

DERECHO SOCIETARIO

CLASE NO. 5: LA SOCIEDAD ANONIMA

ANEXO EL SECRETO SOCIETARIO. (1)

Según el Art. 173 del Código de comercio, el Presidente de una sociedad anónima puede decidir que, en aras de proteger los “intereses sociales”, se niegue a un socio información sobre la sociedad.

Ciertamente, el manejo de la información en las sociedades anónimas es un tema muy delicado, en el cual debe atenderse no solo los “intereses sociales” propiamente dichos, sino, además, y aunque a veces pueda resultar contradictorio, al interés de los socios singularmente considerados.

Este ensayo pretende analizar la posibilidad concedida por el citado artículo 173 del Código de Comercio, que se inspira en la legislación española y que, otorga al Presidente una importante facultad que, como todas las demás facultades que tiene, ha de ejercer en forma no abusiva.

Veamos, al convertirse en socio de una sociedad mercantil, toda persona adquiere una serie de derechos que, justamente, conforman el “estatus de socio” y que suelen ser clasificados en dos categorías.

Por una parte están los llamados “derechos económicos” o “patrimoniales”, relacionados con su participación en los resultados económicos de la sociedad.

Por la otra parte se encuentran los “derechos corporativos” o “administrativos”, que son los relacionados con su participación en la vida de la sociedad, más específicamente, en la toma de decisiones. Dentro de estos se suele ubicar el “derecho de información”.

Sin perjuicio de otros artículos en los que es posible inducir la tutela del mencionado derecho, el mismo está establecido en el Art. 26 del Código de Comercio, cuyo primer párrafo, en su parte primera establece literalmente:

1) Este texto fue escrito en febrero de 2002 y fue originalmente publicado en el Boletín “Perspectiva Legislativa”, que publica la Consultora Legislativa Aselex S.A., correspondiente al período comprendido del 9 al 15 de febrero de 2002.

DERECHO SOCIETARIO
CLASE NO. 5: LA SOCIEDAD ANÓNIMA

ANEXO
EL SECRETO SOCIETARIO

“Artículo 26.- Los socios tendrán el derecho de examinar los libros, la correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la sociedad”.

Como puede notarse, se da al socio, independientemente de cuál sea su participación porcentual en el capital social, el derecho de acceder a los documentos sociales. Atendiendo a esta situación, se le suele llamar “derecho de información documental”.

Adicionalmente se prevé en el párrafo primero del citado artículo:

“Artículo 26.- ... Si se estorbare en forma injustificada el ejercicio de este derecho, el juez, a solicitud del interesado, ordenará el examen de libros y documentos, a fin de que este obtenga los datos que necesita”.

¿Cuándo se ha producido una negativa injustificada de mostrar los documentos sociales?, es una pregunta cuya respuesta depende de las circunstancias.

Por ejemplo, en un caso resuelto por el Tribunal Primero Civil mediante resolución de las 14:10 horas del 10 de junio de 1998, se había indicado al socio que algunos de los libros sociales que solicitaba examinar se encontraban en Perú y que no se sabía cuándo podría verlos. Al efecto se estableció en el único considerando de la referida sentencia:

“Para el A-quo no hubo negativa en mostrar los documentos al actor por parte de la demandada, pero es evidente que sí existe esa negativa, porque los libros sociales faltantes debe tenerlos la demandada en su domicilio y no en otro lugar, incluso en país distante de éste... Se demostró que el actor es accionista de la sociedad demandada y es un derecho de los socios examinar los libros sociales, conforme con el numeral 26 del Código de Comercio, pues existe prueba de que se le ha estorbado injustificadamente, por lo que el examen pedido se debe ordenarse (sic)...” (Diligencias de exhibición de libros y documentos tramitadas en el Juzgado Primero Civil de Mayor Cuantía de San José, Exp. No. 97-001378-180-CI).

A efectos de poder ejercer el citado examen de libros y documentos, el Código Procesal Civil prevé, como una “medida cautelar” la posibilidad de preparar un proceso haciéndose de la llamada “prueba anticipada”, regulando, en su artículo 246 que todo proceso podrá prepararse mediante:

“Artículo 246... 3) La presentación de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, solicitados por un socio o comunero al consorcio o comunero que los tenga en su poder, en los casos en que proceda con arreglo a derecho”.

- 3 -

DERECHO SOCIETARIO
CLASE NO. 5: LA SOCIEDAD ANÓNIMA

ANEXO
EL SECRETO SOCIETARIO

Desde luego que este derecho de información documental se refiere, a los documentos sociales propiamente dichos, de forma que si, con ocasión de las actividades de la sociedad, se encontraren en su poder documentos relacionados con terceras personas, debe sostenerse la obligación de negarse a entregarlos, con base en la tutela constitucional de los documentos privados.

En efecto, recuérdese que el párrafo primero del Art. 24 de la Constitución Política garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones (si bien, en los párrafos siguientes regula los casos en que es posible ordenar el secuestro, registro o examen de documentos privados) y al respecto, la Sala Constitucional ha establecido:

“La inviolabilidad de las comunicaciones es una garantía constitucional oponible tanto a los funcionarios públicos como a los sujetos de derecho privado...”
(Resolución No. 1496 de 1991).

Lo anterior es particularmente importante para las empresas públicas organizadas como sociedades anónimas, en las cuales hay una interesante dinámica en cuanto al acceso a la información por parte de los socios y también de los no socios, habida cuenta de su manejo de recursos públicos que forman parte de la Hacienda Pública y sobre los que, sin duda, hay un evidente “interés público” -Art. 30 Constitucional- y la tutela ya referida de los documentos privados de terceros que estén en su poder -Art. 24 Constitucional-. (Al efecto, véase el Dictamen de la Procuraduría General de la República número C-246 de 29 de noviembre de 1995, en torno a la consulta hecha al efecto por la Corporación Bananera Nacional – CORBANA-, y los dictámenes relacionados números C-047 de 21 de febrero de 2001 y C-221 de 10 de octubre de 1995, así como la opinión jurídica 100 de 19 de julio de 2001).

Corresponde ahora enfocarse en la sociedad anónima, que es en relación con la cual está dispuesto el así denominado “secreto societario”.

La sociedad anónima es un ente democrático, en el sentido de que se asigna a cada acción un voto y de que, en términos generales, prevalece el criterio de la mayoría para la toma de decisiones.

Sin embargo, dado que no hay restricciones para que una persona sea titular de más de una acción, resulta evidente que cuantas más acciones se tengan, más poder se acumula.

Por otra parte, debe aceptarse que, en la práctica, las sociedades anónimas, sobre todo aquellas que cuenta con gran cantidad de socios, no necesariamente operan en forma tan democrática, dados los grupos de poder y control que llegan a dominar la Asamblea de Socios y con ella la Junta Directiva y aún el órgano contralor, o sea, el Fiscal; de modo que el poder de las minorías a veces llega a ser poco significativo.

Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco
www.derechocomercial-cr.com

Este documento solo puede ser utilizado para fines académicos y de investigación, y citando a la autora y a la página.

DERECHO SOCIETARIO
CLASE NO. 5: LA SOCIEDAD ANÓNIMA

ANEXO
EL SECRETO SOCIETARIO

Desde esa óptica es que el legislador moderno trata de tutelar las minorías, particularmente aquellas cuya participación es pequeña, dándoles derechos o facultades que tiendan a generar una especie de “contrapeso”, para el caso de que los administradores pudieran estar abusando de su poder dentro de la sociedad.

En ese sentido, el derecho de información es una de las herramientas más eficaces con que cuenta el socio minoritario para enterarse del quehacer en la sociedad.

En efecto, en caso de que se vaya a celebrar una asamblea de socios, estos deberán ser convocados en la forma debida –la cual puede variar según lo establecido en cada pacto social– y ello incluye poner en su conocimiento el respectivo orden del día, o sea, la “relación de los asuntos que serán sometidos a la discusión y aprobación de la asamblea” (Art. 163, párrafo 1, del Código de Comercio).

La orden del día es muy importante, ya que es el límite material de lo que puede ser discutido en la asamblea, y por otra parte es una garantía para el socio que no asiste a una determinada asamblea, en el sentido de que no podrá conocerse ni votarse sobre ningún asunto ahí no comprendido.

Aún más, en el plazo que media entre la convocatoria y la fecha de la realización efectiva de la asamblea “...los libros y documentos relacionados con los fines de la asamblea estarán en las oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas” (Art. 164, párrafo 2, parte final, del Código de Comercio).

Incluso, durante la celebración de la Asamblea: “A solicitud de quienes reúnan el veinticinco por ciento de las acciones representadas en una asamblea, se aplazará, por un plazo no mayor de tres días y sin necesidad de nueva convocatoria, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados. Este derecho podrá ejercitarse sólo una vez para el mismo asunto” (Art. 172 del Código de Comercio).

La garantía del acceso a la información documentada es importante sobre todo, porque las resoluciones tomadas en forma legal en una asamblea de socios son obligatorias para los que no asistieron y aún para los que votaron en contra, salvo, desde luego, los derechos de oposición (Art. 175 del Código de Comercio).

La tutela de las minorías también se manifiesta en el sistema de voto acumulativo para la elección de los miembros de la Junta Directiva, sistema que, aunque podría ser desaplicado en caso de que el pacto social así lo establezca, tiende a garantizar que las minorías tengan siquiera un representante en el órgano social que se encarga de la administración.

Dentro de ese cuadro normativo y teórico ha de analizarse entonces lo dispuesto por el Art.

- 5 -

DERECHO SOCIETARIO
CLASE NO. 5: LA SOCIEDAD ANÓNIMA

ANEXO
EL SECRETO SOCIETARIO

173 C.Com. en el cual se establece el llamado “secreto societario”. Dicho numeral consta de tres párrafos y literalmente establece:

“Los accionistas podrán solicitar, durante la celebración de la asamblea, todos los informes y aclaraciones que estimen necesarios acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Los administradores estarán obligados a proporcionárselos, salvo en los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales. Esta excepción no procederá cuando la solicitud provenga de accionistas que representen, por lo menos, el veinte por ciento (20%) del capital social o el porcentaje menor fijado en los estatutos.

La persona a quien se le haya denegado información, podrá pedir que tanto su petición como los motivos aducidos para denegarla figuren en el acta.

A las asambleas deberán asistir, por lo menos, un consejero, o un administrador y un fiscal de la sociedad; de lo contrario, la asamblea podrá aplazarse por una sola vez, de conformidad con el artículo anterior”. (El artículo al que se hace mención es el ya citado sobre el aplazamiento de la asamblea, cuando los socios no se consideren suficientemente informados de un determinado asunto).

El artículo empieza otorgando a los socios presentes, sin importar el porcentaje de su participación en el capital social y el tipo de acción del cual sean titulares, el derecho de solicitar durante la asamblea (podría ser antes) todos los informes y aclaraciones necesarios en relación con los asuntos comprendidos en el orden del día. Esta es, por así decirlo, la regla (Romero Fernández, Jesús Antonio, “El Derecho de Información del Accionista: Objeto, Límites y Forma de Ejercicio, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2001).

Dado que los documentos ya estuvieron a su disposición, según lo dicho, ha de entenderse que estos informes y aclaraciones son verbales o escritos, pero hechos a solicitud.

Nótese, por otra parte, cómo el legislador vincula este derecho con los asuntos comprendidos en el orden del día, lo cual es lógico, habida cuenta de que ningún otro asunto podría discutirse en la correspondiente asamblea.

Precisamente, para satisfacer estos requerimientos de los socios, es que se exige, en el párrafo final del Art. 173 del Código de Comercio, que a la asamblea asistan, por lo menos, un consejero o un administrador y un fiscal de la sociedad. Si no estuvieren presentes, la asamblea podrá aplazarse por una sola vez, por un plazo no mayor de tres días, y sin necesidad de nueva convocatoria.

Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco
www.derechocomercial-cr.com

Este documento solo puede ser utilizado para fines académicos y de investigación, y citando a la autora y a la página.

DERECHO SOCIETARIO
CLASE NO. 5: LA SOCIEDAD ANÓNIMA

ANEXO
EL SECRETO SOCIETARIO

Ahora bien, de seguido, el legislador establece la excepción a la regla, indicando que aunque los administradores están obligados a proporcionar la información solicitada, la misma puede ser negada cuando “a juicio” del Presidente, la publicidad de los datos solicitados “perjudique los intereses sociales”.

En la norma se revela la existencia de un conflicto de intereses: El del socio, que desea una información que no consta (o que no le es clara, o que desea sea adicionada) en los documentos a los cuales ha tenido o ha podido tener acceso; y el de la sociedad, que podría verse perjudicada por divulgar información solicitada por el socio, al menos, según la valoración que al efecto se encarga hacer al Presidente.

El asunto desde luego ha de estudiarse con sumo cuidado, ya que efectivamente podría ser que un socio quiera abusar de su derecho de información, requiriendo datos para molestar o entorpecer el desarrollo de la asamblea, o que eventualmente va a utilizar los datos para fines extrasociales o incluso antisociales; pero igual podría ser que la negativa del Presidente de proporcionarle información, se base en el deseo de tutelar, no los “intereses sociales”, sino más bien los intereses egoístas del grupo de control, o bien en la arbitrariedad.

Lo interesante es que la norma establezca que sea el Presidente de la Asamblea (que suele ser el Presidente del Consejo de Administración o Junta Directiva) el que tome la decisión correspondiente.

Ello tiene la ventaja de no obligar al socio a recurrir –en primera instancia- a los tribunales de justicia, permitiendo que en el seno de la sociedad se tome una decisión, sin perjuicio de que esa decisión sea, a su vez, revisable en vía judicial. Pero tiene la desventaja de que la facultad le fue otorgada al Presidente, sin requerirle participación a la Junta Directiva, en la cual podrían estar representadas las minorías, según lo ya dicho, las que podrían jugar un papel importante en la verificación de eventuales perjuicios a los “intereses sociales”, como fundamento de la negativa a dar información. Lo anterior hace que el Presidente funja entonces prácticamente como un órgano unipersonal de la sociedad.

En nuestro ordenamiento jurídico se plantea un problema adicional a los dichos: La discusión sobre la validez de los acuerdos tomados por una asamblea de accionistas o por una Junta Directiva o Consejo de Administración, se tramita en el proceso abreviado, según lo dispuesto en el inciso 11 del Art. 420 del Código Procesal Civil.

Como puede notarse, la disposición procesal no abarca las decisiones tomadas por el Presidente; obligando así al socio cuya petición fue denegada, a tener que recurrir, en principio, por la vía plenaria –más lenta- para tratar de tutelar su derecho.

Sin embargo, cabe señalar que el plazo para que prescriba el ejercicio de la acción de nulidad de

- 7 -

DERECHO SOCIETARIO
CLASE NO. 5: LA SOCIEDAD ANÓNIMA

ANEXO
EL SECRETO SOCIETARIO

los acuerdos tomados en las asambleas de socios o en los consejos de administración, es de un año, en tanto que en el caso de la decisión del Presidente, sería de cuatro (conforme lo dispuesto en el primer párrafo y en el inciso a) del Art. 984 del Código de Comercio).

Pero tal vez lo más importante en la disposición en estudio es la dificultad de definir qué son los “intereses sociales”, término que no debería ser equiparado ni a los “intereses” del grupo de administración, ni a los “intereses” del socio minoritario.

Desde luego es muy difícil definir qué son los “intereses sociales” e igualmente difícil es determinar qué los puede perjudicar, pero lo cierto es que, dado que es al Presidente al que toca juzgar si en un determinado caso están de por medio los “intereses sociales” y su eventual perjuicio, lo lógico y conveniente es requerir que, al denegar la información solicitada por un socio, tal denegatoria sea hecha de buena fe y en consecuencia, en forma fundamentada. Puede basarse, por ejemplo, en la posibilidad de que la información sea utilizada para ejercer competencia desleal.

En ese sentido, la falta de fundamentación podría considerarse, en sí misma, una forma abusiva del ejercicio de esta facultad y generar responsabilidad social para el Presidente (Art. 189 del Código de Comercio). De allí la exigencia contenida en el párrafo 2 del Art. 173 del Código de Comercio, en el sentido de que el socio puede solicitar que su petición y los motivos para denegarla figuren en el acta correspondiente a la asamblea.

Sin embargo, la disposición del Art. 173 del Código de Comercio, hace una ponderación de intereses, y establece que la excepción antedicha (o sea, la de denegar información atendiendo al posible perjuicio de los “intereses sociales”) no procederá cuando la solicitud provenga de accionistas que representen, por lo menos, el 20% (veinte por ciento) del capital social o del porcentaje menor fijado en el pacto social.

Estamos en presencia de la excepción de la excepción, según la cual, ante una solicitud hecha por socios que representen el 20% del capital social, los “intereses sociales” y su eventual perjuicio, ya no habrán de ser tenidos en cuenta y, al menos en principio, habría que acceder a toda petición de datos realizada por los accionistas.

La disposición, de origen español, como se dijo, ha suscitado gran controversia en España (Romero Fernández, obra citada), país en el que, incluso se cuestiona si el porcentaje –que en su caso es del 25%- no debería ser aumentado.

Lo interesante en este caso es que, eventualmente, la minoría de socios que representan el 20% del capital social (incluso menos, si así se dispuso en el pacto social) pueda prevalecer, no ya sobre el Presidente, sino incluso sobre el restante porcentaje de los socios, y podría afirmarse que en ese sentido se convierten en los intérpretes de los intereses sociales o, si se quiere, desde

DERECHO SOCIETARIO
CLASE NO. 5: LA SOCIEDAD ANÓNIMA

ANEXO
EL SECRETO SOCIETARIO

otro ángulo, se arrogan el derecho de identificar sus propios intereses con los sociales.

Desde luego, en sociedades con un elevado número de socios, será muy difícil alcanzar el favor de los que representen el 20% del capital social, en tanto que en sociedades más reducidas ese porcentaje podría ser considerado pequeño.

Ahora bien, se discute en España (Romero Fernández, obra citada) si toda solicitud de información hecha por los socios que representen el porcentaje legal debe ser satisfecha sin mayor consideración, o más claro, si debe ser satisfecha aún cuando exista en los administradores la seguridad de que será empleada en forma abusiva y de mala fe en contra de los “intereses sociales”.

Lo anterior es una cuestión difícil de solucionar, ya que si se plantea abiertamente la posibilidad de negar información, pese al cumplimiento del porcentaje igual o superior al requerido por ley, se estaría autorizando el incumplimiento de un precepto legal.

Pero, por otra parte, no puede aceptarse, sin más, que los administradores deban dar determinada información cuando tengan certeza de que será empleada contra los intereses sociales, o mejor dicho, cuando se tenga certeza de que se está abusando del derecho de información, ya que el ordenamiento jurídico no tutela el ejercicio antisocial ni abusivo de ningún derecho (Art. 22 del Código Civil).

En otras palabras, se plantea el dilema de no dar la información, exponiéndose a la eventual responsabilidad civil del Presidente (con las particularidades ya referidas en torno a la vía procesal utilizable) y aún de la propia sociedad que este representa; o bien, darla, y en caso de resultar perjuicio para la sociedad, que esta ejerza las acciones civiles contra el o los socios responsables.

En cualquiera de los casos existe la posibilidad de que los daños sean de difícil o imposible reparación. En ese sentido, ténganse presente, por demás, las posibilidades previstas en la Ley sobre información no divulgada, No. 7975 de 22 de diciembre de 1999, publicada en La Gaceta No. 12 de 18 de enero de 2000.

En Costa Rica se tiene noticia de un proceso abreviado, en el que se discute la nulidad de una asamblea de socios, entre otras razones, por haberse impedido injustificadamente el derecho de información de los socios, según lo indicado por el Art. 173 del Código de Comercio. Se trata de un proceso que se tramita en el Juzgado Tercero Civil de Mayor Cuantía de San José, el que se dictó la resolución número 99-092-SEG del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda.

Aparte del anterior, no tenemos noticia de que haya en nuestro país mayor desarrollo jurisprudencial ni doctrinal sobre el numeral estudiado (o sea, el artículo 173 del Código de Comercio).

- 9 -

DERECHO SOCIETARIO
CLASE NO. 5: LA SOCIEDAD ANÓNIMA

ANEXO
EL SECRETO SOCIETARIO

En todo caso, lo importante es tener presente la regla (derecho de información), la excepción (el secreto societario) y la excepción de la excepción (cuando los socios que representan al menos el 20% del capital social, o el porcentaje menor fijado en el pacto social, requieran información), en una dinámica en las que los intereses en juego y las posibilidades de perjuicio a la sociedad y a los socios, son importantes elementos por tener en cuenta para resolver en uno o en otro sentido.

Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco
www.derechocomercial-cr.com

Este documento solo puede ser utilizado para fines académicos y de investigación, y citando a la autora y a la página.