

la adopción anticipada, en lo que sea posible, de las medidas acordes con ellos. Por eso si la administración está en disputa judicial, es obligación del funcionario prever un posible resultado adverso a los intereses de esa administración, para así evitarle todo entramamiento o un mayor perjuicio. De ahí que no sea responsable frente a la administración, el servidor que dado lo inminente de su desinvestidura no puede cumplir con la ejecución de la sentencia, si las medidas mínimas de previsión tomadas por él fueron las apropiadas. Por el contrario, es responsable si fue negligente.

En lo tocante a la duración de esa responsabilidad, ésta termina en el momento en que esas medidas mínimas de previsión se ejecutan. Hasta aquí se proyecta la personalidad del ex-funcionario, lo que sigue lleva el sello del nuevo servidor.

Como podrá observarse, las soluciones propuestas dejan amplio margen para la apreciación circunstancial por parte de la administración. Y ello representa un peligro para el ex-servidor, pues se le podrían atribuir deficiencias que no son suyas sino de la administración, la cual, por lo demás, aprecia unilateralmente lo adecuado de las previsiones del ex-funcionario.

Pero no obstante eso, considero que lo propuesto tiene la virtud de limitar y adecuar la responsabilidad del particular a su diligencia y previsión de cuando era funcionario público, fijándose así un límite a esa responsabilidad, que de otra manera se prolongaría a actos ya fuera del control del interesado y ajenos a él.

Los últimos tres incisos del artículo 81, que cierra el capítulo de la ejecución de la sentencia, son claros en sus disposiciones y consecuencias y no presentan problema.

“EL FIDEICOMISO”

*Dr. RAUL CERVANTES AHUMADA,
Titular Derecho Mercantil,
Universidad Nacional Autónoma de Méjico.

Sólo la generosidad, a la altura de la clásica hospitalidad costarricense, del gran amigo don Rogelio Sotela pudo engarzar tan hermosas cuanto inmerecidas palabras. Ya verán ustedes, en el transcurso de la plática, que así es. Antes que todo, debo expresar a los señores organizadores mi profundo sentimiento de gratitud por haberme permitido, una vez más, visitar esta hermosa y querida Costa Rica. Los mejicanos tenemos por Costa Rica especial cariño y devoción y nos interesamos por todo lo que interesa a este país, noble y próspero. El honor de estar en Costa Rica se aumenta con el hecho de ubicarnos en este ilustre recinto del Colegio de Abogados. Y deseo también previamente expresar a los distinguidos miembros del foro costarricense el respetuoso y cordial saludo del foro mejicano, representado en la Asociación Nacional de Abogados de Méjico, que tengo el alto cuanto inmerecido honor de presidir. El Consejo de aquella institución me ha encomendado manifestar a ustedes sus sentimientos no de cortesía sino de fraternidad y de cariño.

Y por encargo de los señores organizadores he de proceder, de la manera más breve que sea posible, a expresar algunas ideas sobre el fideicomiso mejicano, a compararlo, necesariamente en forma superficial, con la novísima legislación de Costa Rica y será para mí un honor más el lograr despertar en el auditorio interés e incluso dudas sobre esta institución tan escurridiza y tan difícil de ser absorbida en

* Conferencia pronunciada por el autor en el Colegio de Abogados de Costa Rica el 15 de Julio de 1964.

las mallas de la ley o de la enseñanza teórica. Es por ello que me sentiría extraordinariamente satisfecho si al final de la plática pudiésemos establecer un especie de diálogo, con el fin de ver si es posible aclarar en alguna medida puntos oscuros o sobre los cuales ustedes deseen una aclaración o explicación complementaria.

ANTECEDENTES

Como decía el maestro Sotela, el fideicomiso mejicano reconoce como antecedente al "trust" anglosajón. El "trust" anglosajón, a su vez, reconoce como antecedente a lo que los juristas italianos llaman modernamente el negocio fiduciario del Derecho Romano, o lo que los romanos llamaron *pactum fiducia*. En Inglaterra, como todos ustedes saben, las fuentes del Derecho, tanto en su aspecto formal como material, realizan, por así decirlo, una función distinta a la que realizan las fuentes del Derecho en los ordenamientos jurídicos latinos o del grupo continental europeo. Es curioso pero el sistema inglés tiene mayores contactos con los sistemas jurídicos orientales que con el sistema europeo continental. El más alto valor en el sistema jurídico continental, al cual pertenecen nuestros ordenamientos, es el principio de la seguridad jurídica, que arranca del viejo aforismo romano *dura lex sed lex*. En los sistemas orientales y en el sistema inglés, el más alto valor es el principio de la equidad, que puede eventualmente predominar sobre la ley. La equidad se desarrolla en la historia del "Common Law" en Inglaterra como una fuente predominante del Derecho. Pudiera ser, y este ejemplo aclara la cuestión, que alguna sentencia se dictase con estricto apego a la ley, pero que esta sentencia en el caso concreto constituyese un agravio a la justicia. En Inglaterra la sentencia podía ser anulada por equidad. Quizás el término "anulada" no sea preciso, en la connotación que nosotros le damos, porque el juez inglés de equidad declara la validez de la sentencia, pero dicta una disposición que impide la ejecución de ella. En Inglaterra, hubo incluso tribunales de equidad y estuvieron escindidas las jurisdicciones: el tribunal que llamaríamos ordinario era tribunal "en ley —en una tradición literal— y

el Canciller del Rey ejercía las funciones de tribunal de equidad. Entonces, cuando alguien sufría una sentencia correcta conforme a la ley, pero injusta, podía acudir al tribunal de equidad que dictaba un mandamiento llamado "injunction" que paralizaba, por razón de equidad, la ejecutividad de la sentencia. Hoy no existen separadamente, ni en Inglaterra ni en Estados Unidos, ni en los demás países del sistema jurídico anglosajón, las divisiones de jurisdicción, pero los tribunales siguen juzgando en ley y en equidad.

Cuando una disposición parlamentaria inglesa, por allá de los siglos XV y XVI, prohibió lo que nosotros llamaríamos la "mano muerta", se dio un fenómeno práctico, curioso y natural que hemos visto también en algunos de nuestros países. Los eclesiásticos colocaron sus bienes —aquéllos que la ley les prohibía poseer— bajo el amparo de prestanombres; y estos prestanombres, como también ha sucedido entre nosotros, en muchas ocasiones —como decimos en Méjico— "les calentaron" los bienes y se les alzaron. Entonces se acudió ante los tribunales a demandar la devolución de esos bienes y los actores fracasaron porque había una ley que impedía que poseyeran esos bienes. Y poco a poco aquellas sentencias, en el fondo injustas, fueron siendo anuladas por los tribunales de equidad del Canciller del Rey hasta que se aclaró, en la jurisprudencia inglesa, que había dos clases de propiedad: la propiedad en ley y la propiedad en equidad. Y la jurisprudencia hizo prevalecer la propiedad en equidad.

A esta institución de la doble propiedad se le dio el nombre de "trust", en una de tantas, múltiples, acepciones específicas que tiene en el sistema anglosajón esta palabra. Porque la palabra "trust" tiene una amplia significación. Se designa con ella a todo negocio en que interviene la confianza y aun ha servido para connotar la organización monopolista. En Estados Unidos, sabido es, hay una ley "anti-trust" que se refiere al control legal sobre los monopolios. El "trust" como institución del Common Law, del Derecho

civil inglés, consistió en este negocio de doble faceta, faceta legal y faceta de equidad que, a través de la jurisprudencia, preponderaba sobre la legal. Es una cuestión de confianza: el "settlor", que ellos llaman —que llamaríamos nosotros el fideicomitente—, coloca una cosa en una situación de confianza con un "trustee", con un fiduciario, y éste tiene la obligación de usar la cosa como se ha convenido que la use. Pero ante los terceros aparece como dueño, y lo es, de tal manera que un tercero que adquiriese de él la propiedad, la adquiriría bien. Pero entre las partes, repito, predomina el aspecto de la equidad. Puede realizarse, a través de la jurisprudencia, la anulación práctica, ya que no jurídica, de la propiedad en ley y hacer que la propiedad en equidad vuelva a coincidir con el propietario real y económico de la casa.

Esta institución, por razón natural, viene, como otras instituciones del derecho inglés, a los Estados Unidos. En Estados Unidos se desarrolla en el ámbito privado; pero, a fines del siglo y en virtud de la conocida crisis de los ferrocarriles norteamericanos de fines del siglo pasado y principios de este siglo, se entregaron a instituciones bancarias propiedades ferrocarrileras en "trust" para que los bancos pudiesen dar esas propiedades como garantía frente a los acreedores que financiarían a las empresas ferroviarias, emitir bonos sobre esa garantía y administrar incluso los ferrocarriles. Y esto fue como una especie de clarinada; los bancos comenzaron a operar, cada vez con mayor amplitud en el "trust"; algunas sentencias prohibieron la institución; pero no los orientó la jurisprudencia hacia el reconocimiento pleno de la validez del "trust". Y en los Estados Unidos la institución toma camino diferente del que siguió en Inglaterra. En Estados Unidos se comercializa a través de las instituciones bancarias: se hace del "trust" una auténtica actividad profesional. El "trust" en Inglaterra, por ejemplo, no es principio remunerado (cuando la remuneración existe en la práctica inglesa debe pactarse) en la práctica norte-

americana, el "trustee" o fiduciario tiene derecho a una remuneración. Y, repito, se comercializa la institución a través de los bancos hasta llegar, por así decirlo, a universalizarse en los Estados Unidos, de tal manera que los autores norteamericanos calculan que en las grandes ciudades aproximadamente las dos terceras partes de las propiedades urbanas se encuentran bajo el régimen del "trust". Todos los retirados, que suman millones en los Estados Unidos, invierten en su negocio y el resultado final de sus ahorros lo entregan en "trust" a un banco para que les pase, a manera de pensión, los productos de los capitales correspondientes. Es usual que cuando nace un niño de familia rica se constituya un "trust" para atribuirle a ese pequeño el capital que habrá de servirle en el desenvolvimiento de su vida. Grandes fortunas americanas están así: un caso muy conocido, es la propiedad de los Kennedy; el Presidente Kennedy era Presidente del país más poderoso del mundo y no podía disponer de su fortuna total, pues ella estaba colocada en un "trust", y los directivos de ese "trust" eran los que decidían lo que debía hacerse.

La fuerza viva de los Estados Unidos, la intervención de la banca norteamericana en los negocios bancarios mejicanos, el desarrollo de nuestro comercio, las inversiones americanas en Méjico, hicieron que la institución del "trust" norteamericano comenzara a infiltrarse en la práctica mejicana. Un jurista de principios del siglo, don Enrique Zúñiga, escribe el primer estudio mejicano sobre el "trust". Trata de que la institución se implante. Pero, en realidad, esta institución no aparece en la legislación mejicana hasta 1924. Ya para entonces los panameños habían andado un poco en este terreno y era muy respetada en Méjico la obra del gran jurista don Ricardo Alfaro. Bajo la influencia de Alfaro surgen las primeras leyes mejicanas. Se concibe la institución como un mandato irrevocable; se le convierte, mercantilizándola, en operación exclusivamente bancaria, característica ésta que la distingue fundamentalmente del

"trust" anglosajón, ya que el "trust" anglosajón es una institución típica del Derecho Civil. En los Estados Unidos la practican los bancos como practican otras operaciones típicas de Derecho Civil, pero no es una operación exclusivamente bancaria en los Estados Unidos, como sí lo es, repito, en la ley mejicana. Para este tiempo, del 24 al 32, se habían publicado estudios muy interesantes, principalmente en Italia: la famosa monografía de Ferrara sobre "La simulación de los negocios jurídicos", que contiene una bien estructurada doctrina del negocio fiduciario; la obra de Franceschelli sobre el "trust" inglés; la de Domenico Rubino sobre los negocios indirectos, y algunas otras obras. Los alemanes, por su parte, habían elaborado la doctrina del patrimonio de afectación, del patrimonio sin *domine*, sin sujeto. Y estas grandes corrientes doctrinarias de aquellos años sirvieron al legislador mejicano del 32 para elaborar la ley vigente.

Por el fideicomiso en el Derecho mejicano, donde no se reconoce esa división tajante entre equidad y ley, como fuente del Derecho, sino que la ley predomina sobre la equidad, no podía escindirse la propiedad; no podíamos nosotros hablar de propiedad conforme a la ley y de propiedad conforme a la equidad. En Méjico sería un contrasentido que alguien acudiese a un tribunal, por ejemplo a un tribunal de amparo, y dijera: "El juez me condenó conforme a la ley, y vengo a que anulen la sentencia porque es inequitativa". Eso no tendría sentido en nuestro Derecho. Y es por eso que se encuentra la solución teórica a través de la idea germánica del patrimonio de afectación, del patrimonio que no tiene sujeto en sentido económico, de la propiedad que no tiene propietario, sin que esto sea un contrasentido. Por no existir propietario existe un titular de ciertos derechos que en la práctica determinan un determinado poder sobre un bien también determinado; pero este poder no llega jamás al poder dominical.

En Méjico sobre esto tenemos antecedentes también muy mejicanos en el aspecto teórico y la conjugación de los antecedentes históricos nuestros con la doctrina extranjera nos llevó a la solución del patrimonio de afectación. El ejemplo más corriente y a la mano es el ejemplo de la llamada propiedad ejidal, o sea el régimen que rige la situación jurídica de las tierras entregadas a los pueblos por la revolución mejicana. Allí no hay propietario; el ejidatario solamente tiene un derecho de usufructo sobre la tierra; la entidad ejidal que se llama allá entre nosotros comisariado ejidal no es tampoco propietario de la tierra. La comunidad no puede serlo porque el régimen ejidal no tiene personalidad jurídica. El Estado tampoco tiene el patrimonio de los bienes ejidales. Están afectados por la Ley Ejidal, la Constitución y el Código Agrario Mejicano a un fin determinado y ese fin no puede cambiar jamás, son bienes fuera del comercio, no pueden gravarse, no pueden venderse. El campesino que abandona su tierra pierde el derecho de uso, que la autoridad ejidal atribuye a otros campesinos y el régimen legal de la tierra es inalterable.

Es una cosa que no tiene propietario y no es mostrenca.

El Estado, cuando por necesidades sociales va a dar diverso destino a las tierras ejidales, sigue un curioso camino: las expropia, pero no se sabe a quién se las expropia. Por ejemplo, el terreno en que se erigió la Ciudad Universitaria de la Capital fue "expropiado", pero en realidad se hizo arreglos con los campesinos, se les entregó tierras en mejores condiciones de productividad en otra parte y por ley se atribuyó la propiedad de aquellos terrenos a esa entidad descentralizada del poder público que es la Universidad Nacional Autónoma de Méjico. Volvieron los bienes a tener propietario.

En un fideicomiso mejicano sucede, "mutatis mutandis", la misma situación. El bien objeto del fideicomiso se sustrae del régimen normal de propiedad. Se coloca en si-

tuación de patrimonio de afectación autónoma, destinado a un fin determinado y respecto del cual solamente se pueden ejercitar las acciones y derechos en consonancia con el fin. El problema de propiedad es irrelevante. Vemos más claro que es irrelevante el problema de propiedad, puesto que se pueden constituir fideicomisos sobre derechos distintos al derecho de propiedad. Yo puedo, por ejemplo, constituir un fideicomiso sobre un derecho prendario o sobre un derecho de usufructo. Es decir, no necesariamente el fideicomiso se constituye sobre bienes materiales o sobre bienes afectados o sujetos al régimen dominical, sino sobre toda clase de bienes incluyendo en ellos a los derechos, a los bienes inmateriales.

El fiduciario es titular de aquel patrimonio; pero en qué medida es titular? La pregunta no puede contestarse con alcances de generalidad. El caso concreto establecerá la medida del poder fiduciario sobre el patrimonio fideicometido. Es decir, el acto constitutivo de fideicomiso determinará la medida del poder fiduciario. Y sólo en el caso de que el acto constitutivo tenga una omisión a este respecto, la medida del poder se determinará en relación con el fin del fideicomiso. Y en caso de conflicto sobre esta base, resolverán los jueces.

De manera, pues, que pueda ser que yo sea propietario de esta finca; que en este momento sea yo un comerciante próspero; pero que, sabedor de las contingencias de la vida comercial, quiera yo asegurar la educación de mis hijos. Entrego este bien en fideicomiso, destinándolo a ese fin. Establezco que el fiduciario no podrá vender este bien, simplemente lo administrará; entregará los productos que se determinen a los menores y, cuando estos hayan terminado su educación, hará con la finca lo que se le diga, lo que se le haya ordenado en el pacto constitutivo (la enajenará a una institución de beneficencia, la venderá y entregará su producto a los menores ahora mayores o, incluso, revertirá las fincas al fideicomitente). De manera, pues que

los poderes del fiduciario sobre el patrimonio fideicometido son en Méjico tan diversos como amplia es la grama de posibilidades en los fines del fideicomiso.

Es decir, se pueden constituir fideicomisos para cualesquier asuntos. Pleonásticamente la ley establece este requisito: debe ser lícito el fin. Yo creo que, aunque la ley no lo dijera, evidentemente no podrían establecerse fines ilícitos con efecto legal en un fideicomiso. Pero, por ejemplo, puede constituirse un fideicomiso para honrar a los héroes, para la investigación científica, para recoger a los perros callejeros; en fin, para el objeto más variado y más amplio.

Las partes, ya entrando en un terreno más concreto, son en Méjico el fideicomitente, que es el que tiene el poder sobre los bienes que habrán de integrar el patrimonio fideicometido. Es el que constituye, por acto unilateral de voluntad, el fideicomiso. El fiduciario, que debe ser un banco siempre, legalmente autorizado para desempeñar las funciones de fiduciario. Y el fideicomisario, que es el beneficiario de los productos o beneficios del fideicomiso. Claro está, como ya implícitamente quedó establecido al poner ejemplos sobre las finalidades, el fideicomisario no es necesario que exista como sujeto jurídico. Un fideicomiso para recoger los perros o para curar a los leprosos no tendría un fideicomisario determinado; tendría sí un fiduciario determinado. Para que el fideicomiso sea formalmente constituido tampoco es necesario que exista el fiduciario. Para lo que es necesario el fiduciario es para la ejecución del fideicomiso. Pero si el fideicomitente omitió designar fiduciario, esta omisión no producirá la nulidad del acto constitutivo: el juez nombrará al fiduciario que se encargue en su oportunidad de realizar el fin para el cual el fideicomiso se ha constituido. Claro está también entonces que el fiduciario nunca se convierte en propietario de los bienes fideicometidos. Es simplemente fiduciario, un encargado del patrimonio fideicometido según el poder o la medida que le determina el acto constitutivo o el fin.

El fideicomisario tendrá solo derechos personales a exigir la entrega del beneficio, derecho quizás de perseguir los bienes que salgan ilegalmente de la masa constitutiva del patrimonio fideicometido, pero no tendrá ningún derecho real sobre los bienes fideicometidos.

+ En cuanto al fideicomitente, puede darse el caso de que no se haya reservado, tampoco, ningún derecho. La medida de su derecho la dará el acto constitutivo, pero puede ser, como en el ejemplo que citábamos antes, que constituido el fideicomiso para un fin y que cumplido éste se dará a los bienes un destino ulterior (por ejemplo, que se entregarán a una institución de beneficencia pública); o bien, si nada se ha dicho, los bienes revertirán al fideicomitente, o bien el fideicomitente tendrá eventualmente el derecho de reversión. Pero, por ejemplo, supongamos que el fideicomiso fue constituido ilegalmente en fraude de los acreedores; que posteriormente a la constitución del fideicomiso, el fideicomitente cayó en insolvencia y vino su quiebra.

Claro está que cada vez que un fideicomiso se constituya en fraude de acreedores habrá la posibilidad de que, por acción pauliana, los acreedores nulifiquen este acto; pero suponiéndolo bien constituido, los acreedores podrán embargar el derecho de reversión para cuando el fideicomiso se termine; no podrán embargar los bienes del fideicomiso. Respecto de bienes dados en fideicomiso, por disposición legal expresa, solamente podrán ejercitarse los derechos relacionados con el fideicomiso mismo. Por eso, los fiduciarios mantienen todos los patrimonios fideicometidos separados entre sí.

Vamos a suponer que el patrimonio número 1 requiere trabajadores, pues se trata de una fábrica. Los trabajadores son empleados del fideicomiso, no son empleados del banco fiduciario, ni del comitente, ni de los otros fideicomisos, ni de los fideicomisarios; son empleados del fideicomiso y eventualmente ejercitan sus derechos contra el patrimonio fideicometido.

Si el patrimonio fideicometido es insuficiente, no podrán venir sobre los patrimonios de las partes en el fideicomiso; los patrimonios son completamente autónomos. Supongamos que se da en fideicomiso una empresa comercial. La empresa puede sufrir quiebra; no quiebra el fiduciario; no quiebran los otros patrimonios fideicometidos; sólo se operará la quiebra, con todas sus consecuencias, en el ámbito del patrimonio fideicometido; no hay confusión de patrimonios; están separados perfectamente unos de otros los patrimonios fideicometidos. El fiduciario es titular de todos, y en esto quiero insistir, de cada uno en la medida establecida por el acto constitutivo o determinada por la finalidad concreta del fideicomiso.

De ahí depende que pueda vender o no pueda vender; depende que pueda gravar o no pueda gravar; depende la manera como debe él usar los bienes que constituyen el patrimonio fideicometido.

Ahora bien, es necesario distinguir en Derecho mejicano —y la distinción es clara en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación— entre fideicomiso y negocio fiduciario, porque al entrar en vigor la ley los juristas mejicanos repetidamente confundieron las instituciones: el fideicomiso con el negocio fiduciario. El negocio fiduciario en Méjico es un negocio de derecho civil y relativamente nuevo en nuestra práctica jurídica; el surgimiento del negocio fiduciario en la práctica y en la jurisprudencia mejicanas se debe evidentemente a la doctrina italiana y, fundamentalmente, a la monumental obra de Ferrara que ya citamos, "La Simulación de los Negocios Jurídicos".

Ustedes saben que mi país ha sido un país revolucionario, no sólo en el sentido de que ha realizado la primera revolución social que la historia contemplara en este siglo, sino que, además de revolucionarios, los mejicanos hemos sido muy revoltosos. Hemos cometido muchas asonadas,

muchos movimientos sin cabeza, algo que no puede calificarse propiamente como revolución sino como revuelta. Y en aquella época en que se hacían revueltas todos los años, un señor que se comprometía en un movimiento revoltoso, si tenía patrimonio lo primero que hacía era poner sus bienes a nombre del compadre, para que se los cuidara por si perdía el movimiento. Si el movimiento perdía y el mejicano aquel tenía la fortuna de salir con vida, no se quedaba en el país, se iba al extranjero. Y el Gobierno triunfador confiscaba los bienes de los responsables del movimiento, diz que para resarcirse de los gastos que al erario público había ocasionado la correspondiente revolución. Y entonces venía el amparo. El dueño legal decía: "compré estos bienes antes de que el dueño se metiera a la revolución, soy tercero y he sido desposeído de mis bienes sin ser oído ni vencido en juicio", e invariablemente ganaba el amparo. E invariablemente, también, se quedaba con los bienes del compadre.

Esto daba ocasión a que, por allá a los diez años en que volvía del exilio, el compadre reclamaba sus bienes; y los abogados mejicanos plantearon las acciones de nulidad por simulación que invariablemente perdieron. Sencillemente no había habido simulación. Hasta que vino la obra de Ferrara a aclarar puntos: se trata de un negocio fiduciario, es decir, de un negocio atípico, compuesto de dos negocios, uno legal, aparente, que surte todos los efectos que le son propios frente a terceros, pero que ve destruidos sus efectos por un negocio oculto, un pacto de buena fe, un pacto en fiducia que sólo surte efectos entre las partes.

En un caso, allá por los años del cuarenta y tantos, se planteó la acción de ejecución del pacto fiduciario. Se trataba de los bienes de un comerciante joven que se había visto envuelto en la famosa crisis mundial de los años 29-30 que arruinó a tanta gente y, principalmente, a tanto comerciante. Este joven tenía en una ciudad una empresa

próspera, tenía el mejor edificio comercial de la ciudad, ciudad norteña de Méjico. Cuando se vio necesitado de dinero, hipotecó el edificio aquél, no pudo detener la montaña que se le venía encima y quebró de la manera más absoluta. Pero, antes de irse a la quiebra, hizo un arreglo con su acreedor hipotecario. En virtud de este arreglo el acreedor hipotecario lo demandó; él dijo, "reconozco el crédito, no tengo con qué pagar, ofrezco en pago el edificio", se adjudicó en pago el acreedor el edificio e inmediatamente le escrituró al padre del joven una promesa de venta. Evidentemente era una venta en abonos, pero le llamaron promesa de venta en los términos del crédito. Los acreedores no persiguieron aquella propiedad y el comerciante se vino a una ciudad del sur. Era muy hábil, levantó una empresa comercial y acabó de pagarle al acreedor hipotecario. El acreedor hipotecario murió fuera del país y el promitente comprador, padre del muchacho, demandó el otorgamiento de escritura de la venta definitiva, que otorgó el juez en rebeldía del demandado. Todo en orden. Naturalmente había ahí un carteo casi diario entre el padre e hijo, por el cual se veía que la propiedad era del hijo y que actuaba el padre siempre conforme a las instrucciones del hijo. Había cartas como ésta, en que el padre le decía: "Estoy avergonzado porque enfermó tu madre y he tenido que echarme sobre las rentas de este mes y me he convertido en ladrón", y ponía entre paréntesis "provisional". Pero pasaron los años y al padre comenzó a molestarle mucho aquella situación. Se sentía viejo y le escribía al hijo: "He consultado al abogado y me ha dicho que si yo muero estos bienes que están a mi nombre van a ser motivo de discordia entre mis hijos porque todos son mis herederos y el bien es tuyo: ven para que te haga la escritura como corresponde". El hijo le decía: "Estás muy fuerte, padre, qué te vas a morir ni qué nada". Al fin llegaron a la conclusión de que harían una sociedad anónima para que se pusiera el bien a nombre de ella —claro, todo el capital iba a ser del hijo—, para que una

nueva crisis o una nueva quiebra no volvieran a afectar este patrimonio que destinaba el joven a la educación de sus hijos. Y a esas alturas, y contra todas las previsiones, murió el hijo.

El viejo, los primeros meses era gran amor y atenciones con la nuera, la viuda, pero a los cuatro o cinco meses le dijo: "Esto es mío". Los abogados dijeron: "Es de él". Claro, los registros públicos, las escrituras públicas, la sentencia judicial, todo lo decía. La sucesión ejercitó la humilde acción de ejecución del pacto de fiducia. Reconocía, en primer lugar, que el dueño era el señor viejo, pero que había un pacto entre padre e hijo. Se decía en los alegatos que aquel señor tan respetuoso, que en vida de su hijo se consideraba "ladrón provisional" cuando tomaba las rentas, muerto el hijo no tuvo ningún empacho en convertirse en "ladrón definitivo". Entonces, el problema fue, ante la ausencia de disposición legal, si procede o no la acción de ejecución del pacto de fiducia. Los tribunales locales negaron la procedencia de la misma. La Suprema Corte concedió el amparo y declaró procedente en el caso la ejecución del pacto de fiducia y el bien aquel volvió a la sucesión, de donde nunca debió haber salido. Este problema ha sido confirmado por repetidas sentencias de la Suprema Corte, que han sentado jurisprudencia. En Méjico se dice que cierta jurisprudencia ha sido obligatoria para los tribunales, cuando se confirma por cinco ejecutorias de la Suprema Corte.

Pero esto nada tiene que ver con el fideicomiso. El fideicomiso, en primer lugar, no es un negocio atípico, puesto que está tipificado en la ley. No puede haber, conforme al mandato de la ley mejicana que se encuentra también en vuestro Código, fideicomisos secretos. Todo está a la vista; en los registros públicos aparece que la propiedad está bajo el régimen de fideicomiso; aparece la medida de los poderes del fiduciario y la medida de los derechos de las partes; un negocio legal y típico. El pacto fiduciario es un negocio complejo, atípico, compuesto de un negocio

típico, de efectos enérgicos, amplios, y de un negocio oculto, subyacente, que entre las partes, y dando lugar exclusivamente a una acción personal, nulifica los efectos del negocio aparente.

Son éstas, en términos generales, las principales características del fideicomiso mejicano. No vamos a referirnos a motivos de extinción, causas de anulación, etc., sino que en forma muy breve y como se me ha pedido, sin pretender con mi actitud ninguna autoridad para hacerlo, habré de referirme a algunas disposiciones del Código de Costa Rica en tanto que son diferentes de la ley mejicana.

En primer lugar, el primer artículo del Código relativo al fideicomiso involucra en el concepto el derecho de propiedad. "Por medio del fideicomiso —dice el 633— el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes". Hay una transmisión de propiedad que no se ve cómo va a actuar, puesto que el artículo 264 del Código Civil establece que la propiedad es un derecho dominical que se compone de la posesión, del usufructo, la transformación y enajenación, la defensa y exclusión y la restitución e indemnización. Y por el resto del artículo se ve que, cuando menos, el usufructo nunca se transmite al fiduciario. En términos generales, el fiduciario costarricense deberá obrar, según las normas contenidas en el Código, "mutatis mutandis", de la misma manera que el fiduciario mejicano.

El 634 dice: "Los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso". Hay contradicción con el artículo anterior, porque si los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio de afectación, se excluye la transmisión de propiedad de que habla el artículo 633. El fiduciario nunca será propietario de los bienes fideicometidos y éstos constituyen un patrimonio de afectación.

Otra diferencia notable entre el Código costarricense y la ley mejicana consiste en que se generaliza el fideico-

miso, en el sentido de que cualquier persona puede ser fiduciario. Probablemente esto sea conveniente en el medio costarricense, que desconozco; entre nosotros no habría sido conveniente y la razón fundamental que se previó para mercantilizar el fideicomiso en Méjico (no sólo mercantilizarlo sino atribuirlo con exclusividad monopolística a las instituciones de crédito, controladas por el Estado, y de solvencia legal reconocida) fue la de que para nosotros era peligroso enraizar una institución tan huidiza como es el "trust" en el ambiente mejicano, con el desconocimiento que teníamos de la práctica de la institución, y colocarla en un plano de generalidad. Pero es que los mejicanos, naturalmente, nos vemos influidos por nuestro propio medio, por nuestra historia e incluso por la tierra. Hay, por ejemplo, un fenómeno curioso en la agricultura mejicana: en Méjico creemos que los mejores pimientos morranes son los andaluces. Entonces los agricultores mejicanos importan la semilla de Andalucía. El primer año aquella semilla se reproduce más o menos igual a como se reproduce en España; al segundo año el pimiento es ácido y al tercer año enchila. Nosotros tuvimos miedo de que se nos enchilara el fideicomiso y por eso lo mercantilizamos. Creemos que la seriedad, la solvencia legal de los bancos, la vigilancia del Estado en la práctica de estas instituciones escurridizas, es lo que en Méjico ha producido el éxito de la institución. Pero eso desde el punto de vista práctico. Ahora, como mercantilistas, yo diría que el legislador costarricense "civilizó" la institución en el sentido de que la hizo de Derecho Civil. Y no encuentro qué hace entonces la legislación en el Código de Comercio; porque si es una institución de Derecho Civil, que cualquiera persona puede realizar en la práctica, entiendo que no es similar el acomodo dentro de la legislación mercantil; no tiene razón de mercantilizarse.

Creo que históricamente hemos demostrado que en sus países de origen nace el fideicomiso en la legislación civil, en el "Common Law". En los Estados Unidos la mercantili-

zan, sin hacerla exclusivamente mercantil; la mercantilizan en la práctica en el sentido simple de que estadísticamente el mayor número de "trust" tienen bancos como fiduciarios. Pero allá la institución sigue siendo de Derecho civil, aplicada, en lo que corresponde, a la práctica bancaria.

El artículo 642 no tiene correspondiente en la ley mejicana: Dice: "El fiduciario que sustituya a otro en el cargo no es responsable de los actos de su predecesor, excepto en los casos siguientes: a) Si ilícitamente el predecesor adquirió bienes que el sustituto, a sabiendas, conserva;" Si el sustituto los conserva, no entiendo en qué forma va a ser responsable de los actos del predecesor. Probablemente esto es un error de imprenta. Pero luego dice: b) Si omite llevar a cabo las gestiones necesarias para constreñir al predecesor a que le entregue los bienes objeto del fideicomiso". Esta omisión no es acto del predecesor, es acto propio. Y luego agrega: c) Si se abstiene de promover las diligencias conducentes para que su predecesor repare cualquier incumplimiento en que hubiere incurrido en su gestión". Esto también es acto propio. Yo entiendo que, a no ser que haya coautoría, el fiduciario sustituto nunca debe responder de los actos del predecesor.

En el artículo 648 se dice que: "En toda operación que implique adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversiones de dinero o fondos líquidos, debe el fiduciario ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomiso". En el fideicomiso mejicano esta obligación es no sólo para estos casos, sino que la obligación es general para todos los casos, es decir, toda la actuación del fiduciario en Derecho mejicano debe ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomiso y no sólo las operaciones de inversión.

Se dice también (artículo 650 que no tiene correspondencia en nuestra ley), que, "De toda percepción de rentas, frutos o productos de liquidación que realice el fiduciario

en cumplimiento de su cometido, dará aviso al fideicomisario en el término de los treinta días siguientes". Pero luego agrega que "la notificación puede suprimirse". En fin, habría ciertas cuestiones respecto de las cuales me gustaría pedir aclaraciones a las personas entendidas en esta materia en Costa Rica, porque seguramente por mi falta de conocimiento del medio hay disposiciones que yo no logro entender. Por ejemplo, se habla de "fideicomisos honorarios" (art. 655). Pregunté a algunos abogados, entre ellos los amigos Gutiérrez y Sotela, y no me supieron decir lo que son los fideicomisos honorarios.

Sería muy largo que me ocupara yo de hacer un análisis crítico y exegético del proyecto. Yo supongo que al legislador y a los autores del proyecto les pasará íntimamente lo que nos pasa a todos los que intervenimos en la redacción de leyes. Luego nos queda un gran remordimiento. Rippert, en una de sus obras cumbres, al hacer el análisis de la función del legislador, dice que toda ley nueva es una mala acción. Y efectivamente, lo es. Toda ley nueva trastorna el orden jurídico existente. Los que van a sufrir la aplicación de la ley no saben a qué atenerse; los abogados tienen que estudiar más los casos, los jueces duplican también su trabajo y con ello evidentemente y en general, el orden jurídico se transforma. El orden jurídico se ve, más cuando se trata de leyes de tan singular importancia como el nuevo Código de Comercio, estructuralmente quebrantado, trastornado. Lo único que en este caso nos queda es esperar que estas malas acciones de los juristas, que son las leyes nuevas, se conviertan en la práctica, por la sabiduría, por la altura de miras, por la capacidad de quienes las manejan y las aplican, en lo que debe ser toda ley: un instrumento de paz y de progreso para el pueblo.

LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL NUEVO CÓDIGO DE COMERCIO DE COSTA RICA

Primera Conferencia.

Prof. RENATO OZORES
Titular de Derecho Mercantil,
Universidad de Panamá.*

Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia;

Señor Decano de la Facultad de Derecho;

Señores Profesores;

Señoras y Señores:

Yo quisiera que mis primeras palabras esta noche pudieran expresar con claridad sentimientos de complacencia y gratitud. Complacencia por hallarme con ustedes y en este admirable país, y también de gratitud por el honor que implica ocupar esta tribuna repetidamente prestigiada por figuras eminentes, como la del maestro Cervantes Ahumada, que ayer nos ofreció una admirable lección sobre el fideicomiso. También quiero agradecer y muy sinceramente, la gentil hospitalidad, típicamente costarricense, con que he sido acogido.

Consideraciones previas.—Hace algunos días tuve ocasión de comentar con un distinguido mercantilista chileno que el Código de comercio de su país será centenario a fines del próximo año, y hoy nos encontramos aquí, en Costa Rica, para celebrar la aparición de un nuevo cuerpo legal de la misma denominación, cuya vigencia comenzó recientemente. Y es oportuno advertir a este respecto que existen

(*) Texto de las conferencias pronunciadas por el autor en el Colegio de Abogados de Costa Rica, el 16 y 17 de julio de 1964.

muchas semejanzas entre las disposiciones que contienen ambos Códigos, demostrándose con ello que, a pesar de hallarse tan distantes las fechas de promulgación, y a pesar también del extraordinario desarrollo del comercio, con las modalidades más variadas, se mantiene la firmeza y solidez de un número considerable de instituciones mercantiles, siendo evidente, por ello, el acierto con que procedieron los juristas que abrieron los primeros surcos en el campo de la codificación, con una serie de normas que han logrado perdurar a través de tanto tiempo. Sin embargo, consideraciones doctrinales que estimo de gran peso y motivos abundantes de orden práctico, están causando brechas cada vez más amplias en los conceptos tradicionales que han venido orientando la labor legislativa en los dominios del Derecho privado de contenido obligacional. Por ello, aunque rebasada con largueza la mitad del Siglo XX vemos que se siguen redactando Códigos destinados a normar ciertas relaciones contractuales en forma distinta y separada de la que figura en la legislación común —tomando en cuenta para ello su naturaleza mercantil— se ha venido propagando en sectores cada vez más amplios el convencimiento de que resultaría preferible disponer de un solo Código de obligaciones y, como complemento, un conjunto de leyes apropiadas y fácilmente reformables, de acuerdo con las exigencias que las mudanzas de la realidad llegaran a plantear. Con tal procedimiento podríamos borrar las líneas, tantas veces imprecisas y variables que aspiran a marcar los límites de la materia mercantil, y eliminar definitivamente esa especie de obsesión que nos plantea el insoluble problema de amoldar a una definición global el "acto de comercio".

Desde hace mucho tiempo venimos asistiendo a irremediabiles desgajamientos que mutilan nuestros Códigos tradicionales, dando lugar a ramas separadas cuya frondosidad crece apresuradamente. De aquellas normas en embrión que hace varias décadas pretendían regular en toda

su amplitud el arrendamiento de servicios, ha brotado vigoroso y totalmente independiente el Derecho laboral. El Derecho marítimo, y su hermano menor el Derecho aéreo, de reciente formación, se han desarrollado tanto que reclaman con apremio su plena independencia en Códigos de la navegación, como el italiano de 1942, o en leyes especiales de apropiada autonomía, como la mexicana que entró a regir a fines del pasado año, y de la cual es autor nuestro ilustre compañero el profesor Cervantes Ahumada. Y cada vez con mayor intensidad y fuerza se viene hablando de un Derecho bancario, de un Derecho minero, de un Derecho agrario, de un Derecho industrial, de un Derecho cambiario, para que a través de la legislación independiente se puedan regular en adecuada forma nuevos tipos de explotación económica y nuevas formas de negociación que se han venido desarrollando de manera extraordinaria un tanto al margen del Derecho positivo.

El fenómeno anotado debe producirnos viva complacencia, especialmente a los mercantilistas, porque viene a ser reflejo del incesante crecimiento de las instituciones comerciales. Pero también debe llevarnos a reflexionar acerca de la conveniencia y oportunidad de seguir elaborando Códigos de comercio con arreglo a los principios clásicos —en cuanto a su estructura se refiere— aun estando convencidos de que ante el extraordinario desarrollo y transformación acelerada de las relaciones jurídicas que pretenden regular, constituyan sus disposiciones más freno que impulso, o que dichas relaciones continúen en muchos casos marginadas de la Ley, como ha venido sucediendo en tantos casos.

Algo así puede advertirse en lo que a la sociedad anónima concierne. Si pensamos, por ejemplo, que el Código de comercio japonés, promulgado hace apenas trece años dedica a las sociedades mercantiles 448 artículos, a los que es preciso añadir 89, que contiene la Ley sobre sociedades "limitadas" de 1938, modificada en 1951, y que de los preceptos mencionados corresponden a la sociedad anónima

muy cerca de 300, se comprende fácilmente la importancia que el legislador les atribuye y el cuidado con que se trató de resolver anticipadamente los múltiples problemas que pueden presentarse en su complejo mecanismo. Pero también nos indica el hecho mencionado la posibilidad y conveniencia de regular las sociedades a través de leyes especiales, como se ha venido haciendo muy frecuentemente, al igual que con otras instituciones mercantiles, como los títulos de crédito, las operaciones bancarias, de seguros y de capitalización, las marcas, patentes y privilegios industriales, la quiebra y otras más.

Tal vez por los inconvenientes que presenta someter a revisión frecuente los Códigos de cualquier clase, o por la necesidad de disponer en un momento dado de normas adecuadas para regular debidamente las sociedades mercantiles, hemos venido asistiendo a la promulgación de leyes especiales sobre esta materia, que parten de lejanas fechas. Basta recordar la Ley costarricense de 24 de Noviembre de 1909; la Ley panameña de 1927; la Ley general de sociedades mercantiles, con 264 artículos, que México dictó en 1934; la Ley alemana de 30 de Enero de 1937 sobre las sociedades anónimas y en comandita por acciones, con 232 artículos; la Ley brasileña de 26 de Setiembre de 1940 sobre la misma materia, con 180 artículos; el Decreto-Ley de Colombia de 27 de Julio de 1950, con 293 artículos; la Ley española sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas, de 17 de Julio de 1951, con 171 artículos, y más recientemente, la Ley ecuatoriana, llamada Ley de compañías, de 27 de Enero de este año, que desarrolla sus disposiciones a lo largo de 405 artículos.

Aciertos del nuevo Código de Costa Rica.—Dentro de las irremediables limitaciones a que han tenido que ceñirse los autores del nuevo Código de Comercio Costa Rica, han sido logrados, evidentemente, aciertos singulares que resulta oportuno señalar, debiendo mencionarse, en primer término, la inclusión de las disposiciones que regulan la empresa

individual de responsabilidad limitada. Con ello, Costa Rica tendrá el honor, muy digno de anotarse, de haber inaugurado en nuestro continente la adopción y reglamentación de un instituto que muchos mercantilistas, entre los que modestamente me incluyo, hemos venido pretendiendo que se incorpore sin mayor demora al Derecho positivo de nuestros países. También juzgo especialmente acertadas las disposiciones sobre títulos-valores, sobre todo las que reglamentan la letra de cambio, el pagaré y el cheque que, inspiradas en las normas de la Ley Uniforme de Ginebra, recogen con acierto las modernas manifestaciones doctrinales y legislativas sobre la materia. Pero el tema que me ha sido reservado dentro del nuevo Código de Comercio de Costa Rica es el que se refiere a la sociedad anónima, y a él debo ajustarme, poniendo aquí punto final a estas consideraciones previas.

Objetivos principales en la legislación sobre la sociedad anónima.—Nadie puede abrigar la menor duda en cuanto a la importancia de la sociedad anónima moderna. Esta forma asociativa, más que ninguna otra, constituye un instrumento jurídico esencial para fortalecer debidamente las estructuras económicas de todos los países, si la legislación que las regula alcanza plenamente los objetivos principales que contribuyen de manera sustancial a su popularidad y desarrollo. Pero antes de analizar las disposiciones sobre la sociedad anónima que figuran en el Código de Comercio de Costa Rica, cabe preguntarse qué se ha pretendido con las normas adoptadas. Echo de menos la Ley de bases del Código. Ignoro si se promulgó o no, pero en todo caso, no la conozco. Puesto que de Códigos tratamos y su elaboración se ajusta a ilustres tradiciones, considero siempre aconsejable que la labor del codificador se encauce, se oriente y se encarrile por los lineamientos generales de la trayectoria que una Ley de bases le señale. Tampoco conozco, si es que existe, la Exposición de Motivos, que también es siempre de gran utilidad, porque nos permite conocer

el pensamiento del legislador, los fines perseguidos, y nos facilita considerablemente la interpretación adecuada de las normas.

Al no existir, o yo no conocer, la Ley de bases del Código de Comercio, ni la Exposición de Motivos, no he podido formarme un juicio de lo que, en definitiva, se ha tratado de lograr al reglamentar la sociedad anónima en la forma que se ha hecho. Porque si se buscaba, sobre todo, la flexibilidad de los preceptos y ofrecer las máximas facilidades para constituir sociedades de esta clase, tal vez pueda afirmarse que, si en algún aspecto se ha logrado, el propósito indicado podría alcanzarse en una forma más abierta siguiendo ciertas pautas del Derecho anglosajón, en las cuales se ha inspirado la legislación actual de Panamá. Si, por el contrario, se ha querido abrir rumbos apropiados para que puedan ser constituídas grandes compañías anónimas por suscripción pública de acciones, capaces de captar el ahorro y de interesar a muchos inversionistas potenciales para integrar esas elevadas masas financieras con que operan hoy las más importantes sociedades por acciones, quizá no se ha logrado plenamente.

Para llegar a dicha conclusión conviene analizar el panorama que presenta la legislación sobre la sociedad anónima, especialmente en la segunda mitad del Siglo XX, tarea que se nos facilita por las excelentes publicaciones del Instituto Angelo Sraffa, de Milán, bajo la acertada dirección del Profesor Rotondi. Y estudiando la estructura de la sociedad anónima en los países europeos de alto nivel económico, y aún en los pequeños, como Luxemburgo, Liechtenstein, San Marino, etc., vemos cual es la orientación seguida por la legislación desde fechas más o menos próximas. Por otra parte, también sería oportuno contemplar, para tratar de resolverlos, los problemas que pueden presentarse como consecuencia del abuso del Derecho a través de la persona jurídica y, más concretamente, a través de la sociedad anónima. Digo esto, porque han sido tantas y tan importantes

los casos de abuso del Derecho que se han cometido a través de la persona jurídica que ha llegado a cristalizar la doctrina anglosajona "*disregard of legal entity*", llamada por los alemanes de la "*penetración*" (*durchgriff*), dando lugar a tan valiosos estudios, como la excelente monografía del Profesor Rolf Serick. Y ya en Panamá, al menos en un caso, ha sido aplicada esta doctrina por nuestra Corte Suprema de Justicia, al establecer en un fallo reciente que el hecho de que una persona natural hubiera constituido una sociedad, con el indudable propósito de eludir por medio de la misma una determinada norma de carácter administrativo, era un subterfugio que resultaba inadmisibile.

Es indudable que entre los objetivos que principalmente persigue la legislación reguladora de la sociedad anónima cabe destacar la plena integración del capital social, ya se trate de aportaciones en dinero o en especie, y una adecuada protección del sector minoritario de accionistas. Con lo primero se pretende asegurar la indispensable base financiera de la compañía; fortalecer su crédito y evitar riesgos que podrían producir consecuencias lamentables para la sociedad y perjuicios sin remedio para aquellos accionistas que hubieran satisfecho el valor total de sus acciones. Con lo segundo se intenta proteger los derechos de los accionistas que no pueden influir en el funcionamiento de la sociedad, poniéndolos a cubierto del peligro que podrían correr sus intereses ante abusos de poder o excesos de quienes, constituyendo mayoría, se hallen en capacidad de imponer sus decisiones a través de la asamblea general. Es cierto, desde luego, que en defecto de disposiciones legales apropiadas, puede un pacto social, cuidadosamente elaborado, reemplazar en muchos casos las omisiones de la Ley. Pero la experiencia nos demuestra que las grandes empresas mercantiles e industriales que tienen como base el soporte financiero de una sociedad anónima, sólo se han desarrollado a plenitud donde los inversionistas potenciales, grandes y pequeños, se sienten animados a adquirir acciones

de diversas compañías, sin temor alguno de que sus aportaciones sean utilizadas de manera torpe o maliciosa en beneficio de los accionistas que ejercen el control social. Y como quiera que no todas las personas que adquieren acciones están en capacidad de conocer o de entender debidamente las disposiciones y las cláusulas de pactos sociales y estatutos, el mencionado desarrollo de la sociedad anónima se alcanza solamente cuando adecuadas normas de la Ley protegen a las minorías o cuando el funcionamiento de estas compañías se halla sometido de manera permanente a una rigurosa inspección y vigilancia por parte de organismos oficiales, cuya finalidad es, principalmente, evitar maniobras fraudulentas, e incluso torpezas. Basta para demostrarlo el hecho de que si bien muchas leyes norteamericanas son particularmente amplias y elásticas, facilitándose con ello la constitución de sociedades, ciertas experiencias demostraron la necesidad de establecer controles rigurosos que ejercen varios organismos entre los que cabe mencionar la S. E. C. (Securities and Exchange Commission).

La integración del capital social en la nueva legislación costarricense.—La integración del capital social está prevista en las disposiciones pertinentes del Código de Comercio, puesto que en el caso de constitución por suscripción pública de acciones, la asamblea general constitutiva no podrá ser convocada por los fundadores hasta que dicho capital social esté suscrito en su totalidad y efectuados los pagos legales que señala el artículo 104.

Aunque son muchas las legislaciones que señalan a la sociedad anónima un mínimo de capital social, como en Italia, en Suiza, en Alemania, en Austria, en Honduras, etc., parece preferible la fórmula española, estableciendo que deben adoptar tal forma aquellas compañías cuyo capital rebasa cierta cifra. Señalar un capital mínimo muy bajo me parece inoperante, puesto que la mayor parte de las sociedades fijarán por propia decisión un capital más elevado; y señalar uno muy alto, puede estorbar en ciertos casos

la constitución de sociedades de esta clase, que quizá podrían contribuir con eficacia al desarrollo de ciertas actividades productivas, sobre todo de tipo artesanal. Pero sí resultaría impropio, por ejemplo, el funcionamiento de una sociedad colectiva o de una limitada con un capital de varios millones de colones, sujetando las participaciones, las actividades de los socios, y hasta la existencia misma de la sociedad, a las clásicas disposiciones que, por ser características de las sociedades de personas, figuran en los artículos 38, 48 y 56.

Aunque es del todo deseable y conveniente que la Ley establezca como norma para que la sociedad anónima se constituya el requisito previo de la suscripción íntegra del capital social, dicha exigencia podría llevar en ciertos casos a los fundadores a fijar cifras inferiores a las que serían aconsejables con prudente previsión, teniendo en cuenta las necesidades financieras de la compañía en proyecto, para asegurar de esta manera que serán suscritas todas las acciones. Pero como un acuerdo ulterior para modificar la escritura y elevar el capital social habría de requerir una decisión en tal sentido de la asamblea general de accionistas, la fórmula del *capital autorizado*, soluciona en parte este problema. Aunque reconozco el fundamento de algunas objeciones que se han hecho a dicha fórmula, me parece aconsejable en ciertos casos siempre que dicho *capital autorizado* no rebase un determinado porcentaje del capital fundacional, que debe hallarse totalmente suscrito al constituir la sociedad, y que se haga uso por la Junta Directiva o Consejo de Administración de la facultad que implica, solamente dentro de un determinado plazo, que no debería ser mayor de cinco años.

Las disposiciones que figuran en el Código de comercio con respecto al capital social y a su debida integración, plantean ciertas dudas, aun cuando el apartado c) del artículo 106 dispone que la escritura de fundación habrá de expresar la forma y términos en que deberá pagarse la

parte insoluta de las acciones. Tal disposición, a primera vista, parece acertada, puesto que de tal manera los suscriptores de acciones que estén dispuestos a pagarlas en dinero saben de antemano cual es el plazo de que pueden disponer para la cancelación total de la deuda contraída. Pero analizada la cuestión desde otro ángulo, parece preferible reservar a la Junta Directiva la facultad de decidir el momento en que se estime necesario hacer los llamamientos, puesto que pudiera suceder que por causas imprevistas se encontrara la sociedad urgida de dinero antes de la fecha originalmente calculada, o que los aportes mencionados lleguen a ser innecesarios durante un tiempo muy largo o, durante toda la existencia de la sociedad. Por el contrario, me parece aconsejable señalar un plazo legal, que podría ser de un año, dentro del cual debe quedar suscrito todo el capital social —tal como disponía el artículo 426 del Código de 1961— sin perjuicio de que en los programas a que se refiere el artículo 113 se puedan señalar plazos más cortos. En la legislación de varios países, como en México, se señala el plazo de un año para que todo el capital social esté suscrito, y tal disposición parece lógica, puesto que si en dicho tiempo no se logra interesar a los inversionistas en la empresa proyectada, parece ser bien evidente la necesidad de que los promotores desistan de su intento o traten de fundar una sociedad de más limitado radio con un capital menor.

Estimo digna de alabanza la norma del artículo 120 que prohíbe la emisión de acciones sin valor nominal, en vista de los diversos problemas que suscitan estos títulos, tan fundamentalmente criticados en el campo doctrinal; pero sería deseable una disposición que prohibiera expresamente y en cualquiera circunstancia, la emisión de acciones bajo par. También creo que se pueden señalar ciertas lagunas en la materia referente a la valoración de las aportaciones en especie y en la que guarda relación con el incumplimiento, por parte de algún accionista, de la obligación de ha-

cer pago puntual de las sumas adeudadas a la sociedad como dividendos pasivos.

Se dispone en el artículo 116 que corresponde a la asamblea general constitutiva aprobar el proyecto de escritura, estableciéndose, con mucho acierto, que los suscriptores disidentes con las modificaciones que se adopten podrán desvincularse de la sociedad en formación, retirando sus aportes. Pero nada más dice sobre el punto, a pesar de su importancia, y nada se establece tampoco para el caso de que no fuera aprobado el avalúo de los bienes que determinados socios hubieren convenido en aportar. Es indudable que si estuvieren inconformes con la estimación definitiva que se hubiere dado a sus aportes, también podrían retirarse de la compañía. Sin embargo, se plantean algunos interrogantes que permanecen sin respuesta. ¿Qué sucede entonces? ¿Se desiste de constituir la sociedad, en vista de que la totalidad del capital social no está suscrito —aunque ello pueda ser en una pequeña proporción— o se prorroga el plazo para suscribirlo con un nuevo programa? Por lo demás, el retiro de los socios inconformes con la estimación de sus aportes en especie, puede suscitar otros problemas de importancia. Basta considerar la posibilidad de que algunos accionistas hubieran decidido suscribir cierto número de títulos, estimulados por la circunstancia de que entre los aportes hechos a la sociedad figuraban determinados bienes —ya se tratara de inmuebles, de equipo industrial, de alguna fábrica en funcionamiento, de mercancías, etc.—, para encontrarse luego con la inesperada novedad de que los aportes mencionados eran retirados por los aportantes, al haber reducido la asamblea general constitutiva la valoración provisional que se les había atribuido.

Como son siempre plausibles las disposiciones que tienen como fin asegurar una estimación correcta de las aportaciones en especie, y éstas pueden hacerse en forma indirecta y disimulada, después de constituida la sociedad, se

ha tratado de encontrar algún medio eficaz que impida las maniobras fraudulentas de esta clase. Vaya como ejemplo el artículo 246, en relación con el 245 del Código de Comercio del Japón, donde se establece la necesidad de acuerdos especiales de la asamblea general, con mayoría reforzada, en el caso de que la sociedad celebre, dentro de los dos años siguientes a su constitución definitiva, algún contrato para adquirir un bien existente antes de su constitución y destinarlo al uso continuo del comercio, por un valor igual o mayor a la vigésima parte del capital social. En una forma similar, la parte final del artículo 32 de la Ley española dispone a este respecto que las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro del primer año, a partir de su constitución, habrán de ser aprobadas necesariamente por la Junta General, previo informe escrito de los administradores, siempre que el importe de aquella exceda de la décima parte del capital social. Es indudable que, en algunas situaciones, al menos, las disposiciones señaladas pueden vulnerarse, fraccionando los lotes de los bienes que se trata de adquirir para lograr de esta manera que el precio de los mismos sea inferior al porcentaje señalado. Pero en otros casos no será posible tal maniobra y entonces las reglas mencionadas pueden impedir eficazmente las aportaciones en especie sin el trámite de la valoración, debidamente realizado por la asamblea general, y el perjuicio consiguiente para aquellos accionistas que hubieran pagado sus acciones correcta y puntualmente.

La posibilidad de que algún accionista deje de pagar el saldo correspondiente a los títulos suscritos está prevista en los artículos 126, 127 y 128; pero si bien en el último de los preceptos mencionados se establece que la sociedad podrá emitir de nuevo las acciones, después de cancelados los títulos anteriores, nada se dispone para el caso de que no puedan venderse por no tener aceptación en el mercado de valores. Por ello, teniendo en cuenta la necesidad de que el capital social esté suscrito íntegramente, parece

preferible la disposición que figura en el artículo 443 del Código del 61, estableciendo que si en el plazo de tres meses no se hubieran podido vender dichas acciones, procederá la sociedad a la consiguiente reducción del capital social, que es lo mismo que dispone, para casos similares, gran número de legislaciones.

Trasmisión de acciones parcialmente pagadas.—También suscitan ciertas dudas las disposiciones referentes a la transmisión de acciones parcialmente pagadas. Se establece en el artículo 125 que los adquirentes de acciones no pagadas serán solidariamente responsables con el cedente por el importe insoluto de las mismas, norma ésta perfectamente inobjetable. Pero al haber sido eliminada la disposición que figuraba en el artículo 440 del Código anterior, que extendía a cinco años la responsabilidad del transmitente, no es posible ahora establecer su duración. De acuerdo con el artículo 106, citado antes, la escritura social puede fijar con toda libertad la forma y términos en que deberán ser completados los pagos en dinero de las acciones suscritas y, por lo tanto, el plazo que en algunos casos se acuerde podría ser muy largo. Por otra parte, si el cedente de las acciones mencionadas tuviera que pagar, por no hacerlo el cesionario, tendría que ser considerado copropietario de los mencionados títulos, aunque no se diga nada en el Código a tal respecto, suscitándose el problema de determinar, en tal supuesto, cual de ellos sería considerado por la sociedad como titular de los derechos inherentes a la cualidad de accionista, ya que la regla que figura en el artículo 123 se refiere concretamente al caso de los copropietarios de una sola acción.

Adquisición por la sociedad de sus propias acciones.—Si bien, en principio, puede toda sociedad adquirir acciones de otra u otras compañías, se vienen señalando en el campo de la legislación diversas restricciones que limitan sustancialmente dicha facultad. Basta recordar las normas que, con una finalidad bien evidente, figuran en los artícu-

los 2359 y 2360 del Código Civil italiano, al disponerse en ellos que las sociedades no pueden invertir, ni siquiera parcialmente, su propio capital en acciones de la sociedad que ejerza el control sobre ellas, o de otras sociedades controladas por la misma, prohibiéndose también a las sociedades constituir o aumentar el capital mediante suscripción recíproca de acciones, aun por persona interpuesta. También la legislación suele ser bastante rigurosa cuando se contempla la posibilidad de que la sociedad adquiera sus propias acciones, prohibiéndose dicha operación, con escasas salvedades —como lo prohibía el artículo 444 del Código del 61— con el objeto de evitar, por una parte, que la sociedad compita con los accionistas en la negociación de dichos títulos y por otra, que a través de tal procedimiento se reduzca el capital social sin cumplir los trámites correspondientes, para proteger debidamente el derecho de los acreedores.

En la forma y condiciones que señale la escritura social, podrá la sociedad anónima que regula el nuevo Código adquirir sus propias acciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129, pudiendo también la escritura social facultar a la sociedad para hacer préstamos con la garantía de los mencionados títulos. Pero cabe hacer algunas observaciones al respecto. Por medio de una adecuada reglamentación podría una sociedad destinar una parte de sus ganancias o de las reservas acumuladas —previos los acuerdos procedentes— para adquirir acciones propias que algún accionista quisiera traspasar; pero procediendo en todo caso por sorteo, si las sumas disponibles, y destinadas a tal fin, no alcanzarán para el pago de todas las acciones ofrecidas por diferentes accionistas. Porque si la sociedad adquiere acciones propias con fondos del activo que deben respaldar el capital social que aparece señalado en la escritura, podrían quedar afectados legítimos derechos de los acreedores sociales y aún los de aquellos accionistas que siguieran vinculados a la sociedad.

Aumento y reducción del capital social.—Es cosa bien sabida que toda sociedad anónima está en capacidad de aumentar o reducir su capital, siguiendo en ambos casos métodos que impliquen modificación de los valores de su activo, o que dejen sin alteración el patrimonio de la compañía. Si la sociedad decide capitalizar una parte de su superávit o de las reservas voluntarias acumuladas, puede hacer una distribución de dividendos en acciones en la proporción que se estime conveniente, en cuyo caso, como es obvio, el capital social será aumentado —al aumentar al mismo tiempo el número de acciones emitidas y en circulación— sin que el activo de la sociedad experimente en este caso incremento adicional alguno. Si, por el contrario la elevación del capital social se traduce en la emisión de acciones para ser puestas en venta, y dicha emisión fuera cubierta, no sólo quedaría elevado el capital social, sino que el patrimonio de la sociedad aumentaría con los ingresos derivados de la colocación de nuevos títulos. Procedimientos similares se pueden aplicar para reducir el capital social; es decir, que puede realizarse dicha operación sin alterar con ello el patrimonio de la compañía, o bien la mencionada reducción implica una liquidación parcial, al llevarse a cabo entre los accionistas una distribución proporcional de parte del activo. Pero así como la elevación del capital social no puede afectar desfavorablemente en ningún caso a los acreedores de la compañía, la necesaria cobertura de sus créditos podría experimentar un menoscabo sustancial si el capital se redujera, procediéndose por la sociedad a distribuir entre los accionistas una parte de su activo y amortizando, en consecuencia, un determinado número de acciones, o cambiando dichos títulos por otros de menor denominación.

Establece el artículo 201 del nuevo Código que toda sociedad, y la anónima por tanto, tendrá que disolverse, entre otras causas, por la pérdida definitiva del cincuenta por ciento del capital social, salvo que los socios repongan

dicho capital o convengan en disminuirlo proporcionalmente. Sin poder entrar a analizar los ángulos en sombra que deja este precepto, ya que no aparece claro, por lo pronto, cuando dicha pérdida será definitiva, y quién puede establecerlo, la disposición citada quiere establecer seguramente que si el balance de la sociedad anónima acusara pérdidas, hasta el punto de que los valores del activo representen la mitad, o menos, de la cifra del capital social —que siempre permanece inalterable, hasta que sea modificada por reformas del pacto social— la sociedad tendrá que disolverse, a menos que los socios decidan reponer las pérdidas con los aportes adicionales procedentes, o que acuerden reducir el capital social originalmente fijado en la escritura. Pero fuera de este caso, en que la modificación de la escritura social resulta obligatoria, a menos que los accionistas decidan asumir las pérdidas, nada dice el Código al respecto, cuando es bien evidente la necesidad de proteger en adecuada forma el crédito de los terceros. Para no multiplicar los ejemplos de disposiciones que han sido dictadas con el indicado fin, me limitaré a uno solo, citando el precepto contenido en el artículo 98 de la Ley española donde se establece que "ningún acuerdo de reducción del capital que implique restitución de sus aportaciones a los accionistas o condonación de dividendos pasivos, podrá llevarse a efecto antes de que transcurra el plazo de tres meses a contar de la fecha del último anuncio del acuerdo, que deberá ser publicado por tres veces en el *Boletín Oficial del Estado* y en tres periódicos de los de mayor circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. Durante ese plazo, los acreedores ordinarios podrán oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción si sus créditos no son satisfechos, o la sociedad no presta garantía. Será nulo todo pago o liberación de dividendos pasivos que se realice antes de transcurrir el plazo de tres meses, o a pesar de la oposición entablada en tiempo y forma por cualquier acreedor". Y el artículo siguiente, por su parte, aclara que "las garantías que a favor de los acree-

dores establece el artículo anterior, no serán obligatorias cuando la reducción del capital tenga por única finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad, disminuido por consecuencia de pérdidas. La reducción del capital tendrá carácter obligatorio para la sociedad cuando las pérdidas hayan disminuido su haber por debajo de las dos terceras partes de la cifra de capital social y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio".

También resulta, no sólo conveniente, sino necesario, establecer disposiciones adecuadas para proceder a la elevación del capital social por la emisión de acciones nuevas para ser vendidas, llevando a cabo la correspondiente modificación de la escritura original. Sobre tal material sería oportuno establecer lo procedente en cuanto a la posibilidad de lanzar una emisión adicional de nuevos títulos mientras las acciones anteriormente emitidas no estuvieran pagadas en su totalidad, por no haberse cumplido el plazo señalado para ello en la escritura social; disponer, si en todo caso, habrían de tener las accionistas un derecho preferente a suscribir las acciones nuevas emitidas, en proporción a las que ya posean; si dicho derecho podría ser cedido por el accionista en el caso de que no quisiera hacer uso del mismo, y si tal derecho preferente podría ser suspendido por decisión de la asamblea general, cuando las nuevas acciones se emitieran para obtener determinados aportes en especie, que es el caso que prevé el artículo 2441 del Código italiano. En algún supuesto podría verse la compañía en la necesidad de adquirir determinados bienes —un almacén, unos talleres, un terreno colindante que fuera necesario para llevar a cabo ampliaciones, etc., negándose el propietario de los mismos a venderlos, pero estando dispuesto a cederlos a la sociedad por un determinado número de acciones. Si la sociedad no tiene títulos en cartera o no posee los suficientes para realizar la operación citada, puede aumentar su capital social emitiendo más acciones.

Sin embargo, la negociación podría ser estorbada en el caso de que determinados accionistas decidieran hacer uso del derecho preferente a suscribir acciones nuevas que les estuviera reservado, a menos que tal cosa se impidiera con la fórmula anotada.

Derechos de los accionistas.—Derechos fundamentales de los accionistas son el voto; percibir los dividendos acordados por la sociedad y la cuota de liquidación correspondiente, cuando la compañía se disuelva, aparte de otros derechos accesorios, no menos importantes en algunas ocasiones, y que también deben estar adecuadamente señalados.

El derecho de voto de las acciones comunes está consagrado en el artículo 139 en forma categórica. No se ha establecido limitación alguna en cuanto al número de votos de que cada accionista puede disponer, como en las legislaciones argentina y uruguaya, por ejemplo, lo mismo que en la nicaragüense, o la que figuraba en el artículo 454 del Código del 61. Pero se ha omitido una prohibición que parece ser muy necesaria, para que ningún accionista pueda hacer uso del voto en aquellas deliberaciones en que tenga un interés personal opuesto al de la sociedad, como en el caso de contratos que hubiere celebrado con la misma y que deban aprobarse por la asamblea general. Ciertamente es que el apartado c) del artículo 116 establece que los suscriptores de acciones que han de ser pagadas en especie no tendrán derecho a voto al fijarse el avalúo de los bienes que hubieren aportado; pero tal limitación, si bien se justifica de manera plena, resulta insuficiente, sobre todo si se tiene en cuenta también la posibilidad de que los miembros del Consejo de Administración sean accionistas y que participen con sus votos en la adopción de algún acuerdo de la asamblea general que les exima de responsabilidad.

Por lo que a los dividendos se refiere, el derecho a percibirlos se halla recogido en el artículo 143, si bien en

tal disposición se hace referencia a las reservas (fondos de reserva) contempladas en la escritura social, sin que expresamente se disponga en parte alguna la necesidad de establecerlas, ni la cuantía de las mismas. Por otra parte, resulta un tanto anómalo que la escritura social pueda autorizar la distribución de dividendos que no sean en dinero, a diferencia del precepto terminante que figuraba en el artículo 459 del Código anterior. Y si algunos accionistas recibieran sus dividendos en dinero y otros en especie —sin que se establezca para el caso como habrían de valorarse éstos— se establecería una discriminación que parece inadmisibles. También sería oportuno incluir disposiciones permitiendo acordar en ciertos casos, y con las limitaciones de rigor, dividendos constructivos, por ser ésta medida que puede estimular a los inversionistas potenciales.

Por lo que a la cuota de liquidación concierne, el derecho del accionista a percibirla se refleja en los artículos 215 y siguientes. Sin embargo, tal vez fuera aconsejable establecer algunas previsiones para el caso de que se hubieran emitido por la sociedad acciones de disfrute a cambio de títulos anteriormente cancelados, y al momento de la liquidación pudieran los accionistas percibir, como cuota de liquidación, sumas más altas que las que habían sido abonadas al amortizar las acciones previamente canjeadas.

Con referencia a los derechos accesorios que corresponden a los accionistas, pueden mencionarse el de reclamar la entrega de los certificados, que recogen los artículos 133 y 136; el de obtener la inscripción de los títulos nominativos, que señala el artículo 140; el de ceder las acciones, aun cuando el ejercicio de este derecho pueda estar subordinado a la autorización de la Junta Directiva, según dispone el artículo 138; el de información, que consagra los artículos 26, 164 y 173; el de ser citado para la asamblea general de accionistas que recogen los artículos 158 y 164, y el de hacerse representar en ellas, que aparece reflejado en el artículo 146, si bien no aclara tal precepto si los

poderes otorgados serán válidos tan sólo para una reunión, o para todas las que la sociedad celebre, mientras el poder no sea revocado, sean generales o especiales, ordinarias o extraordinarias, lo que no parece aconsejable. También se reconoce al accionista, cualquiera que sea el número de acciones que posea, el derecho de obtener la reunión de la asamblea general para la aprobación del balance anual y eventual distribución de utilidades, según el artículo 141, y la de solicitar la reunión de asambleas extraordinarias, si el peticionario o los peticionarios representan, por lo menos el veinticinco por ciento del capital social. Pero nada se establece en cuanto al derecho preferente de los accionistas para suscribir acciones nuevas de las que la sociedad emita en virtud de un aumento del capital social; al de adquirir, con preferencia a un extraño, las acciones de la sociedad que otro accionista se proponga traspasar; al del ejercicio de la acción social de responsabilidad, si la asamblea general no designara la persona a que se refiere el artículo 192; al de separarse de la sociedad en ciertos casos, ni al de ejercitar las acciones individuales procedentes contra los administradores, temas éstos a los que me referiré al ocuparme de la protección legal del sector minoritario de accionistas.

Para terminar mi intervención de hoy, deseo mencionar dos disposiciones del nuevo Código de comercio, que estimo de interés. Se refiere la primera a la norma contenida en el artículo 202, estableciendo que el hecho de que todas las acciones lleguen a pertenecer a una sola persona, no es causa de disolución de la sociedad. Estoy en un todo conforme con el principio que tal norma consagra. Por muy diversas causas pueden concentrarse todas las acciones en una sola mano, no debiendo dicha circunstancia ser motivo por sí sola para que la compañía se disuelva. Pero a quienes hemos venido sosteniendo la necesidad y conveniencia de estructurar debidamente la empresa individual de responsabilidad limitada, nos anima principalmente el pro-

pósito de evitar que, al amparo de la ley, proliferen las ficciones y que bajo la apariencia de una sociedad, sea anónima o de otra clase, se constituyan o funcionen compañías en interés de un solo socio. El problema es muy complejo, ciertamente, puesto que de muy poca eficacia práctica, a los fines indicados, sería disponer la disolución de la sociedad anónima cuando todas las acciones pertenezcan a una sola persona —o adoptar la norma del artículo 2362 del Código italiano sobre la responsabilidad del accionista único— si habría que permitir la subsistencia de la compañía en los casos en que haya otro accionista, aunque éste fuera propietario de una acción tan sólo. Sin embargo, teniendo en cuenta que los artículos 9 y siguientes del nuevo Código de Comercio se ocupan de la regulación de la empresa individual de responsabilidad limitada, tal vez fuera preferible que en el artículo 202 se dispusiera que cuando todas las acciones pertenezcan a una sola persona, ésta deberá transformar la sociedad en empresa individual de responsabilidad limitada, si en un plazo determinado, de seis meses, por ejemplo, no se restablece la pluralidad de socios.

La otra disposición que deseo mencionar es la contenida en el artículo 103, que se refiere a la denominación de la sociedad. Comparto el criterio de quienes en dicha materia se muestran partidarios de dejar en libertad a los fundadores para que atribuyan a la sociedad el nombre que a bien tengan. Pero estimo que dicha libertad debe hallarse moderadamente restringida por razones lógicas y para evitar equívocos. Nada debe oponerse a que una sociedad anónima utilice, incluso, nombres propios en su denominación. Pero, indudablemente, dichos nombres deben hallarse relacionados de algún modo con las actividades de la compañía, o con las personas que sean, o hayan sido, miembros de la sociedad, ya que parece inadmisibles que sólo con cumplir la exigencia de escribir después las iniciales "S. A.", puedan los fundadores de la compañía atribuirle el nombre de personas, vivas o muertas, que no ten-

gan, ni hubieran tenido nunca, relación alguna con ella. Tampoco debe estimarse necesario que una sociedad anónima se denomine, en todo caso, por el objeto de la empresa; pero ello no debe traducirse en la posibilidad de que en el nombre de la compañía se haga referencia a ciertas actividades, como transportes, construcciones, fábricas de ropa o de licores, etc., que no se relacionen directa ni indirectamente con las que realiza normalmente.

Señoras y Señores: deseo expresarles mi reconocimiento por la bondadosa atención que me han brindado, y si me siguen favoreciendo con ella, mañana me ocuparé de los órganos de la sociedad anónima y de uno de los puntos que considero del mayor interés, como es la protección del sector minoritario de accionistas. Muchas gracias.

La asamblea general.—Estimo muy acertado que además de la clásica división entre asambleas ordinarias y extraordinarias, se haga expresa referencia a las denominadas generales, a las que pueden concurrir todos los socios, y a las asambleas especiales, reservadas a los tenedores de acciones que, por alguna causa, sean distintas de los títulos comunes. También es muy plausible la disposición del artículo 155, que ordena la celebración de una asamblea general ordinaria, por lo menos una vez al año, con la finalidad que se establece en el precepto mencionado, autorizando a cualquier socio para pedir que dicha asamblea se celebre, si no se hubiera reunido. Y acertada es igualmente la norma contenida en el artículo 156, reservando a las asambleas generales extraordinarias la facultad de adoptar ciertos acuerdos, por la importancia singular que tienen. En cuanto a la asamblea general sin convocatoria previa, a que se refiere el artículo 158, quizá no sea suficiente que se halle reunida la totalidad de socios; que éstos acuerden celebrar la reunión, y que se prescinda del trámite de la citación, sino que es preciso que exista igual conformidad en cuanto a los asuntos que van a ser tratados, lo cual deberá hacerse constar expresamente, a menos que

se entienda que este quorum especial, totalitario, quedará roto tan pronto como algún accionista abandone la asamblea, debiendo suspenderse la sesión en tal momento. De otro modo podrían surgir proposiciones inesperadas, para pronunciarse sobre las cuales pudieran alegar algunos accionistas que no estaban preparados.

Por lo que se refiere al voto dentro de la asamblea general, es indudable que el ejercicio de este derecho ha de estar también atribuido a los accionistas que hayan pagado solamente una parte del valor de sus acciones, ya que de otro modo no sería posible en muchos casos establecer la voluntad social. Pero parece aconsejable establecer algunas precisiones cuando existan accionistas que, por haber hecho sus aportes en especie, hubieren completado el pago de sus títulos, en tanto que otros socios abonaron solamente una parte de su precio, que tal vez ha consistido en el veinticinco por ciento nada más. Por otra parte, la emisión del voto debiera estar expresamente vedada al accionista que se halle en mora con la sociedad por el pago de las sumas adeudadas a la misma por cuenta de sus acciones, prohibiendo también que se haga uso del voto, como dije ayer, cuando se trate de tomar acuerdos en que el accionista tenga un interés opuesto al de la sociedad. También parece conveniente establecer que ningún accionista podrá votar más que con sus propias acciones en aquellos asuntos en que tenga un interés personal, aunque no sea opuesto, al de la sociedad, como en el caso de que sea candidato, a un cargo de elección por la asamblea. A tal finalidad respondía la norma contenida en el artículo 101 de la Ley costarricense de 1909, Ley 6ª, y en el artículo 461 del Código del 61, actualmente eliminada, que prohibía conferir poderes a favor de los administradores de la sociedad. Pero no es bastante en muchos casos establecer tales restricciones en lo que se refiere a los poderes, porque teniendo en cuenta que el representante legal de una sociedad es, generalmente, el Presidente de

de la misma, y que muchas compañías poseen acciones de otras sociedades, se ha venido dando el caso en algunos países —cuando la mencionada prohibición no se halla establecida— de que dicho dignatario puede controlar los votos en las asambleas generales de varias sociedades, aunque su participación personal, como accionista, en los capitales sociales respectivos, sea muy modesta. La justificada preocupación que han motivado los problemas a que da lugar no pocas veces el uso indebido de poderes, ha tenido su reflejo en el artículo 60 de la Ley española, donde se establece que no será lícita la representación conferida a una persona jurídica, ni la otorgada a las personas individuales que aquella haya designado expresamente como representantes suyos para la Junta de que se trate.

Es de lamentar que se haya omitido toda referencia al voto en los casos en que la nuda propiedad de las acciones pertenezca a una persona y el usufructo a otra, cuando dicha previsión aparece reflejada en el artículo 95, que se refiere a las sociedades de responsabilidad limitada. Ciertamente es que los problemas que plantea el mencionado fraccionamiento de derechos no se agota con el voto, puesto que sería necesario establecer también a quién debe exigir la sociedad los pagos insolutos; quién puede adquirir las acciones nuevas que la sociedad emita en virtud de un aumento del capital social, y cuál sería la situación de dichos títulos; cuáles serían los derechos del usufructuario en el caso de disolución anticipada de la sociedad, sobre todo en el supuesto de que el nudo propietario hubiera contribuido con su voto a la adopción de tal acuerdo. El problema del voto en el caso de usufructo de acciones ha venido mereciendo la atención debida en el campo de la legislación, registrándose al respecto soluciones diferentes, lo mismo que hay disparidad de opiniones en el terreno doctrinal. Así vemos que el artículo 41 de la Ley española dispone que la calidad de socio reside en el nudo propietario, aun cuando el usufructuario tendrá derecho a par-

ticipar en las ganancias sociales obtenidas durante el período del usufructo y que se repartan dentro del mismo. Diferente posición adopta el Código italiano, al establecer en su artículo 2352 que, salvo con contrario, el derecho de voto corresponde al usufructuario. En forma similar se pronuncia el Código suizo (de Obligaciones), disponiendo en su artículo 690 que la acción gravada con un derecho de usufructo estará representada por el usufructuario, si bien éste será responsable ante el propietario si no toma en cuenta sus intereses debidamente. La misma posición refleja el legislador colombiano, puesto que el artículo 62 del Decreto-Ley de 1950 establece que el usufructo constituido sobre acciones confiere al usufructuario todos los derechos de administración, incluso el de representación en las asambleas, salvo que el acto constitutivo del usufructo disponga otra cosa. Por su parte, el artículo 84 de la Ley brasileña zanja la cuestión estableciendo que en el usufructo de acciones, el derecho de voto sólo podrá ser ejercido mediante el acuerdo previo entre el propietario y el usufructuario, de donde se deduce que si no existe tal acuerdo, ninguno de los dos podrá votar. Con relación a este problema también sería preciso determinar si la posesión del título o certificado de acciones corresponde al nudo propietario o al usufructuario, disponiéndose acertadamente en el artículo 2025 del Código italiano, que quien tenga el usufructo de un título nominativo tiene derecho a obtener un título separado del que corresponde al propietario. Para terminar la referencia al voto, que se ejerce en la asamblea de accionistas, estimo oportuno establecer que si hubiera acciones especiales privadas de ese derecho, emitidas al amparo de las normas que establece el artículo 121, lo adquirirían automáticamente, si durante un plazo determinado, por ejemplo de dos años, no pudiera pagar la sociedad a los tenedores de dichas acciones los dividendos preferentes acordados. De otro modo, al no distribuirse dividendos a los mencionados accionistas, ni poder éstos votar, vendrían a ser tenedores de títulos sin contenido.

/Por lo que se refiere a la acción de nulidad de los acuerdos adoptados por la asamblea general, el derecho de entablarla parece hallarse reservado a los accionistas, de acuerdo con lo que dispone el artículo 178, y más concretamente a aquellos que no hubieran contribuido con su voto a la adopción de la resolución impugnada. Sin embargo, teniendo en cuenta la posibilidad de que los miembros del Consejo de Administración no sean accionistas, la mencionada facultad debía alcanzarles, sobre todo en atención al hecho de que pueden incurrir en una responsabilidad concreta al proceder en cumplimiento de acuerdos ilegales, de acuerdo con lo que dispone la parte final del artículo 191.

/Con respecto a las disposiciones que figuran en los artículos 176 y 177, parece por lo pronto, que el plazo de un año resulta algo excesivo. La posibilidad de que durante un margen tan amplio se solicite y obtenga la nulidad de acuerdos adoptados por la asamblea general, con las consecuencias que de ello se derivan, puede dar un carácter de inseguridad del todo inconveniente a ciertas decisiones de la sociedad. Por otra parte, en el artículo 176 se hace referencia a la posibilidad de que se hayan adoptado acuerdos que impliquen infracción de las disposiciones de la Ley, y parece inadmisibles que el transcurso de un año, sin que se haya ejercitado la correspondiente acción de nulidad, pueda hacerlos válidos. Según el artículo 67 de la Ley española, podrán ser impugnados los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, añadiéndose a continuación que la sentencia que estime la acción producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos de buena fe por los terceros, a consecuencia del acuerdo impugnado, norma ésta cuya inclusión parece necesaria, como complemento de las demás disposiciones. Pero la Ley española establece también, en su artículo 68, que la acción

de impugnación de acuerdos deberá ejercitarse en el plazo de cuarenta días, a partir de la fecha del acuerdo, y si éste fuere objeto de inscripción en el Registro, la impugnación podrá realizarse también dentro del mes siguiente a la fecha en que la inscripción tenga lugar. Sin embargo, el artículo citado añade que no quedan sometidos a estos plazos de caducidad las acciones de nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley, que podrán ejercitarse pasados esos plazos, por el procedimiento del juicio declarativo ordinario, en lugar del procedimiento especial que para el caso señala el artículo 70 de la Ley citada.

La administración.—De lo dispuesto en el apartado 12) del artículo 17, se deduce que en la escritura constitutiva de toda sociedad, y de la anónima, por consiguiente, será preciso designar los administradores, lo cual implica la necesidad de establecer su número. Sin embargo, aun cuando se considere que la sociedad anónima debe ser administrada en todo caso por un Consejo de Administración compuesto de tres miembros, por lo menos, no debía impedirse la posibilidad de que la asamblea general ordinaria de accionistas elevara o redujera el número de Directores —de acuerdo con las necesidades de la sociedad, el volumen y complejidad de sus negocios, etc.— sin tener que proceder de una manera necesaria a una reforma de la escritura social para acordar dicha medida.

/Con respecto a la posibilidad de que quienes no sean accionistas puedan ser elegidos para formar parte de la Directiva o Consejo de Administración, son ampliamente conocidas las razones que se invocan en favor de dicha fórmula. La tarea de dirigir y administrar los negocios de una sociedad anónima implica muchas veces una labor de tipo técnico, con conocimientos y experiencias que los accionistas pueden no tener. Por otra parte, la regla contenida en el artículo 181 es perfectamente congruente con la del artículo 104, ya que si fueran sólo dos los accionistas, no podrían tener tal calidad los tres miembros de la Junta Di-

rectiva que se señalan como mínimo. Pero no cabe descartar la posibilidad de que, al amparo de tal norma, y en determinadas circunstancias, se designe como administradores de una sociedad a personas insolventes, las cuales actuarán únicamente de acuerdo con las instrucciones que reciban de los accionistas que, por integrar la mayoría, en lo que a votos se refiere, decidieron dicho nombramiento. Y en tal supuesto, las disposiciones legales encaminadas a establecer la responsabilidad de los Directores, serían del todo inoperantes. Tal vez por ello el artículo 499 del Código anterior hacía referencia a las garantías que habrían de prestar los Consejeros —fueran accionistas o no— encontrándose disposiciones similares en diversos ordenamientos legales sobre la sociedad anónima, como en el artículo 244 del Código de comercio de Venezuela, donde se establece que los administradores deben depositar en la Caja social el número de acciones que determinen los estatutos, quedando afectados dichos títulos en totalidad a garantizar todos los actos de gestión, aun los exclusivamente personales.

Las consideraciones mencionadas suscitan el tema referente a la responsabilidad en que pueden incurrir los administradores en el desempeño de sus cargos, y a la vía para proceder a la reclamación correspondiente. Algunos ejemplos pueden ser ilustrativos. La Ley brasileña, en su artículo 122, establece la responsabilidad solidaria de los directores por los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones y deberes que les corresponden, disponiendo, además, que si estuvieran convencidos del incumplimiento de tales obligaciones y deberes por parte de sus predecesores, deberán llevar a conocimiento de la asamblea general las irregularidades comprobadas, viniendo a ser, en otro caso, subsidiariamente responsables de las mismas. Y en el artículo 123 se dispone que cuando un mismo hecho causare perjuicios a la sociedad y directamente a cualquier accionista, podrá éste intentar contra el Director o Directores

responsables la acción correspondiente, con independencia de lo anteriormente dispuesto. El artículo 267 del Código de comercio japonés se expresa en forma semejante, disponiendo la Ley española, en su artículo 80, que la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad previo acuerdo de la Junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día, norma que viene a ser sustancialmente la misma que la que figura en el artículo 192 del actual Código de comercio de Costa Rica. Pero en la Ley española se añade que la Junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción correspondiente, siempre que no se opusieren a ello socios que representen, al menos, la décima parte del capital social, disponiéndose también que los acreedores de la sociedad sólo podrán dirigirse contra los administradores cuando la acción tienda a reconstituir el patrimonio social, no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de sus créditos. Y el artículo siguiente preceptúa que quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos, haciendo recordar esta disposición las que figuraban en los artículos 86 y 87 de la Ley costarricense de 1909. Según el artículo 2393 del Código italiano, la acción de responsabilidad contra los administradores se promueve en virtud de deliberación de la asamblea general, aunque la sociedad esté en liquidación. Y, de acuerdo con el artículo siguiente, los administradores responden frente a los acreedores sociales por la inobservancia de las obligaciones inherentes a la conservación íntegra del patrimonio social. Pero en el artículo 2395 se establece que las disposiciones anteriores no perjudican el derecho al resarcimiento del daño correspondiente al socio singular o al tercero que han sido directamente perjudicados por actos culposos o dolosos de los administradores.

Es indudable que, en principio, el incumplimiento de sus obligaciones por parte de los administradores perjudica directamente a la persona jurídica sociedad, y sólo indirectamente a los accionistas. Pero no cabe olvidar la realidad y ella nos revela que en algunas ocasiones son determinados accionistas nada más los que sufren las consecuencias de la conducta maliciosa de los administradores, ya sea porque los mismos disponen de los votos necesarios para establecer la voluntad social, ya sea porque actúan en cumplimiento de instrucciones impartidas por quienes, al controlar la compañía, les ponen a cubierto de cualquier reclamación que pudiera intentarse contra ellos como consecuencia de una acción social de responsabilidad. Basta pensar lo fácil que resulta algunas veces a un pequeño grupo de accionistas, o a un accionista nada más, disponer de votos suficientes para imponer sus decisiones en la asamblea general. Tales accionistas podrían tener, incluso, intereses personales opuestos a los de la sociedad, ya fuera por negocios propios, de sus familiares o amigos, o como socios de compañías competidoras, y disponer lo procedente para que la actividad social quede reducida al mínimo. Puede suceder también que los accionistas del grupo mencionado que controla la sociedad ocupen ciertos cargos, como directores, asesores o empleados, percibiendo, por decisión de la asamblea general, o con aprobación tácita de la misma, cuantiosas remuneraciones como gastos de representación, viáticos para viajes más o menos necesarios, etc., reduciendo de este modo, de manera sustancial los beneficios netos de la sociedad y el monto de los dividendos, por lo tanto. Y de igual modo es posible que los administradores de la sociedad celebren contratos simulados o lleven a cabo operaciones que sólo benefician a aquellos accionistas que disponen de la mayoría de votos en la asamblea general. Algunas disposiciones de la Ley colombiana vienen a reflejar ciertos celos, suscitados por la posibilidad de que los intereses de la compañía sufran menoscabo como consecuencia de actuaciones similares a las que dejo mencionadas.

El artículo 107, por ejemplo, establece que ni los accionistas, ni los miembros de las Juntas directivas, ni el Gerente, podrán votar, directamente ni por interpuesta persona, por sí mismos o por sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, para el desempeño de cargos o empleos en la sociedad, excepción hecha del de Gerente, ni para la fijación de sus sueldos. Dispone el artículo 110 que no podrá haber en las Juntas directivas una mayoría cualquiera formada exclusivamente por personas ligadas entre sí por parentesco dentro de los grados mencionados, excepto en las sociedades declaradas "de familia". Y diversos preceptos de la Ley citada prohíben a los gerentes y miembros de la administración, cualquiera que sea su denominación, comprar o vender acciones de la sociedad, por sí o por interpuesta persona, o negociar con ellas en cualquier forma o por cualquier conducto, mientras estén en el desempeño de sus cargos. Rigurosas disposiciones de la mencionada Ley se refieren a los casos en que, por determinadas circunstancias, ajenas a motivos de especulación, alguno de los funcionarios mencionados desee negociar acciones de la compañía, y las autorizaciones especiales que deberá obtener para llevar a cabo cada operación.

La vigilancia de la sociedad.—Son varias las leyes promulgadas en fechas recientes que siguen estableciendo y regulando el funcionamiento de órganos de fiscalización, entre ellas, la Ley ecuatoriana de Enero de este año, que dedica al tema quince artículos. Sin embargo, son dignas de atención las observaciones que al respecto figuran en la Exposición de Motivos de la Ley española, donde se dice que "en la práctica, los órganos de vigilancia, cuyos miembros suelen ser de extracción mayoritaria, como los que constituyen el Consejo de Administración, ni representan en último extremo intereses sociales distintos a los del Consejo, ni ponen celo especial en el desempeño de su misión, por lo que la eficacia del órgano de vigilancia, a

menudo dudosa, resulta no pocas veces perjudicial para la empresa misma".

Los criterios advertidos no son unánimes a este respecto. En Holanda, por ejemplo el Consejo de vigilancia no es obligatorio, aunque puede ser establecido por los estatutos, que fijarán también sus funciones; pero los comisarios no pueden ser socios. En la República Federal de Alemania, por el contrario, el Consejo de vigilancia es un órgano social de importancia singular, con muy amplios poderes, estando integrado por los representantes de los accionistas en dos tercios, y por los representantes de los trabajadores en el otro tercio, si bien la representación obrera no se exige en las sociedades de familia con menos de quinientos empleados. Este Consejo de vigilancia será de tres miembros, por lo menos, o de un número que sea múltiplo de tres; los representantes de los accionistas son elegidos por la asamblea general; los comisarios que representan a los trabajadores son elegidos por los obreros y empleados de la empresa que tengan más de dieciocho años y que se hallen en posesión de sus derechos civiles, en sufragio igual, directo y secreto, según dispone el artículo 76 de la Ley de 11 de Octubre de 1952, que con la de 21 de Mayo del año anterior, organizaron la representación obrera en el colegio de comisarios. En Bélgica, en principio, la vigilancia de la sociedad anónima corresponde a la asamblea general, pero se ha previsto que la misma confíe tal labor a uno o varios comisarios; pero la Ley de 10 de Diciembre de 1953 ha previsto una categoría especial de comisarios, que son los revisores. Y las sociedades que inviten a la suscripción pública de acciones deben elegir uno, por lo menos, de sus comisarios, entre los miembros del Instituto de revisores de Empresas, los cuales se reclutan tomando en cuenta su capacidad técnica, y estando dotados de especial de independencia, aunque les alcanzan también diversas restricciones. Las disposiciones que rigen en Francia sobre la materia son similares a las anotadas.

La protección de las minorías.—Cuando se propugna la necesidad de establecer en la legislación disposiciones adecuadas que ofrezcan la debida protección al sector minoritario de accionistas en la sociedad anónima, no se intenta sugerir siquiera que la plena dirección de los negocios de la compañía deba sustraerse a la voluntad mayoritaria de los socios, poniendo trabas a la misma. Por otra parte, sería un contrasentido que quienes han invertido en una sociedad mayor volumen de capital tuvieran que ajustar sus decisiones a los intereses o al deseo de la fracción minoritaria. Lo que se pretende, simplemente, es que la legislación se evite toda posibilidad de que los accionistas que están en capacidad de decidir la voluntad social, por disponer de mayor número de votos, puedan abusar de sus derechos y de su posición privilegiada en perjuicio de los demás. Se trata, por lo tanto, de amparar y proteger derechos muy legítimos, no sólo porque tal propósito responde a principios de equidad, sino porque cuando en una sociedad anónima se cometen ciertos abusos e irregularidades, al amparo de una legislación que deja margen para ello, las mismas cosas o peores pueden suceder en otra que se constituya y que funcione sometida a iguales normas. Y en tal caso, la desconfianza y el recelo se propagan; sólo quienes se aseguran de antemano el control de la sociedad se deciden a invertir en ellas elevadas sumas de dinero y, por lo tanto, resulta muy difícil constituir grandes compañías con un crecido número de socios, —cientos o de miles— que son las que en realidad permiten integrar las considerables masas financieras que muchas empresas mercantiles e industriales necesitan en la actualidad para afrontar con favorables perspectivas la presión creciente de la competencia.

No es tarea sencilla, desde luego, establecer el equilibrio necesario entre las garantías y seguridades que deben alcanzar al sector minoritario y la necesidad de atribuir a los accionistas de la mayoría las facultades y poderes de que necesitan disponer para orientar debidamente los nego-

cios de la sociedad. Existen, sin embargo, ciertas fórmulas que, al menos parcialmente, se proyectan hacia el indicado fin. En algunos casos, como sucede en Panamá, el pacto social puede establecer el llamado voto acumulativo, cuando se trata de elegir personas para ocupar cargos en la Junta Directiva. Por medio de tal procedimiento, los accionistas con derecho a votar en la elección de Directores pueden disponer de un número de votos igual al número de acciones que les corresponden, multiplicado por el número de Directores a elegir, pudiendo dar todos sus votos a favor de un solo candidato, o distribuirlos entre dos o más de ellos, como lo crean conveniente. Aplicando dicha fórmula, u otras semejantes, que se encuentran en la legislación, los accionistas de la fracción minoritaria no podrán llevar al Consejo de Administración un número de Directores que llegue a igualar siquiera el de los elegidos por la mayoría; pero al menos pueden insertar en él a un representante de sus intereses, cuya intervención, en ciertos casos, podría impedir algún abuso.

A proteger los accionistas que estén en minoría responde, sin lugar a dudas, un conjunto de disposiciones de otra índole, como la que figura en el artículo 170 del Código que comentamos, al exigir, en primera convocatoria, mayorías especialmente reforzadas para que las asambleas extraordinarias puedan adoptar acuerdos válidos. Pero tampoco es conveniente permitir que ciertas actitudes del sector minoritario, que podrían obedecer a incomprensión, o a propósitos obstruccionistas, estorben o paralicen iniciativas y proyectos de la mayoría que tal vez sean convenientes para los intereses de la sociedad. En consecuencia, resulta preferible consagrar el derecho que asiste a los accionistas que estén en desacuerdo con ciertas resoluciones adoptadas por la sociedad, para separarse de la misma, obteniendo el reembolso de sus títulos, de acuerdo con su valor real debidamente comprobado.

A) Prorrogar la duración de la sociedad puede ser medida aconsejable muchas veces, no sólo por lo que se refiere a los intereses de la sociedad, sino también en beneficio de la economía del país. No hace falta demostrar los muchos perjuicios que podrían derivarse para el Fisco, para los obreros y empleados de la empresa y para los accionistas de la sociedad, si ésta tuviera que ser disuelta en todo caso, aunque sus negocios fueran prósperos, por el solo hecho de haberse cumplido el plazo originalmente fijado para la duración de la compañía.

Por tratarse de un proyecto trascendente, que implica una reforma del convenio original, es de todo punto conveniente que la resolución necesaria para prorrogar la duración de la sociedad sea adoptada en una asamblea general extraordinaria especialmente convocada y por el acuerdo favorable de mayorías reforzadas, para establecer debidamente que la medida mencionada cuenta con la aprobación de amplios sectores de accionistas. Así suele establecerse siempre en la legislación. En realidad, sería en extremo inconveniente que se exigiera la unanimidad de votos, pues podría haber accionistas decididos a oponerse a la prórroga intentada por algún motivo inconfesable, impidiendo una medida altamente ventajosa para los demás. Pero de ello no puede deducirse que una mayoría de accionistas, o mejor dicho, de votos, por muy numerosa que sea, deba estar en capacidad de imponer a los socios inconformes una vinculación que no desean. Tanto quien suscribe acciones de una determinada sociedad al momento de su fundación, como quienes las adquieren de otros accionistas en un momento posterior, pueden estar animados del propósito de realizar una inversión concreta por un tiempo determinado, que conocen de antemano. Y si se vieran obligados a permanecer más tiempo unidos a la sociedad, podrían experimentar perjuicios derivados de una situación que no había entrado en sus cálculos. Por otra parte, tampoco cabe perder de vista la posibilidad de que

la prórroga de la compañía sea medida que interesa únicamente al grupo de accionistas de la fracción mayoritaria nada más, por las ventajas personales que derivan del funcionamiento de una sociedad que manejan a su antojo. Esta situación suele presentarse con mayor frecuencia en pequeñas sociedades, con un número de accionistas reducido, y especialmente en algunas de las llamadas de tipo familiar.

B) ~~Algo~~ similar cabe decir, incluso con mayor razón, cuando la sociedad decide, por las mayorías necesarias, dedicarse a otros negocios, modificando en el sentido necesario la escritura. Quienes han contribuido a la constitución de una determinada sociedad, o adquirieron posteriormente acciones de la misma, han podido hacerlo partiendo de la base de que las operaciones que proyecta realizar, o que viene realizando, ofrecen favorables perspectivas. Pero tal vez sería muy otra la actitud de dichos socios si el objeto de la sociedad fuera distinto.

Sin pretender agotar el índice de hipótesis que cabe elaborar a este respecto, cabe pensar en la posibilidad de que una persona, propietaria, por ejemplo, de una empresa de transportes, o con fuertes vinculaciones económicas a la misma en calidad de socio, decida invertir una parte sustancial de sus recursos en acciones de una sociedad que se halla dedicada al negocio de urbanizaciones o al de construcción. La posición de este accionista sería muy ingrata si la sociedad llegara a decidir la creación de varias líneas de ómnibus o de camiones para transportar pasajeros o mercaderías, haciendo de este modo una competencia, que podría ser ruinosa, al accionista mencionado. Es indudable que si tal cambio de objeto respondía a una decisión social, reflejo claro de la voluntad mayoritaria, sería absurdo que dicha medida se impidiera por la oposición de algunos socios, por muy fundada que estuviera desde su punto de vista personal. Pero tampoco sería justo mantener dentro de la compañía a un accionista que estuviera en desacuerdo con la mencionada decisión.

Quizás el principio que consagra la doctrina *ultra vires* del Derecho anglosajón resulte excesiva en muchos casos. Pero es evidente la importancia que la legislación viene atribuyendo al objeto de la sociedad, tratando de evitar, incluso, que por medios indirectos sea cambiado, sin cumplir los trámites del caso. A tal propósito responde la previosa norma del artículo 2361 del Código italiano, donde se dispone que la adquisición de participaciones en otras empresas, aunque esté prevista genéricamente en el pacto social, no se permite, si por la medida y por el objeto de la participación resulta sustancialmente modificado el objeto social determinado en el acto constitutivo. En efecto, de nada serviría, en el ejemplo que antes mencioné, que la compañía constructora conservara sin alteración el objeto social establecido en la escritura, si empezaba a reducir el campo de sus operaciones propias para invertir la mayor parte de sus recursos financieros en una compañía dedicada al negocio de transportes.

C) ~~Si~~ dos o más compañías deciden fusionarse, surgirá una nueva sociedad con distinto capital y denominación, con distinta duración que las sociedades anteriores, y hasta tal vez con un objeto diferente. En todo caso, la posición de los accionistas dentro de la nueva sociedad implicará cambios sustanciales con respecto a la anterior. Por ello, aunque algunas veces la fusión de sociedades puede ser medida aconsejable y ventajosa para todas, no debe impedirse la separación de aquellos accionistas que no quieren formar parte de la nueva compañía.

D) ~~Otra~~ situación que justifica la separación de los accionistas disconformes se presenta en el caso de que la sociedad decida, por las mayorías necesarias, aumentar o reducir el capital social. Una elevación, con la emisión de acciones nuevas para ser vendidas, coloca a los accionistas en una posición distinta dentro de la sociedad, aunque los nuevos títulos que se emitan carezcan de privilegios especiales por ser de la misma clase que los anteriormente

emitidos. Pero al aumentarse el capital social en la forma mencionada, todos los accionistas verán reducido el porcentaje de su participación en el mismo, a menos que decidan realizar nuevos desembolsos y adquirir el número de acciones necesario para conservar su posición.

Por lo que se refiere a la reducción del capital social, cabe hacer otras consideraciones. Sin embargo, los disconformes con el acuerdo adoptado pueden estimar, posiblemente con razón, que la medida mencionada colocará a la sociedad en una posición desventajosa para seguir realizando operaciones, y desean separarse de la misma antes de que los negocios a que se dedique inicien su declinación.

El Son muchas las legislaciones que facultan a los accionistas para separarse de la sociedad, obteniendo el reembolso de sus títulos, cuando estén en desacuerdo con las resoluciones adoptadas para aumentar o reducir el capital social, para fusionar la sociedad con otra u otras compañías, para prorrogar su duración o para cambiar sustancialmente el objeto. Pero también se viene abriendo campo una fórmula que atribuye a los accionistas facultades similares en el caso de que la sociedad, durante un determinado número de años, no reparta dividendos que equivalgan, por lo menos, al interés legal del dinero.

No se trata, por supuesto, de aquellas situaciones especiales de algunas sociedades que se constituyen para explotar ciertos negocios que requieren muchas veces fuertes inversiones iniciales y un período básico de operación, más o menos prolongado, durante el cual no puede la sociedad registrar utilidades de ninguna clase. Precisamente en previsión de tales casos, y con el objeto de ofrecer a los inversionistas potenciales cierto estímulo, algunas disposiciones legales, como el artículo 676 del Código suizo de Obligaciones, permiten la posibilidad de acordar a los accionistas, por un determinado plazo, los llamados intereses construc-

tivos, norma que también recoge el artículo 123 de la Ley mexicana de 1934.

La situación que justifica el que aquellos accionistas que, no formando parte de la administración, se retiren de la sociedad, si ese es su deseo, es cuando la sociedad, operando normalmente, no reparte utilidades, o las mismas son de una cuantía insignificante. En algunas sociedades, sobre todo en las que tienen pocos accionistas, es frecuente el caso de que las mismas languidezcan por falta de interés o de capacidad en los administradores, que resultan reelegidos una y otra vez porque disponen de los votos necesarios para ello. Otras veces, el escaso rendimiento que alcanza a algunos accionistas es debido, sobre todo, a que el grupo que controla la administración de la sociedad maneja los intereses de la misma en beneficio propio. Y en otras ocasiones, aún hallándose los negocios sociales dirigidos de manera recta y diligente, el grupo de control considera preferible acumular grandes reservas, o utilizar casi totalmente las ganancias obtenidas en sucesivas reinversiones.

Como se ha dicho muchas veces, dentro de la sociedad anónima es fácil advertir que los intereses particulares de los socios son distintos, y hasta opuestos, reflejándose en antagonismo en manifestaciones muy diversas. Para el gran accionista, con vocación de empresario y fuertes vínculos económicos con la sociedad, la solvencia de la compañía, su crédito y prestigio, constituyen metas que deben alcanzar y mantener, aunque sea sacrificando en muchos casos la cuantía de los dividendos. Pero, aparte de los especuladores, hay otros accionistas para los cuales sus acciones representan, o deben representar, una fuente de ingresos regular de la que no quieren prescindir. Estos accionistas desean, desde luego, que la sociedad prospere; pero en modo alguno se avendrían a renunciar a las utilidades que normalmente deben reportarles sus acciones, al menos por un tiempo prolongado, dejando así de percibir sumas que

tal vez les sean necesarias para estabilizar el presupuesto familiar, o realizar otras inversiones.

Es indudable que, en principio, el accionista que quiera separarse de la sociedad puede hacerlo cuando tenga a bien, vendiendo sus acciones. Pero tal operación no siempre es fácil, al menos obteniendo en todo caso el valor real de los títulos, por las dificultades que pueden presentarse para encontrar un comprador. En los casos que quedan mencionados, y especialmente cuando el accionista desea desprenderse de unos títulos que no le sirven para percibir siquiera una ganancia moderada, ni para influir en modo alguno en las decisiones de la sociedad, no es aventurado suponer que encuentre dificultades para su colocación, a menos que se avenga a venderlos depreciados. Y en tal supuesto, serían los propios accionistas del grupo de control los que podrían aprovecharse de la coyuntura, aumentando ventajosamente sus participaciones en la sociedad.

La disolución de la sociedad.—Con respecto a las disposiciones que regulan la disolución de la sociedad anónima, quizá fuera oportuno precisar el alcance del apartado d) del artículo 201, puesto que tal como se halla redactado pareciera exigir el acuerdo de todos los socios para una disolución anticipada. Y si bien esta regla es inobjetable tratándose de sociedades de personas, dicha exigencia parece algo excesiva en el caso de las anónimas.

Otro punto que podría dar lugar a confusión, como ocurre en ciertos ordenamientos legales que contienen una regla similar, es que, de acuerdo con el apartado a), la sociedad se disolverá por vencimiento del plazo señalado en la escritura, y de acuerdo con el apartado b), por haberse realizado o consumado el objeto de la sociedad. Pero puede suscitar algunas dudas el hecho de que el plazo de la sociedad expire antes de haberse realizado el objeto social, o el de que éste se realice antes del vencimiento del plazo señalado en la escritura. En el primer supuesto pa-

rece lógico que la sociedad prorrogue su duración hasta que el objeto social se haya realizado —la construcción de un puente, de una carretera, una urbanización, etc.—, y en el segundo, que se disuelva, aunque el plazo de duración no esté cumplido. Sin embargo, resulta aconsejable precisar estos extremos, lo mismo que añadir en el artículo 201 que la sociedad anónima, lo mismo que cualquiera otra, también podrá ser disuelta por sentencia judicial, sobre todo si se tiene en cuenta que en el artículo 211 se hace expresa referencia a ello. Por último, también parece recomendable dejar abierta la posibilidad de que cuando la sociedad anónima sea disuelta por acuerdo de los socios, decidan éstos reconstituirla, si esa es la voluntad de todos, interrumpiendo el proceso de liquidación.

Señoras y Señores: Enfrentarse a la tarea que implica regular un materia de tanta complejidad como es la sociedad anónima, presenta múltiples dificultades. Ante todo, se plantea el problema de elegir entre una serie de preceptos que aspiran a prever y resolver las muy diversas cuestiones que pueden presentarse en el funcionamiento de una sociedad de esta clase, o una reglamentación floja y elástica, dejando un amplio margen a los fundadores de la compañía para que a través de las disposiciones del pacto social o de los estatutos, le atribuyan la estructura que estimen preferible en cada caso. La primera de las mencionadas fórmulas no es del todo aconsejable siempre. Por una parte, existe el riesgo de elaborar leyes excesivamente complicadas que vengán a estorbar en cierto modo la constitución de sociedades anónimas, cuando es ésta iniciativa que debe estimularse. Y como señala Radbruch en un brillante trabajo sobre el espíritu del Derecho inglés, la tradicional resistencia británica a estructurar en fórmulas legales la norma jurídica, se basa, sobre todo, en el convencimiento de que la ley anticipada, la *prophetic law*, no puede prever las diversas situaciones que puedan presentarse, por extenso y minucioso que sea su articulado.

Pero frente al problema que la sociedad anónima representa, tampoco es acertado suponer que una legislación excesivamente amplia y tolerante, de tipo permisivo, contribuye en todo caso eficazmente a la creación de nuevas compañías, o al desarrollo de las existentes. Porque si bien es indudable que así puede estimularse la formación de un gran número de sociedades, se tratará en la mayoría de los casos de pequeñas compañías, en las que predominan ciertas consideraciones de tipo personal —lo que es más propio de sociedades de otra clase— pero no la gran sociedad respaldada por una masa financiera amplia, colectada a través de aportaciones múltiples, con numerosos accionistas, incluso modestos, para quienes resulta del todo indiferente que el control social esté en manos de unos o de otros, al no existir el menor riesgo de abusos de poder, porque preceptos legales adecuados se encarguen de impedirlo, o porque determinados organismos de inspección ejerzan una vigilancia cuidadosa sobre todas las actividades de la compañía, como ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos, en Chile y en Colombia.

Comparto el pensamiento que el admirado maestro Cervantes Ahumada desarrolla en un luminoso trabajo cuya lectura recomiendo, cuando reconoce que, si bien la sociedad anónima de hoy vuela muy alto, lleva plomo en las alas, y la crisis de su estructura actual parece inevitable. Resulta muy difícil predecir el futuro de la sociedad anónima, tan estrechamente vinculada a las estructuras económicas de nuestros pueblos. Pero mirando al presente y al porvenir más inmediato, es preciso reconocer que la integración económica centroamericana constituye una realidad, abriendo amplias perspectivas a las empresas productoras de bienes y servicios, determinando la necesidad de organizarlas de manera que puedan atender en adecuada forma la demanda de un creciente número de consumidores. En consecuencia, si aceptamos que la sociedad anónima moderna es actualmente el factor más poderoso para desa-

rollar con eficacia las estructuras económicas, será preciso ajustar la reglamentación jurídica de tan vitales organismos en forma que ofrezcan estímulos al inversionista, canalizando, incluso, el pequeño capital, que de otro modo se mantiene improductivo. Es decir, que si queremos estructurar la gran sociedad anónima que pueda captar el ahorro de muy diversas fuentes y agrupar en su seno una cantidad considerable de accionistas, es indispensable regular sus mecanismos de manera que el sector minoritario encuentre en las disposiciones de la ley la debida protección y amparo.

Debo terminar aquí. Lamento no haber podido referirme a otros aspectos de la sociedad anónima en el nuevo Código de comercio de Costa Rica, pero razones de tiempo me lo impiden. Deseo felicitarles efusivamente por la organización de este curso, agradeciendo una vez más la alta distinción que implica haber sido invitado a participar en el mismo, y la gentileza adicional de su atención tan bondadosa. Muchas gracias.