

CONVOCATORIA PARA ASAMBLEA ORDINARIA ANUAL DE ACCIONISTAS OBLIGATORIEDAD Y RÉGIMEN PUBLICITARIO

Dr. Jaime Eduardo Barrantes Gamboa

Introducción

El ordenamiento jurídico concede al socio en la sociedad anónima, el derecho de estar informado sobre la marcha y gestión de los negocios. Tal obligación se confirma, de forma anual por la rendición de cuentas y de los negocios sociales. Empero, aquel derecho de estar informado y a pesar de estar definido por el legislador en el Código de Comercio, puede ser analizado desde otro punto de vista: el del dividendo.

Para conocer de esas cuentas anuales, al socio se le convocará a asamblea ordinaria anual con el fin de conocer los resultados del período como la posible distribución del dividendo. Para ello el accionista contará con derechos tales como información, asistencia, deliberación y votación para aprobar o improbar las cuentas que se le presenten y la posible distribución de dividendos y algunos otros puntos a conocer de exclusiva competencia de esa específica asamblea.

Pero como todo proceso lineal tratándose de la asamblea ordinaria anual, éste se

descompone en etapas, necesarias para la buena marcha y toma de decisiones, de modo tal que el objeto del presente comentario radicará en profundizar algunos aspectos de la convocatoria como etapa de ese proceso establecido para la reunión de accionistas.

Acuerdo del Consejo de Administración Balances y rendición de cuentas.

El consejo de administración como órgano, debe garantizar la unidad de la gestión social en virtud de los acuerdos celebrados¹, teniendo por tanto, carácter de voluntad diferente a la de sus integrantes. De este modo, la junta directiva, como órgano necesario y permanente, luego de haber estado a cargo de los negocios sociales durante el período fiscal y en perfecto acoplamiento con el órgano de representación debe, dentro del plazo de tres meses que inicia con la clausura del ejercicio económico, reunirse con el fin de adoptar los acuerdos pertinentes para convocar y celebrar la asamblea ordinaria anual. El convocante será, el funcionario designado en estatutos o bien el autorizado por el consejo de administración.²

¹ véanse arts. 184 párrafo segundo y 260, ambos del Código de Comercio.

² Ver párrafo primero, artículo 158 del Código de Comercio. Al efecto, sobre el convocante, véase Barrantes Gamboa, Jaime Eduardo, El convocante para la asamblea de accionistas, Revista Judicial, 99, (2011), 19-38

Como proceso asambleario, la junta directiva hará el inicio de una serie de actos secuenciales que dan contenido al proceso de control de las cuentas como de la gestión, que se conocerán en la correspondiente asamblea ordinaria anual. Certad expone, que los administradores constituyen el órgano al que, institucional y legalmente compete la administración de la sociedad. Por ese motivo, tiene como deber, el de iniciativa, tanto para la convocatoria de asambleas cuanto para la redacción del balance que deben someter a aprobación de la asamblea de accionistas, (art. 155 inciso a) del Código de Comercio)³ y se agrega que el órgano fiscalizador debe revisar⁴ el balance anual y examinar las cuentas y estados de liquidación de operaciones al cierre de cada ejercicio fiscal, que de alguna manera debe constar la ejecución de tal obligación, sea en el correspondiente acuerdo del Consejo de Administración o mediante nota separada al efecto que se pondrá en conocimiento del socio conforme aparte segundo párrafo segundo artículo 164 del Código de Comercio.

De acuerdo con las funciones del administrador –término genérico-, tanto el someter el balance o estado de resultados

cuanto los informes de gestión a aprobación o no en la asamblea de accionistas, no es otra cosa que rendición de cuentas.

Que es la rendición de cuentas? En palabras de Verón, es una acción que se acuerda contra toda persona que haya administrado bienes o gestionado negocios, total o parcialmente ajenos y en el caso de una sociedad anónima dueña de los bienes y negocios en gestión, es la sociedad quien puede exigir al administrador la correspondiente rendición de cuentas, pues se trata de una acción de naturaleza social que no puede entablarse sino en beneficio del ente.⁵ La rendición de cuentas, para el caso costarricense, es impuesta por el legislador, en el caso de las sociedades anónimas a los administradores societarios y debe llevarse su rendición y examen a cabo en asamblea ordinaria anual, dentro de los tres meses siguientes a la clausura del ejercicio económico,⁶ sin perjuicio de realizarse fuera de la asamblea anual. El período fiscal es de un año, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre la Renta número 7092, que iniciará el primero de octubre de cada año, salvo que se autorice otro.

3 V. Certad, Gastón, La administración de la Sociedad Anónima, I Composición y Funcionamiento del Órgano Gestor, Revista de Ciencias Jurídicas, 69 (1991) 147-148.

4 Ver inciso d) artículo 197 del Código de Comercio costarricense.

5 Conf. Verón, Alberto Víctor, Tratado de los Conflictos Societarios, Parte Segunda, (2007) 3.

6 La obligación de rendir cuentas se puede decir es resultado de un principio de razón natural, ya que sólo quien tiene derecho exclusivo sobre un bien puede usar de él libremente, sin tener que rendir cuentas a nadie de su conducta. Aquel que no se encuentre en tal situación y administre bienes total o parcialmente ajenos, está en la obligación de rendir cuentas. A este respecto su obligación es la de presentar las cuentas respectivas, por medio de una relación pormenorizada y completa del activo y el pasivo, en este caso de las cantidades que la sociedad ha percibido y del destino dado a ellas..." (Voto 968-F-02 de 15 horas 50 minutos del 11 de diciembre de 2002).

El informe de resultados, se conoce generalmente como balance y tiene múltiples funciones, entre ellas, constituye una de las modalidades del derecho de información documental, además determina la situación patrimonial y financiera de la sociedad⁷ en un momento determinado, en este caso, al cierre del ejercicio fiscal. Butturini, por su parte, explica que el balance del ejercicio desempeña múltiples funciones de acuerdo con los destinatarios y tiene función informativa como medio objetivo de certeza del resultado conseguido y de la situación patrimonial y financiera de la sociedad, pero en el fondo, lo que se busca con la información documental, es comprobar que los administradores, período a período mantengan o incrementen, el valor de la empresa como valor para el accionista.

En consecuencia, por esa obligación anual de rendición de cuentas, el consejo de administración deberá reunirse, luego de la clausura del ejercicio económico, para tomar el acuerdo correspondiente a fin de convocar a asamblea ordinaria anual de accionistas. Para tales efectos, el consejo deberá ser convocado en la forma y tiempo que indiquen los estatutos y legislación al efecto con el fin de funcionar legalmente, es decir, con el quórum respectivo y sus acuerdos tomados por la mayoría respectiva. Para la toma de

acuerdo, deberán contar con la información documental relacionada con el resultado anual entre otros, en cuanto es obligación del consejo realizarlo al llevar a cabo los negocios sociales⁸, resultado que comprende balances de situación patrimonial; de ganancias y pérdidas, sin limitarse a estos, como la información correspondiente, tales como los históricos de las variaciones hacia atrás de la situación patrimonial al igual que de ganancias y pérdidas, situaciones de liquidez y financiera para confirmar el resultado, que como lo relaciona Garreta Such, el cálculo del resultado pasa a un segundo plano, por cuanto la función de los administradores no es la maximización (ni siquiera la optimización) del resultado, sino incrementar (o por lo menos mantener) el valor del patrimonio de la empresa, dejando de ser fundamental para el cálculo del resultado que las ganancias estén realizadas, lo importante es que estén devengadas: el ingreso se produce cuando se aumenta el valor de los activos y el resultado calculará las ganancias o pérdidas por la actividad realizada, pudiéndose reconocer también en las cuentas del patrimonio.⁹

De esa manera, puede decirse que uno de los pasos importantes del proceso asambleario es la toma del acuerdo del Consejo de Administración para convocar a la asamblea ordinaria anual. Es producto de

7 Butturini, Paolo, L'impugnazione del Bilancio d'esercizio, Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia, V 47 (2007) 2-4.

8 Ver artículo 2423 del Código Civil Italiano y artículo 258 del Código de Comercio costarricense.

9 Conf., Garreta Such, José María, El derecho contable en la nueva ley 16/2007 (las cuentas anuales), (2007) 145-146.-

ese poder de iniciativa en la convocatoria, de acuerdo con el artículo 163 del Código de Comercio, se confirma al indicar:

“**Artículo 163.** El orden del día deberá contener la relación de los asuntos que serán sometidos a la discusión y aprobación de la asamblea, y será redactado por quien haga la convocatoria.

Quienestenganderechoapedirlaconvocatoria de la asamblea, lo tienen también para pedir que figuren determinados puntos en el orden del día.”

El acuerdo de la Junta Directiva será, sin duda, convocar a asamblea con un inventario de temas para rendir las cuentas y eventual distribución de dividendos si fuere del caso, entre otros.

La convocatoria.

La convocatoria deberá realizarse en el tiempo que el Código de Comercio ordena para la celebración de la asamblea ordinaria anual de accionistas. Se considera, de acuerdo con el artículo 155 del Código de Comercio, norma imperativa.¹⁰ El objeto es, conocer la

gestión y el resultado anual, evitar la dilución de dividendos¹¹ en protección de minoría y si hubiere ganancia, además de la declaración y distribución de dividendos, contribuir con los gastos del Estado.¹²

Precisamente el órgano y funcionario cuentan con competencia para la convocatoria y celebración de la asamblea en la oportunidad que señala el ordenamiento societario, de modo que podría advertirse, que el convocante pierde competencia para ejercitar el poder de iniciativa al no convocar en tiempo la asamblea anual. Pasados esos tres meses, a quien corresponde convocar? Bueno, es una función que bien puede corresponder a otro órgano que es la Fiscalía o bien, a solicitud del socio o socios ante la administración y en caso de negativa u omisión, solicitarla al juez.¹³ No procede la convocatoria mediante una asamblea de accionistas, por cuanto no es competencia del órgano¹⁴ como tampoco pueden convocar directamente uno o varios socios.

Toda asamblea de accionistas requiere de convocatoria¹⁵, salvo la excepción de la asamblea totalitaria. En palabras de Blasco Gascó sobre este último punto, si estando

presente todo el capital social, los asistentes aceptan por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos por tratar, los socios asumen voluntariamente la celebración de la junta universal es porque nada tienen que objetar respecto del cumplimiento por parte de los administradores de cualquier requisito previo a ésta, por lo que, si el socio o los socios no están conformes con la información presentada o bien aceptan no recibirla, después no pueden revocar el acto propio.

Para iniciar, el párrafo primero del artículo 152 del Código de Comercio costarricense, establece:

“**Artículo 152.** Las asambleas de accionistas legalmente convocadas son el órgano supremo de la sociedad y expresan la voluntad colectiva en las materias de su competencia. ...”

De acuerdo con el párrafo citado, para convocar a asamblea de accionistas, como reunión de socios, requiere de ciertas formalidades que el mismo Código de Comercio impone. Por una parte, Rodríguez Rodríguez, asegura que la reunión de socios se hará conforme con las condiciones exigidas por ley o por estatutos y por otra, garantiza que la asamblea está en condiciones de expresar la voluntad social.¹⁷

Claro está, esa convocatoria se hará sobre materias que sean competencia que el mismo Código atribuye a la asamblea específica. Esta es la tesis de la competencia residual¹⁸ y que el mismo párrafo segundo del artículo 152 del Código de Comercio relaciona.

La convocatoria en ese sentido, está vinculada con el derecho de información para cada accionista de forma individual, con el derecho de voto como de asistencia¹⁹ al igual que el derecho de solicitar se convoque a asamblea de accionistas y de exigir que en las asambleas convocadas se traten determinados asuntos.²⁰

Función de la convocatoria.

La convocatoria tiene la función de dar a conocer los temas por tratar a los que tienen derecho a asistir a la futura reunión o celebración de la asamblea. Debidamente convocados los socios, se da contenido a lo establecido en el párrafo primero del artículo 152 del Código de Comercio, el que establece a la asamblea como el órgano supremo legalmente convocado.

Lo relacionado en el artículo 163, es norma general, pero la del 155 será norma especial. Por tales motivos, para Narváez García el

10 El artículo 2364 del Código Civil Italiano, señala como norma imperativa la convocatoria anual para la aprobación del balance.
11 Ver Lapertosa, Flavio; Liebman, Stefano; Sbisa Giuseppe y Zoppini, Andrea. Codice Civile Commentato, III Alpa, Guido e Mariconda, Vincenzo (coords), (2005) p. 1424
12 Conf. artículo 18 constitucional y Ley del Impuesto sobre la Renta.
13 Ver artículos 159, 160, 161 y 197, inciso e), todos del Código de Comercio.
14 Conf. Verón, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, Ley 19550 comentada, anotada y concordada, II (2007) 849.-
15 Consúltase Considerando VII de la resolución 071/2003 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de 9:30 horas del 21 de marzo de 2003, por la cual confirma, que una asamblea sin convocatoria es nula.

16 Blasco Gascó, Francisco. Impugnación y subsanación de acuerdos sociales por defectos de forma en la doctrina jurisprudencial, (2008) 75.-
17 V. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de sociedades mercantiles, séptima edición (2001) 471.
18 Conf., Rodríguez Rodríguez, op. cit, 470.-
19 Sobre derecho de asistencia, consúltase el artículo 2370 del Código Civil Italiano.
20 Conf. Gutiérrez Falla, Laurenao. Derecho Mercantil. Contrato societario y derechos individuales de los accionistas, II. (1988) 232-236; Concepción Rodríguez, José Luis. La convocatoria de la junta, en Órganos de la sociedad de capital, Gimeno-Bayón Cobos Rafael y Garrido Espá Luis, (coords), (2008). 117-118.

orden del día implica la relación discriminada de los temas que se someterán a estudio y decisión de la junta o asamblea de asociados. Su inserción en la convocatoria tiene estos fines: 1) dar a conocer de antemano la agenda de las deliberaciones y facilitar a los asociados prepararse para opinar y votar a conciencia o, por lo menos, con algún conocimiento de causa; 2) establecer la prioridad de los asuntos que serán estudiados; 3) delimitar, en principio las cuestiones sobre las cuales ha de pronunciarse el órgano máximo²¹, pero a su vez, otros autores como Busi²², explican que la convocatoria tiene una función positiva y otra negativa, donde la primera corresponderá acerca del contenido de los asuntos a tratar y la última, relativa a evitar sorpresas sobre materias no incluidas en el orden del día, donde la buena fe es fundamental.

Como se dijo, en cuanto a los temas por tratar, los socios ausentes, tendrán la seguridad que solo los asuntos contenidos en la convocatoria son los que se conocerán en la respectiva reunión²³, con salvedad de aquellos temas accesorios que es posible no incluir en la convocatoria y que pueden considerar en una asamblea ordinaria anual. Los autores Lapertosa, Liebman, Sbisà y Zoppini, en sus

comentarios al Código Civil Italiano, exponen que la convocación de la asamblea tiene la finalidad sustancial de satisfacer intereses de los socios informándoles que en un determinado momento y en un preciso lugar se procederá a una reunión de los accionistas o legitimados en la sociedad para discutir y deliberar los temas importantes.²⁴

En igual sentido, Madina relaciona que el legislador ha querido que los interesados, con facultades de control sobre la contabilidad social, sean periódicamente y, al menos una vez al año, informados sobre la situación patrimonial de la sociedad y el desarrollo de la gestión.²⁵

La convocatoria, de acuerdo con Busi y citando a Santoro-Passarelli es un acto de comunicación que ingresa en la categoría de los actos jurídicos en sentido estricto, en la subcategoría de las participaciones o comunicaciones, cuales declaraciones no negociales de hechos (reunión asamblearia), destinado al conocimiento de terceros.²⁶ Flume, por su parte, haciendo un listado de actos del ordenamiento jurídico del BGB (Código Civil) alemán, indica que el tráfico jurídico está colmado de comunicaciones

21 Conf. Narváez García, José Ignacio. Teoría General de las sociedades, décima edición (2008) 296.-
22 Busi, Carlo Alberto, Asamblea e decisión dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata, Trattato di Diritto dell'economia, IV. (2008) 412.-
23 Ver considerando IV del voto 328-F-2008 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de 14:45 horas del 11 de junio de 2003 que se cita en el próximo apartado.
24 Conf. Lapertosa, Liebman, Sbisà y Zoppini. Codice Civile Commentato, III Alpa e Mariconda (coords), (2005) 1092
25 Conf. Madina, Fernando. La adopción de acuerdos en la sociedad anónima, (2004) 81.
26 Santoro Passarelli, voz atto giuridico, en Enciclopedia di diritto, IV, Milano, 1959, p. 213, citado por Busi, op. cit., p. 277.-

de todo tipo y, en virtud de ello algunas se aproximan a las declaraciones de voluntad jurídico negociales²⁷ pero, tratándose de la convocatoria para una asamblea, puede afirmarse que se trata de un acto con algunos efectos que se dirán.

Uno de los efectos de la función de la convocatoria para la asamblea ordinaria anual, es la constitución del quórum de presencia como de votación.²⁸ En efecto, tal esquema regulatorio consta en los numerales 169 a 171, en lo que compete a la asamblea ordinaria anual, todos del Código de Comercio de Costa Rica para la primera como la segunda convocatoria. Este marco de convocatoria, asistencia y votación representan una posición garantista para tal asamblea²⁹ y que no pueden ser quebradas o bien, con pacto en contrario constante en acuerdos parasociales.

El Código de Comercio ha establecido para la validez de las asambleas y en garantía de conexión de derechos, requisitos formales y sustanciales. La conversión o saneamiento

sufrirán la misma suerte del acuerdo si éste está manchado con vicios de nulidad.

El contenido de la convocatoria.

De la relación de los numerales 158, 163, 164, párrafo primero y 165, todos del Código de Comercio, la convocatoria debe expresar, entre otros los temas a tratar³⁰, el lugar, la fecha y la hora para la celebración de la asamblea. De la conjunción de tales numerales, el socio debe conocer, en qué lugar se van a discutir los temas de la agenda y, con mayor razón, los de la asamblea ordinaria anual.³¹

Tratándose de la fecha, es claro que si el artículo 155 del Código de Comercio obliga a celebrar la asamblea en el plazo de los tres meses, la fecha para la celebración de la asamblea es durante esos tres meses y no fuera de ese plazo.

Del artículo 164 del Código de Comercio, se establece la indicación de la fecha de la celebración, la cual tiene relevancia por varias razones: a) entre la publicación del bando y la

27 Flume, Werner. El Negocio Jurídico, traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, (1998) 146 y sgte.
28 V. Graziani, Alessandro; Minervini Gustavo y Belviso Umberto, Manuale di Diritto Commerciale, (2004) 246; Rodríguez Rodríguez. Tratado de sociedades mercantiles, sétima edición (2001) 470-471.
29 Caso contrario, ver artículo 176 inciso b) del Código de Comercio de Costa Rica.
30 Ver Gutiérrez Cerdas, Alfonso, Algunas consideraciones acerca del orden del día en el derecho societario costarricense, Revista Judicial, 99, (2011), 9-18 y Pérez Vargas, Víctor, El orden del día como límite de orden público de la competencia de asambleas no totalitarias de las sociedad anónimas, Revista Judicial 97, (2010), en http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documents/revs_juds/rev_jud_97/index.htm
31 Sobre la relevancia del lugar, ver Concepción Rodríguez, José Luis. La convocatoria de la junta, en Órganos de la sociedad de capital, Gimeno-Bayón Cobos Rafael y Garrido Espa Luis, (coords), (2008) 123.- Asimismo, ver párrafo primero del artículo 2363 del Código Civil Italiano, como el artículo 162 del Código de Comercio de Costa Rica, que en realidad, es una regla flexible, pero predeterminada.

celebración, debe haber un período de quince días para garantizar el derecho de información del socio; b) la fecha de la celebración de la asamblea ordinaria anual no debe traspasar el plazo de tres meses, entre otras.

Todos los documentos contables, balances³², como cualesquiera otros, que formaron parte del acuerdo del consejo de administración y que dan contenido al ejercicio del poder de iniciativa en la convocatoria para la asamblea anual, formarán, de acuerdo con la parte segunda del párrafo segundo del artículo 164³³ del Código de Comercio patrio, el conjunto de documentos, libros y anexos que darán contenido al derecho de información³⁴ del accionista de forma previa a la asamblea. Dicha documentación, estará en las oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas o en el lugar autorizado al efecto. El cumplimiento de esa obligación de informar, es una competencia orgánica que, según Martínez Martínez, pesa sobre el órgano y no a cada uno de sus miembros, por lo que, en cuanto a la información documental, no se hacen salvedades.³⁵

El Código de Comercio, señala el plazo por el cual tales documentos estarán a disposición de los accionistas, con el fin de su revisión y análisis. No obstante, la protección de secretos y otras informaciones confidenciales, como secretos comerciales, deberán ser resguardados que como consecuencia de la globalización, la competencia internacional, los cambios en la división y organización del trabajo, la sociedad de la información, la aparición de nuevas tecnologías, etc., definidos como el entorno, obligan a las estructuras organizacionales a modificarse en aras de proteger su posicionamiento en el mercado. Ese rediseño estructural interno, incluye la protección de la información, en especial la no divulgada o confidencial, que será aquella que no ostente carácter público o esté al alcance de personas o técnicos. La Sala Constitucional, entiende como información pública, "... aquella que tiene relación con el giro normal de la administración pública y con asuntos de interés público, es decir, que no involucre información que afecte la esfera de la intimidad de una persona, violente la seguridad nacional, la integración territorial,

la seguridad jurídica, la defensa del Estado, la prevención del delito, la imparcialidad de los jueces, el orden público, la protección de la salud, la moral pública, los secretos de Estado, secretos industriales o comerciales, los datos personales, en especial la información sensible, como es la religión, su preferencia sexual, su domicilio, su afinidad política, su oficio o sexo.”³⁶

Entonces, puede afirmarse que esa obligación de información previa a la asamblea es de carácter relativa, y no incluirá la información que constituya secreto empresarial, industrial, etc. o bien confidencial,³⁷ acreditándose entonces obligación de la administración en la calificación y protección legal de tal información, no atribuible a otro órgano, como por ejemplo, la fiscalía. De acuerdo con esa obligación de información, el acreedor –el accionista-, ejercerá un control social sobre la administración y permitirá al socio razonar, conforme al recibo de tal información, verter consentimiento sobre el voto en la asamblea.³⁸

Además, en caso de que el aviso disponga, con base en artículo 165 del Código de Comercio, que la primera convocatoria se hará en una fecha y la segunda en otra fecha; por ejemplo; 24 horas después de la primera convocatoria, deberá relacionarse en el bando consignando la fecha y hora de esa segunda convocatoria, si es que los estatutos así lo permiten, salvo que se haya indicado que es una hora u otro lapso de tiempo específico.

Así que, tratándose del orden del día o agenda, delimita la competencia de la asamblea en el sentido de la indicación sobre la materia por tratar, siempre y cuando sea competencia de esa asamblea ordinaria anual e incluso podrá tratarse de temas como revocatoria y nombramientos y abarcar temas propios de la asamblea extraordinaria, en cuyo caso, la asamblea será ordinaria y extraordinaria, artículos 154 y 166, ambos del Código de Comercio. Sin embargo, si un tema no fue objeto de convocatoria, no podrá ser conocido en la asamblea respectiva y si se conociere y con acuerdo al efecto, podrá ser objeto de nulidad.³⁹

32 V. Gutierrez Falla, op. cit.. pp. 251-252, expresa que desde el punto de vista del accionista, el balance tiene que cumplir, por tanto, con dos funciones primordiales: a) servir de parámetro para el ejercicio de los derechos patrimoniales que le corresponden, como son: el derecho al dividendo, al receso y a la cuota de liquidación; b) servir de fuente de información para que pueda enterarse de la verdadera situación financiera de la compañía a través de un documento que reúna las características mínimas de exactitud, claridad y precisión exigidas por la ley.

33 Artículo 164. ... En este plazo no se computará el día de publicación de la convocatoria, ni el de la celebración de la asamblea. Durante este tiempo, los libros y documentos relacionados con los fines de la asamblea estarán en las oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas. ...

34 Gutiérrez Falla, op. cit., 241, define el derecho de información, como el derecho que corresponde a todo accionista de obtener de los administradores de la sociedad datos sobre el desenvolvimiento de los asuntos societarios, excluyendo aquellos casos en que los administradores tiene, por ley, sin el requerimiento de los socios, la obligación de dar noticias, como es en la convocatoria de una asamblea, el orden del día, etc.

35 Conf. Martínez Martínez, María Teresa. El derecho de información del accionista en la sociedad anónima, (1999) 181.

36 Conf, Sala Constitucional, voto 2002-11356 de 16:35 horas del 27 de noviembre de 2002.

37 Sobre la información confidencial, el legislador ha regulado aquella información que merece protección. Es así como ha otorgado tutela normativa de los secretos empresariales, industriales y comerciales y ejemplo de ello, son los numerales 26, 265 y siguientes del Código de Comercio, el 273 de la Ley General de la Administración Pública, 196 bis, 203, 217 bis, 229 bis, 242, todos del Código Penal, 71, 81 y siguientes del Código de Trabajo, 77 de la Ley de Biodiversidad, etc., art. 5 inciso c) de la ley 6029 de Protección al Representante de Casas Extranjeras, más todas aquellas protecciones pactadas contractualmente en el caso de transferencia de tecnología y conocimientos industriales (know how) y otros como franquicias, consultorías, management, llave en mano, etc., y más recientemente, las normas relacionadas en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, el art. 67 de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, las normas relativas a la ley del mercado de valores, el art. 30 constitucional, la ley 8220, arts. 2, 7 y siguientes de la Ley 7975 de Información No Divulgada, como las regulaciones contenidas en la ley 7475 (Ronda de Uruguay), la ley 8039 de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, sin limitarse a estas.

38 Conf. Gutiérrez Falla, op. cit, p. 242. En igual sentido, Medina, op. cit., 67.-

39 Ver voto 328-F-2003, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de 14:45 horas del 11 de junio 2003.

Uno de los mayores inconvenientes, radica en los temas accesorios y que no se incluyen en la convocatoria. Puede ser la propuesta de los socios para sancionar al administrador y la falta de convocatoria al efecto. Este es uno de los temas discutidos, en tanto el mismo administrador, con competencia para convocar, es lógico pensar que no va a consignar un punto sobre el cual verse sobre su sanción. Es claro, que la norma prevista en el inciso a) del artículo 155 del Código de Comercio, el cual indica que deben ser tomadas las medidas correspondientes, puede referirse a la posibilidad de adecuar el balance, por ejemplo, luego de que el accionista haya obtenido asesoría y haga ver su punto de vista en la asamblea. Sin embargo, el conflicto se presenta cuando no se convoca para sancionar al administrador. En ese caso, se deberá proceder por la vía o vías al efecto.

Definitivamente, de acuerdo con la redacción de los puntos por tratar para la asamblea, se parte de la tesis que el derecho de voto, tal y como lo exponen Easterbrook y Fischel, es el derecho a adoptar las decisiones que no estén previstas en el contrato⁴⁰, es decir, se trata de que la situación de la compañía no se traduzca en pérdidas, se puedan obtener resultados, o bien, se garanticen bienes en

la liquidación. Esto último es en lo interno societario y de cara al accionista, pero lo que mueve el motor interno empresario y su participación en el mercado, es el intercambio de bienes y servicios con consumidores y otros agentes económicos, que mediante actos y contratos, producirán los ingresos y egresos que dan contenido al balance societario.

La publicidad de la convocatoria.

Si no estamos en presencia de una asamblea totalitaria, la omisión de convocatoria puede implicar la nulidad de los acuerdos tomados. La publicidad de la convocatoria, es un requisito de validez asambleario⁴¹, de modo que la convocatoria para la asamblea, con la excepción de la asamblea totalitaria, es un requisito ineludible. Deberá la convocatoria con los temas agendados, ser publicitado dentro del plazo establecido legalmente, por cuanto está predeterminado por el legislador. Mediante aviso, el convocante, conforme agenda, llamará a todos los que tengan un derecho de asistir a la asamblea, como a accionistas (principio de igualdad de trato⁴²), acreedores prendarios que cuentan con pacto de participación en asambleas ordinarias, nudatarios y usufructuarios, como otros con derecho de asistir que pueden ser concedidos por el juez.⁴³

40 Conf., Easterbrook Frank y Fischel Daniel, La estructura económica del Derecho de las sociedades de Capital, edición española a cargo de Francisco Marcos (2002) 86.
41 Ver al efecto, considerando VII del voto 071/2003 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda.
42 Ruiz Peris, Juan Ignacio. Igualdad de trato en el Derecho de Sociedades, (2007) 227-232.
43 Ver al efecto, artículo 18.3 de la Ley de Cobro Judicial.

En cuanto a la forma de convocar, debe entenderse que si en la escritura no se determina la forma de convocación, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 158 del Código de Comercio, deberá publicarse mediante aviso en la Gaceta. En este caso, si los constituyentes no plasman su voluntad en el contrato para regular como quieren que sean convocados, la ley suple el silencio, es decir, la forma de comunicar el acto de convocatoria fue determinada por el legislador. Pero actualmente, por la evolución de las tecnologías, perfectamente las sociedades anónimas podrían subir una página en internet y mantener informados a sus accionistas sobre la convocatoria y otros asuntos de interés, lo cual podría motivar reforma legal integral para que las sociedades cuenten además del domicilio social con uno electrónico.

Sobre la forma de convocatoria, la Sala Primera tuvo ocasión de pronunciarse sobre tal aspecto, tal como se expone a continuación:

RES: 000521-F-2003 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas treinta y cinco minutos del veintiocho de agosto del año dos mil tres.

“XII ...Ahora bien, la forma de convocatoria para la asamblea de accionistas es la estipulada en la escritura social; pero a falta de disposición expresa lo es como lo regula el Código de Comercio, por aviso publicado en La Gaceta (artículo 158 íbidem)...”

Los socios en el acto constitutivo, o bien, posteriormente, pueden decidir el mecanismo de publicación de convocación a la asamblea y su comunicación a los socios, pero si hubiere silencio en el pacto, la convocatoria se hará por medio de aviso publicado en “La Gaceta”. No obstante, el plazo que debe mediar entre el aviso publicado y la celebración de la asamblea es un tema que se analizará más adelante. Es interesante la disposición del párrafo segundo del artículo 2366 del Código Civil Italiano, la cual relaciona que el aviso debe ser publicado en la Gaceta Oficial de la República o en al menos un diario o periódico indicado en el estatuto al menos quince días antes de la asamblea. Si el diario expresado en el estatuto ha cesado las publicaciones, el aviso debe ser publicado en la Gaceta Oficial.

Empero, en el caso costarricense, el plazo mínimo para la publicación de la comunicación, debe ser igual a lo dispuesto en el artículo 164, párrafos primero y siguiente del Código de Comercio:

“Artículo 164. La convocatoria para asamblea se hará con la anticipación que fije la escritura social, o en su defecto quince días antes de la fecha señalada para la reunión, salvo lo dicho en los artículos 159 y 161.

En este plazo no se computará el día de publicación de la convocatoria, ni el de la celebración de la asamblea. Durante este tiempo, los libros y documentos relacionados con los fines de la asamblea estarán en las

oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas.
...”

El plazo de los quince días⁴⁴ y no otro que de alguna manera restrinja ese plazo, constituiría una violación al derecho de información del socio por limitación temporal⁴⁵. Ahora bien, ese plazo en días, debe entenderse como días hábiles⁴⁶, por disposición normativa expresa en el Código de Comercio, artículo 417, el cual hace inaplicable lo dispuesto en los artículos 15 y siguiente del Código Civil, que contempla regla de días naturales.

Y es que durante ese tiempo de quince días, desde el momento mismo de la publicación al día de la asamblea, deberá estar a disposición del socio el informe de resultados económicos con el visto bueno de Fiscalía⁴⁷, el informe de gestión social, la rendición de cuentas y la documentación correspondiente a la distribución de dividendos, en su caso y otros documentos y libros que se relacionen con la agenda, todo en garantía del derecho de información preasambleario, tal y como lo define el aparte segundo del segundo párrafo del artículo 164 del Código de Comercio.

Además, la convocatoria para la integración asamblearia, presenta efectos para el socio, para la sociedad como para el mercado en sí. Precisamente, en cuanto al socio como

aquellos con algún pacto a su favor, art. 139 bis Código de Comercio, como garantía del derecho de asistencia, consiste en avisarle que a determinada hora, día y lugar, artículos 162, 164 y siguiente, todos del Código de Comercio patrio, se llevará a cabo una asamblea para conocer los puntos contenidos en la agenda, es decir, la convocatoria limita la competencia del órgano.⁴⁸ Veamos un ejemplo: revocatoria y nombramiento de administradores: según el Código de Comercio, artículo 155, la revocación y designación corresponde a una asamblea ordinaria, nunca a una extraordinaria. Otro ejemplo: declaración de dividendos y posterior pago conocido por asamblea extraordinaria o bien actos que son competencia del Consejo de Administración y se convoque para ser por una asamblea extraordinaria y así sucesivamente.

El derecho de información del socio, de acuerdo con el contenido de la agenda, se conformará en cuanto a los temas relacionados en la lista que se pone en conocimiento de los accionistas e interesados con la suficiente antelación, por cuanto, en palabras de Verón, la elaboración, exposición y presentación de los estados contables van a integrar el derecho de información del accionista, referido al aspecto contable de la gestión y a las consiguientes aclaraciones

44 Ver en igual sentido, artículo 179 del Código de Comercio de Honduras.
45 En su momento, Gastón Certad había realizado algunos comentarios al efecto.
46 Ver al efecto, Considerando VII, voto 69-2011 de 9:45 horas del 20 de mayo de 2011, Tribunal Civil de Heredia.-
47 Ver inciso d) artículo 197 del Código de Comercio costarricense.
48 Conf, Gutiérrez Cerdas, op. cit y Pérez Vargas, op. cit en nota 41.

sobre las valoraciones dudosas del balance, privándole, a su vez, de cualquier derecho de investigación directa de la contabilidad y de los libros sociales⁴⁹. También deberán estar a disposición de los socios, documentos y libros relativos a la asamblea.⁵⁰

Referente a la sociedad misma, la convocatoria obliga a los diferentes órganos a actuar conforme al llamado para celebrar la junta y se determina de antemano la competencia asamblearia. Por su parte, de cara al mercado, el funcionamiento asambleario anual ordinario confirma que la sociedad cumplirá con los deberes y obligaciones tributarias.

La convocatoria, habiendo sido tratada para su comunicación de acuerdo con estatutos, puede ser realizada por el medio escogido, al contrario, en su omisión, puede dar lugar a la eventual nulidad de los acuerdos tomados en asamblea. Ya la Sala Primera tuvo ocasión de pronunciarse sobre un tema de esta naturaleza, pero para la asamblea extraordinaria, lo cual no significa que pueda aplicar igual para la ordinaria anual. Al efecto, resolvió la Sala:

RES: 000288-F-99 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cuarenta minutos del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

“VI. RECURSO POR EL FONDO: En todo caso, a mayor abundamiento, resulta conveniente resaltar que el recurrente utilizó en la especie la regulación contemplada en el artículo 158 del Código de Comercio para descartar la participación de los restantes socios en la asamblea extraordinaria que convocó a través de tal procedimiento. En efecto, obra en autos prueba testimonial y confesional donde se ratifica que la forma tradicional de convocar a las asambleas de esta sociedad lo era a través de una nota y, además, de un recordatorio vía telefónica. Consecuentemente, si para esos efectos nunca se había utilizado la publicación en el diario oficial La Gaceta, pese a ser ese el procedimiento que correspondía al no estipular el acta de constitución mecanismo alguno sobre el particular, lo cierto es que los socios no tenían razón para presumir el cambio que se practicó. Precisamente de esa confianza sacó provecho el señor ... al convocar inesperadamente a través de un medio en el que se busca un objetivo totalmente diferente al obtenido en este caso: la real comunicación o notificación a los socios de que se realizará una asamblea. Es decir, se utilizó un sistema de información establecido por la ley para burlar los derechos de los socios presuntamente convocados. La mala fe con que se actuó en este asunto, se evidencia aún más al determinar que los socios fueron convocados a través del medio

49 V. Verón. Tratado de los conflictos societarios, I (2006), 406.
50 Ver artículo 175, Ley de Sociedades Alemana.

para ellos tradicional, a una asamblea que se realizó el 9 de mayo de 1996. En esa oportunidad, el recurrente no informó nada de la siguiente asamblea que se realizaría el 20 de junio de ese año y para la cual saldría publicado el aviso el 20 de mayo...”

Sin embargo, diferente es la especie de relacionar en estatutos, de acuerdo con el artículo 158 del Código de Comercio, la publicidad de la convocatoria por cualquier medio válido. Este tema fue analizado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, indicando, que tal forma de convocación es válida.⁵¹ En ese caso de la Sala Tercera, la convocatoria se realizó por medio de la Gaceta.

Claro, que de *lege ferenda*, el párrafo primero del artículo 158 del Código de Comercio puede ser modificado como el actual artículo 2366 del Código Civil Italiano, en el sentido, de que será válida la convocatoria por cualquier medio que documente el socio, que puede ser un aviso en la Gaceta, esto con el fin de evitar la regulación contractual por ejemplo, dependiendo del avance tecnológico, aparecerán nuevos medios y ello obligará a la constante modificación estatutaria. Esto permitirá flexibilizar la convocatoria y no hacerla de forma rígida.⁵²

51 Ver al efecto, considerandos I y II del voto 2007-00173 de 9 horas del 5 de marzo de 2007, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- El artículo 2366 del Código Civil Italiano, permite la convocatoria directa al socio como por medios informáticos.
52 Al efecto, el artículo 124 de la Ley de sociedades alemana, permite en el caso de las sociedades cotizadas en Bolsa, publicar la convocatoria en la página de la compañía.

Desconvocatoria, prórrogas y nuevas inclusiones de temas a tratar.

Si el convocante, luego de la publicación de la convocatoria, por alguna razón o por pedido de socios para desconvocar, prorrogar o bien, incluir nuevos temas de agenda, deberá utilizarse el mismo procedimiento que para la convocatoria, otorgamiento de plazos y las correspondientes comunicaciones al efecto, esperas y celebración de asamblea.

Bien puede suceder alguna o algunas de estas hipótesis, de suerte que es conveniente conocer el proceso asambleario para que las especies fácticas que sobrevengan, puedan ser regularizadas conforme al iter procedimental.

Breves consideraciones sobre el dividendo.

Los numerales 25 y 122, ambos del Código de Comercio patrio, regulan el derecho corporativo abstracto de participación en las ganancias. El derecho concreto se manifestará de dos formas: derecho al dividendo cuando exista superávit como la declaración y distribución del dividendo si se dan los requisitos para ello en esta caso: balance aprobado del año y ganancia líquida, dando como consecuencia, un derecho de crédito a favor del accionista.

Pero para que el dividendo se materialice, debe haber acuerdo asambleario al efecto. Sin perjuicio de su ampliación en otro artículo, existe una amplia discusión doctrinal de si los socios cuentan o no con un derecho al reparto periódico de dividendos.⁵³ No obstante, como regla general, tanto el artículo 141 como el artículo 155 ambos del Código de Comercio patrio, establecen obligatoriedad de celebrar una asamblea anual para conocer del balance anual y sobre distribución de utilidades que resultaren del mismo complementado, claro está, del asocio de numerales 142 y 27 párrafo segundo, también del Código de Comercio. Como puede notarse, el derecho abstracto como concreto a la ganancia muestra una faceta interesante en la realidad societaria, para socios como también para el Estado y para el mercado en si.

De esta forma, entonces, de acuerdo con los numerales 27 párrafo segundo, 142 y siguiente del Código de Comercio, si la utilidad del período es líquida, el Consejo de Administración cuando convoque a asamblea ordinaria anual, deberá incluir en el orden del día la distribución de dividendos con las salvedades que corresponda y tal punto también debe ser publicitado como tema de agenda en la convocatoria respectiva.⁵⁴ De esta forma entonces, si no se convoca para

declarar y distribuir dividendos del período o bien se acuerda distribuir parte de los mismos, que sucederá? La respuesta podría ser la siguiente: los dineros encajados constituirían, de una parte, un eventual aporte no justificable y consecuentemente un aumento de capital sin formalidades legales para autofinanciar a la sociedad en sus negocios y de otra, que responderán por las posibles pérdidas de los períodos siguientes.

Pero la cosa no termina ahí, ya que pueden haber más interrogantes como la que se dirá: si la asamblea aprueba el balance y no declara dividendos de ese período, porque no fue convocada para ello, podría declararlos posteriormente? Bueno, casos como este han generado disputas en la doctrina⁵⁵ o bien podría constituir ejemplos de opresión⁵⁶, exceso de poder⁵⁷ y otras soluciones como pensar en la percepción en la cuota de liquidación, aumento de capital, pero el asunto habría que analizarlo de acuerdo con los temas a tratar en la respectiva convocatoria. El derecho a percibir dividendos no deriva de la sola la aprobación del balance sino de la voluntad asamblearia, de manera que si la convocatoria no dedica un tema a la declaratoria y distribución de dividendos de la ganancia –líquida- del período, el socio deberá proceder conforme ordinales 159 y

53 Ver Gutiérrez Falla, op. cit. pp. 430-435.-
54 Ver considerando VIII, voto 807-F-S1-2010 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de 8:25 horas del 8 de julio 2010. Sobre estos temas, consúltese artículo 175 de la Ley Alemana de Sociedades Anónimas.
55 Ver nota 1091, en Gutiérrez Falla, op. cit., p. 443.
56 Consúltese Vázquez Lépinette, Tomás, La protección de las minorías societarias frente a la opresión, (2007).
57 Ver Arleo, Rossana; Balzarini, Paola; Benincasa, Domenico; y otros, Comentario al Codice Civile, a cargo de Paolo Cendom, artt. 2421-2451, Societá per azioni, 2010, pp. 288-289.

160, ambos del Código de Comercio o bien el Fiscal pedir la correspondiente asamblea luego de transcurridos los tres meses que establece el numeral 155 del Código de Comercio.

Convocatoria judicial

Se ha relacionado que en caso de omisión de convocatoria a asamblea ordinaria anual, los socios pueden solicitar, conforme numerales 159 y siguiente, ambos del Código de Comercio, a la administración social que convoque a asamblea para los fines apuntados en la petición de aquellos.

Para tales efectos, la administración cuenta con un plazo de quince días hábiles para convocar, sin embargo, si el consejo de administración fuere omiso, los petentes podrán acudir al juez del domicilio de la sociedad para que convoque a asamblea y celebre la misma, conforme procedimientos de jurisdicción voluntaria. Para tales efectos, la asamblea deberá celebrarse con los temas solicitados y peticionados, no bastando, en mi opinión, la simple oposición de los administradores⁵⁸ para evitar la asamblea.

Conclusiones.

La asamblea ordinaria anual deberá realizarse conforme temporalidad fijada al efecto y bajo

el proceso asambleario. Para su realización, el socio y aquellos con algún interés, deberán ser convocados por aviso conteniendo orden del día, lugar, hora y fecha de celebración, todo con el fin de conocer al menos del estado de resultados y de la posible declaración y distribución de dividendos, si es que hubiere.

Empero, tal situación obliga, en materia registral comercial, a la verificación del respeto por el plazo mínimo de convocatoria, quince días hábiles y no otro inferior pero que si puede ser superior. También, es conveniente que las sociedades anónimas utilicen el mecanismo de doble convocatoria, es decir, además de la publicación del aviso en la Gaceta o un diario o medio escogido, un correo electrónico o que cada sociedad cuente con una página en internet y ahí se publicite la convocatoria como lo permite la Ley de Sociedades Alemana, art. 124. Además, por reforma legal, las sociedades deberán registrar, además del social, domicilio electrónico al efecto. Así, el socio como la administración tendrá un especial interés en la evitación del agotamiento del derecho al dividendo con miras a la distribución del resultado del período si la ganancia es líquida, con el correspondiente beneficio estatal y distribución de la riqueza.

58 Sobre el tema, consúltese el Considerando II de la resolución del Tribunal Primero Civil, número 443-P de 8:25 horas del 26 de mayo 2010 y Barrantes Gamboa, op. cit., pp. 19-38.-