

## Informe de Investigación

**Título:** La Fiscalía en la Sociedad Anónima

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Comercial	<b>Descriptor:</b> Sociedad Anónima
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta	<b>Palabras clave:</b> Sindicos, Fiscales, la fiscalía en la S.A.
<b>Fuentes:</b> Doctrina, Normativa y Jurisprudencia	<b>Fecha de elaboración:</b> 10-2009

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>2</b>
<b>2 Doctrina.....</b>	<b>2</b>
a) FISCALIZACIÓN SINDICATURA.....	2
Naturaleza de la institución.....	2
Requisitos para el nombramiento.....	2
Nombramiento y duración.....	3
Funciones del síndico.....	3
Forma de actuación.....	4
Remuneración.....	4
Cesación. Renuncia. Renovación.....	4
Empresas concesionarias de servicios públicos.....	5
Fiscalización por la Inspección General de Justicia.....	5
b) FISCALIZACIÓN INTERNA.....	5
EL SÍNDICO.....	5
El síndico cesa en sus funciones.....	6
El síndico incurre en responsabilidad.....	7
Fracaso de la sindicatura.....	7
c) DE LA FISCALIZACIÓN PRIVADA.....	8
La designación de síndicos.....	8
Requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de la sindicatura.....	10
Duración en el cargo.....	12
Elección de síndicos por clases de acciones y por acumulación de votos.....	13
<b>3 Normativa.....</b>	<b>14</b>
SECCION VII: De la Vigilancia de la Sociedad.....	14
ARTÍCULO 197.- Son facultades y obligaciones de los fiscales:.....	14
<b>4 Jurisprudencia.....</b>	<b>15</b>
a) Consejo de administración de sociedad mercantil: Presidente tiene la representación judicial y extrajudicial independientemente del tipo de poder que ostente .....	15

Ilegitimidad de las limitaciones establecidas en el pacto social .....	15
b) Sociedad anónima: Fundamento y alcances del presidente .....	18
Eficacia interna de las limitaciones establecidas al órgano de representación .....	18

## 1 Resumen

En el presente informe se presenta, doctrina, normativa y jurisprudencia sobre el tema del órgano fiscalizador en la Sociedad Anónima, se presenta doctrina argentina explicando el tema de una manera adecuada, el articulado vigente del Código de Comercio costarricense y por último, dos jurisprudencias, vale aclarar que estas últimas fueron las únicas jurisprudencias que se relacionaban al articulado 193 – 200 del citado Código.

## 2 Doctrina

### a) FISCALIZACIÓN SINDICATURA

[CALETTI]<sup>1</sup>

#### Naturaleza de la institución

Uno o más síndicos, dice la ley, nombrados por la asamblea general, tendrán a su cargo la fiscalización de las sociedades anónimas; y sus derechos y obligaciones, en todo lo que no está expresamente previsto por el Código, los estatutos o las resoluciones de la Asamblea General, serán regidos por las reglas del mandato.

Es un tanto ambigua la posición del Código, si se recuerda que el síndico es elegido por los accionistas; resultaría así que en algunos casos reviste el carácter de mandatario de la sociedad, y en otros, de los socios.

Pero si se tienen presentes las atribuciones que la ley les impone en forma categórica, resultará difícil definir al síndico como un simple mandatario.

Por la categoría de las funciones que la ley le otorga y que debe desempeñar, más que un mandatario tiene las características de un órgano social integrante de la misma sociedad, sin perjuicio de los alcances de las reglas del mandato.

#### Requisitos para el nombramiento

Además de las condiciones que en general fija el Código Civil para el ejercicio del mandato, no

menciona el Código mercantil requisito ni incompatibilidad de especie alguna, omisión esta última criticada por algunos tratadistas.

En consecuencia la sindicatura puede ser ejercida por cualquier persona que tenga capacidad legal para ejercer un mandato, no siendo necesario ser accionista de la sociedad.

Esta situación fue parcialmente modificada al dictarse el decreto-ley 5103/45 (del 2 de marzo de 1945), ratificado por la ley nacional 12.921, que dispone que cuando los síndicos no posean título de contador público nacional, los balances de las sociedades que fiscalicen, deberán ser certificados por un profesional que posea ese título.

Este ordenamiento legal tiende a que la sindicatura cumpla, con conocimiento de causa, algunas de las más importantes funciones que la ley le impone (por ejemplo: examinar libros y documentos de la sociedad, dictaminar sobre el inventario y el balance, etc.), y constituye un avance importante en el sentido de dar a la función de fiscalización, las mayores garantías posibles.

### **Nombramiento y duración**

Los síndicos son elegidos por las Asambleas de Accionistas en la misma forma que los directores, pero el período de duración de sus funciones está expresamente fijado en el término máximo de un año, sin perjuicio de su reelegibilidad, a cuyo respecto el Código omite toda clase de normas.

El tiempo ha de computarse en la misma forma que para los directores, es decir, hasta la fecha en que la asamblea nombre al nuevo síndico.

El plazo que la ley marca es inexplicable, pues además de ser excesivamente corto, puesto que le dificulta dedicarse al estudio integral de los temas de su competencia, pudo siquiera equipararse al de los directores, o no imponerse en forma tan categórica a los estatutos, la caducidad anual de la designación.

### **Funciones del síndico**

En una larga enumeración, el Código de Comercio señala en 8 incisos y en forma un tanto confusa, las atribuciones de diversa naturaleza que asigna a los síndicos, sin perjuicio de las otras que les confieran los estatutos.

Ellas son:

- 1) examinar los libros y documentos de la sociedad, siempre que lo juzguen conveniente, y por lo menos cada tres meses;
- 2) convocar a Asamblea General Extraordinaria, cuando lo juzguen necesario, y a la Asamblea Ordinaria, cuando omitiere hacerlo el directorio;
- 3) asistir con voto consultivo a las sesiones del directorio, siempre que lo estimen conveniente;
- 4) fiscalizar la administración de la sociedad, verificando frecuentemente el estado de la caja y la existencia de los títulos y valores de toda especie;
- 5) verificar el cumplimiento de los estatutos, relativamente a las condiciones establecidas para la intervención de los socios en las asambleas;
- 6) vigilar las operaciones de liquidación de la sociedad;
- 7) dictaminar sobre la Memoria, el Inventario y el Balance presentados por el directorio;
- 8) en general, velar porque el directorio cumpla las leyes y los estatutos y reglamentos de la sociedad.

Como puede apreciarse, en este art. 340 se mezclan tareas de fiscalización con otras

esencialmente ejecutivas, como ser: convocatorias a asambleas, designación de los suplentes que deben reemplazar a los directores titulares en caso de ausencia o impedimento, o asistencia a las sesiones con voto consultivo.

Autores hay que tildan esta dualidad de funciones como error de la ley, por la absoluta incompatibilidad entre las tareas de administración con las de fiscalización.

### **Forma de actuación**

Señala el art. 335 del Código, .que la fiscalización estará a cargo de uno o más síndicos.

La ambigüedad del texto plantea el problema de la responsabilidad por la función de los mismos, responsabilidad que se considera individual por algunos autores, atentos a que entienden que es de la esencia de la sindicatura y de la naturaleza -propia de sus funciones, que su actuación sea individual<sup>49</sup>.

No hay impedimento alguno para que esta función pueda ser desempeñada en forma pluripersonal y el mismo Código autoriza el ejercicio de la sindicatura en forma colegiada, si el estatuto lo dispone so.

Pero casi todas las anónimas existentes en la República Argentina, han adoptado el sistema individual, por las ventajas que reporta por su agilidad, su practicidad y su economía, y hasta cabe agregar, por el mismo carácter que implica la función de la sindicatura, que requiere la dedicación personal, los conocimientos y la experiencia del profesional que la desempeña.

### **Remuneración**

Como los directores, el síndico tiene derecho a que las tareas que cumple, sean remuneradas.

Pero, también como en el caso anterior, no hay normas referentes a la forma de retribución que, en la práctica, reviste por lo general cualquiera de estos tres sistemas: 1) importe fijo; 2) porcentaje sobre utilidades; 3) sistema mixto: cuota fija más el porcentaje sobre las utilidades.

La remuneración se fija en los estatutos, o es acordada por la Asamblea de Accionistas sobre la base de la propuesta del directorio.

Las modalidades preexpuestas no pueden considerarse satisfactorias. Siendo el síndico órgano de fiscalización de la sociedad, no es lógico admitir que sea<sup>1</sup> el directorio quien proponga la retribución. Y no es aceptable tampoco que ésta se fije en función de las utilidades, puesto que su misión no es ejecutiva sino fiscalizadora y podría resentirse la independencia de actuación al ligarla a los resultados de los balances.

En los últimos tiempos ha sido dable advertir marcada tendencia a la designación de contadores públicos para el cargo de síndicos (en virtud de su especialización en el examen de libros y documentos, verificación de balances y estados de cuentas), por cuya causa habría una razón más para la obligatoriedad de la remuneración, en virtud del desempeño de una función técnica.

### **Cesación. Renuncia. Renovación**

Como todo mandato, la sindicatura puede cesar por expiración de plazo, por muerte o por interdicción.

También puede ser revocada por la Asamblea de Accionistas en cualquier momento, sin



necesidad de que ésta dé las razones de la medida.

Por su parte, asiste al síndico el derecho de renunciar a su cargo, sin que deba expresar la causa determinante de su actitud. La dimisión tendrá efecto desde su presentación.

### **Empresas concesionarias de servicios públicos**

Cuando una empresa explotare concesiones otorgadas por autoridades o tuviese constituido en su favor cualquier privilegio, podrá ser fiscalizada por agentes de las respectivas autoridades.

Esta fiscalización se limita al cumplimiento de leyes estatutarias y cláusulas de la concesión y los agentes podrán asistir a las sesiones del directorio y asambleas generales, debiendo informar a la superioridad correspondiente sobre cualquier falta de las sociedades; a fin de cada año presentarán una memoria detallada.

### **Fiscalización por la Inspección General de Justicia.**

No obstante que el Código sólo hace referencia a la fiscalización que ejercen los síndicos (exceptuando las entidades concesionarias de los servicios públicos), decretos reglamentarios de la Inspección General de Justicia le otorgan esta atribución con tal amplitud, que se llega al extremo de autorizar el retiro de la personalidad jurídica de sociedades que rechacen o traben esa fiscalización.

Felizmente en la práctica la intervención se limita a cuestiones formales y los funcionarios de la repartición no entorpecen ni obstaculizan el desenvolvimiento de las sociedades ; pero la idea corriente de que la Inspección de Justicia tiene esa facultad autoriza a presumir que ante la falta de observaciones de los funcionarios la sociedad cumple con todas las normas legales.

### **b) FISCALIZACIÓN INTERNA**

[HALPERIN]<sup>2</sup>

### **EL SÍNDICO**

[273-275]

1.— La razón de la sindicatura está en la necesidad de controlar permanentemente la marcha de la administración social, la gestidh de los negocios por el directorio con el fin de prevenir los abusos en detrimento de la sociedad o de los intereses sociales. El control o fiscalización individual por los accionistas es prácticamente imposible, sea que se les reconozca o no el derecho de inspección permanente de los libros y papeles sociales.

En las primeras sociedades anónimas, en su origen, no obstante el sistema de concesión para su creación y el fuerte control estatal con su intervención directa —y a veces preponderante— en la

empresa, se reconoció a los grandes accionistas el derecho a intervenir en la administración para controlarla. Estas funciones se ampliaron paulatinamente hasta llegar al reconocimiento a todos los socios del derecho a intervenir en la administración misma, de manera no permanente (asambleas); es decir, que la función de control del gran accionista se fue restringiendo en ese proceso, que al finalizar planteó el problema de su reemplazo, lo que se logró con estos funcionarios, bajo distintas denominaciones y atribuciones (agentes, auditores—auditors—, superintendentes, síndicos, comisarios, etc.).

El código de 1862 no los preveía, y la institución se introdujo por la reforma de 1889, que la tomó del código italiano de comercio.

2. — La sindicatura es un órgano permanente de la sociedad, desempeñado por un funcionario —o varíe»—; elegido por los accionistas, con atribuciones legales mínimas inderogables e indelegables, para la fiscalización de la administración de la sociedad.

No es mandatario de la sociedad: 1) porque no está sujeto a órdenes o instrucciones del directorio; por el contrario, lo controla; puede y debe actuar contra la voluntad de éste; 2) puede no cumplir las órdenes de la asamblea general, no sólo cuando son contrarias a la ley o a los estatutos, sino también cuando pugnan con los intereses sociales; 5) puede adquirir los bienes sociales; 4) es personalmente responsable hacia los terceros. La naturaleza apuntada explica jurídicamente está responsabilidad del síndico hacia los terceros y los accionistas.

3. — En nuestro derecho y conforme a lo expuesto, sus caracteres son: 1) órgano permanente indispensable; 2) desempeño por funcionarios temporarios reelegibles —art. 340 cit.—, que pueden ser o no socios; 3) revocables ad nutum (art. 340 cit.), porque la designación se funda en una relación de confianza personal; 4) indelegable.

4. — Conforme al art. 335, Cód. cit., pueden existir uno o más síndicos. La sindicatura unipersonal está estrechamente vinculada al fracaso de la institución en nuestro régimen legal: elegido por la asamblea general, por la misma mayoría que eligió o renovó el directorio, pertenece al mismo grupo director de la administración, y generalmente está vinculado por amistad o parentesco con alguno o algunos de los integrantes más influyentes.

Si hubiera más de un síndico titular, actuarán individualmente : es el sistema de la ley, porque de lo contrario la minoría quedaría sometida en pugna con el art. 340 cit. Además, nuestra ley no prevé los posibles conflictos cuando se trata de la sindicatura desempeñada por un número par para el supuesto de empate, o de un número impar cuando la discordia es apoyada por un número que no alcanza la mayoría absoluta.

[283-286]

#### **El síndico cesa en sus funciones:**

a) **Por el cumplimiento del plazo legal.** Vimos anteriormente que conviene interpretar la ley en el sentido que la elección ha de entenderse desde la celebración de la asamblea ordinaria que lo eligió hasta la siguiente asamblea ordinaria.

b) **Renuncia.** La renuncia no surtirá efectos desde el día de la presentación, sino desde su aceptación (salvo supuestos especiales: ver infra)..: se trata de un contrato de locación de servicios que normalmente no podría rescindirse unilateralmente sin incurrir en responsabilidad; mas dadas sus características—fundado el contrato con el síndico en la confianza personal—, cabe aceptar esta renuncia como punto final de las relaciones contractuales, que tendrá efectos una vez tratada por la asamblea de accionistas, para poner a la sociedad en condiciones de proveer a su reemplazo. De ahí que puede surtir efectos inmediatamente si existe síndico suplente; en su defecto, es menester que la asamblea se reúna en un plazo razonable, pues de lo contrarió la renuncia será eficaz, porque la solución contraria sería impedir, en la práctica, la renuncia del síndico.

c) **Remoción del síndico.** Esta remoción la resolverá la asamblea general *ad nutum*. Puede tratarse sea como cuestión incluida en el orden del día, o como accesoria o incidental de otra resolución o deliberación (p. ej., como secuela de la consideración de la memoria y el balance, etc.).

Si esta remoción se dispusiera sin causa, ¿tiene el síndico derecho a indemnización? HAMEL y LAGARDE, fundados en la naturaleza del contrato (locación de servicios), se inclinan por la afirmativa. Opino que no es así, por el fundamento de la confianza personal que está en la base de la relación, confianza que desaparece o se quiebra por múltiples razones; de ahí que pueda decirse que esta rescindibilidad se halla implícitamente establecida en el contrato en favor de las dos partes (ver letra b, supra). En cambio, si se adujera una causa que resultare inexacta, entonces cabe reconocer ese derecho al resarcimiento, máxime si fuera injuriosa, en el amplio sentido de la expresión.

### **El síndico incurre en responsabilidad**

a) en el desempeño de sus funciones, por sus omisiones en la fiscalización que le está encomendada, o por la omisión de denunciar a la asamblea los actos del directorio violatorios de la ley o de los estatutos o de las decisiones de la asamblea;

b) en el supuesto de constitución irregular de la sociedad anónima, se le ha extendido la responsabilidad solidaria e ilimitada impuesta a "los fundadores, administradores y representantes".

Esta responsabilidad de los síndicos es solidaria con los directores: es la regla del derecho comercial cuando existe pluralidad de responsables (arts. 324, 353, 337, Cód. de Com.), y resulta de la aplicación del art, 346.

Es necesario tener en cuenta que su responsabilidad no puede resultar de los consejos que pueda haber dado en las reuniones del directorio» en ejercicio de la atribución del inc. 3o art. 340 cat., aunque los formule espontáneamente.

### **Fracaso de la sindicatura**

La sindicatura, como órgano de fiscalización, en nuestro país ha fracasado. El fenómeno no es peculiar nuestro; y no «e remedia con el trasplante de la organización establecida en otros países: la experiencia francesa, p. ej., del sistema de los auditores, de Inglaterra, ha sido menos que mediocre.

Las causas del fracaso en la Argentina, pueden agruparse:

- 1) por su elección: son elegidos por la misma mayoría que escoge el directorio que deben controlar;
- 2) por su número, ya que la sindicatura unipersonal no permite la representación de grupos ajenos a la mayoría, y así en la gran empresa no hace posible una fiscalización eficaz;
- 3) por la no exigencia de condiciones personales, que permitan asegurar su idoneidad para el desempeño del cargo;
- 4) porque determinadas atribuciones no han sido adecuadamente reglamentadas;
- 5) por la brevedad de su oficio;
- 6) por la revocabilidad por la simple mayoría de capital presente en la asamblea.

El remedio está, pues, en la eliminación de estas causas. La sindicatura debe ser entonces plural, funcionando en colegio, elegibles sus integrantes con representación de la minoría consistente en un mínimo de capital, requiriéndose para el desempeño del cargo, por lo menos, el título de contador público, con un régimen de incompatibilidades, e imponiéndoles la obligación de asistir a las reuniones del directorio y opinar sobre las materias sujetas a su control, confeccionar una memoria detallada y emitir su dictamen fundado sobre el balance de ejercicio.

Las empresas concesionarias de servicios públicos están sometidas a una fiscalización especial por agentes de la autoridad concedente (art 342, Cód. de Com.), Esta fiscalización es suplementaria, y no excluyente, de la confiada a los síndicos de la sociedad concesionaria.

### **c) DE LA FISCALIZACIÓN PRIVADA**

[MARTORELL]<sup>3</sup>

#### **La designación de síndicos**

"Art. 284 (texto según ley 22.903). Designación de síndicos. — Está a cargo de uno o más síndicos designados por la asamblea de accionistas. Se elegirá igual número de síndicos suplentes.

"Cuando la sociedad estuviere comprendida en el art. 299 —excepto su inc. 2— la sindicatura debe ser colegiada en número impar.

"Cada acción dará en todos los casos derecho a un solo voto para la elección y remoción de los síndicos, sin perjuicio de la aplicación del art. 288.

"Es nula cualquier cláusula en contrario.

"Prescendencia. — Las sociedades que no estén comprendidas en ninguno de los supuestos a que se refiere el art. 299, podrán prescindir de la sindicatura cuando así esté previsto en el estatuto. En tal caso los socios poseen el derecho de contralor que confiere el art. 55. Cuando por aumento de capital resultare excedido el monto indicado, la asamblea que así lo resolviere debe designar síndico, sin que sea necesaria reforma del estatuto".





Se ha dicho, con acierto, que la tutela de los accionistas requiere el reconocimiento del derecho de control de éstos sobre la vida social, no sólo porque han aportado bienes para la explotación económica, sino también porque —en cuanto inversores— se hallan a la espera de los eventuales beneficios que puedan obtener como resultado de la gestión social.

Este instituto fue introducido en el Código de Comercio en virtud de la reforma de 1889 (arts. 335 a 346), y a partir de ese momento fue objeto de feroces críticas, a causa de la ineficacia demostrada por el sistema, a punto tal que se sostuvo que antes de su recepción en nuestro derecho el accionista gozaba de mayor protección, porque podía ejercer a título individual las acciones correspondientes en defensa de sus derechos. Dicha situación cambió radicalmente al ser introducida en el plexo esta figura, en la medida en que ella, supuestamente, iba a mejorar el sistema de autodefensa vigente hasta entonces; pero ocurrió exactamente lo contrario.

Desde el punto de vista de su naturaleza, está muy claro .que se trata de un órgano básicamente de control, de carácter .técnico, principalmente orientado a fiscalizar al órgano ejecutivo : el directorio.

En lo que atañe a su competencia, se diferencia del consejo de vigilancia, porque la sindicatura debe limitarse a efectuar un mero control de leffalidad (aunque luego veremos que las opiniones, en la materia, distan de ser pacíficas). Éste debe ser ejercido, según Arecha y García Cuerva, sobre todo el ámbito de relaciones de la sociedad —incluso las que ésta tenga con el Estado—, y abarca la supervisión del cumplimiento, por parte de la compañía, de la normativa tributaria, previsional, mercantil y administrativa, y de todo el ordenamiento jurídico en general.

En opinión de Fariña, las tareas a cargo de la sindicatura podrían ser clasificadas del siguiente modo: a) fiscalización (art. 294, inc. 1); b) investigación (art. 294, inc. 11); c) de informes (art. 294, incs. 5 y 6); y d) de gestión (art. 294, inc. 7, entre otros). A este respecto, coincido con Rivera en que la clave de la función son las labores de fiscalización, las cuales comprenden todas las restantes, como las de inspeccionar, verificar, comprobar la adecuación de los órganos societarios a las disposiciones legales o estatutarias, etc., que no se puede dar por cumplidas con una simple compulsión formal de los libros y demás documentación de la sociedad.

Si bien cuando fue redactada la ley 19.550, casi la totalidad de la doctrina nacional y los proyectos de reforma estaban en favor de una modificación sustancial del sistema previsto por el Código de Comercio al respecto, lo cierto es que hoy la experiencia —como hombre ligado desde hace ya muchos años a la gestión societaria— me lleva a afirmar que la fiscalización no es ejercida, ni es tal (generalmente) la independencia del síndico. Por ello, coincido con Vitólo en que la sindicatura, por lo común, no deja de ser una vulgar copia del órgano de administración, cuyas directivas acata sin independencia de criterio.

Por esta razón —cuya evidente significatividad debe ser ponderada—, algunas leyes (como la de sociedades de España de 1951) no han establecido un órgano de control permanente, lo cual tampoco ha escapado a la crítica, y muchos autores prefieren el sistema anglosajón, en que se elimina la fiscalización privada en las sociedades cerradas y se establece una rígida fiscalización pública para las sociedades cotizantes, como ocurre en los Estados Unidos y en Inglaterra. En lo que atañe al derecho nacional, parecería que marcha en el mismo camino, puesto que la ley 22.903 ha introducido en el texto originario la autorización a prescindir de la sindicatura en aquellas sociedades que no estén sometidas a fiscalización estatal (art. 299, L.S.C.), y se ha atribuido, por ejemplo, competencias especiales en favor de la Comisión Nacional de Valores (ley 22.169), que ahora tiene atribuciones exclusivas y excluyentes en lo referido a reformas estatutarias, variaciones de capital, fiscalización permanente y disolución y liquidación de las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus títulos.

De esta manera, conforme se irá viendo al analizar las distintas disposiciones que rigen el instituto, a partir del 72 quedó articulado un plexo normativo cuyas características principales son las siguientes:

- 1) Aunque para algunos autores lo óptimo hubiera sido la designación de los síndicos por vía judicial, se estableció que su elección le incumbe a la asamblea ordinaria.
- 2) Se ha resguardado los derechos de la minoría, al impedir la utilización del voto plural para la designación o remoción de síndicos, disponiendo que todas las acciones gozarán de un solo voto (art. 284), y dándole a aquélla la posibilidad de que coloque su representación en el órgano de fiscalización por medio de la utilización del voto acumulativo (art. 289), o mediante la elección por clases de acciones (art. 288, L.S.C.).
- 3) Se ha intentado que la función sindical sea cubierta por gente idónea —exigiendo, por ello, condiciones profesionales especiales (ver art. 285)— y con independencia de criterio, para lo cual se creó un régimen específico de incompatibilidades e inhabilidades (art. 286).
- 4) Se ha simplificado, a partir de la reforma del 83, el sistema previsto por la ley en su anterior redacción, ya que ahora los accionistas pueden prescindir de la sindicatura, si ello ha sido previsto estatutariamente y la compañía no está comprendida en ninguno de los supuestos del art. 299, hipótesis en la cual este órgano es obligatorio y debe, además, ser colegiado, en número impar, salvo el caso del inc. 2 de dicha disposición (ley 21.304).
- 5) Se ha compensado el vacío originado en la prescindencia de la sindicatura, mediante la reversión a los socio» del derecho de control que confiere el art. 55 de la ley, con lo cual aquéllos se hallan en una posición análoga a la que tenían los integrantes de una sociedad de este tipo con anterioridad a la reforma introducida en el Código de Comercio en 1889.

### **Requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de la sindicatura**

"Art. 285. Requisitos. — Para ser síndico se requiere: "1) ser abogado o contador público, con título habilitante, o sociedad civil con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por estos profesionales; "2) tener domicilio real en el país". "Art. 286. Inhabilidades e incompatibilidades. — No pueden ser síndicos:

"1) quienes se hallen inhabilitados para ser directores, conforme al art. 264;

"2) los directores, gerentes y empleados de la misma sociedad o de otra controlada o controlante;

"3) los cónyuges, los parientes por consanguinidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado, inclusive, y los afines dentro del segundo de los directores y gerentes generales".

1. Atento al convencimiento de que el síndico debía desempeñarse como tutor y moderador, así como "freno permanente de los actos ejecutivos del directorio", cuando éste no procedía conforme a derecho, y de que la institución —hasta la fecha en que fue sancionada la ley 19.550— había sido un verdadero fracaso, se optó por modificar totalmente el régimen del Código de Comercio.

Así, siguiendo viejas aspiraciones de la doctrina —como el proyecto de Francisco Oliver, quien ya en 1904 propiciaba el desempeño de los contadores públicos en la función sindical— y las propuestas que el doctor Ramón S. Castillo presentó en el Primer Congreso Argentino de Derecho

Comercial, de 1940, se estableció un sistema en virtud del cual sólo pueden actuar como síndicos los abogados o contadores públicos con título habilitante, o las sociedades civiles con responsabilidad solidaria constituidas exclusivamente por estos profesionales (art. 285, L.S.C.).

Aunque ha habido quejas al respecto —afirmando, por ejemplo, que se debió haber incluido a los licenciados en administración de empresas entre los habilitados para el desempeño del cargo<sup>4</sup>, y también a las sociedades comerciales por parte de interés constituidas por todos los profesionales habilitados para prestar esta clase de servicios —, lo cierto es que la justicia determinó que el art. 285 de la ley no violaba el principio de igualdad estatuido por el art. 16 de la Constitución nacional, y que la exigencia de título habilitante tendía a reglar la idoneidad técnica del órgano de control societario, asegurando de esa manera "la corrección y seguridad de la gestión".

En las circunstancias actuales, si bien es cierto que no puede ser síndico ninguna sociedad de otro tipo que la prevista en el art. 285, no es menos cierto —como dije alguna vez— que las sociedades civiles en el ejercicio de la sindicatura son algo así como una "visión onírica", de las cuales se suele hablar pero nadie tuvo ninguna, y que ello se debe al hecho de que puesto que al síndico se le imponen gravísimos deberes —en virtud de los cuales los integrantes de la compañía deben responder en forma personal, aunque el síndico sea la sociedad, y no cada uno de ellos—, se opera un gran desincentivo, que ha hecho caer al instituto en total desuso, a punto tal que ni siquiera ha motivado la atención de los autores, con la excepción de mi recordado maestro Zelman Spieguel.

Con relación a la exigencia de que el síndico tenga domicilio real en el país, ella es razonable, en la medida en que la función a su cargo le exige controles y fiscalizaciones periódicas, que de otra manera serían de imposible cumplimiento.

2. El art. 286 tiende a asegurar la independencia de criterio de los integrantes de la sindicatura, a cuyos efectos extiende a ellos las prohibiciones e incompatibilidades prescritas por el art. 264 para los directores. La interdicción alcanza también a los administradores y empleados de la compañía y a quienes se hallen en idéntica situación en una sociedad controlada o controlante, con lo cual se tiende a evitar las cadenas de síndicos y directores entre una y otras.

Como lo recuerda Suárez Anzorena, era insólito que en el Código de Comercio no se hubiera arbitrado normativamente un sistema de "inhabilidades" para el desempeño de la función sindical, que impidiera que el cargo fuera conferido a quienes, por ligámenes familiares con los directores, o por tener vínculos profesionales con éstos o con la sociedad, o, simplemente, por estar en relación de dependencia con aquéllos o con ésta, carecían de un mínimo de autonomía respecto de los fiscalizadores como para desempeñar correctamente su función.

Hoy en día, ningún síndico podría invocar la existencia de una relación laboral entre él y la sociedad que fiscaliza, aunque en la práctica muchos de ellos se comporten como verdaderos empleados del directorio, porque nadie discute ya el carácter orgánico de la función.

A su vez, todo lo que atañe a las causales de incompatibilidad (como los cargos ocupados en otras compañías controladas, o el parentesco) no se relaciona —según Gianantonio y Molina— con la vigencia de los principios generales del derecho, sino que ellas han sido establecidas por la ley en salvaguarda de intereses que merecen protección, como el de los accionistas; y en esta inteligencia se ha concluido, por ejemplo, que el contador que "lleve la contabilidad" de la empresa y realice actos de gestión no podrá actuar como síndico de ella, como tampoco podrá hacerlo el asesor letrado de la compañía si mantiene con ésta una relación continua y remunerada (I.G.J., resolución 19 de 1968), pero sí podrá ser síndico el contador certificante de su balance (!).



En el caso de haber vinculación entre los síndicos y la sociedad, en los tribunales se ha dispuesto que ello, *per se*, justifica suspender la decisión asamblearia adoptada. Asimismo, cualquier accionista podrá petitionarle al directorio que convoque a una asamblea para proceder a la remoción del síndico, y si la moción es denegada por el órgano de gobierno, podrá también solicitar su desplazamiento por vía judicial, sin perjuicio de la obligación del síndico de cesar en sus funciones, e informar al directorio dentro del término de 10 días.

Finalmente, estimo necesario efectuar dos acotaciones:

- 1) es lamentable que la ley no haya establecido las sanciones que deberían corresponderles a quienes violen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas por el art. 286;
- 2) los actos referidos a la materia que estén afectados por vicios (como los celebrados por síndicos designados por actos anulables), en principio, serán válidos frente a terceros, por aplicación de la llamada "teoría de la apariencia".

### **Duración en el cargo**

"Art. 287 (texto según ley 22.903). Plazo. — El estatuto precisará el término por el cual son elegidos para el cargo, que no puede exceder de 3 ejercicios; no obstante, permanecerán en el mismo hasta ser reemplazados. Podrán ser reelegidos.

"Revocabilidad. — Su designación es revocable solamente por la asamblea de accionistas que podrá disponerla sin causa siempre que no medie oposición del 5 % del capital social.

"Es nula cualquier cláusula contraria a las disposiciones de este artículo".

Las atribuciones y los deberes del síndico serán permanentes mientras se halle en ejercicio del cargo. La duración de sus funciones variará según lo que determine el estatuto, pero no podrá exceder de 3 ejercicios; deberá permanecer en ellas mientras no sea reemplazado. Sin embargo, podrá ser reelecto indefinidamente, y su designación sólo podrá ser revocada por la asamblea de accionistas (arts. 234, inc. 2, y 179, inc. 4, L.S.C.).

Con anterioridad a la reforma de 1983, el texto originario de la ley permitía su remoción *ad nutum*, esto es, sin expresión de causa, lo cual había sido objeto de serias críticas —no exentas de razón—, en el sentido de que se dejaba a este funcionario a merced de los "grupos de control", que podían removerlo en todo momento.

En mi opinión, se soslayaba que la importantísima misión encomendada al órgano fiscalizador, de proteger la legitimidad de la actividad interna (relaciones entre los socios) y externa (relaciones con los terceros) de la sociedad, no podía quedar a merced de estos "grupos de control". Y deben de haber sido los cuestionamientos efectuados en tal sentido los que motivaron los cambios en la primitiva concepción de la norma, pues ahora, si la remoción sin causa del síndico es resistida por accionistas que reúnan más del 5 % del capital social, no podrá tener cabida. Tal vez —como sostiene Nissen— hubiera sido más acertado optar por una solución similar a la que establecen tanto la ley francesa del 24 de julio de 1966, como el art. 2400 del Código Civil italiano, que exigen la existencia de justa causa para poder ordenar la revocación del síndico.

De esta manera, ha dejado de ser aplicable la jurisprudencia que prescribía que la asamblea podía remover por simple mayoría al síndico, sin que éste pudiera discutir la decisión; y en vista del carácter imperativo y de orden público del instituto que se organiza, el art. 284, *in fine*, dispone la nulidad de toda cláusula en contrario referida al régimen de designación de síndicos que aquél



prevé.

### **Elección de síndicos por clases de acciones y por acumulación de votos**

"Art. 288. Elección por clases. — Si existieran diversas clases de acciones, el estatuto puede autorizar que a cada una de ellas corresponda la elección de uno o más síndicos titulares e igual número de suplentes y reglamentará la elección.

"La remoción se decidirá por la asamblea de accionistas de la clase, excepto los casos de los arts. 286 y 296".

"Art. 289. Elección por voto acumulativo. — Los accionistas pueden ejercer el derecho reconocido por el art. 263, en las condiciones fijadas por éste".

En lo que respecta a la forma de elección de los síndicos por la asamblea, ella puede ser por clases de acciones o por voto acumulativo, según los arts. 234, inc. 2, 288 y 289, que remiten a la aplicación de las normas para elegir directores por estos métodos.

Desde el punto de vista práctico, la elección de síndicos por clase de acciones presupone dos condiciones: 1) que haya una cláusula estatutaria al efecto previendo dicho procedimiento, o que se reforme el estatuto con vistas a ello, mediando el quorum y las mayorías necesarias (art. 244, L.S.C.) ; y 2) que la sindicatura sea ejercida de manera plural, pqr medio de una "comisión fiscalizadora" (art. 290, L.S.C.).

Como lo dispone el párr. 2o del art. 288 de la ley, la remoción sólo podrá ser llevada a cabo por la asamblea de la clase, salvo los supuestos de ejercicio de la acción de responsabilidad (art. 296), o que haya inhabilidades o incompatibilidades (art. 286, L.S.C.), casos en que podrá disponerla la asamblea general.

El art. 289, por su parte, posibilita la elección de síndicos mediante el sistema de voto acumulativo, lo cual siempre será posible en las sociedades abiertas, teniendo en cuenta que en ellas —con excepción de las que se encuadren en el art. 299, inc. 2—, "la sindicatura debe ser colegiada en número impar" (art. 284, L.S.C.).

Recordemos —como dicen Arecha y García Cuerva— que las expectativas de las minorías se acrecientan teniendo en cuenta el no funcionamiento del voto plural en la elección de los síndicos (art. 284, párr. 1o, L.S.C.), y que siendo aplicable al caso el art. 263, el alcance del derecho se extenderá hasta completar el tercio de las vacantes a llenar.

Al igual que en la hipótesis anteriormente analizada, la remoción de los síndicos así elegidos sólo procederá cuando incluya a la totalidad de los integrantes de la sindicatura, salvo los supuestos ya previstos de los arts. 286 y 296 de la ley. Además, la elección de los miembros de la sindicatura y del directorio por el sistema del voto acumulativo es absolutamente independiente y totalmente compatible, ya que se trata de dos órganos con diferentes funciones, y siempre es conveniente que en ambos se les dé a las minorías la representación que les corresponda, conforme al caudal de votos que ostenten.



### 3 Normativa

#### **SECCION VII: De la Vigilancia de la Sociedad**

[CÓDIGO DE COMERCIO]<sup>4</sup>

**ARTÍCULO 193.-** El sistema de vigilancia de las sociedades anónimas será potestativo y se hará constar en la escritura social.

**ARTÍCULO 194.-** No obstante lo dicho en el artículo anterior, la vigilancia de las sociedades que formen su capital por suscripción pública se hará de acuerdo con las normas que se establecen en los siguientes artículos.

**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 198.-** Cuando quedare vacante el cargo de fiscal, el consejo de administración deberá nombrar un sustituto por el resto del período de nombramiento o hasta la fecha en que la asamblea haga la nueva elección.

**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 tuvieran 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.

#### 4 Jurisprudencia

***a) Consejo de administración de sociedad mercantil: Presidente tiene la representación judicial y extrajudicial independientemente del tipo de poder que ostente***

***Illegitimidad de las limitaciones establecidas en el pacto social***

[Tribunal Segundo Civil Sección I]<sup>5</sup>

Texto del extracto:

" 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 Iustitia 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 ius 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."

### **b) Sociedad anónima: Fundamento y alcances del presidente**

#### ***Eficacia interna de las limitaciones establecidas al órgano de representación***

[Sala Primera]<sup>6</sup>

Texto del extracto

**"VI .- El Presidente como órgano de representación.** El voto de esta Sala n° 489-f-05 de las 9 horas 30 minutos del 13 de julio del 2005, en lo que interesa, dispuso: " *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 ius 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, puediendo 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, hacia 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.” **VII.- Consecuencias de esta tesis.** De lo expuesto se extrae que la representación judicial y extrajudicial de la sociedad le corresponde, ex lege (de fuente legal) al Presidente. Es presupuesto para que se ostente ese carácter, la voluntad concurrente de la Asamblea de Accionistas y el designado, pero el contenido de sus atribuciones le son fijadas de manera directa –e inmodificable- por la ley. La voluntad soberana del colectivo agrupado en la persona jurídica se manifiesta a través de la escogencia de un sujeto apto para el desempeño de tales funciones, pero no puede limitar –frente a terceros- su estatus de órgano representativo. El interés de esta disposición tiene un doble efecto. En primer lugar, contribuye al tráfico jurídico con estas –y entre estas- personas jurídicas, de forma célere y expedita, pues quienes se vinculan con ellas, tan solo deberán verificar la vigencia del nombramiento del Presidente. Esto está íntimamente ligado con el principio de buena fe (artículo 22 del Código Civil) que debe inspirar los negocios, amén de que proporciona seguridad jurídica, en tanto existe certeza de haberse vinculado con la sociedad, a través del órgano que reúne las condiciones para ello. En segundo término, limita la posibilidad de que la sociedad evada su –eventual- responsabilidad civil a través del mecanismo de nombrar Presidentes con poderes muy limitados o escasos, arguyendo falta de capacidad de su representante. La sociedad debe contar permanentemente con un sujeto que goce de las capacidades necesarias para representarla en todos los ámbitos. Por ello, la voluntad social no puede imponer condiciones o límites que afecten a terceros. **VIII.- Eficacia interna de las limitaciones establecidas al órgano de representación.** La constitución de una persona jurídica regulada por el Derecho Privado, tiene como condición necesaria el ejercicio legítimo de las garantías constitucionales de autonomía de la voluntad y -su derivado- libertad de contratación. Ese poder de autodeterminarse, se continúa manifestando, en la persona jurídica, a través de la Asamblea de Accionistas, órgano supremo que define el destino societario. Dentro de sus atribuciones está designar al órgano de representación (numerales 18 inciso 12) y 155 inciso c) del Código de Comercio), por lo que debe rendirle cuentas. Así, el carácter de representante judicial y extrajudicial del Presidente viene dado por el Ordenamiento, pero la eficacia material de ese estatus tiene como presupuestos la designación y la aceptación del cargo. Por ello, si es la Asamblea de Accionistas la que dicta el rumbo de la sociedad, que se materializará a través del Presidente, sus lineamientos serán de



acatamiento obligatorio para él. Con todo, los límites que la Asamblea de Accionistas imponga a su actuación, no son nulos, inválidos e ineficaces **en su relación interna con el conglomerado societario** . Su eficacia será relativa, aplicable a las relaciones inter- orgánicas, pero inoponible erga omnes, a las relaciones externas. Si lo que existe entre el Presidente que ha aceptado la designación y la Asamblea de accionistas que lo ha escogido es un contrato con atribuciones predefinidas por el Ordenamiento (en tutela de terceros), en virtud del principio de relatividad de los contratos (artículo 1022 del Código Civil), esos lineamientos sí tendrían validez intra societaria. Por ello, si el designado actúa en contravención con lo indicado por la Asamblea de Accionistas, podrá exigírsele su responsabilidad por las vías correspondientes (el artículo 184 in fine del Código de Comercio indica: *“Las irregularidades en el funcionamiento del consejo, no perjudicarán a terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad de los consejeros ante la sociedad”* ). Lo dicho integra tres elementos; el carácter de representante del Presidente mandado por el Ordenamiento que no puede ser limitado en perjuicio de terceros (artículo 182 del Código de Comercio), la garantía de responsabilidad –en este caso societaria- evitando el fraude de ley a través de la limitación de las facultades del órgano de representación (numerales 981 y 20 del Código Civil) y la voluntad soberana de la Asamblea de Accionistas en establecer, a lo interno, la forma de gobierno –y en consecuencia los controles y limitaciones- que desee dentro de las materias de su competencia (cardinales 152, 154 y 156 del Código de Comercio). En síntesis, la sociedad podrá imponer límites a la actuación del Presidente, sin embargo, sólo tienen eficacia relativa (inter-partes) pero no surtirán ningún efecto respecto de terceros, pues frente a ellos, el presidente ejerce la representación judicial y extrajudicial de la sociedad anónima. Al amparo de lo señalado, en un caso como el del presente debate, el Presidente estaba capacitado y habilitado legalmente para comprometer a la sociedad, en virtud de su estatus de órgano de representación. Así las cosas, por todas las razones expresadas, no se observa el quebranto legal acusado.”

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 CALETTI Alberto Mario. Manual de Sociedades Comerciales. Régimen Legal, Contable, Impositivo. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1956. Pp. 170-175.
- 2 HALPERIN Isaac. Manual de Sociedades Anónimas. Reimpresión inalterada. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1971. Pp: 273-275 y 283-286.
- 3 MARTORELL Ernesto Eduardo. Sociedades Anónimas. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1988. Pp. 397-407.
- 4 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Código de Comercio. Ley número 3284 del treinta de abril de 1964. Vigente desde veintisiete de mayo de 1964. Versión octava de la norma, del veintitrés abril del 2008. Datos de la Publicación N° Gaceta: 119 del veintisiete de mayo de 1964 Alcance: 27. Artículos Citados: 193 – 200.
- 5 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN PRIMERA. Sentencia número 75 de las nueve horas diez minutos del veintisiete de febrero de dos mil siete. Expediente: 04-001311-0185-CI.
- 6 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 732 de las once horas veinte minutos del treinta y uno de octubre del dos mil ocho. Expediente: 04-000683-0504-CI.