

Obsérvese la mixtura de sistemas y la funcionalidad de los mismos. Resulta penoso distinguirlos en su identidad doctrinaria y no es ésta la mejor oportunidad para hacerlo.

El Administrador Judicial nombrado por la Judicatura —si a su juicio procede— puede proponer la acción de responsabilidad contra los administradores y los síndicos.

Antes del vencimiento de su encargo, el administrador judicial convoca y preside la Asamblea General para el nombramiento de los nuevos administradores y síndicos y, además, para proponer, si las circunstancias así lo aconsejan, que se proceda a la liquidación inmediata de la sociedad por acciones.

Y siempre, en una unidad de acción admirable, el Derecho italiano que regula el control, prevee la posibilidad de que las providencias anteriormente mencionadas puedan ser adoptadas también a petición del Ministerio Público, y en este caso los gastos para la inspección son a cargo de la sociedad intervenida. Esta, que es una innovación (Relación N° 985, se llama), se creó no sólo para la mayor tutela de las minorías sino, también, en beneficio del interés general que está anejo a la correcta administración de la sociedad.

Antes de terminar, y porque ello explica bastante la mentalidad del legislador italiano en este olvidado tema del Derecho mercantil, conviene tener en cuenta la concepción organicista que de la sociedad tienen los doctrinistas de la Tierra de Lacio. No se limitan a juzgar y tratar a las sociedades en general en el momento preciso de su nacimiento, a través del contrato o acto que les da vida, y en su estructura, sino que se preocupan de seguirlas y estudiarlas en todo el ciclo, mudable como pocos, de su compleja y trascendental existencia. Esto presupone, obviamente, una idea clara de organismo social.

Para terminar sólo diremos, parodiando a un eximio jurista que, confiando en los progresos del esfuerzo inteligente de todos los estudiosos romanos, le aseguraba el mejor porvenir a la sociedad por acciones: “No debe creerse —dijo— que la ley es impotente o innecesaria para arrancar los disfraces que tienen por objeto frustrar el acto comercial, herir de muerte a la moral misma e insultar la inteligencia de la justicia. La mera sugestión de que sea así es un insulto para la dignidad de todos”.

LOS ORGANOS SOCIALES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Lic. RODRIGO OREAMUNO BLANCO

La extensión del tema a desarrollar hace imposible que tratáramos de analizar, aunque fuera muy someramente, los distintos aspectos de los órganos de las sociedades anónimas. Por ese motivo, me limitaré a señalar cuáles son esos órganos y a hacer algunas comparaciones que pueden resultar interesantes, entre la legislación italiana y la doctrina que en torno a ella se ha creado, por un lado, y la legislación costarricense, por el otro.

Como ya ha sido expresado en este ciclo de charlas, la Sociedad Anónima está concebida como un instrumento jurídico destinado a la realización de grandes empresas. Fundamentalmente, esta sociedad es una entidad creada para movilizar los ahorros de grupos numerosos de personas. Presupone así, la existencia de muchos accionistas los cuales a menudo cambian. Por esa razón, es imposible que los socios la administren, directa y personalmente; de ahí surge la necesidad de que existan ciertos órganos que se encarguen del manejo de los asuntos sociales.

Brunetti dice que los órganos de un ente dotado de personalidad jurídica propia son “. . . aquellas personas o aquellos grupos de personas físicas que, por disposición de la Ley están autorizados a manifestar la voluntad del ente y a desarrollar la actividad jurídica necesaria para la consecución de sus fines”⁽¹⁾.

En las sociedades anónimas tales órganos son: a) Las Asambleas de accionistas; b) Los administradores; y c) El órgano encargado de la vigilancia de la sociedad, llamado en algunos lugares Comité de Vigilancia y, en la Legislación italiana, Colegio de Síndicos.

(1) *Tratado del Derecho de las Sociedades*. Traducción de Felipe Solá Cañizares; Uteha, Buenos Aires, 1960, Tomo II, pág. 355.

Messineo mantiene la tesis, (aun cuando advierte que ella no es unánimemente aceptada), de que el socio, en cuanto cumple algunas funciones y ejercita ciertos poderes en beneficio de la sociedad, puede ser considerado como un órgano social⁽²⁾.

Dejaré de lado lo referente a la vigilancia de la sociedad y a la consideración del socio como órgano social, para referirme a los dos órganos primeramente citados.

Las Asambleas de Accionistas:

En las sociedades anónimas formadas por una gran cantidad de socios que a menudo se encuentran dispersos, la única manera de lograr que esos socios tengan una participación en el manejo de los asuntos de la sociedad, es reuniéndolos en Asambleas de Accionistas. De esta manera se consigue también que exista un contacto entre esos socios y los demás organismos de la sociedad. Las Asambleas de Accionistas resultan así una necesidad lógica ya que es imposible concebir una Sociedad Anónima en la que no se presenten.

La Asamblea es, por naturaleza, un órgano colegiado (es decir, que implica por lo menos la presencia de dos socios), con una función fundamentalmente deliberativa. Es el órgano supremo de la sociedad y se afirma que es soberana.

Messineo observa que, por estar formada la Asamblea por la totalidad de los socios, tiene una índole muy especial por lo cual, en cierto modo, se identifica con la sociedad entera. De ahí que mientras es posible que a la sociedad se opongan los administradores, los vigilantes o los socios considerados individualmente, o que entre cualquiera de ellos y la sociedad se establezcan relaciones, es absolutamente imposible que se presenten relaciones entre la Asamblea y la Sociedad⁽³⁾.

Clases de Asambleas:

En el artículo 2363 del Código italiano se dice que las Asambleas son ordinarias o extraordinarias. En un artículo pos-

(2) *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, 1955, T.V., pág. 487.

(3) Op. cit., pág. 431.

terior (2376) se habla además de otra categoría de asambleas, las especiales. En Costa Rica, la distinción entre las diversas clases de asambleas es un poco confusa: El artículo 153 del Código de Comercio las divide en especiales y generales y subdivide éstas en ordinarias y extraordinarias; en el artículo siguiente, se habla de otro tipo de asambleas: las constitutivas.

La distinción entre las ordinarias y las extraordinarias se hace en Italia con mucha claridad, atendiendo a un criterio puramente material: los asuntos de los que debe tratarse en cada una de ellas. El artículo 2365 indica los asuntos sobre los que deben conocer las asambleas extraordinarias, que son: a) Reformas al acto constitutivo; b) Emisión de obligaciones; y c) Nombramiento y poderes de los liquidadores. Las asambleas que conozcan de cualquier otro asunto serán ordinarias. Es decir, serán asambleas ordinarias aquéllas que se reúnan para conocer de cualquier asunto que no haya sido específicamente encomendado por la ley a una asamblea extraordinaria.

En nuestro país este criterio de distinción se ha perdido. El artículo 155 enumera los asuntos de los que deberá conocer la Asamblea Ordinaria e indica en su inciso d), "Los demás de carácter ordinario que determine la escritura social". Sin embargo, al señalar los asuntos de los que debe conocer la Asamblea Extraordinaria expresa (art. 156, inciso c), "Los demás asuntos que según la Ley o la escritura social sean de su conocimiento". Así pues, en Costa Rica, una Asamblea será ordinaria o extraordinaria de acuerdo con lo que se indique en la escritura social, sin que sea posible encontrar en nuestro Código un criterio legal de distinción entre ambas.

Las Asambleas Especiales únicamente pueden presentarse cuando existan diversas clases de accionistas. Cuando se quiera eliminar o modificar alguno de los privilegios de cualquiera de esos grupos, la proposición respectiva deberá ser aprobada por los socios de la categoría afectada, reunidos en Asamblea Especial.

En relación con estas asambleas, parece presentarse una diferencia entre la Legislación italiana y la costarricense. En aquélla, si se plantea en una asamblea, (ordinaria o extraordinaria, según el caso) una proposición que perjudique los derechos de determinada categoría de socios, y la proposición es aprobada en

esa asamblea, entonces, se convoca a los socios afectados, quienes reunidos en Asamblea Especial, deciden si aprueban o no la disposición tomada. En caso de que impartan esa aprobación, se estará frente a un acto complejo.

En Costa Rica, en cambio, de acuerdo con el artículo 147, una proposición como la comentada no tendrá que aprobarse primero en una asamblea de otro tipo, sino que irá directamente, a conocimiento de la Asamblea Especial, que se convocará al efecto.

Un punto sobre el que la Legislación italiana es bastante explícita y la nuestra sumamente parca es el referente a la convocatoria a las asambleas. En efecto, la Legislación italiana exige que el aviso de convocatoria contenga la "enumeración de las materias a tratar" (art. 2366). La doctrina italiana (Messineo, Ascarelli) ha llegado a afirmar que salvo que haya acuerdo unánime de los socios, no se podrá conocer de los asuntos que no hayan sido incluidos en el aviso de convocatoria. Afirman esos autores que de permitirse eso, se haría posible que un grupo de socios sorprendiera a otro que podría no asistir a la asamblea por creer que los asuntos de los que se iba a tratar no requerían su presencia u obligándolo a votar sobre un asunto del que no estuviera suficientemente enterado. Por esa misma razón es ilegal la convocatoria que se haga en forma confusa o ambigua, con una redacción como "cualquier otro asunto que se presente", u otra semejante.

En nuestra Legislación existe muy poca reglamentación sobre este aspecto, ya que solamente se indica que la convocatoria la hará el órgano que señale la escritura social, en la forma que ella indica, y, a falta de disposición expresa, por medio de publicación en "La Gaceta"; la persona que haga la convocatoria redactará el orden del día. Por ese motivo, en la práctica las convocatorias son generalmente muy ambiguas, lo que presenta los peligros que antes apuntamos.

Dije anteriormente que la Asamblea, era por naturaleza, un órgano colegiado. Es casi inconcebible que se presente una asamblea formada por una sola persona. Sin embargo, en vista de la disposición del artículo 202 de nuestro Código que dispone que el hecho de que todas las acciones lleguen a manos de una persona no es causa de disolución de la Sociedad Anónima, en nuestro país, si se presenta ese caso, también se dará la situación de que en las

asambleas de esa sociedad, únicamente habrá una persona con derecho a votar.

En relación con el derecho al voto en las asambleas, existe una disposición de la Legislación italiana (ampliamente comentada y defendida por la doctrina) que resulta de sumo interés. En efecto, el Código italiano (art. 2373) dispone que el socio no podrá ejercer el derecho al voto en los asuntos en los que tenga un interés en conflicto con el de la sociedad. Se trata, por supuesto, de un interés patrimonial. En este caso, el socio deberá abstenerse de votar ya que, si no lo hace y con ello causa un perjuicio a la sociedad, el acuerdo respectivo podrá ser impugnado. La inexistencia de una disposición semejante en nuestro Código puede causar que, al votar la mayoría de los socios favorablemente un asunto sobre el cual haya un conflicto de intereses entre ellos y la sociedad, perjudiquen la minoría de los socios, y que les sea sumamente difícil a éstos impugnar ese acuerdo, por haber sido tomado con cumplimiento de todas las formalidades de Ley.

Messineo insiste en que basta el conflicto de intereses para que el socio deba abstenerse de votar, sin que ese socio esté facultado para decidir si con su voto puede o no causar un perjuicio a la sociedad. La existencia de ese perjuicio sí será indispensable para poder impugnar el acuerdo respectivo⁽⁴⁾.

Consejo de Administración

Como ya he dicho, las Asambleas de Accionistas constituyen un órgano de carácter fundamentalmente deliberativo. Además, es casi imposible que puedan estar reunidas permanentemente. Por ese motivo, se hace necesaria la aparición de otro organismo que será el encargado directo de la administración de la sociedad. Este órgano es el Consejo de Administración, que es también, casi siempre, un órgano colegiado. Básicamente las funciones del Consejo de Administración son las referentes a la **representación y administración** de la sociedad. En lo que respecta a la administración, son sumamente importantes las funciones de ejecución de las deliberaciones de las asambleas y de la adopción de las deliberaciones que no sean de competencia de las asambleas.

(4) Op. cit., pág. 439.

Si bien en doctrina se estima que la representación de la sociedad corresponde al Consejo como tal, sucede con mucha frecuencia que esa facultad de representación es concentrada en el Presidente del Consejo o en varios de sus miembros.

La representación social general no puede ser confiada más que a los administradores, (o a algunos de ellos, según lo que acabo de exponer), pero a menudo se presentan casos de representación ocasional de la sociedad, cuando ésta es necesaria para llevar a cabo determinados actos. Esta posibilidad la contempla nuestra Ley en el artículo 187 del Código de Comercio, que, por cierto, presenta la particularidad de que atribuye a la, o las personas que ejerzan la representación social la facultad de nombrar gerentes, apoderados, etc., cuando lo más corriente es que se reserve la facultad de hacer esos nombramientos al Consejo de Administración, y aun a la Asamblea.

Los poderes de administración son fijados ordinariamente por el acto constitutivo, ya que la mayoría de las legislaciones prefieren no entrar en una enumeración que podría entorpecer el funcionamiento de la sociedad. Puede decirse, en términos generales, que los poderes de los administradores, son, dentro de la administración ordinaria, todos aquellos que sean necesarios para la consecución del objeto social, con las limitaciones que introduzca el acto constitutivo, y en cuanto a la administración extraordinaria, (sea la que implica actos de disposición) aquellos actos que la escritura constitutiva determine.

También en cuanto a la administración sucede que ésta frecuentemente no es llevada a cabo en forma directa por el Consejo, en su totalidad, sino que se procede al nombramiento de consejeros o administradores delegados, que se encargarán de la administración de diversos aspectos de los negocios sociales.

El profesor Messineo considera que tanto la ejecución de los acuerdos de los administradores como la celebración de las deliberaciones que no correspondan a las asambleas ordinarias o extraordinarias son una parte de los poderes de administración encomendados al consejo⁽⁵⁾.

En las sociedades por acciones el elemento personal tiene muy poca importancia en lo referente a las personas de los socios. Sin embargo, ese elemento sí reviste gran trascendencia en lo relativo a los administradores, ya que existe un factor de confianza que se deposita en ellos. El prestigio de una sociedad de este tipo frente a los terceros puede depender en gran parte de quienes sean sus administradores. Eso explica por qué la mayoría de las legislaciones favorecen la tesis de que debe mantenerse a los administradores en sus cargos por el mayor tiempo posible.

Un aspecto que preocupa a gran parte de la doctrina italiana (Messineo, Brunetti, Ascarelli, entre otros), es el de que los Consejos de Administración colegiados son gobernados en la práctica, en forma autocrática por una sola persona. Sucede así, para decirlo con las palabras de Messineo que "existe, en derecho, un colegio de administradores y, de hecho, un solo administrador..."⁽⁶⁾.

Esto no sólo expone a los administradores que no participan en la administración a ser responsables por actuaciones en las que nada tuvieron que ver sino que además causa perjuicio a la sociedad, al privarla de la participación de algunos directores y, en cierta manera, constituye un engaño para muchos accionistas que confían en la integración del Consejo, en la forma que se muestra. Opina Messineo que si no se encuentra la forma de que todos los administradores participen efectivamente de las funciones del Consejo, podría pensarse en la posibilidad de limitar legislativamente el número de los administradores, de manera que la función corresponda efectivamente a las pocas personas que la llevan a cabo quienes serán responsables frente a los accionistas⁽⁷⁾.

Relación entre las Asambleas de Accionistas y el Consejo de Administración:

Podríamos hacer la distinción de las funciones de la Asamblea y el Consejo, diciendo que la primera tiene un poder deliberativo, que produce efectos en el ámbito interno de la sociedad y que tiene fuerza imperativa respecto a los administradores, a los que corresponde poner en ejecución las decisiones de la Asamblea. Como la Asamblea no tiene poderes de representación, sus deliberaciones no

(6) Op. cit., pág. 468.

(7) Op. cit., pág. 469.



tienen eficacia frente a terceros. Adquirirán eficacia frente a los terceros, cuando sean puestas en ejecución por los administradores.

Las deliberaciones que el Consejo pueda tomar, al tenor de lo dispuesto en el acto constitutivo, en la Ley o por encargo de la Asamblea, tendrán eficacia frente a los terceros, precisamente por estar dotado ese Consejo de la representación de la sociedad.

Se afirma corrientemente, que, por ser la Asamblea el órgano supremo de la sociedad, los demás órganos, incluyendo el Consejo de Administración, deben estar subordinados a ella. Sin embargo, es necesario precisar los alcances de ese concepto.

Los administradores, deciden, sin necesidad de consultar a la Asamblea la forma en que deben manejar los asuntos que les han sido encomendados, dentro de los poderes de que disfrutan, sin que le sea permitido a la Asamblea interferir en el ejercicio de esos poderes. Si no le parece la forma en que actúan los administradores, la Asamblea podrá revocar sus nombramientos e, incluso, plantear en contra de ellos la correspondiente acción de responsabilidad pero, en ningún caso podrá sustituir a los administradores en sus funciones.

Conclusión:

Para terminar esta exposición, comentaré una crítica que hace Messineo a la costumbre de emplear a la Sociedad Anónima para fines distintos de aquéllos para los que fue concebida, lo que causa una degeneración de sus órganos⁽⁸⁾. Esta crítica que está dirigida a una situación que en Italia se presenta excepcionalmente pero que en nuestro país es casi la regla, es la siguiente:

Con mucha frecuencia se forman las llamadas "sociedades por acciones familiares", constituidas por un pequeño grupo de personas que pueden o no ser parientes. Messineo define este tipo de sociedades diciendo que es "una sociedad colectiva que se sirve del mecanismo de la sociedad por acciones"⁽⁹⁾.

La Sociedad Anónima en este caso es solamente un medio para limitar la responsabilidad de las pocas o de la única persona

(8) Op. cit., pág. 479 y sig.

(9) Op. cit., pág. 480.

que la constituyen, pero dista muchísimo de ser la sociedad en la cual un grupo de pequeños ahorradores aporta su contribución para la formación de una gran empresa.

En ese tipo de sociedades, la distribución de las funciones entre los distintos órganos es diferente de la normal, ya que la mayor influencia sobre la sociedad la ejercitan los administradores y no la Asamblea. Lo que sucede es que los administradores en esas sociedades son elegidos siempre de entre los pocos socios que las forman, por lo cual el verdadero poder de la sociedad es ese consejo.

La Asamblea resulta así una especie de duplicado del Consejo ya que los miembros de éste representan la gran mayoría de los socios por lo que se sabe que lo que decida el Consejo contará con la aprobación de la Asamblea. La Asamblea existe únicamente porque la Ley así lo exige, pero en verdad ya no cumple ninguna función dentro de la sociedad. Además, no se presentará en ella ninguna de las características de una Asamblea en el verdadero sentido de la palabra: la existencia de una mayoría y una o varias minorías, la falta de debates, la frecuencia de las asambleas, etc.

Considero, como ya dije, que la situación que motiva la crítica de Messineo, que en Italia se presenta sólo ocasionalmente, constituye la realidad de casi el total de nuestras sociedades anónimas. En Costa Rica, salvo muy raras excepciones, lo que existen son sociedades colectivas que adoptan la forma de anónimas.

Eso explica el por qué las legislaciones y la doctrina existentes sobre diversos aspectos de esas sociedades nos parecen una cosa sumamente compleja e innecesaria para regular un tipo de sociedad que entre nosotros es algo muy simple. Podríamos afirmar que en Costa Rica, lo que funciona corrientemente es una degeneración de la Sociedad Anónima.