

- Eduardo ORTIZ. *Los privilegios de la administración pública* (San José: RCJ, N° 23, 1974).
- . *Costa Rica: Estado social de derecho* (San José: RCJ, N° 29, 1976).
- . *Actividad privada de la administración* (San José: RCJ, N° 11, 1968).
- Luciano PAREJO. *El concepto de derecho administrativo* (Caracas: Ed. Jurídica venezolana, 1984).
- G. PEISER. *Droit administratif* (Paris: Dalloz, 1975).
- Nicolás PEREZ SERRANO. *Tratado de derecho político* (Madrid: Civitas, 1976).
- José PIÑERO. *Nuevo derecho canónico* (México: Ed. Atenas, 1983).
- Alfredo POVIÑA. *Diccionario de sociología a través de los sociólogos* (Buenos Aires: Astrea, 1976).
- Nicos POULANTZAS (Ed.) *La crisis del Estado* (Barcelona: Fontanella, 1977).
- Julio PRAT. *Derecho administrativo* (Montevideo: Acalí, T. I, 1977).
- Jorge Enrique ROMERO PEREZ. *Derecho administrativo y Estado costarricense* (San José: UCR, 1984).
- . *Ensayos de derecho administrativo* (San José: UNED, 1985).
- . *El servicio público* (San José: UCR, 1983).
- . *Estado social y democrático de derecho ante la crisis* (San José: RCJ, N° 60, 1988).
- . *Antología sobre el servicio público* (San José: UCR, 1984).
- . *La contratación administrativa en Costa Rica* (San José: UNED, 1989).
- Jean ROMEUF. *Diccionario de ciencias económicas* (Madrid: Labor, 1966).
- Enrique SAYAGUES LASO. *Tratado de derecho administrativo* (Montevideo: Ed. Martín Bianchi, 1959).
- Arthur SELDON; F. G. Pennance. *Diccionario de economía* (Barcelona: Oikos-Tau, 1967).
- Frederick, TAYLOR; Henry Fayol. *La administración científica* (México: Herrero, 1973).
- George TERRY. *Principios de administración* (México: Continental, 1987).
- Domenico TRAMONTANA. *Diritto amministrativo* (Milano: Cetim-Bresso, 1976).

CONTROLES SOBRE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN LAS
LEGISLACIONES COSTARRICENSE, HONDUREÑA Y MEJICANA.
BREVES CONSIDERACIONES CRITICAS.

Dr. Alfonso Gutiérrez Cerdas

Profesor de Derecho Comercial
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO

- 1) Organó encargado del control interno en la sociedad anónima.
- 2) Nombramiento.
- 3) Causas de conclusión del cargo de fiscal.
- 4) Nombramiento de sustitutos.
- 5) Función del comité de vigilancia.
- 6) Organización del comité de vigilancia.
- 7) Naturaleza de la relación existente entre el fiscal y la sociedad.
- 8) Responsabilidad de los fiscales.
- 9) Control externo.

Organó encargado del control interno en la sociedad anónima

El legislador costarricense al establecer el órgano encargado de la vigilancia en las sociedades anónimas (especialmente las formadas mediante el sistema de constitución simultánea), lo ha hecho en una forma oscura y confusa. Al respecto establece que "el sistema de vigilancia de las sociedades anónimas será potestativo y se hará constar en la escritura social".⁽¹⁾ A primera vista y siguiendo un análisis literal de dicha norma, se podría llegar a la conclusión de que es facultad de las sociedades adoptar o no un sistema de vigilancia.⁽²⁾

Situación esta que está claramente definida en la legislación mejicana y hondureña —inspiradoras de la costarricense—, al respecto la Ley general de sociedades mercantiles de México establece que la vigilancia de las sociedades estará a cargo de uno o varios comisarios, debiendo los estatutos de cada sociedad establecer si serán varios o solamente uno los comisarios. Similar enunciación establece la legislación hondureña.⁽³⁾

En realidad el verdadero sentido de la norma costarricense es establecer, no que el sistema de control sea potestativo, sino más bien, que será la forma de organizar dicho control lo que será potestativo, siendo por lo tanto obligatorio para todas las sociedades anónimas el tener un sistema de vigilancia,⁽⁴⁾ pudiendo aquellas que se funden por constitución

(1) Artículo 193 del Código de Comercio de Costa Rica.

(2) Creo que ésta es una posición perfectamente sostenible tomando literalmente el sentido de la norma. Analizando el significado de la palabra potestativo observamos que ella significa que algo está dentro de nuestra esfera de poder, lo que implica que será la sociedad la que debe decidir si adoptarlo o no. Además entre los requisitos que de acuerdo con el artículo 18 del Código de Comercio debe contener la escritura constitutiva de toda sociedad, no menciona por ningún lugar nada respecto al órgano de control, ni donde se refiere a la asamblea general constitutiva (artículo 116) se hace mención de la vigilancia de las sociedades, cosa que se hace en ambas ocasiones con respecto al Consejo de Administración, por ejemplo.

(3) Artículo 164 de la Ley general de sociedades mercantiles mejicana y artículo 231 del Código de Comercio de Honduras respectivamente.

(4) ZURCHER H., *Sociedades anónimas. Sus modificaciones más importantes: consejo de administración, bonos del fundador, fiscales, etc.* Seminario sobre el Código de Comercio. Asociación Nacional de Fomento Económico, San José, Costa Rica, p. 40. Al respecto el autor (corredactor del proyecto de Código de Comercio) establece claramente que "el sistema de vigilancia en las sociedades anónimas de fundación simultánea es potestativo y deberá hacerse constar en la escritura social. No debe interpretarse que en las sociedades de fundación simultánea es facultativa la existencia del sistema de vigilancia, pues

simultánea organizar el órgano de control en la forma que mejor les parezca, cosa que el legislador costarricense establece en forma oscura, prestandose a confusión.

Lo anterior conlleva otro grave problema, cual es la falta de regulación de dicho órgano en las sociedades antes dichas. Mi opinión es que mediante una interpretación analógica se deben aplicar las normas establecidas para la sociedad anónima de constitución sucesiva, pues no podemos olvidar que entre los muchos intereses representados en este tipo de organismos está, no sólo el interés social, sino también de terceros y en último caso de la comunidad en general. Debemos recordar que este tipo de sociedades es predominante en los distintos ordenamientos jurídicos, ya que las sociedades de capital formadas por constitución sucesiva son poco usadas por ser éste un sistema engorroso y complicado⁽⁵⁾ por lo que se hace necesario regular la forma en la cual se llevaba a cabo el control.

Con las anteriores salvedades, analizaremos ahora las potestades y límites del órgano de control, insistiendo nuevamente que en la legislación costarricense ellas deben referirse no solamente a las sociedades constituidas mediante constitución sucesiva, como parece establecerlo el Código de Comercio, sino extensible a las sociedades constituidas por constitución simultánea.

En consecuencia, todas las sociedades anónimas en la legislación de Costa Rica, tendrán necesariamente que prever en sus estatutos el establecimiento de un órgano de control (bajo pena de no poder ser inscritas en el Registro Público, sección mercantil, y adquirir así personalidad jurídica, por falta de requisitos legales), donde se determinará tanto el número de los componentes de dicho comité de vigilancia, como el término de duración en sus cargos. Esto puesto que el Código de Comercio solamente establece que la vigilancia de las sociedades anónimas estará a cargo de uno o varios fiscales que pueden ser socios o no, estableciendo posteriormente que salvo disposición en contrario de los estatutos, su nombramiento será de un año. En Honduras y México el término de duración de los comisarios en sus cargos es de tres años. En estos dos países se da una situación muy interesante: cuando la escritura social prevea el nombramiento de tres o más comisarios, la minoría que represente un 25% del capital social tendrá derecho a nombrar un comisario (un tercio del número total nombrado en

lo que ordena la norma es que exista la vigilancia, pero deja la forma de regularla a la potestad de la sociedad”.

- (5) SOLA DE CAÑIZALES F., *Tratado de sociedades por acciones en el derecho comparado*. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1957, III, p. 96, FERRARA F. *Gli imprenditori e la società*, 6ed, Giuffrè, Milano 1965, p. 346, FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, 4ed. U.T.E.T., Torino 1976, Madrid 1976, II, p. 429, todos estos autores —entre otros— concuerdan en p. 313, GARRIGUEZ J., *Curso de Derecho Mercantil*, 7ed. Imprenta Aguirre, que la sociedad por acciones fundada mediante constitución sucesiva es poco usada, por lo complicado del procedimiento.

Honduras), sin que ello impida que por disposición estatutaria pueda ampliarse dicho derecho minoritario.⁽⁶⁾

En la legislación costarricense esto trae una serie de problemas: siendo la asamblea general un órgano en la mayoría de los casos bajo el dominio de los administradores de la sociedad y, existiendo en nuestra legislación una norma tan amplia, esto hace simplemente que el comité de vigilancia no tenga en la práctica ningún sentido, pues quedará fácilmente bajo el dominio de los administradores. El legislador ni siquiera ha dado normas mínimas que permitan a los fiscales llevar a cabo su papel como un órgano independiente del consejo de administración.⁽⁷⁾ Así por ejemplo, tampoco se establece nada en cuanto a la remuneración de los fiscales, la cual debe ser establecida por la asamblea general para cada ejercicio fiscal. En la legislación mejicana el cargo de comisario debe ser remunerado, tal y como lo establece la Ley General de sociedades mercantiles, dicha retribución puede consistir en un sueldo o en una participación en los beneficios, o en una combinación de ambas formas.⁽⁸⁾

El problema en Costa Rica se presenta para determinar como se fija el salario de los fiscales durante el primer ejercicio fiscal —si es que se decide que el cargo sea remunerado, pues en vista del silencio de la ley, podría establecerse incluso mediante resolución de la asamblea constitutiva que dicho cargo no sea remunerado— siendo dicho órgano el que debe establecer la remuneración a recibir durante el primer ejercicio fiscal, posteriormente será la asamblea general ordinaria la que fijará el monto a percibir por los fiscales. Creo que la suma establecida por la asamblea

-
- (6) Artículos 195 del Código de Comercio de Costa Rica, 211 del Código de Comercio de Honduras y 171 de la Ley general de sociedades mercantiles de México, sobre esta última confrontar RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, Porrúa, México 1947, II, p. 188, situación que es ampliamente criticada por MANTILLA MOLINA R., *Derecho Mercantil*, 8ed. Porrúa, México 1965, p. 423, el cual dice que los derechos de la minoría son ilusorios, pues están supeditados a que se elijan tres o más comisarios, y ello en la práctica casi nunca sucede.
- (7) Sobre este problema en general ver FERRI G., *I controlli interni nelle società per azioni*. Controlli interni ed esterni delle società per azioni, Giuffrè, Milano 1972, p. 20, el cual afirma que las causas de la crisis del control tal y como hasta ahora se ha venido llevando a cabo es consecuencia de la crisis de la asamblea, pues como ella está ampliamente dominada por los administradores, y siendo ella la que debe hacer efectiva y operante el funcionamiento de los síndicos, aún cuando ellos funcionen perfectamente sus resultados no pueden ser traducidos en acciones. “Non è perchè controllori e controllate hanno una identica matrice, in quanto entrambi sono di nomina assembleare, che l'istituto dei sindaci è in crisi, perchè anzi questo risponde a la logica dell'istituto, ma è che la logica stessa dell'istituto è messa in crisi quando l'assemblea non è più funzionante come organo autonomo degli amministratori”, MANTILLA MOLINA R., *Derecho Mercantil*, op. cit., p. 426.
- (8) Al respecto confrontar MANTILLA MOLINA R., *Derecho Mercantil*, op. cit., p. 409.

constitutiva puede ser aumentada, pero no disminuida posteriormente por la asamblea general. Tampoco establece nada el Código de Comercio sobre la separación del fiscal de su puesto. Creo que éste solamente puede ser separado del puesto de fiscal durante el período para el cual fue nombrado cuando exista causa justa para tomar dicha decisión, esto en vista de los intereses en juego, lo cual hace inconcebible aceptar una revocatoria ad nutum. La situación opuesta se da en la legislación hondureña, pues el artículo 231 del Código de Comercio establece expresamente que el cargo de comisario es revocable. Igual situación se establece en la legislación mejicana, donde se establece como característica del cargo de comisario la revocabilidad del mismo, sin necesidad que la asamblea exprese las causas de su acción. En ambas legislaciones la mayoría del capital social no puede revocar el nombramiento de un comisario nombrado por la minoría, sino revocando también los comisarios que ella nombró.

Tampoco en la legislación costarricense se prevé que dentro del comité de vigilancia exista al menos una parte de sus miembros con una preparación profesional específica en vista de las funciones que llevan a cabo y que requerirán de ciertos conocimientos técnicos particulares,⁽⁹⁾ situación prevista desde hace muchos años en otras legislaciones como la italiana. O en su caso establecer órganos técnicos a los cuales se pueda recurrir cuando haya necesidad de criterios técnicos especiales,⁽¹⁰⁾ y que incluso puedan ayudar a los socios a darle sentido al derecho que tienen de examinar los libros, correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la administración de la sociedad.⁽¹¹⁾

(9) En igual sentido respecto a la legislación mejicana: RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, op. cit., p. 142 y MANTILLA MOLINA R., *Derecho mercantil*, op. cit., p. 424.

(10) COCITO C., *Il collegio sindacale*, Giuffrè, Milano 1970, p. 13 y ss., VERRUCOLI P., *Esperienze comparatistiche in tema di controlli interni ed esterni sulle società per azioni con particolare riguardo ai paesi della CEE*. Giuffrè, Milano 1972, p. 64 y ss., SOLA DE CAÑIZALES F., *Tratado de sociedades por acciones en el derecho comparado*, op. cit., p. 201 y ss., donde nos presentan diversas soluciones adoptadas en otras legislaciones, tales como los wirtschftsprüfer alemanes o los auditors ingleses, commissaires aux comptes franceses. Sobre los censores de cuentas españoles ver RUBIO J., *Curso de derecho de sociedades anónimas*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1964, p. 269 y ss. En la legislación italiana uno o dos de los miembros del "collegio sindacale" según el caso deben pertenecer a determinadas categorías profesionales, en el caso de sociedades por acciones cuyas acciones se cotizan en la bolsa, el control contable es llevado a cabo por una sociedad de revisión, sobre estas últimas ver "La riforma delle società per azioni e della borsa valori", Quaderni della rivista Impresa, ambiente e pubblica amministrazione, Giuffrè, Milano 1976, p. 165 y ss., NOBILI, VITALI, *La riforma della società per azioni*, Giuffrè, Milano 1975, p. 577 y ss., COTTINO G., *Diritto Commerciale*, Cedam, Padova 1976, I, p. 693 y ss.

(11) Artículo 26 del Código de Comercio de Costa Rica.

Nombramiento

Los miembros del primer comité de vigilancia serán nombrados en el acto constitutivo, por períodos que establezcan los estatutos. Si ellos nada dijeren al respecto, durarán en sus cargos un año, pudiendo ser reelectos por la asamblea general ordinaria, la cual seguirá haciendo los nombramientos sucesivos.⁽¹²⁾

En principio pueden ser nombrados fiscales todas las personas físicas capaces, mayores de dieciocho años. De la regla general anteriormente enunciada se deben excluir los que conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio⁽¹³⁾ o los que han sido privados de ese derecho por sentencia judicial, los quebrados no rehabilitados,⁽¹⁴⁾ los funcionarios públicos a quienes la ley prohíbe ejercer el comercio y, los extranjeros no establecidos en el país, o aún cuando lo fueren no tuvieren al menos diez años de residir en él⁽¹⁵⁾ todo con el fin de lograr una idoneidad física y moral de los fiscales. Tampoco pueden ser nombrados fiscales los cónyuges de los administradores, ni sus parientes consanguíneos y afines hasta el segundo grado.

En las legislaciones mejicana y hondureña, esta última norma es mucho más amplia, no pudiendo ejercer el cargo de comisario ni el cónyuge de un administrador, ni sus parientes consanguíneos en línea directa sin limitación de grado; en línea colateral hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo grado inclusive.⁽¹⁶⁾

Otra imposibilidad para ser nombrado fiscal, tendiente como la anterior a dar una independencia al comité de vigilancia de los administradores, se da con respecto a las personas que desempeñan otro cargo en la sociedad, para usar la expresión dada por el legislador costarricense (las legislaciones mejicanas y hondureña usan la expresión empleados de la sociedad).

(12) Artículo 155 inciso c) del Código de Comercio de Costa Rica.

(13) Artículo 196 inciso a) del Código de Comercio de Costa Rica.

(14) Cuando se ha hecho la distribución del patrimonio total del concurso, éste se da por finalizado, procediéndose a la rehabilitación del quebrado, si éste no ha sido condenado por quiebra culposa o fraudulenta. Lo mismo ocurre si los saldos pendientes una vez hecha la repartición, o los créditos legalizados antes de ella se hubiesen extinguido por prescripción.

En los casos de quiebra culposa, el quebrado puede ser rehabilitado cuando haya cumplido la pena impuesta o fuere indultado, siempre y cuando haya pagado íntegramente a sus acreedores, o demuestre haber llegado a un acuerdo con ellos.

En el caso de quiebras fraudulentas, solamente se puede rehabilitar al quebrado después de tres años de haber cumplido la sentencia penal o haber sido indultado, si hubiese pagado íntegramente sus deudas, al respecto artículos 950, 951 y 952 del Código de Comercio de Costa Rica. Confrontar VARGAS F. L., *Contribuciones al estudio del derecho de quiebras costarricense*, Colegio de Abogados, San José, 1977, p. 229 y ss.

(15) Artículo 8 del Código de Comercio de Costa Rica.

(16) Artículo 165 de la Ley general de sociedades mercantiles de México, y el artículo 232 del Código de Comercio de Honduras.

En Costa Rica la enunciación legislativa es bastante oscura y muy amplia, lo que se presta para varias interpretaciones. Podría pensarse como primera hipótesis que dicha prohibición se refiera solamente a los componentes del consejo de administración y a quienes ellos nombren para atender los diferentes aspectos y negocios de la sociedad, tales como gerentes, apoderados, agentes, etc., en razón de la relación de subordinación o dependencia en que se encuentran respecto a los administradores. Pero el problema es que en igual situación se encuentran todos los demás empleados de la sociedad, los cuales para llevar a cabo su función cabalmente tendrán que vigilar, criticar y en algunos casos hasta denunciar la labor llevada a cabo por los administradores, a los cuales están subordinados, o por lo menos dependientes y, los cuales ejerciendo sus prerrogativas pueden despedir a los trabajadores que estuviesen en ese momento cumpliendo funciones de fiscales, de donde se concluye que la vigilancia se reduciría a nada.⁽¹⁷⁾

El problema se plantea actualmente en términos más amplios, sosteniéndose que no pueden ejercer el cargo de fiscal la persona ligada a la sociedad mediante una relación continua de prestación de obra retribuida, como lo establece el Código Civil italiano. Entrando dentro de esta categoría los empleados, representantes y colaboradores permanentes. Pudiendo por lo tanto ser nombradas fiscales aquellas personas que no se encuentren en la situación anterior, como sería el caso de quien preste servicios profesionales en forma ocasional a la sociedad.⁽¹⁸⁾ Creo que el artículo correspondiente del Código de Comercio de Costa Rica se debe interpretar en tal forma, dejando la posibilidad a las personas ligadas a la sociedad mediante un contrato de prestación de obra, o como lo llama nuestro legislador, a los que desempeñan otro cargo en la sociedad, de escoger entre seguir llevando a cabo su labor, o desempeñar el cargo de fiscal renunciando a su puesto.

Causas de conclusión del cargo de fiscal

Los fiscales terminan su labor: a) Por muerte. b) Por el cumplimiento del término por el cual fueron nombrados. c) Por renuncia al cargo. El Código de Comercio de Costa Rica no establece nada al respecto, pero creo que debido a la delicada función que debe llevar a cabo no se le puede obligar al fiscal a permanecer en dicho puesto contra su voluntad, debido a que ello redundaría en un grave perjuicio para la sociedad, pues la función no la desempeñaría a cabalidad. Por lo tanto, creo que no es

(17) VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, 5ed., seconda ristampa, Francesco Vallardi, Milano 1929, II, p. 280, donde nos dice que el cargo de fiscal y empleado de la sociedad son incompatibles, no significando esto que el empleado no pueda ser electo, sino más bien, que si lo fuese tiene la obligación de escoger entre seguir siendo empleado de la sociedad no aceptando el puesto de fiscal, o ser fiscal renunciando a su puesto en la sociedad.

(18) Al respecto ver FRE G., *Società per azioni*, 4ed., Zanichelli, Bologna 1972, p. 522 y COCITO C., *Il collegio sindacale*, op. cit., p. 95.

necesaria la existencia de una causa justa para renunciar al cargo de fiscal,⁽¹⁹⁾ sino más bien que es potestad de los comisarios el poner fin a su relación con la sociedad cuando lo crean conveniente.

Con respecto a una posible indemnización a la sociedad de parte del fiscal que renuncia por los daños y perjuicios que con su acción se le cause, creo que no sea posible aceptarlo en vista de las razones antes expuestas y el silencio de la ley al respecto.

Es indudable que la renuncia del fiscal se hará efectiva cuando sea nombrado su sustituto, aún cuando queden los demás miembros (en caso de que existan) en sus puestos. Esto porque en la legislación costarricense el fiscal se concibe en forma individual, o sea no tiene una concepción colegial del órgano (punto que se tratará más adelante), como sucede en otras legislaciones. Por lo tanto, cada fiscal debe ser sustituido efectivamente, sin importar el caso que ellos sean varios, que todavía sigan en sus cargos la mayoría. En vista de ello es que el fiscal no puede dejar su puesto hasta cuando su sucesor esté en capacidad efectiva de reemplazarlo, situación establecida expresamente para los administradores.

Si el fiscal abandonase su cargo antes de esperar que su sucesor pueda ejercerlo efectivamente, será posible a la sociedad cobrarle una indemnización por los perjuicios que su acción le haya causado.⁽²⁰⁾ Una situación similar se presenta en las otras dos legislaciones analizadas.

(19) Véase al respecto FRE G., *Società per azioni*, op. cit., p. 439, el cual sostiene que los administradores de la sociedad por acciones (situación asimilable a los síndicos de la misma) pueden renunciar a su cargo cuando lo deseen, pues no se puede obligar a tener la responsabilidad de un cargo que ellos no quieren ocupar, agrega que no es necesario motivar dicha renuncia, ni se obliga al administrador renunciante a indemnizar a la sociedad por dicha decisión. En igual sentido GALGANO F., *La società per azioni. Le altre società di capitale. Le cooperative*, 2ed. Zanichelli, Bologna 1976, p. 127, para el cual el administrador puede renunciar en cualquier momento, dando comunicación escrita al consejo de administración y al presidente del colegio sindical, pero la renuncia a efecto inmediato solamente si permanecen en sus puestos la mayoría de los administradores. En sentido contrario COCITO C., *Il collegio sindacale*, op. cit., p. 140, el cual cree que el síndico solamente puede renunciar por justa causa, MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano 1956, p. 475 y ss., el cual cree que el administrador que renuncia sin tener justa causa para ello está obligado a indemnizar a la sociedad por el daño que ella sufra. "L'obbligo della società di risarcire il danno per la revoca ingiustificata si compensa col corrispondente diritto ad esgerlo nel caso che l'amministratore abbandoni intempestivamente l'ufficio", igualmente VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, op. cit., p. 269.

(20) FIORENTINO A., *Gli organi delle società di capitali*, Jovene, Napoli 1950, p. 104. RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, op. cit., pp. 190-191. Este autor establece que si bien el cargo de comisario es renunciante, no podrá el fiscal hacer abandono de él en tanto no se le haya aceptado su renuncia, pudiendo en dicha circunstancia si hiciese abandono del cargo resultar responsable de los daños y perjuicios que a la sociedad se le causen.

d) Cuando sobrevenga alguna de las causas de inelegibilidad analizadas con respecto al nombramiento de los fiscales, la cual operará desde el momento en que la causa de inelegibilidad se ha dado, aún sin necesidad de que la asamblea general delibere al respecto, pues es evidente que en este caso nos encontramos frente a una imposibilidad legal para el ejercicio del cargo de fiscal, con la salvedad establecida para quienes presten sus servicios en forma remunerada a la sociedad siendo ya fiscales. En este caso deben escoger o seguir siendo fiscales, o el nuevo nombramiento, renunciando al cargo de fiscal, debido a la incompatibilidad entre ambos cargos como antes se estableció.

e) Por revocatoria del cargo de parte de la asamblea general. Anteriormente se había establecido que dicha revocatoria solamente se podía llevar a cabo existiendo una justa causa para ello, excluyendo por lo tanto la revocatoria *ad nutum*, que sí se establece expresamente para los administradores.

En vista del silencio del Código al respecto, creo que será falta grave, el incumplimiento de las obligaciones que el legislador pone a cargo de los fiscales en el artículo 197 del Código de Comercio de Costa Rica. Comprobada ésta, la asamblea general puede proceder a la destitución del fiscal⁽²¹⁾ quedándole a él solamente la posibilidad de impugnar en vía jurisdiccional el acuerdo tomado por la asamblea general cuando considere que no ha existido la causa justa aducida en su contra, cobrando una indemnización por los daños y perjuicios producidos con su destitución injustificada. No parece posible que en el caso que el Tribunal anule la decisión tomada por la asamblea general constatando que la causa justa aducida no existió, pueda el fiscal reintegrarse de nuevo a su puesto, pues mientras tanto el asunto se discutía en el Tribunal, se habrá nombrado otro

(21) No existe en la legislación de Costa Rica la distinción que hace el Código Civil italiano entre "decadenza" y "revoca", la primera se da con el incumplimiento de parte del "sindaco" de las obligaciones que le pone el artículo 2404 (ausencia a dos reuniones del colegio sindical durante un ejercicio fiscal) o el artículo 2405 (ausencia sin motivo justificado a una asamblea general o a dos reuniones del consejo de administración durante un ejercicio fiscal), además de cumplirse cualquiera de las causas de inelegibilidad para el puesto. A los síndicos solamente se les puede revocar su nombramiento por justa causa, debiendo aprobar el Tribunal (bajo pena de nulidad en caso contrario) dicha decisión, previo examen de la deliberación asamblearia, con el objeto de establecer si existe o no la causa aducida. Al máximo se podría pensar en nuestra legislación como causa de "decadenza" el cumplirse alguna de las causas que hacen imposible el desempeño de la función de fiscal por existir una incompatibilidad legal con el desempeño de la función de fiscal (artículo 196 del Código de Comercio costarricense), siendo el incumplimiento de las demás obligaciones posibles causas justas para revocar el nombramiento de los fiscales a juicio de la asamblea general. Esto es importante en relación con el órgano que debe conocer, si se trata de revocar el nombramiento es obvio que solamente la asamblea general lo puede hacer (artículo 155 inciso 3 del Código de Comercio de Costa Rica).

fiscal, el cual debe permanecer en su puesto, tiene pleno derecho para hacerlo pues ha sido nombrado con todas las formalidades requeridas y estará en su puesto hasta que termine el período para el cual su nombramiento fue hecho.⁽²²⁾

Tanto la Ley general de sociedades mercantiles mejicana como el Código de Comercio hondureño establecen que el cargo de comisario tiene como característica el ser revocable; teniendo la asamblea general amplio poder para revocar a los comisarios, sin necesidad siquiera de expresar la causa de la revocatoria. Dicha revoca se lleva a cabo con el consenso de la mayoría absoluta del capital social, y cualquier cláusula tendiente ya sea a establecer una mayoría especial o a reducir el poder de revocatoria será nula.⁽²³⁾

Nombramiento de sustitutos

Al ocurrir alguna de las causas antes examinadas y que conllevan la terminación de la función de fiscal, se deberá necesariamente proceder al nombramiento de un sustituto, ya que en el caso de la legislación costarricense no se prevé la existencia de fiscales suplentes conjuntamente con los titulares. Paradójicamente y en contradicción con los principios que deben informar la institución del comité de vigilancia, es el consejo de administración en nuestra legislación el órgano encargado de nombrar el sustituto,⁽²⁴⁾ convirtiendo en letra muerta, sin ningún contenido real el comité de vigilancia. Serán los administradores (órgano que debe ser controlado) quienes nombrarán el órgano contralor, haciendo nugatoria la función de éste, no podrá evidentemente este último ser suficientemente independiente del órgano sobre el cual recae básicamente su función. No se podrá garantizar una independencia de acción y juicio, requisitos esenciales de la función contralora. Simplemente con este sistema se llena un requisito formal sin que tenga ningún sentido práctico.

En las legislaciones hondureñas y mejicanas, donde tampoco se prevé la existencia de fiscales suplentes no se da la situación antes expuesta, en estos dos ordenamientos cuando falta la totalidad de los comisarios, es obligación del consejo de administración convocar inmediatamente la asamblea general para que proceda a nombrar los comisarios. Llegándose incluso a la posibilidad de que en caso de que dicha convocatoria no se haga, sea

(22) Al respecto FRE F., *Società per azioni*, op. cit., p. 525.

(23) En tal sentido RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, op. cit., p. 190.

(24) Artículo 190 del Código de Comercio de Costa Rica.

el juez el que nombre los comisarios hasta tanto no sea convocada la asamblea con dicho objeto.

Otro ejemplo de este tipo de desnaturalización de la función contralora lo tenemos en la legislación costarricense en la disposición del artículo 197 inciso j) del Código de Comercio, donde se obliga a los fiscales a recibir e investigar las quejas formuladas por los socios sobre el funcionamiento de la sociedad, e informar posteriormente al consejo de administración de ellas, careciendo por lo tanto de todo sentido la investigación hecha por los fiscales, pues en definitiva no se traducirá en ningún procedimiento tendiente a corregir posibles errores apuntados.

Al respecto las legislaciones mejicana y hondureña tienen mucho más clara la problemática y no cometen el error de la legislación costarricense. En ambos casos es obligación de los fiscales recibir las denuncias que haga cualquier accionista sobre hechos irregulares que estén acaeciendo. Dicha denuncia debe ser investigada exhaustivamente informándose posteriormente a la asamblea general en el informe que a ella deben rendir los comisarios. En caso que dicha denuncia resulte verdadera, además de la investigación deben los comisarios a la asamblea general presentar las consideraciones y proposiciones que estimen convenientes con el objeto de que cese la irregularidad y se establezcan las responsabilidades del caso.⁽²⁵⁾

Función del comité de vigilancia

En principio se puede establecer que el comité de vigilancia debe controlar que en el desenvolvimiento de las actividades sociales no se atente contra las disposiciones legales o del pacto social, vigilando sobre todo la administración de la sociedad. A tal fin los fiscales están obligados a comprobar que se lleven las actas de las reuniones del consejo de administración, que sean ejecutadas las resoluciones que se hayan adoptado en las asambleas generales, asistir a las reuniones del consejo de administración y "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".

Creo, en vista de las facultades que el legislador da a los fiscales que el tipo de control llevado a cabo por ellos sea un control de legalidad y no de mérito, puesto que ellos no tienen la posibilidad de sustituir o impedir la actividad llevada a cabo por el consejo de administración en caso de considerar que las medidas por él tomadas no sean convenientes para el

(25) Artículo 167 de la Ley general de sociedades mercantiles de México y artículo 234 del Código de Comercio de Honduras. Al respecto confrontar RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, op. cit., p. 197.

desarrollo de la actividad social.⁽²⁶⁾ Los fiscales solamente deben controlar que dicha actividad no viole las disposiciones legales y estatutarias. Se puede decir al máximo que pueden ejercitar un control técnico sobre el modo de llevar a cabo dicha actividad,⁽²⁷⁾ pero no pueden controlar la oportunidad o no de llevar a cabo dichos actos, ya que dicha esfera compete exclusivamente al consejo de administración de acuerdo con las directrices trazadas por la asamblea general. Será él quien decida sobre la conveniencia o no, de ejercer dichos actos sin que competa a los fiscales impedirselo. Esto no impide al comité de vigilancia expresar juicios de mérito sobre la gestión social en sede asamblearia o del consejo de administración como se ha dicho anteriormente.

Dentro de este control de la gestión social se le da gran importancia al control contable, al efecto deben los fiscales "revisar el balance y examinar las cuentas y estados de liquidación de operaciones al cierre de cada ejercicio fiscal", vigilar las operaciones sociales, teniendo libre acceso a todos los documentos de la sociedad, así como a las existencias en caja. Deben compro-

(26) En tal sentido GRAZIANI A., *Diritto delle società*, 5ed. Morano, Napoli 1963, p. 393, FERRI G., *Le società*, UTET, Torino 1971, p. 540, el cual establece: "Si tratta di un controllo sulla regolarità formale delle deliberazioni e degli atti posti in essere dagli altri organi sociale, il collegio sindacale non può invece interferire sulla sostanza degli atti stessi e sulle decisioni imprenditoriali", el mismo autor en *Controlli interni nelle società per azioni*, op. cit., p. 19, FRE G., *Società per azioni*, op. cit., pp. 528-529, COCITO C., *Il collegio sindacale*, op. cit., p. 112 y ss., el cual expresa lo siguiente: "In realtà quando si parla di controllo di merito, non ci si riferisce ad un giudizio di merito come sembrano ritenere molti autori, bensì ad un controllo che si manifesta con provvedimenti che sono invece attribuiti alla competenza funzionale dell'organo amministrativo... Il controllo sugli amministratori è quindi, sotto ogni profilo un controllo di legittimità. Qualsiasi valutazione di opportunità eventualmente operata dai sindaci, pone in crisi i rapporti fra i vari organi sociali: quando dovesse verificarsi, la valutazione de sindaci non vincola gli amministratori". En ningún momento se ha negado la posibilidad de que los fiscales al participar en las reuniones del consejo de administración puedan emitir juicios sobre la oportunidad de llevar a cabo ciertas operaciones, pero no creo que ello constituya un control de mérito, pues carecen de los medios necesarios para modificar las decisiones del consejo de administración. En sentido contrario COTINO G., *La società per azioni* (extracto del Novissimo digesto italiano) UTET, Torino 1971, pp. 178-179, igualmente en *Diritto Commerciale*, op. cit., pp. 688-689, para el cual existe un control de mérito en la acción llevada a cabo por los fiscales de manifestar en las reuniones del consejo de administración sobre la conveniencia de tomar ciertas decisiones por el órgano de administración, e incluso solicitar que su opinión pueda ser consignada en las actas de dicha reunión.

(27) FRE, G., *Società per azioni*, op. cit., p. 529, el cual establece: "Il che sembra significare che aspetta al collegio sindacale non già controllare se gli amministratori amministrano bene, ma se amministrano correttamente: si potrebbe, in altre parole, dire che non si tratta di un controllo di merito sulla bontà o sull'opportunità delle operazioni sociali, ma di un controllo tecnico sui modi con i quali queste vengono attuate, indipendentemente dalla portata sostanziale di esse".

bar que se lleven adecuadamente los libros sociales y, que la sociedad haga mensualmente un balance de situación.

Con el objeto de llevar a cabo una seria labor referente al control contable, me parece conveniente el establecer ciertos requisitos técnicos para algunos de los fiscales, para que puedan examinar y juzgar concientemente todo lo referente al aspecto contable.

Otra de las funciones dadas a los fiscales es la de investigar las quejas formuladas por cualquier accionista e informar al consejo de administración sobre ellas. Evidentemente esta obligación debe ligarse con otras en el mismo artículo, dando como resultado que el fiscal debe recibir la denuncia e investigarla, con el objeto de averiguar si tiene o no fundamento. Posteriormente emitirá un dictamen al consejo de administración sobre los hechos denunciados, con todas las implicaciones que esto traerá. Evidentemente no será mucho lo que el fiscal pueda hacer, pues si la denuncia fuese precisamente por actos mal realizados por el consejo de administración, será éste quien la conocerá, haciéndose nugatoria la labor realizada por los fiscales. Otra posibilidad que creo se presente es que el fiscal reciba la denuncia del socio, la investigue, si la encuentra infundada, sigue el procedimiento anterior, pero si se comprobasen los hechos denunciados, el fiscal entonces la debe incluir en las observaciones que en relación a los resultados obtenidos en su función debe enviar al menos dos veces al año al consejo de administración, y que dicho órgano debe someter a conocimiento de la asamblea general ordinaria.⁽²⁸⁾ Me parece que es la única posibilidad de asegurarse que la asamblea general conozca las denuncias formuladas por cualquiera de los socios, como se establece expresamente en las legislaciones mejicana y hondureña. En todo caso siempre puede el veinticinco por ciento del capital social pedir en cualquier momento al consejo de administración la convocatoria de la asamblea general,⁽²⁹⁾ si ésta no fuese convocada dentro de los quince días siguientes al recibimiento de la solicitud correspondiente, o el consejo de administración se rehusare explícitamente a hacerla, se formulará la petición de convocatoria al juez competente, para que sea él quien traslade la petición al consejo de administración, o haga personalmente la convocatoria de la asamblea general.⁽³⁰⁾

Cuando no se hubiese celebrado ninguna asamblea general durante dos períodos consecutivos, o si durante dicho lapso las asambleas que se hubiesen efectuado no hayan discutido y aprobado o rechazado el informe de los administradores referente a su gestión durante el pasado ejercicio fiscal, no se haya decidido sobre la repartición de utilidades el no hacerlo en la forma establecida por el pacto social, nombrado o revocado el nombramiento de administradores y fiscales si fuese el caso, puede el titular de una acción

(28) Artículo 197 inciso f) del Código de Comercio de Costa Rica.

(29) Artículo 159 del Código de Comercio de Costa Rica.

(30) Artículo 161 del Código de Comercio de Costa Rica.

pedir la convocatoria a los administradores de la asamblea general, pudiendo inclusive obtener la convocatoria mediante resolución judicial en los términos antes vistos.⁽³¹⁾

También al comité de vigilancia compete en vía excepcional ejercer un control sustitutivo del consejo de administración,⁽³²⁾ tal es el caso que se presenta cuando los administradores omiten convocar la asamblea general, pudiendo en este caso proceder los fiscales a la convocatoria. Se trata aquí evidentemente de un control sustitutivo de parte del órgano encargado de la vigilancia, debiendo los fiscales proceder a la convocatoria, pudiendo en caso contrario ser responsables por los daños y perjuicios que se le causen a la sociedad, o a terceros por no haber cumplido con la obligación establecida por la ley al respecto.⁽³³⁾

Organización del comité de vigilancia

No creo que en las legislaciones en examen se pueda hablar de un órgano de control de naturaleza colegial. Esa es la conclusión que debe extraerse del análisis de las secciones referentes a la vigilancia de la sociedad anónima.⁽³⁴⁾ Allí en todo momento se habla de fiscales como individua-

(31) Artículos 160 y 141 del Código de Comercio de Costa Rica.

(32) Solamente en vía de excepción y en los casos establecidos por la ley, puede el órgano de control sustituir el órgano administrador, no podría el comité de vigilancia sustituir al consejo de administración en un caso no previsto expresamente por la ley, ni aún cuando exista duda sobre la oportunidad de dicha sustitución. En tal sentido FRE G., *Società per azioni*, op. cit., pp. 537-538, GRAZIANI A., *Diritto delle società*, op. cit., p. 396, este autor llama a esta situación una marginal función de administración activa, concordando que solamente en vía de excepción y en los casos establecidos por la ley se puede dar, en igual sentido COTTINO G., *Diritto Commerciale*, op. cit., p. 687. Sobre la diferencia entre administración activa y control sustitutivo confrontar COCITO C., *Il collegio sindacale*, op. cit., pp. 123-124, para el cual el control sustitutivo se da cuando un órgano en vista del incumplimiento de los deberes de otro órgano, pone en acción actos propios de competencia del órgano sustituido, el cual pudiendo hacerlos no lo ha hecho, mientras que la administración activa no se trata de una sustitución de actividad, sino actos de competencia propia del órgano en ciertas circunstancias, ejemplo artículo 2386 del Código Civil italiano donde falta el órgano de administración, corresponde a los síndicos realizar actos de ordinaria administración a título propio, no se trata de una función de control.

(33) Art. 196 inciso c) del Código de Comercio de Costa Rica.

(34) Tesis sostenida por VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, op. cit., p. 283 en la antigua legislación italiana, a pesar de establecerse en el artículo 183 del Código de Comercio tres o cinco síndicos titulares y dos suplentes

lidad, obligaciones, facultades, requisitos para su nombramiento, etc., no se establece en ningún momento una composición colegial, sin que por lo tanto se regule la forma en que se debe deliberar con el objeto de obtener voluntad del órgano, cosa que sí sucede con el consejo de administración (en el caso de Costa Rica, porque tanto en México como en Honduras dicho órgano puede ser unipersonal) donde se establece primeramente el carácter colegial de él, estableciéndose un número mínimo de miembros que lo deben formar, posteriormente se regulan la forma de llenar las vacantes, como se debe llevar a cabo la deliberación y quien presidirá las reuniones del órgano.

Aparte de las anteriores apreciaciones concernientes a la legislación costarricense, creo que dos son los puntos fundamentales que obligan a concluir que no es posible concebir un órgano de control de naturaleza colegial en las legislaciones examinadas: a) que la ley permite que el comité de vigilancia esté formado por un solo miembro y, b) que la responsabilidad de los fiscales es individual, punto que será analizado dentro de poco. Por lo tanto, cuando sean varios los miembros del comité de vigilancia, cada uno de ellos tiene la facultad y obligación de vigilar la gestión social en sentido amplio.

Con el objeto de evitar que se realice simultáneamente el mismo trabajo, se debe hacer entre los miembros una división racional de él, en manera tal que incluso se pueda controlar la labor llevada a cabo por los demás componentes, ya sea una división temporal por turnos, o una división por materias dependiendo de los conocimientos específicos de los distintos miembros, o adoptar cualquier otro método que les parezca conveniente, todo con el objeto de mejorar el desempeño de su función.

para la vigilancia de la sociedad y la revisión del balance. Argumentando que llegaba a tal conclusión del hecho que la ley no regulaba con normas colegiales dicho órgano, a pesar de estar formado por varios miembros, como si lo había hecho con el consejo de administración. Establece el autor incluso que "...lo statuto che costituissse in collegio l'ufficio dei sindaci, attribuendo alla loro maggioranza la facoltà di decidere sarebe illegalle...". En igual sentido con respecto a la legislación mejicana RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, op. cit., pp. 186-187. Actualmente en la legislación italiana donde no existen dudas sobre el carácter colegial del colegio sindical, se manifiestan por un fuerte impulso a dar facultades amplias de investigación al miembro singularmente considerado, sin negar el carácter colegial del órgano, pero en todo caso debilitándolo un poco DE GREGORIO A., *Corso di diritto commerciale*, 7ed. Società Editrice Dante Alighieri, Milano, Roma, Città di Castello 1967, p. 312, FRE G., *Società per azioni*, op. cit., p. 533, manifestándose por una concepción colegial férrea GRAZIANI A., *Diritto delle società*, op. cit., p. 394, FERRARA F. Jr., *Gli imprenditori e le società*, op. cit., p. 505, BRUNETTI A., *Tratato del diritto delle società*, Giuffrè, Milano 1948, II, p. 402, COCITO C., *Il collegio sindacale*, op. cit., pp. 69-70.

Naturaleza de la relación existente entre el fiscal y la sociedad

No creo que se puede hablar de una naturaleza contractual en la relación que se da entre los fiscales y la sociedad. Si bien es necesaria la aceptación del cargo de parte del fiscal para configurar dicha relación jurídica, no están las partes en posibilidad de modificar dicha situación, ya que ella es prefijada por la ley y, las partes aceptan una situación establecida de antemano en cuanto a su contenido y límites, debiendo únicamente, tanto los fiscales como la sociedad aceptarla o rechazarla, sin poderla modificar.⁽³⁵⁾ Deben los fiscales cumplir sus obligaciones con la diligencia de un buen padre de familia (aunque no se establezca expresamente dicha obligación). Por lo tanto no serán responsables por los daños que la sociedad o terceros sufran cuando ellos hayan cumplido con sus obligaciones diligentemente, como puede ser el caso de que carezcan de conocimientos técnicos especiales para descubrir errores graves o malos manejos en la gestión social.

Responsabilidad de los fiscales

Establece el legislador costarricense, hondureño y mejicano que los fiscales serán individualmente responsables por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les impongan,⁽³⁶⁾ lo que implica que

(35) En sentido contrario, entre otros muchos FRE G., *Società per azioni*, op. cit., pp. 490-491, aunque parece modificar un poco su posición a p. 518 al afirmar: "...Il rapporto in questione é interamente regolato della legge, e i sindaci acetando l'ufficio, acetano una situazione preformata. Non vi è dunque alcuna possibilità che la società ed il sindaco determinino col loro consenso il contenuto del rapporto, el che potrebbe essere sufficiente per escludere la natura contrattuale del rapporto stesso", GRAZIANI A., *Diritto delle società*, op. cit., pp. 400-401, para el cual no se trata de un mandato ni de un contrato de trabajo subordinado, siendo más bien "un contratto di lavoro in senso lato, avente per oggetto una prestazione d'opera intellettuale", RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, op. cit., pp. 191-192, el cual estima que la relación que liga a los comisarios con la sociedad "es la de una auténtica prestación de servicios", COCITO C., *Il collegio sindacale*, op. cit., p. 93, el cual precisa que siendo el contrato que liga fiscal y sociedad un contrato de "preposizione organica" (elaboración hecha por Minervini), "piu esattamente il contratto di preposizione organica conosce almeno due tipi contrattuali diversi, si parlerà di contratto di amministrazione quando il contratto avrà per oggetto un'attività di amministrazione, si parlerà di contratto di sindacato quando tale contratto avrà per oggetto un'attività di sindacato".

(36) Al respecto confrontar RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., *Tratado de sociedades mercantiles*, op. cit., p. 198, MANTILLA MOLINA R., *Derecho Mercantil*, Editora Herrero, México, D.F. 1975, p. 106, este último autor sostiene que los comisarios serán solidarios entre sí y con los administradores y otros responsables de los daños y perjuicios que en su actuación causen a la so-

aún cuando el órgano de control esté compuesto de varios titulares, cada uno será responsable de la parte del control que le corresponda según una división del trabajo hecha entre ellos (ya que es evidente que no se puede pretender que cada fiscal lleve a cabo toda la labor del control de la sociedad en todo momento) sin que dicha responsabilidad, en consecuencia abarque a los demás como sucede en otras legislaciones.⁽³⁷⁾

En la legislación costarricense la responsabilidad del fiscal por los daños causados a la sociedad debido a dolo o culpa de él es de naturaleza contractual en vista de la relación obligatoria que existe entre ambos. Podríamos pensar en varios tipos de responsabilidad del tipo que algunos denominan directa y exclusivamente de los fiscales. Ello aunque la ley no lo establezca directamente, pero que se obtienen de la naturaleza misma de las sociedades de capitales y del instituto de los fiscales, y son la violación del llamado secreto haciendal, o sea la divulgación de datos concernientes al desenvolvimiento de la gestión social, los cuales de ser conocidos por empresas competidoras le pueden ocasionar un grave perjuicio, y que el

ciudad. Llega dicho autor a tal conclusión basándose en el reenvío que la ley hace en el artículo 171 al artículo 160 de la misma, donde se establece la responsabilidad solidaria de los administradores actuales con los anteriores por las irregularidades que estos últimos hayan cometido, si los que actualmente desempeñan el cargo, conociéndolas no hiciesen la denuncia correspondiente. Este es un caso de excepción, donde se establece una solidaridad entre administradores y comisarios, sin que sea posible extenderla hasta constituir una situación general.

- (37) En Italia por ejemplo, con una concepción colectiva del órgano de control existe una responsabilidad colegial de los síndicos, o sea, responden todos los componentes del órgano de los perjuicios que causen con sus actos o sus omisiones. El artículo 2407 del Código Civil establece que ellos deben cumplir su función con la diligencia de un mandatario (refiriéndose a la diligencia de un buen padre de familia y no a la relación sindicato-sociedad), siendo responsables de la veracidad de sus aseveraciones y, deben conservar el llamado secreto haciendal. Además son responsables junto con los administradores por los daños y perjuicios causados a la sociedad por hechos u omisiones de aquellos, que si hubiesen vigilado correctamente no se hubieren producido. Por lo tanto, aún cuando la responsabilidad es por hechos propios se pueden diferenciar una de la otra. Así la primera será una responsabilidad exclusiva y directa de los síndicos, sin que sea necesario una acción u omisión de los administradores. Estos nada tienen que ver con este tipo de responsabilidad, siendo el daño producido por una acción exclusiva y directa de los síndicos, es consecuencia inmediata del comportamiento de éstos, mientras que en el otro caso la responsabilidad de los síndicos, aún cuando deriva del incumplimiento de sus obligaciones, tiene su origen en una acción u omisión del consejo de administración que se transforma luego en una culpa in vigilando del colegio sindical. A una culpa de los administradores se viene a agregar en este caso otra de los síndicos, al respecto ver entre otros SILVETTI C., y G. CAVALL, *Le società per azioni*, U.T.E.T., Torino 1972, p. 640 y ss., FRE G., *Società per azioni*, op. cit., p. 538 y ss., FERRARA F. Jr. *Gli imprenditori e le società*, op. cit., p. 507, GRAZIANI A., *Diritto delle società*, op. cit., p. 401 y ss., FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, op. cit., pp. 367-368 y *Le società*, op. cit., pp. 545-546.

fiscal conoce precisamente por su posición. Otra es el contenido de los informes que debe someter al consejo de administración y a la asamblea general para su conocimiento, donde el fiscal en caso de consignar datos falsos, u omitir ciertos datos, puede causar un grave perjuicio, tanto a la sociedad como a terceros. Otra puede ser la responsabilidad en que incurre por no asistir a las reuniones del consejo de administración o a las asambleas generales y que puede ser factor causante de daños o perjuicios a la sociedad o a acreedores de ella, pues en dichas reuniones tienen la posibilidad los fiscales de denunciar o plantear cualquier asunto relacionado con su cargo.

La responsabilidad que incumbe al fiscal por faltar a sus obligaciones establecidas en la mayoría de los incisos del artículo 197 del Código de Comercio de Costa Rica, aún cuando implican una responsabilidad propia, presuponen una acción previa de los miembros del consejo de administración, por lo tanto serán responsables los fiscales por dolo o culpa in vigilando, pues no cumplieron con su obligación de controlar la actuación de los administradores. Es aquí donde surge el problema de si será posible responsabilizar a los fiscales por no haber controlado que los administradores administren correctamente, para usar la expresión de Frè, un control técnico sobre el modo en que los administradores lleven a cabo su función, sin juzgar el contenido de los actos: la respuesta debe ser positiva si el fiscal cuenta con los conocimientos técnicos para hacerlo (cosa que como se recordará no es obligatorio), pues en este caso particular no estaría llevando a cabo su función con la diligencia media requerida, y por consiguiente podría ser responsable por los daños causados.

En cuanto a la acción de responsabilidad debe aplicarse por analogía la norma que la regula con respecto a los administradores, estableciéndose allí que ella solo puede ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la cual designará a la persona que haya de ejercer la acción correspondiente.⁽³⁸⁾ En cuanto a los acreedores sociales, al no dárseles el ejercicio de dicha acción, creo que una posibilidad que les queda es impugnar los acuerdos de la asamblea general donde se aprueban las operaciones hechas por los administradores y confirmadas por los fiscales, donde como consecuencia de ellas disminuye el patrimonio social a tal punto de no permitir el pago de sus créditos, para luego establecer la acción correspondiente por culpa extracontractual.⁽³⁹⁾

La responsabilidad de los fiscales hacia la sociedad desaparece por las mismas causas que las establecidas para el caso de los administradores, o sea por la aprobación del balance con respecto a las operaciones contenidas en él o en sus anexos, a menos que se hubiese aprobado dicho balance en razón de datos o informes falsos o incompletos, salvo que al respecto se hubiese

(38) Artículo 180 del Código de Comercio de Costa Rica.

(39) Artículo 180 del Código de Comercio y 1045 del Código Civil ambos de Costa Rica.

ya decidido establecer la acción de responsabilidad correspondiente. Por la aprobación de la gestión social, o cuando los hechos imputados hubiesen ocurrido en cumplimiento de acuerdos de asamblea que no fuesen notoriamente ilegales y, finalmente por renuncia expresa de la misma.⁽⁴⁰⁾

Queda siempre por consiguiente la posibilidad al socio individual y a terceros de obtener el resarcimiento de los daños que se les causen, siguiendo el procedimiento antes expuesto.

Control externo

En la legislación costarricense solamente están sometidas a una forma de control externo las sociedades cuyas acciones u otros títulos se coticen en bolsa. Esto debido a la imposibilidad de realizar venta pública de acciones u otros títulos valores a menos que ellos estén debidamente registrados en una bolsa de valores.⁽⁴¹⁾

Dicho control externo será llevado a cabo por las bolsas de comercio que de acuerdo con las normas establecidas en el Libro I, título IV (artículos 398 y siguientes) del Código de Comercio se establezcan en el país. Actualmente solo funciona una, la Bolsa Nacional de Valores Sociedad Anónima con sede en San José.

Como a su vez, las distintas bolsas de comercio serán constituidas bajo la forma de sociedades anónimas por exigencia expresa de la ley, se establece entonces que a su vez ellas quedarán sometidas a la vigilancia permanente del Banco Central de Costa Rica, la cual será ejercida de acuerdo con los reglamentos que dicha institución promulgue, los cuales se referirán a las normas que deben seguirse para efectuar las operaciones de bolsa, a los requisitos para el registro de acciones y títulos valores que el Banco Central estime conveniente para el cumplimiento de la ley y las normas de un ordenado funcionamiento de la bolsa.⁽⁴²⁾

Las bolsas de comercio deberán siempre ser constituidas como sociedades anónimas. Para evitar abusos se da una detallada reglamentación: así el número mínimo de socios constituyentes no podrá ser inferior a diez (siendo por lo tanto causa de disolución de la sociedad el llegar a tener en el desenvolvimiento de sus actividades un número menor a dicho mínimo,

(40) Artículos 176 inciso c) y 180 del Código de Comercio de Costa Rica.

(41) Artículo 403 del Código de Comercio y artículo 4 del Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores S. A.

(42) Artículo 400 inciso c) del Código de Comercio y artículos 72 y 73 del Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores S. A.

contrariamente a lo establecido para las demás sociedades anónimas en el artículo 102 del Código de Comercio), sus acciones necesariamente deben ser nominativas.

El proyecto de la escritura social de la futura bolsa de comercio debe ser aprobado por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio antes de ser presentado a la asamblea constitutiva, esto con el objeto de que se coordine con los planes gubernamentales de desarrollo económico y que no se convierta más bien en un vehículo que los entrobe. Los socios fundadores no pueden suscribir ni poseer en ningún momento una proporción mayor del cuarenta por ciento del capital autorizado, debiendo ponerse a disposición del Banco Central el restante sesenta por ciento o más si fuese del caso, con el objeto de que dicha institución lo coloque entre el público, pudiendo el mismo banco u otros institutos de crédito estatales comprar parte de dichas acciones. La sociedad debe rendir una garantía igual al capital autorizado para responder del correcto funcionamiento y cumplimiento de las obligaciones que la ley, reglamentos y estatutos sociales les imponen, siendo la anterior garantía de carácter permanente y de un tipo tal que satisfaga al Ministerio de Economía.⁽⁴³⁾

Con el objeto de que se registren en una bolsa de valores las acciones y los títulos valores que una determinada sociedad emita, debe ella comprobar a satisfacción de la bolsa, que se encuentra legalmente constituida y que cuenta con la autorización correspondiente para emitir títulos.⁽⁴⁴⁾ Debe además acompañar con la solicitud de registro un estado financiero completo de la sociedad, el cual tiene necesariamente que ir certificado por un contador público autorizado.

Si se tratase de una sociedad que inicia sus actividades solamente puede registrar sus acciones, pues a las sociedades solo se les autoriza a emitir títulos en serie (aparte de las acciones) cuando haya transcurrido un plazo de al menos cinco años desde su constitución.⁽⁴⁵⁾

Para la inscripción de sus acciones en bolsa, debe presentar todos los documentos informes y programas que la bolsa estime necesarios para conocer las características de la empresa y juzgar sobre su viabilidad. Deberá además presentar los nombres de los socios fundadores y de los miembros del consejo de administración con sus calidades personales, el número de acciones suscritas por cada uno de ellos así como sus aportes.⁽⁴⁶⁾

(43) Artículos 398, 399 y 400 del Código de Comercio.

(44) Art. 400 del Código de Comercio, 4 párrafo 2, parágrafo a) del reglamento Bolsa Nacional de Valores S. A.

(45) Artículo 713 del Código de Comercio.

(46) Artículo 405 inciso b) del Código de Comercio, y artículo 4, párrafo 2, parágrafo d) del Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores S. A.