

Análisis de los abusos cometidos por los socios mayoritarios contra las minorías societarias en la sociedad anónima; algunas alternativas de solución

*Félix José Palacios Bragg*⁵³

Doctorando en Derecho por la Universidad Centroamericana UCA

jfjpbagg@yahoo.com

Fecha de recibido: 22 de enero 2013 / Fecha de aprobación: 10 de agosto 2013

Resumen

En el presente trabajo de investigación se realiza un análisis de los principales abusos que cometen los socios que ostentan la mayoría de capital en perjuicio de las minorías accionarias en la sociedad anónima nicaragüense. En tal sentido, se plantea como principal objetivo el formular algunas vías de soluciones al conflicto, tomando en cuenta las alternativas que existen en la legislación nacional, el derecho comparado y la jurisprudencia, en el interés de proponer algunos mecanismos de protección a las minorías en la práctica societaria mercantil nicaragüense, profundizando sobre los derechos de los accionistas minoritarios que actualmente tienen una mayor relevancia en el marco de la inversión extranjera y de la globalización.

Palabras clave

Sociedad anónima / accionistas mayoritarios / accionistas minoritarios / derechos de accionistas / mecanismos de protección de minorías

⁵³ El presente trabajo es producto de la labor investigadora realizada durante el Período de investigación del Programa de Doctorado "Cuestiones actuales del Derecho", bajo la tutoría académica del Prof. Dr. Jesús Herrera Espinoza, docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana, Nicaragua 2012.

Abstract

In the present research is made an analysis of the major abuses done by members who holds most of corporate capital in detriment of minority stakes in the Nicaraguan corporation. In this sense is proposed as main objective to formulate some paths of conflict solutions, taking into account the alternatives that exist in national law, comparative law and jurisprudence, in the interest of proposing some mechanisms of protection of the minorities in corporate commercial practice Nicaraguan, going deep on the rights of minority shareholders, currently has a most relevant in the context of foreign investment and globalization.

Key words

Corporation / shareholders / minority shareholders / shareholder rights / minority protection mechanisms.

Tabla de contenido

Introducción 1. Derechos de los socios accionistas 1.1. *Sociedades Mercantiles*. 1.2. *Sociedad Anónima* 1.3. *Principios de las sociedades anónimas* 1.3.1 Principio de buena fe 1.3.2. Principio de interés social. 1.4. *Clasificación de los derechos de los accionistas* 1.5. *Derechos de los accionistas mayoritarios* 1.6. *Derechos de los accionistas minoritarios (protección)* 1.7. *Algunos enfoques del derecho comparado en relación a los derechos de minorías (Costa Rica)* 2. Principales abusos de los accionistas que ostentan la mayoría de capital accionario en perjuicios de las minorías accionarias 2.1. *Abusos de las mayorías en decisiones de las asambleas generales de socios*. 2.2. *Violaciones en el derecho de información de las minorías*. 2.3. *Violaciones al derecho de minorías en principales reformas al pacto social*. 2.4. *Abusos en los procesos de fusión societaria y aumentos de capital*. 2.5. *Abusos contra las minorías en la disolución y liquidación de la sociedad*. 3. Algunas alternativas de solución al conflicto 3.1. *La vía estatutaria*. 3.2. *Los acuerdos privados de accionistas*. 3.3. *Los sindicatos de minoristas en sociedades que cotizan en Bolsa*. 3.4. *Los recursos de impugnación*. 3.5. *La rendición de cuentas*. 3.6. *Tratamiento penal, algunos delitos societarios relacionados en el sistema normativo de Nicaragua*. 3.7. *Algunos enfoques del derecho comparado, el caso de Guatemala y el caso de España* 3.8. *Derechos de accionistas minoritarios en sociedad europea*. 3.9. *Algunas consideraciones jurisprudenciales al tratamiento del conflicto por los tribunales*. 3.10. *La reforma legislativa como necesidad imperante de la modernización del derecho societario*. 4. Conclusiones 5. Recomendaciones 6. Lista de Referencias

Introducción

El presente trabajo de investigación se desarrolla en el marco de la necesidad de formular alternativas de solución al conflicto existente entre mayorías y minorías en la sociedad anónima, tomando en cuenta los graves vacíos sobre este tema en el Código de Comercio de la República de Nicaragua en general; y en el régimen de las sociedades mercantiles reguladas por otras leyes.

Punto vital y de enorme trascendencia en la vida y desarrollo de las sociedades anónimas, lo constituyen los derechos de los socios accionistas y especialmente el de los accionistas minoritarios que constantemente ven violados sus derechos en las decisiones de junta general de accionistas bajo el principio de sujeción a la mayoría para las decisiones que tienen que ver con las reformas al pacto social, aumento, disminución de capitales, liquidación y modificaciones societarias.

En tal sentido, las legislaciones modernas han desarrollado los derechos de las minorías accionarias como un contrapeso al abuso de las mayorías, en la búsqueda de una armonía que permita el ejercicio de estos derechos en las decisiones de asambleas de accionistas, el derecho de impugnar y oponerse a tales acuerdos; así como, la implementación de acuerdos estatutarios y acuerdos de socios que permitan a las minorías encontrarse en una situación más favorable frente al abuso del principio del derecho de mayorías.

Es en el marco general de la sociedad anónima que desarrollamos el presente trabajo de investigación, tomando en cuenta los diversos derechos de accionistas, hasta ir acotando al derecho de minorías núcleo principal de la investigación, y teniendo como eje especial el demostrar la necesidad de modernizar y reformar el régimen jurídico societario nicaragüense, y la búsqueda de mecanismos y alternativas de solución al conflicto que faciliten la protección de los derechos de los socios minoritarios.

Abordamos en sí los derechos de los socios accionistas, y en particular nos ocupamos de enfocar el presente trabajo en los abusos de las mayorías en perjuicio de las minorías accionarias partiendo de lo que son las sociedades mercantiles en general, las sociedades anónimas en especial, hasta llegar a la definición de lo que es el socio accionista minoritario como tal y sus derechos. Así mismo se sugieren las diferentes alternativas de solución que nos ofrecen distintas legislaciones, y en particular la legislación nicaragüense para proteger a los accionistas minoritarios de los abusos de mayorías.

1. Derechos de los socios accionistas

Antes de entrar a realizar el análisis de los principales abusos de las mayorías sobre las minorías, y algunas alternativas de solución, definiremos algunos conceptos generales del derecho societario, a fin de describir y comentar la problemática señalada.

1.1. Sociedades mercantiles

Las sociedades mercantiles y en particular la sociedad anónima tienen su origen en la “Compañía Holandesa de Indias Orientales” fundada en 1602, que surgen en el Siglo XVII al servicio del expansionismo ligado a la actividad y comercios coloniales.

Broseta & Martínez (2011) al respecto nos refiere:

En las Compañías de Indias aparecen ya algunos rasgos característicos de las sociedades anónimas: 1) la responsabilidad limitada de sus miembros a la cifra de su aportación,.... 2) La división del capital en títulos que incorpora la condición de socios. (Pág. 326)

Nuestro Código de Comercio (1914) define en su artículo 118 que son mercantiles aquellas sociedades que adopten una de las formas previstas por el Código de Comercio (sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad anónima y sociedad en comandita por acciones).

Cabe hacer mención que las sociedades mercantiles pueden clasificarse de diferentes formas, en el caso de nuestro Código de Comercio se establecen como ya señalábamos, cuatro tipos de sociedades mercantiles. De ellas, la que más ha proliferado en el ámbito mercantil es la sociedad anónima.

1.2. Sociedad anónima

Es importante definir los rasgos relevantes de la sociedad anónima, dado que en esta entidad se desenvuelve el socio accionista minoritario, que es el centro de nuestra investigación.

Broseta & Martínez (2011) precisa la sociedad anónima como:

La sociedad de naturaleza mercantil, cualquiera que sea su objeto, cuyo capital (integrado por las aportaciones de los socios) está dividido en acciones transmisibles que atribuyen a su titular la condición de socio, el cual disfruta del beneficio de la responsabilidad limitada frente a la sociedad y no responde personalmente de las deudas sociales. (pág. 332)

Por su parte, Garrigues (1979 p. 416) define a la sociedad anónima como:

Aquella sociedad capitalista que teniendo un capital propio dividido en acciones, funciona bajo el principio de la falta de responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

Tomando como referencia lo establecido por nuestro Código de Comercio en su artículo 221:

La Sociedad Anónima es una persona jurídica, formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables solo hasta el monto de sus respectivas acciones, administradas por mandatarios revocables y conocida por la designación del objeto de la empresa.

1.3. Principios de las sociedades anónimas

Existen diferentes principios que permiten constituir un régimen jurídico para las sociedades anónimas. En tal sentido, Chuliá V. (2004), destaca la importancia de que al no señalarlos se corre el riesgo de no saber en qué consisten, y con tal idea enumera como principios:

a) finalidad lucrativa ... b) Deber de capitalización adecuada ... c) Determinación estatutaria mínima ... d) Órgano necesario básico en la organización corporativa ... e) Separación de funciones y competencias en los órganos sociales ... f) Principio Democrático o de mayoría en los órganos sociales colectivos y de adopción de acuerdos por los socios que impiden pactar el régimen por unanimidad ... g) Principio de responsabilidad para quien detenta el poder de decisión ... h) Principio de fidelidad y lealtad entre los socios ... i) Principio de igualdad de trato para todos los socios, en el sentido de trato igual para los socios que están en igualdad de circunstancias ... j) Conservación de la empresa ... k) Organización Financiera ... l) Libertad de transmisión de acciones salvo limitaciones en estatutos. (Pág.292).

Señalamos estos principios teniendo como referencia que los principios f) e i) están referidos a la problemática de las mayorías y minorías en la sociedad anónima.

1.3.1. Principio de la buena fe

Chuliá (2004) nos señala entre los principios de las sociedades anónimas el principio de “fidelidad y lealtad entre los socios”, también mencionado por otros como el principio de la buena fe en los negocios.

Aristizabal D (2012) al comentar el principio de la buena fe en el Código de Comercio de Colombia nos refiere:

Así mismo, la celebración y ejecución del de los contratos comerciales conforme a la buena fe, total, artículo 863 del código de comercio “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen. “Esto circunscribe una notable connotación precontractual, la cual se encuentra cobijado por el derecho comercial, y por otra parte, se encuentra el artículo 871 del mismo código, en el cual se dice lo siguiente “los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligaran no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural. “con lo que se permite la aplicación directa y no por vía subsidiaria de la buena fe contractual, que constituye la más importante manifestación del principio general de la mutua confianza en la vida jurídica. (pag.2)

La buena fe es indispensable en las sociedades mercantiles, cuando este principio se ve lesionado por uno de los socios, se erosiona la confianza y sin ella los negocios en sociedad no logran su cometido; por ello este principio es de relevancia en todo negocio societario y especialmente en la sociedad anónima.

1.3.2. Principio de interés social

Es de relevancia el principio del interés social en la sociedad anónima, bajo el cual se encuentran sujetos los derechos de minorías accionarias, al que también se relacionan los derechos de mayorías.

Sánchez & Calero (2006) destacan además el principio del interés social y al respecto señalan que:

En la legislación de sociedades anónimas, la referencia al interés social es múltiple. Se trata en ocasiones de determinar la corrección de acuerdos sociales, precisamente porque puedan resultar lesivos para con ese interés ... o por considerarlos incompatibles precisamente con el mismo... Pero esas expresiones normativas apuntan a una vigencia esporádica o excepcional del interés social (Pág.3)

El interés social aparece como un elemento de constante influencia sobre la vida de la sociedad cuando se le vincula con la correcta gestión de la sociedad por parte de los administradores, sirve de fundamento para el trato y principio de igualdad para los socios.

En este sentido sobre el interés social Polo (1996) nos expresa:

La concepción de interés social como el interés común o el interés superior de los socios, como es normal afirmar en la doctrina mayoritaria, se acerca – aún sin pretenderlo – a aquella visión institucionalista, antropomórfica y muy probablemente arcaica de la sociedad anónima que lo identifica con un interés propio de la persona jurídica (...), distinto de las personas físicas que lo integran (pág. 2)

Haciendo una clara distinción entre el interés de la sociedad y el accionista individual como persona física que la integra a fin de evitar confusión sobre la distinción de intereses. En el régimen jurídico moderno de sociedades mercantiles existen reglas precisas para los administradores de las sociedades del respeto al interés social de la sociedad como tal y de sus socios en particular.

Sánchez & Calero (2006) sobre el interés social y la importancia de este principio nos refieren:

..el interés social se configura no sólo como el baremo de la correcta administración –entendiendo ésta, cuando menos, como el cumplimiento de sus deberes legales por los administradores, pero también, y como presupuesto de ello, el criterio determinante del entendimiento de la función de las empresas

1.4. Clasificación de los derechos de los accionistas

También se les ha denominado derechos individuales, sus derechos conjuntamente con sus obligaciones en la sociedad anónima se derivan de la titularidad de las acciones que representan el capital social.

Es la titularidad sobre las acciones como expresión de la participación patrimonial del socio en la sociedad anónima, la que le confiere derechos que la doctrina y las legislaciones han clasificado a partir de diferentes criterios. Al respecto, Broseta & Martínez (2011) nos expresan que:

La incorporación de la condición de socio a la acción produce dos importantes efectos: 1) La titularidad de la acción le otorga o confiere la condición personal de accionista, 2) La fungibilidad de la condición de accionistas, lo cual significa que la condición de socio puede modificarse con la simple transmisión de las acciones... (pág. 371)

Es decir que los socios a partir de su titularidad tienen que ejercer derechos personales y económicos a través del tráfico que dependerán en gran medida si su participación es mayoritaria o minoritaria.

Recordemos que los derechos de los accionistas están dados a partir de sus aportes, expresados en acciones que representan un valor proporcional de su participación social en la sociedad, que se rige por principios del derecho inherente a la acción, su indivisibilidad, su proporcionalidad, que vienen a configurar un principio de igualdad de trato que rige las relaciones entre los accionistas.

Es importante definir los derechos de los accionistas, al respecto Chuliá (2004) nos plantea que los derechos de los socios accionistas se clasifican con arreglo a diversos criterios y menciona el criterio fundamental que distingue entre derechos:

- a) Derechos económicos, patrimoniales o sustantivos: (derechos a participación en beneficios y a la cuota de liquidación).
- b) Derechos políticos, administrativos o auxiliares: (de asistencia, voz y voto en las juntas generales, de información, de certificación, de impugnación de acuerdos).
- c) Derecho mixto: (que es el derecho de suscripción preferente de nuevas acciones o de obligaciones convertibles). (pág. 314)

También encontramos en el régimen de sociedades mercantiles otros derechos propios de los minoristas en la sociedad anónima los que abordamos más adelante en este trabajo.

1.5. Derechos de los accionistas mayoritarios

Al respecto, Morales (2003) dice:

En efecto, en las S.A. el elemento ‘aporte’ es el que rige la vida de esta sociedad y por lo tanto las relaciones de los socios entre sí y ante ella, se miden en función de la mayor o menor contribución a la formación del capital social. Todo lo cual se traduce en la forma en que se adoptan las decisiones en la S.A., vale decir, en función del aporte (efectuado o prometido) y no en función de las personas que la integran.

Esta participación mayoritaria es la que rige el conocido principio de sujeción a la mayoría a través del voto de los socios. Es a partir del uso indebido de este principio democrático que en la sociedad anónima se cometen abusos en perjuicios de los accionistas minoritarios, por lo que el principio de mayoría si bien es democrático el mismo no es absoluto.

Es a través de este principio que se impone la voluntad en la toma de decisiones, así Montoya (2012), al realizar un análisis del principio de mayoría nos refiere:

La proliferación de los derechos individuales llevó a la doctrina moderna a tratar de precisarlos, a buscar un límite mayoritario, concebido propiamente sobre la base de aquellos derechos propios del individuo, frente a los cuales no puede prevalecer la voluntad de la mayoría, sea o no considerada ésta como exponente de un interés social autónomo. (p. 2).

Esta afirmación nos lleva a determinar el carácter de relatividad del principio de mayoría, cuando en el derecho societario moderno y específicamente en las sociedades anónimas los autores y las legislaciones apuntan a la combinación de los principios de interés individual frente al principio de interés colectivo, o interés social.

Cabe recordar que el abuso de las mayorías se pone de manifiesto a través de la principal autoridad de la sociedad anónima, la asamblea general de accionistas, en donde se deciden las resoluciones principales.

En la legislación nicaragüense se requiere del voto de la mayoría para tomar decisiones en la asamblea general de accionistas. Al respecto, en nuestro Código de Comercio se establecen algunas disposiciones que contienen este principio de mayoría.

Se consagra en el artículo 253 del Código de Comercio lo siguiente: “La Junta no podrá constituirse si no estuvieren representadas más de la mitad de las acciones”. Esta regulación es válida para la primera convocatoria y no así en la segunda convocatoria”.

Así mismo, se señala en el artículo 254 del Código de Comercio:

La resolución de la Junta General se formará con más de la mitad de votos, entendiéndose que cada acción da derecho a un voto. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de los casos en que la ley, el contrato social o los estatutos exijan un número determinado de votos para los acuerdos de la junta.

Estas regulaciones indicadas anteriormente son las llamadas votación por mayoría simple, destinadas fundamentalmente para resoluciones propias de la vida de la sociedad anónima; no obstante, esta disposición se ve flexibilizada por el párrafo siguiente de la misma en donde menciona que se podrá modificar ese requerimiento según lo dispuesto por la ley, el contrato social o los estatutos, dejando aquí abierta la posibilidad que el ejercicio del voto y el principio de mayoría pueda eludirse por vía del contrato social o los estatutos, a como suele suceder en algunos casos y que expondremos en lo sucesivo de este trabajo.

También nuestro Código de Comercio regula las votaciones de una mayoría calificada para decisiones más relevantes en la vida de la sociedad a tomarse por la Asamblea General de Accionistas, tal como lo prescribe el artículo 262:

Salvo disposición contraria de los estatutos se requiere siempre la presencia de socios que representen las tres cuartas partes del capital, y el voto favorable de socios presentes que representen la mitad del capital, por lo menos para resolver sobre lo siguiente: 1. Disolución anticipada de la sociedad; 2. Prórroga de su duración; 3. Fusión con otra sociedad; 4. Reducción del capital social; 5. Reintegración o aumento del capital; 6. Cambio de objeto de la sociedad; 7. Toda otra modificación del acto constitutivo.

Como podemos observar el principio de mayoría calificada en este artículo puede flexibilizarse en beneficio de las minorías si dichos requisitos se cambian en los

estatutos; es decir, que el pacto social y los estatutos serán una probable ruta para poder buscar una salida a la participación de los minoristas en las decisiones principales.

Estos requisitos y porcentajes pueden disminuirse en Asamblea General en cuanto a la representación del capital social y en cuanto al porcentaje de los votos presentes, requisitos que hoy en día se establecen en las leyes mercantiles modernas.

1.6. Derechos de los accionistas minoritarios (protección)

Es importante señalar que algunos autores consideran que no sólo se debe hablar del accionista minoritario sino de los derechos individuales que posee como accionista, en tanto titular de las acciones. La idea no sólo es proteger al socio minoritario sino al socio por su condición de tal, ya que la misma es la que le da la facultad de ejercer sus derechos.

Al respecto, Montoya (2012 p. 2) nos refiere: “Más importante son los derechos individuales de los accionistas, a quienes la ley les otorga un margen de comportamiento y de derechos a título individual, antes que calificarlo como minoritario”.

Hay que destacar que según el criterio de este autor el accionista individual, sea mayoritario o minoritario, tiene los mismos derechos individuales otorgados por la titularidad de la acción, independientemente de su participación social o su definición como mayoritario o minoritario.

Los derechos de minorías actualmente han tomado auge en el régimen de sociedades mercantiles, muchos países han incorporado en sus legislaciones estos derechos, otros todavía se han mantenido con regulaciones en donde predomina el principio de derecho de mayorías, cuyo uso abusivo ha sido utilizado en detrimento de los minoritarios sobre todo en los países cuyas legislaciones no se han modernizado.

Chuliá (2004), en referencia al socio minoritario y en un segundo criterio de clasificación de los derechos de los socios accionistas, distingue:

Entre derechos individuales (atribuidos a todo accionista, a toda acción, cualquiera que sea su valor nominal o participación en el capital social).

...y derechos de minorías o de cuota, que exigen poseer una determinada cuota del capital social para ejercitarlo (generalmente el 5% del capital social), bien sea por uno o varios accionistas agrupados..., solicitud de junta

general..., derecho de información..., acción social de responsabilidad contra los administradores..., representación proporcional en el consejo..., solicitud de auditoría..., solicitud de interventor judicial en la liquidación. (p. 314)

Sobre el derecho de información del accionista, en especial en las asambleas de accionista éstos tienen el derecho de conocer los balances financieros con anticipación y pedir certificación de las actas a través de un notario de los principales acuerdos, derecho que casi no se regula en las diferentes legislaciones a como lo señalan Candelario & Rodríguez (2011):

Otro tema vinculado a la legitimación de los socios minoritarios es el hecho de que nada se declara en torno al derecho de los socios a conseguir una certificación de las actas de los acuerdos del Consejo; tal extremo no es baladí, ni es de fácil solución, toda vez que se encuentran en conflicto de intereses dos bienes jurídicos societarios merecedores ambos de amparo y defensa; por un lado, no podemos dejar al margen que las reuniones del Consejo son de carácter confidencial o reservado, motivo por el cual se impone a los administradores, inclusive aunque hayan cesado en sus funciones, el deber de guardar secreto sobre las resoluciones e informaciones de corte confidencial”(pág. 2645)

Es de vital importancia la protección de este derecho de cara a la participación de inversionistas, al respecto Hundskopf (2004 P.3) nos plantea: “La protección de las minorías que otorga la legislación y los principios de buen gobierno corporativo de las sociedades, tienen como objetivo obtener mayor transparencia, credibilidad y valor ante posibles inversionistas”. Existen otros derechos de los accionistas minoritarios tales como: el que puedan pactar su compromiso, el de sumar sus acciones para efectos de ejercer estos derechos minoritarios; es decir, los llamados pactos entre socios o sindicatos de accionistas. De esta forma, accionistas que individualmente no llegarían a los mínimos requeridos por la ley para el ejercicio del derecho como minoría, podrían asegurarse el número de acciones necesarias para exigir sus derechos de minorías, inclusive pueden llegar a constituirse en una nueva mayoría.

Cabe destacar que en el contexto del Código de Comercio de Nicaragua (1914), encontramos algunas disposiciones mínimas de protección a las minorías, algunas ya derogadas por la ley vigente de capitales, como es el caso del artículo 260, (ya derogado) que prescribía: “Ningún accionista, cualquiera que sea el número de sus acciones, podrá representar más del décimo de los votos conferidos por todas las acciones emitidas, ni más de dos décimos de los votos presentes en la junta”.

La Ley de Mercado de Capitales de Nicaragua (2006) sobre la anterior derogación nos refiere: “Artículo 215.- Derogaciones. El efecto derogatorio establecido en las disposiciones transitorias de la presente ley se producirá desde la fecha en que efectivamente se promulguen las distintas normas generales. Se deroga el artículo 260 del Código de Comercio”.

Esta regulación favorecía a las minorías, no obstante dicha regulación se eludía por la designación de testaferros que representaban acciones de otro accionista dándose una mayoría oculta que suele presentarse comúnmente en la práctica nicaragüense.

Otro derecho que podríamos afirmar a favor de las minorías es el expresado en el artículo 262 del Código de Comercio de Nicaragua (1914), en el que al requerir el legislador de una mayoría calificada para resoluciones específicas de relevancia en la sociedad anónima abre una posibilidad de que el socio minoritario proteja sus intereses patrimoniales y demás derechos con el derecho de separación:

....Los socios disidentes en cuanto a las resoluciones de los numerales 3, 5, 6, y la del número 2, si la prórroga no está autorizada por los estatutos, tienen derecho de separación de la sociedad exigiendo el reembolso del valor de sus acciones en proporción al capital social, conforme el último balance aprobado.

Este derecho de separación evidentemente favorece al minoritario en los casos en que fuese afectado por (Fusión con otra sociedad; Reducción del capital social; Reintegración o aumento del capital; Cambio de objeto de la sociedad; y prórroga de la misma).

Este derecho se sustenta en la aplicación del derecho de impugnación que comentamos anteriormente en el artículo 261 de nuestro Código de Comercio.

Podríamos resumir que en el Código de Comercio se establecen como regulaciones de protección a favor del socio minorista las siguientes: el derecho de impugnación de un socio de cualquier resolución; el derecho de separación; y la posibilidad por vía estatutaria de disminuir los requisitos de representación para toma de resoluciones; es decir, de quórum para la realización de asamblea de accionistas. Nuestra legislación no contempla el concepto de socio minoritario, sus regulaciones son genéricas de tal suerte que se pueden aprovechar en beneficio de las minorías, por vía estatutaria y del contrato social.

Grispó (2005) comenta que hay que tener cuidado en que los derechos de minoría no se conviertan en un abuso de los mismos, ya que es común también que algunos accionistas minoritarios se aprovechen de esta posición. Al respecto nos señala:

...Es común que personas adquieran una pequeña porción del capital accionario de alguna sociedad anónima y, de esa manera, abusen de su posición y obstaculicen las decisiones de la mayoría. Así, generalmente, aquellos pequeños partícipes impugnan las asambleas en las que se aprueban los balances societarios, transformándose en una molestia para el resto, que se ven obligados a realizar una compra compulsiva de las acciones y por precios elevados. (p. 1)

1.7. Algunos enfoques del derecho comparado en relación a los derechos de minorías (Costa Rica)

En la legislación costarricense, todavía no se ha incorporado un concepto específico del derecho del socio minoritario, encontrándose su legislación un poco desfasada al respecto. No obstante contiene en su Código de Comercio algunas disposiciones que protegen los derechos de minorías sin reflejarlo expresamente.

Por lo que atañe al derecho de separación contemplado desde el momento de su constitución social, en caso de que se pretendan modificaciones contrarias al derecho de los socios nos refiere el artículo 116 del Código del Comercio: “La asamblea general constitutiva conocerá de los siguientes asuntos: a) Aprobación del proyecto de escritura constitutiva, de acuerdo con el programa. En caso de que sea modificado, los suscriptores disidentes podrán retirar sus aportes.”

También podemos afirmar que se puede pedir la nulidad de determinados acuerdos, así como ejercer el derecho a la información de las cuentas de la sociedad, para que los socios puedan conocer las mismas y tener mayor seguridad sobre el estado de su participación social, aunque las disposiciones del caso dejan abierta a una interpretación más amplia la interpretación de determinados derechos. El artículo 118 del Código del Comercio nos expresa: “Será nulo cualquier pacto en que los fundadores estipulen a su favor, en el acto de la constitución de la sociedad o posteriormente, beneficios que menoscaben el capital social”.

Por su parte el artículo 141 del Código del Comercio señala: “Todo socio tiene derecho a pedir que la asamblea general se reúna para la aprobación del balance anual y delibere sobre la distribución de las utilidades que resultaren del mismo”.

Este derecho de acción de nulidad también lo contempla el Código de Comercio de Costa Rica, en sus artículos 176, 177 y 178, que prescriben que podrán solicitarse la nulidad sobre los acuerdos de las asambleas cuando la sociedad no tuviere capacidad legal para adoptarlos cuando violaren disposiciones dictadas para la protección de los acreedores de la sociedad o en atención al interés público.

Esta acción de nulidad es más específica en su expresión en comparación con la legislación nicaragüense, ya que establece que la misma se regirá por las disposiciones del derecho común, y prescribirá en un año, contado desde la fecha en que se adoptó el acuerdo o de su inscripción en el Registro Mercantil. Asimismo, para resolverla es competente el juez del domicilio de la sociedad.

Con respecto a la exigencia de realización de convocatoria de Asamblea General, observamos que el porcentaje requerido en esta legislación para la convocatoria es menor ya que hasta el veinticinco por ciento (25%) de los accionistas como mínimo pueden solicitar dicha convocatoria. El artículo 159 del Código del Comercio nos expresa:

El accionista o accionistas que representen por lo menos el veinticinco por ciento del capital social podrán pedir por escrito a los administradores en cualquier tiempo, la convocatoria de una asamblea de accionistas, para tratar de los asuntos que indiquen en su petición.

Al igual que la legislación nicaragüense la costarricense se acoge al principio de mayoría simple más de la mitad de los accionistas con derecho a voto. Al efecto en su Código el artículo 169 prescribe:

Para que una asamblea ordinaria se considere legalmente reunida en primera convocatoria, deberá estar representada en ella, por lo menos la mitad de las acciones con derecho a voto, y las resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por más de la mitad de los votos presentes.

También se contempla que se requerirán las tres cuartas partes de las acciones con derecho a voto salvo que se refleje una mayoría más elevada en la escritura social al contrario de lo dispuesto en la legislación nicaragüense, que dispone que se podrá pactar en los estatutos una mayoría menos elevada para tomar resoluciones en asamblea general sobre determinados asuntos ya expresados en los acápites anteriores. El artículo 170 del Código del Comercio de Nicaragua establece:

Salvo que en la escritura social se fije una mayoría más elevada, en las asambleas extraordinarias deberán estar representadas, para que se consideren legalmente reunidas en primera convocatoria, por lo menos las tres cuartas partes de las acciones con derecho a voto; y las resoluciones se tomarán válidamente por el voto de las que representen más de la mitad de la totalidad de ellas.

Sobre el derecho de información de los socios, peticiones, solicitud de informes o demás aclaraciones sobre la asamblea extraordinaria la legislación costarricense establece una disposición que podríamos considerar abusiva del derecho de minorías, ya que exige para pedir este derecho a la información que sea mayor del veinte por ciento del capital social. Sin embargo, el mismo al final deja abierta que esta posibilidad sea menor siempre que sea pactada por vía de estatutos de la sociedad. El artículo 173 del Código de Comercio de Costa Rica cita:

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.

Concluyendo sobre el enfoque que brinda el Código de Comercio de Costa Rica (1964), podemos afirmar que al igual que la legislación nicaragüense contempla algunos derechos que protegen a los socios minoristas, frente a los abusos de las mayorías tales como: el derecho de separación; la acción de nulidad en contra de beneficios ilegales de la mayoría; el derecho a exigir información sobre el balance y distribución de utilidades.

Posee también algunas semejanzas con el Código de Comercio de Nicaragua, especialmente en cuanto al derecho de convocatoria y acción de nulidad sobre resoluciones abusivas. Otra semejanza es que es notorio el principio de mayoría sobre minoría, con la salvedad de flexibilizar el ejercicio de algunos derechos de minorías a través de los estatutos, teniendo como semejanza también el que ambos Códigos no contemplan el concepto de socio minoritario, requiriendo actualizar e incorporar bajo una visión moderna este concepto.

2. Principales abusos de los accionistas que ostentan la mayoría de capital accionario en perjuicios de las minorías accionarias

Al abordar esta temática se ha considerado un análisis de la práctica forense mercantil nicaragüense, la que es muy rica en experiencias abundantes sobre esta temática.

Hay que destacar que el concepto de accionista mayoritario es concebido fundamentalmente para aquellas sociedades grandes que cotizan en bolsa o sociedades financieras; no obstante, el nivel mayoritario se define normalmente en las sociedades cerradas, al socio o grupos de socios que conjuntamente representan en las decisiones más de la mitad del capital representado en las acciones, por lo general la mitad más uno con cuya medida se toman las decisiones.

Es el derecho inherente a la condición de socio que regula el ejercicio de derechos de los accionistas, ya que su posición varía en determinados momentos, por lo que conviene tomar como referencia el interés social y colectivo que llaman los autores modernos, en el derecho societario.

2.1. Abusos de las mayorías en decisiones de las asambleas generales de socios

- a) Abusos en el derecho de convocatoria a Asamblea General de Accionistas, éste se refleja en que constantemente se violan los procedimientos establecidos en el pacto social y los estatutos, consistentes en ciertas conductas abusivas en beneficio de determinados socios como:
 - No cumplir con el procedimiento de comunicación de la convocatoria.
 - No agotar las diferentes convocatorias estipuladas por la ley.
 - Convocatoria fuera de los plazos previstos por el pacto social y los estatutos.
 - No convocar a Asamblea cuando es solicitada por el mínimo de accionistas requeridos por la ley o pactados por los estatutos.
- b) Decisiones abusivas o violatorias del interés de los socios o las leyes y la sociedad en general, que inclusive pueden conllevar a una responsabilidad penal del directivo o socio participante de la decisión.

Rodríguez (2003) nos menciona algunos casos que son nulos en cuanto a las decisiones de la Asamblea de Accionistas, expresando por ejemplo:

- Son nulos los acuerdos que la sociedad no puede adoptar por falta de capacidad para ello, en función de la finalidad que persigue según su propia escritura.
- La falta de convocatoria o de reunión determina la nulidad de la asamblea y de los acuerdos que ella adopte.
- Los acuerdos con objeto imposible o ilícito son nulos.
- También lo son los acuerdos contrarios a normas imperativas establecidas a favor de terceros o que sean contrarios a normas básicas de la estructura de la sociedad anónima.
- También son nulos los acuerdos sobre derechos de terceros y sobre derechos especiales de los socios sino se toman con el consentimiento de estos últimos (pág. 140)

Así mismo, Rodríguez (2003) utiliza un criterio de nulidad y otro de impugnabilidad; el primero es de carácter absoluto y el segundo más relativo refiriéndose a estos últimos por defectos de forma, invasión de competencia de órganos, todo acuerdo que infrinja la ley los estatutos cuando no quepa respecto de ellos la acción de nulidad; es decir nos establece dos tipos de acciones, una acción de nulidad y una acción de impugnación que veremos más a profundidad cuando abordemos algunas soluciones al conflicto entre mayorías y minorías en la sociedad anónima.

- c) Violaciones en el derecho de voto en las Asambleas Generales de Accionistas. Por lo general cada acción da derecho a un voto por acción, requiriéndose al menos el cincuenta por ciento, presentándose ocasiones en que el principio de mayoría se violenta cuando se toman resoluciones con cantidades de votos menores a las requeridas.

La toma de acuerdos sin contar con el mínimo establecido por ley o estatutariamente, constituye una violación. Por lo general, recordemos que para tomar acuerdos en junta general se requerirá del voto de la mayoría simple la mitad más uno, salvo disposición contraria en la ley y estatutos, así como de mayoría calificada de tres cuartas partes del capital social en asuntos relevantes y exclusivos de la asamblea de accionistas.

2.2. Violaciones en el derecho de información de las minorías

Los socios tienen derecho a pedir información sobre los balances financieros antes de cada Asamblea General de Accionistas; así como, cualquier aclaración que requieran, normalmente este es un derecho que muy pocos accionistas minoritarios lo ejercen debido a la falta de motivación por sus reducidas participaciones.

En el Código de Comercio de Nicaragua vigente se establece que todo acuerdo para que sea válido deberá constar en acta firmada por presidente y secretario y todos los socios que lo deseen; esta es una posibilidad directa del socio de conocer directamente el contenido del acta en donde se encuentra la información principal de la sociedad. Este derecho es escasamente ejercido por el accionista, sobre todo en sociedades pequeñas no así en sociedades abiertas y bancarias en donde los capitales sociales son mayores.

Algunas legislaciones, como la ley española, pueden negar este derecho cuando la información solicitada sea utilizada en perjuicio del interés social y público, como única excepción al derecho de información de los socios, así lo prescribe el inciso cuarto del artículo 197 de la ley española de sociedades de capital vigente.

Cabe destacar que la negación de este derecho la legislación penal española lo sanciona con multa de seis a nueve meses a quien se negase a brindar la información solicitada por el socio, inclusive a negarle a participar en una gestión determinada de la sociedad. En el caso de la legislación penal nicaragüense este comportamiento no está tipificado como delito societario.

2.3. Violaciones al derecho de minorías en principales reformas al pacto social

En la mayoría de los casos los socios minoritarios por su poca capacidad económica quedan excluidos de los llamamientos a aumento de capital, consecuentemente se les diluye su porcentaje de participación social, convirtiéndolos cada vez más en socios minoritarios con menor capacidad.

Nuestra legislación mercantil nacional no contempla el derecho de suscripción preferente de los socios accionistas a como lo hacen la mayoría de legislaciones mercantiles, aunque al hacer un análisis de los estatutos de las sociedades se incorpora este derecho preferente cada vez con mayor fuerza. No obstante, podríamos afirmar que a veces despiadadamente se utiliza como arma de las mayorías para poner a las minorías en una situación menos ventajosa y obligarlas a apoyar acuerdos que beneficien a la mayoría.

Carrasco (2001) sobre este abuso nos señala: “Al respecto tenemos un escenario conocido y frecuente. La imposición de un acuerdo destinado a diluir la participación de la minoría es un prototipo de abuso de la mayoría”. El Código de Comercio de Nicaragua, al igual que la legislación española contempla el derecho de separación en aquellos casos de acuerdos que pudiesen perjudicar sus intereses patrimoniales.

2.4. Abusos en los procesos de fusión societaria y aumentos de capital

Suele suceder en la práctica societaria que al realizarse las transformaciones societarias como en el caso de las fusiones societarias, sobre todo en sociedades semejantes como las anónimas de capital cerrado o abierto, los socios minoritarios pueden ver perjudicados sus derechos.

Cuando se presentan fusiones societarias existen procedimientos de ley establecidos y al fusionarse la masa patrimonial y emitir nuevas acciones que también van asociadas a un aumento de capital es probable de igual forma la violación de derechos minoritarios que vean menguadas sus participaciones o violentados algunos derechos en la toma de acuerdos, que deben de ser transparentados a través de los respectivos acuerdos de fusión en asamblea general de socios.

Al respecto, el Código de Comercio de Nicaragua (1914) en el artículo 262 establece la fusión como acuerdo con el requisito de la presencia de las tres cuartas partes del capital y el voto favorable de los socios presentes que representen más de la mitad del capital. Así, el párrafo segundo establece: ...“Los socios disidentes en cuanto a las resoluciones de los numerales 3, 5, 6,...tienen derecho de separarse de la sociedad, exigiendo el reembolso de sus acciones en proporción al capital social, conforme el último balance aprobado”.

Es decir, que el socio que no esté de acuerdo con la fusión por considerar que sus intereses son afectados tendrá el derecho de separación a como lo señala el artículo anterior.

En España, la ley de Transformaciones de Sociedades Mercantiles (2009) prescribe en su artículo 15: “Derecho de separación de los socios. 1. Los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo podrán separarse de la sociedad que se transforma...”

En ambos casos se debe de poner de manifiesto el desacuerdo, caso contrario no procede el derecho de separación.

Hay que destacar también que en ocasiones intencionalmente los socios mayoritarios, acuerdan aumentos de capital, cuando los minoritarios no están en condiciones de realizar sus aportes, produciéndose el famoso caso de la dilución del capital social de los accionistas minoritarios, valga decir la devaluación de sus acciones y por ende su porcentaje de participación social en la sociedad, reduciéndolos a una posición más desventajosa.

Legislaciones como la argentina y la española plantean un mecanismo de protección llamado aporte con prima y aplazo a fin de proteger al socio minoritario en el aumento de capital y así evitar la dilución de su participación accionaria en porcentaje y valor de sus acciones.

2.5. Abusos contra las minorías en la disolución y liquidación de la sociedad

Es común que los accionistas minoritarios no estén muy de cerca del proceso de liquidación pudiendo presentarse abusos a su derecho de la cuota de liquidación, ya que en dicho proceso otros créditos gozan de prelación y el remanente no ajusta, pero que debe prevalecer el principio de equidad porque todos los socios en tanto son titulares de acciones tienen los mismos derechos.

Tal decisión abusiva de la junta liquidadora podría dar pie a acciones penales cuando se llegase a comprobar el daño patrimonial del socio.

Sobre el derecho del accionista minoritario a su cuota de liquidación Montoya (2012) nos refiere:

Es pues esta una variedad de derechos que protegen al accionista de la sociedad, algunos son de índole individual, es decir se ejercen de inmediato, por el simple hecho de ser accionista, y en otros casos, el derecho no puede ser ejercido si no cuenta con un número representativo de acciones para exigir el derecho contemplado en la ley.

Algunas legislaciones como la peruana establecen un mínimo de socios que represente la décima parte del capital social de la sociedad para el ejercicio del derecho de información en el proceso de liquidación.

Fridman (2009) nos refiere sobre el abuso de mayorías lo siguiente:

El abuso de Poder parte, precisamente, de la identificación del interés del grupo mayoritario con el interés social. Todo intento de solución del Problema de apoyarse en la imperiosa necesidad de atenuar el principio mayoritario relativizándolo y aun suspendiéndolo en caso de ejercicio abusivo del poder societario.

Es por ello, que anteriormente hicimos énfasis en el principio de interés social como principio regulador del principio democrático de mayorías.

3. Algunas alternativas de solución al conflicto

Después de haber realizado un análisis de los principales abusos de las mayorías sobre las minorías societarias; así como, de los diferentes aportes que nos brindan las legislaciones de algunos países en materia de derechos de accionistas minoritarios y sus diferentes formas de protección conviene definir algunas alternativas de solución a la problemática, las que se esbozarán a continuación.

En la realidad nicaragüense podemos plantear dos grandes vías de solución al conflicto: a) La implementación de mecanismos de protección por la vía estatutaria y b) Utilización de diferentes acciones procesales y recursos en la vía jurisdiccional sin obviar las disposiciones de otras legislaciones que habría que tener en cuenta para una futura reforma legislativa.

3.1. La vía estatutaria (implementación de mecanismos de protección por la vía del pacto social y los estatutos)

El Código de Comercio de Nicaragua brinda la posibilidad de pactar algunos derechos de los accionistas minoritarios sin requerir de las exigencias de porcentajes planteadas para determinadas actividades de la sociedad, podríamos decir que son como puertas de salida, siempre que los socios lo pacten en los estatutos de la sociedad.

Así mismo, recordemos que el Código Civil de Nicaragua (1904) tiene un carácter de fuente supletoria en materia mercantil para todos aquellos casos que no están regidos por el mismo; al efecto el artículo 2 prescribe: “En los casos que no están especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil; y en defecto de estas, se aplicarán las costumbres mercantiles, prevaleciendo las locales o especiales sobre la general”.

En el mismo sentido, el Código de Comercio de Nicaragua nos lo reafirma de forma particular, al señalar en diferentes artículos la posibilidad de pactar acuerdos diferentes de los que expresa para determinadas actividades, de lo cual podríamos citar algunos ejemplos:

En los casos de convocatoria para junta general extraordinaria, inclusive se establece que ésta pueda solicitarse con la vigésima parte de los accionistas, pero lo prescrito en el código nos permite acordar en el pacto social una cantidad menor. El artículo 257 del Código de Comercio de Nicaragua nos señala:

...La Junta General extraordinaria se convocará siempre que lo crea conveniente la Junta Directiva, o cuando lo pidan por escrito y con expresión del objeto y motivos, los accionistas cuya participaciones reunidas represente, al menos, la vigésima parte del capital social. Si el contrato social concede ese derecho a los accionistas que representen menos, se observará lo pactado. De la misma manera tienen los accionistas el derecho de pedir que se anuncien determinados asuntos como objeto de la deliberación de la Junta General.

Podemos ver que esta disposición por lo general no se utiliza en beneficio de las minorías societarias, siendo ésta un mecanismo que puede eficazmente utilizarse por vía del pacto social y los estatutos.

En el caso contrario, en que una parte de los socios se negasen a llevar a cabo la junta general extraordinaria, los interesados pueden recurrir a la vía del Juez para que ésta se efectúe, mecanismo que también se puede utilizar con eficacia. Al respecto, de la llamada convocatoria judicial, el artículo 252 del Código de Comercio de Nicaragua nos prescribe: “Si la Junta Directiva se negare a convocar la Junta General solicitada por los Socios en el caso del artículo anterior, podrán los interesados ocurrir al Juez de Comercio, para que la convoque y presida hasta dejarla organizada”. Como vemos en dicho artículo, al señalar a “los interesados” se está refiriendo a las minorías societarias, disposición que puede aprovecharse con mayor eficacia en el ámbito societario por éstos, al tenerse en cuenta en el pacto social y los estatutos tal disposición.

Parrales (2012) considera que sería importante si se autorizara la intervención de un organismo oficial, teniendo que:

Parece incuestionable que la situación de los accionistas en minorías puede mejorarse considerablemente, si se autorizara en un organismo oficial, en caso de fundadas sospechas sobre una torcida administración, para practicar las indagaciones pertinentes y aplicar -o pedir que se apliquen- las sanciones establecidas por la ley. (pág.2)

Existen otras disposiciones en el Código de Comercio que por su importancia requieren al menos de una mayoría calificada de las tres cuartas partes de los votos de los accionistas en aspectos relevantes de modificaciones societarias tales como; reformas al pacto y estatutos, fusiones societarias, aumentos de capital, que nuestro Código de Comercio establece que podrán pactarse de forma diferente por vía estatutaria, en ese sentido el artículo 262 nos señala:

Salvo disposición contraria de los Estatutos, se requiere siempre la presenciade socios que representen las tres cuartas partes del capital, y el voto favorable de socios presentes que representen la mitad del capital, por lo menos, para resolver sobre losiguiente: 1º Disolución anticipada de la sociedad; 2º Prórroga de su duración; 3º Fusión con otra sociedad; 4º Reducción de capital social; 5º Reintegración o aumento del mismo capital; 6º Cambio de objeto de la sociedad; 7º Toda otra modificación del acto constitutivo...

La parte inicial del párrafo “Salvo disposición contraria de los Estatutos”es una disposición que en la práctica nicaragüense no se utiliza para las decisiones relevantes que se expresan en ellas y en donde se cometen mayormente los abusos por las mayorías. Esta regulación permite a los minoristas que puedan pactar en la vía estatutaria porcentajes menores con los que puedan proteger su condición de accionista y su participación social haciendo uso correcto de este mecanismo; vemos entonces una solución que permitiría darle una mayor relativización al principio de mayoría y un carácter de sociedad más abierta de cara a la participación de nuevos inversionistas.

3.2. Los acuerdos privados de accionistas

Recordemos que nuestro Código Civil plantea en materia contractual que son válidos los contratos, siempre que no sean contrarios a la ley, la moral y el orden público, en tal sentido el artículo 2437 nos señala: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”

De la misma manera, son válidos los acuerdos y pactos que los accionistas minoritarios establezcan para ejercer determinados derechos en función de la protección de sus derechos de minoría. En la práctica nicaragüense suelen presentarse acuerdos entre socios minoritarios para:

- Alcanzar una mejor posición, estos sólo surten efectos entre sí.
- Ejercicio del derecho al voto en aspectos relevantes en donde otros accionistas con mayor participación se comprometen a otorgar ciertas ventajas o beneficios a los accionistas minoritarios.
- Ocupar un cargo en junta directiva.
- Ejercer voto conjunto con otros accionistas en resoluciones de importancia.
- Inclusive mejorar su posición en un aumento de capital.

Estos pactos entre socios constituyen otra solución que puede aprovecharse mejor, en la que los asesores jurídicos deben jugar un papel relevante por el desconocimiento de las posibilidades de implementación y sus alcances en la vida societaria a favor de las minorías accionarias. Dichos pactos no podrán contravenir lo dispuesto en la ley, el pacto social y los estatutos.

3.3. Los sindicatos de minoristas en sociedades que cotizan en Bolsa (Pactos parasocietarios)

En países que poseen mayor desarrollo de la Bolsa de valores, en donde las sociedades cotizan sus acciones en el mercado como la experiencia española, que cuenta con la Asociación Española de Accionistas Minoritarios de Empresas Cotizadas (AEMEC) como una opción adecuada para defender intereses comunes.

Esta figura permite una forma colectiva de organización donde los accionistas minoritarios protegidos por un marco legal pueden participar en la toma de decisiones. A este respecto, Terrón (2010) nos plantea: “Entendemos que la figura del minoritario como la de un socio implicado en la vida de la sociedad, que debe de participar en la toma de decisiones y sentirse parte de la masa accionarial de la compañía”.

En relación con el Sindicato de voto siempre en el marco de las sociedades que cotizan como otra modalidad de protección a los accionistas minoritarios Faus (2012) nos señala que:

Tiene lugar cuando determinados accionistas se obligan a votar de una forma unitaria. A su vez puede tener por objeto el control de la sociedad (entonces se denomina sindicato de control o mando) o simplemente intenta la defensa de intereses de los socios minoritarios.

Es distinto de la llamada sindicación de acciones o restricciones a la libre transmisibilidad de las mismas que sean estipulaciones impuestas en los Estatutos.

Las asociaciones de accionistas minoritarios pudiesen ser una alternativa de solución a contemplarse en una reforma mercantil del Código de Comercio nicaragüense, a pesar del incipiente desarrollo de la Bolsa en nuestro país cada día crece más, teniendo en cuenta que la Ley de mercado de capitales vigente no contempla esta forma organizativa convendría considerarlo en una futura reforma legislativa. No obstante, en el contexto nicaragüense pudiésemos utilizar la vía de la libre contratación, mientras la ley no lo prohíba, es decir que tomando como fuentes de derecho los siguientes:

El precepto de libertad empresarial, lo trata la Constitución Política de Nicaragua (1987) en su artículo 99 parte infine:

“El Estado garantiza la libertad de empresa y el establecimiento de bancos y otras...”. Así mismo en el artículo 104 y siguientes: “Las empresas que se organicen bajo cualesquiera de las formas de propiedad establecidas en esta constitución, gozan de igualdad ante la ley”.

En ese sentido, también podemos recurrir a la disposición del Código Civil de Nicaragua, que en su artículo 2437 nos manifiesta: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

Como podemos observar son diferentes las alternativas de solución que podemos encontrar tanto por la vía del pacto social y estatutaria; de igual forma, con la correcta utilización de las disposiciones constitucionales y del Código Civil que nos abren una posibilidad de solución para implementar alternativas contractuales innominadas y que los accionistas minoritarios en las sociedades que cotizan en Bolsa pudiesen llevar a cabo en la realidad mercantil nicaragüense.

3.4. Los recursos de impugnación

También nuestro Código de comercio establece a favor de los socios minoritarios el derecho de impugnación de resoluciones de la asamblea general de accionistas y de otras acciones que pueden perjudicar sus intereses.

Candelario & Rodríguez (2011) sobre el derecho de impugnación nos señalan la importancia del mismo como derecho de minoría, al respecto cita:

Todo accionista tendrá como mínimo, entre otros derechos, el derecho a impugnar los acuerdos sociales, en los supuestos de impugnación del órgano colegiado de administración, tal derecho lo ostenta la minoría, convirtiéndose por ello en un derecho corporativo, y no un derecho individualizado-subjetivo de corte personal del que todo accionista en teoría es titular, como así acontece, en cambio, con el derecho de todos los accionistas a impugnar los acuerdos de la Junta General. (pág. 2645).

Al respecto, los socios minoristas pueden impugnar la negativa de convocatoria a Junta General cuando la Junta Directiva se negare, pudiendo en este caso recurrir a la vía judicial; en tal sentido, el artículo 252 establece: Si la Junta

Directiva se negare a convocar la Junta General solicitada por los Socios en el caso del artículo anterior, podrán los interesados ocurrir al Juez de Comercio, para que la convoque y presida hasta dejarla organizada.

La disposición señala al Juez de Comercio, cuya jurisdicción en nuestro sistema es asumida por los juzgados de lo civil, constituyéndose esta acción en otra alternativa de solución para la protección de las minorías accionarias.

De igual forma, los accionistas minoritarios cuentan con el derecho de acción cuando se distribuyesen beneficios económicos a otros socios en perjuicios de sus derechos económicos, pudiendo auxiliarse del artículo 241 del Código del Comercio de Nicaragua que prescribe:

Los accionistas que en contravención a lo dispuesto por la ley, pudieren recibir cantidades o valores, responderán de las obligaciones sociales hasta la concurrencia de dichos valores o cantidades. Lo que un accionista hubiere recibido de buena fe, a título de ganancias o intereses, no está obligado a devolverlo. Las acciones concedidas en el inciso anterior, prescriben a los cinco años contados desde la fecha de la percepción.

De la misma manera, observamos también que nuestro código patrio permite que los accionistas puedan protestar y oponerse a deliberaciones contrarias a la ley y los estatutos, entendiéndose que lo puede realizar cualquier accionista, disposición que favorece a las minorías accionarias, siendo una normativa de largo alcance y cobertura que confiere un derecho u acción de impugnación y nulidad, bastante amplio y por ende una alternativa más de solución al conflicto objeto de este estudio.

Al respecto en el artículo 261 del Código del Comercio de Nicaragua, prescribe:

Todo accionista tiene derecho de protestar contra las deliberaciones tomadas en oposición a las disposiciones de la ley de los estatutos, y podrá requerir del Juez competente la suspensión de su ejecución y la declaración de su nulidad...

Esta disposición no contempla ni porcentaje de accionistas, ni de capital representado para impugnar una resolución que sea contraria a la ley y los estatutos, por lo que la amplitud de la misma es de alcances considerables en favor de los accionistas minoritarios, aunque cabe destacar que muy pocos socios hacen uso de ellas a su favor en busca de protección de su derecho. Podríamos destacar que este derecho de impugnación casi no se ejercita por

los sociosminoritarios, al respecto Sánchez (2009) manifiesta: "...a pesar de esa falta de interés de los accionistas, la vigencia del derecho de impugnación de los acuerdos de la junta no sólo debe preservarse, sino adaptarse para hacerlo más eficiente y descartar un uso desviado del mismo".

Podríamos afirmar que este derecho de impugnación está basado en el principio de legalidad mercantil y también se suma a los mecanismos de protección de los socios minoritarios, aspectos que profundizaremos en lo sucesivo.

3.5. La rendición de cuentas

Cabe recalcar que nuestro Código de Comercio (1914) establece la posibilidad de recurrir a la vía judicial como un mecanismo de protección de los comerciantes. En este caso, los accionistas que no estando conforme con las cuentas de la sociedad pueden utilizar esta vía de protección de sus intereses al exigir la rendición de cuentas, sobre todo de la administración cuando consideren que sus derechos patrimoniales han sido vulnerados.

Al respecto, nuestro Código de Comercio en su artículo 109 nos señala:

El que deja transcurrir un mes contado desde la recepción de una cuenta, sin hacer observaciones, se presume que reconoce implícitamente la exactitud de la cuenta, salvo la prueba contraria, y salvo igualmente la disposición especial a ciertos casos. Las reclamaciones pueden ser judiciales o extrajudiciales.

Así mismo, en ese sentido pueden recurrir al uso de la prueba mercantil, en los libros hacen prueba en juicio, al respecto el artículo 114 numeral 3 nos expresa:

Si uno de los comerciantes no presentare sus libros o manifestare no tenerlos, harán fe contra él los de su adversario, llevados con todas las formalidades legales, a no demostrarse que la carencia de dichos libros procede de fuerza mayor, y salvo siempre la prueba contra los asientos exhibidos, por otros medios "admitidos" en juicio.

Como podemos observar, son diferentes y abundantes las vías de solución a los conflictos que pueden presentarse cuando existen abusos de mayorías sobre minorías y a los cuales se puede acudir ante la ausencia de estipulaciones jurídicas más completas y actualizadas del derecho moderno mercantil.

3.6. Tratamiento penal, algunos delitos societarios relacionados en el sistema normativo de Nicaragua

Otras de las alternativas de solución que se pueden presentar para proteger los derechos de los accionistas minoritarios son las acciones penales que se pueden incoar tomando en cuenta que ciertas conductas abusivas de la administración de una sociedad o de las mayorías sobre las minorías accionarias se encuentran tipificadas en nuestro Código Penal.

Al respecto, los accionistas minoritarios también cuentan con disposiciones penales que los protegen al igual que a todos los accionistas.

El Código Penal de Nicaragua (2008) en su artículo 278 tipifica el delito de gestión abusiva, el que nos señala:

El directivo, gerente, vigilante, auditor, representante legal, administrador de hecho o de derecho o socio de una entidad mercantil o civil, con o sin fines de lucro, que adopte o contribuya a tomar alguna decisión o acuerdo abusivo en beneficio propio o de terceros, en grave perjuicio de la empresa o entidad, será penado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer profesión, oficio, industria o comercio. La misma pena se impondrá cuando las personas mencionadas en el artículo anterior alteren cuenta o información financiera con el objeto de presentar una situación distorsionada de forma idónea para causar perjuicio económico de la entidad, a alguno de los socios o terceros.

Así mismo, en lo referido a los derechos económicos de los socios y en particular las minorías accionarias, pueden hacer uso de otros tipos penales relacionados con la protección de su patrimonio y participación social. En ese sentido, el Código Penal nicaragüense en su artículo 265 se refiere al delito de publicación y autorización de balances falsos, el que prescribe:

El socio, directivo, gerente, vigilante, auditor, contador, o representante de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación o de un comerciante individual, que a sabiendas y en perjuicio de otro, autorice o publique un balance, un estado de pérdidas y ganancias, memorias o cualquier otro documento falso o incompleto relativo a la situación patrimonial de la sociedad o del comerciante individual, será penado con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer cargo, profesión, oficio, industria o comercio.

Por lo general, el pacto social y los estatutos de los socios son reformados en beneficio de los accionistas que poseen una mayor participación social, dándoles en cierto momento un carácter absoluto al principio de mayoría.

En Japón los accionistas individuales o minoritarios han comenzado a organizarse ante los abusos de los administradores, al respecto Hiroku (2012). nos informa que:

Un caso extremo es el de Olympus, fabricante de cámaras y endoscopios, que el año pasado admitió haber ocultado 1,700 millones de dólares en pérdidas, un escándalo que en cierto momento, hizo que perdiera el ochenta por ciento de su valor de mercado. Sus directivos enfrentaron procesos legales emprendidos por los accionistas.

Estos casos se presentan en sociedades fundamentalmente abiertas de grandes capitales a nivel internacional en donde existen gran cantidad de accionistas minoritarios que actualmente se ven obligados a asociarse para enfrentar los abusos de los directivos.

En el contexto nicaragüense los accionistas minoritarios podrán ejercer los derechos de impugnación que les confiere el Código de Comercio como parte de las diferentes alternativas de solución a los abusos que se cometen por las mayorías en la sociedad anónima.

Estas violaciones se presentan debido al incipiente desarrollo del derecho mercantil societario, en particular al ejercicio de derechos por parte de los socios minoritarios debido a falta de regulaciones y a una práctica exacerbada y abusiva del principio democrático de mayoría.

El Código Penal de España (2005) al efecto en su artículo 291 sanciona la negativa del derecho de participación de los socios independientemente de su participación social en la gestión de transformación y control de la sociedad:

Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

Se podría afirmar que en nuestra legislación nacional penal tal conducta cabría ubicarla bajo la cobertura del delito de gestión abusiva (artículo 278 CP) al referirse a la toma de acuerdos por parte de directores o socios de una entidad mercantil que perjudiquen a los socios.

3.7. Algunos enfoques del derecho comparado, el caso de Guatemala y el caso de España

3.7.1. Enfoque de la legislación guatemalteca

Hay que destacar que la legislación guatemalteca es más amplia que la legislación nicaragüense en cuanto a la regulación de los derechos de las minorías, siendo más específica en cuanto a los mínimos porcentuales de participación social requerida para la toma de las principales decisiones en la sociedad anónima.

El Código de Comercio de Guatemala (1970) tiene una esfera más amplia de aplicación, específicamente para el aspecto de las convocatorias y decisiones en la Asamblea General de Accionistas. Para convocar se requiere un mínimo del 25% de las acciones, y el 50% para constituir la Asamblea, de conformidad con los artículos 141 y 142.

Al igual que la legislación nicaragüense siempre se basa en el principio mayoritario democrático de más del 50% de las acciones para la toma de resoluciones, aunque en el caso de las Asambleas Extraordinarias se requiere hasta un 60%. Al respecto, el artículo 149 nos refiere:

Artículo 149. Quórum y Mayoría en asambleas extraordinarias. Salvo que en la escritura social se fije una mayoría más elevada, en las asambleas extraordinarias deberán estar representadas para que se consideren legalmente reunidas, un mínimo del sesenta por ciento (60%) de las acciones que tengan derecho a voto. Las resoluciones se tomarán con más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones con derecho a voto, emitidas por la sociedad.

Hay que destacar que el Código de Comercio de Guatemala ya citado, como tal estipula una serie de recursos de protección al accionista en general, en los que implícitamente incluye a los minoristas, dejando establecida una serie de recursos para la protección de los derechos por la vía judicial, siendo éstos los siguientes casos:

- Derecho de impugnación en juicio ordinario cuando las resoluciones fueren contrarias a la ley o al pacto social.
- Acción de responsabilidad contra los administradores por parte de cualquier accionista, debido a actuaciones abusivas de los mismos.
- Acción de indemnización por parte de cualquier accionista que considere lesionado sus derechos directamente por parte de los administradores.
- Denuncia de irregularidades por parte de cualquier accionista ante los auditores o comisarios contra la administración por actos irregulares.

El derecho de impugnación es abordado por el artículo 157 del mencionado Código y al efecto establece: “Derecho de Impugnación. Los acuerdos de las asambleas podrán impugnarse o anularse cuando se hayan tomado con infracción de las disposiciones de la ley o de la escritura social. Estas acciones, salvo pacto en contrario se ventilarán en juicio ordinario”.

Asimismo, el artículo 174 del mismo cuerpo de ley nos señala la acción de responsabilidad de la siguiente forma:

Acción de Responsabilidad. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará previo acuerdo de la asamblea general, que puede ser adoptado aunque no conste en la agenda de la sesión ... El acuerdo de promover acción de responsabilidad contra uno o varios de los administradores, causa de pleno derecho la remoción de los mismos, aunque posteriormente se disponga celebrar transacción con ellos.

Hay que señalar que para el ejercicio de esta acción, conforme el artículo 175 se requiere un mínimo de accionistas que representen al menos el 10% del capital, derecho que se considera de minoría, independiente de las otras acciones en contra de los administradores como el derecho de impugnación que puede ser ejercido por cualquier accionista, que se vea afectado por resoluciones abusivas de la Junta General de Accionistas.

Como podemos observar el Código de Comercio guatemalteco tiene un ámbito de aplicación mayor en la protección de los derechos de los accionistas en relación con el Código de Comercio nicaragüense, aunque hay que señalar que se asemejan en algunos artículos, particularmente el de la convocatoria judicial forzosa.

3.7.2. Enfoque de la legislación de España

En la legislación española encontramos disposiciones en interés de las minorías accionarias; en la Ley de sociedades de capital vigente también contempla disposiciones a favor de los accionistas minoritarios y en la llamada sociedad Europea bajo el marco del derecho comunitario.

En el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de España actualmente vigente, se establecen una serie de disposiciones relativas a la protección de los accionistas minoritarios, todavía dicha legislación no utiliza comúnmente el concepto de accionistas minoritarios, salvo raras excepciones que recurre al concepto de minorías, a pesar que el concepto de accionistas minoritarios se utiliza comúnmente por los tribunales de justicia y en la jurisprudencia mercantil.

Al respecto, el Real Decreto Legislativo 1/2010, del 2 de julio en su artículo 74 nos refiere:

Legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad. 2. La acción de responsabilidad podrá ser ejercitada, además, por cualquier socio que hubiera votado en contra del acuerdo siempre que represente, al menos, el cinco por ciento de la cifra del capital social y por cualquier acreedor en caso de insolvencia de la sociedad.

Esta disposición como observamos establece un mínimo del 5% del capital social, porcentaje que se considera aceptable para ejercer acciones contra la administración, ya que de lo contrario disminuirla al máximo podría conllevar un abuso de las minorías, que más bien entorpecería el funcionamiento de las sociedades anónimas.

En cuanto a la convocatoria a junta general también se confiere como derecho para las minorías que representen al menos el cinco por ciento del capital social, esta disposición solo abarca el derecho de solicitar la convocatoria, ya que para su constitución se requiere otro porcentaje. En ese sentido, la citada ley en su artículo 168 expresa: “Solicitud de convocatoria por la minoría. Los administradores deberán convocar la junta general cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar”. Así mismo, al igual que la legislación nicaragüense en caso de negativa de convocatoria, se podrá solicitar al juez por cualquier socio la convocatoria aunque con la excepción de previa audiencia de los administradores, aspecto que no contempla la disposición nicaragüense.

De igual forma, el artículo 169 del Real Decreto Legislativo 1/2010, del 2 de julio prescribe la: Convocatoria judicial.

1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, por el juez de lo mercantil del domicilio social, y previa audiencia de los administradores.
2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria por el juez de lo mercantil del domicilio social, previa audiencia de los administradores.

También, para el caso de muerte o de cese del administrador único, sin que existan suplentes, cualquier socio podrá solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general para el nombramiento de los administradores.

Hay que destacar otros derechos contemplados en la citada ley y que pueden ser tenidos en cuenta en una futura reforma legislativa como son los siguientes:

Artículo 179. Derecho de asistencia.

“...en ningún caso el número exigido pueda ser superior al uno por mil del capital social”

Artículo 193. Constitución de la junta de la sociedad anónima.

1... quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto. Los estatutos podrán fijar un quórum superior.

“2. En segunda convocatoria, será válida la constitución de la junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma, salvo que los estatutos fijen un quórum determinado...”

Artículo 197. Derecho de información en la sociedad anónima.

“... Lo puede solicitar cualquier accionista”

Artículo 203. Acta notarial.

“podrán requerir la presencia de notario para que levante acta de la junta general al menos el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima”

Debe prestarse especial atención a la acción de impugnación establecida en la ley española, derecho que pueden ejercer todos los socios legitimados para impugnar, conforme los artículos 204 y 206 del Real Decreto Legislativo 1/2010, del 2 de julio, que prescriben:

“Artículo 204. Acuerdos impugnables.

1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.
2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables.
3. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro”.

“Artículo 206. Legitimación para impugnar.

1. Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo”.

También el derecho moderno societario español, contempla la posibilidad de que el aumento de capital social sea con emisión de acciones con prima. La prima debe satisfacerse íntegramente en el momento de la asunción de las nuevas participaciones sociales o de la suscripción de las nuevas acciones. Ésta es una medida de protección de los minoristas que también lo tiene la legislación argentina.

Considero particularmente que en la legislación española existe un mínimo legal que protege a los accionistas minoritarios, aunque a mi criterio considero que todavía adolece de ser poco explícita en otros derechos de minorías de carácter económico y político señalados por otras legislaciones.

Aprecio que el legislador fue un tanto conservador y pudo ahondar más en otros derechos de accionistas minoritarios, aunque creo que puede ser un acto de prudencia a fin de evitar un fenómeno de abuso a la inversa y que sean las minorías las que hagan un uso inadecuado de tales derechos sujetando a la mayoría de forma caprichosa y en consecuencia entorpeciendo el funcionamiento dinámico de la sociedad anónima, tal como ha sucedido en España.

3.8. Derechos de accionistas minoritarios en la sociedad europea

Como un ejemplo de la importancia de estos derechos hay que destacar que en el marco del derecho comunitario la protección de socios minoritarios está

regulada en el Reglamento (CE) Número 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

En este reglamento se reflejan diversos artículos referidos a los derechos de los accionistas minoritarios en las fusiones societarias en el marco de las denominadas sociedades europeas; asimismo, se establece la creación de las sociedades europeas en forma de sociedades anónimas para los Estados partes de la Unión.

Por ejemplo, en el artículo 8 numeral 5 del Reglamento (CE) Número 2157/2001 refleja esta protección de los socios minoritarios: “Los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las SE que estén registradas en sus territorios respectivos, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra del traslado de domicilio”.

En el artículo 24 numeral 2 del Reglamento (CE) Número 2157/2001 contempla la protección a los minoritarios en las fusiones societarias: “Los Estados miembros podrán respecto de las sociedades participantes en una fusión constituida con arreglo a su ordenamiento jurídico, establecer disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión”.

La legislación de la sociedad Europea viene a sintetizar disposiciones en función de proteger a las minorías accionarias, con preceptos claros y concretos sobre estos derechos que actualmente se encuentran en boga en el derecho societario.

3.9. Algunas consideraciones jurisprudenciales al tratamiento del conflicto por los tribunales

Hemos asumido como referencias algunas sentencias emitidas por el tribunal superior español para reflejar el enfoque que presentan sobre el concepto de accionistas minoritarios, cuyos tribunales muestran abundantemente casos de derecho mercantil; ello debido a que, prácticamente no existe jurisprudencia mercantil en la realidad nicaragüense y las pocas sentencias que existen están referidas a otros conflictos societarios.

Al respecto, sobre el derecho del accionista minoritario a la información contable Pecharroman (2010) expresa:

Que la sentencia del tribunal supremo de 23 de Junio de 1995 amplía el concepto al determinar que la petición de información por el accionista

obliga a dar las aclaraciones solicitadas para la aprobación del orden del día con el adecuado conocimiento del tema.

Sobre el derecho de exigir el informe del auditor de cuentas la Sentencia del Tribunal Supremo del 21 de Julio del 2010 confirma: “sin que tenga trascendencia el que uno de los socios minoritarios haya ejercido la facultad de solicitar la designación por el registrador Mercantil de un auditor que efectúe la revisión y verificación de las cuentas anuales del ejercicio social”.

Siempre sobre el derecho de información de los socios minoritarios al respecto el Tribunal Supremo Español en sentencia del 26-9-2001 nos refiere:

..reitera la doctrina que afirma como causa de nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas la denegación de entrega del informe de auditores, considerando que “es un derecho de información concreto, siendo este un derecho consustancial e irrevocable del accionista, que se traduce en la obligación inexcusable de los administradores de informar y rendir cuentas, ...”.

En referencia a las sentencias del tribunal de justicia Europeo se tiene como ejemplo la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 4ª) de 15 de octubre de 2009 en el asunto Audiolux, S.A. contra Groupe Bruxelles Lambert, S.A. (GBL) y otros, de 15 de octubre de 2009 sobre la paridad de trato de los accionistas, la cual señala en su parte conducente:

Teniendo en cuenta lo que precede, debe responderse a las cuestiones primera y segunda que el Derecho comunitario no contiene ningún principio general de Derecho según el cual los accionistas minoritarios estén protegidos por la obligación del accionista dominante que toma el control de una sociedad o que lo ejerce de ofrecer a aquéllos la posibilidad de comprar sus acciones en condiciones idénticas a las convenidas con ocasión de la toma de una participación que confiera el control del accionista dominante o que lo refuerce.

El razonamiento jurídico que conduce al Tribunal de Justicia a esa solución se basa en una revisión pormenorizada del teórico principio de igualdad de trato de los accionistas en las distintas disposiciones de Derecho europeo invocadas por el Tribunal luxemburgués y en la eventual admisión a partir de esas citas normativas de un genuino principio europeo a favor de un trato paritario de los accionistas.

Aspecto que desde el punto de vista del derecho comunitario permite una cobertura en favor de los accionistas minoritarios planteado un conflicto determinado, tema sobre el cual hemos ahondado especialmente tomando en cuenta las legislaciones comparadas y lo planteado por la jurisprudencia.

3.10. La reforma legislativa como necesidad imperante de la modernización del derecho societario

Después de haber analizado las diferentes alternativas de solución que nos ofrece la vía estatutaria considerando como fuente la Constitución Política, el Código Civil, el Código de Comercio, incluyendo la acción penal, cabe hacer mención que es de relevancia la reforma legislativa de nuestra legislación mercantil, a fin de contar con disposiciones expresas a favor de los accionistas minoritarios.

Tomando como fuente la legislación española y lo planteado por algunos doctrinarios del derecho mercantil, convendría que la dirección de una reforma legislativa a grandes rasgos se encamine hacia dos grandes direcciones en lo que respecta a los derechos de accionistas minoritarios en la sociedad anónima, pudiendo ser estos: a) Derechos de los accionistas minoritarios y b) Acciones de protección de los accionistas minoritarios.

a) Derechos de los accionistas minoritarios

Por lo que hace a los derechos de los accionistas minoritarios convendría al mínimo contemplar:

- Al menos, el 1% del capital social para solicitar a los administradores la designación de un notario que asista a Junta General para levantar el acta.
- Todo accionista con derecho de información y acceso a conocer de los balances y estados de resultados financieros de la sociedad.
- Un 5% del capital social para requerir convocatoria de junta General y solicitar auditoría de las cuentas de la sociedad.
- Todo accionista con hasta un 5% del capital social para impugnar acuerdos de junta directiva con hasta un año de prescripción.
- Al menos hasta un 20% del capital social para solicitar la intervención del Gobierno para asegurar la continuidad de la sociedad, cuando esté amenazada de disolución.
- Para todo accionista derecho de información a libros, balance, proceso de liquidación y toma de decisiones.

- Para todo accionista derecho de separación cuando las modificaciones societarias, reformas al pacto social, aumentos o disminuciones de capital le afectasen.

b) Acciones de protección de los accionistas minoritarios

En cuanto a los mecanismos de protección a considerar para una reforma como mínimo los siguientes:

- Derecho de impugnación en juicio ordinario cuando las resoluciones fueren contrarias a la ley o al pacto social.
- Acción de responsabilidad contra los administradores por parte de cualquier accionista, debido a actuaciones abusivas de los mismos.
- Acción de indemnización por parte de cualquier accionista que considere lesionado sus derechos directamente por parte de los administradores.
- Denuncia de irregularidades por parte de cualquier accionista ante los auditores o comisarios contra la administración por actos irregulares.
- Para todo accionista derecho de impugnación contra toda resolución de junta general en los actos de socios, gerentes o administradores que perjudiquen su interés, debidamente fundamentados so pena de ser demandado por daños y perjuicios en caso de no probar su demanda.

Hay que destacar que una reforma legislativa en lo relativo a los derechos de las minorías accionarias no debe ser absoluta, lo que se pretende es frenar el uso absoluto del principio de mayoría, tampoco permitir que los derechos de los accionistas minoritarios se conviertan en un arma que estanque o perjudique el desarrollo del objeto de la sociedad y el fin de lograr beneficios para todos los accionistas.

4. Conclusiones

Después de haber realizado un análisis exhaustivo de la doctrina y diferentes legislaciones sobre la problemática planteada alrededor de los principales abusos que cometen las mayorías accionarias en contra de las minorías también planteamos desde un punto de vista crítico la necesidad de implementar diferentes alternativas de solución, las cuales hemos esbozado en este trabajo, lo que nos permite con seguridad llegar a las siguientes conclusiones:

- Los abusos de las mayorías accionarias sobre los accionistas minoritarios en la sociedad anónima en Nicaragua se deben fundamentalmente a la aplicación

absoluta del principio de mayoría y a la falta de una legislación actualizada que contemple de forma integral el concepto de socios minoritarios.

- La práctica mercantil nicaragüense no ha desarrollado en la vida societaria, los principios del interés social y de trato paritario, en combinación de una aplicación relativa del principio de mayoría accionaria, para lograr una participación más equitativa de los socios minoritarios dada su condición de accionistas.
- La Constitución Política de Nicaragua, el Código Civil bajo el principio de la autonomía de la voluntad y los usos mercantiles, y las posibilidades mismas que permite el Código de Comercio, hacen posible formular la aplicación de mecanismos de solución de la participación de los accionistas minoritarios, en para a las diferentes vías de protección de sus derechos políticos, económicos y administrativos, en especial la vía estatutaria como mecanismo fundamental junto a los contratos entre accionistas y las disposiciones mismas del Código relacionadas a los recursos judiciales.
- El actual proceso de reforma mercantil y en particular la que atañen a las sociedades anónimas constituye una oportunidad idónea para robustecer los derechos de los accionistas minoritarios tomando en cuenta los aportes de la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia entre otras.
- La vía penal referida a los delitos societarios, viene a complementar los mecanismos de protección de los derechos de los socios minoritarios en la sociedad anónima, siendo esta otra alternativa importante de solución que brinda cobertura a los accionistas minoritarios en los casos de flagrante violación de las leyes en perjuicio de todos los socios.

5. Recomendaciones

Después de haber formulado algunas conclusiones y luego de ofrecer alternativas de solución en esa misma línea, conviene proponer para la reforma legislativa comentadas líneas arriba, lo siguiente:

- Considerar la necesidad de implementar la Jurisdicción especializada mercantil como una opción que vendría a complementar la jurisdicción civil o la vía arbitral que actualmente se desarrollan en la práctica nicaragüense, lo que permitiría un mejor tratamiento de los derechos de los accionistas minoritarios.
- Se sugiere incluir la creación de una intendencia de sociedades mercantiles que permita llevar un registro y control de las principales actuaciones de las sociedades a fin de evitar las flagrantes violaciones que hoy se cometen en perjuicio de los accionistas minoritarios.

- También en el marco de la publicidad mercantil, conviene implementar en la reforma legislativa la creación del Boletín Informativo Mercantil del Registro Público, a efectos de difundir los principales cambios y modificaciones societarias, y permitir a los accionistas acceso a la información de una forma más amplia, así como también el posibilitar que los inversionistas tengan mayores oportunidades de participación.

6. Lista de Referencias

- Aristizabal D (2012). Etiología y fundamento constitucional del principio general de la buena fe en Colombia <http://www.monografias.com/trabajos38/principio-buena-fe/principio-buena-fe2.shtml>, recuperado 02 de octubre del 2012.
- Broseta M. & Martínez F. (2011). “Manual de Derecho Mercantil”, 18ava Edición, Editorial Tecnos, Madrid.
- Candelario M & Rodríguez L. (2011). El derecho de impugnación de los Acuerdos de las Sociedades Anónimas tras el Real Decreto Legislativo 1/2010 y las Sociedades Cooperativas Revista Crítica de Derecho Inmobiliario › Núm. 727 Universidad Carlos III de Madrid Páginas: 2623-2661 Recuperado 270712
- Carrasco, A. (2001). A., “Art. 7” en AA.VV., Comentarios al Código Civil (coord., Bercovitz, R.), Elcano (2001), p. 48, donde cita la STS de 4 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1502)
- Chuliá, V. (2004). “Introducción al Derecho Mercantil”, 21ava Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Faus, M. (2012). Pactos parasociales Breviario Mercantil › Breviario mercantil. 3.- Sociedades Anónimas › Junta general de Sociedad Anónima Editorial Vlex. España Pág.1, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/pactos-parasociales-66944125>. Recuperado 070812
- Garrigues, J. (1999). “Curso de Derecho Mercantil”, Editorial Porrúa, México.
- Fridman, S. (2009). Protección de Minorías en el conflicto societario Revista Facultad de Derecho UNNE de Argentina.
- Grispo, J. (2005). Abuso de los accionistas minoritarios. www.iprofesional.com/.../15972-Abuso-legal-las-manas-de-los-accio... recuperado 050812
- Hiroku T. (2012). Accionistas Japoneses alzan la voz. El Nuevo Diario 16 de Julio, página 4 Nicaragua
- Hundskopf, E. (2004). “Compatibilización entre las prácticas de buen gobierno corporativo y la Ley General de Sociedades”. En: Actualidad Jurídica N° 126. Lima, Perú
- Montoya, A. (2012). Revista de Derecho- Perú
- Morales, T. (2003), La Sociedad Anónima. En: Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I: Gaceta Jurídica, 2003. p. 227 Lima, Perú
- Parrales, C. (2012). Derecho de Separación en la Absorción, Universidad católica de Santiago de Guayaquil Ecuador www.revistajuridicaonline.com › Artículos de Derecho › Societario Recuperado 070812
- Polo, A. & Avilés, J. (1979). ¿Protección a las minorías o invitación a la tiranía? www.teleley.com/revistaperuana/polo-64.pdf · archivo de PDF, recuperado 070812

- Polo, E. (1996). El Abuso o Tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima. En: Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez. Madrid, Editorial Civitas, p. 2,276.
- Rodríguez, J. (2003). "Curso de Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, México.
- Sánchez, C. (2009). Propuestas de revisión de la impugnación de acuerdos Catedrático de Derecho Mercantil (Universidad Complutense), Madrid, España
- Sánchez J. & Calero G. (2006). Creación de valor, interés social y responsabilidadesocialcorporativa.http://www.ucm.es/info/mercantilwww.veraabogados.com.mx/.../Art_3_Derechos_de_las_minorias.ht...recuperado29072012 Recuperado 040812
- Terrón G. (2010). Asociación de accionistas minoritarios de España. Javierwww.consumer.es › Economía › Finanzas 270512 Recuperado 020812

Leyes y códigos

- Constitución Política de Nicaragua (1987), Nica Ediciones, 2005
- Código Civil de la República de Nicaragua (1904), Editorial BITECSA, 2000
- Código de Comercio de la República de Nicaragua (1914), Editorial BITECSA, 2007
- Código de Comercio de la República de Costa Rica (1964)
- Código de Comercio de la República de Guatemala (1970)
- Código Penal de la República de Nicaragua (2008), Editorial BITECSA, 2008
- Código Penal de España (2011), Edición actualizada de Joan J. Queral, 2011
- Ley de Modificaciones Estructurales, ley número 3/2009 del 03 de abril, Boletín oficial número 82, página 31,928, 2009
- Ley de Sociedades de Capital de España, real decreto legislativo número 1/2010 del 02 de julio, Boletín oficial del estado número 161, página 58,472, 2010
- Ley de Mercado de Capitales de Nicaragua, ley número 587, (2006) del 26 de Octubre publicada en La Gaceta, Diario Oficial, número 222 del 15 de Noviembre del 2006
- Ley General de sociedades (1997) Perú, ley número 26,887
- Reglamento (CE) número 2157/2001 del Consejo del 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

Jurisprudencia

- Pecharroman X. (2010)www.eleconomista.es/.../Los-jueces-ponen-limites-al-derecho-de-informacion-al-socio.html 0408201-Recuperado 030812
- Sentencia mercantil del Tribunal Supremo Español del 26-9-2001 www.eleconomista.es/.../Los-jueces-ponen-limites-al-derecho-de-informacion-al-socio.html 0408201-Recuperado 030812
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 4ª) de 15 de octubre de 2009 Madrid, www.eleconomista.es/.../Los-jueces-ponen-limites-al-derecho-de-informacion-al-socio.html 0408201-Recuperado 030812