

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

**INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL**  
**TEMA: RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA EN**  
**CASO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES**

**RESUMEN:** En el presente informe se aborda el tema de la responsabilidad del fiscal dentro de los órganos colegiados, para lo cual se presenta la naturaleza jurídica del fiscal, y su responsabilidad en cuanto a la gestión del patrimonio de los inversionistas.

Se presenta también la normativa pertinente y alguna jurisprudencia en torno a la administración fraudulenta y la responsabilidad del Consejo de administración al ostentar la representación judicial y extrajudicial.

En cuanto a doctrina se refiere se toca el tema de la responsabilidad de los administradores, la responsabilidad de los síndicos y el alcance de la responsabilidad de los fiscales, además se agrega el tema de la responsabilidad de los entes administradores en casos de concentración empresarial.

## Índice de contenido

1. NORMATIVA.....	2
a) Código de Comercio.....	2
2. JURISPRUDENCIA.....	3
a) DICTAMENES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.....	3
i. El Fiscal en los Órganos Colegiados.....	4
ii.1.- La figura del fiscal en los órganos colegiados.....	5
iii. "a.-La Gestión de un Patrimonio de los Inversionistas .	8
iv. Naturaleza Jurídica del Fiscal.....	19
b) JURISPRUDENCIA JUDICIAL.....	26
i. Carga de la Prueba por Administración Fraudulenta.....	26
ii. El Presidente del consejo de administración tiene la representación judicial y extrajudicial independientemente del tipo de poder que ostente .....	33
3. DOCTRINA.....	41
a) La responsabilidad de los administradores.....	41
b) Acción Social de responsabilidad contra los Administradores.	42
c) Responsabilidad de los Síndicos.....	44
d) Alcances de la responsabilidad de los Fiscales.....	45
d) Derecho Comparado. Responsabilidad de los entes administradores en casos de Concentración empresarial.....	46

**1. NORMATIVA.**

**a) Código de Comercio**

**[ASAMBLEA LEGISLATIVA]<sup>1</sup>**

ARTÍCULO 195.-

La vigilancia de las sociedades anónimas mencionadas en el artículo anterior, estará a cargo de uno o varios fiscales que pueden ser o no socios.

Salvo disposición en contrario, su nombramiento será de un año.

ARTÍCULO 196.-

No podrán ser nombrados para el cargo de fiscales:

- a) Quienes conforme a la ley, estén inhabilitados para ejercer el comercio;
- b) Los que desempeñen otro cargo en la sociedad; y
- c) Los cónyuges de los administradores y sus parientes consanguíneos y afines hasta el segundo grado.

ARTÍCULO 197.-

Son facultades y obligaciones de los fiscales:

- a) Comprobar que en la sociedad se hace un balance mensual de situación;
- b) Comprobar que se llevan actas de las reuniones del consejo de administración y de las asambleas de accionistas;
- c) Vigilar el cumplimiento de las resoluciones tomadas en las asambleas de accionistas;
- d) Revisar el balance anual y examinar las cuentas y estados de liquidación de operaciones al cierre de cada ejercicio fiscal;
- e) Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas en caso de omisión de los administradores;

f) Someter al consejo de administración sus observaciones y recomendaciones con relación a los resultados obtenidos en el cumplimiento de sus atribuciones, por lo menos dos veces al año.

Será obligación del consejo someter al conocimiento de la asamblea general ordinaria los respectivos informes;

g) Asistir a las sesiones del consejo de administración con motivo de la presentación y discusión de sus informes, con voz pero sin voto;

h) Asistir a las asambleas de accionistas, para informar verbalmente o por escrito de sus gestiones y actividades;

i) En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo, las operaciones de la sociedad, para lo cual tendrán libre acceso a libros y papeles de la sociedad, así como a las existencias en caja;

j) Recibir e investigar las quejas formuladas por cualquier accionista e informar al consejo sobre ellas; y

k) Las demás que consigne la escritura social.

ARTÍCULO 199.- Las personas que ejerzan la vigilancia de las sociedades anónimas serán individualmente responsables por el cumplimiento de las obligaciones que la ley, el pacto social y los estatutos les impongan.

ARTÍCULO 200.- Las personas encargadas de la vigilancia de las sociedades anónimas que en cualquier negocio tuvieren un interés opuesto al de la sociedad, deberán abstenerse de toda intervención en él, so pena de responder de los daños y perjuicios que ocasionaren a la sociedad

## **2. JURISPRUDENCIA**

### **a) DICTAMENES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.**

**i. El Fiscal en los Órganos Colegiados**

**[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]<sup>2</sup>**

C-032-2006

30 de enero de 2006

Licenciada

Celina Víquez González

Auditora Interna

Popular Sociedad de Fondos de Inversión, S.A.

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, me es grato referirme a su oficio N° AI-SAFI-137-2005 de fecha 21 de octubre del 2005, mediante el cual solicita el criterio de esta Procuraduría General en relación con las disposiciones de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley N° 8422, puntualmente sobre las siguientes interrogantes:

1) Si el fiscal se considera miembro de la Junta Directiva o es miembro de ese órgano colegiado.

2) Si trabajando a tiempo completo en una institución pública, puede ser fiscal de la Junta Directiva y devengar dietas tanto por su participación en las sesiones de la Junta Directiva, como en las diferentes comisiones o comités que integre en calidad de fiscal o como miembro.

**I.-OBSERVACIÓN PRELIMINAR**

En relación con los alcances de la facultad que expresamente concede el artículo 4° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República a los auditores internos de la

Administración para solicitar el criterio técnico jurídico de este órgano asesor, resulta conveniente reiterar lo que ya le habíamos indicado en nuestro dictamen N° C-396-2005 del 15 de noviembre del 2005 -que a su vez hace referencia al dictamen N° C-362-2005 del 24 de octubre del 2005- en el sentido de que, de conformidad con el artículo 22 de la Ley General de Control Interno, la Auditoría Interna ejerce sus funciones en relación con su "competencia institucional", que está referida al ente u órgano al que pertenece y respecto del cual ejerce auditoría interna en los términos del artículo 21 de la Ley, de tal suerte que el ámbito de acción de la Auditoría Interna abarca los sujetos que administran, custodian o manejan fondos públicos de su competencia institucional.

Bajo ese orden de ideas, conviene entonces tener presente que procedemos a rendir nuestro criterio propiamente en lo que se refiere a la situación del fiscal y de la Junta Directiva de la empresa "Popular Sociedad de Fondos de Inversión, S.A.", sobre la cual usted ejerce usted su competencia, y no así en relación con las otras sociedades anónimas propiedad del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, atendiendo a que esa auditoría interna carece de competencia en relación con éstos, por las razones explicadas en los referidos pronunciamientos de esta Procuraduría General.

## II.-SOBRE EL FONDO

### **ii. 1.- La figura del fiscal en los órganos colegiados**

La primera de las interrogantes se refiere a la figura del fiscal, con la finalidad de que se aclare si éste forma parte o no de la Junta Directiva de Popular Sociedad de Fondos de Inversión. S.A. Sobre el particular, debemos empezar por señalar que dentro de esta clase de órganos colegiados como lo es la junta directiva, lo usual y lo apropiado es que el fiscal no forme parte de ésta, dada la función de vigilancia que está llamado a ejercer sobre las actuaciones del órgano colegiado, y la necesaria independencia que demanda esa delicada tarea.

En relación con el tema de los órganos colegiados y la figura del fiscal, resulta oportuno retomar algunas consideraciones contenidas en anteriores pronunciamientos de este Órgano Asesor, en los siguientes términos:

"Al respecto, conviene rescatar que de conformidad con la doctrina es órgano colegiado, aquél compuesto por varias personas físicas, colocadas en situación de igualdad y encargadas de manifestar una voluntad que es la propia del órgano colegiado. Renato Alessi nos dice en ese sentido:

"Se llama colegiado un órgano cuando está integrado por varias personas físicas que se encuentran en un plano que pudiéramos llamar horizontal, de forma que sea la manifestación ideológica (voluntad o juicio) colectivamente expresada por todas estas personas, la que se considere manifestación del órgano". (R, ALESSI: Instituciones de Derecho Administrativo, Volumen I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1970, p. 110.)

En el mismo sentido se manifiesta la doctrina española y nacional al definir al órgano colegiado como :

"(...) aquél integrado por personas físicas, por sí o como órganos de otros entes, las cuales manifiestan una voluntad que viene a constituir la del órgano colegiado", GARCIA TREVIJANO FOS: Tratado de Derecho Administrativo, T. II, V. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 481.

"(están formados)...por varias personas, todas en posición de igualdad recíproca para el ejercicio simultáneo de la misma función. Esta función es la misma porque todos intentan producir un mismo efecto jurídico". E. ORTIZ: Tesis de Derecho Administrativo, I, Tesis IX, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1976, p. 8.

Sobre el mismo tema, este Despacho en dictamen C-015 de fecha 27 de enero de 1997 señaló:

"La titularidad del órgano reside en varias personas físicas, lo que tiene importancia en cuanto a la constitución del órgano: sólo en la medida en que todos los miembros hayan sido investidos de conformidad con el ordenamiento, puede considerarse que el órgano está integrado y puede válidamente funcionar. Luego, la función es la misma para todos los integrantes: expresar una voluntad, juicio, proposición o decisión del órgano colegiado. El acto es así simple, en cuanto se trata de una única decisión

independientemente del número de personas que concurra a formarla(...)."

(...)

De acuerdo a lo esbozado, valga retomar la disposición objeto de este análisis, en el sentido de que la Ley Orgánica del Colegio de Enfermeras de Costa Rica, en su numeral 9°, instituyó con toda claridad la integración de su Junta Directiva, señalando taxativamente los miembros componentes de la misma. En este sentido es como vemos que la figura del fiscal se encuentra comprendida dentro de éstos, y en consecuencia, como miembro del órgano es cotitular de la competencia que le ha sido atribuida a éste en virtud de la Ley, siendo que como tal, goza del conjunto de posibilidades de actuación (derechos a voz y voto) dentro de la Junta Directiva para integrar su voluntad, derivada de la voluntad conjunta de sus miembros.

Por ende, hay que señalar que su presencia o ausencia dentro de las sesiones del Colegio puede incidir en la formación del quórum requerido para sesionar. De hecho, cuando el artículo 10 del Cuerpo Legal en examen estipula que el quórum para sesionar válidamente será de cinco miembros, parte del presupuesto de que el Colegio está integrado por ocho miembros, y por ende, está tomando en cuenta al Fiscal para su conformación. (véase en idéntico sentido dictamen C-204-98 de 2 de octubre de 1998)

No obstante lo dicho, llama poderosamente la atención a este Organismo Asesor que el legislador incluyera al fiscal como un integrante más de la Junta Directiva, sobre todo si nos percatamos que la figura del fiscal viene a cumplir una de las funciones más importantes y delicadas dentro del colegio profesional, en el tanto se constituye en vigilante de las actuaciones de los profesionales, e inclusive del mismo órgano colegiado que integra, denotándose la inconveniencia de ese doble papel, en el tanto participa de las deliberaciones y decisiones de Junta Directiva, y es a su vez contralor de tales actuaciones. (véase numeral 20 del Reglamento a la Ley Orgánica del Colegio de Enfermeras, Decreto Ejecutivo número 11 de 10 de agosto de 1961 en cuanto a las funciones encomendadas al fiscal)." (énfasis agregado) (dictamen N° C-036-2002 del 7 de febrero del 2002)

En el mismo sentido, refiriéndose al caso del Colegio de Geólogos de Costa Rica, nuestro dictamen N° C-087-2003 del 27 de marzo del 2003, señaló:

“Entonces el Fiscal participa activamente en las deliberaciones y en la toma de decisiones y acuerdos de la Junta Directiva, y a la vez debe supervisar que tales actuaciones estén conformes a Derecho -observancia de la ley orgánica y su reglamento (Art. 29, inciso a)-; lo cual resulta por demás inconveniente, máxime si se considera que en la estructura organizativa de las Juntas Directivas, por lo general, el Fiscal es típicamente una figura externa a ésta, a la que se le encomienda supervisar y controlar que el funcionamiento tanto del colegio, como de sus agremiados -potestad sancionadora disciplinaria, a instancia de parte o de oficio-, esté apegado a la legalidad. Sin embargo, en el caso del Colegio de Geólogos de Costa Rica, aquél se encuentra integrado dentro de la propia configuración de su Junta Directiva, violentando así el principio lógico jurídico que recomienda que no se debe ser juez y parte al mismo tiempo (Véase al respecto el dictamen C-204-98 de 2 de octubre de 1998). [i]”

Ahora bien, antes de pasar a las regulaciones específicas que definen la figura del fiscal en el caso particular de Popular Sociedad de Fondos de Inversión, S.A., también conviene retomar algunas consideraciones vertidas en torno a la naturaleza de esta sociedad. Así, el dictamen N° C-396-2005 del 15 de noviembre del 2005, señala:

“(...) en la opinión jurídica N° OJ-084-2005 del 20 de junio de 2005, este órgano asesor expuso las siguientes consideraciones:

**iii. “a.-La Gestion de un Patrimonio de los Inversionistas**

Conforme lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, el Banco de Costa Rica creó una sociedad administradora de fondos de inversión. La creación por entes públicos de sociedades organizadas según las disposiciones del Código de Comercio determina una empresa pública bajo forma de Derecho Privado. Sociedad que es propiedad del ente público que la crea (no propiamente del Estado, por lo que no podría técnicamente considerarse una empresa del Estado) y que cumple una función instrumental respecto de ese ente. La autorización del artículo 55 permite y facilita la intervención del ente en una actividad empresarial, en este caso, los fondos de inversión, sin la rigidez propia del Derecho Público; se postula que como sociedad anónima el ente que se crea puede actuar en forma más eficiente, flexible y permitiendo la competencia con los agentes económicos privados,



cuando la concurrencia es posible. El acudir a una forma societaria da un mayor margen de flexibilidad y eficacia en el accionar empresarial, motivado en el hecho de que estas sociedades rigen su organización y el aspecto de toma de decisiones por disposiciones de Derecho Privado y no de Derecho Público. La creación de la sociedad tiene un único objeto, que es la participación del ente público en el mercado respectivo. (...)” (el subrayado no pertenece al original)

Tal como se advierte de las consideraciones transcritas, estamos ante una autorización especial conferida por ley exclusivamente a favor de los bancos públicos y del INS para que puedan constituir sociedades anónimas, con el objeto específico de incursionar en el mercado como puestos de bolsa, administradoras de fondos de inversión y operadoras de pensiones.

Como bien se explica, se trata de sociedades que desempeñan un papel instrumental, con el fin de que la entidad pública creadora pueda participar en el mercado privado bajo las mismas normas que las otras sociedades anónimas propiedad de particulares. Así, esta herramienta otorgada por ley especial a esos entes cumple una finalidad especial que se adapta a las particulares reglas del mercado.

(...)

En ese contexto, puede entenderse que la forma de armonizar las exigencias del Principio de Legalidad que deben observar los bancos públicos y el INS en su organización, con la flexibilidad que exige ese mercado privado en el que han entrado a competir, es precisamente una habilitación como la otorgada por el artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, que se erige como fundamento normativo para que esas entidades públicas puedan constituir las sociedades anónimas bajo las regulaciones de dicha ley especial, y cuya fisonomía habrá de completarse con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio.

Sobre esto último, valga resaltar que, como ya hemos aclarado en anteriores pronunciamientos, este tipo de sociedades se rigen primariamente por lo dispuesto en esa ley especial habilitante y su respectivo reglamento. No obstante, el régimen legal de los restantes aspectos debe ser suplido por el mencionado código.

Siguiendo esta interpretación, tenemos que el numeral 65 de la Ley

Reguladora del Mercado de Valores dispone que las administradoras de fondos de inversión deberán ser sociedades anónimas organizadas bajo los requerimientos del Código de Comercio.

En lo que aquí nos interesa, tenemos que ese cuerpo normativo dispone que las sociedades anónimas se constituyen en escritura pública (artículo 105), y esa escritura social determinará la forma de convocatoria de la Junta Directiva o Consejo de Administración, el lugar de reunión, la forma en que se llevarán a cabo las actas, y demás detalles sobre el funcionamiento de ese órgano colegiado (artículo 184).

Por su parte, el numeral 18 dispone que tal escritura debe contener todos los elementos básicos de su constitución, estructura y funcionamiento.

Adicionalmente, se establece que ese pacto social debe ser protocolizado e inscrito en el Registro Mercantil (artículo 117), y que la constitución, modificación, disolución, fusión y cualesquiera otros actos que en alguna forma modifiquen su estructura, deberán ser necesariamente consignados en escritura pública, publicados en extracto en el periódico oficial e inscritos en el Registro Mercantil (artículo 19), requisitos de inexcusable cumplimiento sin los cuales los respectivos actos y documentos no pueden producir efectos legales (artículo 22)."

Siguiendo esta línea de razonamiento, resulta oportuno acudir en primer término a las disposiciones generales que sobre la materia contiene el Código de Comercio, el cual establece que la administración de la sociedad estará a cargo de una junta directiva, que deberá estar formada por un mínimo de tres miembros, a saber, presidente, secretario y tesorero (artículo 181). Por otra parte, en lo que se refiere propiamente al cargo de fiscal, se dispone:

"ARTÍCULO 195.-

La vigilancia de las sociedades anónimas mencionadas en el artículo anterior, estará a cargo de uno o varios fiscales que

pueden ser o no socios.

Salvo disposición en contrario, su nombramiento será de un año.

ARTÍCULO 196.-

No podrán ser nombrados para el cargo de fiscales:

- a) Quienes conforme a la ley, estén inhabilitados para ejercer el comercio;
- b) Los que desempeñen otro cargo en la sociedad; y
- c) Los cónyuges de los administradores y sus parientes consanguíneos y afines hasta el segundo grado.

ARTÍCULO 197.-

Son facultades y obligaciones de los fiscales:

- a) Comprobar que en la sociedad se hace un balance mensual de situación;
- b) Comprobar que se llevan actas de las reuniones del consejo de administración y de las asambleas de accionistas;
- c) Vigilar el cumplimiento de las resoluciones tomadas en las asambleas de accionistas;
- d) Revisar el balance anual y examinar las cuentas y estados de liquidación de operaciones al cierre de cada ejercicio fiscal;
- e) Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas en caso de omisión de los administradores;
- f) Someter al consejo de administración sus observaciones y recomendaciones con relación a los resultados obtenidos en el

cumplimiento de sus atribuciones, por lo menos dos veces al año.

Será obligación del consejo someter al conocimiento de la asamblea general ordinaria los respectivos informes;

g) Asistir a las sesiones del consejo de administración con motivo de la presentación y discusión de sus informes, con voz pero sin voto;

h) Asistir a las asambleas de accionistas, para informar verbalmente o por escrito de sus gestiones y actividades;

i) En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo, las operaciones de la sociedad, para lo cual tendrán libre acceso a libros y papeles de la sociedad, así como a las existencias en caja;

j) Recibir e investigar las quejas formuladas por cualquier accionista e informar al consejo sobre ellas; y

k) Las demás que consigne la escritura social."

Ahora bien, en el caso de Popular Sociedad de Fondos de Inversión, S.A., su pacto constitutivo regula expresamente su administración y vigilancia en sus cláusulas octava y décima, en los siguiente términos.

"OCTAVA: DE LA ADMINISTRACIÓN. La sociedad será administrada por una Junta Directiva integrada por cinco miembros quienes deberán cumplir con los requisitos que indique el ordenamiento jurídico, y serán presidente, vicepresidente, secretario, tesorero y un vocal (...)

DÉCIMA: La vigilancia de la sociedad estará a cargo de un fiscal nombrado por la Asamblea de Accionistas a propuesta de la Asamblea de los Trabajadores del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, quien durará en el cargo dos años, y tendrá las funciones que indique la ley y los reglamentos aplicables."

Tal como se advierte de las regulaciones transcritas, no cabe la menor duda de que en el caso de esta empresa el fiscal no forma parte de la Junta Directiva, sino que es una figura externa e independiente que ejerce la función de vigilancia para la buena marcha de la sociedad, con las atribuciones legales que le asisten, según fue visto, y propiamente mediante la rendición de un informe anual a la Asamblea de Socios, que en este caso reside en la Asamblea de Trabajadores.

Sin perjuicio de lo anterior, valga señalar que lo usual es que el fiscal asista normalmente a las sesiones de la Junta Directiva, tanto para cumplir con su labor de fiscalizar directamente las actuaciones sustantivas y formales de ese órgano colegiado, como para rendir ante éste los informes que correspondan. De ahí que el pacto constitutivo autorice el pago de dietas a favor del fiscal por su asistencia a las sesiones de la citada junta, así como de otros órganos colegiados de la sociedad sobre los cuales ejerza esta misma función.

## 2.-Pago de dietas a favor del fiscal de la Junta Directiva

Por su parte, en la segunda de las interrogantes planteadas se consulta si un funcionario público asalariado que trabaja a tiempo completo en otra institución puede ser nombrado fiscal de la Junta Directiva de Popular Sociedad de Fondos de Inversión, S.A., y devengar las correspondiente dietas, tanto por su participación en dicha junta como en las diferentes comisiones o comités que integre en calidad de miembro o como fiscal.

Para dar cabal respuesta a esta inquietud, basta remitirse a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, cuyo texto -en lo conducente- establece:

“Asimismo, quienes desempeñen un cargo dentro de la función pública, no podrán devengar dieta alguna como miembros de juntas directivas o de otros órganos colegiados pertenecientes a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, salvo si no existe superposición horaria entre la jornada laboral y las sesiones de tales órganos. (Así reformado el párrafo anterior por e inciso a)

del artículo 1° de la Ley N° 8445 del 10 de mayo del 2005).

Quienes, sin ser funcionarios públicos integren, simultáneamente, hasta tres juntas directivas u otros órganos colegiados adscritos a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, podrán recibir las dietas correspondientes a cada cargo, siempre y cuando no exista superposición horaria. Cuando, por razones de interés público, se requiera que la persona integre más de tres juntas directivas u otros órganos colegiados adscritos a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, deberá recabarse la autorización de la Contraloría General de la República."

Como se advierte, aunque el fiscal desempeñe simultáneamente un cargo en la función pública como asalariado y a tiempo completo, también puede participar en las sesiones de la Junta Directiva de esta sociedad anónima y percibir el pago de las correspondientes dietas [ii], bajo condición de que no exista superposición horaria entre su jornada de trabajo y la celebración de las sesiones de ese órgano colegiado. Ahora bien, nótese que esa condición apareja un cierto límite natural al número de dietas que pueden devengarse, pues existe además una imposibilidad de carácter material para desempeñarse ilimitadamente en múltiples órganos colegiados.

Por otra parte, en lo que atañe a la participación en condición de miembro de otros comités o comisiones creadas por la empresa Popular Sociedad de Fondos de Inversión, S.A., resulta indispensable remitirnos a las consideraciones de fondo que ya esta Procuraduría desarrolló sobre el tema, al contestar otra de las consultas por usted planteada, la cual se evacuó mediante el ya referido dictamen N° C-396-2005 de fecha 15 de noviembre del 2005. Sobre el particular, el citado pronunciamiento señala:

"Tratándose de una sociedad anónima como Popular Sociedad de Fondos de Inversión, S.A., en el giro de sus actividades puede existir la necesidad de crear un determinado comité o comisión para que cumpla funciones sustantivas relevantes. No obstante, si tales comités van a estar a cargo de un órgano colegiado cuyos miembros son remunerados mediante dietas, a nuestro modo de ver, ello debe responder a una verdadera y justificada necesidad de constituir tales estructuras, pues de lo contrario podría incurrirse en abusos, abriéndose un portillo en el sentido de utilizar esa posibilidad como mecanismo para otorgar

indiscriminadamente remuneraciones bajo ese título.

(...)

Ahora bien, la eventual remuneración por vía de dietas para los directivos que integren esos comités o comisiones constituye un segundo aspecto que merece una consideración puntual. Sobre el particular, estima esta Procuraduría que resulta aplicable el criterio que expusimos líneas atrás, en relación con el pago de dietas a los miembros de junta directiva de esta clase de sociedades anónimas creadas por los bancos al amparo del artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.

En consecuencia, si la naturaleza de las funciones y la consecuente responsabilidad por el desempeño como directivo en tales comités realmente justifica el pago de dietas por la asistencia a las sesiones, tal remuneración debe estar expresamente prevista en la escritura constitutiva de la sociedad y debidamente inscrita en el Registro Público, como condición para surtir efectos jurídicos, entre los cuales está la disposición de fondos para otorgar ese pago.

Al respecto, la escritura pública en la que se constituye Popular Sociedad de Fondos de Inversión, S.A. -de conformidad con la copia que fue adjuntada a la consulta de mérito- en su cláusula octava referente a la administración, dispone que la sociedad será administrada por una Junta Directiva integrada por cinco miembros (presidente, vicepresidente, secretario, tesorero y un vocal), órgano que tendrá, entre otras facultades, la de integrar las comisiones que considere convenientes, y deberá reunirse ordinariamente cada dos semanas, y extraordinariamente, cuando convoque el presidente con un día hábil de anticipación. La misma cláusula dispone textualmente:

"El monto de las dietas que devengarán los integrantes de la junta directiva por la asistencia a las sesiones de la junta directiva y de otros órganos colegiados de la Sociedad será igual al que esté señalado para los integrantes de la Junta Directiva del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, pero en ningún caso podrán cancelarse más de cuatro dietas mensuales, salvo cuando se trate de órganos colegiados, comisiones o comités creados por ley especial o por órganos externos al Banco Popular y sus Sociedades" (el subrayado no es del original)

Bajo esas condiciones, se advierte que la escritura constitutiva - instrumento que, según analizamos supra, sería el cauce legal para regular el pago de las dietas en esta especial hipótesis- se ocupa de establecer los supuestos bajo los cuales puede otorgarse dicha remuneración.

Como dijimos, dentro de la organización interna pueden crearse este tipo de comisiones o comités, y los directivos de Popular Sociedad de Fondos de Inversión, S.A. pueden participar también en esos órganos colegiados internos, pero esa remuneración está limitada -en lo que se circunscribe a esta sociedad- a cuatro dietas mensuales, según lo dispone la cláusula citada. El supuesto adicional de que se tratara de otro tipo de órgano colegiado creado por ley especial, a nuestro juicio no entraña problema alguno, toda vez que esa misma ley especial habría de regular lo referente a la remuneración, a fin de satisfacer las exigencias del Principio de Legalidad en caso de otorgarse tal pago.

Así las cosas, uniendo estas consideraciones con la respuesta brindada a la primera de las interrogantes, tenemos que una misma persona puede desempeñarse simultáneamente como directivo del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, de las otras sociedades anónimas creadas por dicho banco y también de los comités o comisiones que llegaren a crearse, y recibir las dietas correspondientes, siempre que ello esté limitado a tres de esos cargos y que no exista superposición horaria entre las sesiones de los distintos órganos colegiados.

La única posibilidad de sobrepasar ese límite la concede el propio numeral 17 de la Ley N° 8422, al disponer que "Cuando, por razones de interés público, se requiera que la persona integre más de tres juntas directivas u otros órganos colegiados adscritos a órganos, entes y empresas de la Administración Pública, deberá recabarse la autorización de la Contraloría General de la República".

En consecuencia, si existiera motivo suficiente para estimar que por razones de interés público una misma persona debe integrar más de tres juntas directivas, se requiere contar con la autorización de la Contraloría General, acto que por su naturaleza evidentemente es de carácter previo y entra a valorar todas las



condiciones del caso concreto. Al respecto, puede consultarse como ejemplo el oficio de la Contraloría N° 12234 del 30 de setiembre del 2005 (DAGJ-2924-2005)."

Tales consideraciones resultan igualmente aplicables al supuesto de la remuneración mediante dietas para quien asista a las sesiones de dichos órganos colegiados en condición de fiscal, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula décima del pacto constitutivo de esta sociedad, que, en lo que aquí nos interesa, establece:

"El monto de las dietas que devengará el fiscal por la asistencia a las sesiones de Junta Directiva y de otros órganos colegiados de la sociedad, será igual al que esté señalado para los integrantes de la Junta Directiva del Banco Popular y de Desarrollo Comunal" (el subrayado es nuestro)

Por último, conviene hacer la observación de que no parece lógico ni conveniente que la persona que ocupa el puesto de fiscal de Popular Sociedad de Fondos de Inversión, S.A. simultáneamente integre -en calidad de miembro del órgano colegiado- otras comisiones o comités creados por esa sociedad, toda vez que las actuaciones de esos órganos colegiados también podrán ser objeto de su fiscalización, con lo cual se podría propiciar un indebido conflicto de intereses y una pérdida de independencia en su función.

### III.-CONCLUSIONES

1.-En el caso de la empresa Popular Sociedad de Fondos de Inversión, S.A., el fiscal no forma parte de la Junta Directiva, sino que es una figura externa e independiente que ejerce la función de vigilancia para la buena marcha de la sociedad.

2.-Lo usual es que el fiscal asista normalmente a las sesiones de la Junta Directiva, tanto para cumplir con su labor de fiscalizar directamente las actuaciones sustantivas y formales de ese órgano colegiado, como para rendir ante éste los informes que correspondan. De ahí que el pacto constitutivo autorice el pago de dietas a favor del fiscal por la asistencia a las sesiones de la citada junta, así como de otros órganos colegiados de la sociedad sobre los cuales ejerza esta misma función.

3.-No existe impedimento legal alguno para que una misma persona ocupe un cargo público como asalariado, y también participe, en condición de fiscal, en la referida sociedad anónima y en otras comisiones o comités creadas por ésta, recibiendo el pago de las correspondientes dietas, siempre que se respeten las condiciones exigidas tanto por la normativa aplicable como por el pacto constitutivo, como es el no incurrir en superposición horaria en el desempeño de ambas funciones.

4.-Sin perjuicio de lo anterior, conviene hacer la observación de que no parece lógico ni conveniente que la persona que ocupa el puesto de fiscal de Popular Sociedad de Fondos de Inversión, S.A., simultáneamente integre -en calidad de miembro del órgano colegiado- otras comisiones o comités creados por esa sociedad, toda vez que las actuaciones de esos órganos colegiados también podrán ser objeto de su fiscalización, con lo cual se podría propiciar un indebido conflicto de intereses y una pérdida de independencia en su función.

De usted con toda consideración y estima,

[i] Por su parte, el dictamen de referencia N° C-204-98, señala: "Por último, valga acotar nuestra recomendación de reformar el Reglamento a la Ley de Creación de los Centros Agrícolas Cantonales, ya que en efecto el fiscal, dentro de la estructura de los órganos colegiados, es normalmente una figura externa a ellos, encargada de supervisar y controlar que su funcionamiento esté apegado a la legalidad; y es que la lógica y razonabilidad jurídicas imponen que "no se puede ser juez y parte al mismo tiempo". El fiscal, en el caso de los Centros Agrícolas Cantonales, participa de las deliberaciones y decisiones de la Junta Directiva, siendo a su vez contralor de tales actuaciones (entre sus atribuciones está la de velar por la observancia de la ley y aquel Reglamento; artículo 22, inciso a), de éste), lo que deja patente su inconveniencia."

[ii] No está de más acotar que esta afirmación parte del supuesto de que el funcionario, en su relación de empleo público, no se encuentra bajo el régimen de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, ni tampoco ligado por un contrato de

dedicación exclusiva, condiciones que le impedirían ser nombrado como fiscal o miembro de otros órganos colegiados, teniendo como premisa que ello implica el ejercicio de su profesión.

**iv. Naturaleza Jurídica del Fiscal**

**[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]<sup>3</sup>**

C-151-2006

19 de abril de 2006

Señora

Lucrecia Ruiz Rojas

Secretaria de Actas de la Junta Directiva

OPC-CCSS

Presente

Distinguida señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República me es grato referirme a su oficio n.º SJD-002-06 del 20 de marzo del 2006, mediante el cual solicita el criterio de la Procuraduría General de la República sobre las funciones del fiscal de la Operadora de Pensiones y de Capitalización Laboral de la CCSS S.A. en el Comité de Auditoría.

Este criterio se solicita con base en el acuerdo n.º 4 adoptado por la Junta Directiva, en la sesión n.º 412 del 08 de febrero del 2006.

I.- ANTECEDENTES.

A.- Criterio de la Asesoría Legal del ente consultante.

Mediante carta del 1° de febrero del 2006, suscrita por el Licenciado Tobías D'ambrosio Umaña, asesor legal del ente consultante, se sostiene que el fiscal de la Operadora de Pensiones Complementarias y Capitalización Laboral de la CCSS S.A., en el tanto sea miembro del Comité de Auditoría de la operadora, actúa en carácter de fiscal y no como un miembro más de ese comité.

"En otras palabras su labor de vigilancia se hace extensiva a las tareas desarrolladas por el Comité de Auditoría para protección de los intereses generales de la dueña (la CCSS) que lo nombró como vigilante de la entidad, mediante acuerdo de su asamblea de accionistas".

B.- Criterio de la Procuraduría General de la República.

Revisando el Sistema Nacional de Legislación Vigente no encontramos ningún pronunciamiento sobre el tema consultado.

II.- SOBRE EL FONDO.

Nos informa usted que sobre el tema consultado se ha presentado dos posiciones. La primera, sostenía por el Lic. Danilo Montero, funcionario de Superintendencia General de Valores, expresada en un documento fechado el 18 de noviembre del 2005, en él que indica que en el Reglamento de Auditores Externos no se establecieron cargos o posiciones a lo interno del Comité de Auditoría, por lo que no hay motivo para considerar que el fiscal de la Junta Directiva de la operadora deba ser también el fiscal del comité, sino que él sería un miembro más del colegio. La segunda, la expresada supra por la Asesoría Jurídica de la operadora, en el sentido de que dicho funcionario actúa en el comité en el carácter de fiscal, y no como un miembro más de este.

Fijadas las dos posiciones sobre el tema, se hace necesario para llegar a una conclusión cierta el revisar las funciones del fiscal, así como la finalidad y las funciones del Comité de Auditoría. La Ley n.º 7983 de 18 de febrero del 2000, Ley de Protección del Trabajador, en su numeral 33, indica que la Asamblea de Accionistas de la operadora debe nombrar a un fiscal, de conformidad con el Código de Comercio, quien, además de las facultades y obligaciones establecidas en dicho Código, debe vigilar el estricto cumplimiento, por parte de la operadora, de los reglamentos y las disposiciones emitidos por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero o el Superintendente de Pensiones. Al fiscal se le aplica los requisitos y las prohibiciones establecidas en ese artículo; todo lo anterior de acuerdo con el reglamento que la Superintendencia emita.

Por su parte, el artículo 195 del Código de Comercio señala que la vigilancia de las sociedades anónimas está a cargo de uno o varios fiscales que pueden ser o no socios; cuyo nombramiento es de un año, salvo disposición en contrario. No puede ser nombrado como fiscal a quien desempeña otro cargo en la sociedad (artículo 196). Dentro de sus facultades y obligaciones están las siguientes:

“a) Comprobar que la sociedad se hace un balance mensual de la situación;

b) Comprobar que se llevan actas de las reuniones del consejo de administración y de las asambleas de accionistas;

c) Vigilar el cumplimiento de las resoluciones tomadas en las asambleas en las asambleas de accionistas;

d) Revisar el balance anual y examinar las cuentas y estados de liquidación de operaciones al cierre de cada ejercicio fiscal;

e) Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas en caso de omisión de los administradores;

f) Someter al consejo de administración sus observaciones y recomendaciones con relación a los resultados obtenidos en el cumplimiento de sus atribuciones, por lo menos dos veces al año.

Será obligación del consejo someter a conocimiento de la asamblea general ordinaria los respectivos informes;

g) Asistir a las sesiones del consejo de administración con motivo de la presentación y discusión de sus informes, con voz pero sin

voto;

h) Asistir a las asambleas de accionistas, para informar verbalmente o por escrito de sus gestiones y actividades;

i) En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo, las operaciones de la sociedad, para lo cual tendrá libre acceso a libros y papeles de la sociedad, así como a las existencias en caja;

j) Recibir e investigar las quejas formuladas por cualquier accionista e informar al consejo sobre ellas; y

k) Las demás que consigne la escritura social". (Artículo 197).

Por último, el fiscal debe abstenerse de toda intervención en cualquier negocio que tuviere un interés opuesto al de la sociedad (artículo 200).

En otro orden de ideas, hay que tener presente que el Reglamento de Auditores Externos y Medidas de Gobierno Corporativo Aplicable a los Sujetos Fiscalizados por SUGEF, SUGEVAL y SUPEN, aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero mediante artículos 18 y 6 de las actas de las sesiones 491-2005 y 492-2005, respectivamente, celebradas el 20 de enero del 2005, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 28 del 09 de febrero del 2005, expresa, en su numeral 24, que la Junta Directiva u Órgano equivalente -en este caso el de la operadora-, deben de integrar un Comité de Auditoría, como órgano de apoyo para el control y seguimiento de las políticas, procedimientos y controles que se establezcan. Este comité, según el artículo 25 de ese mismo cuerpo normativo, es un cuerpo colegiado integrado por un mínimo de dos directores de la Junta Directiva u Órgano de Dirección equivalente y por el Fiscal de dicho órgano. Adicionalmente el comité puede contar con miembros externos a la organización. Las funciones que corresponde a este comité son las siguientes según el numeral 26 del citado Reglamento:

"Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 23, en particular corresponderá al Comité de Auditoría, las siguientes funciones:

a) Propiciar la comunicación entre los miembros de la Junta Directiva u Órgano equivalente, el Gerente General, la Auditoría Interna, la auditoría externa y los entes supervisores.

b) Conocer y analizar los resultados de las evaluaciones de la efectividad y confiabilidad de los sistemas de información y procedimientos de control interno.

c) Cuando exista la función de Auditoría Interna, proponer a la Junta Directiva u Órgano equivalente los candidatos para auditor interno, excepto las entidades supervisadas que se rigen por lo dispuesto en la Ley General de Control Interno, Ley 8292.

d) Dar seguimiento al cumplimiento del programa anual de trabajo de la Auditoría Interna.

e) Proponer a la Junta Directiva u Órgano equivalente la designación de la firma auditora o el profesional independiente y las condiciones de contratación, una vez verificado el cumplimiento por parte de estos de los requisitos establecidos en este Reglamento.

f) Revisar la información financiera tanto anual como periódica antes de su remisión a la Junta Directiva u Órgano equivalente, poniendo énfasis en cambios contables, estimaciones contables, ajustes importantes como resultado del proceso de auditoría, evaluación de la continuidad del negocio y el cumplimiento de leyes y regulaciones vigentes que afecten a la entidad.

g) Revisar y trasladar a la Junta Directiva u Órgano equivalente, los estados financieros anuales auditados, el informe del auditor externo, los informes complementarios y la carta de gerencia.

h) Dar seguimiento a la implementación de las acciones correctivas que formulen el auditor externo, el auditor interno y la Superintendencia correspondiente.

i) Proponer a la Junta Directiva u Órgano equivalente el procedimiento de revisión y aprobación de los estados financieros internos y auditados, desde su origen hasta la aprobación por parte de los miembros del respectivo cuerpo colegiado.

j) Velar porque se cumpla el procedimiento de aprobación de

estados financieros internos y auditados.

k) Evitar los conflictos de interés que pudiesen presentarse con el profesional o la firma de contadores públicos que se desempeñan como auditores externos al contratarles para que realicen otros servicios para la empresa.

l) Además de los informes particulares que se requieran para dar cumplimiento a las funciones aquí señaladas, el Comité de Auditoría deberá rendir un reporte semestral sobre sus actividades a la Junta Directiva u Órgano equivalente”.

Adoptando como de referencia lo anterior, debemos descartar la tesis que considera al fiscal de la Operadora de Pensiones como fiscal, a su vez, del Comité de Auditoría. En primer término, porque la normativa que regula este órgano colegiado no establece ese cargo ni sus funciones; ergo, no podríamos distinguir donde la norma no distingue, ni establecer lo que esta no establece. En segundo lugar, el Comité de Auditoría tiene una naturaleza jurídica de órgano de apoyo fiscalizadorio, por lo que resulta poco razonable que, a su vez, exista un órgano unipersonal que “fiscalice” al órgano colegiado en el cumplimiento de sus funciones. De aceptar una tesis contraria a la que estamos siguiendo en este estudio, sería llevar las funciones del control al extremo, donde los resultados pueden ser poco prácticos o contraproducentes, siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ, sería como poner a un policía a vigilar a otro policía. Por otra parte, no podemos dejar de lado que el fiscal de la Junta Directiva participa en este órgano colegiado por un imperativo normativo, pues así lo dispone el artículo 25 del Reglamento.

Significa lo anterior, entonces, que el fiscal actúa como un miembro más del comité. Para dar una respuesta concluyente se deben superar dos escollos. El primero, si el hecho de que él sea miembro del comité no contraviene la norma del Código de Comercio que impide ocupar otros cargos en la sociedad. El segundo, si las funciones del comité compatibilizan o no con las del fiscal.

En cuanto al primer aspecto, no encontramos mayores problemas, pues la norma del Código de Comercio está referida a los órganos de administración y representación de la sociedad anónima, y no aquellos que se deben crear por razones de control y vigilancia a causa de la potestades de fiscalización, supervisión y vigilancia que ejercen órganos públicos (CONASSIF, SUGEF, SUGEVAL, SUPEN) sobre entidades públicas o privadas (bancos, financieras, puestos



de bolsa, operadoras de pensiones, etc.) que desarrollan una determinada actividad en el mercado financiero, bursátil o de pensiones. A nuestro juicio, y siempre y cuando las labores del órgano que se crea no sean incompatibles con las del órgano de vigilancia unipersonal, y no conlleven labores de gestión, propias de los órganos de administración, decisión y de representación, es jurídicamente posible sostener que la norma reglamentaria no contraviene el precepto legal que se encuentra en el Código de Comercio.

En relación con el segundo punto, y revisando las funciones del Comité de Auditoría encontramos que son plenamente compatibles con las labores de vigilancia que le corresponde ejercer al fiscal de la operadora. En ningún de los casos encontramos labores de gestión, de decisión, de administración o de representación por parte del comité. Por lo general, las funciones del comité se circunscriben a "dar seguimiento", a "proponer a la Junta Directiva", a "revisar y trasladar a la Junta Directiva", a "velar", etc., acciones que no conllevan labores propias de los órganos de gestión, dirección, representación y administración. Desde esta perspectiva, las funciones que realiza el comité son plenamente subsumibles en las propias de órganos de control y de vigilancia, las cuales compatibilizan con las que les corresponden al fiscal. Visto este asunto desde una óptica positiva, la presencia del fiscal de la operadora en el Comité de Auditoría vendría hacer una especie de extensión de sus funciones como vigilante de la entidad, de ahí la conveniencia, importancia y razonabilidad de que sea miembro de este órgano colegiado.

La única duda que nos asalta es en lo tocante a la función de proponer a la Junta Directiva u Órgano equivalente los candidatos para auditor interno; empero, en el caso que nos ocupa, tal duda no tiene fundamento, por la simple y elemental razón de que la operadora está sujeta a la Ley n.º 8292, Ley General del Control Interno.

En resumen, no existe incompatibilidad entre las funciones del fiscal y las que desempeña como miembro del comité, más bien su pertenencia en él es una consecuencia lógica de las primeras.

### III.- CONCLUSIÓN.

El fiscal de la operadora es un miembro más del Comité de Auditoría.

De usted, con toda consideración y estima,

Dr. Fernando Castillo Víquez  
Procurador Constitucional

**b) JURISPRUDENCIA JUDICIAL**

**i. Carga de la Prueba por Administración Fraudulenta**

**[SALA TERCERA]<sup>4</sup>**

Exp: 00-000005-0588-PE

Res: 2003-00213

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas treinta minutos del veintiocho de marzo de dos mil tres.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra ADRIENNE MARIE DUDGEON PELLIZARI , costarricense, mayor de edad, soltera, empresaria, vecina de Quepos, pasaporte número 073261927; por el delito de ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE en perjuicio de MICHAEL LINCH DANIEL . Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados Rodrigo Castro Monge, Presidente a.i.; Jesús Alberto Ramírez Quirós, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Rafael Medaglia Gómez y Alfredo Chirino Sánchez. Interviene además los Licenciados Alberto Agid Zelaya Martínez, Roberto Oliva Molina y Agustín Atmella Cruz.

RESULTANDO:

1.- Que mediante sentencia N° 134-TJAP-01 de las once horas con treinta minutos del treinta y uno de agosto del año dos mil uno, el Tribunal de Juicio de Aguirre y Parrita, resolvió: " POR TANTO: De conformidad con la prueba evacuada en autos, reglas de

la sana crítica racional, numerales 35, 39 y 41 de la Constitución Política, ordinales 1 al 9, 30, 31, 32, 33, 37 a 41, 111 siguientes y concordantes, 341 al 366 y 370, del Código Procesal Penal, artículos 1, 2, 4, 11, 16, 18 a 20, 30, 28, 31, 45, 50, 222, en relación con el 216 inciso 1), del Código Penal, 1 a 22, 627 y siguientes, 1045 y 1163 del Código Civil, en aplicación del Principio Universal In Dubio Pro Reo, se ABSUELVE DE TODA PENA Y RESPONSABILIDAD a ADRIANNE MARIE DOUDGEON, del delito de ADMINISTRACION FRAUDULENTA, que se le ha venido atribuyendo en perjuicio de MICHAEL DANIEL LYNCH. Se falla el presente asunto sin especial condenatoria en costas. Así mismo, se declara sin lugar la Acción Civil Resarcitoria incoada por MICHAEL DANIEL LYNCH, contra la demandada ADRIENE MARIE DUDGEON. Se acogen las excepciones de Falta de Derecho y Sine Actione Agit interpuesta por la accionada. Se resuelve la pretensión civil sin hacer especial condenatoria en costas. Se ordena el cese de las medidas cautelares impuestas contra la accionada y se ordena expedir las comunicaciones correspondientes. NOTIFIQUESE MEDIANTE LECTURA. " (sic). Fs. LIC. MARIO GALLARDO JIMENEZ LIC. LUIS CALDERON UGARTE LIC. SALVADOR BARRANTES BOSQUE

2.- Que contra el anterior pronunciamiento Michael Daniel Lynch, quien figura como querellante , interpuso recurso de casación. Alega en su motivo por la forma violación a las reglas de la sana crítica. Además se reprocha la falta de aplicación del numeral 222 del Código Penal. Solicita se case la sentencia y se ordene el reenvío de la presente causa al Tribunal de origen para su nueva sustanciación.-

3.- Que verificada la deliberación respectiva, la Sala entró a conocer del recurso.

4.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

INFORMA EL MAGISTRADO MEDAGLIA G; Y,

CONSIDERANDO:

I.- Michael Daniel Lynch, querellante en la presente causa, interpone recurso de casación por inobservancia de normas

procesales y sustantivas. En el único motivo de forma alega violación a las reglas de la sana crítica. Como primer argumento señala que el tribunal tuvo por no probado que la acusada se hubiera negado a rendir y entregar cuentas al recurrente, socio capitalista y tesorero de la compañía de la cual ella es administradora. Sin embargo, en autos hay prueba suficiente para acreditar ese extremo, pues consta que para lograr que la acusada informara sobre el giro mercantil de la empresa, el tesorero solicitó la información por medio de carta certificada, y como no se tuvo respuesta se hizo la solicitud ante el Juzgado Civil de Quepos. Los libros presentados omitían toda información sobre los negocios de la compañía, así no ofrecen datos sobre convocatorias a asambleas generales de socios ni consignan los asientos diarios de compras y ventas durante los años de existencia de la sociedad por lo que no se pudo obtener detalles contables del capital de la empresa, lo que impide conocer la liquidez de la compañía y el monto de las utilidades para cada socio. Esto lo informa también el perito nombrado en la causa penal, quien señala las limitaciones encontradas para la realización del trabajo. Como un segundo argumento de su reproche considera que el tribunal tuvo como hecho no probado que la encartada, con la intención de ocultar valores de la compañía, dejó de informar sobre los precios y las condiciones de los contratos celebrados por ella como apoderada generalísima sin límite de suma, y sobre las ganancias obtenidas. Si el tribunal hubiera analizado los libros de la compañía, sostiene, habría notado la omisión en consignar los movimientos mercantiles y en convocar a asamblea de socios para informar sobre esos movimientos, todo con el fin de ocultar información pese a que sabía que el capital que manejaba no era de su propiedad. Esto motivó que el perito Vílchez González concluyera en su estudio que era imposible determinar, ante la falta de información veraz, la rentabilidad de la empresa y poder estimar una indemnización. Como tercer argumento del motivo se indica que el tribunal tampoco tuvo como hecho probado que la acusada haya ocultado la información contable y lo relacionado con las utilidades que generaba el negocio, ni que no haya repartido las ganancias producto de la explotación. Argumenta que con el estudio de los libros este hecho se tendría por acreditado, por las mismas razones que se han expuesto en los razonamientos anteriores. Agrega que la defensa no aportó prueba alguna de convocatoria a asamblea de socios con el objeto de repartir utilidades; lo que se llevó a debate fueron testigos que dijeron que la acusada había entregado al tesorero sobres con dinero pero no pudieron aclarar por qué concepto se entregaron, ni a cuánto ascendían esas sumas. Como cuarto fundamento se expone que el tribunal tuvo por no probado que la querrelada haya venido

mostrando un nivel económico más alto cada día como consecuencia directa de la explotación del Café Milagro. El juzgador omitió valorar el estudio de las declaraciones de ingresos aportadas por ella a la Municipalidad de Quepos y a la Dirección General de Tributación Directa, incorporadas en los peritajes, las cuales muestran un claro aumento anual en el ingreso bruto del negocio, lo mismo que la prueba testimonial. Los testigos señalaron que la acusada a su llegada al país no había traído ningún capital y que no percibe ingresos de otros negocios. De las ganancias no ha querido rendir cuentas. Por otro lado se tiene un peritaje de mercadeo suscrito por Leonel Centeno quien tras un estudio de campo concluye que los negocios de café tienen una venta anual de más de cien millones de colones. Considera el recurrente que negocios con esas entradas y pocos gastos apuntan a que la persona que está al frente de ellos maneja grandes sumas de dinero de los cuales no ha dado cuenta. Como otro fundamento apunta el impugnante que el tribunal no tuvo por probado que la acusada instalara otro negocio de cafetería utilizando las ganancias producidas por el negocio en que el querellante es socio, a pesar de que se acreditó que fue abierto después que éste último. Si se considera que la única fuente de ingresos de la querellada es el Café Milagro y que el esposo tampoco es persona con recursos económicos ni cuenta con entrada financiera alguna, lógicamente hay que derivar de ello que todos sus ingresos provienen del Café Milagro. Para lograr la impunidad de sus actos la acusada constituyó la compañía mercantil Jóvenes Lechudos S.A. y puso a nombre de ésta el segundo negocio; además la funcionaria municipal Castillo Vázquez informó que Adrienne llegó a su oficina y le indicó que si alguien pedía información sobre Café Milagro, no se la diera. Acota que ante todas las violaciones dichas se está ante una sentencia ilógica por falta de aplicación de los principios de derivación y razón suficiente. El juzgador tuvo como no probados un conjunto de hechos que no encuentran respaldo en la prueba, sino que el tribunal violentó las normas de la experiencia al ignorar que la forma de ocultar cuentas y de informar sobre la existencia de contratos y del giro mercantil diario de la compañía es por medio de la falta de información en los libros contables y de las actas de las empresas, cuando es deber de la administración rendir cuentas sobre el patrimonio de ellas, si hay terceros interesados y socios con quienes compartir pérdidas o utilidades. No se acoge el reclamo. Contrario a lo que indica el recurrente, el tribunal sí examinó toda la prueba que menciona en su recurso, pero con ella no logró acreditar que la querellada nunca haya querido rendir ni entregar cuenta alguna del movimiento mercantil a los socios de la empresa, con la intención de ocultar valores de la compañía ni que haya omitido entregarles las ganancias

obtenidas como producto de la explotación del negocio. Tampoco con esa prueba pudo afirmar que la acusada viniera mostrando cada día un nivel económico más alto y de evidente poder pecuniario como consecuencia directa de la explotación del Café Milagro ni que instalara otro café con las ganancias del primero. Y esto no se logró probar, según la sentencia, en primer lugar, porque la persona que denunció esos hechos, no fue ofrecida como testigo, y era la única que podía establecer en detalle la acusación. El resto de la prueba, tanto documental como testimonial, no logra tener la contundencia, por sí sola, para probar los hechos denunciados. La prueba testimonial es de referencia, y la documental no demuestra la realización de ninguna de las acciones que el artículo 222 del Código Penal describe. La acusación misma, como el fallo afirma, resulta imprecisa : " Resulta por ende imposible, ante la incuria de la parte acusadora para probar la existencia de los acontecimientos contenidos en la querrela, el conocer algunos detalles importantes que debían aclararse para analizar a la luz de los mismos, la supuesta administración fraudulenta que según su dicho cometió la imputada, como por ejemplo lo era si él en realidad requirió información de doña Adrienne sobre el estado financiero del negocio, en cuántas ocasiones, las fechas y por qué medio...Al respecto cabe señalar, que como punto de partida debe afirmarse que la acusación en lo concerniente a esos aspectos es bastante imprecisa y ayuna de datos concretos que permitan hacer a este despacho judicial un análisis concienzudo de la situación. Ahora bien, lo que sí queda claro es que si el querellante sostiene que doña Adrienne desplegó esas acciones que en forma general narra en el escrito inicial, debió demostrarlo, pues al haberse convertido la acción pública en privada de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Código Procesal Penal, le correspondía el ejercicio de la acción penal. Era entonces el señor Lynch quien estaba obligado a probar que las cosas sucedieron de la forma en que las denunció, lo que obviamente no ocurrió, pues los testigos que ofreció en apoyo de sus manifestaciones, no aportan los elementos de convicción suficientes como para sustentar una sentencia condenatoria" (folio 329). Refiere el fallo que la prueba testimonial de cargo es de referencia, por lo que no pueden determinar si hubo malos manejos en la administración de la sociedad. Acerca de la repartición de las utilidades, quien podría indicar si se dio o no era el querellante, el cual sin embargo no declaró en la causa. Obviamente lo indicado por él en la querrela, por escrito, era precisamente lo que debía acreditar, pero no tiene ningún valor como elemento probatorio. La prueba documental lo que indica es que no se llevaban en debida forma los libros de la sociedad, pero no da fe de irregularidades en el manejo de los bienes. Tampoco se

aportó prueba suficiente que acredite con la certeza requerida que la acusada se negara a mostrar los libros al querellante, o que no le entregara las utilidades. Como "prueba para mejor resolver" se ofrecen copias de una carta certificada y de una declaración de ingresos, ofrecimiento completamente improcedente, puesto que en sede de casación la única prueba que se puede ofrecer es aquella que tiende a acreditar el vicio procesal que se está acusando (artículo 449 del Código Procesal Penal) y en forma alguna elementos probatorios que versen sobre el mérito de la causa, porque casación no se trata de una segunda instancia. Tampoco se acreditó que Adrienne mejorara su situación económica ostensiblemente, con dineros de la sociedad, y no puede confundirse el auge del negocio, con el incremento del patrimonio personal de la acusada. No quedó probado que el otro negocio del que Dudgeon Pellizari es propietaria se comprara con dinero proveniente de las ganancias del

Café Milagro, como indicó el juzgador: " Pese a que quedó acreditado con esta prueba y con la demás testimonial que se recibió, que doña Adrienne también es dueña de otro café que se ubica en Manuel Antonio, es igualmente imposible afirmar como se pretende que éste fue instalado con las ganancias del café que se encuentra en Quepos. Esto por cuanto de acuerdo a la testimonial y a la certificación que rola al folio 309 frente, la propietaria es una sociedad llamada "Jóvenes Lechudos S.A.", cuyo representante legal es el señor Lanie Clifford Byron, quien es el esposo de doña Adrienne. Cómo entonces saber de dónde provino el dinero que se requería para la instalación de ese negocio. Por el contrario, existe la posibilidad de que el capital fuera aportado por alguno de sus socios, con lo que la tesis del querellante quedaría totalmente desvirtuada" (folio 332). La defensa señaló que la encartada había comprado las acciones al querellante, lo cual no se acreditó ni desvirtuó, haciendo surgir más dudas sobre la acusación. La carga de la prueba corresponde en este caso al querellante, quien no logró acreditar lo acusado. Por otra parte, lo que el artículo 222 del Código Penal sanciona no es el mal manejo de los libros, o la falta de información a los socios, sino: a) alterar en las cuentas los precios o condiciones de los contratos (no hay elementos para tener esta circunstancia por probada), b) suponer operaciones o gastos exagerando los que hubiere hecho (la prueba recibida no se refiere a ese aspecto), c) ocultando o reteniendo valores o empleándolos abusiva o indebidamente (lo que se debe ocultar o retener son valores , no información, hecho sobre el cual tampoco la prueba se refiere). Como se observa, las conductas descritas en el tipo penal no fueron acreditadas, puesto que la prueba no se refiere en concreto a esos aspectos, sino que trata de probar cuestiones periféricas

que podrían dar indicios sobre alguna de esas acciones, pero que no son suficientes para hacer arribar a la certeza de la responsabilidad de la acusada. Lo que se resolvió por parte del tribunal de mérito en modo alguno significa que la conducta de la imputada al no llevar los libros de la sociedad en forma adecuada sea correcta, sino que esa acción no es típica. La responsabilidad de Adrienne no está contemplada en el derecho penal. Y esa responsabilidad no atañe únicamente a una persona, puesto que la legislación mercantil y la escritura en que se constituye la sociedad "El Milagro Quepeño S.A." establecen que la administración estará a cargo de la Junta Directiva, integrada por Presidente (la querellada), Secretario y Tesorero (el querellante), quienes tendrán la representación judicial y extra-judicial de la sociedad con facultades de apoderados generalísimos sin límite de suma, actuando conjuntamente al menos dos de ellos (folio 32) y serán solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados por la inobservancia de sus deberes o no hubieren vigilado la marcha de la gestión, excepto si al momento de conocer la irregularidad la denuncian por escrito al fiscal (artículo 189 del Código de Comercio). Se da también una manifiesta negligencia del fiscal, por incumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 197 del código indicado. Como se consigna en el fallo: " Aparte de las dudas a que se ha hecho mención en relación con la autoría de la justiciable, también debe ponerse de relieve que resulta curioso que se indique en la acusación que a don Michael Lynch se le ocultó información sobre la contabilidad de la empresa, cuando éste de acuerdo a la escritura de constitución que consta del folio 31 frente al 34 frente, ocupaba el cargo de tesorero. Esa situación sólo encuentra explicación en que éste no ejercía las obligaciones que el pacto constitutivo prevé para su puesto, ello por razones que hasta ahora se desconocen, pero que hacen presumir que aún siendo cierta esa circunstancia, la que como se dijo antes no ha sido demostrado, él mismo se colocó en esa posición por evadir sus responsabilidades para con la Empresa" (folio 337). Por lo indicado, sin lugar el reclamo.

II.- Se reprocha la falta de aplicación del artículo 222 del Código Penal. Afirma el recurrente que el tribunal no encontró ocultamiento, abuso ni empleo indebido de valores, pese a que se acreditó que la querellante es la única persona que administra la empresa, que no ha informado acerca de las contrataciones y giros mercantiles del negocio en los libros contables, que en siete años de administración no ha mostrado ninguna contabilidad que respalde el estado de los valores dados en administración, lo que ha



aprovechado para emplear esos valores al margen de las facultades y deberes que le otorga la ley como Presidente y Apoderada Generalísima de la compañía que administra. Como resultado de la omisión se ha perjudicado al socio querellante, quien no ha recibido utilidades, pese a que el negocio es a todas luces próspero. Otro fundamento, a juicio del recurrente, es que se dejó de aplicar también el artículo 216 inciso 2 del Código Penal, que señala el monto de la pena a imponer. No se acoge el reclamo: El reclamo se encuentra informalmente formulado, puesto que irrespeta el marco fáctico tenido por acreditado. Según el recurrente, a pesar de que se estableció el mal manejo de los libros y el ocultamiento de información, no se tuvo por probado el empleo indebido de valores, cuando es lo cierto que él nunca recibió utilidades de la empresa y la querellada ha usado esos valores al margen de sus facultades. Estos dos últimos aspectos no se tuvieron por demostrados, precisamente por lo cual se absuelve a la acusada. En un recurso por el fondo han de respetarse los hechos que la sentencia tiene por ciertos, y a partir de ellos alegar lo pertinente. Para sustentar la falta de aplicación de normas sustantivas, el recurrente está introduciendo como ciertos, hechos que la resolución recurrida no contiene y esta Sala no los podría considerar para analizar si fue correcta o no la inobservancia de normas de fondo. Partiendo de lo que el fallo tuvo por probado, no podía el tribunal concluir en la responsabilidad de la justiciable. El razonamiento del juzgador para concluir en la absolutoria de la querellada, fue analizado en el considerando anterior. En consecuencia, sin lugar el reclamo.

POR TANTO:

Se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto por Michael Daniel Lynch, querellante en la presente causa.

**ii. El Presidente del consejo de administración tiene la representación judicial y extrajudicial independientemente del tipo de poder que ostente**

**[TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA]<sup>5</sup>**

No 075

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA.- San José, a las nueve horas diez minutos del veintisiete de febrero de dos mil siete.-

En el proceso ORDINARIO establecido en el JUZGADO SEXTO CIVIL DE SAN JOSE , bajo el número de expediente 04-001311-185-CI, por CALYPSO TOURS SOCIEDAD ANONIMA contra CORPORACION PERICIAS INTERNACIONALES SOCIEDAD ANONIMA y GARLAND MAURICE BAKER , en virtud de apelación interpuesta por el licenciado José Antonio Gamboa Vásquez en su carácter de apoderado especial judicial de la actora; y por apelación con nulidad concomitante formulada por el codemandado Garland Maurice Baker, conoce este Tribunal de la resolución de las dieciséis horas veinticinco minutos del tres de julio del año pasado, la cual, da por terminado el presente asunto, condena a la parte actora a pagar las costas y los daños y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 206 del Código Procesal Civil, ordena levantar los embargos preventivos ordenados en autos con condena al pago de los daños y perjuicios causados con los embargos, los cuales deberán ser liquidados por la parte perjudicada; y, ordena archivar el expediente en su oportunidad procesal.-

REDACTA la Juez BRESCIANI QUIROS; y,

CONSIDERANDO:

I.- La demanda que ha dado lugar a este litigio la presenta el señor David William Reid Williams, en su condición de Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la empresa Calypso Tours, Sociedad Anónima, el veintiséis de setiembre de dos mil cuatro.- Estando en trámite el proceso, en fecha cinco de julio de dos mil seis, el señor Thomas Lee Larson, con base en poder que acompaña y en su condición de Vicepresidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la citada sociedad, con la representación judicial y extrajudicial pudiendo actuar conjunta o separadamente, presenta escrito en el que textualmente manifiesta: "1. De conformidad con el artículo 207 del Código Procesal Civil, RENUNCIO de manera total e irrevocable el derecho de mi representada en este proceso, solicitando dar por terminado el mismo.".- Es así como se dicta la resolución ahora apelada en la que la juzgadora de primera instancia da por terminado el presente asunto, condena a la empresa actora al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados, ordena levantar los embargos preventivos ordenados en autos y condena al pago de los daños y perjuicios causados con el embargo.- De lo así resuelto se muestran inconformes el codemandado Garland Maurice Baker, formulando los recursos de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad concomitante, de

manera parcial, y el apoderado judicial de la empresa Calypso Tours Sociedad Anónima.-

II.- En sus agravios el codemandado Garland Maurice Baker expresa, en lo esencial, que la parte actora viene renunciando al derecho conforme al artículo 207 del Código Procesal Civil.- Señala que en este proceso no solo la parte actora interpuso una demanda en su contra y de la sociedad que representa, sino que además solicitó embargo preventivo de los depósitos existentes ante el Juzgado Civil de Puntarenas, siendo que producto de ese depósito se congelaron fondos por un monto total de ciento sesenta mil dólares.- Invoca el artículo 277 del Código Procesal Civil.- Indica que firme la resolución que declara la renuncia del derecho, en forma similar a otros institutos adquiere la condición de auto con carácter de sentencia y por analogía equivale a desechar la demanda por sentencia firme, máxime que en el caso de renuncia del derecho el que se discute no puede volver a presentarse a conocimiento de los tribunales.- Por lo que expone solicita revocar parcialmente la resolución recurrida, para en su lugar además de tener por renunciado el derecho, ordenar girar la suma de garantía del embargo preventivo por un monto de cuarenta mil dólares a favor de su representada, a título de indemnización fija de daños y perjuicios, sin perjuicio de cobrar daños y perjuicios adicionales previa liquidación y demostración de los mismos.-

III.- El apoderado judicial de la empresa actora Calypso Tours en sus agravios afirma, en lo fundamental, que su representada Calypso Tours Sociedad Anónima no ha renunciado al derecho reclamado en esta demanda, que lo actuado en autos es una estrategia procesal hecha por la parte demandada, utilizando para ello un poder que se había inscrito a nombre de Tomás Lee Larson en la compañía, el cual no se ha podido dar por cancelado, ello en virtud de que el señor Garland Maurice Baker mantiene bajo su poder los libros legales de la empresa.- Asevera que esta situación -renunciar al derecho reclamado y dar por finalizado el juicio- podría constituir una tentativa de fraude procesal, que en su opinión debe ser prevenido y sancionado conforme al artículo 315 del Código Procesal Civil.- Agrega que presenta documentación con la que demuestra que el señor Tomas Lee Larson no entiende el idioma inglés y que siempre pide un perito para que se le traduzca o bien manifiesta que el escrito le fue traducido debidamente, situación que echa de menos en el memorial firmado por él en este caso.- Reitera que su representada no ha renunciado

en ningún momento al derecho que reclama en esta demanda, por lo que no se puede dar por legítimo el acto que pretende ejecutar en este proceso el señor Lee Larson.- Por lo expuesto solicita revocar la resolución apelada.-

IV.- La gestión hecha en este litigio por el señor Tomas Lee Larson, en su condición de Vicepresidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la sociedad Calypso Tours S.A. y con la representación judicial y extrajudicial, indicando que: "...RENUNCIO de manera total e irrevocable al derecho de mi representada en este proceso, solicitando dar por terminado el mismo." no es de recibo, porque en el caso de las sociedades anónimas la representación es orgánica y el órgano es únicamente el presidente.- Los demás miembros del consejo de administración o junta directiva son integrantes del órgano, pero no son órganos.- Interpretarlo así, lo cual no es jurídicamente aceptable, daría lugar a que cada uno actúe como órgano independiente de la sociedad.- Conforme a la teoría del órgano es únicamente el presidente de una sociedad quien la puede representar válidamente, tanto judicial como extrajudicialmente, porque de lo contrario se podría dar el absurdo, como ha ocurrido en este caso, que el presidente presente una demanda y el vicepresidente con posterioridad desista o bien renuncie al derecho, lo cual podría generar inclusive un perjuicio a la sociedad, porque renunciar al derecho que una sociedad pretende hacer valer al interponer una demanda, sin indicar siquiera una razón que motive la toma de esa decisión, proviniendo esa gestión del vicepresidente de la sociedad, quien como tal y según ya se indicó no es órgano de la misma, no es una gestión que él pueda realizar válidamente y por lo tanto no está legitimado para hacerla.- El órgano presidente representa la voluntad de la sociedad y es por medio de él que la persona jurídica obra directamente y por cuenta y en nombre propios, por lo que su función no es la de un representante pues: "...mientras entre representante y representado hay separación, porque cada uno de ellos tiene una propia voluntad y autonomía, entre el órgano y la persona jurídica a la que éste pertenece hay compenetración..." (CERTAD MAROTO GASTON. El órgano representativo en la sociedad anónima. Revista Ivstitia Año 19, N° 217-218 Página 25).- En lo que se refiere al órgano gestor de las sociedades anónimas el citado autor señala: "...El órgano gestor está desarrollado en nuestro Código Mercantil en la Sección VI del Capítulo dedicado a las sociedades anónimas en el Título I del Libro I, bajo el nombre "de la administración y de la representación de la sociedad". Así, cuando en el artículo 181 se dice que "los negocios sociales

serán administrados y dirigidos por un consejo de administración o una junta directiva..."debe entenderse que nuestro legislador le confiere a ese órgano social el denominado poder de gestión. Mientras que cuando en el artículo 182 se afirma que "la representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponderá al presidente del consejo de administración...", debemos entender que nuestro legislador le otorga a ese otro órgano social, a ese integrante del órgano gestor, la legitimación o poder representativo. Y ese poder o legitimación representativa es ilimitada porque así la quiso el legislador y porque se trata siempre de un poder mercantil, el más amplio, un poder suficiente para realizar todos los actos necesarios para lograr el objeto social... nuestro legislador ha querido que en el presidente del Consejo se concentren, a un mismo tiempo y durante el ejercicio del cargo, el poder de gestión (que le viene como miembro del órgano gestor) y el poder representativo (que le viene por voluntad legislativa por ser el presidente de la sociedad)... Con vista a lo dicho, debe concluirse que al utilizar nuestro legislador la palabra representación en el repetido ordinal 182 del Código de Comercio, no lo hizo en el sentido del conocido instituto que lleva ese nombre...es decir, de una institución que trae origen de la ley o del contrato de mandato, sino, muy por el contrario, en el sentido de la institución orgánica que, por tradición, de manera inapropiada lleva ese nombre, esto es, de la por algunos llamada representación orgánica o representación institucional, si es que queremos seguir insistiendo en el equívoco término "representación"..." (CERTAD MAROTO GASTON. Obra citada. Páginas 25 y 26).- En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia patria y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la Resolución N° 000489-F-2005, de las 9:30 horas del 13 de julio del 2005, expresó: "... I. Para una mejor comprensión de lo que se dirá, es menester transcribir el artículo 182 del Código de Comercio: " La representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponderá al presidente del consejo de administración, así como a los consejeros que se determinen en la escritura social, quienes tendrán las facultades que allí se les asignen. " Después de un nuevo análisis de ese numeral, así como de la doctrina científico jurídica relacionada que lo informa, esta Sala arriba a las siguientes conclusiones. Desde una perspectiva literal, contrario a lo afirmado por la recurrente, dicho canon resulta ambiguo. El uso por parte del legislador del signo de puntuación denominado "coma" para separar las tres oraciones que contempla, así como del pronombre "quienes", permitirían, al menos, dos interpretaciones: 1) que las dos primeras oraciones están íntimamente ligadas entre sí, por consiguiente, la última -"...

quienes tendrán las facultades que allí se les asignen. "- se refiere tanto al presidente, cuanto a los otros consejeros; y, 2) que el referido pronombre, al estar en plural, únicamente alude a la segunda oración, es decir, a los consejeros. El legislador, en la primera oración, de manera clara y sin limitación alguna, le otorga la representación judicial y extrajudicial de la sociedad al presidente del consejo de administración; ergo, no sería racional que, en la última frase se desdijera, otorgándole a los socios la posibilidad de limitársela. La "ratio legis" del artículo en comentario, es que siempre exista un representante de la sociedad anónima que actúe frente a terceros con poderes ilimitados. Evidentemente, esto va en beneficio de ellos, no tener que acudir al Registro Público a verificar si tiene o no poder para realizar determinado acto. Basta con que sea el presidente de la empresa. Lo correcto, por consiguiente, es la segunda tesis: interpretar que la primera frase es independiente de las otras dos, y que, por ende, el pronombre "quienes" únicamente se refiere a los consejeros. II. Por otro lado, el término "representación" utilizado en la primera frase, podría hacer pensar que el legislador costarricense plasmó, en la norma en comentario, la "teoría de la representación", lo cual, según se analizará de seguido, es equívoco. No resulta de interés abarcar en esta resolución toda la problemática que sobre el tema se ha dado, sobre todo a nivel doctrinal. Sin embargo, sí es oportuno tener presente lo siguiente. De conformidad con la doctrina, la verdadera y propia representación es la denominada directa, es decir, cuando una persona actúa en nombre y en el interés de otra, manteniéndose dentro de límites del poder conferido (la representación indirecta o interposición gestora, consiste en actuar sólo por cuenta de otro, pero en nombre propio). De tal manera que los efectos del acto se producen directa y exclusivamente en la esfera jurídica del representado. Al representante se le considera como una ayuda ocasional o temporal del representado. En consecuencia, éste puede actuar directamente sin aquél. No se puede hablar de representación, según afirma la doctrina, si no es posible identificar a los sujetos (ambos) de la relación. Esto es aplicable a las personas físicas, mas no a las jurídicas. Éstas, como es sabido, no pueden actuar por sí solas. Diversas han sido las teorías esbozadas para explicar su naturaleza y funcionamiento. La doctrina iuris privatista contemporánea, casi de manera unánime, adopta la teoría del órgano, recogida del Derecho Público. De conformidad con esta posición, la persona jurídica, está compuesta por órganos a través de los cuales actúa y se expresa. Se entienden por tales a las personas, o grupos de personas físicas que, por disposición de la ley o del pacto social en ausencia de

ésta, están autorizados a manifestar su voluntad y desarrollar la actividad del ente para la consecución de sus fines. De tal manera que, en sus relaciones externas, quien obra es la persona jurídica. III. Como es sabido, el Código de Comercio de Costa Rica, en lo que atañe a la materia de sociedades anónimas, se fundamenta en las disposiciones del hondureño de 1951. En lo de interés, en la exposición de motivos de este cuerpo normativo, se indica lo siguiente: " SECCIÓN QUINTA De la Asamblea Por ser la asamblea general el órgano democrático de expresión de la voluntad social , era necesario establecer un régimen completo que viniese a suplir las muchas lagunas que se hallan en la regulación establecida por los artículos 347 y siguientes del Código de Comercio de Honduras. Las principales innovaciones que en esta materia se introducen podríamos enumerarlas en la forma siguiente: 1ª .- La asamblea es el órgano supremo de la sociedad , lo que significa que se encuentra en la cúspide de su organización jerárquica, pudiendo dar órdenes e instrucciones a los demás órganos sin tener que recibirlas de ninguno de ellos. ... SECCIÓN SEXTA Administración y Representación Los escasos preceptos sobre administradores de la sociedad anónima han sido sustituidos por un conjunto orgánico, del que enumeraré las siguientes características. ... 7ª .- Se establecen los órganos secundarios de administración al regularse de un modo preciso la figura de los gerentes; ... SECCIÓN SÉPTIMA De la Vigilancia No existía en el Código de Comercio

un órgano de vigilancia adecuado. ... Los socios, individualmente considerados, son órganos de esta función , ya que el derecho individual de cada accionista para pedir la convocatoria de asamblea, el de denunciar las anomalías o irregularidades, el de examinar los documentos y el balance y el de aprobación de éste, son todos típicos derechos de vigilancia y control. ... La asamblea general de accionistas es, como órgano colectivo , el principal órgano de vigilancia y control , puesto que ante ella responden los administradores y comisarios que pueden ser nombrados y revocados por la misma./ Pero además de esto, hacía falta un órgano especializado de vigilancia , que permanentemente controlase la gestión social con independencia de la actuación de los administradores, en interés exclusivo de la sociedad. Este órgano lo constituyen los comisarios ./ El Poder Ejecutivo ha tenido en cuenta la necesidad de establecer las calidades para el desempeño del cargo, de manera que se realce la absoluta independencia de los comisarios frente a los demás órganos de la sociedad. Ha precisado sus derechos y obligaciones y ha establecido con detalle las normas para su nombramiento, y para que en ningún caso falten personas que atiendan la función que la ley señala a este órgano. ... "(Lo subrayado no es del

original. " Código de Comercio de 1950 ". República de Honduras. Grupo Editorial GRAFICENTRO EDITORES. Tegucigalpa, Honduras. Julio del 2001). De la anterior transcripción, resulta evidente que el legislador hondureño, en lo que a las sociedades anónimas se refiere, se fundamentó en la teoría orgánica. Por su parte, el Código de Comercio costarricense en el artículo 152 párrafo primero, señala: " Las asambleas de accionistas legalmente convocadas son el órgano supremo de la sociedad y expresan la voluntad colectiva en las materias de su competencia. ... " (Lo subrayado es propio). A la luz de la doctrina, tanto en la legislación hondureña, cuanto en la costarricense, pueden identificarse tres órganos sociales para las sociedades anónimas: 1) órgano deliberativo (asamblea de accionistas, artículos 165 al 200 del Código de Comercio de Honduras; 152 al 180 del Código de Comercio costarricense); 2) órgano gestor (bajo la denominación "De la administración y de la representación de la sociedad, artículos 201 al 230 del Código de Comercio de Honduras; 181 al 192, del costarricense; y 3) órgano contralor o de vigilancia (fiscal o fiscales -o comisarios según la legislación hondureña-, artículos 231 al 239 del Código de Comercio de Honduras; 193 a 200 del costarricense). No obstante lo anterior, en materia de representación, como se indicó en el Considerando I de este fallo, el artículo 182 del Código de Comercio de Costa Rica dispone que " La representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponderá al presidente del consejo de administración ... ". De conformidad con su tenor literal, se concluye que el legislador invistió como órgano representativo de la sociedad anónima al presidente del consejo de administración. Consecuentemente, son cuatro, y no tres, los órganos sociales, a saber: 1) órgano deliberativo (asamblea de accionistas), 2) órgano gestor (consejo de administración o junta directiva), 3) órgano representativo (el presidente de la sociedad) y, 4) órgano contralor o de vigilancia (fiscal o fiscales). Cada uno tiene competencias propias establecidas en la ley. Ninguno puede realizar actividades propias de otro, cuando sean legalmente estatuidos en la eventualidad de que la ley no asigne determinada función, de conformidad con el artículo 152 párrafo segundo ibídem, el competente para llevarla a cabo es la Asamblea de Accionistas, como órgano supremo. Corolario de lo anterior es que el único órgano que puede representar válidamente a la sociedad tanto judicial, cuanto extrajudicialmente, es el presidente de la Junta Directiva. Cuando la persona física actúa en su carácter de presidente, por lo tanto, debe entenderse que quien lo hace es la sociedad. Por ello, el tercero que contrata con él, o el que lo llama a juicio, o solicita su confesión, no está obligado a, de previo, verificar si se le han otorgado poderes suficientes para



actuar. El legislador costarricense le otorgó poderes amplísimos, omnímodos, por ello, no es posible que los socios, en el pacto social, le limiten esas facultades. Entenderlo de esta forma conculca los principios rectores del Derecho Mercantil de seguridad y celeridad en las transacciones comerciales. En conclusión: el legislador quiso que el órgano representativo tuviera los suficientes poderes para hacer actuar a la persona jurídica que representa. Ergo, cualquier limitación establecida en el pacto social debe tenerse por no puesta. Ahora bien, el numeral 182 del Código de Comercio, en su segunda oración, prevé la posibilidad de que los socios designen en el pacto social, además del presidente, a otros representantes, a quienes sí se les puede imponer limitaciones..." .- Consecuentemente y por todo lo expuesto lo resuelto por el señor juez de primera instancia no es correcto y procederá por ende, revocar la resolución apelada en todos sus extremos y en su lugar se deniega la solicitud que hace el señor Tomas Lee Larson renunciando al derecho de la actora y solicitando se archive el expediente, proceso que deberá seguir su curso, si otro motivo no lo impide y por ende queda revocado también lo dispuesto en cuanto al levantamiento de los embargos preventivos decretados en autos y la condena en daños y perjuicios causados por el embargo, pues el proceso ha de seguir su curso normal y por ende el levantamiento de los embargos no procede y mucho menos el archivo del expediente.-

POR TANTO:

Se revoca en todos sus extremos la resolución apelada y continúese con la tramitación de este proceso si otro motivo no lo impide.-

### **3. DOCTRINA**

#### **a) La responsabilidad de los administradores**

**[BRUNETTI]<sup>6</sup>**

"La responsabilidad de los administradores no se basa en una relación contractual (ya sabemos que el nombramiento por la asamblea es una relación unilateral y que la aceptación es un simple acto de adhesión) sino en la organización de la sociedad. Acertadamente Fré escribía que "se señala al órgano administrativo el deber fundamental de desarrollar su actividad en interés del

ente, observando determinadas normas que pueden estar integradas en el acto constitutivo o en el estatuto y que representan las reglas esenciales e indeclinables a las que ha de conformarse aquella actividad. Si los administradores descuidan aquel interés o actúan de modo que estén en oposición con él, o violan las normas legales y estatutarias que les imponen especiales deberes que habrán de ser observados en el ejercicio de sus cargos, irrogando con ello un perjuicio al patrimonio social, han de responder de sus culpas ante los socios y ante terceros, es decir, ante las dos categorías de personas que, con una expresión técnicamente inexacta, pero indudable eficaz, el legislador ha indicado como las que tienen un parecido interés y, por eso, un igual derecho, a la integridad del patrimonio"<sup>3</sup>.

Desde todos los puntos de vista, pues, la responsabilidad orgánica es responsabilidad ex lege. Respecto de las fuentes de las obligaciones, a que se refiere el artículo 1.173, la responsabilidad se deriva de actos o hechos capaces de producirla con arreglo a la ordenación jurídica."

#### **b) Acción Social de responsabilidad contra los Administradores**

#### **[BRUNETTI]<sup>7</sup>**

"La acción social de responsabilidad contra los administradores ha de promoverse como consecuencia de un acuerdo de la asamblea, aunque la sociedad esté en liquidación (art 2393).

No es inoportuno —escribe Lordi— este añadido sobre la liquidación: Era necesario aclarar que, funcionando la asamblea incluso durante la liquidación, sólo ésta tiene facultad para actuar en responsabilidad, incluso cuando la sociedad está en liquidación. Era preciso aclarar la duda en especial porque, al extenderse cada vez más las liquidaciones forzosas, podía surgir la duda de si, en caso de silencio de la ley, la acción de responsabilidad correspondía al solo administrador o bien a la asamblea. La cuestión está ahora resuelta en este sentido: corresponde a la asamblea, si, por una disposición particular de la ley, no puede accionar en responsabilidad el comisario encargado de la liquidación forzosa.

El art 2393 no repite los conceptos del art 152 del Cód de Com de que la acción acordada por la asamblea es ejercitada por medio de los censores. El mecanismo es completamente distinto. El acuerdo relativo a la acción, cuando haya sido tomado con el voto

favorable de un quinto del capital social, por lo menos, lleva aneja la revocación en el cargo de los administradores contra los que se trata de plantear la acción. Al proceder la misma asamblea a su sustitución, la acción será ejercitada por los nuevos administradores.

La acción, por consiguiente, compete a la sociedad y no a la mayoría de los accionistas y es justo que sea así si la responsabilidad afecta al patrimonio social y la acción sólo tiende a su reintegración. En vía de excepción, la acción puede ser planteada por el administrador judicial nombrado por el tribunal, de conformidad con el cuarto párrafo del art 2409.

La competencia de la asamblea es la ordinaria. Lo dice el art 2364 que indica, entre las materias, los acuerdos sobre responsabilidad de los administradores y de los censores. Y la disposición se relaciona con la del segundo párrafo del art 2393 por la que

... el acuerdo concerniente a la responsabilidad de los administradores puede ser tomado en ocasión de la discusión del balance, aunque no esté indicado en la relación de materias a tratar.

Ello significa que, dada la conveniencia de proceder urgentemente, ni siquiera es necesario que en el orden del día se indique que se trata de la acción contra uno o varios o contra todos los administradores. Por el art 2434, la aprobación del balance por parte de la asamblea no implica liberación de los administradores, de los directores generales y de los censores por las responsabilidades en que han incurrido con motivo de la gestión social.

En realidad, un balance ha de ser siempre aprobado como manifestación de la situación patrimonial de la sociedad aunque sus resultados sean desastrosos (Balandra).

El acuerdo de la asamblea ha de ser tomado con el voto favorable de un quinto del capital social, como mínimo. Sólo con esta mayoría (que no puede ser modificada por el acto constitutivo o por otro acuerdo), además de la acción de responsabilidad puede acordarse la revocación en el cargo de los administradores contra los cuales se piensa dirigir la acción y su sustitución.

En cuanto a la formación de la asamblea, los administradores, por ser accionistas, pueden participar en su constitución, pero no tomar parte en la deliberación, teniendo en cuenta la prohibición del tercer párrafo del art 2373, por la que "no pueden votar en los acuerdos que hagan referencia a la responsabilidad". Esta especial situación personal no puede influir sobre la legalidad del quorum, como, por otra parte, expresamente reconoce el último

párrafo del art 2373, diciendo que las acciones por las cuales, de conformidad con este art no puede ser ejercitado el derecho de voto, son computadas a los fines de la constitución de la asamblea en debida forma.

La ley excepcional -escribe Vivante- que priva a los administradores del derecho de voto, no puede aplicarse a los actos preparatorios que determinan la legal constitución de la asamblea. Una cosa es el acuerdo del que están excluidos y otra las condiciones para la constitución legal de la asamblea de la que forman parte como accionistas. Ésta queda constatada en el acto en que se constituye y, más tarde, toma sus acuerdos con base en aquella constitución.<sup>202</sup>

Cabe la pregunta de si, no alcanzarse el voto favorable del quinto del capital social, se deba proceder a una segunda convocatoria con las condiciones establecidas en el art 2369. La respuesta no es difícil, aunque el art 2393 nada dice a este propósito. Si el acuerdo sobre la responsabilidad se toma en asamblea ordinaria (art 2364), la segunda convocatoria

... acuerda sobre los asuntos que tenían que haber sido tratados en la primera, cualquiera que sea la parte de capital representada por los socios presentes.

Por eso el acuerdo será válido, en esta fase, cualquiera que sea el número de los presentes.

En cuanto a la legitimación para comparecer enjuicio, el art 152 del Cód de Com decía que la sociedad actuaba por mediación de los censores. Este concepto ha desaparecido y ello se explica pensando que la responsabilidad de los administradores entraña muy a menudo la de los censores por falta de vigilancia. Era, pues, conveniente no confiar un cometido tan delicado a personas eventualmente corresponsables. El ejercicio de la acción será, por consiguiente, confiado al nuevo consejo de administración o a los liquidadores, si la sociedad ha entrado en liquidación o, incluso, a 'mandatarios especiales, siendo la asamblea libre de conferir este cometido a personas de su completa confianza."

### **c) Responsabilidad de los Síndicos.**

**[BRUNETTI]<sup>8</sup>**

"Para la responsabilidad de los síndicos, en caso de

incumplimiento de sus funciones, la ley aplica el mismo régimen que el de la responsabilidad de los administradores. Aquellos han de tener la diligencia del mandatario, es decir, la de aquel que está obligado a cumplir un encargo (2,9,2,3). Por eso son responsables de la verdad de sus testificaciones y han de conservar el secreto sobre los hechos y los documentos de que tienen conocimiento por razón de su cargo. La responsabilidad es solidaria con la de los administradores por los actos y las omisiones de éstos cuando el daño no se habría producido si hubiesen vigilado convenientemente, de conformidad con las obligaciones de su cargo. Si la responsabilidad de los administradores es en *comitiendo* y la de los censores en *vigilando* (y por ello menos grave) no quiere decir que quede excluida la solidaridad. Si la culpa de los administradores es en *vigilando*, respecto de los hechos culposos del comité ejecutivo, la de los síndicos sigue siendo solidaria por no haber vigilado en forma conveniente."

**d) Alcances de la responsabilidad de los Fiscales.**

**[FERNANDEZ RODRIGUEZ Y HERNANDEZ MOREIRA]<sup>9</sup>**

"Los fiscales responden individualmente por el cumplimiento de sus obligaciones (art. 199 del C. de C.) tanto si se trata de una sociedad anónima cerrada como de una de capital abierto (art. 140 L.R.M.V.), esto como una expresión de la naturaleza no colegiada del órgano fiscal. Como consecuencia de ello se debe demandar a cada uno de los fiscales personalmente al ejercitar la acción de responsabilidad correspondiente.

Para el caso de la sociedad anónima de capital abierto los fiscales son además solidariamente responsables con los administradores por los actos u omisiones de estos cuando el daño se hubiere podido evitar si hubieran cumplido con sus obligaciones. (art. 141 párrafo 2. de la L.R.M.V.) . (919)

La doctrina entiende que para estos casos: "Si la responsabilidad de los administradores es en *commitiendo* y la de los censores en *vigilando* (y por ello menos grave) no quiere decir que no quede excluida la solidaridad. Si la culpa de los administradores es en *vigilando*, respecto de los hechos culposos del comité ejecutivo, la de los síndicos sigue siendo solidaria por no haber vigilado convenientemente." (92°) Por otra parte, otros llegan al mismo resultado sosteniendo que "... la norma prevé un supuesto de

cocausación, porque al resultado dañoso contribuyen la conducta antijurídica imputable -a título de culpa o dolo- de los directores y la conducta antijurídica imputable -a título de culpa (v.gr., in vigilando)- del sindico." (921)

En orden al diferente tipo de responsabilidad y la diferencia de su gravedad es necesario tener en cuenta, a efectos de su participación en la reparación del daño, que se distribuya con base en la relevancia de la conducta de cada uno respecto del daño causado, así si bien cada uno responde por el todo, a nivel de los responsables co-causantes (nivel interno) la relación debería regirse según los grados de participación. (922)

Tanto en la sociedad anónima cerrada como en la de capital abierto su responsabilidad es ilimitada.

**d) Derecho Comparado. Responsabilidad de los entes administradores en casos de Concentración empresarial**

**[MINISTERIO DE HACIENDA]<sup>10</sup>**

**I. Concentración empresarial**

Las concentraciones de empresas constituyen un fenómeno reciente que aparece como consecuencia de la producción y comercio, en gran escala necesarios para satisfacción de necesidades masivas. Ha sido definido como un fenómeno económico que responde a la evolución del capitalismo moderno, en la búsqueda por satisfacer necesidades de un mejor aprovechamiento de recursos de varias empresas mediante la unificación de la dirección y decisión de las empresas agrupadas.

Expondremos, brevemente, algunas modalidades de concentración empresarial y explicaremos su funcionamiento.

**A. Concentraciones de tipo primario y de tipo secundario**

Las concentraciones se clasifican en concentraciones de tipo primario y de tipo secundario.

**1. Concentración de tipo primario**

En el tipo primario, la concentración tiene por objeto aumentar la talla y el poderío económico de las empresas, disminuyendo su número. Una concentración de tipo primario se logra por la fusión de sociedades. Realizada la fusión, las empresas pierden su

independencia tanto jurídica como económicamente. Hay dos modalidades de fusión;: fusión por absorción y fusión por amalgama.

a. Fusión por absorción

En la fusión por absorción, una sociedad absorbe el patrimonio de otra u otras, que desaparecen como personas jurídicas. La sociedad absorbente incrementa su capital y su patrimonio; quienes eran socios o accionistas de las sociedades absorbidas pasan a ser socios o accionistas de la absorbente.

b. Fusión por creación

En la fusión por amalgama dos o más sociedades acuerdan crear una nueva sociedad, a la cual transfieren todo su patrimonio después de lo cual desaparecen las fusionadas. La nueva sociedad, producto de la fusión, tendrá un patrimonio formado con la suma de los patrimonios de las fusionadas y los socios o accionistas de éstas pasan a ser socios o accionistas de aquélla. De lo dicho resulta que con la técnica jurídica de la fusión, se aumenta el volumen de una empresa, a expensas de la existencia de varias.

2. Concentración de tipo secundario

En la concentración de tipo secundario, se mantiene el mismo número de sociedades existentes formando enjambres integrados a una organización económica (Champaud). La doctrina distingue dos motivaciones básicas para que existe una concentración de tipo secundario: la colaboración y el control.

a. Colaboración o cooperación entre empresas

Las concentraciones de empresas cuyo objetivo es la colaboración, no son determinantes de una incidencia dominante de una de las empresas sobre otra. La concentración se obtiene a través de contratos tales como las joint ventures, los grupos de interés económico, los consorcios o sociedades accidentales.

En estos casos, la independencia jurídica y económica de las empresas agrupadas no se ve afectada.

b. Concentraciones para el control empresarial

Las concentraciones de empresas cuyo objetivo es el control, se

caracterizarán por el hecho de que algunas empresas se encontrarán sujetas a un centro de decisión dominante. Esta modalidad de concentración presupone la existencia de una pluralidad de sujetos, personas físicas o jurídicas, propietarios de sus respectivas empresas y presupone, además, la existencia de uno de esos sujetos ejerciendo dominio sobre los demás. Existe, entonces, un sujeto dominante o sujeto piloto, por un lado, y sujetos dominados o controlados, por otra parte. Las empresas mantienen su independencia jurídica, pero pierden autonomía desde el punto de vista económico. Ahora bien, ¿cómo se logra el dominio de uno sobre otros? ¿cuáles son las vías para lograrlo? Existen dos modalidades que deben ser distinguidas, según el contralor sea interno o externo.

\* Contralor interno

Cuando existe contralor interno, se mantiene el mismo número de sociedades existentes; pero la sociedad en etapa de desarrollo adquiere participaciones o acciones de las otras sociedades que quedan, así, bajo su contralor. El dominio se ejerce desde el interior de las empresas dominadas. A veces, la dominante tiene la totalidad de las cuotas sociales o acciones de la sociedad dominada; otras veces la dominante tiene participaciones sociales que le permiten tener mayorías requeridas para adoptar resoluciones en las sociedades dominadas. En fin, hay casos en que sólo se tiene una participación minoritaria pero suficiente para asegurarse el contralor. Ello sucede en las sociedades anónimas en que la masa accionaria, indiferente a la marcha de los negocios sociales no concurre a las asambleas y ellas se manejan por una minoría, precisamente la adquirida por la sociedad dominante.

\* Contralor externo

En las hipótesis de contralor externo, un sujeto jurídico ejerce el dominio sobre otro u otros, utilizando su mayor poderío económico, para imponer su propia voluntad. También, puede ejercerse el dominio por quien tiene la supremacía tecnológica, aun cuando en rigor las dos cosas marchan juntas. Esto es: quien tiene poderío económico generalmente tiene la supremacía tecnológica y el dominio de la tecnología confiere gran poder económico. Ese dominio permite a la sociedad dominante desarrollar su empresa a través de la actividad de sus dominadas.

En estas hipótesis, los sujetos dominados se someten al contralor porque desde el punto de vista económico les interesa seguir las



directivas que se les imponen. En rigor, el sujeto más débil en la contratación puede optar por no someterse, pero en tal caso pierde la posibilidad de obtener determinados beneficios que se le ofrecen a cambio de su sujeción. En otras palabras, en general, los sujetos controlados se someten porque les conviene.

En algunos casos, la dominación es total y las empresas dominadas se convierten en verdaderos satélites sin vida propia. La dominación puede no ser absoluta; el sujeto dominante puede imponer, por ejemplo, directivas en materia de comercialización de determinados bienes, dejando en libertad otros aspectos de funcionamiento de las dominadas. Generalmente, cuando el contralor es externo, las personas dominadas conservan sus órganos de administración naturales, que se reservan cierta autonomía para distintos aspectos de su gestión.

Para dar ejemplos de contralor externo, mencionamos el que se crea cuando un fabricante celebra con determinados comerciantes contratos por los cuales les confiere la exclusividad de la venta de sus productos; pero le impone su sometimiento a todas las directivas que imparta en cuanto a las condiciones y a la forma de comercialización. Otro ejemplo: un empresario celebra un contrato de suministro con un fabricante y por ese contrato absorbe toda su producción, pero le impone las consiguientes condiciones. En algunos casos puede existir concentración financiera en virtud de la cual, el sujeto dominante logra una participación en las utilidades de las dominadas.

#### B. Concentración vertical y horizontal

En la concentración vertical se agrupan empresas interesadas de modo sucesivo en un ciclo económico: por ejemplo, en distintas etapas de la producción y, luego, de su comercialización. En la concentración horizontal se coordina la actividad de entidades que desarrollan el mismo giro, reglamentando de común acuerdo su concurrencia en un determinado mercado.

Puede existir, a la vez, concentración vertical y horizontal. Es el caso en que un fabricante impone a los comerciantes que distribuyen sus productos, condiciones de comercialización. Cada uno de ellos dirige una empresa satélite que gira en torno al fabricante. Entre fabricante y comerciantes existe concentración vertical, pero entre esos comerciantes interesados en el mismo

estadio del ciclo económico existe concentración horizontal.

Al agrupamiento de empresas que se dedican a productos o servicios disímiles, se le denomina conglomerado.

### C. Concentración societaria y conjunto económico

Cuando los acuerdos de concentración empresarial se celebran entre sociedades, se utiliza la expresión "concentración de sociedades". Esta modalidad de concentración no supone, en principio, que exista comunicación de responsabilidad entre las sociedades intervinientes. Los actos, derechos y obligaciones de cada una se imputan a la sociedad actuante en cada caso[7][8].

Ahora bien, la concentración societaria o el agrupamiento empresarial puede derivar en lo que se conoce como "conjunto económico". La expresión "conjunto económico" carece de una dimensión jurídica generalmente aceptada. Sin embargo, tanto en el ámbito del Derecho Tributario como del Derecho Laboral, se maneja esta expresión, fundada en la existencia de alguna de las modalidades referidas de concentración empresarial, para sustentar la comunicación de responsabilidad entre los sujetos que integran el conjunto económico[.

## II. G.I.E y Consorcio

Los grupos de interés económico (GIE) y los consorcios, están regulados en la Ley 16.060 en el capítulo tercero. Su inclusión en la Ley, responde al interés del legislador por agregar nuevas formas jurídicas que propendan al desarrollo de las concentraciones empresarias y que se suman a las denominadas "formas de concentración societaria" como lo son la participación entre sociedades, las sociedades controladas y vinculadas .

La doctrina ha señalado que estos institutos permiten atender las necesidades concentracionistas de las empresas, sin caer en el control y el dominio propio de las concentraciones societarias basadas en el poder. Por el contrario, los GIE y los consorcios propenden a la colaboración y cooperación entre las empresas de manera que éstas desarrollen conjuntamente, pero en forma autónoma e igualitaria, una determinada actividad de interés común inspirada en el deseo de la mutua cooperación.

## A. Grupos de Interés Económico

### 1. Concepto y caracterización

El concepto del GIE se encuentra establecido en el art. 489 de la Ley 16.060. Esta norma dispone: "Dos o más personas físicas o jurídicas podrán constituir un grupo de interés económico con la finalidad de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros o mejorar o acrecer los resultados de esa actividad.

Por sí mismo no dará lugar a la obtención ni distribución de ganancias entre sus asociados y podrá constituirse sin capital. Será persona jurídica".

El GIE es un contrato que da nacimiento a una persona jurídica.

#### a. Contrato

Los GIE son contratos. No son sociedades comerciales porque carecen de los elementos específicos que caracterizan a las sociedades. En efecto, no tiene por objeto la realización de aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas.

Es un contrato de colaboración que permite lograr la concentración empresaria sin caer en la concentración societaria y que está pensado fundamentalmente para las pequeñas y medianas empresas.

#### Formalidades del contrato

El GIE se constituye mediante un documento (escritura pública o privada) que debe contener determinadas enunciaciones. A los efectos de su regularidad, el contrato deberá inscribirse en el Registro Nacional de Comercio. Las modificaciones al contrato se realizan siguiendo las mismas formalidades que para su constitución; esto es logrando el acuerdo de los agrupados, instrumentando por escrito las modificaciones e inscribiéndolas en el Registro Nacional de Comercio. El contenido del documento está señalado en el art. 490 de la Ley y es el siguiente:

Lugar y fecha de su otorgamiento.

La fecha del otorgamiento es especialmente importante porque de ella dependerá el momento en que empezarán los derechos y obligaciones de los asociados.

Por otra parte, determina la capacidad de los contratantes. En cuanto a este elemento esencial, rigen los principios generales de la Ley enunciados en los art. 44 a 46.

En efecto, para celebrar un contrato de GIE, se tiene que ser capaz para ejercer el comercio (art. 44). Si uno de los integrantes resultara incapaz rige el principio general dispuesto en el art. 24 de la Ley.

Los representantes de un menor o incapaz, no pueden intervenir en la celebración del contrato ni siquiera con autorización judicial dado que los integrantes del grupo son ilimitadamente responsables por las deudas del GIE. Por la misma razón, los padres no pueden celebrar un contrato de GIE con sus hijos

Individualización de sus integrantes.

La individualización de los otorgantes, se realiza fundamentalmente, a través de la denuncia de sus datos personales (nombre y apellidos, nacionalidad, estado civil y domicilio si son personas físicas; si son personas jurídicas los datos serán la denominación, el domicilio, la sede, el lugar y fecha de su constitución y de su registro en el Registro Nacional de Comercio).

La denominación del grupo que se integrará con las palabras "Grupo de Interés Económico" o su sigla "GIE".

El plazo por el que el grupo se constituye y que deberá ser determinado.

El GIE debe tener un plazo determinado. La Ley no establece tope alguno.

El objeto

Siguiendo los principios generales, el objeto del GIE debe ser determinado y lícito. Genéricamente, el objeto de un GIE será facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros o acrecer los resultados de esa actividad.

El GIE no tiene actividad propia como sucede en el caso de la sociedad comercial. El objeto del GIE sólo puede ser el desarrollar la actividad económica de sus miembros o acrecer los resultados de esa actividad. Los miembros del GIE no se agrupan para crear un ente nuevo que actuará por cuenta de sus integrantes. Son éstos últimos quienes continuarán comerciando por su cuenta. El GIE limitará su actividad a coordinar la actuación individual de los miembros del grupo. Ello explica que el GIE por si mismo no de lugar a la obtención ni distribución de ganancias y que pueda constituirse aun sin capital.

Parte de la doctrina entiende que el GIE carece de patrimonio. Al no haber aportes de los agrupados, ni finalidad de obtener ganancias, algunos autores consideran que en el GIE no existe patrimonio. Los beneficios que produce la actividad del GIE, se radicarían directamente en el patrimonio de los miembros. Esto, obviamente crea un obstáculo al catalogar al GIE como persona jurídica.

Entendemos que no existe tal contradicción porque el GIE, en nuestro concepto, tiene patrimonio. De hecho sólo así se explica que el GIE responda en primer lugar por las deudas sociales.

Al GIE le falta evidentemente un elemento que es la obligación de aportar, lo que no quita que los miembros contribuyan a formar el patrimonio social sin el cual difícilmente podría cumplir con su objeto.

Esas contribuciones no tendrán el carácter de aporte ni el fin de constituir un capital en el sentido atribuido a estos conceptos en el derechos societario.

El patrimonio del GIE se formará con éstas contribuciones que a título de préstamo o donación (u otro) efectúen los agrupados.

Por otra parte, el hecho de que el GIE no tenga por objeto la obtención de ganancias no quita que pueda tenerlo si así se pacta en el contrato. Si ello es así los miembros tendrán el derecho a participar en la distribución de las ganancias obtenidas por el GIE.

En conclusión, los dos elementos específicos del contrato de sociedad, los aportes y la participación en las ganancias y pérdidas, no son elementos ni necesarios ni específicos del GIE, pero pueden ser incorporados al contrato como elementos accesorios.

El domicilio

El domicilio es necesario a los efectos de la contratación con los

terceros.

Caracterización

El contrato de GIE tiene las siguientes características:

a. Es un contrato de plurilateral porque las partes pueden estar integradas por dos o más personas físicas o jurídicas.

b. Es un contrato de colaboración y de organización que permite lograr concentraciones empresarias sin concentración societaria.

c. Es un contrato nominado

d. Es un contrato intuitu personae lo que determina que no se pueda expresar la participación de los integrantes del grupo mediante títulos negociables ni que se puedan ceder (art. 498). Por la misma razón, el ingreso de nuevos miembros al grupo debe ser resulta por unanimidad.

e. Es un contrato de duración continuada y consensual

b. Persona jurídica

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 489 de la Ley, el GIE es una persona jurídica. Como tal el GIE posee derechos, obligaciones y responsabilidades que le son propias y que resultan independientes de los miembros del grupo.

Parte de la doctrina, afirma que, a diferencia de la sociedad comercial, la personalidad jurídica de un GIE es meramente instrumental y que resulta apta únicamente para facilitar la actuación del grupo. El hecho de que el GIE carezca actividad propia, hace concluir a algunos autores que la personalidad jurídica es "ambigua" o "disminuida" .

El sujeto de derecho GIE nacerá con la celebración del contrato. El requisito de inscripción del contrato en el Registro Nacional de Comercio, sólo se exige a los efectos de su constitución regular.

## Disolución y liquidación

En materia de disolución la Ley prevé que el GIE pueda disolverse por decisión de los agrupados (unanimidad o mayoría si así lo establece el contrato) si se ha configurado alguna de las causales dispuestas en el art. 159.

Se aclara que la muerte, la incapacidad o quiebra de una persona física o la disolución quiebra o liquidación judicial de una persona jurídica no disolverá el grupo, salvo que se haya dispuesto lo contrario en el contrato.

Cuando se produzca alguna de estas circunstancias, el agrupado afectado abandonará el grupo y el GIE quedará integrado por los restantes. El contrato puede prever que cualquiera de estas circunstancias provoque la disolución total del grupo.

La liquidación se efectuará aplicando la disciplina de la Ley en todo lo no previsto en el contrato. El patrimonio remanente una vez cumplidas las obligaciones del grupo tendrá el destino acordado por sus miembros en el contrato.

## 2. Estatuto jurídico del agrupado

El miembro de un GIE tiene un estatuto propio conformado por derechos y responsabilidades.

### a. Derechos

#### Obtención de la colaboración

El principal derecho del agrupado del GIE es el de obtener la colaboración del grupo. Esto es consecuencia del objeto del GIE que no es otro que el de facilitar o desarrollar la actividad económica de cada uno de sus miembros o mejorar o acrecer los resultados de la actividad desarrollada por el agrupado.

#### Derecho de receso

Los agrupados en el GIE tienen derecho de receso si así se estipuló en el contrato. Sólo si se estipuló este derecho el agrupado podrá abandonar el grupo.

#### Voz y voto en la asamblea

Los miembros del grupo tienen el derecho de participar en la adopción de resoluciones sociales mediante su participación y voto en la asamblea. Hay un tratamiento igualitario ya que cada agrupado tiene un voto en la asamblea.

b. Responsabilidades

El art. 495 de la Ley dispone: "Los miembros del grupo serán responsables por las obligaciones contraídas por éste. Esa responsabilidad será subsidiaria y solidaria"

Los miembros del GIE son responsables subsidiariamente y solidariamente. El principal responsable por las deudas que se contraigan es el GIE con su patrimonio. Los acreedores podrán reclamar el pago total de su deuda a los agrupados después de haber agotado el patrimonio social.

3. Órganos

El GIE tiene una organización interna basada en la existencia de los siguientes órganos:

a. Asamblea de agrupados

Los miembros del GIE se reúnen en asamblea a los efectos de adoptar las resoluciones sociales que luego ejecutará el órgano de administración.

Las decisiones se adoptan por unanimidad salvo que el contrato establezca lo contrario. De acuerdo al art. 496, la asamblea de miembros del grupo está facultada para adoptar cualquier decisión incluso la disolución anticipada o la prórroga de su duración en las condiciones establecidas en el contrato constitutivo.

Cada miembro tendrá derecho a un voto y la asamblea se reunirá toda vez que lo solicite un agrupado sin mayores formalidades salvo las dispuestas por el contrato.

b. Administración

La administración del GIE estará a cargo de un administrador único o de un directorio, elegidos por la asamblea. El administrador o el presidente del directorio ejercerán, además, las funciones de representación del GIE frente a los terceros. El contrato deberá contener la organización de este órgano, en su defecto será de aplicación el régimen de las S.A.



En su actuación el administrador o el directorio estarán limitados por el objeto del GIE. En efecto, el art. 494 de la Ley establece: "En sus relaciones con los terceros, los administradores obligarán al grupo por todo acto comprendido en su objeto".

Esta norma contempla el principio de la especialidad del objeto. El GIE no quedará vinculado por los actos de sus administradores y representantes que no estén comprendidos en el objeto determinado en el contrato[.

#### c. Fiscalización

Puede existir un órgano de fiscalización interna si así fue previsto en el contrato social. La fiscalización estatal no está prevista en la Ley.

#### B. Consorcios

##### 1. Concepto y caracterización

###### a. Concepto

El art. 501 de la Ley define al consorcio de la siguiente manera: " El consorcio se constituirá mediante contrato entre dos o más personas físicas o jurídicas, por el cual se vincularán temporariamente para la realización de una obra, la prestación de determinados servicios o el suministro de determinados bienes.

El consorcio no estará destinado a obtener y distribuir ganancias entre los partícipes sino a regular las actividades de cada uno de ellos.

No tendrá personalidad jurídica. Cada integrante deberá desarrollar la actividad en las condiciones que se prevean, respondiendo personalmente frente al tercero por las obligaciones que contraiga en relación con la parte de la obra, servicios o suministros a su cargo, sin solidaridad, salvo pacto en contrario"

El consorcio es un contrato de organización y de colaboración, que permite lograr concentración empresarial sin caer en las situaciones de control que impone la concentración societaria como en el caso de la participación de una sociedad en otra, la vinculación de sociedades, fusión etc.

Permite la ejecución de empresas importantes y transitorias a personas que, de otra forma, no podrían competir.

\* Enunciaciones del contrato

El contrato de consorcio debe instrumentarse por escrito y deberá contener determinadas enunciaciones dispuestas por la Ley en el art. 502.

Debe inscribirse en el Registro Nacional de Comercio y publicarse un extracto en el Diario Oficial (art. 503).

El escrito (en documento público o privado), no se exige como solemnidad, sino a los efectos de la prueba. El registro y la publicación sólo tienen por objeto dar publicidad. No se sanciona especialmente la omisión en el cumplimiento de estos requisitos.

Las enunciaciones del contrato deben ser las siguientes:

1. Lugar y fecha del otorgamiento e individualización de los otorgantes.

La fecha del otorgamiento es especialmente importante porque de ella dependerá el momento en que empezarán los derechos y obligaciones de los asociados.

Por otra parte, determina la capacidad de los contratantes. En cuanto a este elemento esencial, rigen los principios generales de la Ley enunciados en los art. 44 a 46.

En efecto, para celebrar un contrato de Consorcio se tiene que ser capaz para ejercer el comercio (art. 44). Si uno de los integrantes resultara incapaz rige el principio general dispuesto en el art. 24 de la Ley.

La individualización de los otorgantes, se realiza fundamentalmente, a través de la denuncia de sus datos personales (nombre y apellidos, nacionalidad, estado civil y domicilio si son personas físicas; si son personas jurídicas los datos serán la

denominación, el domicilio, la sede, el lugar y fecha de su constitución y de su registro en el Registro Nacional de Comercio).

## 2. Denominación con el aditamento "consorcio".

Aun cuando el consorcio carezca de personalidad jurídica, debe adoptar una denominación al que debe agregarse la palabra consorcio con el objeto de advertir a los terceros, la naturaleza jurídica del grupo.

## 3. Objeto, duración y domicilio.

El objeto del consorcio es crear un vínculo temporario entre los consorciados a los efectos de que éstos realicen una obra, presten determinado servicio o cumplan el suministro de ciertos bienes.

El contrato de consorcio regula y coordina la actividad de cada uno de los miembros. Cada consorciado participará en la obra, por ejemplo, desarrollando su actividad en forma individual, obteniendo para sí los resultados económicos resultantes y asumiendo la responsabilidad que le corresponda..

El contrato también debe establecer la duración puesto que el objeto del consorcio es transitorio. Durará lo necesario para realizar la obra o prestar los servicios o suministros.

## 4. Participación del consorciado, sus obligaciones y responsabilidades.

En el contrato se debe establecer con especial detalle la determinación de cuál ha de ser la participación de cada contratante en la obra a realizar o en los servicios o suministros a prestar. Se deben establecer las obligaciones que cada uno de ellos asume así como sus responsabilidades

## 5. Administración, representación y control.

El contrato deberá determinar quien o quienes se encargarán de la

administración y representación del consorcio. Lo mismo respecto a su control. Todo sin perjuicio de que en la Ley existen normas supletorias para el caso de que los contratantes no hayan previsto estos puntos.

#### 6. Adopción de resoluciones

Deberá determinarse la forma en que se habrán de adoptar las resoluciones del consorcio y la forma en que habrán de reunirse, su periodicidad, formalidades etc.

#### 7. Admisión, exclusión y cesión

El contrato puede prever y condicionar la posibilidad de admitir nuevos integrantes, así como las causas de exclusión, la posibilidad de retiro y la posibilidad de cesión de la participación por un miembro.

Se habilita, entonces, la posibilidad de cambio en el sustrato personal de este contrato.

#### 8. Contribución al fondo común

El consorcio no tiene patrimonio propio porque no tiene personalidad jurídica. Eso no significa que no tenga un fondo en donde cada consorciado contribuya a los gastos de administración etc.

Ese fondo pertenecerá a todos los miembros del consorcio los que entregarán su contribución del modo que ellos consideren apropiado, esto es, en forma de préstamo o donación o de otro modo.

#### 9. Sanciones por incumplimiento

El contrato deberá prever las sanciones a aplicar al consorciado incumplidor de sus obligaciones.

b. Caracterización

El contrato de consorcio tiene las siguientes características:

- a. Es un contrato de plurilateral porque las partes pueden estar integradas por dos o más personas físicas o jurídicas.
  - b. Es un contrato de colaboración y de organización que permite lograr concentraciones empresarias sin concentración societaria.
  - c. Es un contrato nominado
  - d. Es un contrato de duración continuada y consensual.
2. Estatuto jurídico del consorciado
- a. Derechos

Obtención de la colaboración

El principal derecho del consorciado es el de obtener la colaboración del consorcio. En efecto, el consorcio tiene por finalidad crear un vínculo temporario para la realización de una obra, o la prestación de determinados suministros o servicios. El consorciado tiene derecho a ser guiado por el Consorcio en la parte de la obra o servicio que le toque realizar.

Derecho de receso

Los miembros de consorcio tienen derecho de receso si así se estipuló en el contrato. De acuerdo al art. 508, la rescisión parcial del contrato aparejará que la participación del miembro saliente acreciente la de los restantes, si eso es posible por las circunstancias del caso.

Voz y voto en las reuniones de consorciados

Los miembros del consorcio tienen el derecho de participar en la adopción de resoluciones mediante su participación y voto en la

reunión de consorciados.

Las decisiones se adoptan por mayoría excepto la modificación del contrato y su rescisión que se deben adoptar por unanimidad salvo que el contrato disponga otra cosa (art. 507).

#### b. Responsabilidades

Cada miembro del consorcio es responsable personalmente frente a los terceros por las obligaciones que contraiga en relación con la parte de la obra, el servicio o los suministros que están a su cargo. Esta responsabilidad es directa, esto es no hay subsidiaridad y no es solidaria salvo que así se pacte en el contrato.

La responsabilidad de cada consorciado es consecuencia de la falta de personalidad jurídica del consorcio. Al no haber un patrimonio global afectado a las deudas en común, sólo hay patrimonios individuales para satisfacer a acreedores individuales.

### 3. Órganos

#### a. Reunión de consorciados

Los miembros de un consorcio tendrán la necesidad de reunirse a los efectos de resolver sobre la actividad desarrollada en común. No se prevé en la Ley un régimen orgánico de reunión como lo es la asamblea. Las reuniones se realizarán según lo estipulado en el contrato.

#### b. Administración y representación

La administración del consorcio está a cargo de uno o más administradores o gerentes (art. 504). La representación del consorcio será ejercida por el administrador pero puede establecerse en el contrato que sean otras las personas encargadas de tal función. La ley hace una remisión a las normas de administración contenidas en la parte general de la Ley y en la regulación de las sociedades colectivas y a las normas del mandato (art. 506 y 508). La remisión al mandato se hace en lo relativo a la actuación y responsabilidad del representante del consorcio que es visto como un mandatario.

c. Fiscalización

La fiscalización interna no está prevista aunque podría establecerse en el contrato.

C. Semejanzas y diferencias entre el G.I.E. y el consorcio y las sociedades comerciales

1. Semejanzas y diferencias entre el G.I.E. y el consorcio

a. Semejanzas

a. No participan de la naturaleza de los negocios societarios.

b. Son contratos de organización y colaboración que tienden a favorecer concentraciones empresarias.

c. Los dos contratos requieren una serie de enunciaciones básicas y ser inscriptos en el Registro Nacional de Comercio.

d. En ambos se permite el ingreso de nuevos miembros siempre y cuando esté previsto en el contrato.

e. En ambos contratos los miembros adoptan las decisiones por unanimidad en principio.

**b. Diferencias**

a. El GIE es persona jurídica, el consorcio no.

b. El objeto del consorcio es transitorio, el del GIE no.

c. Para completar la constitución del consorcio debe publicarse un extracto del contrato en el Diario Oficial. Para la constitución del GIE basta la instrumentación e inscripción.

d. La responsabilidad de los miembros del GIE es subsidiaria y solidaria frente a las obligaciones contraídas por el grupo. La responsabilidad del consorciado es personal de cada uno por la parte que le corresponde en la obra o servicio sin solidaridad

salvo pacto expreso.

## 2. Semejanzas y diferencias con la sociedad comercial

### \* Consorcio

El consorcio es un contrato entre dos o más personas que se vinculan temporariamente para la realización de una obra o para prestar un servicio o para realizar el suministro de ciertos bienes. En este contrato, se regula la actividad individual de cada uno de los consorciados (art. 503).

A diferencia de la sociedad, el consorcio no tiene por objeto realizar una actividad común, pues la actividad se divide entre los consorciados. Por ello, no persigue el fin de distribuir utilidades y participar en las pérdidas, pues no se generan utilidades ni pérdidas que se puedan imputar al consorcio y que luego puedan dividirse entre los consorciados (art. 503).

No es de esencia la realización de un aporte, aunque puede preverse en el contrato, contribuciones para los gastos comunes (art. 504, 8). No tiene personalidad jurídica.

### \* Grupo de interés económico

El grupo de interés económico (G.I.E.) es una persona jurídica que se constituye por dos o más personas. Nace de un contrato entre ellas (art. 492).

El objeto del agrupamiento es facilitar o desarrollar la actividad económica individual de los contratantes; a diferencia de la sociedad, en que los socios se reúnen para realizar una actividad económica en común (art. 491).

Se trata de una fórmula ideada en especial para las pequeñas y medianas organizaciones empresarias, que mediante su unión pueden competir con las grandes. No pierden, con tal unión, su independencia jurídica, pues en el grupos de interés económico no se produce una fusión. Cada persona agrupada mantiene su individualidad jurídica sin confundir sus patrimonios.



Tampoco se someten económicamente. No se crea una concentración empresarial con sujetos dominantes y sujetos dominados. Los agrupados simplemente se unen para tener individualmente, por ejemplo, un mejor acceso para la adquisición de materias primas o de tecnología o para ampliar sus mercados o para planificar su actuación en el mercado, eliminando competencias, etcétera.

También, se diferencia de la sociedad, en que no es de esencia el aporte de capital (art. 491). Si lo hay, no se destina a la realización de una actividad económica con miras a repartir ganancias sino para atender las necesidades de la planificación de las actividades individuales y para los gastos de gestión del grupo, como la adquisición o arriendo de locales para asiento de oficinas, la contratación de personal, la adquisición de tecnología para el uso de los agrupados, etcétera.

### III. Sociedades Accidentales

#### A. Concepto

El artículo 483 establece: "Los contratos entre dos o más personas cuyo objeto sea la realización de negocios determinados y transitorios a cumplirse a nombre de uno o más gestores, serán considerados como sociedades accidentales o en participación. No tendrán personería jurídica y carecerán de denominación. No estarán sujetas a requisitos de forma ni a inscripción (arts. 6 y 7). La celebración y el contenido del contrato se probará por los medios de prueba del derecho comercial".

Para buena parte de la doctrina y en algunas legislaciones se niega a este instituto el carácter societario, llamándolo "Cuentas en participación". Quizás por ello el nombre utilizado de "sociedad en participación" que alude a la obligación del socio gestor de llevar una cuenta para la operación en común, en que surja la participación de cada uno.

Las sociedades accidentales o en participación, se encuentran reguladas en nuestro Derecho a partir del artículo 483 de la Ley de Sociedades Comerciales n° 16.060. La Ley disciplina este tipo en seis artículos, conteniendo uno de ellos - el artículo 488 - una norma que remite a las normas de las sociedades colectivas, para lo no previsto y que no contraríe las disposiciones

específicas establecidas y en especial para el funcionamiento, la disolución y liquidación. Otra norma hace remisión a las normas sobre socios comanditarios (art. 487).

Son sociedades comerciales cuyo objeto es la realización de un negocio determinado y transitorio. Estos negocios determinados son realizados a nombre de un socio gestor que es el único responsable frente a los terceros.

Las sociedades accidentales se diferencian de los demás tipos societarios en tres aspectos:

1°. En primer lugar, carecen de personalidad jurídica. Todas las sociedades comerciales tienen personalidad jurídica, esto es, son sujetos de derecho, a excepción de las sociedades accidentales.

2°. En segundo lugar, el objeto de las sociedades accidentales no es el mismo que en las demás tipos sociales. En efecto, estas sociedades no están pensadas para perdurar, no se crean con el fin de permanecer en el tiempo. Por el contrario, son el marco jurídico apropiado para llevar a cabo negocios determinados y transitorios.

3°. En tercer lugar, por su transitoriedad, no están sujetas a requisitos de forma ni de inscripción alguna, por lo tanto la celebración y el contenido del contrato se probará con los medios de prueba que a tales efectos proporciona el derecho comercial (prueba documental, prueba testimonial entre otras). En efecto, para la constitución de sociedades accidentales, la Ley no impone requisitos de forma ni inscripciones registrales ni publicidad (art. 483). Consecuentemente, la Ley dispone que su existencia y sus términos se podrán probar por todos los medios de prueba del Derecho Comercial (art. 483).

No obstante la no exigencia de formas, habrá un acuerdo social con estipulaciones mínimas, que los socios, si lo desean, podrán instrumentar por escrito a los efectos de facilitar la prueba para el caso de una controversia. Los socios deben acordar las operaciones a realizar, la forma en que se realizarán, los aportes que cada uno efectuará, su participación en las utilidades y la participación en las pérdidas, designación del gestor, sus

obligaciones, la forma en que rendirá cuentas, etcétera.

## B. Caracterización

### 1. Régimen de responsabilidad

En este tipo de sociedad, hay un socio denominado "gestor", a cuyo nombre se cumple con el objeto de la sociedad. Este socio es el único responsable por las deudas sociales y en caso de serle requerido el pago responderá en forma ilimitada por ellas. Esto es responderá por las deudas contraídas por la sociedad con su propio patrimonio personal.

En caso de existir más de un socio gestor, entre ellos son además solidariamente responsables (artículo 484).

Si el gestor da a conocer los nombres de los socios de la sociedad accidental, éstos, automáticamente, pasan a responder en forma ilimitada y solidaria junto con el socio gestor (artículo 486).

### 2. Régimen de administración y fiscalización

La administración de la sociedad accidental está a cargo del socio gestor. Esto es una aplicación del principio según el cual, a mayor responsabilidad, mayor injerencia en los negocios sociales.

Uno de los rasgos característicos de estas sociedades es la presencia de uno o más gestores, quienes celebrarán los actos necesarios para cumplir el objeto a nombre personal, esto es, sin invocar la existencia de la sociedad. La Ley no impone que los gestores deban ser socios; podrán ser por lo tanto extraños. Como consecuencia de la actuación a nombre propio, los actos del gestor le vinculan sólo a él. El socio gestor asume, frente a terceros, responsabilidad personal e ilimitada por las obligaciones que contraiga en su actuación. Si se hubiera designado más de un socio gestor, su responsabilidad será solidaria (art. 484). Aun cuando actúa a nombre propio, lo hace por cuenta de la sociedad, debiendo distribuir los resultados de su actividad entre los socios, cuando se disuelva y liquide la sociedad.

No es de la esencia de este tipo social, que el gestor oculte los nombres de los socios; podemos decir que ordinariamente ha de actuar de esa forma. Puede suceder que el gestor haga conocer los nombres de los socios y si lo hace con el consentimiento de ellos,

todos quedan obligados solidariamente hacia los terceros con quienes se haya contratado (art. 486)[20][6]. Por ello, la sociedad accidental no es necesariamente una sociedad oculta.

Tampoco es una sociedad irregular, puesto que la sociedad irregular se exterioriza y sus administradores actúan en el mundo de los negocios invocando su existencia. La sociedad accidental es un tipo especial con regulación diferenciada, a la cual no se le imponen especiales requisitos por lo cual no puede padecer de irregularidad.

Los demás socios controlan su proceder de acuerdo a las disposiciones contractuales establecidas o, en su defecto, de acuerdo a las normas de los socios comanditarios ya vistas anteriormente.

Sin perjuicio de ello, los socios de la sociedad accidental tienen derecho a que el socio gestor les rinda cuentas de la gestión realizada.

En materia de control de la administración, se hace remisión a las normas sobre socios comanditarios. Será aplicable, entonces, en lo pertinente, el artículo 217. Los socios no gestores no se pueden inmiscuir en la administración pero tienen facultad para realizar actos de examen, inspección, vigilancia, verificación, opinión o consejo. También tendrán voto en la consideración de los balances y estados contables así como para la designación y remoción del gestor para decidir el ejercicio de la acción de responsabilidad contra éste. Expresamente se establece que los socios tienen derecho a exigir una rendición de cuentas de la gestión (art. 487, inc. 2).

### 3. Carencia de personalidad jurídica

La Ley no le confiere personería jurídica, introduciendo una excepción a lo dispuesto en el artículo 2 para todas las sociedades comerciales (art. 483). La no atribución de personería jurídica se justifica precisamente por la accidentalidad y la transitoriedad de los negocios.

La falta de personería provoca distintas consecuencias en su regulación.

a. No tiene denominación (art. 483). La denominación es un atributo de la personería jurídica; se impone para distinguir a la sociedad, en especial en su relación con terceros. Como la sociedad accidental no tiene personería jurídica y no debe necesariamente exteriorizarse, no hay motivo para exigirle denominación.

b. No se constituye un patrimonio separado. El aporte es un requisito de toda sociedad y también ha de existir en la sociedad accidental. En este tipo, con los aportes no se forma un patrimonio separado, ya que la sociedad creada no tiene personería jurídica.

Los bienes aportados los recibe el socio gestor, para su administración y para la realización de las operaciones determinadas que constituyen el objeto social. Luego dará cuenta de su destino y utilización y de los resultados de la gestión social a los demás socios.

En doctrina se discute qué pasa con esos bienes. ¿Hay comunidad de todos los socios sobre esos bienes? ¿o cada socio conserva la propiedad sobre el bien aportado? ¿hay transmisión de los partícipes al socio gestor y pasa el socio gestor a ser dueño de los aportes?

Como los bienes aportados por todos los socios se entregan al socio gestor, se confunden con su patrimonio; pero no hay traspaso de la propiedad de los aportes al gestor. Se creará una apariencia de que los bienes son del gestor y quienes pudieran verse afectados por ella, podrán probar que los bienes que éste tiene en su poder no le pertenecen.

A falta de personería atribuida a la sociedad debe entenderse que los bienes aportados pasan a ser comunes a todos los socios. Se crea una comunidad organizada. El gestor será su administrador y podrá destinarlos a la realización de la actividad económica, objeto de la sociedad.

c. Por no tener personería no se crea un centro de imputación diferenciado al cual se atribuyan los actos y negocios que celebre el socio gestor. Quien adquiere derechos y asume obligaciones en las relaciones con los terceros es el gestor con las salvedades analizadas en el párrafo precedente y sin perjuicio de que deba rendir cuentas a sus consocios (art. 484).

d. Por otra parte, el único que ha de tener acción contra terceros por los negocios sociales, es el gestor. Los socios no tienen acción alguna contra los terceros, puesto que no se ha creado un vínculo que los una (art. 485). Terminada la operación concreta y transitoria, para la cual se constituyó la sociedad, ésta se disuelve y deberá liquidarse aplicando los fondos comunes al pago de cuentas y deudas sociales y repartiendo el remanente entre los socios.

C. Semejanzas y diferencias entre GIE y Consorcio con la sociedad accidental

1. Semejanzas

1. El consorcio y la sociedad accidental no son personas jurídicas.
2. El objeto del consorcio y de la sociedad accidental son transitorios.
3. En los tres institutos estudiados se permite el ingreso de nuevos miembros si así está previsto en el contrato.

2. Diferencias

4. El GIE y el consorcio no son contratos de sociedad comercial. La sociedad accidental sí.
5. El contrato de GIE y el de consorcio requieren determinadas formalidades para su constitución. El contrato de sociedad accidental no.
6. El GIE y el consorcio deben tener denominación, la sociedad accidental no.
7. En el GIE y en el consorcio, en principio, las decisiones se toman por unanimidad. En la sociedad accidental se toman por mayoría.

IV. Sociedades anónimas financieras de inversión

Por

Virginia Bado

A. Concepto

Las sociedades anónimas financieras de inversión (S.A.F.I.), están reguladas en la Ley 11. 073 del 24 de junio de 1948. Son una clase de S.A por lo cual se aplica la Ley 16.060 en lo no previsto (art. 516 de la Ley 16.060).

Se trata de sociedades anónimas especiales por su objeto: deben tener por actividad la realización de inversiones y actividades comerciales principalmente fuera del territorio de la república.

La Ley distingue dos tipos de S.A.F.I. atendiendo a la naturaleza y cantidad de activos que tengan radicados en la república. En el artículo 1° regula a las S.A.F.I. sin distinción de activos radicados en el país. En el artículo 7° regula a las S.A.F.I. que tienen determinados activos radicados aquí, y para ellas dispone un régimen tributario especial y más beneficioso. La norma dispone: "Las sociedades regidas por esta ley, cuyo único activo en la República esté formado por acciones de otras sociedades de la misma clase, y o por saldos en cuenta corriente en suma inferior al diez por ciento de su activo, abonarán como único impuesto, tasa o contribución, el Impuesto Sustitutivo del de Herencias, Legados y Donaciones que se calculará con una tasa del tres por mil sobre su capital y reserva".

1. Objeto específico: inversiones y actividades comerciales principalmente en el exterior

Son S.A. que tienen un objeto limitado: su actividad principal debe ser realizar, directa o indirectamente, por cuenta propia o de terceros, o para terceros, inversiones en el extranjero en títulos, bonos, acciones, cédulas, debentures, letras, bienes mobiliarios o inmobiliarios

El art. 635 de la Ley 16.170 aclara que, además de la actividad de inversión, estas S.A. pueden, también, realizar actividades comerciales.

Como se desprende de la Ley, estas S.A. tienen un objeto específico. Además este objeto deben desarrollarlo principalmente en el exterior. De manera que una S.A.F.I. debe desarrollar su objeto principalmente en el exterior; podrá desarrollar actividades en nuestro país siempre que sean secundarias y no estén prohibidas. Puede considerarselas parcialmente extraterritoriales.

2. Actividades prohibidas

Las S.A.F.I. del artículo 1° tienen prohibidas las siguientes actividades:

a. Enumeración

\* Art. 1:

- a. Emitir sus acciones por medio de subscripción pública, o cotizarlas en Bolsa dentro del país.
- b. Recurrir al ahorro público, o realizar operaciones de índole bancaria, de crédito recíproco o de capitalización.
- c. Integrar su activo con acciones, debentures, partes sociales u otros papeles de comercio, emitidos por empresas nacionales que no sean también sociedades comprendidas por esta ley.
- d. Integrar su activo con inmuebles nacionales o con créditos hipotecarios que graven inmuebles nacionales. Esta prohibición no comprende a las operaciones que ya se hayan realizado a la fecha de la promulgación de esta ley.

\* Art. 2:

- a. Intervenir por sí o por cuenta de terceros, en licitaciones públicas o privadas.
- b. Realizar por sí o por cuenta de terceros, operaciones de Bolsa sobre bienes que, por su naturaleza, no puedan integrar su activo.
- c. Ingresar anualmente fondos al país por concepto de rentas de sus inversiones directas, en un porcentaje que exceda del cinco por ciento de su capital integrado, más sus fondos de reserva.  
Ingresar fondos al país provenientes de la realización de su activo extranjero.  
Intervenir en la colocación en el público, de Deuda Pública, acciones, debentures u otros papeles de comercio.  
Intervenir en la financiación de empresas de servicios públicos realizados en el país cualquiera sea la nacionalidad o domicilio del concesionario de dichos servicios.  
Contratar con la Administración Central, los Municipios, los Entes Autónomos o los demás entes públicos, cualquier clase de operación de préstamo.  
En general, realizar operaciones de préstamo o inversión que impliquen el establecimiento de un contralor sobre empresas nacionales.

b. Sanciones por incumplimiento



La Ley establece diferentes sanciones: multas, que aplicará el Poder Ejecutivo, pérdida de la personalidad jurídica de la S.A. infractora y pérdida de los beneficios fiscales que establece la Ley.

#### B. Particularidades del contrato

El proceso de constitución de una S.A.F.I. es igual al de cualquier sociedad anónima. Las menciones del contrato de S.A.F.I. son las mismas que la de cualquier S.A. salvo las siguientes:

1. Objeto: Sólo puede tener por objeto realizar inversiones y actividades comerciales fuera de la República. El artículo 9 de la Ley establece que en el objeto debe dejarse constancia del sometimiento a la Ley 11.073. Este artículo dispone: "Las sociedades que se constituyan con el objeto previsto por esta ley, deberán dejar expresa constancia en sus estatutos de hallarse sometidas a sus prescripciones".

2. Capital: El capital de la sociedad puede expresarse en moneda extranjera. La integración y suscripción se realiza teniendo en cuenta el régimen establecido por la Ley 2.230 de 1.893. De acuerdo a esta Ley debe suscribirse por lo menos el 20 % del capital autorizado e integrarse por lo menos el 25 % del capital suscrito.

Dado que, a partir de la Ley 16. 060, ya no es necesario obtener ninguna autorización debe atenderse a la cifra capital social que, anualmente, actualiza el Poder Ejecutivo e integrarse y suscribirse los mínimos establecidos en la Ley 2.230. Será la Auditoría Interna de la Nación la que, igual que en todas las S.A., controlará la integración y suscripción de los capitales.

3. Acciones: Pueden emitirse en moneda extranjera. No pueden ser caucionadas ni dadas en prenda.

#### C. Régimen fiscal

El régimen fiscal, más favorable respecto al resto de las S.A., sólo se aplica a las S.A.F.I. cuyo unico activo en la República esté formado por acciones de otras sociedades, de la misma clase,

o por saldos en cuenta corriente, inferiores al 10% de su activo. En otras palabras se beneficia a la S.A.F.I. que, prácticamente, no tiene activos radicados en el país, salvo acciones de otras sociedades de inversión.

Para estas S.A.F.I. la Ley dispone que sólo se pagará, como único impuesto, el 3 por mil calculado sobre su capital y reservas. No se incluye en la exoneración las contribuciones a la seguridad social correspondiente al personal empleado en las oficinas uruguayas.

El impuesto se liquida tomando como monto imponible (de acuerdo al balance general) la suma de los siguientes rubros: el capital integrado, las obligaciones negociables emitidas, las reservas cualquiera sea su naturaleza, el resultado de las cuentas de la gestión más el excedente que resulte cuando las cuentas del pasivo, más el importe de los fondos administrados por cuenta de terceros, superen al doble del capital integrado.

Puede utilizarse el mecanismo denominado "consolidación del impuesto" y que consiste en abonar el impuesto consolidado hasta por un período de quince años. Esta operación evita a la sociedad modificar el régimen fiscal durante el tiempo de la consolidación. La tasa no será aumentada y, por lo tanto, el impuesto tampoco. Sólo se procederá a efectuar reliquidaciones si se modifica el asiento del impuesto (capital y reservas). Estas reliquidaciones se realizarán en función del elemento cuantitativo que ha variado.

Finalmente cabe considerar el régimen de aportes por contribuciones a la seguridad social de los directores locales de la S.A.F.I. Si no cobran remuneración por su cargo no debe aportarse por ellos. Si, en cambio, cobran una remuneración deben abonar un porcentaje de su salario mensual en calidad de aporte obrero sin perjuicio del aporte patronal que debe realizar al sociedad.

#### 4.

**FUENTES CITADAS**

- 1 Base de datos del SCIJ. Código de Comercio emitido por la Asamblea Legislativa el 27/05/1964. Disponible en:  
[http://196.40.56.12/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=6637&strTipM=TC](http://196.40.56.12/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=6637&strTipM=TC)
- 2 Base de datos del SINALEVI. Procuraduría General de la República Dictamen 032 del 30/01/2006. Disponible en:  
[http://196.40.56.12/scij/busqueda/normativa/pronunciamiento/pro\\_repartidor.asp?param1=PRD&param6=1&nDictamen=13661&strTipM=T](http://196.40.56.12/scij/busqueda/normativa/pronunciamiento/pro_repartidor.asp?param1=PRD&param6=1&nDictamen=13661&strTipM=T)
- 3 Base de datos del SINALEVI. Procuraduría General de la República Dictamen 151 del 19/04/2006. Disponible en:  
[http://196.40.56.12/scij/busqueda/normativa/pronunciamiento/pro\\_repartidor.asp?param1=PRD&param6=1&nDictamen=13814&strTipM=T](http://196.40.56.12/scij/busqueda/normativa/pronunciamiento/pro_repartidor.asp?param1=PRD&param6=1&nDictamen=13814&strTipM=T)
- 4 Base de datos del SCIJ. Sala Tercera, Resolución N° 213 del 28/03/2003 Disponible en:  
[http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur\\_repartidor.asp?param1=XYZ&nValor1=1&nValor2=228613&strTipM=T](http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=XYZ&nValor1=1&nValor2=228613&strTipM=T)
- 5 Base de datos del SCIJ. Tribunal Segundo Civil, Sección Primera. Resolución N° 75 del 27/02/2007. Disponible en:  
[http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur\\_repartidor.asp?param1=XYZ&nValor1=1&nValor2=367532&strTipM=T&lResultado=&pgn=&pgrt=&param2=1&nTermino=&nTesauro=&tem4=&strLib=&spe=&strTem=&strDirTe=](http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=XYZ&nValor1=1&nValor2=367532&strTipM=T&lResultado=&pgn=&pgrt=&param2=1&nTermino=&nTesauro=&tem4=&strLib=&spe=&strTem=&strDirTe=)
- 6 BRUNETTI Antonio. Tratado del Derecho de las sociedades. Editorial U.T.E.H.A. Argentina. 1960. p 484.
- 7 BRUNETTI Antonio. Sociedades Mercantiles. Volumen 1. Editorial Rodriguez. México. 2001. pp 375-376.
- 8 BRUNETTI. Ibid pp 432-433.
- 9 FERNANDEZ RODRIGUEZ Adrián y HERNANDEZ MOREIRA Alexis. El accionista Minoritario. Tomo 2. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Rodrigo Facio. Pp 655-656.
- 10 Base de datos del Ministerio de hacienda. Concentración empresarial, sociedades accidentales y sociedades anónimas financieras de inversión. Disponible en:  
[www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/Concentraci%20empresarial%20sociedades%20accidentales%20y%20s](http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/Concentraci%20empresarial%20sociedades%20accidentales%20y%20s)