

LA NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA *

Dr. FERNANDO MORA ROJAS

INTRODUCCION

La nominatividad obligatoria es un tema de gran actualidad y siempre candente. Confluyen en ella grandes problemas ideológicos, políticos y económicos.

En nuestro medio no puede dejar de suscitar polémica desde que en la Asamblea Legislativa se encuentra un Proyecto de Ley para crearla.

Frente a ella surgen grandes interrogantes. ¿Es beneficiosa desde el punto de vista de que el Estado, que frente a la "impersonalización del capital ha acelerado a pasos agigantados el proceso de su intervención en el funcionamiento de las sociedades anónimas, considerándolas como instrumentos colaboradores de las economías nacionales, y a sus directores como meros fiduciarios de la comunidad de partícipes",⁽¹⁾ puede efectivamente desarrollar esa labor, y sólo puede desarrollarla bajo ese supuesto, como se demostrará, en este desarrollo? ¿O más bien es nociva, por cuanto aleja la inversión extranjera, aparentemente al menos tan necesaria, según algunos, para el desarrollo económico de nuestros países? He ahí otra interrogante.⁽²⁾

"La anónima es —dice Rodríguez—,⁽³⁾ quizás la más compleja de las formas de sociedades mercantiles, donde se encuentra

* El siguiente texto constituye la relación que el Dr. Fernando Mora presentó al Segundo Congreso Jurídico Nacional, organizado por el Colegio de Abogados en el año de 1973.

(1) R. Gay de Montellá, *La vida económica y financiera de las sociedades anónimas*, Bosch, Barcelona, 1944, 20. Por otra parte esa es la tesis del Derecho Angloamericano, que considera a los administradores como meros "TRUSTEES" o fiduciarios.

(2) En todo caso la inversión extranjera puede que sea necesaria pero debe ser orientada, controlada, planificada, como lo debe ser la inversión interna.

(3) Miguel Angel Rodríguez, *El síndico de la sociedad anónima*, Ed. Cangallo, Buenos Aires, 1971, 28 y ss.

el mayor número de intereses opuestos, cuya reglamentación moderadora es sumamente difícil. Intervienen motivos económicos, jurídicos, fiscales y sociales. Existe un motivo económico cuando observamos la sociedad como arma de penetración y dominación económica de mercados. La concentración de este poder repercute en el plano político nacional derivando lo político a lo económico y viceversa”.

Por ello —sigue diciendo Rodríguez—, “la legislación mundial ha dejado de considerar esta figura económica jurídica con una gran libertad de movimiento o voluntad e iniciativa privada. Somos testigos de un momento en que debemos restarle importancia a la sociedad anónima como elemento de significación privada para atribuirle su justa medida como elemento u órgano de las economías nacionales, frente a los centros económicos y financieros”. Es decir, la función de la anónima en la economía nacional es tal —y cada día lo será mayor— que el Estado debe necesariamente, controlarla dentro de la medida de lo aceptable en un régimen de libre empresa.

Pero es evidente que ningún control es posible, como lo veremos, mientras subsista la acción al portador.

Las legislaciones han comprendido muy bien esa situación y la tendencia, como lo sostiene Solá Cañizares,⁽⁴⁾ en el Derecho Comparado, es suprimir las acciones al portador. La misma opinión de Solá Cañizares es sostenida por Jesús Rubio,^(4 bis) para quien existe un movimiento general hacia la nominatividad obligatoria de las acciones. Es una reacción de los últimos cuarenta años decía Rubio en 1967: “es la reacción frente al capitalismo individualista anónimo, a la aspiración a la irresponsabilidad propia de la mentalidad económica y jurídica de los siglos XIX y XX, que subraya por ejemplo Ripert en su conocida obra “Aspectos jurídicos del capitalismo moderno”. Es necesario reconocer que se camina hacia la nominatividad obligatoria para todas las acciones, dice Broseta Pont.⁽⁵⁾

Y lo curioso es que de tales medidas, como la eliminación de las acciones al portador, quienes más necesitan de ellas son los esta-

(4) *Tratado de Sociedades por acciones en Derecho Comparado*, TEA, Buenos Aires, 1957, III, 155.

(4 bis) *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. Derecho Financiero, Madrid, 1967, 120.

(5) *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971, 195.

dos subdesarrollados si desean llevar a cabo una sana y controlable política de afluencia de capitales extranjeros. Ya en ocasión anterior⁽⁶⁾ hice resaltar la interesante conclusión de SERICK,⁽⁷⁾ de que “numerosos Estados, especialmente los países de capital débil que procuran atraerse capitales extranjeros, han adoptado por dicha razón ciertas medidas contra la posibilidad de que pasen a depender del extranjero las personas jurídicas nacionales. Así, se ha dispuesto que los órganos de administración de la sociedad anónima deben estar desempeñados por ciudadanos nacionales con una relación numérica exactamente delimitada. Además, se exige a veces un determinado número de fundadores nacionales, o se prescribe que sólo un determinado porcentaje del capital en acciones puede estar en manos de extranjeros”. Dentro de esas medidas se encuentra la eliminación por una u otra vía, de las acciones al portador o al menos la eliminación del efecto anónimo de las mismas. En algunos casos para obtener el mismo objeto se ha tratado de hacer engorroso o costoso el uso de la acción al portador. En otras, más bien, se ha tratado de hacer más ventajosa la acción nominativa. A veces se eliminan las acciones al portador para ciertas actividades comerciales o industriales.

En tales medidas hay razones de defensa nacional: es sano conocer a quiénes pertenece el capital, (y la dirección efectiva de las sociedades anónimas), a nacionales o a extranjeros.

También hay razones de política económica; la nominatividad de las acciones es el único medio que permite “darle un adecuado tratamiento a peligrosos fenómenos de la concentración de sociedades” y por otra parte sólo ella permite la aplicación de los controles sobre conflicto de intereses, como veremos.

Razones de política legislativa recomiendan también la nominatividad, óptimo medio de protección al poseedor del título contra pérdida o robo. Es bien sabido que la reposición del título al portador es mucho más engorrosa que la del título nominativo.

Y, finalmente, hay razones de orden fiscal. En el desarrollo de este trabajo analizaremos cada una de las razones dichas y otras más.

(6) Ver mi exposición de motivos al Proyecto de Ley, 5550, Asamblea Legislativa, 1973.

(7) *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles, El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Ariel, Barcelona, 1958, 166.

Se suele decir que la nominatividad obligatoria ahuyenta la inversión extranjera. Creo que lo más práctico es analizar, en el capítulo respectivo, "acción al portador y desarrollo", un caso real, a fin de determinar si el inversionista busca realmente el anonimato de la acción al portador. Baste por ahora decir con Rubio, que "Ascarelli vuelve a favor de la nominatividad un argumento que suele esgrimirse en contra: Las inversiones de capitales extranjeros. Su dificultad radica principalmente en el peligro de la doble imposición, la del país de domicilio y funcionamiento de la sociedad y la del país de nacionalidad y residencia del accionista; problema —afirma— más fácil de resolver equitativamente cuando los titulares pueden identificarse a través de las acciones nominativas".

La ofensiva, por todas las razones esbozadas, contra la acción al portador es lenta pero segura y es más antigua de lo que se podría creer. Ya en 1916 César Vivante se convirtió en un defensor de la nominatividad obligatoria, no tanto por razones fiscales sino de funcionamiento interno de la sociedad y por razones de política económica.

Es bien sabido que en los Estados Unidos de Norteamérica está establecida la nominatividad obligatoria y las sociedades están en la obligación de comunicar a quién (a qué nombre) han pagado dividendos. Por otra parte, en los Estados Unidos de Norteamérica, en donde no hay secreto bancario frente al fisco, los bancos deben comunicar a éste los nombres de clientes por cuya cuenta hayan cobrado dividendos, y el monto de éstos.

En Siria las acciones deben ser siempre nominativas.

En Inglaterra, prácticamente se puede afirmar que no hay acciones al portador. Ciertamente la ley prevé un tipo de acción que podría asimilarse a la acción al portador —SHARE WARRANTS—. Sin embargo, como sostiene Solá Cañizares,⁽⁸⁾ "esta clase de títulos apenas se usan en Inglaterra y se requiere además una autorización previa administrativa que rara vez se concede."⁽⁹⁾ Por otra parte, es el sistema que se sigue en la mayor parte de los países del Commonwealth (Miembros o ex miembros).

(8) Citando a GOWER, POLLOCK ON PARTNERSHIP (Stevens), 15ª Ed., 1952, Solá Cañizares, op. cit., II, 36. Sobre la no existencia, prácticamente, de acciones al portador en Inglaterra, léase MIMOLA Antonio, *L'esperanza delle azioni al portatore in Gran Bretagna*, Riv. delle Soc., 1973, 243 y ss.

(9) Op. cit., III, 127.

En Noruega desde 1921⁽¹⁰⁾ "las acciones deben ser nominativas pues la ley ha prohibido la acción al portador".

Canadá ha ideado, siempre llevada en parte por las ideas —especialmente las de Derecho Comercial— que veremos, un sistema por el que, si bien se autorizan acciones al portador, a los tenedores de éstas no se les puede elegir administradores.⁽¹¹⁾

En Chile ya en 1934 la Superintendencia de sociedades anónimas se oponía a las acciones al portador por lo que en la práctica se usaba una nominatividad obligatoria. Posteriormente y con base en la reforma al artículo 451 del Código de Comercio, se establece que las sociedades anónimas sólo pueden emitir acciones nominativas estando, en consecuencia prohibidas las acciones al portador.⁽¹²⁾ Por otra parte las sociedades deberán mantener en un lugar destinado a la recepción del público, la lista de sus accionistas, con indicación de sus domicilios y número de acciones perteneciente a cada uno de ellos, debidamente actualizada.^{(13), (14)}

España es un caso particular. Según el artículo 34 de la Ley de Sociedades Anónimas pueden emitirse acciones nominativas o al portador. Sin embargo la Ley de 19 de setiembre de 1936 mantenida vigente por el decreto de 14 de diciembre de 1951, posterior a la nueva L.S.A. (que es de julio de ese año) hace obligatoria, so pena de nulidad, la intervención de un agente de cambio y bolsa para cualquier transmisión de títulos que se realice. "Sea cual fuere el alcance del Decreto de 1936 —dice Rubio—,⁽¹⁵⁾ a los efectos indicados y su futura y definitiva interpretación jurisprudencial, lo cierto es que altera esencialmente el sistema de circulación de las acciones al portador. Se trata de una nueva manifestación de un movimiento general hacia la nominatividad obligatoria de las acciones". Creo que huelga todo ulterior comentario. Por otra parte en España deben tener acciones necesariamente nominativas en la totalidad del capital social los bancos⁽¹⁶⁾; las empresas de productos farma-

(10) Ley de 28 de julio de 1921.

(11) Artículo 35 de la Ley Federal N° 4 de 28 de junio de 1934.

(12) FERNANDEZ VILLAMOR Angel, *La sociedad anónima*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, s.f.e., 68.

(13) Artículo 118 inciso 3º del D. F. L. 251.

(14) Op. cit., 74.

(15) Op. cit., 119-129.

(16) Ley de 31 de diciembre de 1946.

céuticos⁽¹⁷⁾; las empresas cinematográficas⁽¹⁸⁾; las empresas aéreas⁽¹⁹⁾; las empresas navieras⁽²⁰⁾; las actividades de tabacalera S. A.⁽²¹⁾; las empresas periodísticas⁽²²⁾; las empresas de financiación de ventas a plazos de bienes de equipos industriales y agrícolas⁽²³⁾; las sociedades gestoras de fondos de inversión mobiliaria⁽²⁴⁾; las sociedades de empresas⁽²⁵⁾; las empresas publicitarias⁽²⁶⁾.

En Francia las acciones pueden ser nominativas, al portador o al portador depositadas en cuenta corriente de títulos.

“Esta última forma —explica Solá Cañizares—,⁽²⁷⁾ es el resultado de una ofensiva contra las acciones al portador por ley de 28 de febrero de 1941, que sin prohibirlas, exigió que fuesen depositadas en cuenta corriente en una Caja de Depósitos y Giros de Títulos. Las acciones depositadas se convierten en fungibles y la Caja devuelve otras de la misma naturaleza, y no las mismas. A partir del decreto de 4 de agosto de 1949 este sistema continúa, pero con carácter meramente facultativo, y el organismo que ha reemplazado a la antigua caja de Depósitos y giros es la *Société inter professionnelle pour la compensation des valeurs mobilières S.I.C.O.V.A.M.*”. Sin embargo el anonimato de la acción al portador ha desaparecido puesto que al eliminar el depósito obligatorio en la Caja se estableció la obligación de enviar al fisco una nota indicativa de la persona a quien se ha pagado el dividendo.⁽²⁸⁾

En China insular las sociedades anónimas pueden emitir acciones nominativas y al portador siempre que estas últimas no superen el cincuenta por ciento del capital.

Argentina tiene un sistema dual, es decir, acciones nominativas y acciones al portador. Sin embargo, las compañías de seguros

(17) Ley de 17 de julio de 1947.

(18) Ley de 27 de abril de 1946.

(19) Ley de 14 de junio de 1946.

(20) Real Decreto de 13 de junio de 1916.

(21) Decreto de 3 de marzo de 1945.

(22) Ordenanzas de 10 de enero de 1957 y Ley de agosto de 1958.

(23) Decreto Ley de 27 de febrero de 1962.

(24) Ordenanza de 5 de abril de 1964.

(25) Ley de 28 de diciembre de 1963.

(26) Ley de 11 de junio de 1964, artículo 17.

(27) Op. cit., I, 499, nota 57.

(28) ASCARELLI, *Apostilla*, Riv. delle Soc., 1957, 651.

están sujetas a limitaciones en la transmisión de sus acciones nominativas, la que sólo puede realizarse previa autorización de la Superintendencia. Se trata, con ello, de mantener en esas empresas el mínimo de capital argentino exigido para conservar el carácter nacional.⁽²⁹⁾ Recientemente se dictó una ley sobre inversiones extranjeras y es probable que se eliminen las acciones al portador, como única vía de control y aplicación de la ley.⁽³⁰⁾

El Código de Comercio del Ecuador permitía tanto las acciones nominativas como las acciones al portador. Sin embargo, en 1948 se prohibió la emisión de acciones al portador y se ordenó la conversión de éstas —las que existieren— en nominativas.⁽³¹⁾

En Grecia las acciones necesaria y obligatoriamente han de ser nominativas ya que una ley especial prohibió las acciones al portador.⁽³²⁾

El principado de Mónaco ha terminado con el anonimato de la acción al portador ordenando el depósito obligatorio, en un establecimiento bancario de Mónaco, de todas las acciones de tal tipo.⁽³³⁾

En Italia las acciones al portador siguen un proceso muy particular. En la década del 20 fueron eliminadas pero la prohibición no duró mucho tiempo. El régimen de Musolini las restituyó. Posteriormente el real decreto ley italiano de 25 de octubre de 1941, N° 1148 estableció que “las acciones de las sociedades con sede en la República deben ser nominativas”. El real decreto de 16 de marzo de 1942, con el que se promulgó el Código Civil, estableció en su artículo 2355 que “las acciones pueden ser nominativas o al portador a escogencia del accionista si el acto constitutivo no establece que deban ser nominativas”. Finalmente el real decreto de 29 de marzo de 1942, N° 239 estableció que “las acciones emitidas por las sociedades con sede en la República deben ser extendidas a nombre de una determinada persona física o jurídica”.

El argumento italiano para la eliminación de las acciones al portador es bastante simple: las acciones al portador implican una desigualdad ante la ley tributaria: aquellos que logran colocar su

(29) ALEGRIA, Héctor, *Sociedades anónimas*, FORUM, Buenos Aires, 1966, 61.

(30) VISION, 25 agosto, 1973.

(31) Decreto 118 del Ministerio de Economía de 27 de enero de 1948 y Reglamento de 12 de marzo de 1948.

(32) Ley 1527 de 29 de octubre de 1950.

(33) Ordenanza Soberana número 72 de 27 de febrero de 1953.

capital en acciones al portador o que obtienen sus rentas de acciones al portador estarán en condiciones de manipular los títulos en modo tal que deban pagar menos impuestos que aquellos que no puedan hacer desaparecer o que no puedan dividir al menos parte de sus ingresos tras el anonimato que las acciones al portador permiten. Debo aclarar que el anonimato que las acciones al portador dan es total pues en el acta de la asamblea no se debe decir a quién pertenecen las acciones o quién se presentó con ellas. Sobre este aspecto la doctrina y la jurisprudencia comparada contienen una avalancha de opiniones que defienden el total anonimato. Sin embargo, a pesar de que el argumento contra las acciones al portador fue un argumento constitucional de igualdad ante la ley, el fondo del asunto es muy otro: se trató de evitar que los inversionistas principalmente extranjeros, dominaran o manipularan, por una parte la economía nacional; por otra, se pretendía saber quién es quién en el mundo de los negocios; y finalmente, hubo fuertes razones de orden tributario, es decir se intentó eliminar las evasiones de impuestos que se pueden realizar a través de sociedades anónimas con acciones al portador, principalmente evasiones del impuesto sobre la renta y, como en otros países, las de los impuestos sucesorios.

Finalmente, pensando en Italia en la tan socorrida afirmación de que la acción al portador es el gran atractivo del inversionista, a fin de desarrollar sus zonas subdesarrolladas, se permitió en ciertas regiones el uso de tales acciones. Veremos en el capítulo respectivo los resultados de ese experimento.

Finalmente creo interesante hacer referencia al Proyecto de Bases sobre la Sociedad anónima multinacional centroamericana. Durante los meses de setiembre, octubre y noviembre de 1967 los miembros del Proyecto de Reforma Jurídica Universidad de Costa Rica —A.I.D. - ROCAP— Dr. Boris Kozolchyk, Profesor Octavio Torrealba, Lic. Blake Franklin, Lic. David Loring, Lic. Rodrigo Oreamuno, Lic. Harry Zürcher Acuña, Lic. Harry Zürcher Blen y quien estas líneas escribe, nos dedicamos a la preparación de lo que se llamó Proyecto de Bases para una Sociedad Anónima Centroamericana.⁽³⁴⁾ Luego de una amplia discusión sobre los tipos de acciones

(34) Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, Número 12, diciembre de 1968. El Colegio de Abogados de Costa Rica, tras escuchar un informe respecto al mismo por parte de uno de sus redactores y colaboradores, el Lic. Harry Zürcher Acuña, decidió imprimir y distribuir el texto de nuestras Bases entre un número limitado de profesionales con el visto bueno y la aprobación de la Junta Directiva.

a permitirse en la S.A.C. el acuerdo fue unánime en el sentido de que una sana política económica en el área centroamericana y de controles sobre la S.A.C. obligaba al establecimiento de la nominatividad. De ahí que la base 32 aparezca redactada:

“32.—Clases de acciones. Las acciones serán nominativas. La sociedad llevará un registro en el que se inscribirán las transmisiones y sólo reconocerá como accionista a los tenedores de acciones o certificados que aparezcan inscritos en ese registro. El registro social podrá ser consultado por cualquier accionista o por tercero autorizado por un accionista, por un tribunal o por el organismo de control. Cualquier persona, accionista o no, podrá exigir del registro social que se le entregue una constancia indicando si determinada persona es o no accionista, y si tal, de cuántas acciones es dueño . . .

En el comentario a esta base dicen el Dr. Boris Kozolchyk, representante de la A.I.D. en el Proyecto de Reforma Jurídica y el Prof. Octavio Torrealba:

“El grupo acordó eliminar las acciones al portador ya que estas se han prestado a un número de abusos en la práctica mercantil que frecuentemente se reflejan en simulaciones ilícitas. Además, es inconsistente la idea de un organismo de control cuya función frecuentemente será la de proteger grupos mayoritarios o minoritarios contra maniobras por parte de accionistas cuando la identidad de estos accionistas no puede llegar a establecerse. De igual manera, debe tenerse en cuenta la conveniencia del público inversionista quien cabalmente pudiese ser atraído a invertir en determinada compañía si tiene conocimiento de quienes han sido o son los otros inversionistas”.

La anterior base encontró decidido apoyo en cuanto a la eliminación de las acciones al portador, en el criterio del ilustre mercantilista Prof. Raúl Cervantes Ahumada.⁽³⁵⁾ Como ya lo dije en otra sede,⁽³⁶⁾ como parte del mismo movimiento tendiente a suprimir la acción al portador o al menos a hacerla impopular o impráctica, se han usado otros medios: Se ha empleado el camino de

(35) Op. cit., 54.

(36) Exposición de motivos del Proyecto de Ley 3284 de 30 de abril de 1974, 4.

dar mayor número de votos a las acciones nominativas en comparación con las acciones al portador (Francia). Se ha decidido imponer un tributo a la acción al portador (Venezuela) o a su producto: en Alemania se paga 25 por ciento de impuesto preventivo sobre dividendos que luego se tasa en definitiva en la declaración. Otro tanto sucede en Suiza. En Francia se carga impuesto de 18 por ciento cedular, además del impuesto progresivo sobre la renta.⁽³⁷⁾

En Suecia se ha acordado permitir las acciones al portador sólo previa autorización (Artículo 3 de la Ley de 1944). Sin embargo, como anota Solá Cañizares,⁽³⁸⁾ "en la práctica su uso es muy raro en Suecia y generalmente son nominativas". Luego de las anteriores consideraciones generales creo oportuno pasar a la revisión de cada uno de los subtemas en que se dividió nuestro tema, "de las acciones al portador" no sin antes señalar que omito deliberadamente el tratamiento de la "reivindicabilidad de acciones al portador" pues considero que es ajeno al acuerdo de esta comisión cuando decidió centrar sus discusiones alrededor de la conveniencia o inconveniencia de la eliminación de las acciones al portador en Costa Rica.

A) ACCION AL PORTADOR Y DERECHO CONSTITUCIONAL

La acción al portador plantea algunos problemas en el campo del Derecho constitucional sobre los que haré aquí un análisis rápido.

En primer término hablaremos del control sobre los monopolios. El artículo 46 de la Constitución Política dice que "son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora. Las empresas constituidas en monopolio de hecho deben ser sometidas a una legislación especial". ¿Qué garantía da un sistema que, por autorizar las acciones al portador, impide el determi-

(37) ANTONIO GELPI, *Nominatividad obligatoria* . . . Riv. Soc., 1956, 786.

(38) Op. cit., I, 432.

nar las tendencias monopolísticas del país? Porque creo que es evidente y no necesita demostración el hecho de que en un sistema de sociedades anónimas con acciones al portador se hace difícilísimo, por no decir imposible, el determinar la existencia de grupos monopolísticos en el mercado. Los controles que al respecto se pudieran establecer se quiebran contra el anonimato que la acción al portador proporciona. Imaginemos qué sería de las leyes anti-trust en los Estados Unidos de Norteamérica si allá se permitieran las acciones al portador —las share warrants—. ¿Cuál ha sido el medio de controlar, hace poco, a la I.B.M. y detectar sus violaciones a las anti-trust laws y ordenarle el rompimiento del monopolio? Precisamente la nominatividad obligaria. Porque nadie pensará que la I.B.M. manipula el mercado siempre bajo su nombre —International Brain Machines— la I.B.M. del mercado monopolístico es un inmenso Konzern que aparece al público y a las autoridades bajo gran cantidad de nombres diversos. Es un konzern, un grupo coaligado de holdings cuyos contactos no se podrían establecer ni siquiera siguiendo las prescripciones de las leyes anti-trust si no fuera por la nominatividad obligatoria. Es la nominatividad la que permite seguir la pista a los intereses entrelazados de unas empresas sociales en otras.

¿Qué podemos nosotros esperar con el anonimato feliz e irresponsable que conceden nuestras acciones al portador? ¿Cuántas empresas económicas no estarán hoy en día modelando el mercado a su antojo, por medio de la mampara de las acciones al portador y al margen de la norma constitucional 46 de Costa Rica?

Analicemos ahora otro caso de roce de la Carta Magna con la acción al portador.

Reza el artículo 193 constitucional: "El Presidente de la República, los Ministros de Gobierno y los funcionarios que manejan fondos públicos están obligados a declarar sus bienes, los cuales deben ser valorados, todo conforme a la ley".

Recuerdo que nuestro cónsul en Florencia, el ilustre Profesor Emilio Peruzzi, a propósito de un debate público por la prensa defendía calurosamente el sistema de Costa Rica que, con base en el artículo 193 constitucional, permitía controlar los ingresos y aumentos del capital de los supremos funcionarios del país. ¡Qué lejos estaba el ilustre profesor florentino de saber que el artículo 193 de

la Constitución Política se convierte en letra constitucional muerta mediante el uso de acciones al portador! ¡De qué nos sirve el artículo 193 constitucional cuando los funcionarios pueden ocultar lo que deseen tras el anónimo biombo de las acciones al portador!

Veamos ahora un tercer aspecto constitucional con el que rozan las acciones al portador.

“Todo hombre es igual ante la ley”, dice el artículo 33 de la Constitución”.

¿Pero qué igualdad puede haber ante la ley tributaria, por ejemplo en un sistema que permite a unos, mediante el uso de acciones al portador, dividir su renta global y pagar según escalas bajas y a otros, en cambio, no se les permite (por ejemplo a aquellos que perciben su renta del trabajo, a través del salario)?

Esta desigualdad se hace aún más notoria con las nuevas escalas de la ley de impuesto sobre la renta, reformada, y de nada sirven las disposiciones del artículo 15 que establecen que “cuando varias sociedades de hecho o de derecho tengan actividades que sean similares o complementarias y además se encuentren en la circunstancia de que el 51 por ciento o más de su capital esté en poder de personas o socios comunes, sean unas u otras personas naturales o jurídicas, sociedades de hecho o sucesiones, deberán consolidar en una sola declaración los diferentes resultados fiscales correspondientes a las sociedades que procede reunir, con el único fin de calcular el impuesto y los recargos si los hubiere”.

Letra muerta en este artículo así como el 21 de la Ley del Impuesto de Ventas.

A pesar de tales normas todas tendientes a mantener la igualdad ante la ley tributaria y el cumplimiento del artículo 33 de la Constitución Política, las acciones al portador hacen de esa igualdad, insisto, letra muerta.

B) ACCION AL PORTADOR Y BOLSA DE VALORES

Es sabido que en España la acción al portador prácticamente no existe desde que la ley de 19 de setiembre de 1936 (en vigencia aún después de la ley de Sociedades Anónimas del 51, en vista del Decreto de 14 de diciembre de 1951) “declara obligatoria bajo pena

de nulidad la intervención de un agente de cambio y bolsa para toda transmisión de títulos”, inclusive para la de títulos al portador.⁽³⁹⁾

El conocido y renombrado mercantilista español “última generación”, Manuel Broseta Pont, en una reciente obra, *Estudios de Derecho Bursátil*,⁽⁴⁰⁾ manifiesta: “A nadie medianamente versado en materia económica o financiera se le oculta que el mercado de valores mobiliarios es la palanca esencial del sistema capitalista. La demanda de capitales a largo plazo de las empresas debe satisfacerse, precisamente, mediante la emisión de valores —acciones y obligaciones— que suscritos o adquiridos por quienes ofertan capital o ahorro, cierran o deben cerrar el ciclo de oferta-demanda de recursos financieros. Recursos financieros que son esenciales para el desarrollo económico. Desarrollo económico que es, dentro de un sistema como el capitalista, meta y, a la vez, medio para la paz social y el propio progreso político”.

“Por todo ello, en cualquier economía adscrita al sistema capitalista —o neocapitalista— el mercado de valores mobiliarios (mercado de oferta y demanda de recursos financieros) debe funcionar con la máxima perfección posible. Perfección que será inalcanzable si, a su vez no se logra para todos y cada uno de los instrumentos y protagonistas, que en él operan. Perfección que sería ingenuo pensar otra cosa, será puramente utópica o “formal” si la Administración no tutela y controla adecuadamente el mercado de capitales y a sus protagonistas. Pocos personajes como los del quehacer económico muestran una más acusada tendencia a abusar de su poder”.

El profesor Broseta Pont, en la obra que cité —287 páginas de interesante análisis— dedica toda la primera parte a puntualizar los problemas y defectos del sistema español (en cuanto a depósito, administración y negociación de los valores al portador) y en ningún momento critica el sistema en cuanto elimina el anonimato de las acciones al portador. Por lo contrario,⁽⁴¹⁾ analizando el problema que representa para el buen funcionamiento de la Bolsa de Valores el tener que manipular materialmente, físicamente, los millones de títulos que forman el mercado de valores español, encuentra que el sistema francés establecido en 1941 (Ley de 18 de

(39) Solá Cañizares, op. cit., I, 344.

(40) Técno., Madrid, 1971, 15.

(41) Op. cit., 46-47.

junio de 1941) que crea la C.C.D.V.T. (Caja Central de Depósito y Giro de Títulos) en la que resultaba obligatorio el depósito de los títulos al portador, eliminando su anonimato, sustituido por la actual S.I.C.O.V.A.M., "cuyo objeto es la constitución de depósitos de títulos mediante la apertura de cuentas corrientes a los profesionales depositantes", es un buen sistema que "ha resuelto satisfactoriamente en Francia la imperiosa necesidad de impedir, o, al menos de aligerar la movilización y la entrega material de los títulos para su transmisión de unos a otros titulares y también para el ejercicio de los derechos que incorporan".

Como se ve, desde el punto de vista de la Bolsa de Valores resulta conveniente un sistema que en el fondo elimina la acción al portador, al hacer desaparecer el anonimato que suele otorgar. O sea: una Bolsa de Valores obligada a manipular individual y materialmente, millones de títulos al portador, como único medio de garantizar el anonimato del vendedor, es una Bolsa poco eficiente, como lo demuestra el ejemplo francés y como se ve del caso español.

Ciertamente no es este el problema de las Bolsas de Valores en los Estados Unidos o en los países del Commonwealth y en otros en donde la no existencia de títulos al portador no crea tales problemas.

En Alemania ya desde finales del siglo pasado se hizo patente el mismo problema que fue solucionado en un primer tiempo, de hecho, mediante depósito irregular de los títulos en los Bancos. El sistema fue sancionado por la ley (Ley alemana de depósitos de 4 de febrero de 1937).

Es claro que la necesidad de eliminar la manipulación material de los títulos ha obligado a diversos países a terminar con el anonimato de la acción al portador en aras de un buen funcionamiento de las bolsas. Por otra parte no puede afirmarse que la acción al portador sea un requerimiento "sine qua non" para el funcionamiento de la Bolsa de Valores pues muchos países hacen funcionar sus Bolsas aún sin tener acciones al portador. (Suecia, Siria, Noruega, Mónaco, Grecia, Francia en cierta forma, prácticamente España, Ecuador, China Insular, Chile y Canadá, así como casi todos los países del Common Law. Nótese que se incluye en esta lista países altamente desarrollados y capitalistas, como Suecia, Noruega, Canadá, el principado de Mónaco).

Y no se diga que en estos países sin títulos accionarios al portador se ha alcanzado el mismo efecto a través de la emisión de certificados al portador de acciones, porque, por una parte es ésta una práctica que se trata de combatir, y por otra, las sociedades deben siempre comunicar a quién (a qué nombre) han pagado dividendos (es decir, por medio de los certificados al portador no se alcanza ningún anonimato y dichos certificados no son un requisito imprescindible de funcionamiento de la Bolsa). Y por otra parte, como sucede en todos los países capitalistas, en los Estados Unidos de Norteamérica el tenedor de acciones (o de otros títulos) los maneja no personalmente sino por medio de un Banco. Y los Bancos en Estados Unidos —en donde no existe el secreto bancario frente al fisco— deben comunicar a la tributación los nombres de los clientes por cuya cuenta hayan cobrado dividendos, ya se trate de acciones dadas en fideicomiso (trust) o recibidas bajo contrato de reporto, o adquiridas con pacto de retrocompra, o recibidas en depósito o comodato irregulares.⁽⁴²⁾

En los Estados Unidos, sostiene Ascarelli,⁽⁴³⁾ se prohíbe la emisión de certificados al portador representativos de acciones nominativas. Efectivamente el parágrafo 21 de la Model Business Corporation Act, por ejemplo, ordena el nombre del titular en los certificados de acciones (certificates representing Shares), (párrafo 2º, b).

Del mismo autor son las siguientes palabras:⁽⁴⁴⁾ La experiencia norteamericana es ciertamente positiva al demostrar cómo una nominatividad obligatoria, sin tarjetero y con comunicación por parte de la sociedad de las rentas accionarias no obstaculizan el mercado accionario.

C) ACCION AL PORTADOR Y DERECHO COMERCIAL

La nominatividad obligatoria es un elemento indispensable para llevar adelante el control, hoy en día admitido por todas las legislaciones importantes, sobre uniones de sociedades.

⁽⁴²⁾ ASCARELLI, Tullio, Riv. Soc., 1957, 651-652.

⁽⁴³⁾ Op. cit., 652.

⁽⁴⁴⁾ Op. cit., 652.

Sabido es por todos el problema que plantea para la defensa de las minorías, la unión de sociedades. Bastante ruido hizo en nuestro ambiente el interesante caso de una conocida sociedad anónima que prácticamente desfinanció a otra sobre la que tenía el control.

No puede estar lejano el día en que debemos hacerle frente a este problema y nos veamos obligados a legislar al respecto. Entre más pronto mejor. Ahora que los intereses creados no son tan fuertes, usando el buen sentido y mirándonos en la experiencia de países más adelantados que el nuestro, deberíamos preocuparnos por regular las uniones de sociedades, en defensa de las minorías y del público en general. La regulación de las uniones de sociedades debe correr pareja con la reforma general de la sociedad anónima, cuya regulación actual obedece a patrones ya superados y que cada día responderán menos a la realidad.

En tal sentido, respecto a un control de las uniones de sociedades la nominatividad obligatoria es un elemento indispensable. No es posible controlar la existencia de paquetes de acciones de una sociedad en otra sino a través de la nominatividad.

Por otra parte, respecto al funcionamiento y a la disciplina interna de la Sociedad no puede prácticamente funcionar sin la nominatividad.

Dos aspectos esenciales del funcionamiento interno de las sociedades requieren de la nominatividad obligatoria: el control de conflicto de intereses y el control de responsabilidad de los administradores.⁽⁴⁵⁾

Es evidente que la "affectio societatis" obliga al socio a tener una participación en las deliberaciones asambleares que no vaya contra el interés de la sociedad como institución, ni contra la buena fe que debe existir en la ejecución de los contratos. (Artículo 1023 del Código Civil: "Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta").

La buena fe en la ejecución del contrato de sociedad obliga a los socios a no concurrir con su voto a la formación de una voluntad, asamblearia contraria al interés social.

(45) Ver Mantilla Molina, *La responsabilidad de los administradores de las Sociedades Anónimas*, "Boletín del Instituto de Derecho Comparado", pp. 43 y 47, (mayo-diciembre, 1954). Ver texto Torrealba, III, p. 153, nota 138.

Algunas legislaciones inclusive han legislado expresamente sobre el conflicto de intereses (Alemania, Italia, España, Francia, por ejemplo, la primera en su nueva ley de Sociedades Anónimas de 1965 (y ya lo había hecho en la de 1937) e Italia en el Código Civil del 42; ver por ejemplo artículo 136 Aktiengesetz 1965 y artículos 2391, 2464, 2487, 2516 y 2373 C. C. italiano España introdujo la norma en el artículo 67 de su nueva ley de sociedades anónimas de 1951. Francia en su nueva ley de Sociedades Comerciales de 1966, artículo 101, 143 y otros). Aunque los artículos equivalentes al 1023 C. C. de Costa Rica citado son suficientes para resolver el caso en todas las legislaciones que lo contengan.

Evidentemente la buena fe en la ejecución del contrato obliga al socio a abstenerse de concurrir con su voto en aquellas deliberaciones en que su interés personal se opone al interés social. No voy a extenderme en esta relación acerca del concepto de interés social pues no es esta la oportunidad y es un concepto bien conocido por ustedes. Basta decir que en el derecho societario de los sistemas romanistas cada día esta moderna concepción se abre más campo y tiende a ser el norte orientador de los estudios más interesantes al respecto.⁽⁴⁶⁾ Su importancia está indicada por la profusa literatura que se le ha dedicado en los últimos años.

Ahora bien. La única forma de dar una buena aplicación a las normas sobre el conflicto de intereses (ya sean expresas, como en Alemania, Italia, España y Francia, por ejemplo, o ya se deduzcan de la norma general) es mediante la nominatividad obligatoria. Los accionistas al portador imposibilitan una correcta aplicación de los principios legislativos sobre conflictos de interés e impiden por ello una efectiva defensa de las minorías (que por otra parte, por el eterno problema del absentismo son realmente las mayorías, pero las mayorías desorganizadas y faltas de cohesión, que merecen toda la defensa del legislador).

Por otra parte esas disposiciones del Código de Comercio referentes a la constitución por suscripción pública (Artículos 108 y siguientes, C. de C.) de tan poco uso aún hoy en día, dentro de pocos años darán origen a una gran aplicación, así como las normas sobre constitución simultánea con capital autorizado. Para entonces el legislador debería haber establecido las normas necesarias para

(46) Ver JEAN PAILLUSSEAU, *La société anonyme Technique d'organisation de l'entreprise*, SIREY, PARIS, 1967 y PIER GIUSTO JAEGGER, *L'interesse sociale*, GIUFFRÉ, Milano, 1964.

la protección del socio, normas que “faciliten e integren la deficiente autotutela del individuo mismo”.⁽⁴⁷⁾ Dentro de esas normas necesarias debería ocupar lugar prominente la normatividad obligatoria, nominatividad imprescindible para un efectivo control del conflicto de intereses.

En general se debe reconocer que mientras el socio tenga la posibilidad de transmitir simuladamente sus acciones al portador, (que no se sabe que son suyas por el anonimato que conceden) a un testafarro que votará según el interés de su confidente, no podrán tener una correcta aplicación las normas sobre conflicto de intereses, tan necesarias y útiles en un correcto y leal desenvolvimiento del contrato de sociedad.

Las legislaciones “de los países libres” para usar la expresión de Bruno Visentini,⁽⁴⁸⁾ “a fin de evitar que la sociedad por acciones se convierta en un instrumento por cuyo medio los grupos de control puedan depauperar, en su propia ventaja, a los otros accionistas”, han creado diversas soluciones: la teoría de la empresa en sí (UNTERNEHMEN AN SICH) la del exceso de poder, la afirmación de una obligación de fidelidad del accionista frente a la sociedad, el reclamo a la buena fe en las relaciones contractuales (sería nuestro sistema del artículo 1023 del C. C.), la invalidez de las declaraciones contractuales con las que se persigan intereses particulares de algunos socios o de terceros extraños a la sociedad y con daño de ésta, la prohibición del ejercicio del derecho de voto en caso de conflictos de interés.

Todas estas soluciones tienen como presupuesto indispensable la nominatividad obligatoria puesto que la acción al portador no permite ningún control.

En segundo término, desde el punto de vista siempre del funcionamiento y de la disciplina interna de la sociedad en lo que respecta a la responsabilidad de los administradores, el peor enemigo de una efectiva realización de esa responsabilidad es la acción al portador. Particularmente en un medio como el nuestro en que, por mucho tiempo aún, en vista de la dimensión del mercado, los administradores serán siempre socios, (estamos muy lejos de la

(47) TULLIO ASCARELLI, *Apostilla sobre la normatividad*, Riv. Soc., 1957, 377.

(48) *Osservazioni sulla nominativa delle azioni in relazione all' Art. 2373, Cod. Civ.* Riv. Soc., 1957, 644.

etapa de la tecnocracia a la que se refiere GALBRAITH), se hace indispensable pensar en normas que eviten que los administradores, con trasposos oportunos de sus acciones al portador, envíen sus corifeos a las asambleas a declarar su inocencia y la pureza de su administración (artículos 191 y 192 C. de C. de Costa Rica) y no se debe olvidar que, como lo señalaba VIVANTE hace más de 60 años, los administradores si no son los mayores accionistas de la compañía, representan a estos al menos; en todo caso están íntimamente ligados a ellos⁽⁴⁹⁾ y en consecuencia —dice Graziani parafraseando a Vivante— “cuando la acción es al portador y cuando se discute de la responsabilidad de los administradores, será fácil, a estos administradores, consignar su paquete de acciones a un testafarro, a un amigo, el que viene a la asamblea y, frente a las lamentaciones del pequeño accionista aislado, eleva en cambio un himno a la sabia administración del administrador y lo exonera de toda responsabilidad.”⁽⁵⁰⁾

“Si los administradores —decía Vivante— poseen la mitad más una de las acciones, pueden estar seguros de hacerse absolver de toda responsabilidad”. Y bien sabemos que, en vista del pronunciado absentismo en las organizaciones colectivas, en la mayoría de los casos no es necesario tener 51 por ciento del paquete, bastando a veces un 10 por ciento y menos, del capital, para manejar la asamblea.

“Se trata —dice Graziani siguiendo a Vivante— de acuerdos de liquidación y nombramiento de liquidadores, que los administradores acuerdan para adquirir la hacienda a precios ruinosos para ejercitarla luego por cuenta propia bajo otra forma de sociedad, despojando a la minoría. Se trata de aumentos de capital aprobados por los administradores para dar como contrapartida de las nuevas acciones, sus haciendas en mal funcionamiento y poco remunerativas. Esconden el conflicto de intereses, que debería en conciencia hacerles abstenerse de votar, bajo el fraude del que las acciones nominativas descubrirían fácilmente el hilo. “Por la salvación del instituto de la sociedad anónima —concluía Vivante—,⁽⁵¹⁾ para salvarla de la corrupción que desacredita su función y aleja de ella los ahorros,

(49) ALESSANDRO GRAZIANI, *Nominativa obbligatoria dei titoli azionari?*, Riv. Soc., 1967, 627.

(50) Op. et loc. cit.

(51) Citado por Graziani, op. cit., 628.

es necesaria la transformación de las acciones que ahora circulan libremente según la forma anónima al portador, en títulos nominativos”.

Este punto de vista está en la base —hoy en día— de la doctrina anglosajona y alemana,⁽⁵²⁾ como único medio de mantener uno de los cánones sobre los que se basa la economía capitalista: la relación íntima y constante entre poder económico y riesgo, entre iniciativa y responsabilidad. “De aquí —dice Visentini—,⁽⁵³⁾ siguiendo la doctrina anglosajona y alemana— la necesidad de una disciplina jurídica que considere nuevas formas de responsabilidad y de nuevas garantías al funcionamiento de la sociedad”.

“Entre los aspectos de esta disciplina están el reforzamiento y la adecuación de las normas sobre el conflicto de intereses, la más amplia publicidad de los elementos relativos a la gestión social, la posibilidad de conocer quiénes son los accionistas que controlan la sociedad y de identificar los grupos de los que forma parte”.

Deseo repetir aquí las premonitarias palabras finales de Visentini:⁽⁵⁴⁾

“Una iniciativa que no se esconda la realidad y las consecuencias que de ella derivan, que no se esconda, sobre todo, la exigencia de que el apelar de las sociedades por acciones al ahorro público debe tener como corolario o contrapartida un amplio conocimiento del público de la vida de la sociedad— puede ser un acto de inteligente prudencia: puede ser bastante más útil que la inercia, para defender y salvar la sociedad por acciones como libre empresa”.

Finalmente, como argumento a favor de la nominatividad obligatoria se ha sostenido que la ausencia del anonimato que dan las acciones al portador, aumentaría la decisión de los socios de asistir a las asambleas. Es decir, es —la nominatividad— un instrumento contra el absentismo crónico en la Sociedad Anónima.⁽⁵⁵⁾

Se ha criticado que una nominatividad obligatoria implica la abolición de una de las diferencias substanciales entre sociedad

(52) Visentini, op. cit., 649.

(53) Op. cit., 649.

(54) Op. cit., 649.

(55) CESARE COSCIANI, *Su di alcuni problemi tributari delle Società Commerciali*, Riv. Soc. 1956, 424.

por acciones y las sociedades de personas, eliminando el carácter impersonal propio de la sociedad por acciones.

La crítica es inconsistente porque existen infinidad de Sociedades Anónimas con sólo acciones nominativas, y no por eso dejan de ser sociedades por acciones. Como bien dice Messineo,⁽⁵⁶⁾ no es así “puesto que la contribución del accionista consiste en la realización de la aportación prometida (desembolso del importe de la acción, o de las acciones suscritas) y cuando el desembolso haya tenido lugar, la persona del socio, aunque sea titular de acción nominativa, resulta indiferente”.

D) ACCION AL PORTADOR Y DERECHO TRIBUTARIO *

Las acciones al portador se ven envueltas siempre en las discusiones sobre imposición personal de los réditos de los socios de sociedades anónimas.

Este fenómeno se debe a problemas diversos como por ejemplo al problema de la identificación del sujeto que percibe el rédito. Se lee en cualquier manual de ciencia de las finanzas, que un impuesto personal progresivo puede funcionar sólo y en cuanto se base en la renta global del contribuyente.

Las otras vías, evidentemente injustas, tomarían en cuenta sólo una parte de la renta imponible o tomarían en cuenta, en forma separada y para un mismo contribuyente, las diversas partes de su renta con base en su diversa naturaleza o conforme a su lugar de origen (como en un sistema de impuestos reales). En cualquiera de esos casos es evidente la distribución inequitativa de las cargas fiscales, entre los diversos sujetos de la imposición.

“Es decir, se imponen cargas tributarias diversas, entre sujetos que, si bien tienen el mismo monto global de renta, lo obtienen de una única fuente o bien de varias fuentes o de varias localidades”.

Creo que es evidente que el sistema más justo es el de la aplicación progresiva según el monto global de la renta personal.

(56) FRANCESCO MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Commercial*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1955, V. 402.

* Este capítulo ha sido redactado básicamente mediante traducción e integración del artículo citado de Cesare Cosciani.

Esto, al menos, es la tesis que sostiene el grueso de la doctrina en la materia a pesar de los embates de una minoría.

En un sistema de impuesto progresivo, revisten importancia fundamental dos problemas:

- a) La identificación de los sujetos que perciben las rentas de las sociedades (poseedores de los títulos) a fin de incluirlas en la renta global; y
- b) La determinación cuantitativa de lo que cada socio percibe.

Y aquí entran, con toda claridad en escena los títulos al portador.

El título al portador es el instrumento ideal para violar las normas del impuesto —que, huelga decirlo, es el de Costa Rica— progresivo sobre la renta, y evidentemente, como paréntesis, la acción al portador no solamente crea un problema en cuanto al impuesto sobre la renta, sino también respecto al impuesto de sucesiones, al timbre universitario, al impuesto de educación, al impuesto patrimonial en aquellos sistemas en que existe el impuesto sobre las acciones mismas. En cuanto al impuesto sobre la renta una solución poco feliz es el impuesto proporcional real sobre los dividendos pagados, creado por la última reforma tributaria: este sistema tiene el carácter injusto de todo sistema tributario proporcional: tasa por igual a quien mucho recibe frente a quien poco recibe.

En todo caso a los problemas señalados pueden darse diversas soluciones que trataremos aquí de enumerar.

Primera solución.

a) Nominatividad obligatoria de los títulos

Por medio de este sistema se alcanza el mecanismo más eficiente y seguro puesto que es posible rastrear el título a través de todas sus transmisiones.

Puede asumir al menos dos variantes.

a.1 Nominatividad obligatoria para fines substanciales

a.2 Nominatividad obligatoria para fines fiscales

a.1 NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA PARA FINES SUBSTANCIALES

En este sistema “normas de derecho común imponen la nominatividad de los títulos accionarios, haciendo derivar de ello una serie de efectos jurídicos de naturaleza privatística”.⁽⁵⁷⁾ Así, por ejemplo, como sucede con los títulos nominativos es propietario quien ha adquirido el título según la ley de circulación propia de los títulos nominativos: la doble intestación. Frente a la sociedad y a los terceros se es propietario sólo si la “concorde voluntad de los contratantes resulta del registro de la sociedad misma. La transmisión material del título no produce efectos jurídicos. Los frutos deberán ser pagados a aquél a cuyo nombre aparece intestado el título mismo, quien previa inscripción en el libro de socios podrá participar en la asamblea”.

La rigidez de este sistema puede ser atenuada permitiendo la transmisión del título por endoso, que incluso podría ser en blanco, pero “condicionando algunos derechos como el ejercicio del voto en asamblea, o la percepción de dividendos, a la inscripción dentro de cierto plazo. Es el sistema que de hecho existe en Inglaterra donde el dividendo es expedido al domicilio del poseedor del título que aparezca inscrito en el registro de socios a una fecha determinada”.⁽⁵⁸⁾

Ahora bien. En esta alternativa y desde el punto de vista fiscal, podemos proponer dos vías:

I.—Un sistema de información.

II.—Un sistema de consulta.

UN SISTEMA DE INFORMACION

La sociedad debe comunicar al fisco cada año y dentro de un plazo posterior al pago de dividendos, la lista de los perceptores de tales dividendos y el monto pagado en cada caso. Si el pago se ha realizado a un Banco que tiene los títulos bajo cualquier con-

(57) Cosciani, op. cit., 414.

(58) Idem, 414.

cepto pero pertenecientes a terceros, son los Bancos los obligados a comunicar al fisco a quién han transmitido los frutos y en qué monto.

UN SISTEMA DE CONSULTA

El fisco puede consultar en cualquier momento el control que deberán llevar las sociedades y los Bancos intermediarios, acerca de aquellos a quienes se ha pagado dividendos.

Este sistema tiene la ventaja de que mantiene un control constante y permite constatar el hecho impositivo con gran certeza.

a.2 NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA PARA FINES FISCALES

Los títulos serían a la orden, no pudiendo girarse en blanco. Su transmisión deberá realizarse siempre con la intervención de un agente de cambio (u otra persona autorizada). La intervención del agente sería obligatoria, bajo pena de nulidad y el agente debería comunicar al fisco las transmisiones. Es el sistema español desde 1936 y que, a raíz de la nueva regulación española sobre sociedades anónimas de 1951, no fue modificado sino más bien ratificado por el apartado a) del Decreto de Vigencia de 1951.⁽⁵⁹⁾

Con este sistema se puede saber a quién han pertenecido las acciones en cada momento de su circulación.

Segunda solución

b) NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA DE LOS FRUTOS DE LOS TÍTULOS

Otra vía de solución es el establecer la nominatividad obligatoria ya no de los títulos al portador mismo sino la nominatividad obligatoria de los frutos provenientes de esos títulos.

(59) RUBIO Jesús, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1967, 118.

El primer sistema implica el conocimiento por parte del fisco del propietario del título y según se escoja una vía u otra, el fisco podría conocer quién es el propietario del título en el momento del pago del dividendo o quién lo es en cualquier momento de la vida circulatoria del título. Este sistema que permite la identificación del propietario es útil en aquellos países en que existen tasas sobre la transmisión de títulos, o para determinar el origen, circulación y control del capital. Con la nominatividad obligatoria de los frutos se sabe únicamente quién es el beneficiario de la renta.

Este sistema puede ser llevado a la práctica con diversas modalidades:

b-1) Se subordina el pago del rédito o dividendo a la demostración por parte de quien la percibe de haberlo declarado preventivamente al fisco o mediante una garantía de que lo declarará.

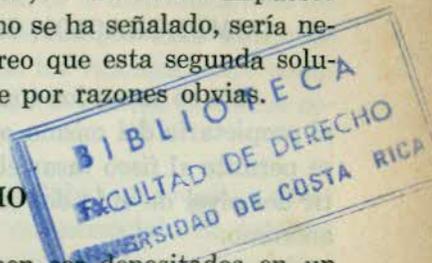
O se encarga a los Bancos intermediarios y a las sociedades de enviar copias de las facturas de pago, a las oficinas tributarias. El sistema puede perfeccionarse haciendo que el pago deba realizarse siempre por medio de un Banco del Sistema Bancario Nacional.

Para evitar transferencias ficticias, en este sistema, se podría obligar al receptor del rédito o dividendo a una declaración jurada de que el título o títulos son realmente de su propiedad o también se podría crear, como se ha recomendado,⁽⁶⁰⁾ un fuerte impuesto sobre los trasposos de acciones. Pero, como se ha señalado, sería necesario entonces la nominatividad. No creo que esta segunda solución —la del impuesto— sea conveniente por razones obvias.

b-2) DEPOSITO OBLIGATORIO

Todos los títulos al portador deben ser depositados en un organismo central, a nombre del propietario, quien puede transmitir la propiedad con simples cheques o títulos (recuérdese que se trata de la constitución de cuentas corrientes de títulos) (es el sistema francés anterior a la S.I.C.O.V.A.M.).

(60) Cosciani, op. cit., 416.



Tercera solución.

c) NOMINATIVIDAD FORZADA

Es el sistema más combatido. No se establece una nominatividad obligatoria pero se procura, por diversos medios alejar a los interesados de los títulos al portador.

Así es, por ejemplo, en Venezuela, en donde se impone a las acciones un gravamen fiscal. (L. I. S. S.: 33 LMEV: 1 Dc. 581, de 30-6-63: 1, ordinal 3). A esta misma finalidad tiende el sistema francés de la ley 66-537 de 24 de julio de 1966, sobre sociedades comerciales, artículos 175 y 176. Es clara la ley en el sentido de dar, bajo ciertas condiciones, voto doble a las acciones nominativas. Es una manera indirecta de no recomendar la acción al portador. El artículo 176 citado dice expresamente que pierde el doble voto la acción que se convierte al portador.

En todo caso el sistema puede asumir diversas modalidades, las más generalizadas de las cuales son las que imponen un tributo a la emisión de acciones al portador a cargo de la sociedad, la que lo transmite al receptor de los dividendos en el momento de pagar estos.

Cuarta solución.

d) COMPROBACION INDUCTIVA

No se tocan los títulos al portador ni se pretende identificar al propietario del mismo o al receptor del dividendo. Simplemente se permite al fisco tasar el monto probable por vía inductiva a partir del nivel de vida del contribuyente; así se comprueba el ingreso anónimo.

Vistas todas las posibles soluciones anteriores, tendientes todas a eliminar el problema que dentro de un sistema tributario progresivo sobre la renta crean las acciones al portador (además de que crean problemas para otros tributos, como por ejemplo el impuesto de sucesiones) analicemos ahora los diversos tipos de accionistas en la anónima y cómo los afecta una nominatividad obligatoria.

Podríamos hablar de tres tipos de accionistas: el accionista ahorrante, el accionista empresario y el el accionista especulador.

El accionista ahorrante intenta solo una inversión que le produzca una renta suficiente; no busca la especulación y por ello no se interesa en el movimiento de la bolsa; a lo sumo lo estudia para decidir si cambia de títulos o no.

A este accionista la nominatividad obligatoria lo afecta esencialmente desde el punto de vista fiscal, lo afecta en el monto del impuesto que podría ahorrar.

Si el sistema no es de nominatividad obligatoria sino de comprobación inductiva, lo afecta menos, puesto que puede ocultar su renta disminuyendo su tenor de vida.

El accionista empresario pretende participar activamente en la vida de la sociedad y tomar parte en las decisiones. Se interesa por ello en formar parte de la administración y a veces está interesado en la renta que como salario o dietas puede percibir de su calidad de miembro de los cuadros administrativos. Conoce o al menos cree que conoce, acerca del futuro de la empresa y sobre esa base decide si mantener las acciones o venderlas.

A este accionista empresario la nominatividad obligatoria lo afecta con respecto a la conducta frente a la hacienda puesto que la acción al portador le permite ocultar cuál es la distribución de los paquetes accionarios, es decir, ocultar de donde proviene realmente el poder dentro de la sociedad y cuáles son los vínculos entre sociedades, permitiendo así los manejos de fondos y otros de todos conocidos.

El accionista especulador no es en realidad un socio y a veces su comportamiento frente a la sociedad es antisocial. Se interesa en la crisis que hace bajar los títulos para adquirirlos y revenderlos luego con ganancia. A las dos categorías anteriores les interesa una cierta estabilidad de los títulos, de los dividendos, de las rentas. Al accionista especulador en cambio, le interesa el curso de la cotización y desea la evasión y la inestabilidad.

Las dos categorías anteriores no realizan frecuentes cambios de títulos o contratación sobre los mismos, mientras que para el es-

peculador esa constante contratación es necesaria: compra y vende constantemente. Para él es necesaria la máxima plasticidad del mercado.

A este accionista especulador la nominatividad obligatoria no lo afecta: está interesado en una ágil circulación del título, sea al portador o no; le interesa que las negociaciones no sean obstaculizadas porque el presupuesto de la actividad económica del especulador es un mínimo de amplitud de mercado, que garantice una colocación rápida del título en el momento oportuno. Le interesa que la circulación del título no sea gravada con un impuesto. No le interesa que el título sea nominativo para fines fiscales pues en la mayoría de los casos cuando se paguen los dividendos aquél ya no será suyo. No tiene tampoco interés en la administración y por tanto no tiene tampoco interés en el anonimato. La Bolsa, como especulador, no se ve pues afectada con la nominatividad obligatoria.

E) ACCION AL PORTADOR Y DESARROLLO ECONOMICO

Creo que en este caso el problema debe plantearse en estos términos:

Partiendo del supuesto de que el desarrollo económico en los sectores subdesarrollados requiere de las inversiones externas de capital, un incentivo a las inversiones extranjeras lo dan el anonimato de las acciones al portador y la posibilidad que estas otorgan de realizar manipulaciones fiscales a fin de tributar en las escalas más bajas del impuesto sobre la renta.

He querido plantear el problema en los términos anteriores sin eufemismos porque no es cierto que la acción al portador sea buscada por la gran movilidad que da a las transferencias de capital. En primer término el inversionista que viene a nuestras zonas no busca la especulación bolsística por una parte y por otra no la pretende porque simplemente la Bolsa no existe, y aun en el caso de que existiera, en la Bolsa de Valores no es requisito "sine qua non" de su funcionamiento la existencia de títulos al portador; lo demuestra la experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica —que como dice Ascarrelli "en materia de negocios y de bolsa de

valores "se ne intendono"— la de Inglaterra y otros países miembros o ex miembros del Commonwealth y la de todos aquellos Estados que por una u otra vía han eliminado o bloqueado el uso de las acciones al portador.

Por otra parte el grueso de las inversiones extranjeras en el mundo son norteamericanas. "La inversión privada estadounidense directa en el exterior representaba en 1968 un 63 por ciento de la inversión privada en el exterior...⁽⁶¹⁾ De esas empresas norteamericanas, en 1957, 45 de ellas controlaban el 57 por ciento del valor total de las inversiones directas en el mundo.⁽⁶²⁾ Por razones obvias esos porcentajes son mayores en relación con las inversiones extranjeras en Costa Rica y estaríamos obligados a reconocer que en lo que a inversiones extranjeras se refiere, nuestras regulaciones deben tomar en cuenta fundamentalmente la mentalidad del inversionista nortamericano. Este inversionista, si es un hombre de negocios sano y no un aventurero y estafador internacional, viene de un mundo en donde la acción al portador no existe. Este tipo de títulos no es para él un esquema mental condicionador en la realización de negocios. El inversionista sano persigue cosas diversas al anonimato y a la defraudación fiscal. Resulta maleado más bien ya en relación con nuestro ambiente y lo cierto es que un inversionista que venga a invertir confiando en la defraudación fiscal y en el anonimato, no creo que sea una valiosa adquisición para el país.

En todo caso, sobre este asunto se ha dicho mucho y no se han aportado datos concretos. Lo que pretendo hacer precisamente es aportar datos concretos, estadísticas ciertas, a la discusión del problema, en modo tal que se puedan hacer juicios objetivos y no meras lucubraciones y suposiciones seudoeconómicas sin ningún fundamento real.

Ya vimos que Italia es uno de los países en donde no existen las acciones al portador, como regla general. Precisamente, sobre la hipótesis de que la acción al portador atrae al inversionista como la miel a las abejas, se realizó en Italia un cambio de legislación que paso a explicar en su contenido y en sus efectos.

(61) CEPAL-ONU, *La expansión de las empresas internacionales y su gravitación en el Desarrollo Latinoamericano*, cuarta parte del Estudio económico de América Latina, 1970", New York, 1971, 304-305.

(62) Departamento de Comercio, EE.UU., *Business Investments in Foreign Countries*, p. 144, cit. por Héctor Melo, en *Empresario Nacional y Desarrollo Socioeconómico de América Latina*, CEDAL, Costa Rica, 1972.

Como argumento de discusión podría pensarse que el inversionista pudiera sentirse atraído por la acción al portador que le permite interesantes manipulaciones tributarias y el anonimato. Desde ese dato se partió en Italia en lo que podríamos llamar la segunda etapa de su proceso legislativo. Si el inversionista está interesado en el anonimato o en otras ventajas que las acciones al portador le dan, un modo de atraer las inversiones a ciertas zonas subdesarrolladas es permitir dentro de ellas el uso de las acciones al portador. En esta filosofía se basaron las leyes italianas para el uso de las acciones al portador en las regiones subdesarrolladas, Sicilia, Cerdeña, Trento-Alto Adige y Valle de Aosta. Permitiendo el uso de acciones al portador en aquellas sociedades que se formarían, bajo ciertas condiciones (industrias nuevas principalmente para la construcción de naves en Sicilia; igualmente en Cerdeña; industrias y comercio nuevos especialmente en cuanto a turismo y para renovar y dar mayor vitalidad a las actividades industriales o comerciales ya existentes en Trento-Alto Adige) se pensó que muchos inversionistas buscarían establecer sus inversiones en esas regiones lo que ayudaría a su desarrollo económico. Al fin y al cabo, se decía, al inversionista le gusta el anonimato y el poder manipular el capital con fines de evasión fiscal.

Pero los resultados han demostrado una cosa bien distinta de lo que se había pensado. El inversionista no está interesado tanto en el anonimato como en la productividad de su empresa; no está interesado tanto en el menor volumen de obligaciones tributarias como en la posibilidad de encontrar tranquilidad política, buena y eficiente mano de obra, buen mercado, buenas condiciones de transporte de materias primas y de otros servicios, etc. Ciertamente el inversionista está interesado en pagar menos impuestos y en muchos casos en mantenerse tras el biombo del anonimato producido por las acciones al portador, y cuando el sistema jurídico se lo permite se ampara tras estas. Pero tales elementos vienen a ser secundarios frente a otros de mayor trascendencia y de índole económica más productiva.

A tal propósito creo que resulta interesante transcribir los siguientes datos estadísticos. Diez años después de introducidas en Italia las leyes que permiten el establecimiento de acciones al portador (es decir al final de 1968) "solamente el 4.2 por ciento del capital total de las sociedades italianas era al portador... si se tiene

en cuenta que la población total de la región de Sicilia, de la región de Cerdeña y de la región de Trento-Alto Adige es siete millones ciento noventa y un mil seiscientos seis habitantes, es decir el 7.5 por ciento de la población total italiana, tal porcentaje confirma que el anonimato accionario no constituye un incentivo eficaz para llenar la diferencia entre norte y sur... se ha hecho notar que las previsiones de los tres ordenamientos regionales hoy vigentes... han sido cada una de ellas más liberales que la anterior (permitiendo a un mayor número de empresas y más diversificadas, acogerse al beneficio. A tal ampliación cualitativa, no ha correspondido, como se ha notado, una correspondiente ampliación cuantitativa, probablemente también porque la acción al portador no interesa al inversionista extranjero...⁽⁶³⁾

A tal punto la acción al portador no ha tenido importancia en la determinación de las inversiones nacionales o extranjeras que las nuevas leyes tributarias que se pretende establecer en Italia tienen entre sus directivas fundamentales eliminar definitivamente las acciones al portador en las regiones a estatuto especial (Sicilia, Cerdeña, Trento-Alto Adige y Valle de Aosta en donde no se permitió —en este último caso— su introducción por razones constitucionales).

"La acción al portador, dice el Profesor Lanza,⁽⁶⁴⁾ prevista por las leyes regionales ha quedado como un fenómeno marginal en la vida de las sociedades italianas, destinado a desaparecer con la llegada de la nueva legislación tributaria".

Y, efectivamente, el artículo 11, inciso 13 del "Proyecto de ley sobre la reforma tributaria confiada al Ejecutivo por delegación del Poder Legislativo, manifiesta que deberá establecerse... 13. La abolición de la derogatoria al principio de la nominatividad obligatoria de los títulos accionarios previstos en las leyes de regiones a estatuto especial."⁽⁶⁵⁾

Dejo con lo anterior cumplido mi cometido de presentar a los estimables colegas participantes en este Congreso una relación sobre las acciones al portador. He querido en la misma exponer los puntos principales que dentro de las ramas escogidas por la comisión, pue-

(63) LANZA Amilcare, *Brevi note sulle azioni al portatore nelle regioni*, Riv. Soc. 1969, 1108.

(64) Op. cit., 1108.

(65) Ver Riv. Soc., 1969, V, 1636.

den prestarse a una mayor discusión y argumentación alrededor de la posibilidad de introducir en Costa Rica una nominatividad obligatoria. Debo insistir en que me he visto obligado a desarrollar la relación en tales términos y no en otros más amplios y, desde el punto de vista estrictamente científico, quizá más proficuos, en vista de la decisión de la comisión de discutir única y exclusivamente alrededor de la conveniencia o inconveniencia de la introducción en Costa Rica de la dicha nominatividad obligatoria. Espero que la benevolencia de los estimables colegas sabrá pasar por alto las deficiencias de este trabajo.



EL TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES

MAURO MURILLO

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Naturaleza jurídica del Tribunal.
3. El Tribunal como órgano independiente.
4. Organización.
5. Atribuciones.
6. El Registro Civil.

1. INTRODUCCION

La escogencia del tema ha sido meramente accidental.

El objeto del trabajo es el de contribuir con un más bien insignificante aporte a la ardua tarea de la construcción de nuestro Derecho Público.

Un tratado de nuestro Derecho Público (de cualquiera de sus ramas) no existe. Y no existirá durante mucho tiempo, por la sencilla razón de que falta toda la base. Esta se elabora a través del tiempo, a través de cientos de aportes.

Nuestro sistema de Derecho Público no podrá construirse sino como resultado de todos estos esfuerzos, que están apenas en ciernes.

Hablamos de nuestro Derecho Público no por caso. Hacer Derecho Público en términos generales es mera calistenia mental. Lo que urge es la sistematización de nuestro Derecho positivo, el examen minucioso, exhaustivo, de nuestra legislación.

Dentro de esta línea, de interpretación de nuestras normas, aunque necesariamente utilizando las ideas que nos suministra la