

LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA

II

GENESIS Y CONCLUSION DE LA RELACION DE ADMINISTRACION RETRIBUCION DE LOS ADMINISTRADORES

Prof. Dr. Gastón Certad M.

Catedrático de la Universidad de Costa Rica y
de la Universidad Autónoma de Centro América

- A. Modificación de la participación en el patrimonio
- B. El derecho a una retribución
- C. El derecho de la retribución en el Registro Mercantil
- D. "El pago de retribución" (etc.)
- E. Una copia de retribución retribuye la retribución
- F. El retribución del plano de retribución
- G. La retribución del patrimonio
- H. Casos de retribución (retribución de retribución)
- I. Casos de "retribución" y de conclusión del patrimonio
- J. Retribución del patrimonio en el Registro Mercantil
- K. Punto y conclusión de la retribución de administración
- L. Dirección del pago

Sumario

- 5.- Nombramiento de los administradores.
 - A. Designación de algunos administradores atribuida a los accionistas minoritarios (o a –todos o algunos de– los accionistas privilegiados). La reforma al artículo 181 del Código de Comercio.
 - B. Requisitos de idoneidad.
 - C. Duración del cargo.
 - CH. Fuente y naturaleza de la relación de administración.
 - D. Inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil.
- 6.- Causas de “inelegibilidad” y de caducidad del nombramiento.
- 7.- Causas de incompatibilidad (el administrador dependiente; el administrador persona jurídica; etc.).
- 8.- Causas de cesación.
 - A. La revocación del nombramiento.
 - B. El vencimiento del plazo de nombramiento.
 - C. Otras causas de cesación (la renuncia, la muerte, la cláusula “simul stabunt, simul cadent”, etc.).
 - CH. Inscripción de la cesación en el Registro Mercantil.
- 9.- El derecho a una retribución.
 - A. Modalidades de la retribución. La participación en las utilidades.

- B. Retribución a administradores investidos de cargos o funciones particulares.
- C. Retribución a aquellos administradores que cumplen prestaciones ajenas a la relación de administración.
- CH. Retribución del dependiente de la sociedad controlante encargado de administrar a la sociedad controlada.

5.- *Nombramiento de los administradores.*

Como regla general, los administradores –quienes pueden ser o no socios (art. 181) ⁽¹⁾– son nombrados por la asamblea general ordinaria de accionistas (art. 155, inciso b).

Sin embargo, el código prevé tres casos particulares en los que el nombramiento de los administradores no le corresponde a la asamblea general ordinaria:

- a) el nombramiento de los primeros administradores de la sociedad, que se efectúa en la escritura constitutiva (art. 18, inciso 12) ⁽²⁾;
- b) el nombramiento de los directores en caso de constitución de la sociedad por suscripción pública o fundación sucesiva, que es hecho por la asamblea de suscriptores (art. 116, inciso e); y
- c) el nombramiento para llenar las vacancias, temporales o definitivas, de los consejeros, según lo dispongan, a su arbitrio, los socios en la escritura social: así por ejemplo, el nombramiento de consejeros hecho por el mismo órgano gestor (designación que compete a los restantes administradores) cuando, durante el transcurso del ejercicio, por cualquier circunstancia, alguno o algunos llegaren a faltar. Generalmente, esta sustitución, conocida como cooptación, es provisional, pues los consejeros así nombrados permanecen en sus cargos únicamente hasta la próxima asamblea general, la que ratificará el nombramiento hecho por la junta o procederá a la

(1) De ahora en adelante, cuando citemos un artículo sin indicar el código de procedencia, se entenderá que pertenece al Código de Comercio.

(2) La escritura constitutiva no puede limitarse a indicar el número de integrantes del órgano gestor, pues debe incluir los nombres de los primeros administradores, indicando, en particular, quién o quienes tendrán la representación de la sociedad, con su aceptación, si fuere del caso. Si no se indicare el cargo que cada uno desempeñará dentro de la junta, se aplica lo establecido en el párrafo primero del art. 184.

La falta de designación nominativa de los administradores puede determinar la no homologación registral del documento, pero no conlleva, en nuestra opinión, a la nulidad del acto constitutivo.

definitiva sustitución de los designados con otras personas cuyos nombramientos tendrán el mismo plazo de duración que el de los restantes compañeros de junta ⁽³⁾.

El fundamento normativo de esta cláusula –o de cualquier otra similar– no es otro que el párrafo primero del artículo 185 (conjuntamente con el inciso 19 del artículo 18). Nótese que esa primera norma deja a la escritura social la determinación de la forma en que se llenarán las vacantes provisionales o definitivas de los consejeros, de donde, ya sea el comentado sistema de sustitución por cooptación (nombramiento de los consejeros faltantes por el mismo órgano al que pertenecen) o cualquier otro que deseen

(3) El "Codice Civile" de 1942, en su artículo 2386, dispone: "(Sustitución de los administradores). –Si en el curso del ejercicio llegaren a faltar uno o más administradores, los otros procederán a sustituirlos mediante acuerdo aprobado por el colegio sindical. Los administradores así nombrados permanecerán en sus cargos hasta la próxima asamblea.

Si desaparece la mayoría de los administradores, los que permanecieren en sus cargos deben convocar a la asamblea para que proceda a sustituir a los que faltan.

Los administradores nombrados por la asamblea decaen conjuntamente con los que estaban en sus cargos al momento de su nombramiento.

Si cesare el administrador único o todos los administradores, la asamblea para la sustitución de los que faltan debe ser convocada de urgencia por el colegio sindical, el cual puede cumplir, mientras tanto, los actos de ordinaria administración".

Los administradores cooptados, no obstante el carácter provisional del encargo, tienen poderes análogos a los de los demás administradores; y el consejo de administración incompleto, porque no haya procedido aún a la cooptación, conserva todos sus poderes, Sansone, op. loc. ult. cit.; Silvetti, op. cit., p. 261.

Nótese que si "en el curso del ejercicio" desaparece la mayoría de los administradores, el legislador italiano regresa a la regla general de la competencia de la asamblea ordinaria para el nombramiento de los consejeros, y así, los administradores supérstites deberán convocar a la asamblea, para que efectúe la sustitución. Es importante apuntar que la jurisprudencia italiana está orientada en el sentido de que la mayoría de los administradores a que alude el número 2386 c.c., no es otra que la mayoría nombrada por la asamblea: consecuentemente ha considerado ilegítima la composición de un consejo de administración en el cual, a continuación de sucesivas cooptaciones, desapareció la mayoría de los administradores nombrados por la asamblea (ordinaria o de suscriptores) o en el acto constitutivo.

los socios (como, por ejemplo, designación hecha por el órgano contralor interno), debe considerarse, en Costa Rica, arreglado a derecho (al igual que el nombramiento de consejeros suplentes, situación ésta prevista expresamente por el art. 185 in fine).

Es importante destacar que caso de que la escritura social nada disponga sobre la sustitución, temporal o definitiva, de uno o más administradores, el código establece que "deberá convocarse inmediatamente a asamblea general" (art. 185, párrafo primero).

No somos muy proclives a admitir este sistema que nos propone el código para cubrir las vacancias de los directores, pues nos parece hartamente peligroso dejar en manos de los socios, abiertamente, la determinación de la competencia de los órganos sociales que, en nuestra opinión, debe ser materia de reserva de ley.

Nuestro Registro Mercantil ha venido admitiendo, en los pactos constitutivos de algunas sociedades anónimas, la cláusula que le quita a la asamblea general ordinaria la facultad de nombrar a los consejeros para conferírsele a la asamblea general extraordinaria de accionistas ⁽⁴⁾, posición correcta a la luz de la disposición que venimos comentando.

(4) Ahora bien; las más importantes diferencias entre la asamblea general ordinaria y la extraordinaria son las materias que cada una competentemente conoce, y los distintos quórum de constitución o formación y de votación, que cada una de ellas tiene (arts. 155, 156, 169, 170 y 171). Dichas normas son, en nuestra opinión, de orden público, salvo, por lo que ha quedado dicho en el texto, el inciso c) del art. 155, que sí es modificable en el pacto social, con fundamento en lo dispuesto por el repetido párrafo primero del número 185.

El Registro Mercantil, basado en una interpretación "ad literam" del inciso d) del artículo 155 ("Los demás –asuntos– de carácter ordinario que determine la escritura social"), ha venido sosteniendo el (correcto) criterio de que los socios no pueden, en el pacto social, destinar a conocimiento de la asamblea ordinaria, asuntos que la propia ley ha calificado (en el artículo 156) como propios (y exclusivos) de una asamblea extraordinaria. Dentro de ese mismo orden de ideas, y siguiendo el mismo criterio hermenéutico, esta vez fundándose en lo escrito bajo el literal c) del artículo 156 ("Los demás asuntos que según la ley o la escritura social sean de su conocimiento"), el Registro admite que asuntos asignados por la ley a la competencia de la asamblea ordinaria, puedan los socios, en el pacto social, atribuírselos a la asamblea extraordinaria.

Por su parte el mismo Registro ha (correctamente) sostenido, siempre echando mano a la interpretación literal, que los quórum de constitución y votación en primera convocatoria establecidos en el artículo 169 para las asambleas ordinarias, así como los indicados para toda asamblea general en segunda convocatoria por el artículo 171, no pueden ser variados por los socios en el pacto so-

En la doctrina y en la jurisprudencia italianas es pacífico el punto de que los socios pueden, en la asamblea ordinaria, votar por su propia elección como directores, sin que se considere que existe por ello un conflicto de intereses capaz de viciar de nulidad el acuerdo de nombramiento ⁽⁵⁾; es, por el contrario, muy controvertido si los administradores-socios, cuyos nombramientos han sido revocados como consecuencia de haberse acordado en asamblea el ejercicio de la acción social de responsabilidad en su contra (art. 192), pueden votar el acuerdo de nombramiento de sus sustitutos ⁽⁶⁾.

cial; mientras que los fijados para las asambleas extraordinarias, siempre en primera convocatoria, por el artículo 170, sí pueden ser aumentados por los accionistas por esa misma vía.

Consideramos que la interpretación registral expuesta en la parte final del párrafo tras anterior es tan solo parcialmente exacta: la posibilidad de que se conozcan en asamblea extraordinaria asuntos legalmente asignados a la ordinaria, sólo es lícita respecto al inciso c) del 155 y limitadamente, como está establecido, al nombramiento de administradores (y esto porque existe norma expresa en ese sentido, ex art. 185, párrafo primero). En cuanto a las restantes materias previstas en esa misma norma, siendo ésta de orden público y, por ahí, inderogable, no pueden los socios, mediante cláusula expresa en el pacto social, destinarlas al conocimiento de la asamblea extraordinaria. Sería muy contradictorio e inconsecuente admitir la tesis registral bajo análisis y, a un mismo tiempo, como hace el Registro, negar que los socios puedan aumentar los quórum de primera convocatoria de las asambleas ordinarias. Pregunto, no estaríamos así llegando al mismo resultado que se pretende evitar cuando se prohíbe la disminución de los quórum de la asamblea ordinaria en primera y segunda convocatoria, habiéndose establecido por la ley esta materia como propia de ese tipo de asamblea”.

- (5) Sobre el conflicto de intereses como causal de nulidad de acuerdos de asamblea de socios, Certad, Gastón, “Nulidad e impugnación de acuerdos de asamblea”, en esta misma Revista, # 28, enero-abril 1976, San José, Costa Rica, # 7, pp. 262 ss.; Certad, Gastón, “La administración de la sociedad anónima. I. Composición y funcionamiento del órgano gestor”, en el número anterior de esta Revista, nota 11, y más genéricamente, bajo el numeral 3.
- (6) La jurisprudencia italiana se ha pronunciado en el sentido de excluir en este caso el derecho al voto, por considerar que hay conflicto de intereses, tesis no compartida por Walter Bigiavi ni por Karl Jaeger, citados por Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 55, nota 7.

En general, puede consultarse sobre el tema del nombramiento de los administradores: Broseta Pont, Manuel, “Manual de Derecho Mercantil”, Edit. Tecnos, Madrid, 1977, p. 225; Garriguez, Joaquín, “Curso de Derecho

- A. Designación de algunos administradores atribuida a los accionistas minoritarios (o a todos o algunos de los accionistas privilegiados). La reforma al artículo 181 del Código de Comercio.

De conformidad con la reforma al artículo 181 del Código de Comercio recientemente operada, entre otras, por la Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio # 7201 del 10 de octubre de 1990 (en adelante la “Ley Reguladora”), las sociedades anónimas deben elegir a los miembros de su directorio echando mano a un sistema de votación, denominado “voto acumulativo”, que garantiza la representatividad de la minoría en la integración de ese órgano social, y somos de la opinión, interpretando el sentir del legislador del 90’, que el pacto constitutivo puede lícitamente contener, en lo tocante al tema del nombramiento de los consejeros, y más en particular, a la forma de votación de ese asunto, otras cláusulas particulares que propongan distintos sistemas al legislativamente sancionado pero que produzcan idénticos resultados. Como corolario de lo dicho, y frente a lo estipulado por el párrafo primero del artículo 185, no sólo es posible que los socios, a través de cláusulas estatutarias especiales ⁽⁷⁾, le sustraigan a la asamblea general ordinaria el nombramiento de los consejeros, sino también y a mayor razón, es factible la inclusión de cláusulas particulares —diferentes al voto acumulativo— pero que tiendan como éste a satisfacer el interés de los accionistas minoritarios —y también el de los privilegiados— de estar representados en el consejo de administración ⁽⁸⁾. Sin embargo, nuestro

Mercantil”, I, Edit. Porrúa S.A., México, 1977, p. 481 s.; Iglesias Prada, Juan Luis, “Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima”, Edit. Tecnos, Madrid, 1971, pp. 163 ss.; Lara Velado, Roberto, “Introducción al estudio del Derecho Mercantil”, Edit. Universitaria de El Salvador, 1969, p. 93; Mantilla Molina, Roberto, “Derecho Mercantil”, Edit. Porrúa S.A., México, 1979, p. 399 s.; Pinzón, Gabino, “Sociedades Comerciales”, II, Edit. Temis, Bogotá, 1983, p. 126 s.; Rodríguez Rodríguez, Joaquín, “Curso de Derecho Mercantil”, I, Edit. Porrúa S.A., México, 1966, p. 126 s.

- (7) Alguna duda existe sobre la posibilidad de llegar a idénticos resultados mediante pactos para-sociales, cuya validez la doctrina pone muchas veces en tregado.
- (8) Nótese que un interés similar puede presentarse también en la hipótesis en que en la sociedad existan distintas categorías de accionistas, y se quiera que todas o algunas de ellas estén representadas, a veces con un número de directores establecido, en el órgano gestor. La noción tradicional generalmente admitida de minoría, en su sentido técnico-jurídico, implica la oposición o disidencia frente a una voluntad

legislador permite, a las sociedades anónimas de capital cerrado (que son las reguladas en el Código de Comercio, en contraposición a las de capital abierto, reguladas en la Ley Reguladora), que su pacto constitutivo derogue el sistema de voto acumulativo propuesto, y vuelva al sistema tradicional en la elección de los consejeros.

Y es que el pacto social puede contemplar particulares sistemas de nombramiento, diferentes al voto acumulativo, que les permita a la minoría accionaria –o a determinadas categorías de socios– el nombramiento de una parte de los administradores (por ejemplo: el sistema de listas bloqueadas; de un número de candidatos inferior al número de puestos que deben ser cubiertos; opción del voto de lista; etc.)⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾.

mayoritaria, dentro del proceso de formación de la voluntad social de un organismo o cuerpo colegiado.

El concepto de minoría, compartido por muchos autores, se determina por contraposición al de mayoría y puede caracterizarse por dos elementos: la asistencia a una asamblea y la discrepancia frente a una decisión mayoritaria.

Por otra parte, y siempre dentro de esa misma línea de pensamiento, el connotado mercantilista venezolano René de Sola ha dicho que “la existencia de mayorías o minorías en las sociedades anónimas es únicamente una cuestión de hecho, accidental y variable”; que “la expresión accionistas minoritarios no representa, pues, ninguna institución jurídica particular” y que se aplica a los accionistas que se encuentran en una situación de hecho, inferior desde el punto de vista numérico y pecuniario, respecto del conjunto de títulos que representan en un momento dado el control de la sociedad anónima (en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1953, p. 406). En cuanto a nuestro pensamiento sobre tan debatido tema, véase “*Reflexiones sobre el Mercado de Valores Costarricense, IV. La Protección del Inversionista en nuestra Ley Mercantil*”, en *Revista Jurídica* #44, pp. 17 ss.

- (9) Un ejemplo de este tipo de cláusula es el siguiente: “Salvo acuerdo unánime en contrario de la asamblea general ordinaria de accionistas, cada acción da derecho de expresar el voto para el nombramiento de un solo consejero. Resultarán elegidos aquellos que obtengan el mayor número de votos. Caso de empate, serán designados los más ancianos”. Por la validez de semejantes cláusulas se ha pronunciado en Italia, no sólo la jurisprudencia, sino también la doctrina: Ferri, op. cit. en nota 3, p. 492 y autores como Cavazzuti, Pesucci Pacchi, Sansone, Scalfi y Sotgia.

Debemos aquí mencionar que ni los códigos de comercio ni las leyes especiales españolas, francesas o italianas, que normalmente sirvieron de modelo a nuestros legisladores, ni tampoco los proyectos de Vivante, de D'Amelio y de la Confederación General de la Industria Italiana, regulaban una institución o mecanismo de nombramiento semejante al que aquí estamos

Generalmente se cree que los derechos de las minorías tienen exclusivamente una función defensiva o de tutela y que surgen cuando la mayoría abusa del poder. En nuestra opinión, el derecho que venimos comentando se aparta sensiblemente de esa orientación doctrinal, porque nos parece que

analizando. El antecedente normativo lo encontramos, sin lugar a dudas, en los párrafos 4 y 5 del artículo 708 del Código Civil de las Obligaciones suizo, en su versión de 1936, en la Ley austríaca del 10 de julio de 1925 y en el Código Civil del Principado de Liechtenstein (Benoit, Armand, “*Le représentation de groupes et des minorités d'actionnaires à l'administration des sociétés anonymes*”, Lausanne, 1956, p. 68 s.).

En los Estados Unidos de América, desde 1870, aparecieron constituciones estatales y leyes de sociedades que, mediante la técnica del voto acumulativo, otorgaban a los accionistas minoritarios el derecho a estar representados en los **boards of directors** o autorizaban pactos estatutarios para ese fin; el propósito, era apartarse del sistema del **straight voting** tradicional que conducía a que la mayoría accionaria pudiera elegir a todos los **managers**.

Para un análisis más profundo de este tema, con referencia específica al artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, véase Salinas Martínez, Arturo, “*El nombramiento de consejeros por una minoría de accionistas*”, en Estudios en Homenaje a Jorge Barrera Graf, II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, pp. 1259 ss.

- (10) Sabíamos que nuestro Registro Mercantil se mantuvo reacio, antes de la reforma del 90', a la inscripción de estas cláusulas. Creemos que la negativa se fundaba en una evidente confusión entre lo que es la competencia orgánica y la forma de votación: en las cláusulas de comentario, es la asamblea general ordinaria de accionistas la que, en definitiva y como la ley lo establece, procede a nombrar a los administradores; lo que la cláusula propone no es un despojo de esa facultad a la asamblea–despojo que, dicho sea de paso, el propio código autoriza en el párrafo primero del repetido 185–, sino un sistema de votación que garantice a las minorías –y/o a los accionistas privilegiados– su representatividad en el órgano gestor. Esto, por ninguna parte, estuvo prohibido en el código. Como hemos dejado claramente fijado en el texto, somos de la opinión que la sociedad puede perfectamente asumir, sin violentar el espíritu de la reforma, sistemas distintos que garanticen los mismos resultados; y no se piense que con estos otros “sistemas de votación” se está trasgrediendo lo establecido en el art. 139, pues en cualesquiera de ellos que se adopte se respeta el principio de que “cada acción común tiene derecho a un voto”.

Esta equivocada posición registral fue la que llevó al legislador del 90' a proponernos la redacción actual del 181.

Es importante destacar que en la misma Ley Reguladora, el sistema de voto acumulativo se establece como obligatorio para elegir directores, fiscales y liquidadores en las sociedades anónimas de capital abierto (artículos 136, 137 y 144).

este derecho en concreto es más bien un derecho de participación en la vida orgánica de la sociedad anónima, en cuanto la minoría concurre, paralelamente con la mayoría, en la elección de los integrantes del órgano gestor. Al mismo tiempo, la mayoría interviene en el proceso de formación y manifestación de la voluntad social, dentro del marco específico de competencia que le asigna excepcionalmente la ley, con normas inderogables.

Ahora bien, este derecho de que puede ser titular la minoría, no sólo constituye un límite objetivo al poder de la mayoría de elegir a todos los consejeros, sino que cumple además una función preventiva, al mantener debidamente informada a la minoría interesada sobre las políticas y actividades de la sociedad y al intentar el consenso en el ámbito reducido del propio consejo de administración, antes de la adopción y ejecución de los acuerdos, y no a posteriori, en el cuerpo más amplio de una asamblea general. Por otra parte, simultáneamente facilita cumplir una función de supervisión o vigilancia, siempre en pro de la minoría.

Desde otro punto de vista, un sector de la doctrina no ha dejado de señalar los riesgos que conllevan los mecanismos de representación de las minorías en el órgano administrativo: así, se habla de intereses particulares y facciosos, de obstáculos para el funcionamiento del órgano, de ineficiencia por falta de unidad y homogeneidad, de polarización de opiniones y del espíritu de oposición sistemática, de fuente de discordias y campo de batalla, etc.

Es claro que esos peligros no pueden negarse ni deben ser subestimados, pero parece que las ventajas que trae aparejada la representación minoritaria con espíritu de colaboración, y concretamente el efecto de objetividad, madurez y transparencia que puede producir en la dirección de las sociedades anónimas, superan los riesgos e inconvenientes apuntados.

Siempre con fundamento en el párrafo primero del artículo 185, consideramos válidas aquellas cláusulas estatutarias que tienen como efecto final sustraerle a la asamblea ordinaria la facultad de nombrar a los administradores, por ejemplo, confiriéndole a cada grupo de socios la designación de un cierto número de administradores⁽¹¹⁾.

(11) Para nosotros una cláusula de estas sería, sin lugar a dudas, la sustitución de los administradores por cooptación. v. supra, nota 3.

Por análogos motivos debe considerarse válida tanto la cláusula estatutaria que le atribuya a terceras personas la designación de los administradores, como la que le confiera a los administradores nombrados por la asamblea ordinaria (en la escritura social o por la asamblea de suscriptores) la facultad de nominar a los otros hasta alcanzar un número determinado, previamente establecido como techo; Ferri, op. cit. en nota 3, p. 492 s.; Minervini, op. cit. en nota 3, pp. 14 ss.; se manifiestan en contra de este criterio, Giuliani y Valsecchi, cit. por Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 57, nota 13.

Con fundamento en las mismas razones, y siempre a nuestro criterio, los socios pueden predeterminar válidamente, en pactos parasociales, la composición del órgano gestor, vgr. comprometiéndose a integrar el consejo de acuerdo a una composición previamente acordada⁽¹²⁾.

En conclusión: hoy es perfectamente lícito e indiscutible en nuestro país, asegurarle a las minorías (o a determinadas categorías de accionistas) el derecho de nombrar una parte de los miembros del consejo de administración; para alcanzar esa finalidad es posible, no sólo el uso de cláusulas estatutarias y la estipulación de pactos parasociales que tengan como último efecto sustraerle a la asamblea ordinaria su facultad, legalmente atribuida, de nombrar a los administradores de la sociedad (v. hipótesis contenidas en los dos párrafos anteriores), sino también alcanzar el mismo resultado estipulando, en cláusulas estatutarias especiales y expresas, y aun distintas al voto acumulativo pero con sus mismos efectos, modalidades particulares para el nombramiento de los administradores por la asamblea (v. hipótesis comentadas en la página anterior). Para impedir luego que la mayoría evada, modifique o derogue las cláusulas estatutarias que le permiten a las minorías (o a los socios privilegiados) nombrar a algunos de los administradores, se acostumbra incluir en el pacto social, ya una cláusula que permita la modificación del mismo sólo con una mayoría tal que se haga necesario el voto favorable de una parte, cuando menos, de la minoría⁽¹³⁾, ya la cláusula "simul stabunt,

Es importante apuntar que algunas legislaciones exigen, dentro de un sistema de cogestión, que haya en el órgano gestor uno o más administradores representantes del personal. Sobre el particular, véase Iglesias Prada, op. cit. en nota 6, pp. 181 ss.; Menéndez Menéndez, Aurelio, "Los administradores representantes del personal y la Ley de Sociedades Anónimas", en Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigúez, Edit. Tecnos, Madrid, 1971, pp. 181 ss.

(12) Como estos pactos parasociales parecen ser válidos a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, por un lado, la nominación hecha por la asamblea ordinaria sería nula (si la violenta) y, por el otro, contra los socios que incumplan esos pactos sería procedente una acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

Reconocemos que los pactos parasociales a los que nos estamos refiriendo, son muy frecuentes en la práctica societaria, sobre todo por el vínculo moral y jurídico que ellos crean.

(13) Nótese que semejante cláusula es perfectamente lícita en nuestro país de acuerdo a la letra del art. 170, y ha venido siendo continuamente homologada por nuestro Registro Mercantil.

simul cadent”⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾, lo que es perfectamente viable en Costa Rica con fundamento en el inciso 19 del artículo 18.

B. *Requisitos de idoneidad.*

Nuestro código no establece ningún requisito particular de idoneidad que deban reunir las personas que vayan a ser nombradas administradoras de una sociedad anónima; pero los socios pueden, en el pacto social, con fundamento en el inciso 19 del artículo 18, establecer requisitos de este tipo, tales como una cierta edad, experiencia, títulos académicos, buena conducta o bien exigirles la condición de socios (esto último también con fundamento en el artículo 181).

(14) Esta cláusula crea una conmixión entre todos los integrantes del consejo de administración en modo tal que, si uno o más de ellos, por cualquier causa, dejan de ser consejeros, de modo que el consejo no quede ya compuesto en la forma que originalmente estuvo, también sus compañeros cesan automáticamente en sus cargos, y el consejo debe ser completamente reintegrado.

La jurisprudencia y la doctrina italianas están decididamente orientadas hacia la validez indiscutible de esta cláusula.

(15) Otra cláusula estatutaria, utilizada sobretodo en las pequeñas sociedades anónimas denominadas familiares o cerradas, que si bien no le asegura a la minoría el nombramiento de un cierto número de directores, sí le permite llegar a acuerdos con la mayoría sobre el particular, es la que exige, para el nombramiento de los administradores, mayorías ultralegales tales de hacer imprescindible el voto favorable de, al menos, una parte de la minoría, aun para la asamblea ordinaria en segunda convocatoria. Consideramos que semejante cláusula es nula frente a lo dispuesto en cuanto a quóruns de primera y segunda convocatoria por los arts. 169 y 171, criterio éste que comparte, hasta donde entendemos, nuestro Registro Mercantil e indubitablemente la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria italianas. Sin embargo, como se vió—supra, nota 4— el Registro admite indirectamente esta solución permitiendo, creemos que con fundamento en el párrafo primero del 185, que los socios puedan, por cláusula estatutaria expresa, atribuirle a la asamblea general extraordinaria la facultad de nombrar a los administradores, tesis está amparada por nuestro Tribunal Superior Contencioso Administrativo, según se vió supra, nota 4. Claro que esta última solución comentada surte efectos similares a la anterior sólo si la minoría es suficientemente consistente.

C. *Duración del cargo.*

El nombramiento de los administradores, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 185, puede hacerse por un plazo fijo, a entera discreción de los socios en el pacto constitutivo, o bien por todo el plazo social.

Cuando el pacto constitutivo establece un plazo de nombramiento fijo, sin más indicaciones, en Italia se sostiene que el número de años por los que se hizo el nombramiento está referido a los “ejercicios sociales” y no a los “años solares”⁽¹⁶⁾; nótese, que sea porque el vencimiento del plazo se verifica cuando concluye el ejercicio social (en nuestro país con la terminación del año fiscal, el 30 de setiembre), o al momento de aprobarse el balance, la duración de permanencia en el cargo puede no coincidir, con diferencias a veces muy marcadas, con el número de años (solares) para los cuales se hizo el nombramiento⁽¹⁷⁾.

En nuestra opinión, salvo disposición en contrario del pacto constitutivo, los administradores pueden ser reelegidos (en derecho privado, lo que la ley no prohíbe, está permitido).

CH. *Fuente y naturaleza de la relación de administración.*

Es éste, tal vez, el problema más controvertido a propósito del órgano gestor. Algunos se inclinan a considerar que la relación administradores-sociedad tiene su origen en un contrato, discutiendo si se trata de un contrato especial, autónomo⁽¹⁸⁾, o, por el contrario, de un contrato

(16) Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 59.

(17) Por ejemplo, en el supuesto de un ejercicio social que cierre el 31 de diciembre, con aprobación del balance al 30 de abril siguiente, si el nombramiento fue hecho por un trienio, la permanencia en el cargo será mayor a tres años cuando los administradores hayan sido designados en los primeros meses del año (los administradores nombrados en el mes de enero de 1990 durarán en su cargo hasta abril de 1993), y menor de tres años cuando los consejeros han sido nombrados en los últimos meses del año.

(18) Tesis principalmente expuesta por Minervini, op. cit. en nota 3, p. 71, quien precisa que dicho contrato tiene por objeto una prestación laboral con el contenido de una actividad prevalecientemente jurídica desarrollada en una posición en algunos aspectos de subordinación, en otros de autonomía.

de trabajo en sentido amplio ⁽¹⁹⁾. En lo que sí hay consenso absoluto en la doctrina italiana es en que no se trata de un mandato, tesis ésta que prevaleció durante la vigencia del Código de Comercio italiano de 1882 ⁽²⁰⁾.

Otros sostienen que el nombramiento es un acto unilateral, pues, en cuanto se concreta a un acuerdo de asamblea, se trataría más bien de un acto interno concerniente a la organización de la sociedad, respecto al cual la aceptación no da origen a un vínculo contractual, sino que opera como una condición de eficacia del nombramiento ⁽²¹⁾. En el ámbito de esta tesis hay quien sostiene que el acto de nombramiento, precisamente porque se refiere a la organización de la sociedad, constituye la fuente de los poderes de los administradores; afirmación ésta que es combatida por quien, no obstante criticar las tesis contractualistas, afirma que los poderes de los

(19) Posición desarrollada por Cottino, op. cit. en nota 3, p. 655. Nuestrs tribunales han sostenido que los directores de las sociedades anónimas no son trabajadores: Sala Segunda de la Corte, sent. # 95 de las 14:10 hrs. del 16 de mayo de 1984, en Rev. Jud. # 39, parágrafos 606-607 (hay voto salvado); Tribunal Superior de Trabajo, sent. # 42 de las 15:30 hrs. del 10 de enero de 1983, en Rev. Jud. # 27, par. 1100.

(20) La crítica de la teoría que asimila la relación de administración al contrato de mandato es hoy unánime en Italia: Allegri, Vincenzo, "Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori", Giuffrè Editore, Milano, 1979, pp. 1-66; Cottino, op. loc. ult. cit.; Ferrara Jr., Francesco, "Imprenditori e società", Giuffrè Editore, Milano, 1975, p. 469 s.; FRE, op. cit. en nota 3, p. 426; Galgano, Francesco, "Diritto commerciale. II. Le società", Bologna, 1984, p. 324; Minervini, op. cit. en nota 3, pp. 70 ss.; Minguzzi, "Gli amministratori di società per azioni. I poteri", Rimini, 1980, pp. 46-54; Ragusa Maggiore, Giuseppe, "La responsabilità individuale degli amministratori (art. 2395 c.c.)", Giuffrè Editore, Milano, 1960, pp. 37 ss. También se manifiestan en contra de esta posición, Garríguez, op. cit. en nota 6, p. 484 s.; Rodríguez Rodríguez, op. cit. en nota 6, p. 127.

(21) Ferri, op. cit. en nota 3, pp. 493 ss.; FRE, op. cit. en nota 3, p. 426. Sin embargo, Ferri no excluye que entre la sociedad y el administrador pueda existir una relación intersubjetiva, que puede asumir naturaleza contractual, dirigida a regular, tanto las condiciones para el desarrollo de la actividad del administrador, como su remuneración: esta relación debe considerarse, y tenerse, separada de la relación interna de administración.

Dicho sea de paso, la Sala Primera de la Corte, en sentencia número 33 de las 14:30 hrs. del 1 de julio de 1983, ha reconocido que los acuerdos "tomados por las asambleas de accionistas implican una declaración de voluntad que participa de la categoría de los negocios jurídicos y que regula intereses privados".

administradores son originarios y están directamente unidos por la ley a los órganos necesarios de ejecución del contrato de sociedad ⁽²²⁾.

En todo caso, para estas teorías, los administradores pueden definirse como órganos de la sociedad ⁽²³⁾, calificación ésta que es admitida por la jurisprudencia italiana prevaleciente ⁽²⁴⁾.

D. Inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil.

El nombramiento de los administradores debe inscribirse en el Registro Mercantil, de conformidad con lo dispuesto en el inciso e del artículo 235, ya sea que la designación se realice por la asamblea general ordinaria de accionistas (art. 155, inciso c); en la escritura constitutiva (art. 18, inciso 12); por la asamblea de suscriptores (art. 116, inciso e); o bien, con fundamento en el párrafo primero del artículo 185, por la asamblea general extraordinaria, por la asamblea especial, por el propio órgano gestor (sustitución por cooptación); por el órgano de vigilancia; por algún o algunos terceros designados; o en cualquier otra forma establecida por los socios en el pacto social.

En Italia se considera que la inscripción del nombramiento de los administradores en el registro, es meramente declarativa. En nuestro país el punto no es suficientemente claro, pues mientras en algunos fallos se ha dicho que tanto la inscripción de la sociedad como la de sus modificaciones son constitutivas ⁽²⁵⁾, la misma claridad no se desprende en lo tocante a la inscripción del nombramiento de los directores.

6.- Causas de "inelegibilidad" y de caducidad del nombramiento.

Nuestro código no establece ninguna causa específica o especial que impida el nombramiento de algunas personas como administradores; en consecuencia, consideramos que deben aplicarse a esta materia, las reglas que descienden del derecho común: así, no pueden ser nombrados

(22) Galgano, op. cit. en nota 20, pp. 324 ss.

(23) Ferri, op. loc. ult. cit.; Galgano, op. loc. ult. cit.

(24) Véase Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 51, nota 28.

(25) Tribunal Superior Contencioso Administrativo, sent. número 1810 de las 10:07 hrs. del 5 de mayo de 1976 y Sala de Casación, sent. número 82 de las 15 hrs. del 2 de noviembre de 1977.

administradores, el menor de edad, el incapaz legal de actuar y el sordomudo que no sabe leer ni escribir (arts. 37, 41 y 42 del Código Civil) ⁽²⁶⁾.

Algunas leyes especiales señalan causas de "inelegibilidad", como, por ejemplo, la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, # 1644 del 26 de setiembre de 1953 y sus reformas, que establece, en el inciso 2 del artículo 22, que no podrán ser designados directores de un banco del Estado "los que...formen parte del directorio de una misma sociedad por acciones. Cuando con posterioridad a sus nombramientos se presentare una de estas incapacidades, caducará el nombramiento al de menor edad".

Si la causa de "inelegibilidad" se produce —o el requisito de idoneidad establecido en el pacto constitutivo se pierde— después de que el director ha aceptado el cargo, ella —y él— se transforma(n) en una causa de caducidad del nombramiento.

La caducidad determina, con efecto inmediato y automático, la cesación del cargo de administrador ⁽²⁷⁾; desde ese momento, ninguna acción u omisión puede imputársele al administrador cesado, a menos que éste hubiere continuado, "de hecho", administrando la sociedad.

Además, nos parece que con fundamento en el artículo 1260 del Código Civil, no puede ser designado presidente del consejo de administración —que es el representante judicial y extra-judicial de la sociedad anónima, por expresa disposición del artículo 182—, ni asumir dentro de ese órgano ninguna facultad representativa, ni ser designados apoderados de la sociedad (de acuerdo al número 187) "los que no tienen capacidad para obligarse por sí mismos", tales como los incapaces legales arriba indicados y las personas declaradas en estado de quiebra o de insolvencia.

(26) Por la razón de que es inadmisibles que quien no tiene plena y absoluta capacidad para administrar su propio patrimonio, pueda administrar un patrimonio ajeno, Dell'Oro, "*Dell' emancipazione*", en *Commentario del codice civile* dirigido por Scialoja y Branca, (artt. 390-413), Bologna-Roma; 1972, p. 88; FRE, op. cit. en nota 3, p. 445; Greco, Paolo, "*Le società nel sistema legislativo italiano*", U.T.E.T., Torino, 1959, p. 280; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 96.

Sobre causas de "inelegibilidad" en España, véase Broseta Pont, op. cit. en nota 6, p. 254; Garríguez, op. cit. en nota 6, pp. 476 ss.; Iglesias Prada, op. cit. en nota 6, pp. 171 ss.; en México, Mantilla Molina, op. cit. en nota 6, p. 400; Rodríguez Rodríguez, op. cit. en nota 6, p. 125 s.; en Colombia, Pinzón, op. cit. en nota 6, p. 253 s.

(27) Ferrara JR., op. cit. en nota 20, p. 488, nota 19; Ferri, op. cit. en nota 3, p. 519; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 466 s.

Por último, creemos que con base en el inciso 19 del artículo 18, los socios pueden, en el pacto constitutivo, establecer causas de "inelegibilidad" y de caducidad no previstas legalmente (como, por ejemplo, la inhabilitación absoluta o la inhabilidad especial para el ejercicio del comercio o de cargos públicos; etc.).

7.— *Causas de incompatibilidad (el administrador persona jurídica, el administrador dependiente, etc.).*

Particulares causas de incompatibilidad están previstas por algunas leyes: la ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, # 6872 de 17 de junio de 1983, establece, en su artículo 22 que "los ministros de gobierno, los viceministros y los presidentes ejecutivos, gerentes y sub-gerentes de los entes descentralizados o de las empresas públicas, no podrán ejercer...cargos de administración, dirección o representación de empresas privadas o públicas, salvo cuando esta representación sea otorgada por ley", agregando que "los ministros o viceministros podrán formar parte de juntas directivas, comisiones, consejos o demás organismos colegiados cuando la ley expresamente así lo indique". Por su parte, la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, # 1552 del 21 de abril de 1953 y sus reformas, establece, en el inciso 4 del artículo 25, que el cargo de director del B.C.C.R. "es incompatible con el de miembro de la junta directiva o del consejo directivo de bancos privados o de sociedades financieras privadas, o que a la fecha de su nombramiento tengan a sus padres, cónyuges o hijos en esa condición en las entidades dichas". Esa misma ley, en su artículo 129, dice que "ningún funcionario de la Auditoría General de Entidades Financieras podrá ser director, gerente, representante legal, personero... de ninguna de las entidades sujetas a la fiscalización de la Auditoría General...". La Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, establece, en el inciso 4 del artículo 23, que el cargo de director de un banco del Estado es incompatible con el de "directores, gerentes, personeros o empleados de cualquier otro banco", y en el inciso 5, con el de aquellos que "sean o durante el año anterior hayan sido miembros de la junta o del consejo directivo de sociedades financieras privadas, o que a la fecha del nombramiento tengan a sus padres, cónyuges o hijos con esa calidad". En cuanto a bancos privados que, de conformidad con el artículo 141 *ibídem*, sólo pueden organizarse como sociedades anónimas o como uniones o federaciones cooperativas, el número 144 dice que sus consejeros "no podrán ser directores, gerentes, personeros o empleados de cualquier otra institución bancaria" y el 147 afirma que "los estatutos de cada banco

establecerán las condiciones personales requeridas para ser miembro de la junta directiva; las incompatibilidades e incapacidades para serlo; las causales de cesación en el cargo;...y todos los demás requisitos, condiciones y procedimientos que se aplicarán en el nombramiento, actuación y reposición de los miembros de la junta directiva”.

Además, no puede ser administrador de la sociedad el fiscal de la propia sociedad (art. 196, inciso b, a contrario sensu); se trata ésta de una prohibición implícita en la disciplina legislativa ⁽²⁸⁾.

Algunas dudas existen acerca de la compatibilidad del cargo de administrador con el de dependiente de la sociedad. La acumulación de funciones de administrador y dependiente es muy frecuente en la praxis societaria contemporánea, sobretudo al máximo nivel direccional. Esto se debe a la evolución del poder de gestión en el ámbito del órgano administrativo, pues la clase de los “managers” no se agota con los administradores. Además, esta circunstancia responde a necesidades de orden práctico: el administrador adquiere, en cuanto dependiente, estabilidad en su trabajo y el derecho a un tratamiento económico más apetecido, y no sólo los riesgos de una carrera administrativa.

Por mucho tiempo en la doctrina italiana prevaleció la tesis de que la acumulación de estas funciones debía considerarse prohibida, porque el administrador, en cuanto órgano de la sociedad, sería sustancialmente el patrono, y si él fuera, además, dependiente, no existiría el vínculo de subordinación que caracteriza la relación obrero-patronal, como elemento típico y esencial (pues sería dependiente de sí mismo). Hoy, la opinión prevaleciente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia italianas, fundamentándose en la circunstancia de que el contrato de trabajo se celebra entre la sociedad y el administrador y, por ende, entre dos personas distintas, admite, en línea de principio, la acumulación de las dos figuras, subordinando su legitimidad a una investigación casuística dirigida a determinar, en primer lugar, la existencia del vínculo de subordinación (que constituye la característica esencial del trabajo subordinado), y, en segundo lugar, la existencia de un acto de asunción válido, esto es, no viciado por un conflicto de intereses (la denominada “auto-sanción”). Con fundamento en estos principios, se excluye, casi pacíficamente, la acumulación en la hipótesis de un solo administrador (situación no factible en nuestro país, dado lo claramente dispuesto por el art. 181); se admite, también pacíficamente, la acumulación en la hipótesis de simple consejero delegado;

(28) Mignoli, Ariberto-Nobili, Raffaele, “*Amministratori di società*”, en Enciclopedia del Diritto, II, Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 136; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 99.

y, por último, se examina, concretamente, si hay o no subordinación frente al consejo en la hipótesis de administrador delegado, a veces reconociéndola, a veces negándola ⁽²⁹⁾. Como se aprecia, la problemática ha evolucionado hacia principios más elásticos.

Sobre el particular, es importante recordar que el artículo 144 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional dice expresamente que los directores de los bancos privados “no podrán ser, al mismo tiempo, gerentes, personeros o empleados del mismo banco...”.

Muy discutida es la cuestión de si una persona jurídica puede ser nombrada administradora de una sociedad. Aquí juega papel preponderante la posición que se asuma frente al fenómeno de la personalidad jurídica: si se reconoce ésta como una categoría general, que se coloca como alternativa de la persona física en cuanto dotada, por disposición normativa, de los mismos atributos, la respuesta positiva nos parece posible. Pero si ponemos el acento sobre el hecho de que la persona jurídica no existe en sí y por sí, sino que es un puro y simple instrumento, legalmente permitido, del accionar humano, entonces el problema se reduce a examinar si la disciplina de los administradores es compatible con la asunción, por parte de una persona jurídica, de la función administrativa en una sociedad anónima; y aquí sí nos parece difícil que la respuesta pueda ser positiva: la administración de una sociedad confiada a una persona jurídica rompería realmente la relación que se instaura entre la compañía y sus propios administradores; quien administraría sería, en realidad, la persona jurídica designada pero a través de sus propios representantes, ante ella responsables y por ella revocables en cualquier momento. Y como la persona jurídica no existe como realidad física, tangible, sucedería, a fin de cuentas, que el presidente de X S.A. sería, en realidad, el presidente de la persona jurídica Z y no Z S.A.; de donde se produce ese fenómeno de desarticulación ahora denunciado; así las cosas, si la asamblea de accionistas de Z cambia a su presidente, indirectamente estaría cambiando también al presidente de X ⁽³⁰⁾.

(29) Sobre el particular, véase la jurisprudencia citada por Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 7, nota 50. En doctrina, Borgioli, A., “*I direttori generali di società per azioni*”, Giuffrè Editore, Milano, 1974, pp. 231-237; Cottino, Gastone, “*La società per azioni*”, U.T.E.T., Torino, 1972, p. 116; FRE, op. cit. en nota 3, p. 447; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 98. En España, véase Iglesias Prada, op. cit. en nota 6, p. 167 s.

(30) Cottino, op. cit. en nota anterior, p. 114 y op. cit. en nota 3, p. 657 s.; Ferri, op. cit. en nota 3, pp. 495 ss.; Galgano, op. cit. en nota 20, p. 320; todos, con fundamento en distintos argumentos, contrarios a que una persona jurídica pueda ser administradora de una sociedad.

En síntesis, sería como aceptar que los administradores de la sociedad fueran nombrados por un tercero extraño a la sociedad que, al ser administrados por los representantes de la persona jurídica administrante, estas personas son nombradas por los asociados de ésta, sustituibles y revocables por ellos, lo que parece contrario a la disciplina de los artículos 181 y siguientes, y sobre todo, a los artículos 189 y 190. Aparte de que no vemos la necesidad de crear, también a nivel del órgano gestor, el problema de la "administración en cadena; a estrella; piramidal; etc.", que ya es un dolor de cabeza a nivel de tenencia accionaria. Además, creemos que la disposición contenida en el artículo 183, parece excluir esta posibilidad ("el cargo de consejero es personal y no podrá desempeñarse por medio de representante").

También hay incompatibilidad legal para los corredores jurados, de conformidad con el inciso d) del artículo 312.

Estas causas de incompatibilidad, a diferencia de las causas de "inelegibilidad", no anulan el nombramiento de los administradores, pero sí colocan al interesado en la necesidad de escoger entre uno u otro de los cargos incompatibles.

Somos de la opinión que, con base en el inciso 19 del artículo 18, los socios pueden, en el pacto constitutivo, establecer causas de incompatibilidad no previstas legalmente ⁽³¹⁾.

En Francia, el artículo 91 de la Ley n. 66-537 del 24 de julio de 1966, lo admite expresamente, al igual que lo hacen las legislaciones de Inglaterra y del Principado de Liechtenstein. Por el contrario, la Ley de Sociedades por Acciones de Alemania y el Código de las Obligaciones suizo lo prohíben. Sobre el particular y en cuanto a la legislación mexicana, véase Bauche Garciadiego, Mario, "La empresa", Edit. Porrúa S.A., México, 1977, pp. 540 ss. En relación a la legislación española, consúltese el detallado trabajo de Polo Sánchez, Eduardo, "El ejercicio del cargo de administrador de las sociedades anónimas por las personas jurídicas", en Revista de Derecho Mercantil, Madrid, oct.-dic. 1965; también, más genéricamente, véase Iglesias Prada, op. cit. en nota 6, p. 169 s.

La Sección primera de nuestro Tribunal Superior Contencioso administrativo se ha pronunciado en contra de esta posibilidad argumentando que el artículo del Código en tema de administración y representación de sociedades anónimas (Sección VI, Capítulo VII, Título I, Libro I) tiene como presupuesto a la persona física; amén de que la palabra "miembros" utilizada en el artículo 181, significa individuos, esto es, personas físicas (Sent. # 362-90 de las 10:35 hrs. del 30 de mayo de 1990).

(31) Estamos pensando en una cláusula que le impida a una persona, por ejemplo, ser administradora de la sociedad si está ejerciendo, por cuenta propia o ajena, una actividad concurrente, o cuando es, contemporáneamente, socia

8.- Causas de cesación.

Nuestro código no está provisto de una disciplina apropiada que regule, sistemáticamente, la cesación de los administradores, salvo lo establecido en los artículos 155, inciso c (revocación del nombramiento); y 185, párrafo segundo, y 186 (expiración del plazo de nombramiento).

A. La revocación del nombramiento.

Aun en el caso de administradores nombrados en el acto constitutivo o por la asamblea de suscriptores o por cualquier otro órgano social o persona, de conformidad con el párrafo primero del artículo 185, la asamblea general ordinaria de accionistas puede, en cualquier momento, acordar la revocación del nombramiento de uno, varios o todos los consejeros (art. 155, inciso c): sin embargo, si la revocatoria se da sin que medie justa causa, el administrador revocado tiene derecho a exigir de la sociedad el resarcimiento de los daños y perjuicios causado, de acuerdo a las reglas del derecho común.

La potestad de revocación es inderogable, y no puede ser renunciada o limitada por cláusulas estatutarias o pactos parasociales ⁽³²⁾. La revocación es acordada por la asamblea ordinaria (art. 155, inciso c), no tiene que ser motivada (salvo que fuere fundada en justa causa, precisamente para evitarse la sociedad una acción de resarcimiento de daños y perjuicios en su contra) y, según una sentencia italiana, puede acordarse aunque no esté incluida en el orden del día ⁽³³⁾; puede ser implícita (vgr., acuerdo de sustitución de

ilimitadamente responsable de una sociedad concurrente. Nótese que quien se encuentre en tal situación, no es a priori "inelegible" para el puesto de administrador, sino que debe simplemente escoger entre las dos posiciones incompatibles.

(32) Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 74; FRE, op. cit. en nota 3, p. 451; Weigmann, R., "Responsabilità e potere legittimo degli amministratori", U.T.E.T., Torino, 1974, pp. 160 ss., quien sostiene la invalidez de las cláusulas estatutarias que le limitan a la asamblea ordinaria la facultad de revocar los nombramientos de los administradores.

(33) Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 74, nota 62.

Es importante recordar aquí que para nuestro Tribunal Superior Contencioso Administrativo es válida la cláusula del pacto social que le confiere a la asamblea general extraordinaria la potestad de remover a los administradores, según vimos en nota 4, párrafo 5.

consejeros precedentes) e indirecta (vgr., acuerdo de disminución del número de consejeros) ⁽³⁴⁾.

A falta de justa causa, el derecho al resarcimiento de daños y perjuicios es consubstancial a todos los supuestos de revocación, aun tratándose de revocación implícita o indirecta; sin embargo, es éste un derecho (patrimonial) renunciable por el consejero, desde el momento mismo de la aceptación del cargo ⁽³⁵⁾. Sí nos parece muy dudoso que la acción resarcitoria proceda en aquellas hipótesis en que la cesación del cargo de administrador sea consecuencia de las dimisiones de otros consejeros en presencia de la cláusula "simul stabunt, simul cadent".

El administrador revocado puede, tanto impugnar el acuerdo de revocación (de conformidad con los arts. 176 y 177) ⁽³⁶⁾, cuanto incoar la acción resarcitoria por la revocación: esta última demanda —que puede ser presentada por el administrador conjunta pero subsidiariamente con la de impugnación— prescinde de la determinación de la invalidez de la revocación, pues presupone su plena eficacia.

El problema más delicado en esta materia es la determinación de cuándo hay "justa causa" en la revocación. La prevaleciente jurisprudencia italiana considera que valen, en línea de máxima, los mismos principios vigentes en tema de revocación del mandato ⁽³⁷⁾, y por lo tanto ha afirmado que la causa justificativa de la revocación puede consistir, tanto en un incumplimiento imputable de las obligaciones del administrador ⁽³⁸⁾, cuanto en una circunstancia objetiva, es decir, en un hecho ajeno a la persona del revocado, como consecuencia del cual resulte vulnerado el vínculo de confianza y de colaboración que debe existir entre la sociedad y los administradores.

(34) No nos parece que pueda técnicamente hablarse de revocación (ni siquiera indirecta) cuando la desaparición de los administradores sea consecuencia directa del funcionamiento o de la aplicación de la cláusula "simul stabunt, simul cadent", pues aquí no estamos ante un acuerdo de asamblea, ya que la "caída" de todo el consejo es producto de la "iniciativa" de uno o más consejeros.

(35) Weigmann, op. cit. en nota 32, pp. 160 ss.

(36) Se considera que la anulación de los denominados acuerdos "self-executing", como los de nombramiento o revocación de los administradores o fiscales, remueve inmediatamente los efectos del acuerdo anulado.

Es muy controvertido si los administradores (socios) deban o no abstenerse de votar, por conflicto de intereses, el acuerdo que decide su revocación.

(37) FRE, op. cit. en nota 3, p. 452; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 474.

(38) Para Greco, op. cit. en nota 26, no hay justa causa en la revocación cuando el incumplimiento del administrador es de escasa importancia.

Dentro de esos lineamientos, hay justa causa para la revocación, sea cuando se verifica una situación de antagonismo perjudicial con la sociedad, aunque no exista culpa en el administrador ⁽³⁹⁾, sea cuando medie la disolución anticipada de la sociedad.

Siempre dentro de ese mismo orden de ideas, no constituyen justa causa de revocación ni la mera conveniencia económica de la sociedad (como la disminución del número de los administradores operada mediante reforma a la cláusula de administración en el pacto social) ⁽⁴⁰⁾; ni el simple disenso de un administrador en cuanto a decisiones orgánicas o hechos relativos a la gestión de la sociedad ⁽⁴¹⁾.

Bastante dudosa resulta la cuestión de si el acuerdo tomado por la asamblea general de socios de ejercer contra todos, algunos o algún administrador la acción social de responsabilidad ex. art. 192, conlleva, de iure condendo, la revocación del nombramiento del administrador o administradores endilgados; ante la no muy clara redacción de esa norma, recomendamos, si esa es la intención de los socios, revocar expresamente el o los nombramientos respectivos.

La revocación tiene efectos inmediatos ⁽⁴²⁾ y la misma asamblea que revocó debe proceder a nombrar a los sustitutos de los administradores revocados, tesis ésta que parece compartir la Sección Segunda de nuestro Tribunal Superior Contencioso Administrativo (sent. # 499 de las 8:15 hrs. del 24 de setiembre de 1982).

(39) Weigmann, op. cit. en nota 32, pp. 163 ss., quien, además de admitir como causa justa de revocación la pérdida de la cualidad de socio, cuando el pacto constitutivo la exige, considera que puede haber justa causa de revocación aunque no haya culpa imputable al administrador (vgr., una larga enfermedad).

(40) Weigmann, op. cit. en nota 32, pp. 160 ss. En contra de este criterio se manifiesta en Italia PESCE (cit. por Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 78, nota 76), quien considera que es suficiente, para que exista justa causa, la existencia de intereses no coincidentes; por eso, tanto la conveniencia económica de la sociedad, como la reducción del número de administradores —siempre que sean reales y no simuladas—, integrarían los extremos de la justa causa.

(41) Como el disenso que podría darse sobre los ítems que deben ser incluidos en el balance o sobre la forma en que se están transcribiendo las actas de las sesiones de la junta directiva.

(42) Minervini, op. cit. en nota 3, p. 484.

B. *El vencimiento del plazo de nombramiento.*

El vencimiento del plazo de nombramiento está previsto como causa de cesación por los artículos 185 infine y 186.

Salvo disposición en contrario del pacto constitutivo o bien del acto de nombramiento, por vencimiento del plazo el Registro Mercantil ha interpretado que es el vencimiento del año solar (o de los años solares) de nombramiento. Según esta interpretación, en caso de nombramientos, por ejemplo, por un trienio, acordados el 15 de enero de 1990, el plazo vencería el 15 de enero de 1993. Como se dijo, el pacto constitutivo o el acuerdo de designación pueden establecer el vencimiento con referencia, verbigracia, al ejercicio social (o a los ejercicios sociales) o a cualesquiera otra circunstancia, tal como la aprobación del ejercicio social (o del último ejercicio social al que se refiere el nombramiento); así, y retomando el ejemplo dado, en el entendido de que el ejercicio social concluye siempre con el año fiscal, esto es, el 30 de setiembre, el plazo de esos nombramientos vencería el 30 de setiembre de 1992⁽⁴³⁾. Claro que de conformidad con lo estipulado por el citado

(43) Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 82, considera preferible el vencimiento del plazo de nombramiento referido al ejercicio o ejercicios sociales o a la aprobación del balance, pues el año solar presenta el problema que, debiéndose computar el plazo en cuestión a partir de la aceptación de cada administrador y siendo posible que las aceptaciones no se den contemporáneamente, los nombramientos de los administradores podrían vencer en oportunidades distintas, lo que parece inconveniente.

No sabemos si el Registro se ha cuestionado esta situación, pero consideramos que allí se cree que el plazo comienza a correr desde el momento de la designación y no desde la aceptación del cargo, lo que nos parece del todo incorrecto, exigiendo la ley, como exige (art. 18, inciso 12), la aceptación del designado.

Pero lo cierto es que nuestro código no parece acoger el criterio de Bonelli arriba expuesto en cuanto al año solar, pues la letra del 186 nos indica que la cesación de los administradores (de todos) por vencimiento del plazo de nombramiento, cualquiera que sea el hecho al que esté referido, se verifica en un mismo momento, de donde los administradores nombrados con posterioridad vencen conjuntamente con los que estaban en funciones al momento de su designación. Fiorentino, "*Gli organi delle società di capitali*", Morano Editore, Napoli, 1950, p. 103 s.; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 36.

Ahora bien; sobre cuál de los dos momentos sea preferible entre el vencimiento del ejercicio social —o de los ejercicios sociales— o la aprobación del balance —o del último balance— nos parece mejor este último, pues es conveniente que los administradores que redacten el estado de situación sean los mismos que han ejercido la gestión a que el balance se refiere y de la cual ellos son responsables a tenor del art. 189.

número 186, "los consejeros continuarán en el desempeño de sus funciones hasta el momento en que sus sucesores puedan ejercer legalmente sus cargos", pero la determinación del momento en que el plazo de designación vence es indispensable para que los administradores convoquen con la debida antelación a la asamblea e incluyan en el orden del día la elección de los nuevos consejeros.

Nuestros tribunales han venido manteniendo, mayoritariamente, una interpretación del artículo 186 que nosotros decididamente no compartimos: para nuestros Jueces el tenor literal de la norma se aplica sólo cuando aparece anotada, al margen de la sociedad, acta de asamblea de socios en donde se procede a nombrar a los sustitutos; a falta de dicha anotación aplican el artículo 155 del Código de Procedimientos Civiles, hoy derogado⁽⁴⁴⁾; nuestros tribunales con semejante interpretación pretenden decirnos que para aplicar el 186 debe demostrarse que los sucesores han sido nombrados, siendo ese el

(44) Del Tribunal Superior Primero Civil, véanse las siguientes sentencias: # 1126 de las 8:55 hrs. del 2 de julio de 1986, en Rev. Jud. # 48, parágrafo 1096; # 512 de las 8:20 hrs. del 18 de abril de 1986, en Rev. Jud. # 47, par. 728; # 2533 de las 9:40 hrs. del 13 de diciembre de 1985, en Rev. Jud. # 45, par. 2670; # 2485 de las 8:20 hrs. del 10 de diciembre de 1985, en Rev. Jud. # 45, par. 2188; # 363 de las 8:15 hrs. del 8 de abril de 1983, en Rev. Jud. # 35, par. 874; del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, sent. # 410 de las 9:10 hrs. del 10 de julio de 1985, en Rev. Jud. # 44, par. 1663; del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, sent. # 647 de las 15:10 hrs. del 16 de setiembre de 1985; # 643 de las 15:25 hrs. del 11 de julio de 1985, en Rev. Jud. # 44, par. 1663; # 683 de las 9:35 hrs. del 4 de diciembre de 1981; # 303 de las 9 hrs. del 15 de mayo de 1984; del Tribunal Superior Civil, véanse las siguientes sentencias: # 303 de las 9:10 hrs. del 9 de mayo de 1979; # 423 de las 8:50 hrs. del 29 de mayo de 1978, en Rev. Jud. # 13, par. 980; # 618 de las 8:30 hrs. del 28 de julio de 1976, en Rev. Jud. # 6, par. 1716; # 142 de las 8:45 hrs. del 24 de marzo de 1975; # 10 de las 9:35 hrs. del 11 de enero de 1972; del Tribunal Superior de Trabajo de Alajuela, sent. # 925 de las 14:10 hrs. del 26 de octubre de 1978, en Rev. Jud. # 16, par. 3225; de la Sala Primera Civil las sentencias # 299 de las 9:10 hrs. del 2 de octubre de 1973 y # 10 de las 9:35 hrs. del 11 de enero de 1972; del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, la sent. # 566 de las 15:10 hrs. del 22 de agosto de 1969; y del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, la sent. # 4956 de las 9:30 hrs. del 4 de agosto de 1981 y 4401 de las 10:15 hrs. del 16 de diciembre de 1980.

La importancia de esta última sentencia es que se separa del criterio de las demás, interpretando la norma en su verdadero alcance e intención. En un sentido similar, véase la sent. # 117 de las 15:40 hrs. del 27 de junio de 1973 de la Sala Segunda Civil.

supuesto que la norma prevé. Lo cierto es que la "ratio legis" de la norma de comentario es impedir que la sociedad anónima quede acéfala, "al garete" en cuanto a su dirección, por el hecho, puro y simple, de haberse vencido los nombramientos de los consejeros; para nosotros lo que la norma establece, con claridad que no admite otra interpretación, es que la cesación de los administradores como consecuencia del vencimiento del plazo de nombramiento surte sus efectos una vez que el consejo ha sido reconstituido ⁽⁴⁵⁾.

C. *Otras causas de cesación (la renuncia; la muerte; la cláusula "simul stabunt, simul cadent"; etc.).*

a) Nada establece nuestro Código en cuanto a la renuncia, pero la Sala Segunda Civil, en sentencia # 36 de las 15:50 hrs. del 4 de marzo de 1975, dijo: "No existe regla que prohíba dimitir de sus cargos a los miembros del consejo de administración de una sociedad anónima, dado lo cual tiene que admitirse el derecho de renunciar a los integrantes del consejo sin quedar sujeta la dimisión a que la apruebe la asamblea, pues ésta carece de facultades para no aceptarla; de ahí que la renuncia produzca efectos de inmediato y no pueda el dimitente revocar su renuncia y reintegrarse al cargo, pues la vacante sólo puede llenarla la asamblea de accionistas por un nuevo nombramiento" ⁽⁴⁶⁾.

(45) Este principio responde a la evidente necesidad de evitar que se determinen vacíos de poder en la administración de la sociedad (Cottino, op. cit. en nota 3, p. 677; Santini, Gerardo, "Società a responsabilità limitata", (art. 2472-2497 bis), en Commentario al Codice Civile dirigido por Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1971, p. 202, nota 5) y ha sido constantemente afirmado por la jurisprudencia italiana.

(46) Para otra sentencia sobre renuncia, véase la # 499 de las 8:15 hrs. del 24 de setiembre de 1982, en Rev. Jud. # 32, par. 1570 de la Sección Segunda del Tribunal Superior Contencioso Administrativo.

Por su parte, el Tribunal Superior Civil y de Trabajo de Alajuela (sentencias # 925 de los 14:10 hrs. del 26 de octubre de 1978 y 517 de las 9:30 hrs. del 17 de julio de 1978) ha aplicado a la renuncia lo dispuesto por el artículo 186, norma que se refiere al solo vencimiento del plazo de nombramiento.

Sobre los efectos que se producen sobre un proceso en curso como consecuencia de la renuncia del presidente, a quien se le había notificado la acción, véase sentencia número 982, de las 9 hrs. del 3 de setiembre de 1980, del Tribunal Superior Primero Civil.

Ante "el mutis" del legislador, el Registro Mercantil ha venido interpretando que la renuncia debe ser presentada ante la asamblea de accionistas, que es el órgano competente para nombrar y remover a los administradores; si bien debemos reconocer que esta posición registral es correcta desde el estricto punto de vista de las competencias orgánicas, semejante tesis ha encontrado en la práctica serias dificultades: ¿qué pasa con el administrador renunciante cuando la asamblea no se reúne? Una sentencia del Tribunal Superior Primero Civil, la número 34 de las 8:40 hrs. del 9 de enero de 1981 (en Rev. Jud. # 26, párrafo 265) ha venido a resolver la cuestión, en nuestro criterio, bastante satisfactoriamente, al disponer que el administrador puede renunciar en escritura pública y registrar dicho instrumento en la Sección Mercantil del Registro Público.

Es muy controvertida la legitimidad de las cartas de renuncia firmadas en blanco ⁽⁴⁷⁾, así como la cuestión de si los administradores que renuncian sin justa causa deban o no resarcirle a la sociedad los eventuales daños producidos ⁽⁴⁸⁾.

- b) La muerte del administrador determina automática e inmediatamente la conclusión de la relación.
- c) Muchas pueden ser las causas de caducidad del cargo: de ellas ya hemos hablado, e indicado también el momento a partir del cual corren los efectos de la cesación ⁽⁴⁹⁾.
- ch) Algunos requisitos de idoneidad puestos por los socios en el pacto constitutivo pueden perderse y llevar así a la cesación del administrador: una cláusula sin duda válida, es la que exige la

(47) Se ha dudado de la validez de estas cartas en cuanto consistirían en una especie de revocación, sustraída a la decisión de la asamblea de accionistas. En todo caso, nótese que la renuncia preventiva —hecha en el momento de la aceptación del cargo— a cualquier acción resarcitoria en caso de revocación del nombramiento sin que medie justa causa —renuncia que la doctrina considera válida—, puede en muchos casos conferirse a la sociedad resultados análogos a los de una carta de renuncia firmada en blanco.

(48) Por la solución afirmativa, Greco, op. cit. en nota 26, p. 230; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 477 s.; por la negativa, Fiorentino, op. cit. en nota 43, p. 104, nota 46; FRE, op. cit. en nota 3, pp. 468 ss.

(49) Véase supra, n. 6.

cualidad de socio como requisito para ser nombrado administrador de modo que la pérdida de esa cualidad conlleva la automática cesación del cargo (o una condena penal cuando el pacto requiere buena conducta en los administradores)⁽⁵⁰⁾.

- d) Por último, el acto constitutivo puede establecer con base en el inciso 19 del artículo 18, otras causas de cesación del cargo de administrador: muy típica y relativamente frecuente es, por ejemplo, la cláusula *simul stabunt, simul cadent*⁽⁵¹⁾.

CH. *Inscripción en el Registro Mercantil.*

Así como vimos respecto a los nombramientos, también la cesación de los administradores, por cualquier razón que se produzca, está sujeta a inscripción en el Registro Mercantil (art. 235 incisos d y e).

En Italia, porque la inscripción de la cesación (y también la del nombramiento) del cargo de administrador tiene efectos tan solo declarativos, los terceros tienen derecho a considerar válidos y obligatorios para la sociedad los actos realizados por los nuevos y verdaderos administradores, dotados de poderes representativos, aunque su nombramiento no esté todavía inscrito en el Registro; por otro lado, si un administrador, dotado de poder representativo, cesa en el ejercicio de sus funciones, pero esa cesación no se ha inscrito todavía en el Registro, los terceros de buena fe tienen derecho a considerar válidos y obligatorios para la sociedad los actos ejecutados por ese administrador cesado⁽⁵²⁾.

Como hemos ya dicho líneas arriba, desde el momento en que la cesación en el cargo surte efectos, ninguna omisión o incumplimiento puede imputársele ya al administrador quien, a menos que haya continuado "de hecho" a administrar la sociedad, no responde de los daños y perjuicios ocasionados a terceros por los nuevos administradores⁽⁵³⁾.

(50) Véase supra, n. 5-B.

(51) Sobre esta cláusula, véase supra, nota 14.

(52) Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 84 s.

En cuanto a la naturaleza del efecto de la inscripción del nombramiento, véase supra, n. 5-D; iguales comentarios pueden hacerse respecto a la eficacia de la inscripción de la revocación del nombramiento.

(53) Ver supra, p. 12; Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 85.

9.- *El derecho a una retribución.*

Nuestro código, a diferencia de otras muchas leyes societarias, no establece un derecho de los consejeros a percibir una retribución económica por el ejercicio de sus funciones; esto no significa, obviamente, que el derecho no exista, aunque sí nos parece dudosa su existencia respecto a las sociedades anónimas denominadas familiares o cerradas. Lo normal, y así lo exige con norma inderogable el "Codice Civile", es que la respectiva retribución sea establecida en el pacto constitutivo o bien fijada por la asamblea (ordinaria) de accionistas; pero nada impide en nuestro medio que se utilicen otros métodos, como por ejemplo, incluir el monto como extremo contable en el balance aprobado o bien mediante pacto para-social estipulado entre los socios y los administradores. Creemos nosotros que la asamblea puede deliberar válidamente sobre la retribución de los administradores, aunque en el orden del día no esté expresamente indicado y sólo se haya convocado para los nombramientos, porque siendo la retribución un derecho del administrador, su fijación debe considerarse conexa a los respectivos nombramientos⁽⁵⁴⁾.

La asamblea no puede, sin el consentimiento, tácito o expreso, de los propios administradores, disminuirles la retribución conferida. Tampoco puede eludir este derecho del administrador atribuyéndole una retribución evidentemente inadecuada. Ya en este supuesto, ya en el caso en que la asamblea no haya dispuesto absolutamente nada sobre la retribución y ésta tampoco haya sido fijada en el acto constitutivo, el administrador puede pretender la fijación en la vía judicial, como claramente lo ha dejado establecido la jurisprudencia italiana. Aquí, el problema más delicado, es la determinación de los criterios que el juez debe adoptar para la fijación de la retribución; y sobre el particular parece haber consenso en que ella debe ser "adecuada a la importancia de la función y al decoro de la profesión" y siempre respetando el criterio de la "equidad", lineamientos estos que nos ofrecen escasas indicaciones para una precisa y justa cuantificación de la retribución debida. Nosotros creemos que el elemento de referencia más significativo resulta la retribución corriente en el mercado de prestaciones análogas, en relación a sociedades de análogas dimensiones, criterio éste que puede deducirse claramente de la letra del artículo 322, que remite "a la costumbre del lugar donde el mandato se haya ejercido".

(54) Es importante apuntar que en doctrina se duda (por considerarse que hay conflicto de intereses) de la validez del acuerdo de fijación de la retribución de los administradores cuando éste ha recibido el voto decisivo favorable del socio-administrador interesado.

Existe un acuerdo sustancial entre los autores sobre la existencia de un derecho del administrador a obtener de la sociedad una retribución por sus servicios, aun en aquellos casos en que el pacto constitutivo nada diga, ni la asamblea nada haya dispuesto ⁽⁵⁵⁾. No creemos que el silencio del código sobre el particular deba interpretarse como una negativa de nuestro legislador a ese derecho de los administradores, toda vez que existen otras normas jurídicas de las que éste se puede inferir (piénsese en el artículo 1258 del Código Civil, que establece que el mandato no se presume gratuito; en el número 322, que dice que el sueldo o emolumento del factor se fijará de acuerdo con lo convenido en el contrato respectivo y, a falta de estipulación, se estará a la costumbre del lugar donde el mandato se haya ejercido; y en los artículos 289 y 292 que hablan de los honorarios del comisionista, que otra cosa no es que un mandatario sin representación).

A. *Modalidades de retribución. La participación en las utilidades.*

La retribución puede consistir en una cantidad fija periódica, sin que por ello se genere una relación de trabajo subordinado ⁽⁵⁶⁾, o en un monto liquidado una tantum, o bien reconociéndoles —o adicionándoles— dietas por

(55) Ferri, op. cit. en nota 3, p. 495, nota 4; Graziani, Alessandro, "Diritto delle società", Morano Editore, Napoli, 1963, p. 379, nota 2; Mignoli, Ariberto, "Le partecipazioni agli utili nelle società di capitali", Giuffrè Editore, Milano, 1966, pp. 92 ss.; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 104 s., quien arguye que, oscilando el contrato de administración entre los dos polos del mandato —que se presume oneroso— y del trabajo subordinado —en donde la onerosidad es esencial—, no puede ciertamente negarse que la onerosidad en aquel es un elemento natural.

La opinión contraria sólo es sostenida por FRE, op. cit. en nota 3, p. 458, porque cada socio tiene el derecho y el deber de administrar. A este criterio se contraponen la jurisprudencia italiana para la que la relación entre administrador y sociedad no tiene naturaleza contractual, sino que es un acto unilateral de la asamblea, respecto al cual la aceptación del designado sería una condición de eficacia.

Algunos autores consideran que la prestación brindada por los administradores nada impide que sea gratuita, máxime si se trata de sociedades "familiares o cerradas", Broseta Pont, op. cit. en nota 6, p. 256; Garríguez, op. cit. en nota 6, p. 486 s.; Mantilla Molina, op. cit. en nota 6, p. 399.

(56) En este sentido algunos fallos de las Cortes italianas citados por Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 134, nota 2.

su presencia en cada reunión del consejo. En todas estas hipótesis, las retribuciones son verdaderos y propios gastos para la sociedad y, como tales, deducibles de sus réditos, de conformidad con la ley. También se acostumbra, y algunas leyes societarias lo prevén (como la alemana y la italiana), otorgarles a los administradores, a título de retribución por sus servicios prestados, una participación en las utilidades sociales. En esta hipótesis, la posición del administrador, que renuncia a una retribución fija y acepta una aleatoría ligada al suceso y a la suerte de la empresa que administra, se acerca a la del accionista ⁽⁵⁷⁾; el administrador se convierte, en una cierta medida, en partícipe del riesgo de empresa, con la consecuencia de que, a falta de utilidades, no podrá pretender ninguna otra remuneración.

El porcentaje en las utilidades que corresponde a los administradores se computa, usualmente, sobre las ganancias netas que resulten del balance, pero puede fijarse también sobre las ganancias brutas, o sobre las utilidades generadas por sólo uno o varios sectores bien individualizados de la empresa, o sobre el giro de los negocios, etc. ⁽⁵⁸⁾.

Esta forma de retribuir a los administradores, a diferencia de las arriba comentadas, no constituye un gasto normal del ejercicio, sino una distribución de utilidades y, como tal, no es deducible del rédito de la sociedad. Sin embargo, si a los administradores, amén de una participación en las utilidades, se les promete una suma mínima preestablecida, estamos en presencia de un sistema mixto, con un mínimo fijo garantizado sujeto al tratamiento de la retribución fija, más allá del cual comienza a aplicarse la disciplina de la participación en las utilidades, con la consecuencia de que el mínimo fijo garantizado sí es deducible del rédito de la compañía.

La retribución a un administrador puede serle prometida y debida por un socio o por un tercero, y no por la sociedad; doctrina y jurisprudencia italianas concuerdan en considerar válido el pacto mediante el cual alguien es inducido a aceptar el nombramiento de administrador proveniente de un socio o de un tercero interesado en el buen éxito de la gestión social,

(57) En este sentido Mignoli, op. cit. en nota 55, pp. 122 ss., quien destaca que, sin embargo, las dos figuras son muy distintas; además, debemos hacer notar que mientras los accionistas tienen derecho a recibir sólo las utilidades cuya distribución hubiere sido acordada en firme por la asamblea general ordinaria, con exclusión, por ejemplo, de las ganancias destinadas a la formación de reservas facultativas, el porcentaje de utilidades asignado a los administradores se computa sobre todas las ganancias, aunque no hayan sido distribuidas, comprendidas aquellas destinadas a reservas facultativas.

(58) Mignoli, op. cit. en nota 55, pp. 130 ss.

obligándose este último a retribuir él mismo al administrador ⁽⁵⁹⁾. Sin embargo, para que este pacto —que es un contrato a favor de tercero— sea válido, es necesario, en nuestra opinión, que el administrador no esté obligado a acatar las directrices de gestión que le dicte el socio o el tercero que lo retribuye.

B. *Retribución a administradores investidos de cargos o funciones particulares.*

Los administradores investidos de cargos o funciones particulares pueden también ser remunerados; esta remuneración tiene carácter retributivo, es decir, representa la remuneración de un trabajo prestado a favor de la sociedad que, según algunos, puede ser establecido bajo la forma de participación en las utilidades ⁽⁶⁰⁾; en este caso particular, tal participación, dado su carácter retributivo, constituye un gasto de ejercicio (y no un empleo de las utilidades en el balance), y como tal es deducible del rédito de la sociedad.

A diferencia de la retribución examinada en el literal anterior, cuya determinación corresponde normalmente al pacto constitutivo o a la asamblea general de socios, ésta la fija, generalmente, la propia junta directiva (así lo establece mediante norma inderogable el “Codice Civile”, que además exige la previa consulta al órgano contralor), aunque en nuestro medio, dada la carencia absoluta de regulación, podría ser establecida de cualquier otra forma.

Entre estos administradores están, seguramente, los administradores delegados (cuando la delegación de funciones está permitida por el pacto constitutivo) y, según la opinión doctrinal prevaleciente, el presidente del consejo de administración ⁽⁶¹⁾.

C. *Administradores que cumplen prestaciones ajenas a la relación de administración.*

Nadie duda de que el administrador que haya cumplido prestaciones profesionales extrañas a la relación de administración, tiene derecho a

(59) Ver sentencias citadas por Bonelli, op. cit. en nota 4, p. 138, nota 12, con la adhesión de autores como Alpa, Felicetti Giannattasio y Guarnieri. Minervini, op. cit. en nota 3, p. 72 s.
(60) FRE, op. cit. en nota 3, p. 461; Mignoli, op. cit. en nota 55, pp. 125 ss., con el criterio contrario de Giannattasio.
(61) Cottino, op. cit. en nota 3, p. 662; FRE, op. cit. en nota 3, p. 461; Graziani, op. cit. en nota 55, p. 373; Mignoli, op. cit. en nota 55, p. 114. En contra, Minervini, op. cit. en nota 3, p. 448.

obtener de la sociedad una retribución especial por el servicio prestado ⁽⁶²⁾. El problema aquí no concierne la existencia del derecho a la retribución, que nadie niega, sino en establecer cuáles son esas prestaciones ajenas a la relación de administración que deben ser remuneradas separadamente. El criterio adoptado por la jurisprudencia y la doctrina para determinar el contenido de las prestaciones del administrador, es el del objeto social: se consideran prestaciones del administrador en cuanto tal las que son inherentes al ejercicio de la empresa social (aunque se trate de actividades normalmente profesionales) ⁽⁶³⁾.

Por último, es importante anotar que la fijación de la retribución en estos casos puede ser hecha por cualquiera (asamblea de accionistas, consejo de administración, comité ejecutivo, consejero delegado, gerente, etc.).

CH. *Dependiente de la sociedad controlante encargado de administrar a la sociedad controlada.*

Mientras nadie somete a discusión que el administrador tiene derecho a una retribución ulterior cuando desarrolla, contemporáneamente, la actividad de administrador y la de dependiente de la misma sociedad ⁽⁶⁴⁾, la doctrina sólo casuísticamente se arriesga a admitir la procedencia de una retribución para el dependiente de la sociedad (o ente) controlante que cumpla la función de administrador en una sociedad por aquella controlada (o, más claramente, en la cual él ha sido nombrado administrador en resguardo y representación de los intereses de la sociedad o ente en el cual él es trabajador subordinado). Y en verdad puede suceder, según el caso concreto de que se trate, que:

- a) las prestaciones de administrador en la sociedad controlada estén comprendidas entre las que el dependiente debe ejecutar

(62) Mignoli, op. cit. en nota 55, p. 121 s.; Migoli-Nobili, op. cit. en nota 28, p. 144; Minervini, op. cit. en nota 3, p. 449.

(63) Se ha considerado no comprensiva de la actividad administradora, la asesoría legal desarrollada por el presidente—abogado de una sociedad editorial a favor de la sociedad misma y de sus afiliadas; por el contrario, sí se ha considerado comprensiva de la prestación genérica de administrar, el cumplimiento de prestaciones técnicas ejecutadas por el administrador—ingeniero de una sociedad constructora.

(64) En aquellos casos en que se admite la convergencia de estas funciones. Véase supra, #7.

forzosamente según el contrato de trabajo subordinado que lo liga a la sociedad controlante, de modo tal que él ya ha sido retribuido por tales prestaciones y no le corresponde entonces ninguna retribución ulterior⁽⁶⁵⁾; o

- b) por el contrario, tenga derecho a una separada y ulterior retribución como administrador de la sociedad controlada, cuando la función de administrar a esta última no esté comprendida dentro de las que él debe cumplir como dependiente de la controlante.

En cualesquiera de las dos hipótesis descritas, el dependiente, cuando es administrador de la sociedad controlada, no puede ser obligado a ejecutar las directrices provenientes de la sociedad controlante (y no debe, como administrador de la sociedad controlada, realizar actos en conflicto de intereses; esto es, no debe, en síntesis, para favorecer a la sociedad controlante, o a otra sociedad del mismo grupo económico, perjudicar a la sociedad que administra).

(65) Aquí, la sociedad controlada está obligada a cubrir la retribución que le corresponde a dicho administrador por la actividad desarrollada por éste a su favor —a menos que hubiere mediado consentimiento, expreso o tácito, de su parte, de ejercer la función gratuitamente—, retribución que tocará, o que el administración deberá entregar, a la sociedad controlante.

EL AJUSTE ESTRUCTURAL Y EL DERECHO

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Catedrático Universidad de Costa Rica
Profesor Facultad de Derecho
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas

ABSTRACT

The abstract section contains a summary of the article's content, written in English. It discusses the structural adjustment and the law, specifically focusing on the role of the administrator in a controlled company and the implications of the contract of subordinate work. The text is partially obscured by the page's bleed-through from the reverse side.