manifiesta el recurrente, refiere a una eventual violación indirecta de ley, pues alude a una errónea valoración de los escritos presentados por la actora en fechas 22 de agosto y 23 de setiembre, ambos de 2002, así como del acta de asamblea impugnado. En concreto, se puede decir, acusa un error de derecho pues considera que de haberse apreciado esas pruebas en su correcta dimensión, se debió tener por operada la caducidad. El error de derecho, ha dicho en reiteradas ocasiones esta Sala: *"...estriba en otorgar a la pruebas un valor legalmente indebido, o en negarles el propio. Cuando se alega error de derecho, es necesario indicar las normas infringidas concernientes al valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente, y en las dos clases de errores, de hecho y de derecho, es indispensables señalar también las leyes infringidas en cuanto al fondo, como consecuencia de los errores de apreciación reclamados; asimismo, ha de señalarse con igual rigor, cuáles fueron las pruebas mal apreciadas y en qué consiste los yerros cometidos (artículos 595 inciso 3º y 596 del Código Procesal Civil"* (Nº 31, de las 14 horas 45 minutos del 20 de mayo de 1994). En la especie, el casacionista enumera las normas de fondo eventualmente infringidas, sin embargo, omite referirse a las del valor probatorio de las pruebas cuya errónea apreciación se endilga al fallo recurrido, lo cual torna en informal el recurso. No obstante lo anterior y a mayor abundamiento de razones, resulta importante aclarar que la iniciación de un proceso ocurre ordinariamente a instancia de una persona distinta del órgano jurisdiccional. Para que exista proceso se requiere, la actividad de un sujeto procesal diferente del juez que manifieste su voluntad de iniciarlo. Esa petición constituye el acto procesal de iniciación del proceso y lleva

el nombre de demanda. Es un acto de estímulo de la actividad del órgano jurisdiccional. La demanda es, en sentido estricto, la declaración de voluntad de un sujeto mediante la cual solicita se inicie un proceso. La esencia de la demanda ha sido plasmada por el derecho positivo nacional, al indicar el artículo 1º del Código Procesal Civil que *El proceso civil se inicia con la demanda...*. El artículo 291 el Código Procesal Civil lo confirma: *“Si la demanda no llenare los requisitos legales, el juez ordenará al actor que la corrija y, para ello, le puntualizará los requisitos omitidos o no llenados como es debido...La resolución en la que se orden la corrección de la demanda no tendrá recurso de apelación...”* (La negrita no es del original). Es decir, que para el ordenamiento jurídico nacional, la demanda es esa primera petición formulada por el actor al juez tendiente a la apertura de la instancia jurisdiccional. Por esa razón al acoger el Juzgado, la excepción de litis consorcio pasivo necesario, ordenó al actor ampliar la demanda presentada el 22 de agosto del 2002 contra la sociedad codemanda respecto al señor Isaa Fazal Ladha, y no plantear una nueva contra éste. La demanda es una, de ahí, que debe tenerse por presentada desde esa fecha. Por otro lado, cabe agregar respecto a los “defectos” de la demanda señalados por el casacionista, que la sociedad actora al plantear la demanda indicó que su pretensión era de cuantía inestimable, criterio que no compartió el Juzgado, pero que, en definitiva, es distinto a no indicar la cuantía. El actor pudo, incluso, estimar la demanda en una suma determinada y no por ello ser el dato correcto. Por eso, el ordenamiento jurídico otorga la posibilidad de, cuestionar la estimación dada mediante el incidente de objeción a la cuantía y así establecer el monto definitivo. Pero ese error no conlleva a que la demanda deba tenerse por no presentada sino hasta la subsanación de ese error. También, cabe agregar, el aporte del timbre del Colegio de Abogados en el escrito de demanda y en el de contestación, de conformidad con la ley No. 3245 del 3 de diciembre de 1963, constituye un recargo de honorarios de los profesionales en Derecho, cuya falta no debe considerarse un defecto de la demanda, pues ni siquiera lo menciona el ordinal 290 de cita. El juez, al observar su falta previene al interesado su reintegro bajo la advertencia de no tramitar su gestión, pero la demanda se tiene por presentada y el proceso por iniciado desde la fecha de ingreso del escrito a estrados. El actor pagó con la demanda, la suma de ¢50 en timbres del Colegio de Abogados, monto a cancelar tratándose en su criterio de un asunto de cuantía inestimable, según la escala del Decreto Ejecutivo N° 20307-J de 4 de abril de 1991. Al

exigírsele dar estimación a sus pretensiones lógico es que debía reintegrar una suma mayor por ese concepto, asunto distinto.

Recurso de casación por violación directa de ley

IX.-

Alega el recurrente la trasgresión de las normas relativas a la prescripción como excepción previa en materia de impugnación y nulidad de acuerdos de asambleas de accionistas. Según su tesis, el plazo de un mes señalado, en el artículo 178 del Código de Comercio, para la impugnación de acuerdos de asambleas de accionistas, no comprendidos en el numeral 176 de ese mismo cuerpo legal, constituye un plazo de prescripción y no de caducidad. Son dos las razones que da para tal afirmación. Primero, apunta, la norma del 178 no utiliza ninguno de los vocablos, prescripción o caducidad, por lo que no cabe distinguir donde la ley no distingue, ni darle un tratamiento distinto al contenido normativo de cada uno de ellos, pues ambos se refieren a un mismo asunto, la nulidad de acuerdos societarios. Sostiene que, según las reglas de integración e interpretación propias de la rama procesal, si el artículo 176 citado prevé un plazo de prescripción, debe interpretarse que el plazo de un mes señalado en el 178 también es de prescripción. Partiendo de ese punto de vista, anota, ya sea que se recurra a la prescripción corta del numeral 178 o a la prescripción larga de un año del 177, según se estime que los acuerdos impugnados se encuentren en los supuestos propios de uno u otro, lo importante es, que desde que el Juzgado ordenó ampliar la demanda contra su representado, había transcurrido año y dos meses desde la finalización de la Asamblea cuya nulidad se solicita. En opinión del recurrente, para los efectos de determinar si ha transcurrido el plazo fatal de prescripción, bastaba analizar dos fechas, la de finalización de la Asamblea y la de notificación de la demanda a su representado.

X.-

En el sub-lite, según apunta, de sobra se había cumplido el plazo de prescripción, por lo que los juzgadores de instancia debieron decretar la pérdida del derecho y de la acción de la

empresa actora. Al no hacerlo así, dice, violaron los artículos 865, 866 y 867 del Código Civil y el 968 y 972 del Código de Comercio por falta de aplicación.

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<sup>o</sup> número 43 de las 14 horas 40 minutos del 28 de mayo de 1997), el plazo del numeral 178 es de caducidad.

#### RECURSO DE CASACIÓN DE LA SOCIEDAD CODEMANDADA

XII.-

Parte el casacionista de dos aserciones para formular su recurso: uno, que en la especie, la norma a aplicar es el artículo 178 del Código de Comercio, por tratarse de supuestos no comprendidos en el artículo 176 ibidem; dos, que el plazo indicado en dicho numeral es de caducidad y no de prescripción. El Tribunal, señala, no obstante seguir este criterio, violó de todas maneras el numeral aludido, toda vez que para el momento en que se tiene como presentada la demanda contra su representado, ya había transcurrido de sobra el mes dispuesto. En su opinión, si bien la demanda ingresó a estrado en fecha 22 de agosto del 2002, un mes exacto después de terminada la asamblea, cuya validez se discute, el memorial presentaba serios defectos procesales que impedían darle curso, lo cual dio pie a varias prevenciones por parte del órgano jurisdiccional. Lo anterior, sostiene, significa que la

demanda no quedó legalmente presentada sino hasta que fueron rectificadas los defectos aludidos, con la presentación de los escritos de corrección del 23 de setiembre del año 2002, cuando ya se había cumplido la caducidad prevista por el artículo 178. Agrega que, en todo caso, para agosto y setiembre del 2002, no habían sido demandadas todas las personas que debían figurar en el proceso, lo cual permite afirmar que la demanda era igualmente deficiente y defectuosa por no comprender todos los codemandados, se refiere al señor Issa Ladha, quien integró la litis hasta setiembre del 2003. De tal manera, estima, el Tribunal infringió el artículo 178 del Código de Comercio, al no declarar con lugar la excepción de caducidad pese a haber transcurrido el plazo de caducidad sin que se hubiera presentado, la demanda correctamente, dentro del mismo. Cita como quebrantados, además, los ordinales 290 en relación con el 428, ambos del Código Procesal Civil, pues la parte actora no cumplió con los requisitos que en ellos se indican para tener por válidamente presentada la demanda al momento del ingreso de su escrito inicial a estrados. Por último, a manera de observación, considera ayuna de análisis y fundamentación la sentencia recurrida en cuanto a los supuestos de prescripción y de caducidad. Estima que, el Tribunal debió dilucidar el tema de la nulidad de la asamblea en cuestión, si se trataba de un asunto sometido a los supuestos de los artículos 176 y 177 del Código de Comercio y, por lo tanto, sometido al régimen de prescripción, o bien al del artículo 178 ibidem, bajo la hipótesis de la caducidad.

### XIII.-

Comete el apoderado especial de la sociedad codemandada el mismo error que el apoderado del señor Issa Fazal Ladha. Aunque no lo manifiesta en forma expresa y clara, se alude a una eventual violación indirecta de ley, pues acusa a una errónea valoración de los escritos presentados por la actora en fechas 22 de agosto y 23 de setiembre, ambos de 2002, así como del acta de asamblea impugnado. Se puede decir que plantea un error de derecho pues en el fondo considera que de haberse apreciado esas pruebas en su correcta dimensión, se debió tener por operada la caducidad. Sin embargo, omitió citar las normas del valor probatorio de las pruebas cuya errónea apreciación acusa, lo cual torna en informal el recurso. En todo caso, el punto sometido a consideración ya fue resuelto en el considerando VIII. Sobre el comentario

final del recurso, basta citar al propio casacionista: *“En nuestro criterio, el supuesto fáctico sometido a consideración de los tribunales dentro del presente asunto, encuadra en los supuestos de la norma 178, por lo que estamos en presencia de los casos en lo que la inacción del interesado se sanciona con la caducidad de un mes a que alude dicha norma (...) El JUZGADO y el TRIBUNAL lo interpretaron de esa manera (...)”*.

XIV.-

En mérito de lo expuesto, se deben declarar sin lugar los recursos, con sus costas a cargo de cada una de las partes que lo interpuso (artículo 611 del Código Procesal Civil).

POR TANTO

Se declaran sin lugar los recursos de los demandados, con sus costas a cargo de sus promotores.

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Gerardo Parajeles Vindas

Óscar Eduardo González Camacho

Álvaro Meza Lázarus



## FUENTES CITADAS

---

<sup>i</sup> Código de Comercio de Costa Rica, Ley # 3284, de 24 de abril de 1964.

<sup>ii</sup> **CAPELLA, GINO.** *Aspectos Procesales de interés en el proceso de anulación de los acuerdos assemblearios de las Sociedades Anónimas.* Revista IVSTITIA, Año 6, # 61, enero 1992. Págs. 4 – 8.

<sup>iii</sup> **CERTAD MAROTO, GASTÓN.** *Régimen de Invalidez de Acuerdos de Asamblea de Accionistas en la Sociedad Anónima.* Revista Judicial, Año 3, # 11, marzo 1979. Págs. 23- 34.

<sup>iv</sup> **SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**-San José a las diez horas veinte minutos del dos de diciembre del dos mil cinco. Sentencia # 00936 – 2005.

**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