

Fraternalmente a Oscar y Otto.

A handwritten signature in dark ink, appearing to be 'Ruben Dario', written in a cursive style. The signature is positioned below the first line of text and above the second line of text.

Con la adarga al brazo, toda
fantasía, y con la lanza en ris
tre, toda corazón.

RUBEN DARIO

El desarrollo de las industrias, unido al proceso de inflación universal y al menor rendimiento de los títulos de la deuda pública, ha determinado un notable auge de las inversiones en títulos de sociedades anónimas.

Por las circunstancias indicadas, la renta de un número creciente de personas dependerá en lo futuro de las utilidades que acuerden distribuir aquellas empresas comerciales e industriales.

Miguel Sussini (h.)

Buenos Aires, 1951

Iniquissimum genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.

Es muy injusto géneros de sociedad, aquélla por la cual al quien espera la pérdida, pero no el provecho.

(ULPIANO, Dig.17,2,29,2).

I N D I C E

	<u>Página</u>
PREFACIO	i
CAPITULO I. FISCALIZACION	1
CAPITULO II. GENESIS DE LA SOCIEDAD ANONIMA	6
A.- La sociedad anónima como fuente conflictiva	6
B.- Importancia impresionante de la sociedad anónima	11
C.- Ilegalidad y riesgo	15
D.- Aquiles de las finanzas y cuelloblancos	16
E.- De la fuerza bruta al fraude	17
F.- Abusos y excesos	18
CAPITULO III. SISTEMAS	20
A.- Fiscalización individual	24
B.- Fiscalización privada o interna	28
1.- Elementos esenciales	31
a) De la denominación.....	32
b) De las facultades de los síndicos	32
c) Nombramiento y número de los síndicos	33
d) Responsabilidad de los síndicos	34
e) Remuneración de los síndicos	35
f) Profesionalismo	36
g) Designación, separación y revocación de los sín- dicos	40
h) Garantías de los síndicos	42
i) Valoración.....	42
2.- Modalidades	44

	<u>Página</u>
a) Sociedad cerrada y abierta	44
b) Fiscalización directa e indirecta	46
c) Fiscalización facultativa y obligatoria	49
d) Fiscalización facultativa típica	52
3.- Medios u Organos	54
a) Comisarios	56
b) Indole de su actividad	57
C.- Fiscalización Pública	59
1.- Su fundamento	59
2.- Necesidad mediata e inmediata	60
3.- Costa Rica en relación con este sistema	61
D.- Fiscalización Judicial	61
1.- Fiscalización judicial permanente	62
2.- Fiscalización judicial circunstancial	63
3.- Fiscalización judicial alemana	63
4.- Fiscalización judicial inglesa	64
CAPITULO IV.- SISTEMAS ATIPICOS	66
A.- Gongo Belga	66
B.- Cuba, (pre-revolución)	68
C.- Ecuador	69
D.- Estados Unidos de América	70
E.- Filipinas	72
F.- Gran Bretaña	74
G.- Noruega (decisorer)	82
H.- Guatemala	87
I.- Haití	91
CAPITULO V.- CUADROS	92

	<u>Página</u>
A.- Cuadro sinóptico de clasificación	93
B.- Otros cuadros de interés	94
1.- Legislaciones y sistemas	94
2.- Fiscalización según el órgano que la ejerce ...	95
3.- Comisaría según circunstancias legales	96
C.- Síntesis comparativa gráfica	97
CAPITULO VI. EXEGESIS DE COSTA RICA	98
A.- Antecedentes de 1909	103
B.- Proyecto de 1959	104
C.- Sistema vigente	106
CAPITULO VII.- PROYECTO DE REFORMA PARA COSTA RICA	108
A.- Motivación	108
B.- Generalidades	112
C.- Texto	112

BIBLIOGRAFIA

PREFACIO

El Derecho Mercantil, disciplina prácticamente abandonada por los juristas maestros de Costa Rica, reclama ya constante tensión de actualidad y renacimiento, actitud vigilante y dispuesta al estudio de los principios o instituciones que le son propios.

Algunas felices circunstancias, una nueva actitud en la docencia universitaria, por ejemplo, y otras que acusan una impostergable consagración a esta materia que es trascendental en la vida económica moderna, permiten creer que este trabajo -limitado y modesto- tal vez tenga justificada aparición en este momento.

La sociedad por acciones, eje y pivote del progreso contemporáneo, en nuestro medio y como resultado de una grave imprevisión, ha sido cercenada en su prestigio y pasarán muchos años para que sus útiles y valiosas proyecciones -particularmente en su forma de suscripción pública- recupere la carta de ciudadanía que le debe corresponder.

Recién promulgada la legislación comercial vigente, y como una dolorosa aunque muy aprovechable experiencia local, mediante la ley artera del

engaño y de la astucia, y aprovechando el casi inexistente régimen de fiscalización de nuestra ley, apareció el despojo organizado de los Aguiles de las Finanzas.

Profesionistas altamente especializados, por encargo de instituciones bancarias preocupadas, dieron la alarma cuando, por desgracia para muchos modestos inversionistas, el Crimen de Cuello Blanco se había perpetrado. Esta aristocrática inconducta opera allí mismo donde, por imprevisión, impericia e inexperiencia legislativa, no existen mecanismos adecuados para la fiscalización de todas y cada una de las distintas etapas o períodos en que se genera el desarrollo, funcionamiento y eventual liquidación de las sociedades por acciones, particularmente en cuanto hace relación con la forma de sociedad anónima.

Esta novísima y desleal clase de negociantes y promotores, que ya en Costa Rica tiene un paraíso, echó por tierra el muy estable concepto que, en nuestro público -bien inexperto por cierto en estas actividades- había logrado firmemente la sociedad anónima.

Hace apenas una generación, aunque por distintas causas, estas formas maravillosas de organización económica eran miradas con recelo. La desconfianza por ellas aumentaba en proporción a su tamaño y, por ello, heredamos una actitud negativa la cual, gracias a muy sabias y enérgicas legislaciones y jurisprudencias, se había transformado en una muy conveniente receptividad y comprensión para dichos entes mercantiles.

Ya sabemos que en una sociedad anónima, o de cualquier otro tipo -

-porque el principio ideal es general-, si ésta se ha organizado debidamente y si, ya funcionando, se dirige con honradez y eficiencia; si en o dentro de ella existe una división definida y conocida de las facultades, responsabilidades y propósitos de todos sus personeros; si hay un sistema interno de administración balanceada, producto de una organización que funcione con toda regularidad; si en el estatuto no se ignoró la protección a los intereses minoritarios y si éstos, ya en escena, sin temores y favoritismos, pueden enfrentarse a directores y consejeros, todo presunto inversionista estará debida y racionalmente protegido.

Lo anterior es lo ideal o, más bien, lo utópico. Si así fueran las cosas y las personas, muy poco habría que decir o hacer en cuanto al vigente régimen nuestro en materia de fiscalización. Pero, muy lamentablemente por cierto, la realidad es que no podemos pretender, en la actualidad, alcanzar ese ideal. Y esta fatal circunstancia sólo puede neutralizarse mediante una adecuada legislación específicamente fiscalizadora.

Por apresuramiento, por entusiasmos producto de hábiles y bien dirigidas campañas, con propaganda de gran impacto o, simplemente por ignorancia de parte del ingenuo inversionista -e incluso por una omisión dolosa por parte de los gestores del negocio-, no todas las partes interesadas en una sociedad por acciones logran un conocimiento pleno y exacto de todos sus derechos, de sus riesgos, de sus responsabilidades y, en general, de las realidades absolutas del proyecto.

Esta es una realidad y, ante su elocuente evidencia, es al Estado a

quien corresponde -y en doctrina le está mandado- proveer para que, a través de una fiscalización adecuada, se aminoren las consecuencias, graves e inícuas, de tanta ignorancia y precipitación y engaño.

Y no podrán valer como obstáculos doctrinarios contra el proyecto - que patrocina este trabajo, por mucho que sea el respeto que debemos a los brillantes juristas que los sustentan, los pruritos teóricos que identifican al fenómeno societario como un contrato privado dentro de cuyo ámbito y límite debe situarse, necesaria e inexcusablemente, la competencia contralora o fiscalizadora.

La falta de doctrina específica en cuanto a este artículo; los aspectos sociológicos, políticos y constitucionales que, sin duda, intervienen en el diagnóstico del problema; y hasta la natural inercia que estamos seguros operará en desfavor del proyecto para crear una Superintendencia de Sociedades por Acciones, no serán bastantes como para quebrantar los ardores del propósito.

Así que, parodiando a un muy buen juez que hablaba de lo mismo, tenemos que decir: No debe creerse 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 el género humano.

CAPITULO I

FISCALIZACION

Antes de emprender el análisis de una materia tan especializada como ésta, es conveniente definirla. En vano buscamos en los diccionarios una definición satisfactoria del vocablo fiscalización; las definiciones son de demasiado generales como, por ejemplo, ésta: "Examen y vigilancia, de comprobación, inspección e información legal sobre la constitución, funcionamiento y eventual liquidación de los entes asociativos ...etc."; o esta otra: "Información y vigilancia legal y contable con motivo de la actuación operativa social".

Como sucede con la mayoría de los vocablos semejantes, comprenderemos mejor su significado si estudiamos el uso técnico jurídico de la palabra. Un estudio muy detenido del sentido, lugar y oportunidad en que el término - de mérito se encuentra ubicado dentro de las **cincuenta y seis** legislaciones que comprende la obra monumental del formidable comparatista Felipe De Solá Cañizares (1), permite una definición en los siguientes términos: "Examen de

(1) "Tratado de Sociedades por Acciones en el Derecho Comparado".

contabilidad, legalidad, administración y política de la sociedad anónima, individual, interno o externo, antes, durante y luego de su vigencia, que puede ser ejecutado por toda clase de personas, incluso el Estado".

Sin embargo, porque sabemos lo temerario y casi imposible, en una materia árida y virgen como ésta, intentar siquiera una definición, nos inclinamos por el procedimiento que creemos más apropiado para tal fin. Diremos, en consecuencia, qué es lo que se hace mediante la fiscalización de sociedades por acciones, ya que la acción, se supone tal que llena esta finalidad.

Empleando el vocablo fiscalización en su más amplio y universal sentido, podemos decir que el examen o vigilancia de las sociedades se hace:

1º.- A manera de verificación general -hasta donde la técnica y la ley permitan- de las cuentas de una sociedad para determinar su situación financiera, el resultado de sus operaciones y la probidad de sus directores y administradores, con el fin de comunicar el resultado de la investigación y examen a los accionistas, gerentes, consejos de administración, bolsas de valores, tribunales, organismos oficiales, síndicos, actuales o probables arrendatarios, futuros inversionistas o compradores, juntas de acreedores , agencias mercantiles, hipotecarios y cualesquiera otros interesados.

2º.- Para determinar si se ha rendido apropiada cuenta de sus fondos y si sus negocios han sido honesta y adecuadamente administrados, para satisfacción de los socios, del público, de los acreedores, etc. y de la ley.

3º.- Para fijar los beneficios o quebrantos del patrimonio social, al

objeto de comunicarlos a las partes interesadas.

4°. Para, cuando sea del caso, determinar por medio de exámenes o oficiales de cuentas hechos por interventores (C.P.A.), costos, inventarios, balances, estados, caja, cartera, pérdidas, etc., pudiendo al efecto actuar sobre la contabilidad y la documentación en general.

5°.- Para descubrir toda clase de fraudes en su extensión y en cuanto a la identidad de sus autores. También para prever o para impedir el fraude.

6°.- Para velar, muy especialmente, por el cumplimiento de las leyes reguladoras de las sociedades, por el de sus estatutos, debiendo presentar - al directorio y gerente las infracciones o actos que, a juicio del órgano fiscalizador, sean perjudiciales para la sociedad. Cuando no sean reparadas las infracciones, el órgano de fiscalización lo hará de conocimiento de una junta general de accionistas, citada por aquél al efecto, sin perjuicio de otras responsabilidades.

7°.- Para citar a juntas generales extraordinarias de accionistas cuando, requerido al efecto, el directorio se hubiere negado a hacerlo. Podrá así mismo el órgano fiscalizador, ante la negativa del directorio, suspender la citación a junta de accionistas y a la junta misma, cuando fueren contrarias a la ley o a los estatutos.

8°.- Para otros objetivos que, definitivamente, dependen del tipo o sistema de fiscalización.

Siendo esta labor de ahora demostrar la conveniencia y necesidad a

premiantes de una buena fiscalización, real y de fácil adopción en Costa Rica, no podemos, ni siquiera de soslayo, intentar convencer a alguien de los peligros que representa la ausencia total de la contraloría de las sociedades.

Por demás estaría agregar algo a ese respecto, más allá de la precedente enunciación de objetivos.

Es innegable la índole retrospectiva de la fiscalización. Por medio de pericias de interventores (C.P.A.) tiene facetas analíticas, pues somete estados, registros, acaeceres, etc. a análisis críticos en la búsqueda de la confirmación o negación de su exactitud. También la fiscalización puede ser apreciada como una labor oficial preventiva y policiva pues, como quedó dicho en la enunciación de objetivos, prevé, descubre y persigue los fraudes en las sociedades. Ocasiones hay en que la fiscalización decididamente tiene un carácter judicial y, ya diremos, en este caso el órgano sería el tribunal o juzgado de comercio.

Cuando la fiscalización cubre, o abarca, mejor, los objetivos que le son propios, casi en suma, estamos en presencia de una fiscalización mixta, y se trata de una vigilancia o examen ejercido por tres medios y que, según algunos comentaristas, son los clásicos e ideales: La fiscalización individual del accionista, la privada por revisores y la oficial por funcionarios públicos.

No parece prudente terminar este aparte, relativo a los conceptos, si no advirtiéramos, de manera convencida y terminante, la existencia de una actividad profesional que es afín y complementaria de la fiscalización. Nos

referimos a la contaduría pública. En cuanto a objetivos se puede hacer la afirmación de que entre ambas actividades hay una relación de género a especie. Indudablemente, toda buena fiscalización en la sociedad por acciones - debe estar asistida por una buena asesoría de interventores contables.

Intervenir cuentas, ni más ni menos que una faceta de la fiscalización, significa examinarlas y censurarlas con autoridad suficiente para ello. Esta frase describe elocuentemente una de las más importantes especies de fiscalización.

CAPITULO II

GENESIS DE LA SOCIEDAD ANONIMA

- A.- La sociedad anónima como fuente conflictiva.
- B.- Importancia impresionante de la sociedad anónima.
- C.- Ilegalidad y riesgo.-
- D.- Aquiles de las finanzas y cuello blancos.
- E.- De la fuerza bruta al fraude.
- F.- Abusos y excesos.

A.- LA SOCIEDAD ANONIMA COMO FUENTE CONFLICTIVA.

El Viejo Mundo fue el proscenio de algunos fenómenos históricos muy ligados a la existencia misma de la sociedad anónima (2). Originalmente , por razón de la implícita coalición de capitales que permitía la casi totalidad de las legislaciones comerciales en los comienzos del siglo diecinueve (Có digo de Comercio Belga de 1807, llamado la Gran Paradoja del 807), al tiem

(2) "La Sociedad Anónima en el Tiempo", Malagarriga, Carlos C., parte primera, Libro I, p. 302, dice: Las primeras sociedades de tipo, sino idéntico, semejante a las actuales anónimas, surgen a fines de la edad media, en Italia, y parecen tener como origen las concesiones hecha por los soberanos a sociedades de capitalistas encargados de realizar una obra de interés general, como ejercer la banca con derechos derivados del Estado - mismo, si bien no faltan quienes sostengan que provienen más bien de las sociedades de armamento de navíos constituidos en los puertos mediterráneos o en las villas hanseáticas, al abrigo de la regla marítima de la limitación de la responsabilidad del propietario por los hechos del capitán al valor del navío. Lo cierto es que en el siglo XV existían en Italia, al menos, bancos privilegiados cuyo capital estaba representado por títulos análogos a las modernas acciones. Tal fue el Bancode San Jorge, fundado en Génova en 1407 ó 1408 y que funcionó hasta 1799. Vinieron luego, en los siglos XVII y XVIII, las compañías coloniales creadas por Holanda, Fran

po que la coalición de la mano de obra estaba prohibida, surgieron insospe
chadas y formidables compañías que impusieron condiciones al trabajo, sin -
escrúpulo ni vergüenza. La dirección de tales entidades, anónima y lejana,
dió lugar a la famosa frase: "Extraños monstruos sin moral, sin corazón y sin
conciencia." (3).

La importancia financiera de estas sociedades era tan grande que, no
obstante su impulso histórico, siempre fue vana toda resistencia no organizaa
da en sindicatos poderosamente constituidos.

Las sociedades anónimas no proliferaron en Europa y, por el contrario,
siempre lo fueron en número impresionantemente reducido. Para su formaa
ción y funcionamiento era indispensable una previa y complicada autorización
gubernamental. Este trámite, casi general en el Viejo Mundo, constituía un
freno poderoso para el número propiamente tal de las sociedades anónimas.

Por otra parte, siempre se estimó que el Estado, al otorgar la autoriza
ción de constitución, garantizaba el valor de la compañía y, además, asumía
plena responsabilidad respecto a los suscriptores cuando les vinieren pérdidas
en la gestión social.

Esta rara circunstancia histórica, según la cual -por una parte- las
pocas compañías anónimas existentes absorbían el tamaño total del mercado

cia e Inglaterra para la explotación de sus dominios ultramarinos. El modo
delo de ellas fue la Compañía de las Indias, fundada por los Holandeses
en 1602.-

(3) Extractado de "L'Anti-Alcibiade" por el Prof. Paul Deliens V. y contenido
en su tratado sobre la Logocracia. (Inédito en C.Rica), Biblioteca Nacional
de C.Rica, Pág. 70, Bruxelles.-

de negocios y, por otra, las muchas trabas procesales que demandada la autorización estatal, limitaban la iniciativa, dando por resultado una política general en el sentido de abolir el régimen de autorización previa para la constitución y consecuente funcionamiento de las sociedades anónimas.

Inglaterra terminó con dicho sistema en 1862, Francia en 1867, España en 1868, Alemania en 1870, Italia en 1882, Suiza en 1883.

Con estas derogatorias o abrogaciones, como se llamaron generalmente en los textos legales originales, se derogaba también el primer régimen sólido de fiscalización oficial propiamente tal.

Evidentemente, la autorización previa y expresa que el Estado debía conceder para el funcionamiento de la sociedad anónima europea no era, ni más ni menos, que el origen o fundamento histórico de la moderna fiscalización oficial que se ejerce en países cultos por medio de las superintendencias de sociedades anónimas. La derogatoria del freno que significó la autorización o permiso del Estado, trajo como consecuencia una multiplicación insospechada y formidable de las sociedades anónimas. Gracias a la libertad que la derogatoria conllevó, todos los grandes negocios de sociedad anónima pudieron desarrollarse cómoda y espontáneamente: formidables concentraciones, vertiginosos depósitos de capital, aventuras de todo jaez, etc.

Pero, como se verá, con las derogatorias había desaparecido el último contrapeso a la limitada responsabilidad del llamado negocio anónimo. La especulación, el despilfarro, la audacia, la supercapitalización, la política colonial, la aventura temeraria, etc., hicieron familiar el fenómeno según el

cual una gran sociedad anónima nacía y moría como un hongo.

Henry Janne (4) comparó esta situación con la Ley de la Selva. Dijo :
"Examinando los resortes de la sociedad anónima, en el juego de la econo
mía liberal, el riesgo es el factor compensatorio a la codicia y, de hecho ,
las empresas más aventuradas y audaces, si logran éxito, producen las mayo
res ganancias. El riesgo llenó, pues, el papel de freno saludable en la vida
económica. Sin él, las iniciativas y los grandes capitales se precipitarían -
cabeza abajo en las aventuras más aleatorias." (5).

El inolvidable tribuno de la democracia Paul Janson (6), como un sin
gular profeta en 1898, lo discernía de la siguiente manera:

La Ley decreta bajo algunas condiciones el anonimato para las compa
ñías. Es el hecho económico y jurídico más considerable del siglo. De
él deriva esta situación que tanto hace reflexionar: La extrema opulen
cia de algunos, la condición miserable de la mayoría desprovista, a
veces, de lo estrictamente necesario. El anonimato, sin freno ade
cuado, es el privilegio de la irresponsabilidad en caso de quiebra o
fraude. Cuando (el anonimato anárquico) tiene éxito por la potencia -
de la asociación, el capital crece en proporción geométrica indefinida.
Cada sociedad anónima suscita nuevas compañías fundadas con las -
ganancias de las primeras, y luego se juntan, se federan, se sindicán
y constituyen verdaderos monopolios" (7).

(4) Ministro de Educación de Bélgica.

(5) Ver Nota N° 3 supra, Pág. 7

(6) A quien la Universidad Libre de Bruselas distinguió con el mote de "Lumina
ria de las Ciencias Políticas y Sociales".

(7) Traducción libre de Paul Deliens V. 1952 Costa Rica. (Biblioteca Nacional
de Costa Rica).

Es indudable que tenía que surgir una nueva face o estadio en este proceso evolutivo de la sociedad anónima. Muy pronto se generaron algunas ideas jurídicas y democráticas que vinieron, lentamente por cierto, a contrarestar la fuerza, la peligrosa privacidad y hasta el fuero aristocrático de las sociedades anónimas.

Surgieron diferentes sistemas de contraloría o fiscalización y, no sin mucha oposición de interesados y de ideólogos del Derecho, este invento maravilloso fue vaciado en los moldes de un moderno y auténtico contrato cuyas características fueron, entre otras muchas -ajenas a este trabajo-, causa y objeto lícitos, interés común, lealtad, responsabilidad y buena fe en la actividad comercial, todo sin perjuicio del respeto absoluto al derecho del socio, cualquiera que fuera la importancia de su interés.

Hubo innumerables intentos de democratización de la sociedad anóni-
ma. Por ejemplo, inmediatamente después de la Guerra 1914-1918, y como para dar oportunidad de participación en la lucha económica a las empresas - familiares desfavorecidas en ella, las legislaciones imaginaron sistemas de acceso a las sociedades anónimas y, como resultado de ello, definitivamente se perfeccionó el sistema moderno de la suscripción pública en todas sus originales e innumerables formas.

Incluso, en esa misma época, y siempre con un criterio o intención - democrática, se crearon nuevos tipos de compañía -no anónima sino de responsabilidad limitada- en condiciones muy simples, en particular para los pequeños grupos industriales.

Fue tesis incontestada de entonces la de que, la disminución de la

responsabilidad personal debía ser fomentada en obsequio y para indudable beneficio de la actividad económica.

La sociedad anónima, se dijo y se sigue diciendo en algunas partes , es aquélla en que los socios no empeñan sino una inversión determinada. El suscriptor limita, estricta y taxativamente, su inversión, su riesgo, su responsabilidad y, por ello, no pasa de ser un elemento pasivo y a veces ciego que aporta capital. El consejo de administración y la dirección son omnipotentes y deben estar libres de toda traba.

Indudablemente, si se tomaran y se aplicaran estos conceptos a la letra (en Costa Rica, en el presente año, se produjo una parodia de este cuadro), sin la menor previsión mercantil, el resultado no se haría esperar: fraudes , despilfarro, fuerzas perdidas y una feroz competencia que daría a la vida, en su angustiosa lucha, sólo injusticia, miseria y rebeldía.

Algunos le atribuyen a los rescoldos que en la médula de la sociedad anónima dejó el capitalismo, la culpa de la horrible crisis de 1929-1933, la cual, llegada al paroxismo, produjo una desocupación de 12 millones en los Estados Unidos de América.

Podemos persistir, ciegamente, en dejar sin adecuados controles un instrumento tan peligroso como maravilloso? Veamos su importancia.

B.- IMPORTANCIA IMPRESIONANTE DE LA SOCIEDAD ANONIMA.

Es en nuestros tiempos (8) fundamentalmente, cuando la sociedad por

(8) En el Capítulo II, Pág. 6 , Nota 2, vimos que la antigüedad conoció esta

acciones alcanza su formidable desarrollo, en gran parte debido a la adop
ción del principio de responsabilidad limitada en la legislación sobre sociedad
des anónimas. El Presidente de la Universidad de Columbia, Nicolas Murray
Butler, dijo:

"La sociedad de responsabilidad limitada, particularmente la sociedad por acciones, es el descubrimiento más importante en la época moder
na; incluso el vapor y la electricidad son menos importantes que la so
cidad anónima y sin ésta se verían reducidos a una relativa impoten
cia." (9)

Este criterio, muy autorizado por la especialización del jurista anglo
sajón en la materia, y aparentemente exagerado a primera vista, deja de lucir extravagante luego de algunas reflexiones y análisis estadísticos. Sin la su
percapitalización, astronómica hasta para la aritmética, posible sólo gracias a este maravilloso sistema jurídico mercantil que es la sociedad anónima, -
nuestra actual civilización y progreso aun serían meras utopías.

Su vigencia y gran popularidad se ilustra con los siguientes datos de E. E. U. U.:

Sólo en el Estado de Nueva York se formaron cerca de 27.000 sociedad
des anónimas, y en la totalidad del país, en un año reciente, más de 530.000 sociedades anónimas hicieron sus declaraciones de la renta. (Cifras de 1950).

forma de organización y en ella se concibieron distintas organizaciones -
en forma de corporaciones para diversos fines públicos y privados.

(9) "Organización de Los Negocios", Biblioteca de Negocios Modernos, Tomo 1º.-

El siguiente cuadro, tomado de Taylor, Horace, and Associates, pági_ na N° 255, demuestra la supremacía de la sociedad anónima en los diferentes campos de actividad (cifras de 1937):

E. E. U. U. ACTIVIDAD	Porcentaje del ingreso nacio- nal.	Porcentaje de los negocios reali- zados por sociedades anónimas.
Agricultura	8.3	7
Minería	2.1	96
Fuerza, Luz y Gas		
Procesado	1.6	100
Manufacturas	24.0	92
Construcción (Contratistas)	2.1	36
Transportes	7.3	89
Comunicaciones	1.3	100
Comercio	12.5	58
Finanzas	9.3	84
Gobierno	13.5	50
Servicios	11.9	30
Misceláneos	4.2	33

La sociedad anónima, en el cuadro anterior, domina conjuntamente el 45% del ingreso nacional. Solamente la agricultura está dominada por la em presa o actividad individual.

Asimismo, desde el punto de vista financiero, y con datos y cifras re lativamente viejos y superados, podemos apreciar la importancia vertebral de la sociedad anónima con los datos de Harry E. Barnes, (Harv. Law Rev., Vol. III, Pág. 473) con cifras correspondientes a 1926 y algunas veces a 1925.

E. E. U. U.

Cifras de 1926 y 1925

Compañía	Año de Fundación	Activo Total en Millones de \$
U.S. Steel Corporation	1901	2.446
Southern Pacific R.R.	1884	2.147
Pennsylvania R.R.	1845	1.810
American Telephone and Telegraph Co.	1885	1.646
New York Central R.R.	1914 *	1.449
Standard Oil of New Jersey	1882	1.369
Union Pacific R.R.	1897 *	1.140
Atchison, Topeca and Santa Fe R.R.	1885 *	1.071
General Motors Corporation	1903	800 **
Ford Motor Co.	1908	915

* Fecha de reorganización de la Co.

** Estimado 23

Siempre en relación con la carta de ciudadanía que las sociedades mercantiles han logrado en la vida contemporánea, el profesor y tratadista de Derecho Mercantil Joaquín Rodríguez Rodríguez dice lo siguiente:

"El papel desempeñado por las sociedades mercantiles en la economía es cada vez más importante, pudiendo apreciarse una tendencia clarísima en la substitución del empresario individual (comerciante individual) por las sociedades (empresario-colectivo).

Dos razones pueden explicarnos este fenómeno: la concentración industrial y comercial características de la economía de nuestra época y la progresiva inclinación hacia formas de organización de responsabilidad limitada".

"En el primer aspecto, el comerciante individual no puede competir con las grandes empresas sociales. La suma ingente de capitales que éstas suponen crea una fuerza, frente a la cual el comerciante individual está prácticamente indefenso.

El comerciante individual no puede aportar los enormes capitales que hoy son necesarios para acometer las grandes tareas, características de la economía contemporánea; y finalmente, en la lucha económica, los comerciantes individuales llevan siempre las de perder frente a los medios inagotables, la organización eficientísima y perfecta de las grandes empresas comerciales colectivas." (10).

Siempre en relación con la importancia de las sociedades en nuestro tiempo, concretamente en cuanto hace relación con la forma limitada de la anónima, el profesor de la materia Renato Ozores dice:

"Nadie puede abrigar la menor duda en cuanto a la importancia de la sociedad anónima moderna. Esta forma asociativa, más que ninguna otra, constituye un instrumento jurídico esencial para fortalecer debidamente las estructuras económicas de todos los países, si la legislación que las regula alcanza plenamente los objetivos principales - que contribuyen de manera sustancial a su popularidad y desarrollo." (11).

C.- ILEGALIDAD Y RIESGO.

Cuando los negocios y la inversión caen en manos de defraudadores, en realidad no se debe hablar de mayor o menor riesgo. En este caso se es tará ya en presencia del proteo de los delitos: la defraudación o estafa.

Hay un nuevo espécimen humano, peligroso e inteligente, y que se gún el sociólogo norteamericano C. Wright Mills, considera a la sociedad co mo una red de hábil ilegalidad que eleva el dinero al nivel de valor absoluto, y que no cree en la bienaventuranza que les ofrece a los pobres el reino de Dios y musita, por el contrario, entre dientes:

(10) " Curso de Derecho Mercantil", Tercera Edición, Pág. N° 43

(11) Primera conferencia en Costa Rica en relación con la sociedad anónima - en el Código Comercio nuevo de Costa Rica.

"Bienaventurados los cínicos, porque sólo ellos tienen lo necesario pa
ra triunfar". (12).

Abuso de confianza es la infidelidad que consiste en burlar a otro que
nos ha dado crédito o que ha depositado su fe en nosotros.

Cuando se embarcan fondos en el viaje societario, en especial cuando
se trata de sociedades por acciones, son posibles muchas eventualidades. La
aventura puede ir acompañada de grandes ganancias y utilidades satisfacto
rias, o bien puede perderse totalmente el capital, una parte de él o las ren
tas del mismo. Lo único cierto, absolutamente cierto, sobre las inversiones,
es que entrañan un riesgo.

Puesto que el riesgo es inevitable, en tanto que la ganancia y las utili
dades satisfactorias son -en el mejor de los casos -sólo probables, la inver
sión de fondos tiene que ocuparse primordialmente de la estimación de los -
riesgos; es decir, de comprender bien su naturaleza y las normas que deben
adoptarse para protegerse contra ellos. En la inversión, como en cualquier o
tro campo de la actividad humana, el comprador obtiene, a la larga, aquello
que paga. Si compra una probabilidad de conseguir una ganancia del 25% asu
me, en la mayoría de los casos, el riesgo de una pérdida mayor que si compra
la posibilidad de obtener una ganancia pequeña.

D.- AQUILES DE LAS FINANZAS Y CUELLOBLANCOS.

El profesor Molinario, en su "Curso de Derecho Penal", hace la acerta

(12) "La Elite del Poder", México, 1960, Pág. 113.

da observación, recogida por Bernaqui-Jaureguy, del auge que han tomado las formas defraudantes y anota que los criminalistas enuncian que la delincuencia ha venido evolucionando desde la violencia hacia el fraude. Tal vez fue el italiano Alfredo Nicéforo el primero que sostuvo la tesis de que el delito no muere, sino que se transforma, evolucionando de la forma violenta a la forma fraudulenta. Por su parte, Molinario agrega que el fraude es en la civilización fraudulenta actual, distinta de la antigua civilización violenta, el delito de los ricos; advierte con razón que los poderosos sórdidos tratan hoy de eludir la represión penal gestando hábilmente fabulosas empresas financieras, y sostiene, muy juiciosamente, que para evitar esa evasión, es preciso aplicar la ley penal con pericia recta y sabia.

E.- DE LA FUERZA BRUTA AL FRAUDE.

"Andre Baixas, en su erudita tesis de doctorado 'L'Evolution de la Notion Du Dol En Droit Penal Francais' (Bordeaux, 1920, Pág. 291), se remonta en el estudio de la historia de la delincuencia hasta la más antigua, - que en su opinión, es ' Le Vol' de ejecución simple, brutal y propia de la rudeza tosca de las sociedades antiguas y muestra cómo a través de los siglos, a causa de la influencia de las fuerzas civilizadoras, se ha venido produciendo una disminución de aquella rudeza basada en la ley bárbara de la fuerza, con el aumento correlativo de la simulación y las felonías basadas en la ley artera de los engaños y astucias.

"Y ese fenómeno del paso de la delincuencia de la era violenta a la fraudulenta puede tener, según el mismo pensador, como uno de los principales factores, ese culto erigido en nuestro tiempo al interés material, a ese -

agiotage funesto que ataca cada día los recursos del crédito público, hiriendo de muerte a la Moral misma; esa tolerancia por pretendidas operaciones - industriales, cuyas acciones siembran por todas partes la miseria y la ruina, excitando una avidez desenfrenada, que se esfuerza en vano contenerse dentro de los límites de la Razón y de la Justicia". (13).

Es evidente la presencia de un flagelo nuevo. Costa Rica, por circunstancias obvias de sencillez y limitada dimensión bursátil, no es sino hasta hace muy poco tiempo que empezó a padecer ese nuevo mal que aflige a la sociedad moderna en su vida financiera.

F.- ABUSOS Y EXCESOS . (14).

El final del siglo XVII y el principio del XVIII experimentaron una verdadera orgía de inversiones en acciones. Tal evento se explica con vista del enorme impulso y expansión del comercio y la apertura de nuevos campos de acción, etc.

Esta fiebre especulativa trajo como consecuencia enormes pérdidas y peligros: faltaba experiencia. Se estima que en estafas y especulaciones se perdieron durante el siglo XVIII en Inglaterra £1.500.000.000.00, suma colosal para la época. Como consecuencia de todos estos escándalos y desas

(13) Lics. A. Picado G. y otros en "La Administración Fraudulenta de la S.A. "Tournon", 1957 a 1959, Pág. N°97.

(14) Datos obtenidos del texto de la tesis del Lic. Fidel Tristán Castro, " Sociedades Anónimas ", Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica , 1960.

tres financieros se debilitó, desde luego, el interés general con relación a las sociedades anónimas y el capital mostró una tendencia a concentrarse en manos de los más astutos y despiadados. En Francia y en todas partes en donde había adquirido importancia la sociedad anónima ocurrió lo mismo que en Inglaterra.

Este desprestigio de las sociedades anónimas, debido a la ignorancia - tan general de la época, a la inescrupulosidad de los empresarios y a la falta de adecuadas regulaciones legales, significó un seriesísimos problema de orden público y estuvo a punto de ocasionar la desaparición de tan importante institución jurídica. No fue sino mediante una inteligente adecuación de las sociedades anónimas a las exigencias financieras y administrativas de las grandes entidades industriales y comerciales que se logró, además del enorme desarrollo del viejo mundo en esos campos, la supervivencia de la sociedad anónima, regulada cada día con más acierto y precisión y perfeccionada por el desenvolvimiento de las técnicas jurídicas, administrativas, financieras, contables e industriales.-

CAPITULO III

SISTEMAS

A.-Fiscalización individual

B.-Fiscalización privada o interna

1. Elementos esenciales:

- a) De la denominación
- b) De las facultades de los síndicos
- c) Nombramiento y número de los síndicos
- d) Responsabilidad de los síndicos
- e) Remuneración de los síndicos
- f) Profesionalismo
- g) Designación, separación y revocación de los síndicos
- h) Garantías de los síndicos
- i) Valoración

2. Modalidades:

- a) **Sociedad cerrada y abierta**
- b) Fiscalización directa e indirecta
- c) Fiscalización facultativa y obligatoria
- d) Fiscalización facultativa típica

3. Medios u Organos :

- a) Comisarios
- b) indole de su actividad

C.- Fiscalización Pública

- 1. Su fundamento
- 2. Necesidad mediata e inmediata
- 3. Costa Rica en relación con este sistema

D. Fiscalización Judicial

- 1. Fiscalización judicial permanente
- 2. Fiscalización judicial circunstancial
- 3. Fiscalización judicial alemana
- 4. Fiscalización judicial inglesa

Resulta muy explicable el hecho histórico de la necesidad, insoslayable y permanente, de haber los pueblos buscado fórmulas legales y, a veces por medio de simples usos (15), para prever y atenuar y hasta aniquilar, so pena de un caos social, los efectos de la sociedad por acciones.

Esta máquina colosal que a veces cae en manos de la usura, la audacia y la astucia, que pone la fortuna pública en manos de dos o tres, indudable

(15) Cuba, cuando todavía era una república y vivía el imperio de la ley, no tenía ley alguna que regulara la fiscalización. No obstante, existía una fiscalización oficial que no estaba prevista en el Código de Comercio; a cargo del Negociado de Registro de Bancos, Empresas, Compañías y Comerciantes de la Dirección de Comercio. Felipe De Solá Cañizares, op. cit., Pág. 217.

mente tiene que estar sometida a una estrecha vigilancia y fiscalización.

Esta fiscalización tiene que proyectarse en distintas direcciones, protegiendo unas veces el derecho o interés de los particulares, otras el del Estado mismo, en ocasiones también, el Derecho mismo.

En el cuadro sinóptico de la página 93 se intentó una clasificación - cuyo punto de referencia lo constituye el sujeto actuante en la fiscalización o examen objeto de estas notas. Naturalmente, el procedimiento seguido aquí en obsequio de una mayor sencillez, no agota las posibilidades en este sentido. Estudiosos hay que ordenan las identidades de los sistemas en atención a la oportunidad de su cometido y entonces hablan de fiscalizaciones permanentes, ocasionales, ordinarias, extraordinarias, etc. Durante la preparación de estos comentarios encontramos, también, criterios organizativos que hacen depender la clasificación del objeto concreto sobre el que recae la labor. Aseguran, entonces, que hay fiscalización contable, administrativa, legal, fiscal, mercantil strictu sensu, técnica, industrial, etc.

No faltan profesores que clasifican las labores de fiscalización en base de los intereses, jurídicamente protegidos, cuya lesión provenga de la operación social. Este criterio, interesante aunque poco original, autoriza expresiones tales como fiscalización penal, civil, fiscal, científica, de marcas, industrial, etc. Recién oímos a un amigo, entusiasta de las cosas de la Integración Centroamericana y con autoridad de profesionista en esa rama, que decía (refiriéndose a abusos que él atribuía a cierta sociedad por acciones, cuyo radio de acción comprende el área integrada): "Tenemos que someter a e

sa compañía (a la sociedad anónima) a una muy estricta fiscalización integracionista."

Instituciones como ésta, sustento de un Derecho en pleno desarrollo y que ya tiene perfiles que le acreditan en la doctrina una (hasta hace poco - discutida) autonomía, naturalmente deben asimilar las influencias del medio dinámico que las vive. No deja de tener interés aquí, aunque sea en forma de mera cita, admitir como propios, en un esfuerzo de técnica de clasificación, criterios de obligatoriedad, discrecionalidad, **publicidad**, privacidad, pureza o impureza de la esfera o zona de la actividad fiscalizadora.

Con este criterio amplio, decididamente dispuestos a no aceptar dogmas y sin prejuicios en razón de la nacionalidad de los sistemas (hemos tenido que trabajar a base de observaciones de comparatistas que también confiesan haber carecido de doctrina especializada), seguidamente emprenderemos el análisis de todos y de cada uno de los sistemas básicos de fiscalización de sociedades anónimas conocidos hasta hoy.

Allí donde surgen esos medios maravillosos de reunión de capitales, que mediante sistemas económicos y jurídicos impulsan el destino civilizado del hombre, tienen que aparecer también, en cada latitud geográfica y política, como lógica consecuencia de la naturaleza de las cosas, las nociones propias de la fiscalización. La noción de la intervención de la sociedad anónima es, según el insigne comparatista De Solá Cañizares, casi universal.

Los trabajos de este tratadista nos enseñan que únicamente Perú adolece de una ausencia absoluta de fiscalización. Holanda y Panamá no han -

previsto la fiscalización obligatoria, pero confieren a una minoría el derecho de obtener que se realice.

Aparte de estos casos de gran excepción, y salvadas situaciones recientes de índole política, el resto de los países sancionan en sus legislaciones la fiscalización obligatoria, a pesar de que los sistemas varían según la latitud geográfica.

Es frecuente en algunas legislaciones la adopción de varios sistemas de fiscalización a la vez.

Naturalmente, algunos sistemas lucen como elaboraciones jurídicas magníficas y, otros -lamentablemente el nuestro entre ellos- adoleciendo de una urgente reforma o cambio integral.

A. - FISCALIZACION INDIVIDUAL.

Como principio muy reconocido e incontestable tenemos que aceptar que en ninguna sociedad se puede negar a los socios el derecho de examinar los libros, correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la administración social. Suiza, país de prestigio indudable en materia institucional, tiene muy bien establecida la vigilancia individual. El artículo 696 del Código de Obligaciones, formidable monumento jurídico de Europa y del Universo, reconoce el derecho pleno e incontestable de todo accionista para examinar el balance, las cuentas de pérdidas y ganancias, el informe de gestión y la proposición de reparto de beneficios, por lo menos durante los diez días anteriores a la asamblea, quedando estos documentos a disposición de los accionistas durante un año, pudiendo obtener copia sin gasto al

guno. La información a los tenedores de acciones al portador tiene lugar, de manera inexcusable, mediante avisos que se publican en la "Feuille Suisse du Commerce", y quienes aparezcan en el registro respectivo como titulares - de acciones nominativas siempre deberán recibir una comunicación especial. El mismo Código de Obligaciones establece, en su artículo número 607, el derecho que tiene cualquier accionista de advertir a los revisores de las valoraciones dudosas y reclamar explicaciones. Pero no podrán consultar los libros y la correspondencia, a menos que sea en virtud de autorización expresa de la asamblea o decisión de la administración y a condición de no perjudicar el secreto de los negocios. El juez puede obligar a la sociedad a proporcionar información a los accionistas mediante extractos certificados de libros o correspondencia sobre hechos precisos, a condición de que la decisión del juez no comprometa los intereses de la sociedad. En síntesis, en Suiza el derecho pleno de control y vigilancia de los accionistas nunca podrá ser suprimido ni restringido, ya sea por el estatuto o por un órgano social.

En realidad, el texto de las disposiciones legales suizas en relación con la vigilancia del accionista o individual, son el mejor sustento de su doctrina misma. Revelan, tales leyes y principios, una madurez institucional digna del mayor encomio.

En esta sabia legislación no existen los peligros que frecuentemente le señalan al sistema de fiscalización individual los comentaristas y legisladores que dudan de su conveniencia y procedencia. Algunos autores alegan que el número de accionistas, generalmente elevado y la gran cesibilidad de las acciones, particularmente en cuanto a las sociedades anónimas alude, -

factores que hacen posible el aumento y la variabilidad paulatina y constante de asociados, pondrían en peligro, si contaran con un amplio régimen de fiscalización individual, con frecuencia y entidad peligrosísimas, el éxito de los negocios y de operaciones sociales en gestión tan necesitados, casi siempre, de la más absoluta confidencialidad, reserva y prudencia. Piensan que, teniendo todos los accionistas el derecho pleno de investigación y penetración en la médula social, no sería posible la más mínima reserva, además de que sería poco menos que imposible la atención adecuada de sus demandas por parte de la administración.

La fiscalización directa por los accionistas, anota Rivarola, estaría así en abierta contradicción con el respeto debido a las operaciones sociales, a lo que se agregan todavía consideraciones de orden práctico, ante la posibilidad de que todos los días, y a cualquier hora, los accionistas -en el supuesto de reconocérseles derechos idénticos a los de los socios- podrían informarse del estado de la administración.

Con respecto a este mismo asunto el profesor Carlos C. Malagarriga, en su "Tratado Elemental de Derecho Comercial, Tomo I, dice textualmente , Pag. 511:

"La necesidad de establecer limitaciones al derecho de contralor de los accionistas surge, en primer lugar, de que cuando como con frecuencia ocurre son muchos, reconocerles sin trabas un derecho de fiscalización obstaculizaría el desarrollo de los negocios sociales. Además, las facilidades que en general existen para ingresar como accionista a una sociedad anónima podrían, si se admitiese un amplio derecho de contralor, permitir que adversarios comerciales introduciéndose en la sociedad conocieran los detalles todos de su marcha y el estado de sus negocios. Pero si para evitar esos inconvenientes bastara con limitar el derecho de fiscalización, para evitar desventa-

jas de otro género derivadas de los peligros que la gestión sin freno de los administradores puede acarrear, se ha considerado necesario proveer a que ese derecho de fiscalización se ejercite realmente - en forma que para ser eficaz tiene que ser permanente.

De ahí instituciones como la sindicatura que fue incorporada a nuestra legislación en la reforma de 1880, según decimos antes, como un órgano permanente de contralor."

De los razonamientos que quedan expuestos, y posiblemente con el deliberado propósito de obviar todos esos aspectos negativos que representa una plena e ilimitada acción contralora individual del accionista, posiblemente surge la justificación o antesala de la fiscalización privada o interna. Al principio se habló de una vigilancia indirecta o delegada que vino a solucionar, parcial y teóricamente, por lo menos, el choque de ideas que se ofrecía en la sociedad por acciones: Por una parte el derecho de los accionistas a conocer la gestión y ejecución de los negocios emprendidos con capitales aportados por ellos y, por otra, los superiores intereses de la sociedad como tal en todo lo relativo al secreto y confidencialidad de sus operaciones.

En su "Tratado de Sociedades por Acciones en Derecho Comparado," tomo III, Pág. 202, Felipe De Solá Cañizares dice textualmente:

"...1°. Fiscalización Individual: Es una fórmula incompatible con la sociedad anónima, por lo menos cuando ésta es la forma jurídica de una gran empresa. Sin embargo, es una fórmula que figura en los textos de algunos países como, por ejemplo, Argentina, cuyo Código de Comercio en una disposición común a toda clase de sociedades dice que en ninguna sociedad se puede negar a los socios el derecho de examinar libros, correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la administración social. Pero el alcance de este artículo ha sido muy discutido y una parte de la doctrina y de la jurisprudencia lo interpretan, con razón, restrictivamente, limitando el derecho del accionista a un cierto período anterior a la asamblea o a determinadas comprobaciones en el balance.

En Estados Unidos, el derecho de un socio a fiscalizar la sociedad -

examinando los libros sociales es un principio del "Common Law", pero a condición de hacerlo en tiempo oportuno y para proteger sus intereses. En la práctica, los tribunales son muy prudentes a este respecto, pues, como dice un autor, si todos los accionistas de una gran sociedad usaran en cualquier momento el derecho de fiscalización, sería imposible que la contabilidad funcionase adecuadamente y no habría posibilidad de guardar el secreto de los negocios. De una manera general, la fiscalización por el accionista se reduce - en la práctica al examen del balance y documentos durante un período inmediatamente anterior a la asamblea."

B.- FISCALIZACION PRIVADA O INTERNA.

Tal como su nombre lo indica, éste es el sistema de vigilancia interno de las sociedades por acciones. Es el más general y conocido. Su existencia, salvo excepciones muy calificadas, encuentra asiento en los códigos de comercio y en las leyes que regulan la trayectoria y las vicisitudes del contrato de sociedad.

Resulta típico, y técnicamente justificado, el hecho de ser el estatuto social el texto legal en que se asientan todas y cada una de las disposiciones relativas al sujeto o instituto de cuyo resorte depende la actividad de vigilancia interna.

Las condiciones personales o profesionales del sujeto encargado de esta actividad; las responsabilidades que le son anejas; las garantías que está llamado a prestar; su nombramiento y eventual revocatoria; su número y duración en el cargo; la naturaleza de su gestión; su grado jerárquico con respecto a los distintos organismos y funcionarios; la entidad y oportunidad de todas sus obligaciones; sus derechos y facultades de asesoramiento, así como la obligatoriedad de los mismos; la posibilidad de actuaciones auténtica

mente administrativas, no exclusivamente fiscalizadoras; su dependencia y eventual retribución; la índole contractual de ese mandato; los posibles medios para su selección; la jurisdicción y la competencia que los caracteriza, etc., todas son circunstancias de mucha relevancia que deben constar en la ley llamada a reglamentar este tipo de vigilancia.

Evidentemente, la ley procura, mediante una serie de regulaciones relativas a la fiscalización, la tutela de las sociedades y su crédito por razones de orden público. Ya hemos dicho, e insistimos, que aun siendo el de sociedad un contrato cuyo fuero parece alojarse en el ámbito del interés privado, encuentra plena validez y razón la intervención indirecta del poder gubernativo en la sociedad por acciones.

La sociedad por acciones es una comunidad de intereses y el Estado, por su parte, un organismo de Derecho capaz de establecer un orden jurídico que haga posible la solidaridad humana. El Derecho Privado debe disciplinar todos los intereses merecedores de tutela jurídica, y por intereses debemos -siempre entender -informándonos con Heck (16)-, toda situación socialmente apreciable, aun desprovista de contenido patrimonial, que merezca protección jurídica.

El legislador, que con frecuencia inconveniente abandona en manos -de la asamblea lo relativo a la fiscalización interna, despreocupado por el hecho grave de ser ésta el único medio de vigilancia- -lo que lamentablemente ocurre en Costa Rica-, ignora que según la doctrina en esta materia concreta

(16) Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudez, 1932. Págs. 36 y sigs.

todas las sanciones legales deben entenderse encaminadas al logro de nulida
des.

Aun tratándose de una exclusiva fiscalización interna, y es posible - que con mayor razón por tener ese carácter, pensamos que debe ser la ley la que imponga obligatoriamente a la sociedad su vigilancia interna. Y esto no es un simple criterio nuestro sino, por el contrario, resultado de la observa
ción detenida de todas las legislaciones en la materia. No obstante que lo juzgamos incompleto, ya que no existe en él la saludable intervención oficial y judicial que sociedades más experimentadas han tenido por incontestable - mente recomendables, aplaudimos el sistema de fiscalización interna seguido por el Brasil. En ese país el órgano fiscalizador, que se llama Consejo - Fiscal y que es un órgano colectivo, está muy bien concebido y funciona ade
cuadamente. No pueden ser miembros del mismo los empleados de la socie
dad, los parientes de los directores hasta el tercer grado, ni los que se en
cuentren comprendidos en una serie de causales de inhabilitación previstas - para los directores. Devengan adecuada retribución por sus servicios y, en
tre otras virtudes del sistema -que seguimos juzgando siempre incompleto - -existe la de que, en determinadas circunstancias de disidencia de accionis
tas en la formación del consejo, éstos elegirán separadamente a un fiscal con prescindencia absoluta del capital que representen.

Bélgica es otro caso interesante en el que, a pesar de lo incompleto del régimen de vigilancia, de tipo estrictamente interno y dependiente de la asamblea, las cosas andan bastante bien. En este caso, asistido el sistema por la gran madurez cívica de ese gran país, los comisarios tienen faculta

des excepcionales al tiempo que la ley les impone responsabilidades iguales a las de los administradores. Están obligados a garantías fuertes y, cuando la sociedad acude a la subscripción pública, uno de los comisarios, por lo menos, deberá tener el carácter de revisor afiliado al Instituto de Revisores de Empresas, para lo cual se requiere un grado muy completo de profesionalización en las ramas de auditoría.

Como el caso de Costa Rica, cuya imperfección y peligrosidad justifica y origina este trabajo, será tratado en el Capítulo VII, A, Motivación, lo citamos ahora simplemente para el efecto exclusivo de su clasificación dentro del sistema aquí estudiado.

1.- Elementos esenciales:

El fundamento de este tipo de fiscalización, asumida por los accionistas por medio del órgano de la sindicatura creado por la ley con esa finalidad, tiene su razón de ser -explica Argaña- en la imposibilidad de dejar librada la fiscalización permanente de las sociedades anónimas a la acción individual de los accionistas.

Para obviar, en lo posible, las dificultades que el supuesto anterior acarrearía, se creó el sistema de la fiscalización indirecta o por delegación que, como lo observa agudamente el tratadista antes citado, vino a solucionar, por lo menos teóricamente, esta situación especial que ofrecen las sociedades anónimas, en la conciliación del derecho de los accionistas a conocer la gestión de los negocios emprendidos con capitales aportados por ellos, y el interés superior de la sociedad en lo relativo al secreto de sus operaciones.

Este es un sistema originario de Inglaterra y tiene verificativo a base de personas designadas generalmente por la asamblea y, en ciertos casos, por el tribunal.

a) De la denominación:

Carlos C. Malagarriga, en su "Tratado Elemental de Derecho Comercial", Tomo I, Pág. 511, dice textualmente:

"Síndico es palabra que viene del latín "syndicus" y ésta del griego "syndikós", del "syn", con "y" y "dike", justicia. En otros países de nuestro idioma se llama con ese nombre al encargado de liquidar, en un concurso de acreedores, el activo y pasivo de éste y también, aunque precediendo a veces el vocablo de otro, el de procurador, a la persona designada para cuidar de los intereses de una comunidad o corporación, así como en derecho administrativo, sin ese agregado, al funcionario que examina los actos de los administradores para informar sobre ellos...

Entre tanto, en el libro I del Código se conoce desde 1889 como síndicos, como hemos visto, a las personas a quienes, en las sociedades anónimas, se les encarga la fiscalización permanente de la administración."

En Costa Rica la Ley N° 6 del 24 de noviembre de 1909, en su artículo 78 encargó la vigilancia y fiscalización de las sociedades anónimas a un comité de síndicos, nombrados por la asamblea general sin mayores requisitos. En este aspecto, como en algún otro de no mayor importancia, nuestro legislador fue consecuente con la inercia legislativa.

b) De las facultades de los síndicos:

En un principio, en ciertos países la sindicatura, más que para la fiscalización propiamente, se organizaba con fines meramente coadministrativos. Eran los mayores accionistas quienes formaban un consejo de los que mane

jaban la sociedad.

Históricamente, el origen de los síndicos, con funciones típicas relacionadas con la contabilidad, se halla en Italia, a principios del siglo XV. También en Alemania se produjeron metamorfosis interesantes en relación con la sindicatura. Los ingleses le imprimieron una fisonomía a la institución - que, para algunos, los hace acreedores a la paternidad del sistema.

De todas maneras, en la actualidad y en términos generales, los síndicos tienen facultades semejantes con pequeñas variantes, según el país. Siempre están llamados a examinar el balance y las cuentas y presentan un informe con el resultado de su intervención o inspección.

c) Nombramiento y número de síndicos:

En la generalidad de los casos la designación de los síndicos corresponde a las asambleas generales. Ese era el procedimiento prescrito por - nuestra legislación derogada y, en el mismo sentido, se produce la legislacón vigente.

Como un medio de garantizar el desempeño eficaz e independiente de la sindicatura, dentro de lo relativo del sistema cuando opera en forma exclusiva, Rivarola aconseja, con evidente acierto, que la elección de los síndicos sea hecha por las minorías vencidas en la elección de directores, o computándose los votos por persona y no en relación al capital, o combinándose una y otra forma.

d) Responsabilidad de los síndicos:

La tendencia moderna en materia de responsabilidad de los síndicos tiende a acentuarse en el sentido de hacerles incurrir en responsabilidad por su negligencia, inclusive por omisión y con criterio de severidad.

La mayoría de los códigos modernos adolecen de una falta, casi absoluta, de normas concretas en cuanto a este extremo de la responsabilidad. Muchos se limitan a autorizar a la asamblea general para que proceda, en determinados casos de inconductas, en cabeza de los síndicos, a la exoneración de éstos.

Algunos tratadistas, entre ellos el profesor Antonio A. Taboada, intentan encontrar la zona de fundamentación de la responsabilidad de la sindicatura en la doctrina de las reglas del mandato. El mandatario síndico está obligado, por la aceptación, a cumplir el mandato y responder de los daños y perjuicios que se ocasionaren al mandante por la inejecución total o parcial del mandato.

Según la ley alemana, si unos miembros directivos malversan fondos sociales, no sólo están obligados a la indemnización de daños ellos mismos, sino, en principio, también los miembros del consejo de vigilancia; sin embargo, éstos quedarán libres si demuestran que, a pesar de la debida vigilancia, no hubieran podido evitar la malversación. El grado de vigilancia - y consecuentemente de responsabilidad - que puede serles exigido depende de las circunstancias del caso concreto, particularmente si tenían motivo para confiar en la lealtad del miembro directivo. El que los miembros del consejo de vigilancia estuvieran demasiado absortos por trabajos de otra índole, para vigilar debidamente a la dirección -hay personas que simultáneamente se sientan en docenas de consejos de vigilancia de distintas socie

dades-, no les disculpa.

La ley costarricense anterior, la de 1900, establecía que los síndicos incurrirían en responsabilidad según las reglas del mandato y responderían solidariamente con los administradores y el gerente, de la exactitud - del balance.

Nuestro Código de Comercio tiene una norma concreta que establece y califica la responsabilidad de los fiscales que desempeñan la sindicatura . El artículo 199 dice:

"Las personas que ejerzan la vigilancia de las sociedades anónimas serán individualmente responsables por el cumplimiento de las obligaciones que la Ley, el pacto social y los estatutos impongan."

Naturalmente, nuestra ley previó el caso del fiscal que teniendo interés opuesto al de la sociedad no se abstuviera de toda intervención. Para este evento estableció, en cabeza del fiscal, la responsabilidad de los daños y perjuicios que ocasionare a la sociedad.

e) Remuneración de los síndicos:

Este aspecto, prosaico para algunos que hacen un enfoque superficial del asunto, reviste un interés de mucha gravedad.

En términos muy generales puede hacerse la siguiente reflexión: Si no hay retribución adecuada, falta capacidad y autoridad que permitan una selección estricta del síndico. Si no hay posibilidad de selección adecuada del síndico, tampoco será posible demandar la técnica o profesionalismo elementales para el cargo y función.

En la mayor parte de las legislaciones comerciales, o de sociedades anónimas, no existe nada concreto en materia de retribuciones para el síndico. Esta situación se explica, por lo menos en gran parte, por la circunstancia de haber sido errado el concepto que siempre se ha tenido de la sindicatura. Aquí, y en muchas partes, se ha visto en este cargo como algo honorífico, familiar, incondicional, dependiente y amistoso y, además, desprovisto de la más elemental pericia o profesionalidad.

Una concepción tan errada del asunto explica, aquí como en muchas otras latitudes geográficas, la inercia de la gratuidad con que ha sido deseñada la función.

Otros factores, que explican la tradicional gratuidad en las funciones fiscalizadoras, radican en la casi universal posibilidad de pactar el asunto -extra estatuto y, además -en el evento de no ser los fiscales al mismo tiempo socios-, en la improcedencia de un honorario por una función esencialmente decorativa en base de la naturaleza de las cosas. Costa Rica guarda en este asunto el mejor de los silencios.

f) Profesionalismo:

Los más reputados comentaristas están contestes en que uno de los factores que más influyen en el poco prestigio o éxito que tiene actualmente el sistema de fiscalización privada, mayormente cuando no concurre algún -sistema de vigilancia administrativa o judicial, es el relativo a la ausencia- de profesionalismo o especialización técnica.

Se dice que donde mejor funciona la sindicatura es en la Gran Breta

ña. Además de su gran tradición, de su madurez y de su flema cívica, las agrupaciones de "Chartered Accountants", siempre prestigiosas, imparciales y capaces, le imparten al sistema la mayor solidez y prestigio.

Cada día forman mayor legión las legislaciones que toman en buena cuenta este aspecto técnico-científico del síndico.

La solvencia científica y la autoridad moral del colegio o entidad sindical constituyen la ley de gravedad fiscalizadora.

Por ejemplo, los artículos 2397 y siguientes del Código Civil italiano establecen la norma según la cual, cuando el capital de la sociedad por acciones excede de determinada cuantía, por lo menos una parte de la sindicatura deberá estar inscrita en una Lista de Revisores Oficiales de Cuentas. Uno efectivo si son tres los síndicos y, por lo menos, dos si son cinco los sindicos efectivos y, en ambos casos, un suplente.

En Portugal, además del Consejo de Fiscalización previsto por el código de comercio, por medio de la ley de 17 de marzo de 1943, se creó la fiscalización por técnicos especializados.

En Bélgica, en los casos en que la sociedad por acciones acude a la suscripción pública, el comisario o uno de ellos, si son varios, debe estar afiliado al Instituto de Revisores de Empresas.

En Francia, uno de los comisarios deberá estar inscrito en una lista aprobada por el tribunal quien, conforme al decreto ley de 1935, atenderá la cuestión eminentemente profesional.

En Dinamarca, cuando las acciones se cotizan en bolsa, uno de los revisores de cuentas debe ser un contable autorizado y, en Suecia, cuando ocurre el mismo fenómeno o el capital excede de cierta suma, uno de los comisarios deberá tener idéntico carácter. En Suecia, el artículo 107 de la ley - de 1944, al hablar de estos peritos-contables autorizados, alude a la autorización que les otorgan las Cámaras de Comercio, formando cuerpos técnicos de reconocida y excelente reputación en la materia.

En España, la ley manda hacer el nombramiento de censores (súndicos) en aquellas personas que sean miembros del Instituto de Censores Jurados - de Cuentas.

En Costa Rica, la ley derogada, aunque parezca una ironía, era en - cuanto a este extremo un tanto más perfecta que la actual. El artículo 126 de la Ley de Sociedades de 1908 facultaba a la asamblea para hacer el nombramiento de súndicos ocasionales o extraordinarios, llamados Comisión de Expertos, a fin de que examinaran las cuentas sociales y presentaran un informe sobre las mismas. Hablar de expertos en Costa Rica, en esa época, era sinónimo de adelantamiento institucional encomiable.

En el Código de Comercio vigente en Costa Rica, ni en la sección séptima, "De la Vigilancia de la Sociedad", ni en ninguna otra sección, se estipula la más mínima exigencia técnica o profesional para el súndico.

Costa Rica cuenta con un muy honorable Colegio de Contadores Públicos Autorizados que, de muy diversas maneras, podría intervenir en este

asunto de solvencia técnica de la sindicatura (17).

Seguidamente transcribimos lo fundamental de la Ley de Contadores -
Públicos Autorizados:

"Artículo 2º.- Se entiende que una persona se dedica al ejercicio de la Contaduría Pública cuando ofrece sus servicios al público para ejecutar como Contador y mediante remuneración, servicios que implican la auditoría o verificación de libros, cuentas o registros mercantiles, o transacciones financieras; o la preparación o certificación de esta dos contables o financieros destinados a la publicidad o para fines tributarios o de crédito.

Artículo 7º. Corresponde especialmente a los Contadores Públicos Au torizados:

a) Certificar toda clase de estados financieros y ganancias y pérdidas, estados patrimoniales, distribuciones de fondos, cálculos de dividen dos o de beneficios y otros similares, sea que conciernan a personas físicas o a personas morales;

b) Intervenir para dar fe de los asuntos concernientes a los ramos de su competencia, en la constitución, liquidación, disolución, fusión, quiebra y otros actos similares de toda clase de sociedades, partici paciones u otras semejantes, en la rendición de cuentas de administra ción de bienes, en la exhibición de libros, documentos o piezas de otros géneros relacionados con la dilucidación de cuestiones contabi lísticas, y en la emisión, por personas de derecho privado, de toda clase de bonos, cédulas y otros títulos similares.

La intervención de los Contadores Públicos Autorizados en cualquiera de los casos expresados u otros semejantes, será obligatoria cuando interesen o se refieran a instituciones de servicio público que taxati vamente indique el reglamento.

En todo caso, sólo tendrá lugar cuando lo soliciten las partes intere sadas o lo disponga expresamente alguna Ley de la República. No ob obstante, los tribunales de justicia civil o penal y las oficinas admi nistrativas que requieran la intervención de peritos en Contabilidad en asuntos de que conozcan, nombrarán necesariamente como tales , a Contadores Públicos debidamente incorporados en el Colegio respec tivo; y

(17) Ley de Regulación de la Profesión del Contador Público y Creación del -
Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica, N° 1038 de 19 de agosto
de 1947 y Decretos N° 140 de 13 de agosto de 1948, N° 180 de 7 de se
tiembre de 1948 y N° 679 de 31 de agosto de 1949.

c) Las certificaciones que para efectos tributarios hagan los Contadores Públicos Autorizados deberán ajustarse a los preceptos legales vigentes en la materia, debiendo la firma del Contador ir precedida de la siguiente razón: Certificado para efectos tributarios.

Artículo 3º.- Los documentos que expidan los Contadores Públicos en el ramo de su competencia, tendrán el valor de documentos públicos." (18)

Por su indudable interés nos referiremos al término balance.

La palabra tiene dos acepciones: la primera como resumen de los inventarios de los elementos del patrimonio; la segunda, como un documento conforme al cual se rinden cuentas. En este sentido -dicen los tratadistas Puente y Calvo de México-, es un cuadro contable que, resumiendo los saldos de las diferentes cuentas de la hacienda, debe expresar la situación financiera de la sociedad. La definición que antecede la extraen los dichos catedráticos de la doctrina que en la materia Silvita Vivante, " Tratado de Derecho Mercantil", Traducción de César Silio Belena, Madrid, 1932, Tomo II, Pág.317.

g) Designación, separación y revocación de los síndicos:

Este es un aspecto que, fundamental y técnicamente, no ofrece mayores dificultades. La ley, el estatuto y la asamblea son las fuentes de la pauta a seguir en cada caso. Naturalmente, no faltan situaciones particulares que justifican una mención y estudios someros. En este caso está Alemania con sus revisores ordinarios del balance, elegidos entre contralores económicos y designados por la asamblea pero, si ésta no lo hace, entonces es al tribunal a quien corresponde tal designación y eventual revocación. Otro tanto o

(18) Ver definición del Lic. Juan José Eoto Aguilar (C.P.A.) en la Revista del Colegio de Abogados N° 42 de julio de 1949, en la que hace la afirmación de que son Notarios de Contabilidad.-

curre en Noruega con los revisores extraordinarios, que los designa la asam
blea pero, si ésta no actúa de conformidad, entonces es al tribunal a quien ,
a petición de una minoría que represente por lo menos una décima del cap
ital, corresponde hacer el nombramiento del caso.

Como se puede ver de estos ejemplos anteriores, cuando el tribunal
actúa en la designación o revocación de los síndicos, lo hace en forma sub
sidiaria y por mandato expreso legal. En nuestra Ley de Sociedades derogada,
de 1909, el asunto resulta inverosímil: Era más completa y orgánica que
la actual. El artículo 122 ibídem prescribía que para la fiscalización de la
sociedad la asamblea debería nombrar un comité de vigilancia compuesto de
tres o más síndicos, accionistas o no, que serían nombrados por un año al -
constituirse la sociedad y, ulteriormente, por un período que podía alcanzar-
hasta cuatro años. El artículo 126 de la misma ley insistía en la facultad de
la asamblea de hacer nombramientos de síndicos y, llamando comisión de ex
pertos a los síndicos ocasionales, establecía esa facultad como expreso atri
buto.

Nuestro Código de Comercio vigente, Capítulo VII, por ninguna parte
alude a la entidad u órgano encargado de hacer, concreta y específicamente,
el nombramiento de síndicos o fiscales. El artículo 108, refiriéndose al ca
so concreto de una vacancia del cargo de fiscal, le atribuye al consejo de
administración la facultad directa de nombrar al sustituto por el resto del pe
ríodo de nombramiento y -así lo entendemos nosotros- en forma directa e im
plícita le atribuye a la asamblea la facultad de hacer la nueva elección. Es
de suponer que, quien tiene la facultad de nombrar un sustituto, la tuvo para

nombrar al sustituido.

h) Garantías de los síndicos:

La tendencia moderna se dirige a responsabilizar, cada vez más a los miembros de la sindicatura. Para el logro de este propósito es de indudable conveniencia el establecimiento de un régimen de garantías prestadas cóngrua mente por los síndicos.

Legislaciones respetables en la materia, la de Bélgica, por ejemplo , exigen a los encargados de la fiscalización privada o interna la prestación - de una garantía en los mismos términos y condiciones en que ésta se le exige a los administradores.

En Costa Rica, ni en la Ley derogada, ni en el Proyecto de 1959, ni en la Ley vigente, hay disposición alguna que aluda al más rudimentario régi men de garantías a cargo de la sindicatura.

i) Valoración:

Obligadamente es preciso reconocer que el sistema, además de com plejo, y en ocasiones totalmente ineficaz, sólo por excepción encuentra al gún justificativo (19).

(19) Por ejemplo, en Francia, el sistema de la comisaría, aunque sin mayores beneficios, empezó a surtir algunos efectos y a funcionar adecuadamente.

Las razones fundamentales en las que se puede hacer descansar la afir mación de la impropiedad del sistema de fiscalización interna, entre otras de no menor validez, pueden ser las siguientes:

- a) Una cuestión humana y cultural ;
- b) Falta de autonomía en la función;
- c) Falta de técnica o profesionalismo; y
- d) Ausencia de un régimen de garantías y responsabilidades.

"A los comisarios -dice De Solá Cañizares- los nombra la asamblea , es decir la mayoría, lo que equivale a decir que los nombra el consejo de ad ministración y, por lo tanto, los comisarios dependen de aquellas personas - cuya actuación deben investigar. En Inglaterra ello no ha sido obstáculo al guo para la eficacia de la fórmula, pero lo ha sido en la generalidad de los otros países."

Las más de las veces, y en ocasiones con resultados funestos, los sín dicos asumen una actitud de incondicionalidad, complacencia y desinterés - concretándose a dejar hacer y dejar pasar y aprovechándose, según la mane ra más o menos indiferente y flexible con que actúen, de alguna ventaja social o comercial, y hasta económica, a que se hayan hecho acreedores. Se dice que, al fin y al cabo, nada cuesta el recurso fácil y barato de premiar, a cos ta ajena, la incondicionalidad, obsecuencia y tolerancia de los allegados y correligionarios, sin tenerse en cuenta las aptitudes técnicas, intelectuales y morales del síndico.

Nada de lo dicho -obsérvese bien -puede entenderse como crítica o

guerra definitiva al sistema de fiscalización interna, considerado éste en su teoría o fundamentación lógica y jurídica. Todo lo contrario. En el asunto, y siempre por el gran maestro comparatista De Solá Cañizares, creemos que, no pudiéndose alcanzar el ideal de la perfecta y auténtica fiscalización por parte del accionista interesado, tenemos que luchar por que se perfeccione y complemente el sistema interno. Tenemos que intentar, recordando la frase lapidaria de don Carlos Malagarriga, "el mejoramiento de la organización legal y estatutaria de la sindicatura."

De Solá Cañizares dice:

"El sistema ideal es el de la fiscalización privada, pero en los países en que todavía no sea eficaz, puede ser aconsejable algún sistema de fiscalización administrativa o judicial, mientras se van formando los cuerpos de especialistas que puedan asegurar con eficacia la fiscalización privada. En todos los casos, la fiscalización debe reglamentarse de modo sencillo y que no perturbe a la sociedad, y no deben acumularse diversos sistemas." (20)

2.- Modalidades

a) Sociedad cerrada y abierta:

Siempre hablando del sistema de fiscalización interna, pero ahora con el fin de reconocer un punto de vista doctrinario, analizaremos al comisario (21) , como elemento sobrante en o dentro de la sociedad por acciones, que se denomina cerrada.

(20) Op. cit. ,

(21) El término comisario lo empleamos aquí por facilidad. Su uso no supone que la fiscalización interna sólo la ejerza este tipo de vigilante. Por el contrario, es en esta clase de fiscalización donde hay un mayor número de denominaciones sinónimas.

Algunas doctrinas europeas, especialmente, se refieren a las sociedades cerradas o de familia, oponiéndolas a las sociedades abiertas.

Las primeras, sean las cerradas, vienen a constituir en el fondo una verdadera y moderna sociedad de responsabilidad limitada. La elasticidad de algunas legislaciones da cabida a las sociedades anónimas para que, con motivo de su actividad y comportamiento económico y jurídico, cumplan funciones iguales o semejantes a las que son típicas de la sociedad de responsabilidad limitada. Y, efectivamente, luego del más elemental examen de estas sociedades de familia o cerradas, se llega la conclusión de la existencia de tal similitud. Por esta última razón algunos discuten la necesidad de fiscalización interna para este tipo de sociedades cerradas, ya que, argumentan, no existiendo intereses particulares o públicos expuestos a injuria alguna, resulta además un órgano de tutela o protección.

En algunos países la ley (22), con criterio conciliatorio, resuelve el problema de fiscalización de este tipo asociativo, declarándola como facultativa y dejando en manos de la asamblea el nombramiento de uno o más interventores.

Las sociedades abiertas son aquéllas que emiten acciones y obligaciones al portador, acuden a la subscripción pública y cotizan sus títulos en la Bolsa. Algunas legislaciones, para darle el carácter de abierta a una sociedad, además de ciertos requisitos de orden puramente formal, verbigracia la denominación social o la forma y valor de sus acciones, toman muy en -

(22) Holanda, Artículo 50 del Código de Comercio.

cuenta el monto de las acciones al portador.

En la práctica nadie discute la procedencia incontestable de un régimen de fiscalización interna para las sociedades que, conforme a lo dicho ostentan el carácter de abiertas.

b) Fiscalización directa e indirecta:

La materia objeto de nuestro trabajo que, como se ve en el cuadro comparativo de la página , no goza de la menor uniformidad ni en la doctrina ni en la sistemática propiamente, en ocasiones resulta operante y valedera - en las legislaciones comerciales de una manera indirecta o implícita.

La casi totalidad de las observaciones contenidas en el curso de este modesto ensayo se han referido, obviamente, a la fiscalización desde el punto de vista de la exégesis de las legislaciones comerciales y que, concretamente, tratan de los regímenes de vigilancia o fiscalización en las sociedades por acciones. Esta razón nos excusa, en este aspecto concreto, del más mínimo intento por definir o explicar cuál es la naturaleza o identidad doctrinaria de la fiscalización directa.

El tema cobra marcado interés en aquellos casos en que, no existiendo normas concretas y precisas en los códigos en cuanto al punto o materia objeto de estudio y a pesar de eso, no obstante, se reconoce, se vive y vale como tal un régimen de fiscalización resultante de la hermenéutica, de ciertos usos administrativos o, como también ocurre, en virtud de la jurisprudencia de los tribunales.

Lo primero, sea la interpretación de doctrinas o normas no -siempre comerciales-, es asunto de la mayor importancia e interés por cuanto, justa mente, garantiza la vivencia jurídica dentro de un marco funcional y racional de Derecho.

La llamada autonomía de un derecho, por ejemplo, la del Derecho Mer cantil, nunca puede interpretarse como situación sinónima o equivalente a una orfandad en cuanto a los principios generales y fundantes de la actividad jurídica y, mucho menos, como inconexidad absoluta con todas las leyes en su distinto grado de jerarquía.

"...La sociedad mercantil -apunta César Vivante (23)- surge mediante un con trato por el cual dos o más personas convienen en formar con sus aportacio - nes un fondo social con el fin de partir las ganancias que puedan obtenerse - en el ejercicio de uno o más actos de comercio..."

Natural y obligadamente, la causa y el fin de dicho pacto tienen que ser lícitos, ya que lo contrario está expresamente desautorizado por la ley . No puede haber contrato con causa o con objeto ilícitos. (Artículos 627, in ciso 3°. y 631, inciso 2°, del Código Civil) (24).

Como consecuencia de este principio columnar y, como condición si ne qua non, toda actividad societaria debe ser una actividad lícita contrac -

(23) "Tratado de Derecho Mercantil", Volumen II, N° 310.

(24) Nuestra Ley de Sociedades anterior, en su Art. 1°, y el Código de Comer cio anterior, artículo 134, consagraban el mismo principio.

tual; debe tener, como fin y objeto, un sano propósito en el sentido de crear beneficios para todos los socios. Y, justamente, en el preciso momento en que la administración, la dirección o la mayoría misma de los socios dejen - de actuar con ese criterio estricto de interés común, de lealtad, de buena fe, etc., esa actividad, por cualquiera de esos hechos o circunstancias, o por cualquier otro del mismo jaez, deja de ser lícita, honrada, legal e inmune a cualquier actividad fiscalizadora. Cuando el beneficio se encamina hacia un grupo -puede ser el de la mayoría más incontrastable- y su consecuencia sea el daño de los demás socios, o de la santidad de la buena fe, entonces la licitud presupuestada por la ley, en cuanto al fin y a la causa del contrato societario, dejan de existir y, por eso mismo, surge, legitimada, la facultad tutelar y suprema de la ley, en su sentido más amplio, para sancionar. En este momento existe, plena y legalizada, una indudable motivación fiscalizadora, fundante de los hechos que puedan conducir a una resolución revocatoria o de nulidad.

El artículo 194 del Código de Comercio derogado disponía que los contratos debían efectuarse y cumplirse de buena fe. Esta era una norma, muy sabia por cierto, de carácter general y aplicable, por ello, a todos los contratos mercantiles y que cobraba especial relevancia cuando de sociedades anónimas se trataba.

La transgresión de la buena fe, conforme al concepto legal anterior, indudablemente, y aun cuando no hubiera existido un especial régimen de vigilancia, lógicamente tenía que generar una actividad fiscalizadora.

c) Fiscalización facultativa y obligatoria:

La posibilidad de diferenciar los regímenes de fiscalización, en base a su obligatoriedad, únicamente procede o cabe respecto o en cuanto a la vigilancia, no importa su procedimiento o fisiónomía, dentro del negocio jurídico societario; esto es, esta diferenciación sólo cabe en cuanto a la fiscalización del accionista o la interna. La comprensión más elemental justifica el acerto anterior.

Lógicamente, la ley nunca abandonaría al criterio o interés de una asamblea, la decisión de reconocer o aceptar, como obligatorio o no, un sistema fiscalizador cuya génesis, ejecución y responsabilidad resultante le son total y técnicamente ajenos.

Nunca podría una asamblea, conforme a la naturaleza inherente a estos institutos, decidir acerca de la procedencia u obligatoriedad de la intervencción fiscalizadora del Poder Ejecutivo, del Ministerio Público o de la Judicatura. Tampoco, aunque dentro de otro orden de ideas, en cuanto a la vigilancia individual.

Algunas legislaciones, entre ellas la de Costa Rica (25) establecen, única y exclusivamente, la fiscalización interna.

Dijo el legislador costarricense: El sistema de vigilancia de las sociedades anónimas será potestativo y se hará constar en la escritura social.

(25) Artículos 193 y sigs., Código de Comercio, Ley N° 3284 de 30 abril, 1964.

Esta modalidad, cuya crítica fue hecha en el capítulo anterior, sólo tiene dos o tres parangones en las legislaciones mercantiles sobre la materia. (26)

En el artículo 194 ibídem se lee:

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

Artículo 195:

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

Esta técnica legislativa, que llamaremos fiscalización potestativa a condición o a medias, la encontramos un tanto censurable y, francamente, impropia, especialmente, para Costa Rica. No hemos encontrado todavía la fuente doctrinaria o legislativa en donde puedan localizarse los orígenes de la institución de comentario. El Proyecto de Código de Comercio, publicado en el Alcance N° 31 a La Gaceta N° 88 de 22 de abril de 1959, contiene la misma articulación, por lo que, obviamente, estuvo demás investigar en las Actas de la Asamblea Legislativa lo concerniente a la fundamentación histórica del asunto, en cuanto a su génesis formal.

Por otra parte, examinadas las articulaciones respectivas de la Ley

(26) Véase el gráfico o síntesis de la Pág. 94 de este estudio.

de Sociedades Comerciales, N° 6 de 24 de noviembre de 1909 -derogada por el actual Código de Comercio-, encontramos que antes nos rigió un sistema de fiscalización completamente distinto. En lo único que ambos regímenes son similares es en cuanto a que los dos se refieren a una exclusiva fiscalización interna, aunque de distinta índole.

El Artículo 132 de la ley de cita anterior, refiriéndose al Comité de Vigilancia, decía textualmente:

"Este cuerpo se compondrá de tres o más síndicos, accionistas o no, nombrados por la asamblea general..."

Como decíamos, el texto retropróximo nunca pudo, racionalmente, ser la fuente inspiradora del actual sistema de fiscalización interna de Costa Rica. Será en los capítulos siguientes que haremos un comentario, concreto y específico, de los contrastes entre la ley anterior, el proyecto del Código de Comercio citado y la legislación vigente. Por ahora nos limitaremos, objetivamente, a juzgar en su condición de interna, la facultad de nuestros fiscales.

Se nos ocurre, forzando un poco los conceptos, que el sistema holandés estudiado en la Pág. 45, puede servir de sustento y antecedente a nuestro sistema. En esa sección hicimos un juicio que ahora ratificamos y adicionamos con las consideraciones siguientes.

El hacer obligatoria una fiscalización interna para una nacionalidad - que, como la nuestra, utiliza muy poco la forma de sociedad anónima, y que, cuando lo hace, casi nunca lo es por suscripción pública, resulta poco prác

tico e impropio. Por otra parte, un sistema limitado e inconsistente, como el nuestro actual, de muy poco le servirá a las personas honestas y trabajadoras en nuestro medio bursátil. Muy irónicamente, y a modo de contraste casi fatal, nuestro actual y recién establecido sistema lo único que vino a hacer fue, precisamente, lo contrario: servir de mampara para la comisión de actos delictuosos. Como ya lo denunciábamos en el Prefacio, no obstante el celo, honestidad y pericia de algunos profesionales en Derecho, por falta de una adecuada fiscalización, fueron cometidos fraudes vergonzosos.

d) Fiscalización facultativa típica:

La vigilancia interna facultativa, no muy frecuente por cierto, naturalmente adopta diversas formas en las distintas legislaciones que la sancionan.

En ocasiones, la intención o propósito legislativo no resulta muy evidente y se requiere cierta labor interpretativa para su reconocimiento. No es sino mediante la relación hermenéutica de varios textos que se logra una plena y segura identificación de ese espécimen mercantil.

Otras legislaciones, en cambio, sí establecen la índole facultativa de la comisaría interna. Tal es el caso de Holanda, para cuyo comentario De Solá Cañizares dice textualmente:

"La fiscalización de la sociedad anónima en el derecho holandés comprende dos instituciones facultativas: los comisarios y los peritos. Además existe la inspección judicial a petición de una minoría y la intervención gubernamental en la reforma de los estatutos. Puede añadirse la intervención del Ministerio Público para la disolución de la sociedad..

El nombramiento de los comisarios es facultativo, y la ley dice que la escritura social podrá estipular que habrá uno o varios. La ley no ha querido hacer obligatorio el nombramiento, teniendo en cuenta la existencia de compañías cerradas, pero en la práctica casi todas las otras compañías tienen siempre un Consejo de Fiscalización."(27)

Es conveniente que paremos mientes en la circunstancia, elocuente en el texto transcrito arriba, de que una perfecta fiscalización interna facultativa debe estar complementada, casi inexcusablemente, con otros regímenes de examen o intervención. Lo contrario haría prácticamente inócuo al acto legislativo que consagra tal vigilancia y echaría por tierra cualquier principio de seguridad y respeto en favor de los derechos primordiales de los accionistas, considerados minoritaria o individualmente. Quedarían desarmados ante los desmanes de la mayoría que, en beneficio propio o de terceros, se impondría irrespetando las bases esenciales de la sociedad.

Ya hemos dicho, en forma insistente, que el fundamento de la vigilancia -entre otros- tiene por base la previsión de esos desvíos y abusos de poder en contra de las fracciones minoritarias. La fiscalización les señala a éstas los procedimientos a seguir para evitar la lesión de sus legítimos derechos.

Mediante la fiscalización plena, sea en la que concurren los elementos internos y externos adecuados, la ley intenta limitar racionalmente la fuerza del principio mayoritario cuando éste, inspirado en móviles torcidos y ajenos al interés de todos, no pase de ser el pretexto para la incorrección

(27) Obra citada, Pág. 134(Lo subrayado no es del texto).

o para la ineptitud. Garrigues, en la página 424 de su obra "Curso de Derecho Mercantil", refiriéndose a la soberanía de la asamblea general en sus de cisiones mayoritarias, dice textualmente:

"...dentro de los acuerdos legales y estatutarios la soberanía de la junta está limitada por el respeto a las bases esenciales de la socie dad anónima. La doctrina de las bases esenciales que fue acogida - por nuestro T.S., antes de la nueva ley, supone que el accionista en tra en la sociedad en consideración a ciertas bases inherentes a la na tural ez a misma de la sociedad anónima, que constituyen, por tanto, el presupuesto del consentimiento del accionista.-... Pero esta soberanía no puede entenderse de modo tan absoluto que e sa sum isi ón de los socios sea incondicional. Con razón al artículo 156 del Código de Comercio hablaba de acuerdos legítimos de sus - juntas generales. Cuando el acuerdo es contrario a la ley o a los es tatutos, o lesivo para estos accionistas, la ley permite su impugna - ción."

3.- Medios u Organos. (28).

En la exposición de motivos de la ley española se lee:

"...en la práctica, los órganos de vigilancia, cuyos miembros sue len ser de extracción mayoritaria, como los que constituyen el conse jo de administración, ni representan en último extremo intereses so ciales distintos a los del Consejo, ni ponen celo especial en el de se mpe ño de su misión, por lo que la eficacia del órgano de vigilancia, a menudo dudosa, resulta no pocas veces perjudicial para la empresa misma."

En Holanda, esta institución no es obligatoria. Los estatutos pueden prever su existencia, caso en el cual deberán fijar también sus funciones; de todas maneras, los comisarios no podrán ser socios.

(28) Siguiendo una inercia legislativa, que consagra la necesidad y conveniencia de seguir estableciendo y regulando el funcionamiento de órganos de fiscalización, la ley ecuatoriana de enero del corriente año dedica al te ma 15 artículos.

En la República Federal Alemana, al contrario de Holanda, el consejo de vigilancia o fiscalización es un órgano social de importancia singular, con muy amplios poderes, integrado por los representantes de los accionistas en dos tercios y por los representantes de los trabajadores en el otro tercio. Los representantes de los accionistas son elegidos por la asamblea general; los comisarios representantes de los trabajadores son elegidos por éstos en circunstancias especiales.

En Bélgica, en principio, la vigilancia de la sociedad anónima corresponde a la asamblea general, pero se ha previsto que la misma confíe tal labor a uno o varios comisarios; pero la Ley de 10 de diciembre de 1953 ha dispuesto una categoría especial de comisarios, que son los revisores. Y las sociedades que inviten a la suscripción pública de acciones deben elegir uno, por lo menos, de sus comisarios, entre los miembros del Instituto de Revisores de Empresas, los cuales se reclutan tomando en cuenta su capacidad técnica, están dotados de especial independencia, aunque les alcanzan también diversas restricciones.

En Francia, las disposiciones que rigen la materia son, en lo fundamental, similares a las comentadas en este Capítulo. (29)

En Colombia -caso verdaderamente interesante por lo comprensivo del

(29) Los informes y textos de las citas comparativas anteriores se contienen - en el texto de la segunda conferencia dictada en C.Rica, en relación con la sociedad anónima en el actual Código de Comercio de C.Rica, por el - ilustre profesor de la materia Renato Ozores de la Universidad de Panamá.

sistema que consagran sus leyes-, la vigilancia o fiscalización de la sociedad anónima tiene varias facetas que se complementan y que allá se denominan contralores o revisores de la sociedad anónima, con fuero propio y sujetos a una serie de saludables limitaciones y responsabilidades (30).

a) Comisarios. (31) :

Organo específico de vigilancia de las sociedades anónimas.

Pueden ser uno o varios, socios o extraños a la sociedad, ejerciendo su cargo temporalmente y con carácter revocable y sus servicios retribuidos. Los comisarios deben ser hábiles para ejercer el comercio, no ser empleados de la sociedad, ni parientes consanguíneos de los administradores en línea recta sin limitación de grado, en línea colateral dentro del cuarto y de afinidad dentro del segundo grado. Sus funciones se reglamentan en forma análoga a la de los administradores y así deben otorgar garantía para asegurar sus responsabilidades; son responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen; son solidariamente responsables con sus antecesores por las irregularidades en que éstos hayan incurrido si, conociéndolas, no las denuncian, y estas responsabilidades se les exigen en la misma forma que se dijo de los administradores ; no pueden intervenir en las cuestiones en que tengan interés personal y, si

(30) Según el Art. 26 de la Ley de creación de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, no podrán tener acciones de la sociedad, ni ligámenes familiares con sus personeros, etc.; y por el Art. 40 ibídem, son solidariamente responsables para con la sociedad, de los daños que causen por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes.

(31) El siguiente es el pensamiento de los profesores Arturo Puente y F. y C.

lo hacen, son responsables, como los administradores en el mismo caso, de los daños y perjuicios que causen a la sociedad.

En los casos de falta total de los comisarios, el consejo de administración deberá convocar, dentro de tres días, a asamblea general de accionistas, para que se designen, y en caso de que no se convocara, cualquier accionista puede ocurrir a la autoridad judicial para que haga la convocatoria. Sólo en el caso de que no se reuniera la asamblea, o que, reunida, no haga la designación, la propia autoridad judicial (32), a solicitud de cualquier accionista, hará el nombramiento de comisarios, quienes funcionarán hasta que se haga el nombramiento definitivo de ellos por la asamblea general de accionistas.

Es a los comisarios, según la ley mexicana, a quienes los accionistas, en uso de sus derechos, deberán denunciar por escrito hechos irregulares en la administración. Estas denuncias no podrán ser ignoradas por los comisarios en sus informes a la asamblea general de accionistas y, más bien, por su motivo deberán formular todas las consideraciones y proposiciones que estimen convenientes.

b) Indole de su actividad:

La misión trascendental del órgano fiscalizador en la sociedad anónima

tavio Calvo Marroquín, expuesto en su obra. "Derecho Mercantil", primera edición de 1941.

(32) Con esta fórmula parece que se tipifica un caso de sistema mixto sui géneris. (Ley General de Sociedades Mercantiles de México, Cap. F. N° 5).

ma, que algunos juzgan limitada a lo puramente patrimonial y jurídico, en algunas latitudes mercantilmente avanzadas cubre otros aspectos de no menor importancia. En efecto, en el derecho mercantil alemán hay conceptos que evidencian la tendencia expansiva en cuanto a los objetos de la misión de los órganos fiscalizadores de la sociedad anónima.

La tendencia apuntada, que a juicio del autor de esta tesis no es defecto sino virtud de la especialidad jurídica que es la disciplina mercantil, le imprime a ésta perspectivas que le aseguran una dinámica acorde con la época. El Derecho Mercantil, siempre en constante tensión de actualidad y renacimiento, vigilante siempre de su misión civilizadora, debe cubrir con sus institutos facetas nuevas.

En Alemania, por Leyes del Reich de 4 de febrero de 1920, N° 70, y de 15 de febrero de 1922, derogadas por el artículo 65 de la nueva ley para la Ordenación del Trabajo Nacional, se estableció la posibilidad de que, si de la empresa de la sociedad anónima se constituyese un consejo de fábrica o de explotación, éste cuerpo estará representado por medio de miembros suyos en el consejo de vigilancia, para que representen allí los intereses de los trabajadores. Como se ve, este es un caso interesante que pone de relieve la tendencia de incluir, dentro de los objetivos de la fiscalización, cuestiones no necesarias ni exclusivamente patrimoniales o jurídicas. (33).

(33) Síntesis del pensamiento de Konrad Cosack, "Tratado de Derecho Mercantil," traducción de Antonio Polo, 12ava. edición de 1930.

C.- FISCALIZACION PUBLICA.

1.- Su fundamento:

Transcribimos -encontrándolo oportuno- un criterio del notable pensador y comentarista Siburú (34). Luego de reconocer y poner en evidencia el elenco de ventajas y beneficios que a la colectividad contemporánea le depara la valiosa existencia de las sociedades anónimas, y directamente interesado en sentar las bases de la fundamentación atribuible a la intervención del Estado en la organización, manejo peripecias y control de las operaciones por ellas realizadas, sin prejuicios académicos y con gran sentido de la realidad, tan necesario en la disciplina que informa estos estudios, el maestro Siburú expresa y sintetiza que:

"...aquellas ventajas y beneficios (de la fiscalización interna e individual) tienen su reverso en el hecho de ser un campo fecundo para grandes abusos por parte de los directores o administradores, cuyo contralor se hace difícil por la poca cohesión de los socios casi siempre dispersos y heterogéneos. Nacen allí los grandes peligros de la avaluación exagerada para asimilar grandes capitales; del dividendo-ficticio para engañar al público y levantar el curso de las acciones; de la abusiva emisión de títulos preferidos o nuevos y de muchas otras maniobras, como éstas, destinadas sea a dar vida a un negocio indetectiblemente fracasado, sea a beneficiar a los promotores o directores de la empresa en menoscabo de incautos accionistas. ""

Todo régimen de fiscalización pública, cualquiera que sea su fisonomía, indudablemente cumplirá con su desiderátum: Prevenir abusos y proteger valiosos y variados intereses de la colectividad.

Los hechos nos demuestran, como paladinamente lo reconoce en su

(34) Juan B. Siburú, "Comentario del Código de Comercio Argentino", Buenos Aires 1933.

"Derecho Comparado" De Solá Cañizares, que "los diversos sistemas de fiscalización administrativa no perturban el funcionamiento de la sociedad. Ni las intervenciones del "Board of Trade" de Gran Bretaña, ni las de las "Securities Commission" de Estados Unidos de América, ni la de los organismos administrativos de varios países de América Latina, se han revelado como sistemas que hayan entorpecido la vida de las sociedades.

No se trata, en este sistema, de una intervención circunstancial y ocasional relativa a la autorización oficial para la constitución de la sociedad. Se trata, en esencia y por método, de una sistemática y restrictiva reglamentación para todo el proceso o biología societaria: Su concepción, su constitución, su funcionamiento, su disolución y su liquidación, deberán ser objeto de la actuación oficial. No será sino mediante este enfoque de fines o propósitos que se logre una actividad encaminada a prevenir el fraude y la mala fe de parte de los fundadores y administradores de la sociedad y a reprimir con severidad los abusos."

2. Necesidad mediata e inmediata.

Es absolutamente indispensable para un enfoque correcto de esta faceta especulativa, hacer un distingo entre la subscripción exclusivamente privada y la pública. La primera, la más frecuente por cierto, no demanda con tanta urgencia como la otra- la intervención del Poder Público en el proceso de concepción, vida y terminación del ente social.

Las sociedades que sitúan en el público sus emisiones, aquéllas que acuden al medio económico para integrar su patrimonio, no sólo deben sino -

que tienen, irrefragablemente -en buena doctrina, claro está-, que ser fiscalizadas e intervenidas administrativa e inmediatamente. Esta actuación inmediata deriva su plena e incontestable justificación del hecho mismo de estar el interés público en juego con tales emisiones.

En el caso de la subscripción exclusivamente privada -el más frecuente en Costa Rica, por cierto- la intervención del Gobierno es mediata y, por ello, sí puede esperar para una mayor y más objetiva justificación. Incluso, con una mejora inteligente del sistema de fiscalización interna, podría prescindirse de la intervención administrativa o, por lo menos, mantenerla para -casos de excepción o actuaciones en subsidio.

3. Costa Rica en relación con este sistema.

Nuestra legislación, para el caso de las sociedades anónimas de subscripción privada, se limita a aceptar el sistema que potestativamente, y haciéndolo constar en la escritura, convengan los socios. Con esto, que en la realidad es nada, nuestra ley resuelve el primer caso. Para las sociedades que acuden al público para sus emisiones, nuestra ley autoriza una sindicatura desteñida e inoperante. Un buen tico dijo que padecía de "avitaminosis".

D.- FISCALIZACION JUDICIAL.

Cuando el control de la gestión social lo lleva a cabo alguna autoridad de índole judicial, o pseudojudicial, éste es trasunto excepcional y relativamente restringido.

Cuando nos lo permitieron las fuentes doctrinarias que pudimos consultar

tar en la preparación de esta monografía, y consecuentes con el renacimiento afanoso en misión de esfuerzo que tenía que caracterizarla, en la medida de lo posible, nos dedicamos a cotejar la infrecuencia que su estudio tiene en casi todos los tratados de Derecho Comercial. En esa tarea pudimos comprobar la poca cabida que este sistema tiene en los estudios dedicados al control o intervención en las sociedades por acciones. La institución predomina en Europa, particularmente en Alemania y en la Gran Bretaña.

Este tipo de fiscalización, que por lo general opera en forma subsidiaria, cuando no logran un acuerdo definitivo los órganos especializados, sólo permite una forma de subdivisión: La permanente y la circunstancial.

1.- Fiscalización judicial permanente.

El caso típico lo encontramos en la legislación del Ecuador. Allí, mediante una jurisdicción especial, el juez de comercio constantemente fiscaliza, en el más amplio sentido de la expresión, todas y cada una de las actividades de la sociedad anónima. Se informa del estado de los negocios y del cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias mediante el examen de todos los libros, documentos y caja. Para este objeto, cuando lo estima conveniente o cuando algún interesado justifica su demanda, designa un perito que será irrecusable. Las facultades de la judicatura comercial llegan, incluso y por medio de esta inspección, a la revocación de la autorización concedida a la sociedad, generando su disolución y liquidación. (Decreto Supremo N° 160 del 24 de mayo de 1936, modificando el artículo 322 del Código de Comercio).

2.- Fiscalización judicial circunstancial.

Esta modalidad es más frecuente que la anteriormente citada. Se produce en la constitución de la sociedad, cuando el Registro de Comercio está a cargo de un juez (35), o en alguna legislación que prescribe homologación por el tribunal (caso de Turquía, Art. 293 del Código de Comercio).

Suele, también, tener lugar en algunos países para la convocatoria de asambleas que deban celebrarse por prescripción de la ley o a petición de una minoría, y cuando no las convoquen los administradores, y también en ciertos casos para designar administradores y síndicos o comisarios, o para la evaluación de las aportaciones no dinerarias.

3.- Fiscalización judicial alemana.

Cuando con motivo del informe de los revisores a la dirección y al consejo de vigilancia -no típicamente fiscalizador en Alemania-, contenido de su apreciación en cuanto a si la contabilidad y el informe de la dirección se conforman a las prescripciones legales y, si la dirección ha facilitado las explicaciones e informes solicitados, surja divergencia de opinión entre los revisores y la dirección, la decisión definitiva incumbe a una jurisdicción especial "Spruchstehle" organizada en cada corte de apelación. Lo anterior con base en el Art. 135 de la ley de 1937.

En este país, aparte de la función del juez en la constitución de la sociedad, la judicatura interviene en el nombramiento de revisores y, en caso

(35) Es el sistema germánico y el de diversos países de América Latina.

de fusión, si existen contratos en curso que representen obligaciones incompatibles, o cuya ejecución constituiría una grave iniquidad para la sociedad absorbente, el tribunal tiene facultades para ordenar una solución de equidad, teniendo en cuenta los derechos de todos los interesados. En los términos anteriores sintetiza el asunto el comparatista De Solá Cañizares.

4.- Fiscalización judicial inglesa.

En esta nación, especialmente cuando precisa la confirmación de de terminados acuerdos de la asamblea, verbigracia, casos de modificación del objeto social a petición de una minoría, de acuerdos relativos a convenios en tre la sociedad y sus acreedores o algunos de éstos, o entre la sociedad y sus miembros o algunos de éstos, e incluso para ordenar que un grupo de ac cionistas venda a otro acciones de la sociedad para facilitar la reorganización de la misma, se prescribe la intervención judicial de manera inexcusable.

También en Inglaterra el tribunal interviene en la liquidación de la so ciudad cuando se trata de la "winding up by the court" o de la "winding up subject to the supervision by court". Es evidente, por lo dicho arriba, la no toria intervención del tribunal de justicia inglés durante la vigencia plena de la "Companie".

Los sajones, en lo tocante a la naturaleza de los actos de vigilancia o fiscalización, posiblemente con el ánimo de no dejar nada fuera de objeto, suelen emplear expresiones laxas y de mucha comprensión. Consideran la sociedad anónima, y en ese sentido se interesan por resguardar su prestigio

por medio de los órganos fiscalizadores, como uno de los hechos o descubrimientos más sobresalientes de los tiempos modernos. Murray Butler, Presidente de la Universidad de Columbia, dijo al respecto: "La sociedad de responsabilidad limitada es el descubrimiento más importante de la época moderna, incluso el vapor y la electricidad son menos importantes que la sociedad anónima y sin ésta se verían reducidos a una relativa impotencia. Alegan que, sin ese maravilloso sistema de acumulación del capital, nunca se hubiera podido realizar nada parecido a nuestro actual progreso industrial y comercial." (36).

Mediante sistemas adecuados de vigilancia y fiscalización se logra - mantener la firmeza y el enorme prestigio de las sociedades anónimas.

(36) Biblioteca de Negocios Modernos del Inst. Alexander Hamilton.

CAPITULO IV
SISTEMAS ATIPICOS

- A. Congo Belga
- B. Cuba (pre-revolución)
- C. Ecuador
- D. Estados Unidos de América
- E. Filipinas
- F. Gran Bretaña
- G. Noruega (decisorer)
- H. Guatemala
- I. Haití

A. CONGO BELGA

Digno de mención es el caso del Congo Belga, En ese país, como una verdadera rareza en esta materia, la ley no consigna, de manera concreta como ocurre en la casi totalidad de la legislación mundial de comentario, disposiciones específicas en materia de fiscalización.

No es sino al tratar de la constitución de la sociedad y eventual modificación de su estatuto, y nada más que en y para esos efectos, que alude

a la fiscalización administrativa o gubernativa.

El criterio administrativo, que se produce con ocasión de la solicitud de un decreto de autorización, se supone referido a una serie de circunstancias y necesidades que justifican y motivan la constitución o, en su caso, la modificación del estatuto y constituyen un verdadero negociado.

Se ha tenido como valedero el argumento en la ley o Derecho congoleño -que no comparten muchos estudiosos-, de que, siendo este un verdadero entendimiento o compromiso entre el fuero público y el privado, sea entre el Estado y los interesados en el pacto social, la autoridad gubernativa que ha concedido la autorización de constitución o de modificación, en el justo y preciso momento en que compruebe que el ente social no reúne o no responde a los fundamentos tenidos en cuenta, puede revocar o retirar el permiso que corresponda.

Pero, como se puede advertir fácilmente en este sistema, la autorización o decreto para la constitución o modificación del estatuto, no comprenden elemento alguno que los vincule con todos o algunos de los extremos o cláusulas que se relacionan con el balance.

Este sistema de fiscalización, bien imperfecto por cierto, adolece de fallas enormes en cuanto se refiere a los extremos arriba citados. Sería lógico y muy saludable por cierto que, por lo menos en la práctica, la administración social procurara que todas las cláusulas de contenido medularmente contable y de control elemental se insertaran en los cuerpos o textos cuya aprobación o modificación demanda un decreto de autorización.

B. CUBA (pre-revolución)

En este país ocurría algo semejante a lo anterior. Su ley mercantil no exigía ni mencionaba sistema alguno de fiscalización privada, por síndicos o comisarios. No obstante, existía la fiscalización oficial ejercida por el Negociado de Registro de Bancos, Empresas, Compañías y Comerciantes de la Dirección de Comercio.

La mencionada entidad oficial, cuyos informes podían ser enviados por la Secretaría de Comercio, en forma de expediente, al Secretario de Justicia al efecto de que el Poder Ejecutivo, habiendo mérito para ello, declarara la caducidad de la sociedad intervenida, funcionó con base en el Artículo 8° del Decreto de 12 de setiembre de 1940.

Conforme al Artículo 102 de la entonces Ley Orgánica del Poder Ejecutivo de Cuba, también, por iniciativa del Presidente de la República, podía llegarse a la declaratoria de nulidad o caducidad de la sociedad previos, natural y lógicamente, los correspondientes procedimientos iniciados por los fiscales.

No obstante, y hasta donde la información que le sirve de sustento a la observación anterior nos permite afirmarlo, el precepto legal comentado, cuyo origen verdadero lo fue el Decreto de 12 de setiembre de 1940, (art.23) nunca tuvo aplicación práctica en Cuba y, según se sabe, solamente fue aplicado en casos de verdadera excepción.

El Negociado de Registros de Bancos, etc. inspeccionaba las operaciones estrictamente contables de la sociedad; velaba por el cumplimiento de los estatutos y de los acuerdos de las asambleas y consejos; verificaba la exactitud e inversión de los capitales, al tiempo que vigilaba la constitución de reservas; también era función suya comprobar la exactitud de los infor-

mes y la valoración de todo aporte no consistente en dinero; tenía especial cuidado en que las sociedades documentaran su operación mediante los libros de contabilidad que la ley mandaba hacer; y, el Negociado de Bancos - como más corrientemente era conocido- requería a la administración las convocatorias a juntas generales en base de solicitudes hechas por el número legal de socios.

Como una particularidad digna de mención tenemos que agregar, siempre en relación a los Fiscales del Negociado de Registros de Cuba - dependientes directos de la Secretaría de Comercio -, la gran autoridad de que éstos estaban investidos; decía la ley que podían penetrar en las oficinas de las compañías recabando, incluso, el auxilio de la policía.

C. ECUADOR

En este país, y siguiendo la tendencia casi universal, la ley, sin perjuicio de reconocer la lógica fiscalización individual por parte del accionista antes de la junta general anual respecto del inventario y balance, ha organizado dos clases de fiscalización privada a cargo de uno o varios comisarios de obligada y muy original existencia. La junta general anual los nombra; empero, caso de que no lo haga, el nombramiento lo hará el juez de comercio.

Por otra parte, éste, en funciones estrictamente judiciales, vigilará permanentemente las operaciones de la compañía con derecho a recabar información, en todo el tiempo, acerca de la marcha de los negocios y acatamiento de la ley y del estatuto, mediante el examen de todos los libros, documentos y caja. Obviamente, en ese cometido, de resultarle necesario, podrá el

dicho juez de comercio designar un perito que será irrecusable. Según el Ar
tículo 59 del Código de Comercio del Ecuador, esta facultad judicial deberá
ejercitarse, necesariamente, cuando lo solicite cualquiera de los accionis-
tas.

El aparte número 60 ibídem, como consecuencia de la intervención
de que antes se ha hecho mérito, faculta a la autoridad judicial para que, de
juzgarlo procedente, revoque la autorización concedida a la sociedad, provo
cando su liquidación.

Creemos, sin lugar a dudas, que el sistema comentado es sumamente
sencillo, funcional y económico.

D. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

No sólo por la importancia del país sino, también, y muy especial-
mente, tenemos que hacer un comentario especial en cuanto hace relación
con los distintos regímenes de fiscalización de sociedades por acciones de
la gran nación del norte.

Se puede decir que la fiscalización en esa latitud geográfica es sui
géneris. Muy distinta de la de los países de Derecho Civil (Civil Law), co
mo el nuestro y, también, aunque a primera vista resulte raro, de la del Dere
cho inglés.

En este extremo, y hechas las necesarias salvedades de concepto,
están más cerca de nosotros los ingleses que los estadounidenses. Aquéllos,
con fórmula propia y típica, llevan a cabo una intervención o examen por me
dio de " Auditors " (contadores públicos) designados por la asamblea de ac
cionistas.

"Auditing ", en castellano, intervención de cuentas. Auditor, interventor de contabilidades; Auditoría, disciplina profesional que trata del examen y censura de la contabilidad pública o privada; Auditar, acción de intervenir las cuentas o la contabilidad. Buscando en el Diccionario de la Real Academia Española, juez inapelable en nuestro Derecho y fuente de indiscutible autoridad idiomática, hallaremos que el vocablo intervenir, cuando se refiere a las cuentas, significa examinarlas y censurarlas con autoridad suficiente para ello; esta frase describe perfectamente la intervención de cuentas, "Auditing ", en idioma inglés.

Pues bien, tratándose de los Estados Unidos, la fiscalización privada por síndicos, comisarios o revisores, e incluso interventores de cuentas -tan corriente en la sistemática de casi todos los países-, no sólo no existe sino que es ajena a la concepción de la fiscalización de sociedades por acciones.

Tampoco cabe, pues no se trata en ningún caso propiamente de un sistema legislativo de auténtica fiscalización de sociedades por acciones, sino de una actividad judicial, común y corriente, represiva de toda clase de infracciones, inconductas en general y abusos de poder por motivo o con ocasión de actividades empresariales, hablar de fiscalización judicial cuando se trata de ubicar o distinguir las actuaciones de los tribunales de justicia.

Como consecuencia de las breves observaciones que anteceden, y basados en lo que al respecto tienen por sentado los mejores comparatistas que se han ocupado del tema, llegamos a la conclusión de que en los Estados Unidos la fiscalización comprende tres sistemas: Individual, Estatal ("Blue sky laws") y Federal.

No debe suponerse que en Estados Unidos las corporaciones por acciones se constituyen con criterios inter-estatales. Cada Estado tiene una legislación general al respecto y, por ello, la Constitución del Estado, de manera expresa y terminante, prohíbe a la legislatura la creación de corporaciones mediante leyes especiales. El principio anterior sólo cede cuando están de por medio situaciones de interés municipal o cuando, con arreglo a la legislación general, no podrían lograrse, en casos de excepción, objetivos determinados.

E. FILIPINAS

En esta República, la actividad fiscalizadora de sociedades por acciones, y por razones que encuentran su explicación en el proceso histórico-político, está depositada, particularmente en cuanto a la constitución de la sociedad y para la emisión de títulos de la misma, en la "Securities and Exchange Commission". Así lo disponen los Artículos 6º y siguientes de la "Corporation Law Act" y "Securities Act", respectivamente (37).

Sin embargo, por vía de compensación y prudencia elementales, la legislación autoriza una vigilancia superior por parte del Presidente de la República. En efecto, el Poder Ejecutivo puede, en cualquier momento, impartirle órdenes a cualquier funcionario competente para que verifique el examen de

(37) La "Corporation Act" de 1906 constituye una especie de códificación del Derecho de los Estados Unidos en todo lo concerniente a esta materia. Es sumamente extensa y comprende 192 artículos que se complementan por la "Securities Act" de 1936 en todo lo concerniente a emisión de títulos por las sociedades.

los negocios y administración de una sociedad y le remita los informes respectivos.

Indudablemente este es un sistema interesante y plenamente justificado, en atención a las circunstancias tan particulares que caracterizan el funcionamiento constitucional de aquella República. Desde 1906 se introdujeron al Código de Comercio filipino -basado en el Código de Comercio español de 1885-, todas las normas y principios de la "Corporation" de extracción netamente angloamericana.

Por las anteriores razones son muy pocas, en verdad, las diferencias que existen entre la concepción y reglamentación de la "private corporation" de los Estados Unidos y la del pueblo filipino.

"La Ley Filipina - comenta De Solá Cañizares - define la 'Corporation' como un ente artificial creado por un procedimiento jurídico que tiene el derecho de sucesión y los poderes, atributos y propiedades que la ley le asigna y distingue entre corporación pública y privada, añadiendo que las 'private corporations' pueden ser 'stock corporations' y 'non-stock corporations'.

"Y -sigue diciendo el autor citado arriba- como en el derecho angloamericano, la sociedad por acciones, es decir, la 'private stock corporation', es una persona jurídica y se la opone a las otras sociedades de tipo personalista como la 'partnership'. La idea de 'corporation' está precisamente vinculada a la noción de persona jurídica distinta de cada uno de los miembros que la componen. Y la agrupación de los fundadores se convierte en persona jurídica 'body corporate' en el momento del registro del acto constitutivo".

(38).

(38) De Solá Cañizares, op. cit., Tomo II.

Toda esta fundamentación apriorística contrasta, indudablemente, con el régimen jerárquico que, en definitiva, singulariza al Jefe del Poder Ejecutivo. Esta es una rara dualidad que parece estar condicionada a una educación especial en cuanto linda con lo puramente jurídico-comercial.

F. GRAN BRETAÑA

Consecuentes con su temperamento, y con su Derecho esencialmente jurisprudencial (39), tienen los ingleses el sistema de fiscalización más completo desde el punto de vista cuantitativo. Efectivamente, la legislación británica, quizás la más rigurosa en materia de fiscalización y control, comprende todas las diversas facetas, ángulos, ritos y grados de que nos da cuenta el moderno Derecho Comparado.

El accionista, individual e independientemente, dentro de ciertas regulaciones y limitaciones estatutarias que, en ningún caso, podrían desconocer su derecho elemental y sagrado, puede permanentemente obtener copias del balance y del informe de los comisarios, así como el de obtener copias de los documentos inscritos en el Registro de "Companies".

En principio, todo accionista, por el solo hecho de ser tal, está facultado

(39) "La jurisprudencia inglesa es la fuente primera y principal del derecho. La Ley escrita es la excepción y por esto se interpreta literal y restrictivamente. Las Leyes escritas son cada día más numerosas e importantes, porque la ley deroga en cada aspecto que reglamenta el Common Law y la Equity -derecho jurisprudencial- y en materia de "companies", la "Companies Act" de 1948 es un verdadero Código con 462 artículos y 18 anexos. Pero inclusive en materia codificada, la importancia de la jurisprudencia es extraordinaria, pues diversos aspectos no están reglamentados por la ley sino por el Common Law y, en todo caso, son los tribunales los que dan su verdadero sentido a las reglas escritas". En estos términos, y textualmente, se expresa De Solá Cañizares.

tado para examinar todos los libros legales y documentos sociales de la "Com_upany". Este principio o facultad no es imperativo y, consecuentemente, de acuerdo con las circunstancias, generalmente en el acto de constitución del estatuto se consigna una reducción o limitación del principio o facultad, en el sentido de que el examen de cuentas y documentos solamente se hará en la época y bajo el procedimiento previsto en el texto estatutario o -es otra modalidad de restricción- cuando y dentro de las circunstancias que al efecto señalen o prescriban el Consejo de Administración o la Asamblea General.

Precisa observar, en este caso de la fiscalización individual del Derecho británico, su gran flexibilidad, particularmente en contraste con el sistema en general.

También en el Derecho inglés, constituído no por códigos de comercio ni nada semejante, sino por ciertas leyes que interesan de hecho al comer - ciante por cuanto se refieren a fórmulas utilizadas por los mismos y, además, por la jurisprudencia sobre la materia, existe una fiscalización interna ejercida por los "Auditors" o comisarios nombrados por la Asamblea de Accionistas.

En realidad, fue en Inglaterra donde se conoció originalmente este tipo de examen interno y, posteriormente, muchas legislaciones copiaron o imitaron la institución. La cuestión de nomenclatura, que en el fondo interesa muy poco, es el rasgo que ciertamente distingue a estos cuerpos de vigilancia. En Francia, verbigracia, se los llama comisarios de cuentas; en Argentina y otros países latinoamericanos, síndicos; en España, censores; en Canadá y Colombia, revisores.

Otro factor que, en el fondo, poca importancia reviste, es el relativo al número de ellos. Esta es una cuestión de tipo estrictamente circunstan-

cial y de tipo estatutario. Algunos autores paran mientes en cuanto a la entidad o cuerpo que los designa, al grado de profesionalismo, a las garantías prestadas por estos inspectores, al grado de responsabilidad, al factor remunerativo, a las circunstancias de revocación de nombramiento, etc.

El estudio de este tipo de fiscalización, en Costa Rica y en su lugar de origen, es propicia ocasión para comentar y analizar el ámbito y el límite doctrinarios de esta institución contralora, tan venida a menos en algunas legislaciones entre las que, lamentablemente, tenemos que incluir la nuestra.

Los "Auditors" en Inglaterra pueden ser varios y, necesaria e inexcusablemente, conforme al Artículo 159 de la "Companies Act" de 1948, deben ser nombrados por la Asamblea General Anual y, en su defecto, por el Ministerio de Comercio. Muy excepcionalmente, y sólo cuando se trata de los primeros "Auditors" o bien por razón de vacancia durante el desempeño de las funciones, los directores podrán efectuar el nombramiento del caso. Los "Auditors" deben, necesariamente, formar parte de alguna asociación reconocida por la "Board of Trade" que, en nuestra lengua, significa Ministerio de Comercio.

La relación entre los comisarios y la sociedad (40) es verdaderamente interesante. En un cierto sentido, como, por ejemplo, para el efecto de una eventual revocación, sí se pueden considerar como funcionarios o empleados de la entidad. En otros sentidos, como cuando se alude a un cierto gra

(40) La sociedad anónima que comúnmente estudiamos no tiene equivalente exacto en el Derecho inglés. Se puede decir que la nuestra es una especie del género "Company". Nada más.

do de dependencia o bien cuando se pretende verlos en carácter de mandata rios, necesariamente habrá que negarles tal carácter o condición.

Las funciones de los comisarios en la Gran Bretaña son de tres tipos o categorías. Las hay generales e imperativas, sea aquéllas que ni el contrato propiamente tal y, mucho menos, circunstancias personales o especiales pueden desconocer. Por ejemplo, actuar en los términos y para las consecuencias que el tribunal les señale en cada caso específico. También los "Auditors " por medio del contrato negocian la naturaleza, entidad y hasta la oportunidad de aquella parte y tipo de sus funciones, siempre y cuando este procedimiento lo permita; y, finalmente, con perfiles vagos, se pueden distinguir otras que algunos llaman estatutarias, permanentes o de rigor. Ejem-plo de éstas lo es la obligación inalterable y constante de un informe (" Auditor's Report") que debe ir unido al balance anual y para cuya confección deben examinarse las cuentas y documentos sociales y obtenerse toda la información y las explicaciones necesarias, conforme les está permitido por la ley.

La responsabilidad de los "Auditors " en la Gran Bretaña es trascendental y seria, pero relativamente flexible. Por ejemplo, aun provocándole perjuicios a la sociedad por incumplimiento probado de sus deberes, pueden librarse de responsabilidad probando la inexistencia de una relación de causa y efecto entre su conducta y el daño o injuria patrimonial causados. Pero, nótese bien, la sociedad les debe, primero, probar la existencia de un perjuicio en su contra.

Antes de intentar un pequeño análisis de la tercera y más elaborada forma de fiscalización del sistema británico, la que ejerce directamente el

Ministerio de Comercio ("Board of Trade"), téngase presente la existencia de los dos sistemas arriba aludidos a fin de, siempre, hacer un juicio de conjunto en cuanto al funcionamiento del régimen general. En esta labor de inspección el Ministerio de Comercio británico prácticamente ha sido el árbitro del destino histórico de la "Companie" que, por decirlo de alguna manera comprensible, ha estado prácticamente intervenida en los últimos tiempos en forma casi absoluta, aunque no en forma oficiosa y, mucho menos, imprudente o perniciosa.

Algunos pensadores ingleses, refiriéndose al influjo y entidad de esta intervención del Ministerio de Comercio inglés en las sociedades, con expresión bien exagerada por cierto, dicen que éste ejerce su ministerio con facultades inquisitoriales.

Los informes que tenemos a mano en tal sentido (41) nos permiten asegurar que la intervención de que es titular en Inglaterra el Ministerio de Comercio, ni ha sido perniciosa ni, mucho menos, ha significado obstáculo de índole alguna en perjuicio de las sociedades. Por otra parte, el número reducido de tales investigaciones se tiene como síntoma inequívoco de la ponderación y utilidad de la actuación de la "Board of Trade". Prueba lo anterior el hecho que se desprende del siguiente dato estadístico: En 1950 se hicieron 83 demandas de inspección; en 8 casos se nombró inspector; 18 casos quedaron pendientes de resolución, y no se dio lugar a las otras peticiones.

Naturalmente, la coexistencia de esta última faceta fiscalizadora, jun

(41) Buckley, "Commentaries", Cambridge Univ.

to con las dos formas que la preceden, al influjo de una mecánica y funcionamiento pletóricos de madurez cívica, tenían que dar resultados óptimos.

El Ministerio actuará siempre que lo demande una representación no inferior a una décima parte de las acciones emitidas; cuando lo soliciten 20 accionistas o más; por resolución especial de la Asamblea o por decisión del Tribunal. Todo, claro está, sin perjuicio de poder hacerlo el Ministerio ex officio cuando la operación social conlleva fraude en perjuicio de acreedores o una opresión en contra de las minorías, o si los directores actúan con fraude, o no faciliten a los accionistas los informes que razonablemente debieran.

Ya en otra parte de este trabajo se habló del desiderátum de un "Auditor" auténtico, por lo que, en relación con las amplias facultades de éste, sólo agregaremos que pueden investigar a las sociedades filiales afectadas por la investigación y, además, cuando los directores de la investigada o intervenida se nieguen a producir los documentos o pruebas solicitados o a contestar a sus preguntas, pueden acudir al tribunal -cuarta y última faceta fiscalizadora inglesa- para que éste sienta las sanciones que correspondan, inclusive la prisión.

Dejamos dicho en el curso de este comentario del sistema fiscalizador británico, con el ánimo de simplificar el asunto y no incurrir en repeticiones innecesarias, que ésta era propicia ocasión para comentar y analizar la naturaleza de la institución en cuanto a sus más particulares facetas. Por esta razón, y porque lo juzgamos de indudable interés, nos permitiremos insistir en algunos detalles adicionales en cuanto a la fiscalización administrativa de los ingleses.

Con frecuencia, particularmente en los países cuya gran actividad demanda un formidable número de sociedades de gran tamaño e influencia, ocurre que, por razones de todo jaez, los auténticos propietarios o titulares de ciertos lotes de acciones, unas veces por razones fiscales, otras para multiplicar su influencia a través del voto y, las más, para producir situaciones que hacen propicia la especulación en su sentido más bursátil, se valen de "Trustees" o de testaferros, creando una verdadera confusión y descontrol. De juzgarlo necesario, y siempre por medio de sus comisarios o inspectores, el Ministerio de Comercio puede ordenar una investigación enérgica y exhaustiva tendiente a determinar, exactamente, la identidad de los verdaderos controladores o verdaderos amos del ente societario. Inclusive, está dentro de sus facultades el establecimiento de restricciones con respecto a las acciones, en especial en cuanto hace relación con su transferencia y voto.

Esta faceta administrativa, elocuente, sin lugar a duda alguna, si se toma en consideración la latitud geográfica en donde opera, no sólo que dice muy bien del pueblo sajón, sino que contradice el criterio timorato y mal llamado conservador de quienes, por ser el de sociedad un contrato, creen que debe estar exento de la benéfica contraloría oficial.

Si una sociedad madura y por muchos títulos culta cívicamente cree, como no puede caber la menor duda luego del examen de este sistema, en la necesidad insoslayable de un severo y elaborado régimen de fiscalización - sea el de Inglaterra -, no vemos cómo países que, como Costa Rica, están muy lejos de lucir tales virtudes y sabiduría, exponiendo al fraude y a la ruina a modestísimos inversionistas, insisten en sistemas incompletos que, co

mo los nuestros, actual y anterior, no llenar en ninguna finalidad práctica.

Los mismos argumentos que, defendiendo sistemas incompletos, esgrimen los defensores de nuestro sistema actual, inclusive situados dentro del problema de la naturaleza y órbita privada contractual del pacto societario, pueden ser válidos enfrente del sistema sajón. Claro está, sin lugar a dudas, no es ésta ni la oportunidad ni la tarea que nos estamos imponiendo ahora. Sabemos que el problema tiene otros extremos y, es posible, distintos planteamientos.

La última faceta de la fiscalización de la pérdida albeón, a la que en nuestro cuadro de la página 94 clasificamos como judicial, y contra lo que pudiera pensarse en razón de una especie de inercia mental, es la más sencilla y accesible. Los tribunales de justicia en ocasiones simplemente confirman o anulan acuerdos de asamblea, sancionan por desacato ("contempt of court"), confirman transformaciones y fusiones ("arrangements" y "reconstructions"), ordenan a uno que compre las acciones de otros y, también, intervienen en la liquidación en determinadas circunstancias y casos.

No hay la menor duda de que, en Inglaterra, el tribunal de justicia acusa una muy pronunciada influencia -que dice muy bien del país- sobre ese formidable instrumento para el fomento de la riqueza y para la transformación del acaecer histórico, allí mismo donde está llamado a servir, y que es la sociedad por acciones.

La naturaleza de las cosas, el comportamiento individual y colectivo del pueblo inglés y, posiblemente, su sistema de generación jurídica, parecen haber sido condicionantes favorables para la organización de su sistema maravilloso e inigualable. Ni el descuido, la ignorancia, la mala fe, la fueru

za y la riqueza, ni nada, absolutamente nada, dentro de lo humanamente posible y previsible, tendrán la posibilidad de repetir los errores del pasado. Finalmente, y no como un nuevo sistema -técnicamente hablando-, sino más bien como una faceta complementaria del órgano administrativo de fiscalización, los ingleses permiten y aceptan la intervención de otro ministerio. Con fundamento en la "Borrowing Act" de 1946 y la "Borrowing Order" de 1947, - cuando las emisiones públicas de las sociedades por acciones, sumadas a las de los 12 meses anteriores, excedan una suma equivalente o mayor a 50.000 libras, se vuelve absolutamente indispensable el visto bueno expreso del "Treasury", que en castellano es el Ministerio de Hacienda. Otro tanto ocurre, con fundamento en la "Exchange Control Act" de 1947, cuando la suscripción de títulos la hagan personas residentes en países que no pertenezcan al área de la libra esterlina.

G. NORUEGA (decisorer)

El presente sería un trabajo mucho más incompleto de lo que es si , abreviando, nos abstuviéramos de hacer un juicio valorativo del régimen de sindicatura noruego. El Derecho de este país, a modo de antesala para la fiscalización plena, y con un carácter facultativo, ha creado el que se denomina consejo de vigilancia. ("Repræsentanskap"). Este Consejo, que según el artículo 57 de la Ley de 1910 de Sociedades Anónimas y Sociedades en Comandita por Acciones Noruega, estará compuesto por tres miembros o más y elegidos entre los accionistas, es realmente un órgano intermedio entre la Asamblea y el Consejo de Administración y sus funciones, típicamente y en un sentido amplio, son de carácter administrativo. No obstante, y en cierto

modo restringido, opera en actividades típicamente fiscalizadoras. (42)

Por cierto que todavía es tarea ingrata el intento de ubicar a este Consejo dentro de la fisiología societaria. Se hace el contraste en el sentido de que el consejo de vigilancia personifica a la asamblea, en tanto que el de administración personifica a la sociedad propiamente. De esto último se desprenden algunas restricciones en cuanto hace relación a la integración del consejo de vigilantes, la cual debe ser hecha con elementos exclusivamente accionistas, toda vez que asume funciones que -no existiendo aquel órgano- serían propias de la asamblea general.

Son atribuciones del dicho cuerpo velar por que la operación social se realice dentro del marco legal, los estatutos, los acuerdos de la asamblea y sus propios acuerdos. Examinar los libros sociales y exigir, por lo menos una vez al año, un informe del consejo de administración y un balance, así como hacer todas las comprobaciones necesarias de la caja y de la cartera; presentar informes a la asamblea anual sobre las cuentas del ejercicio, y es también a este consejo de vigilancia a quien corresponde la importante función de fijar el importe máximo que se puede distribuir como dividendo. Pero, a pesar de todo lo dicho someramente, no podemos clasificar este consejo de vigilancia noruego como un órgano con funciones propia y definitivamente fiscalizadoras, por lo menos en cuanto hace a la concepción plena y comple

(42) Solamente conocemos un caso parecido -no igual- y éste es el del consejo de vigilancia alemán. Estos dos son ejemplos apropiados como para identificar la sindicatura mixta, sea la que, a un tiempo y por medio del mismo órgano, se desplaza en distintas esferas o etapas del hacer y actuar societario.

ta de esta actividad. Hicimos la cita de este instituto porque, dentro del propósito de este capítulo de casos atípicos, resulta obvia su referencia como actividad previa de fiscalización en un complejo y vasto sistema.

El extraño y atípico sistema noruego es, si se quiere, muy contradictorio. Teóricamente la fiscalización interna en este régimen debe ser la de mayor entidad y complejidad. Lo anterior por cuanto, a modo de axioma, se insiste en señalar a ese país como el de la más insignificante e intrascendente fiscalización administrativa o judicial. Es tan elaborado el sistema de vigilancia privada, con cuatro grupos o equipos de fiscales, que es fácil intuir de antemano la existencia de cualquier otro medio de intervención pública o individual.

Lo cierto es que, en la práctica, y en la teoría, tanto uno como otro, todos son sistemas complejos, eficaces, necesarios y funcionales en grado máximo, por ser su atipicidad producto de reiteradas experiencias.

La fiscalización interna o privada se ejerce por medio de cuatro entidades o cuerpos :

- a) Consejo de Vigilancia
- b) Revisores
- c) Decisorer
- d) Revisores extraordinarios

Consejo de Vigilancia: En cuanto a este Consejo, cuyas funciones hemos dicho no son típica o exclusivamente fiscalizadoras, sólo existe cuando lo prevé el estatuto. Además de las funciones que ya se citaron arriba, le

son propias las de comprobar la caja, exigir informes de los administradores y presentar a la asamblea anual un informe sobre las cuentas.

Los Revisores: Son elegidos por el consejo de vigilancia (43) y, en su ausencia, por la asamblea general. Este es un órgano de necesaria e insoslayable existencia y la ley prescribe que toda sociedad debe tener uno o varios, quienes nunca podrán formar parte del consejo de administración. Deben gozar de absoluta independencia con respecto a los administradores. Su función fiscalizadora se pone en evidencia mediante el examen contable de los libros y cuentas de la sociedad, redactando un informe que entregan al consejo de administración. Es innegable la índole técnica de los revisores quienes, en realidad, son verdaderos profesionales contables, cuya misión es la revisión continua de la contabilidad social con un rango superior e independiente del consejo de administración.

Los Decisorer: A estos funcionarios se les conoce frecuentemente con el nombre de censores de los revisores, revisores de revisores y árbitros.

Conforme al estatuto los elige anualmente la asamblea y, en materia de incompatibilidades, le son aplicables las disposiciones legales para los revisores.

La naturaleza de sus funciones, durante la vigilancia y liquidación de la sociedad, es indefinida y, en realidad, la denominación que mejor ilustra

(43) Este es, posiblemente, el rasgo que hace más patente la naturaleza mixta de esta forma institucional propia de Noruega y de Alemania.

en cuanto a su actividad es la de revisores de revisores. En efecto, la fiscalización de primer grado la ejercen los revisores propiamente, ya que ésta es su principal función y actividad. Los revisores controlan, examinan, critican y sancionan la labor de aquéllos.

Revisores Extraordinarios: Desde el punto de vista de su nombramiento, la fiscalización ejercida por los revisores extraordinarios, híbrida según algunos expertos, no es intervención privada o interna. Son los tribunales de justicia, a petición de una minoría representativa de por lo menos el 10% del capital y ante la negativa de la asamblea para abrir una investigación relativa a la formación, explotación o liquidación de la sociedad, luego de oir a la sociedad y a las personas incriminadas, los que nombran a uno o varios revisores extraordinarios. Estos extraordinarios, luego de hacer una labor semejante a la de sus congéneres permanentes, sobre libros, caja, mercancías, balance, etc., rinden informe documentado al tribunal, el cual convocará a una asamblea general.

De la Vigilancia Oficial: Básicamente es el Rey de Noruega, y en ocasiones el Ministerio Público, quien protagoniza la actividad fiscalizadora en la sociedad por acciones.

El Rey debe otorgar autorización para la emisión de acciones de cierto valor; en ciertos casos de liquidación; para el funcionamiento de ciertas sociedades, particularmente las de banca y seguros que, por ley, requieren autorización real para su constitución. El Ministerio Público, cuando de emisión de obligaciones al portador se trata, interviene activamente.

Intervención Judicial en Noruega: Como dejamos dicho al tratar de la razón del nombramiento de los revisores extraordinarios, del destino de sus informes documentados y de la convocatoria a asamblea general, el tribunal de justicia interviene cuando la asamblea rechaza la propuesta de una investigación que interese aspectos medulares de la sociedad.

Valoración: Dentro de este laborioso y complicado sistema de fiscalización noruego, quizás el que con más minucia y rigor ha sido organizado, se destaca un régimen privado excelente. Excepcionalmente interviene la administración y la fiscalización judicial está hábilmente dosificada.

Este régimen de vigilancia identifica, con claridad meridiana, la vigilancia facultativa y la obligatoria. Lo ocasional y lo permanente en la legislación noruega cobran matices de pureza doctrinaria y, en general, creemos que el estudio hecho en esta legislación será de provecho para el lector.

H. GUATEMALA

El caso de la República de Guatemala, junto con algunos otros entre los que se destaca el de Cuba antes del régimen revolucionario, reviste un carácter interesante para los fines de este estudio.

En Guatemala, dada la inexistencia de normas específicas que ordenen y regulen algún sistema concreto y directo de fiscalización, puede decirse que no existe dicho instituto de Derecho Mercantil. En contra de esta premisia podría alegarse lo dispuesto por el artículo número 408 del Código de Comercio sobre la facultad plena que tiene cada accionista para examinar los

libros de contabilidad, actas y demás comprobantes durante ocho días, por lo menos, anteriores a la junta general, derecho o facultad que no podrá ser ejecutado en época distinta, salvo disposición estatutaria en contrario.

Sin embargo, y a pesar de esta típica fiscalización privada, reconocida en la doctrina y en la legislación del noventa por ciento o más de las legislaciones comerciales del orbe -países muy importantes la ignoran-, (44) no debe ser interpretada, *stricto sensu*, como fundamento o justificación de un auténtico, pleno y perfecto régimen de inspección o fiscalización directa.

Algunos comentaristas entienden esa actividad privada del accionista como un reducto compensatorio de lo que se conoce como principio de las mayorías en las sociedades. En efecto, la mayoría en las sociedades es la que tiene el derecho de decidir, de orientar y de obligar, en tesis general, y siempre y cuando sus actuaciones no supongan injuria alguna a los derechos minoritarios. Tampoco puede una mayoría social, que siempre es más de capital que de personas, mandar mayoritariamente actuando fuera de la ley o de los estatutos y, muchísimo menos, ignorando el principio fundamental de la buena fe.

Joaquín R. Rodríguez, cuya presentación como mercantilista atildado resulta obvia (45), refiriéndose al principio de las mayorías en las sociedades dice:

(44) Austria, El Congo Belga, Filipinas y otros más ignoran la fiscaliza-
lización privada

(45) "Curso de Derecho Mercantil", pág. 119

"En la sociedad anónima el principio mayoritario es esencial, ya que no se concibe otro modo de adoptar acuerdos que tengan en cuenta los intereses de la pluralidad de personas que la integran..."

Pero, no obstante la evidencia y validez jurídica de tan agudo razonamiento, más bien como un justificado complemento o consecuencia lógica, debe reconocerse el permanente, saludable e inalienable derecho de la minoría -y del socio en su ámbito personal o privado- para vigilar y fiscalizar, no tanto sus intereses cuanto el buen manejo general de la compañía. Teniendo que ser el de sociedad un contrato lícito, concebido y funcionando de buena fe para el logro de comunes beneficios, forzoso resulta reconocer el derecho incontestable de cualquier accionista para investigarlo y eventualmente denunciarlo de manera útil.

Por no permitirlo el objeto de este apartado, pero seguros de que insistiremos en ello más adelante, convencidos de haber justificado la existencia siempre insoslayable de la actividad privada del socio o una minoría de ellos, continuamos con el tema principal de la ninguna fiscalización típica o directa de Guatemala.

Examinada la legislación mercantil de la hermana república, y organizando nuestras ideas en base al concepto que hemos dejado establecido en cuanto a lo que juzgamos es un sistema contralor o fiscalizador, podemos afirmar o reconocer su inexistencia.

Pero, a pesar de esa falta de sistema o régimen con perfiles adecuados, indirecta -y si se quiere decir así- parcialmente, en Guatemala sí existe una fiscalización de sociedades por acciones. Al enumerar los requisitos

para la constitución de la sociedad por acciones, dice el artículo 389 de su Código de Comercio, en los apartados 5 y 6:

"5°.-Solicitud de autorización al Poder Ejecutivo, presentada a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, acompañada de la escritura social, escritura de verificación del capital y relación del domicilio de la sociedad y de los nombres del director o gerente, y de los miembros del consejo de administración ...

"6°.- Autorización del Poder Ejecutivo, que no se concederá si del examen de la escritura social aparece que el capital formado no es efectivo o que no está suficientemente asegurada su realización, o que no está en proporción a la magnitud de la empresa, o que el régimen de la sociedad no ofrece garantías de buena administración, los medios de vigilar las operaciones de los gerentes y administradores, el derecho de conocer el empleo de los fondos sociales y un derecho de voto a los socios, en proporción al capital que representan sus acciones...".

Del análisis de estos cánones, y sin la menor duda, resulta una previa, parcial y eficientísima fiscalización en cabeza del Gobierno Central. Esta actividad, previa en cierto modo y reconcentrada en lo que atañe a la constitución, no es otra cosa que una prematura, indirecta y preventiva actividad fiscalizadora. Su sistemática apriorística quizás le reste al auténtico sistema algunas ventajas que sí tienen los sistemas clásicos o de mayor aceptación mundial. Es posible que le falte dinámica, realidad en el tiempo y una cierta objetividad circunstancial.

Los aspectos negativos antes apuntados pierden alguna importancia si, como veremos en seguida, el mismo código comercial citado (Art.392), le acuerda siempre al Poder Ejecutivo una intervención decisiva, durante la vigencia del pacto societario, en los casos en que se intente una reducción del capital. El acuerdo de los accionistas que adopte tal determinación dis

minutiva requerirá, para su validez definitiva, la aprobación por parte del Poder Ejecutivo. Esta aprobación la da el Gobierno luego de oír a la Secretaría de Estado ante la que, en virtud de la publicación del acuerdo social, los acreedores o interesados han podido elevar denuncias u objeciones. Esta es otra forma interesante de fiscalización indirecta y parcial.

Finalmente, completando el cuadro fiscalizador indirecto, el Artículo 387 ibídem, en relación con el Derecho Gubernativo N° 1543 establece, con conceptos muy comprensivos, por cierto, el régimen de vigilancia general al que quedan sometidas las sociedades con respecto al Departamento Monetario y Bancario de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

I. HAITI

Un caso muy semejante, en cuanto a esta última faceta de fiscalización indirecta y parcial, es el de la República de Haití. En este país que, dicho sea brevemente, no concibe en su legislación ninguna fiscalización privada, sí hay fiscalización oficial indirecta y parcial. El artículo 38 de su Código de Comercio le atribuye al Presidente de la República la irrestricta facultad de revocar, a las sociedades que no se sujeten a su desideratum o que violen el estatuto, la autorización original concedida. Esta se considera un acto muy solemne y, junto con otras piezas ajenas a la constitución, debe ser hecha de conocimiento público en el "Monitor" (Gaceta Oficial).

CAPITULO V

CUADROS

- A. CUADRO SINOPTICO DE CLASIFICACION
- B. OTROS CUADROS DE INTERES
 - 1. Legislaciones y Sistemas
 - 2. Fiscalización según el órgano que la ejerce
 - 3. Comisarfa según circunstancias legales
- C. SINTESIS COMPARATIVA GRAFICA

A.- CUADRO SINOPTICO DE CLASIFICACION

1. FISCALIZACION INDIVIDUAL

(examen del balance y documentos durante período anterior a la asamblea)

A) REGIMEN OBLIGATORIO

- 1) Organó Colegiado de Comisarios
- 2) Comisarios nombrados especialmente
- 3) Organos de Fiscalización especiales
- 4) Representación de minorías
- 5) Revisores Extraordinarios por solicitud
- 6) Actuación de decisorer o comisarios de 2ºgr.
- 7) Superintendentes:

- 1) Comisarios
- 2) Peritos
- 3) Contables
- 4) Comisarios de Tribunales.
- 5) etc.

- a) Para la constitución
- b) ordinarios
- c) del balance, según
- d) suscripción pública
- e) cotización bolsa
- f) capital excedente.-

2. FISCALIZACION PRIVADA POR SINDICOS

(examen del balance y cuentas y presentación de un informe, etc.)

B) REGIMEN FACULTATIVO

C) SIN REGIMEN ESPECIAL

(Los casos más notorios son: Cuba, Perú, EE.UU. y COSTA RICA)

3. FISCALIZACION ADMINISTRATIVA

(ejercida por funcionarios del Estado, más o menos acentuada, permanente y - circunstanciada, seg. el tipo de Fiscalización.)

A) REGIMEN PERMANENTE.

El funcionario legalmente encargado y facultado para inspeccionar, con o sin la documentación que la ley le manda enviar el sujeto - examinado, actúa en cualquier momento de la vida social.

B) REGIMEN OCASIONAL

(La intervención administrativa se produce únicamente en determinadas circunstancias, con seis (6) modos.

4. FISCALIZACION JUDICIAL

(De ser posible por una judicatura especializada: Juez de Comercio)

A) FISCALIZACION PERMANENTE

(El Juez de Comercio, o quien haga sus veces, vigila siempre a la S.A. con derecho de informarse, en todo tiempo, del estado de los negocios y del cumplimiento de las obligaciones legales y estatutarias, mediante el examen de libros, documentos y caja. Ver Pág.209 De Solá Cañizares.

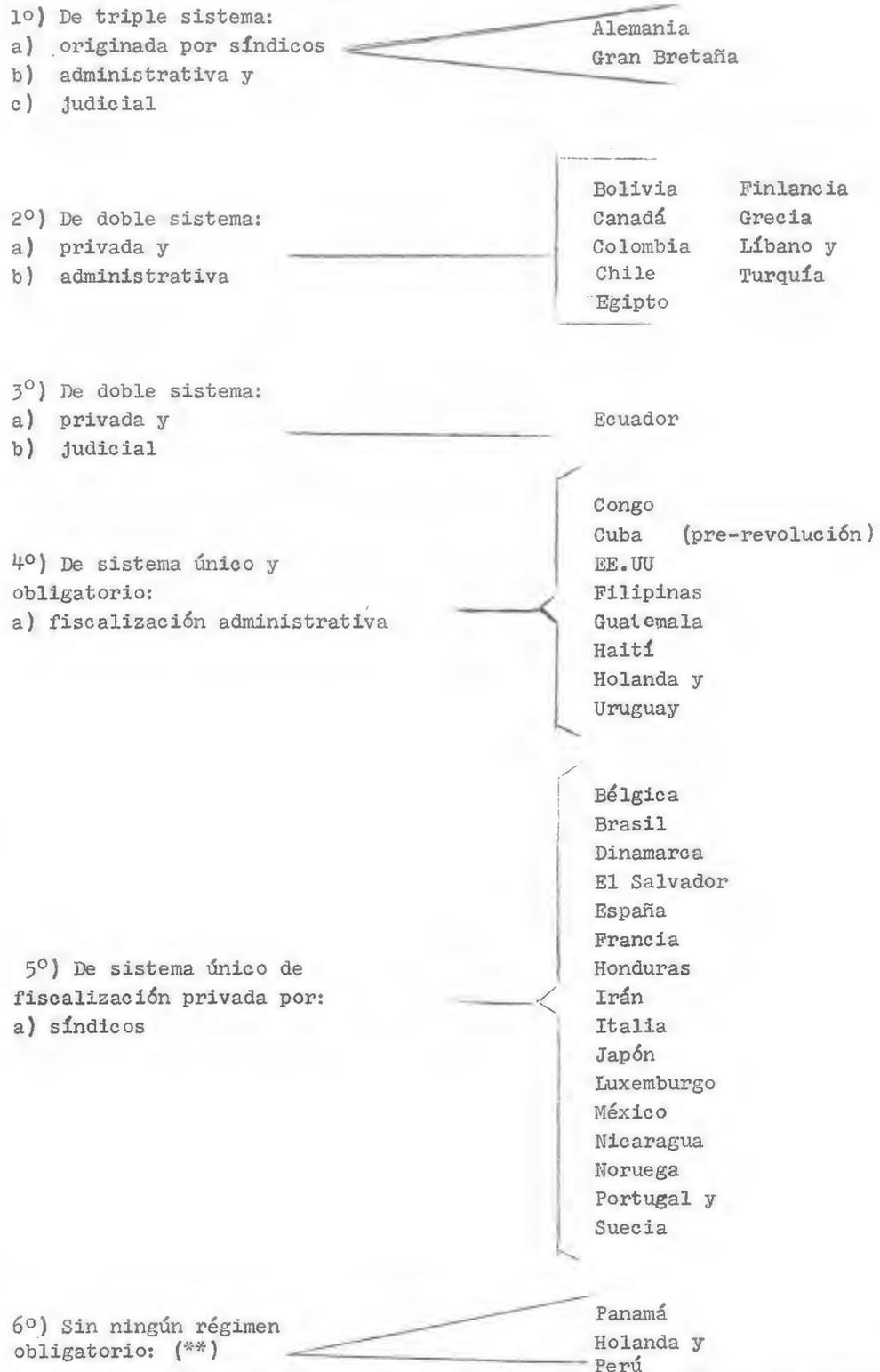
B) FISCALIZACION OCASIONAL

(en los casos, la intervención de la judicatura de comercio).

5. FISCALIZACION MIXTA

(En su operación concurren dos o más de los sistemas : triple o doble: Ver Nota N° 74 De Solá Cañizares.

LEGISLACIONES Y SISTEMAS ADOPTADOS



(*) Se prescinde de la fiscalización individual porque, en realidad, éste es un sistema discutible como tal y sólo existe en el exámen del balance e informes, unos días antes de la asamblea, y en esto coinciden todas las legislaciones.

(**) Pero como ya se ha dicho, en Panamá y Holanda, una minoría puede solicitar una fiscalización.



(*) Este artículo del código de comercio de Siria dice que cualquier persona puede examinar u obtener copia certificada de las informaciones y documentos de la sociedad, que se conservan en el servicio de sociedades del Ministerio de Economía.

(**) Los "decisorer", como instituto especial y raro, se trató de manera especial en este trabajo. Es un vocablo noruego de muy difícil traducción. Los franceses dicen: "Deciseurs" y los alemanes traducen: "Oberprufer". Ver página N° , donde se encuentra la definición y el concepto de este tipo de fiscales.

INTERVENCIÓN O FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA
CLASIFICACION DE PAISES SEGUN CIRCUNSTANCIAS

1º) Necesidad de autorización administrativa para constitución y modificación estatutos, y ciertas decisiones importantes:

Congo
Holanda
Líbano
Mónaco
Turquía (*)

2º) Necesidad de autorización administrativa para emisiones de títulos:

Bélgica (**)
China y
Francia

3º) Evaluación de aportaciones no dinerarias:

México

4º) Emisión de acciones al portador:

Suecia

5º) Constitución de sociedades extranjeras:

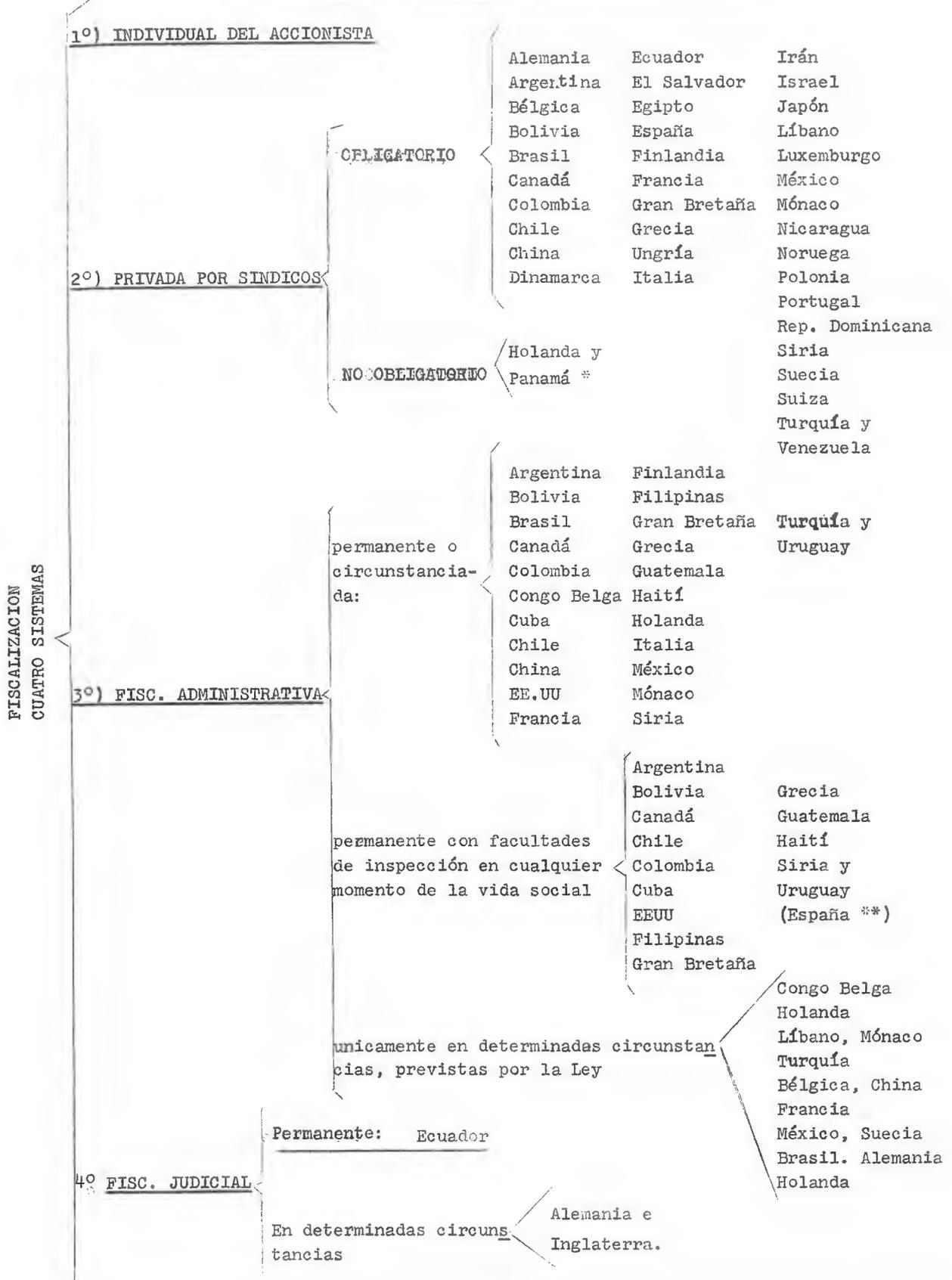
Brasil
México y
Suecia

6º) Disolución administrativa de la sociedad:

Alemania y
Holanda

(*) Recuérdese, además, la necesidad de autorización previa, en Italia, para la constitución de sociedades con capital superior a 500 millones de liras.

(**) Se requiere un informe de una comisión bancaria por emisiones públicas de acciones y obligaciones



* A pesar de no haber previsto estos dos países fiscalización obligatoria, confieren a una minoría el derecho de obtener que se realice dicha vigilancia.

** En España existe en la ley una sola eventualidad de intervención administrativa, en el caso de disolución y para ordenar la continuación de la sociedad a instancia de una minoría. Por no tener mayor importancia práctica no suele clasificarse en este carácter.

CAPITULO VI
EXEGESIS DE COSTA RICA

- A. ANTECEDENTE DE 1909
- B. PROYECTO DE 1959
- C. SISTEMA VIGENTE

La fiscalización costarricense, según la ley anterior, le correspondía a un comité de síndicos, nombrados por la asamblea general sin sujeción a ninguna norma selectiva de capacidades técnicas y morales adecuadas al efecto, constituyendo esta faceta, quizás, el rasgo más deficiente de la ley de Sociedades Comerciales derogada. (46) El velar por el modo en que se está operando — que es la función característica de un comité de vigilancia— exige tanta o más aptitud que la de determinar lo que ha de hacerse, función característica de la asamblea general, de la junta directiva y de la gerencia.

Cuando falta una adecuada vigilancia, la actuación de los órganos determinativos y de los departamentos operantes — como contabilidad, tesorería, producción y los demás — tiende a hacerse irresponsable por falta del

(46) Lic. Fidel Tristán Castro, Tesis de Grado, Facultad de Leyes, pág. 75

contrapeso de la vigilancia eficaz. Y como la actuación irresponsable de la sociedad anónima es uno de los obstáculos principales para el desarrollo de esta forma social, es conveniente rodearla de todos los posibles recursos de contralor que, satisfaciendo los principios de seguridad y publicidad, sean compatibles con la naturaleza privada de las empresas. No fue éste el pensamiento de nuestro legislador de principios de siglo.

En el Proyecto de Código (Alcance N° 31 a La Gaceta N° 88 de 22 de abril, 1959), a pesar de todo lo dicho antes y sin mayor meditación, se propuso un sistema de vigilancia más efectivo que el anterior pero que, de todas maneras, resultaba inadecuado.

El Artículo 502 facultaba ampliamente a la sociedad de fundación simultánea, a efecto de que el sistema de vigilancia fuera potestativo de la asamblea de accionistas y se hiciera constar en los estatutos. " Tal norma — dice el Lic. Tristán Castro — , es peligrosa porque es muy probable que, en un principio, los fundadores, aprovechando la amplia facultad que les confiere la ley, incorporen los mínimos recursos de contralor por creer simplis- tamente que la vigilancia es cara y estorbosa. Por eso sería prudente, con respecto a las sociedades de fundación simultánea, volver, al menos, al sistema de comité de vigilancia, introduciéndole todas las exigencias y refinamientos que garanticen su eficaz funcionamiento, como sería la determinación de capacidades técnicas y morales mínimas para el ejercicio del cargo de síndico.

Más aún, la vigilancia de las operaciones de la sociedad anónima es

tan trascendente e importa tanto a intereses internos y externos de la empresa, que debiera pensarse en la incorporación de un sistema completo de control para que éste se realizara en parte desde el punto de vista público y en parte desde el punto de vista interno . Para efectos internos o privados de la compañía, el comité de vigilancia mejorado a que se ha hecho alusión quizá bastaría ; pero desde el punto de vista del interés público tal vez sería necesario que existiera un organismo oficial que ejerciera de manera constante y técnicamente adecuada la vigilancia de las sociedades ; o , cuando menos, que se hiciera obligatoria la intervención constante de contadores públicos autorizados, con cuya capacidad técnica y jurídica se lograría sin duda mucho progreso en ese ámbito. El proyecto del código recomendó, para las empresas constituidas por suscripción pública y las que emitan acciones no comunes, el nombramiento de auditores , cuya actividad estaría mejor regulada, sin duda, que la de los actuales miembros del Comité de Vigilancia , ya que se introdujeron — en el proyecto — algunas prohibiciones eficaces . (No podrán ser auditores los que estén inhabilitados para ejercer el comercio , los que desempeñen otro cargo en la sociedad , ni los cónyuges, los parientes consanguíneos de los administradores , en línea directa sin limitación de grado , los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo). Y se asigna a los auditores , un conjunto numeroso de facultades y obligaciones concretas (tales como las de exigir a los administradores o gerentes un balance mensual de comprobación ; inspeccionar, una vez cada mes por lo menos, los libros y papeles de la sociedad , así como la existencia en caja ; revisar el balance anual y rendir el informe correspondiente en los términos que establecen la ley y los estatutos ; asistir, con voz pero sin voto ,

a todas las sesiones del consejo de administración y vigilar, ilimitadamente y en cualquier tiempo, las operaciones de la sociedad). Y se crean procedimientos adecuados para garantizar la intervención solicitada a los auditores y para llenar sus vacantes. Pero no obstante la indudable superioridad del sistema propuesto con respecto al vigente, si se tratara de aplicar en el grado deseable los principios de seguridad y de publicidad en lo que atañe a la vigilancia de las sociedades, convendría, como se sugirió antes, perfeccionar el sistema haciendo obligatoria la intervención de algún organismo oficial, o cuando menos la de contadores públicos autorizados. Contra la existencia de sistemas complejos, aunque necesarios, de vigilancia, siempre se levantará la voz de quienes solamente buscan la reducción inmediata de los costos de operación de las sociedades. Pero esa oposición, muy natural ciertamente, no tiene méritos en lo que concierne a la sociedad anónima, la cual no debe concebirse como un organismo jurídico-administrativo barato sino, contrariamente, como forma social de operación cara por ser la más perfecta del sistema capitalista privado y, consiguientemente, la que más se adapta a la realización de grandes empresas.

CONCLUSIONES:

No obstante la utilidad y la eficacia de las sociedades anónimas, éstas pueden prestarse a errores y fraudes de parte, especialmente, de los encargados de promoverlas, debido a las complejas estructuras de estas sociedades y a la frecuente credulidad e ignorancia de los posibles inversionistas principalmente. De ahí la importancia de que las sociedades anónimas satisfagan los principios de seguridad y publicidad.

La Ley de Sociedades Comerciales —(la derogada)— no es suficiente para que las sociedades anónimas satisfagan las exigencias de los principios de seguridad y publicidad puesto que no regula, adecuadamente, la constitución de sociedades que se establecen por suscripción pública, ni la integración de las aportaciones suscritas pero no pagadas, ni la distribución de funciones entre los diversos órganos internos de la sociedad, ni el ejercicio de la vigilancia .

El Proyecto del Código de Comercio contribuiría a mejorar la situación enunciada en el punto anterior porque enfoca los problemas enumerados con un sentido más claro de la necesidad de introducir medidas de orden público tendientes a garantizar, en beneficio principalmente de terceras personas, el correcto funcionamiento de las sociedades anónimas.

No obstante lo anterior, se palpa la ausencia, no sólo en la Ley de Sociedades Comerciales, sino también en el Proyecto de Código, de algunas otras disposiciones que coadyuvarían al mejor desenvolvimiento de las sociedades anónimas, tales como la que creara un organismo público que se encargara de la vigilancia de ellas o la que exigiera la intervención de Contadores Públicos Autorizados para realizar el control constante de las compañías.

La sociedad anónima costarricense, compleja y cara, como es en el mundo entero, pero pequeña, debido a la estrechez del ambiente y a lo incipiente de la actividad mercantil y a la ignorancia del público, se tiene que enfrentar además con un poderoso competidor que impide su útil y deseable cre-

cimiento " (47)

A.- ANTECEDENTES DE 1909

Ley N° 6 de 24 de noviembre de 1909. (Sociedades Comerciales).

Artículo 78.- Tan luego como se llenen los requisitos que determinan los artículos 72 y 73, los fundadores convocarán para una asamblea general en la que se procederá: 1°-
2°-----3°-----4°-----
5° Al nombramiento y aceptación de los síndicos, etc.-----

Del Comité de Vigilancia:

Artículo 122.- Este cuerpo se compondrá de tres o más síndicos, accionistas o no, nombrados por la asamblea general .
(Cas. 12 de Julio de 1912).

Los nombramientos que haga la asamblea a que alude el inciso 5° del artículo 78, caducarán al concluir el primer ejercicio ; pero los posteriores pueden extenderse hasta cuatro años.

Artículo 123.- Sin perjuicio de las otras obligaciones que la ley le impone, el comité de vigilancia está llamado a fiscalizar la gestión de los intereses de la compañía, en todos los ramos administrativos. Puede en cualquier momento, y lo hará por lo menos una vez al año, imponerse de la marcha de los negocios de la empresa, asistiendo a las reuniones del consejo, visando los libros de contabilidad y procediendo al arqueo de caja u otras medidas de contraste.

Artículo 124.- El Comité se opondrá muy especialmente a las especulaciones que a la sombra de la sociedad pudieran emprender los administradores o el gerente, por su propia cuenta o en provecho de terceros. También cuidará el comité, en primer término, de que la administración se ciña en todos sus actos y ajuste sus procedimientos a las prescripciones de los artículos 86 y 90.

Artículo 125.- El contrato constitutivo, los estatutos o la asamblea general pueden además conferir al comité otras atribuciones que no le sean propias, salvo las que aparejen la modificación de los convenios sociales o la facultad de otorgar descargos de responsabilidad, como la de hacer nombramientos, decretar revocaciones y disponer otras cosas que no sean potestativas de dicha asamblea.

Artículo 126.- Por los mismos medios que señala el artículo anterior puede constituirse, al lado del comité de vigilancia ,

(47) Lic. Tristán, tesis antes citada

una comisión de expertos, nombrada por la asamblea general, para que contraste anualmente las cuentas de la administración, las confronte con los libros y documentos respectivos y vierta luego su dictamen .

Artículo 127.- Las responsabilidades que contraigan los miembros del comité de vigilancia se ventilarán con sujeción a las reglas del mandato; pero ellos responderán no obstante, solidariamente con el gerente y consejo de administración, de la exactitud de cada balance practicado.

B.- PROYECTO DE 1959

Alcance N° 31 a La Gaceta N° 88 del 22 de abril de 1959

Artículo 502.- El sistema de vigilancia de las sociedades anónimas será potestativo de la asamblea de accionistas y se hará constar en los estatutos.

Artículo 503.- No obstante lo dicho en el artículo anterior la vigilancia de las sociedades que se formen por suscripción pública, y las que emitan acciones no comunes, se hará conforme a las normas que se establecen en los siguientes artículos.

Artículo 504.- La vigilancia de las sociedades anónimas referidas en el artículo anterior, estará a cargo de uno o varios auditores o comisarios, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad; salvo disposición en contra, la duración del cargo será de un año.

Artículo 505.- No podrán ser auditores o comisarios :

- a. quienes conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio;
- b. los que desempeñen otro cargo en la sociedad ; y
- c. los cónyuges, los parientes consanguíneos de los administradores, en línea directa sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo.

Artículo 506.- Son facultades y obligaciones del auditor o comisario:

- a. Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía de los administradores y tomar las medidas necesarias para que se corrija cualquier irregularidad ;
- b. Exigir a los administradores o gerentes un balance mensual de comprobación ;

- c. Inspeccionar una vez cada mes por lo menos, los libros y papeles de la sociedad así como la existencia en caja ;
- d. Revisar el balance anual y rendir el informe correspondiente en los términos que establecen la Ley y los Estatutos;
- e. Someter al consejo de administración y hacer que se inserten en el orden del día de las asambleas de accionistas los puntos que crean pertinentes;
- f. Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas en caso de omisión de los administradores y en cualquiera otro en que lo juzguen conveniente ;
- g. Asistir con voz pero sin voto, a todas las sesiones del consejo de administración ;
- h. Asistir a las asambleas de accionistas, en las cuales tendrá voto cuando conforme a sus títulos tenga derecho a ello ;
- i. En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad ; y
- j. Las demás que consignen los estatutos.

Artículo 507.- Cualquier accionista podrá denunciar por escrito al auditor o comisario los hechos que estime irregulares en la administración, y éstos deberán mencionar las denuncias en sus informes a la asamblea de accionistas y formular acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que estimen convenientes.

Artículo 508.- Cuando por cualquier causa quedare vacante el cargo de auditor o comisario, el consejo de administración deberá convocar, en el término de tres días a la asamblea de accionistas, para que ésta haga la designación correspondiente.

Si el consejo de administración no hiciere la convocatoria dentro del plazo señalado, cualquier accionista podrá ocurrir a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, para que ésta haga la convocatoria.

Artículo 509.- El auditor o comisario será individualmente responsable para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen.

Artículo 510.- El auditor o comisario que en cualquier operación tuviere un interés opuesto al de la sociedad, deberá abstenerse de toda intervención, bajo la sanción de responder de los daños y perjuicios que ocasionare a la sociedad.

Artículo 511.- Los auditores o comisarios prestarán la garantía que determinan los estatutos.

C.- SISTEMA VIGENTE

Código de Comercio de Costa Rica (Ley N° 3284 de 30 de abril de 1964.)

Sección VII

DE LA VIGILANCIA DE LA SOCIEDAD

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

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

Artículo 195.- La vigilancia de las sociedades anónimas mencionadas en el artículo anterior, estará a cargo de uno o varios fiscales que pueden ser socios o no. Salvo disposición en contrario, su nombramiento será de un año.

Artículo 196.- No podrán ser nombrados para el cargo de fiscales :

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

Artículo 197.- Son facultades y obligaciones de los fiscales:

- a. Comprobar que en la sociedad se hace un balance mensual de situación ;
- b. Comprobar que se llevan actas de las reuniones del consejo de administración y de las asambleas de accionistas ;
- c. Vigilar el cumplimiento de las resoluciones tomadas en las asambleas de accionistas ;

- d. Revisar el balance anual y examinar las cuentas y estados de liquidación de operaciones al cierre de cada ejercicio fiscal ;
- e. Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas en caso de omisión de los administradores ;
- f. Someter al consejo de administración sus observaciones y recomendaciones con relación a los resultados obtenidos en el cumplimiento de sus atribuciones, por lo menos dos veces al año . Será obligación del consejo someter a conocimiento de la asamblea general ordinaria los respectivos informes ;
- g. Asistir a las sesiones del consejo de administración con motivo de la presentación y discusión de sus informes, con voz pero sin voto ;
- h. Asistir a las asambleas de accionistas, para informar verbalmente o por escrito de sus gestiones y actividades ;
- i. En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo, las operaciones de la sociedad, para lo cual tendrá libre acceso a los libros y papeles de la sociedad , así como a las existencias en caja ;
- j. Recibir e investigar las quejas formuladas por cualquier accionista e informar al consejo sobre ellas ; y
- k. Las demás que consigne la escritura social.

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

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

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

CAPITULO VII

PROYECTO DE REFORMA PARA COSTA RICA

- A. MOTIVACION
- B. GENERALIDADES
- C. TEXTO

A. MOTIVACION

El respetado e inolvidable maestro de nuestra Facultad de Leyes, Licenciado don Napoleón Valle P., en disertación relativa a las sociedades anónimas en el Proyecto de Código de Comercio de 1959, dijo textualmente :

" De otro lado teníamos la anónima que es bastante difícil de manejar, su constitución es un tanto complicada, sobre todo cuando se forma por suscripción pública y luego, su organización y administración no son fáciles . . .

Es preciso que el extranjero que trae su dinero a Costa Rica sepa que existen leyes que lo protegen y respaldan. Las eventualidades de los negocios nadie puede preverlas y el desequilibrio económico puede venir en cualquier momento, pero que no se diga que la ruina de un inversionista se debió a falta de protección de las leyes del país. Como decía al principio, es preciso darle a la sociedad anónima más flexibilidad, concederle ciertas facilidades para su desenvolvimiento, sin descuidar desde luego el respaldo legal que necesita para que inspire la confianza necesaria y que los inversionistas se sientan debidamente respaldados por la ley . . . "

... Otro punto importante también es el de la fiscalización de las sociedades anónimas. Como la sociedad anónima es una sociedad de inversiones pequeñas, de personas que no tienen la protección de un abogado, de un asesor legal, técnico en comercio, ni nadie que les aconseje, es el trabajador que ha reunido ₡ 50 o ₡ 100 y ha comprado una acción, está atendido a la buena fe de las personas con quienes contrata y a la ley que protege sus intereses, desde luego, y también en los tribunales para ir a reclamar lo que le corresponda. Quiere decir que en esa situación en todas partes del mundo las sociedades anónimas son estrechamente fiscalizadas. En todas partes se tiene esa fiscalización mediante dos sistemas: Uno es el de dejar al Gobierno que, por medio de sus representantes, vigile la compañía, observe la organización, la constitución, el manejo de los fondos y de los negocios hasta su liquidación. El otro sistema es el nuestro, el de tener un comité de vigilancia. Se dice que nuestro sistema es el que más garantía presta, porque nadie puede vigilar sus cosas mejor que su propio dueño y el miembro de un comité de vigilancia de una sociedad de la cual él forma parte, es de suponer que ha de poner especial cuidado en el desempeño de su función porque, al propio tiempo que presta el servicio al grupo, vigila de cerca lo suyo. Eso es lo que la lógica indica; sin embargo, no es así. El comité de vigilancia no ha dado el resultado de conveniente vigilancia que se tuvo en mira al crearlo, a veces porque los estatutos permiten que se forme con extras a la sociedad que no tienen interés alguno en una buena administración; y en otras ocasiones, aún siendo socios, por apatía o indiferencia, o por falta de interés, es lo cierto que no dedican el tiempo ni la atención suficientes al desempeño de su cargo, amén de que en muchos casos la propia asamblea, no elige a los más aptos, sino a los más dóciles. Todo eso ha contribuido a que nuestro comité de vigilancia no haya respondido a lo que se tuvo en mira al crearlo. En otras partes, en los Estados Unidos, por ejemplo, se tiene otro sistema que parece más eficaz y que consiste en someter al estudio e informe de un auditor o un cuerpo de auditores, si eso fuere necesario por el volumen y naturaleza de los negocios, toda la administración. Esos auditores harán anualmente una revisión total de los libros, comprobarán la sinceridad de éstos y recibirán un informe del estado de la sociedad, informe sobre el cual se hará la cuenta anual respectiva presentando un cuadro que indique el movimiento de los negocios durante el año, las entradas, las salidas, el aporte al fondo legal, la indicación de las reservas necesarias y la cuenta distributiva de las ganancias líquidas. En esa forma se ejerce un control completo y técnico en las cuentas, y con vista del informe que el auditor o auditores rindan, la asamblea tendrá conocimiento exacto de la vida económica de la sociedad. (48)

(48) Revista del Colegio de Abogados, año XIII - Julio a Diciembre de 1957 N° 139 a 144.

Estas sesudas palabras nos hicieron reflexionar acerca del punto . Llegamos a la conclusión de que, ni el sistema anterior ni el actual de Costa Rica, tal como somos capaces de asimilarlo o digerirlo los costarricenses en la época presente, dará los frutos que todos esperamos. La sindicatura de la sociedad anónima que organiza y regula nuestro Código de Comercio - (ver páginas 106 y 107 contentivas de su texto) ya demostró, muy recientemente y con caracteres casi dramáticos, su ineficacia y, porqué no decirlo , su fracaso patente.

De la lectura de un elocuente y bien documentado informe, suscrito por el C. P. A. Lic. Manuel Gómez Villegas, ordenado y costeadado por una entidad bancaria nacional, con motivo de una muy dudosa sociedad que había situado sus acciones en un vasto y muy modesto público costarricense, se puso en evidencia el completo fracaso del sistema vigente.

Tan palpable fue la falla de nuestro sistema de fiscalización privada que, con desmedro del muy bien ganado prestigio de nuestra todavía incipiente sociedad anónima, la reacción popular no se hizo esperar. Se apiñaron las consultas y las protestas en los consultorios de los juristas especializados. Los modestos inversionistas, con sobrada razón, se sintieron justa y efectivamente defraudados. Tanta fue su desilusión y ofuscación que , sin parar mientes en la causa verdadera de la defraudación que sufrieron, en cabeza de un hábil hombre de negocios dudosos — criminal de cuello blanco—, achacaron muy pronto a la sociedad anónima , como instituto, las culpas de tan funesto agiotaje.

Los responsables de los actos defraudatorios, con las manos puestas en sus casi irrestrictos poderes, abusaron alevosamente de un buen número de economías y de esperanzas de muchos compatriotas.

Impresionados por la sordidez de este delito, y en busca de las circunstancias y causas legales que pudieran explicarlo racionalmente, nos esforzamos en buscar la opinión de los versados.

Todos los juristas interpelados, en unidad de pareceres verdaderamente impresionante en nuestro medio forense, estuvieron contestes en responsabilizar a nuestro actual régimen de vigilancia. Dijeron que este "delito de los ricos", que empieza a ser una definitiva amenaza para la vida financiera de la República, nunca pudo haberse producido de haber tenido nuestra ley un sólido y adecuado sistema de fiscalización en la sociedad anónima.

Discutimos el asunto "o affaire", y estudiamos la institución de la vigilancia de la sociedad anónima, con el disciplinado y generoso profesor de la materia Lic. Francisco Morrelli Cozza. Juntos, y sin el menor prejuicio o irrespeto para quienes en algún sentido juzgaron buena y procedente la pauta de fiscalización vigente en Costa Rica, concluimos en la necesidad de una reforma inminente.

Más tarde, y ya como una muy personal y apasionante tarea que nos impusimos, de cuyos resultados y fundamentos sólo nosotros somos responsables, acometimos el propósito de estudiar la posibilidad de alguna solución o proyecto.

Durante algún tiempo investigamos y reflexionamos en cuanto al problema que le sirve de objeto a este limitado ensayo. No queríamos que nuestra patria se convirtiera, por una simple inercia legislativa, en el paraíso de un funesto espécimen humano llamado "robber baron" (52). Ahora, perfectamente conscientes de la modestia de nuestros recursos de todo género, pero sí muy seguros de cerrar filas con quienes ven en éste un asunto de medular importancia en la trayectoria y vicisitudes del pacto societario en su gran destino, concluimos este desilvanado esfuerzo con un proyecto de reforma en el renglón legislativo de mérito. Dos fueron, cardinalmente, las legislaciones que sirvieron de punto de referencia al sistema propuesto: la colombiana — cuya trayectoria y formas seguimos con explicable literalidad — y la chilena.

Ambos países, de gran homogeneidad histórica, sociológica, económica y cultural con el nuestro, disfrutaban de regímenes de fiscalización por medio de Superintendencias de Sociedades Anónimas. La experiencia demuestra, sin lugar a dudas, la eficiencia y solidez de ese interesante sistema.

B. GENERALIDADES

Obviamente, el tipo de fiscalización que el proyecto pretende introducir en Costa Rica chocará, en primer término, con nuestra tradición a veces

(52) Así les dicen en los Estados Unidos de América a los hombres talentosos, despiadados y sin escrúpulos que amasan grandes fortunas al amparo de las sociedades anónimas. En Francia se los llama: Achilles des Finances.

irreflexiblemente contraria a todo género de intervención del Estado. Podemos prever que el conflicto original que apuntamos se agudizará por razones de inercia legislativa y hasta de comodidad ; ya sabemos que nunca ha sido rasgo característico del régimen jurídico de nuestra sociedad anónima, la más elemental y adecuada fiscalización por parte del Estado.

Hemos vivido tranquilos y aparentemente seguros con un régimen de fiscalización e intervención incipiente que empezó a ser, dadas las modalidades y derroteros de nuestra actividad industrial, comercial y financiera completamente inadecuado y peligroso.

Al recomendar el sistema de intervención oficial mediante un organismo denominado Superintendencia de Sociedades Anónimas, lo hacemos perfectamente convencidos de su posible adecuación y utilidad para Costa Rica ; seguros de que, protegiendo a los terceros, a los accionistas y a la propia sociedad, en nada ni nunca lesionará o perturbará la trayectoria, funcionamiento y perspectivas del ente societario por acciones.

Más bien, creemos que esta intervención estatal, bien dirigida y juiciosamente reglamentada, mantendrá y hasta acentuará la índole típicamente liberal que la sociedad anónima tiene en nuestro medio.

Tuvimos, consecuentes con los propósitos arriba advertidos, buen cuidado de mantener algunos aspectos —particularmente la organización de la administración — dentro del fuero o iniciativa irrestricta de los fundadores . Tampoco fueron involucrados en la órbita de la superintendencia , conscientes de que resultaba prematuro resolverlo en uno o en otro sentido, los aspec

tos societarios — de mecánica intrincada — que resultan del movimiento ,naturalidad y heterogeneidad en materia de acciones.

En el período de formación y constitución, y de manera restrictiva , juzgamos recomendables solamente dos intervenciones drásticas por parte de la superintendencia. Como requisito de constitución de una sociedad anónima, establecimos el previo de funcionamiento que se concederá cuando se compruebe el cumplimiento de todas las formalidades legales ; para los ca — sos en que la sociedad acuda al público para la subscripción, total o parcial, también será de rigor la previa y estricta permisión de la superintendencia.

Como lógico corolario de la primera de las intervenciones oficiales que se recomiendan, se prescribe, como necesaria e inexcusable, la autori — zación de la superintendencia cuando de aumentar o de reducir el capital so — cial se trate.

También creímos oportuno introducir el envío obligatorio a la superin — tendencia, hecho por la gerencia y como parte de una memoria , de una co — pia del balance o inventario, Este envío deberá hacerse en forma periódica y, extraordinariamente, cuando el referido órgano ministerial así lo demande a la sociedad.

La actividad medular del órgano cuya creación recomendamos será la fiscalización oficial de las sociedades anónimas en todos los aspectos de su trayectoria en que, el interés general,demande del Estado — su único repre — sentante calificado — una protección que elimine, en el grado de lo humana — mente previsible, los abusos y fraudes , — con sus reales ya establecidos

en Costa Rica —, por parte de promotores, directores y administradores " Experiencias dolorosas nos han enseñado el camino de la intervención oficial y no únicamente privada. Esta nunca fué valladar insalvable para la evaluación exagerada para asimilar grandes capitales ; para el dividendo ficticio con que se engaña al público levantando el curso de las acciones; para la abusiva emisión de títulos preferidos o nuevos y para muchas otras maquinaciones, — de número incontable apriori —, destinadas sea a dar vida a un negocio indefectiblemente fracasado, sea a beneficiar a los promotores o directores de la empresa en menoscabo de incautos accionistas " (53).

(53) Antonio A. Taboada. Opus. Cit. 7.

C. TEXTO

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

Decreta:

la siguiente

LEY DE SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ANONIMAS

CAPITULO I

Artículo 1°.- Créase, dependiente del Gobierno y adscrita al Ministerio de Hacienda, una Sección Comercial encargada de la supervigilancia de todas las sociedades anónimas. El Jefe de dicha sección se llamará Superintendente de Sociedades Anónimas y tendrá a su cuidado la ejecución de la presente ley.

Artículo 2°.- El Superintendente de Sociedades Anónimas será nombrado por el Presidente de la República, por un período de cuatro años y de la lista de tres candidatos que al efecto deberá proporcionarle el Colegio de Contadores Públicos Autorizados de Costa Rica.

Artículo 3°.- El Jefe de la Sección que por esta ley se crea no podrá ser empleado, ni accionista ni pertenecer a la Junta Directiva de cualquiera de las entidades sociales a que se refiere esta ley. Treinta días luego de su nombramiento y antes de su posesión, el Superintendente garantizará el cumplimiento de las obligaciones de su cargo con una caución por la suma de cincuenta mil colones a satisfacción del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República.

Artículo 4°.- El Superintendente devengará un salario mensual de ₡ y no podrá, durante su mandato, desempeñar empleo o función alguna de índole privada u oficial.

Artículo 5°.- El Superintendente, con la aprobación del Ministro del ramo, nombrará los funcionarios que juzgue indispensables para el funcionamiento de la Sección a su cargo. El Poder Ejecutivo dictará las normas que llegue a determinar básicas para el desempeño de funciones subalternas.

Artículo 6°.- En caso de ausencias temporales del Superintendente, lo reemplazará un Superintendente Delegado, quien ,

para efectos de responsabilidad, deberá caucionar a satisfacción del Ministro del Ramo y de la Contraloría.

Artículo 7°.- Los fondos necesarios para el sostenimiento de la Sección que esta ley crea provendrán de las contribuciones que se lleguen a establecer a cargo de las sociedades anónimas y que se calcularán en base del monto de los activos reales de tales entidades.

Artículo 8°.- Cesará en su cargo, sin perjuicio de exigírsele la responsabilidad civil o penal en que incurra, el Superintendente o en su caso Superintendente Delegado que, directamente o por interpuesta persona, conserve o adquiera acciones en las sociedades anónimas, o especule en alguna forma con las empresas vigiladas.

Artículo 9°.- Ninguna sociedad anónima iniciará actividades sin el previo y especial permiso del Superintendente, quien sólo lo concederá cuando se le compruebe el cumplimiento de todas las formalidades legales y, además que se ha pagado efectivamente el capital suscrito que fija la ley.

Artículo 10°.- Todas las sociedades anónimas deberán enviar a la Superintendencia copia auténtica de la escritura de constitución, para el efecto de la matrícula y registro que deberá practicarse. Lo mismo se hará cuando de modificaciones a la escritura constitucional se trate y cuando se produzca su fusión.

Artículo 11°.- Comprobada la pérdida del cincuenta por ciento del capital social, y no habiendo reposición o disminución proporcional, el Superintendente decretará la disolución y liquidación de la sociedad anónima.

Artículo 12°.- Las sociedades conformarán, inexcusablemente, sus métodos de contabilidad a lo que dispone el artículo 251 y siguientes del Código de Comercio. La violación que se llegare a comprobar, por cualquier interesado, de esas normas, ante el Superintendente, será reprimida con multa de mil a diez mil colones, según la gravedad de la falta y conforme al criterio de este funcionario. Para este efecto toda clase de prueba es procedente.

Artículo 13°.- Toda sociedad anónima deberá presentarle al Superintendente, por lo menos una vez al año, un balance general de todos sus negocios. Cuando el capital social suba de cien mil colones la presentación del balance dicho será semestral.

Artículo 14°.- La Superintendencia organizará los archivos que juzgue necesarios para el mejor desempeño de sus funciones fiscalizadoras e informativas. Será el Jefe de la Sección quien

determine, bajo su exclusiva responsabilidad, la naturaleza de la información que pueda demandar cualquier habitante de la República. Con su firma y sello autenticará la documentación que tuviere que certificar para el público.

Artículo 15°.- El Superintendente por sí o por medio de algún Delegado podrá practicar visitas a las sociedades anónimas que funcionen dentro del país, cuando llegue a estimarlo necesario. El objeto de tales visitas no podrá ser otro que el de establecer si la sociedad cumple su objeto social, si lleva la contabilidad conforme a la ley, o si el capital suscrito se ha perdido en un cincuenta por ciento. De estas visitas se levantará una acta, por duplicado, firmada por el personero legal de la sociedad y por el funcionario fiscalizador, uno de cuyos ejemplares quedará en poder de la entidad examinada y otro se conservará en la Superintendencia. El Superintendente o sus Delegados no podrán, por ningún concepto y bajo ningún pretexto, inmiscuirse en sus visitas en lo que se refiere a procedimientos industriales, comerciales, sistemas de propaganda y de venta, estrategias, referencias, etc., ni en general en nada de lo que constituye o afecta la reserva comercial en relación con la competencia.

* Artículo 16°.- Las sociedades anónimas que acudan al público para situar o colocar sus emisiones, deberán previamente exhibir una autorización para tal efecto de la Superintendencia, quien sólo la otorgará cuando la entidad interesada demuestre haber llenado todas las formalidades prescritas por la ley, so pena de nulidad.

Artículo 17°.- El Superintendente podrá decretar el retiro de los mercados públicos de valores o bolsas, de las acciones de aquellas compañías que violen las prescripciones legales. Al efecto podrá hacer las publicaciones oficiales que juzgue eficaces para la protección del público en general. Sus actuaciones en este sentido, que pueden ser promovidas por cualquiera y en cualquier forma o medio, deberán ser aprobadas por el Ministro del ramo.

Artículo 18°.- El Superintendente, por medio del Ministro del ramo, dará cuenta al Consejo de Gobierno, por lo menos una vez al año, de la labor de su Sección y del movimiento de las sociedades anónimas durante el período, para lo cual incluirá los siguientes datos:

1. Memoria razonada sugiriendo posibles mejoras en el servicio bajo su dirección.
2. Censo de las sociedades anónimas.
3. Consolidación de aquellos renglones de los balances de las sociedades que lo permitan.

4. Síntesis de balances generales.
5. Sociedades en liquidación.
6. Datos estadísticos sobre movimiento de valores bursátiles.
7. Balance de las cuentas de la Superintendencia.
8. Cualquier otra información que crea de interés.

Artículo 19°.- El Superintendente impondrá todas las multas y sanciones a que lo autoricen las leyes. Estas resoluciones o providencias, y en general cualquier determinación suya que no esté firme, serán apelables ante la Contraloría General de la República.

Artículo 20°.- Cualquier habitante podrá denunciar ante el Superintendente las irregularidades y violaciones legales en que incurran las sociedades anónimas y solicitar su disolución o retiro del mercado de valores o bolsa cuando pruebe, por cualquier medio, que han caído en cualquiera de las causales que autorizan tales sanciones.

Artículo 21°.- Las sociedades anónimas domiciliadas fuera del país que establezcan sucursales o subsidiarias de carácter permanente en el territorio de la República, deberá solicitar para ello permiso del Superintendente, acreditando los mismos hechos que obligan a las sociedades nacionales como condición de existencia. Estarán asimismo sujetas a todo lo dispuesto en esta ley.

Artículo 22°.- Las sociedades anónimas, debidamente organizadas con arreglo a la ley, que no reparten dividendos por estar sus negocios en gestación y que tienen por objeto el desarrollo, explotación y fomento de la riqueza pública, mientras inician su explotación o producción, no estarán sujetas a la contribución o impuestos que trata esta ley.

Artículo 23°.- Las sociedades anónimas cuyas acciones no se negocian en el mercado de valores o que estén en liquidación podrán quedar exentas del control de la Superintendencia de Sociedades Anónimas si así lo solicitare un número de accionistas que represente, como mínimo, el noventa por ciento (90 por 100) de las acciones emitidas.

Artículo 24°.- Autorízase a la Superintendencia de Sociedades Anónimas para establecer la institución de los Contadores Públicos Juramentados (o bien a darle este carácter a los miembros de nuestro Colegio de Contadores Públicos Autorizados), cuyas principales funciones serán las siguientes:

1. Revisar los balances y los libros de las sociedades anónimas en los casos en que lo considere necesario la Superintendencia. Cualquier interesado podrá gestionar ante ese organismo fiscal en tal sentido.
2. Servir de peritos oficiales en los casos en que se requieran conocimientos técnicos especiales, y desempeñar las funciones que sobre el ramo de sus conocimientos les fije el Superintendente.
3. \ Desempeñar los cargos de liquidadores comerciales de las sociedades anónimas en liquidación o en quiebra (para este efecto sería más aconsejable la asimilación propuesta de los miembros del Colegio de C. P. A. de Costa Rica . Dada su investidura de Notarios Contables , la propuesta de Contadores Públicos Autorizados gozaría del mayor de los prestigios y confianza).

Parágrafo. La Superintendencia fijará los emolumentos u honorarios a que en cada caso tendrán derecho los Contadores, los cuales serán pagados por las entidades interesadas.

Artículo 25°.- (transitorio) Las sociedades anónimas existentes con anterioridad a esta ley tienen un plazo de un año a partir de la posesión del Superintendente para solicitar de éste el permiso de continuar ejerciendo su objeto social. Para obtener tal permiso deberán probar que han cumplido todas las formalidades legales para su constitución, que está pagado el porcentaje del capital suscrito fijado por él y que sus estatutos y contabilidad se conforman a lo prescrito por las leyes.

Artículo 26°.- Esta ley rige desde su publicación, etc.

B I B L I O G R A F I A
(Estudiada y de expresa cita)

ASCARELLI, TULLIO,

Derecho Mercantil.

AZZOLINA, HUMBERTO,

Sequestro de azioni e diritto di voto, Pág. 237 de Dcho. Com. U.A.M.

BERLE Jr., ADOLF. A. Y GARDNIER C. MEANS,

The Modern Corporation and Private Property, New York:

The Mac. Millan Co. 1947. (15a. Impresión). Pág. 189 Boletín No. 1 Dcho.

C. Mex.

BIELSA, RAFAEL,

Los Conceptos Jurídicos y su Terminología.

CALVO, MARROQUIN OCTAVIO Y ARTURO PUENTE,

Derecho Mercantil.

CLARKE, v. GREERENBERG,

Acción de responsabilidad en contra de consejeros por administración impropia e indebida, ejercida por un accionista. 71 N.E. 2d. 443 (N.Y., 1947)

Rel.

COSACK, KONRAD,

Tratado de Derecho Mercantil, de la traducción de Antonio Polo. (Consejeros de Vigilancia). Pág. 119.

DE SOLA CANIZARES, FELIPE,

Tratado de Sociedades por Acciones en el Dcho. Comp.

ESCUELA DE DERECHO, U. de C. R.

Revista de Ciencias Jurídicas, No. 5, pág No. 195, Prof. R. O.

FLORENTINO, ADRIANO,

Note sulla trasformazione delle società, en Revista del Diritto Commer -
ciale.

GUIER, ENRIQUE, PICADO Y SOTO HARRISON,

La administración Fraudulenta de la S.A. Tournon, 1957 a 1959.

HAMILTON, INSTITUTO ALEXANDER,

Biblioteca de Negocios Modernos.

LEY 73 de 1935, de creación de la Revasoría Fiscal en toda S. A., pág. 360
Cód. Com. Colombia.

MALAGARRIGA, CARLOS C.,

Tratado Elemental de Derecho Comercial, 3. ed. tomo I.

MANTILLA, MOLINA ROBERTO L.,

Derecho Mercantil, Librería de Porrúa Hnos, y Cía. Mex., 1946, I Vol.,
en 40., 423 pags.

MARTINES, MILTOS LUIS,

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

MEANS, GARDNIER C. Y ADOLF. A. BERLE Jr.,

The Modern Corporation and Private Property. The Mac. Millan Co., 1947.
(15a. Impresión). Pág 189, Boletín No. 1 Dcho. C. Mex.

PICADO, ANTONIO, ENRIQUE GUIER y FDO. SOTO HARRISON,

La Administración Fraudulenta de la S. A. Tournon, 1957 a 1959

PUENTE, ARTURO Y OCTAVIO CALVO MARROQUIN.

Derecho Mercantil.

RODRIGUEZ, RODRIGUEZ JOAQUIN,

Curso de Derecho Mercantil, tercera edición, pag. 43 (mex.)

RUBINO, DOMENICO,

- Las Asociaciones No Reconocidas, Madrid.
- SATANOWSKY, MARCOS,
Estudios de Derecho Comercial, tomos I y II. (TEA, Argentina, 1950)
- SOLERA, BENNETT JAIME,
Legislación Mercantil, 1951. Universidad de Costa Rica.
- SOTO HARRISON, FERNANDO, ENRIQUE GUIER Y ANTONIO PICADO,
La Administración Fraudulente de la S.A. Tournon, 1957 a 1959.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ANONIMAS,
Ley 58 de 1931; de creación. Código de Comercio Colombiano, pág. 286.
Reglamentado por Decreto N° 1984 . 1939.
- TABOADA, ANTONIO A.,
Derecho Comercial, segundo tomo (Arayú, Argentina, 1955).
- TRISTAN CASTRO, FIDEL,
" Sociedades Anónimas " . Tesis de Grado. Escuela de Derecho , U. de C.
R., 1960.
- VALLE P. LIC. NAPOLEON,
Las Sociedades Anónimas en el Proyecto de C. de C. disertación. Pág.218
Revista Colegio Abogados N° 139 a 144 Dic. 1957.
- VICENTE , S. PEREZ,
Revista de Derecho Mercantil, Mayo Junio, Madrid 1948, pág. 399.
- WAHL, ALBERT,
Précis Thorique et Practique de Droit Commercial. (Ed. 1922).
- WIENSHENK, RALPF,
Accountants and the Law, Univ. of Penn. Law Review, Vol. 96 N° 1,
Nov. 1947, p. 48

Esta monografía fue revisada, ordenada
y acabada en la "Sección de Tesis y O-
bras Universitarias" de la oficina del
Lic. Rogelio Navas G.
Edificio Astorga, Paseo de los Estu-
diantes, San José, Costa Rica.