

EL ADMINISTRADOR DE
HECHO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Laura Lydia Filippi

EL ADMINISTRADOR
DE HECHO EN LA
SOCIEDAD ANÓNIMA

Premio Dalmacio Vélez Sársfield
Tesis Sobresalientes

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA
2006

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Volumen XLI

El administrador de hecho en la sociedad anónima - 1a ed. -
Córdoba : Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales
de Córdoba, 2006.

308 p. ; 23x16 cm.
ISBN 987-1123-30-2

1. Sociedades Anónimas-Administración.

CDD 338.73

Fecha de catalogación: 16/02/2006

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS

Copyright © 2005, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba

Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)

Impreso en la Argentina - Printed in Argentina

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

AUTORIDADES
(Período 2004 - 2007)

Dr. OLSEN A. GHIRARDI
Presidente

Dr. RICARDO HARO
Vicepresidente

Dr. ERNESTO J. REY CARO
Secretario

Dr. EFRAÍN HUGO RICHARD
Tesorero

Dr. HUMBERTO VÁZQUEZ
Director de Publicaciones

Dr. ARMANDO S. ANDRUET
Director de Publicaciones adjunto

DR. JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Revisor de Cuentas

Dr. HORACIO ROITMAN
Revisor de Cuentas suplente

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba

Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929

E-mail: acader@arnet.com.ar

Consulte novedades doctrinarias en la

Página Web: www.acader.unc.edu.ar

REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

Dr. PEDRO J. FRÍAS

Dr. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

La imagen de recorte de Adobe Photoshop es demasiado grande para exponer
5 de mayo de 2005.

VISTO:

El Reglamento de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba por la cual se crea el Premio Publicación “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes” aprobado por unanimidad en la Sesión Ordinaria del 5 de septiembre de 2000;

Y CONSIDERANDO:

Que en cumplimiento con lo dispuesto en el punto 9 del referido Reglamento;

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

RESUELVE:

Art. 1º.- Integrar el jurado que entenderá en el Premio “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes” con los siguientes académicos: Dr. Luis Moisset de Espanés (Civilista); Dr. Ernesto Rey Caro (Especialista en Derecho Internacional); Dr. Ricardo Haro (Especialista en Derecho Público); Dr. Jorge de la Rúa (Penalista); Dr. Humberto Vázquez (Director de Publicaciones), Dr. Efraín Hugo Richard (Tesorero y Comercialista) y el Dr. Olsen A. Ghirardi (Presidente).

Art. 2º.- Comuníquese y archívese.

Ernesto Rey Caro
Secretario

Olsen A. Ghirardi
Presidente

Córdoba, 10 de junio de 2005.

VISTO:

Que el Dr. Efraín Hugo Richard se ha excusado de integrar el jurado del Premio “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes 2005”

Y CONSIDERANDO:

Que en cumplimiento con lo dispuesto en el punto 9 del referido Reglamento;

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

RESUELVE:

Art. 1º.- Designar para integrar el jurado que entenderá en el Premio “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis sobresalientes” al señor académico de número Dr. Horacio Roitman (Comercialista).

Art. 2º.- Comuníquese y archívese.

Ernesto Rey Caro
Secretario

Olsen A. Ghirardi
Presidente

Córdoba, 21 de agosto de 2005.

VISTO:

El dictamen final emitido en fecha 21 de agosto del corriente año, por el Jurado del Premio Publicación “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis Sobresalientes 2005”.

Y CONSIDERANDO:

Que según el texto del referido dictamen del jurado, y de acuerdo al punto 11) del Reglamento, es pertinente acordar el 1° Premio, publicación y diploma, para la tesis intitulada: “El administrador de hecho en la sociedad anónima” de Laura Lydia Filippi, realizada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; y Menciones honoríficas y diplomas para las tesis: 1. “La comercialización de las actividades espaciales. Responsabilidad Internacional y Solución de Controversias” de Luis Fernando Castillo Argañarás, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. 2. “Autonomía Municipal: ¿Realidad o utopía?” de María Gabriela Ábalos, presentada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Mendoza.- 3. “La imperatividad en el voto acumulativo” de Carlos A. Molina Sandoval, presentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Por lo dicho y en uso de sus atribuciones,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

RESUELVE:

1º) Adjudicar el Premio Publicación “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis Sobresalientes” año 2005 a la Dra. Laura Lydia Filippi por su trabajo “El administrador de hecho en la sociedad anónima”. El Premio consistirá en publicación y diploma.

2º) Conceder menciones honoríficas y diplomas para las tesis: 1. “La comercialización de las actividades espaciales. Responsabilidad Internacional y Solución de Controversias” de Luis Fernando Castillo Argañarás. 2. “Autonomía Municipal: ¿Realidad o utopía?” de María Gabriela Abalos, 3. “La imperatividad en el voto acumulativo” de Carlos A. Molina Sandoval.

3º) Comunicar a los galardonados la presente resolución.

4º) Dése a publicidad y archívese.

Ernesto Rey Caro
Secretario

Olsen A. Ghirardi
Presidente

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Mario y María Esther, mis padres, por su apoyo, confianza y paciencia y porque me enseñaron que una de las formas de alcanzar la plenitud reside en la superación personal. A Mario Daniel, Susana y Fernando y Jimena, porque desde la temprana convivencia hasta nuestra reciente y continua amistad siempre estuvieron a mi lado y de mi lado. A María Adela por sus oportunos consejos y cariño. A Virginia y Solange por su amistad de tantos años. A Oscar por su oportuna contención y confianza y entusiasmo en el estudio del derecho, sin el cual, tal vez, no hubiera alcanzado esta meta. A Efraín Hugo Richard, quien me mostró el camino de la docencia y con su ánimo y optimismo me enseñó y me sigue enseñando que sólo hace falta proponerse las cosas para lograrlas. A José Miguel Embid Irujo quien, a pesar de la distancia, siempre me hizo sentir el honor de ser su discípula. A todos ellos, gracias.

PRÓLOGO

Esta investigación sobre “El administrador de hecho” en las sociedades anónimas se gestó sobre el proyecto aprobado por el Tribunal de Admisión constituido por los profesores Ignacio Escuti (h); Víctor Montesi y Martha Díaz de Landa, en la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

En el proyecto presentado, además de previsiones metodológicas, se formuló como hipótesis que la figura del “*administrador de hecho*” no alteraba fundamentalmente los efectos de los vínculos internos y externos generados y regulados para el administrador de derecho, así como las relaciones de aquél con éste.

La ausencia de regulación normativa -también planteada oportunamente- delineó los objetivos y la metodología a utilizar fijando el plan de análisis de la investigación. Este plan consistió en dos partes. La primera de ellas se ciñó a la individualización e identificación de los supuestos considerados como “*administración de hecho*” en sentido estricto, concepto que debió limitarse cuidadosamente, lo que implicó dejar de lado en esta investigación, figuras parecidas y confundibles tanto en el derecho nacional como comparado y, en definitiva, circunscribió la investigación.

Este primer objetivo impulsó además un desarrollo sobre las relaciones jurídicas que surgen de la constitución de un sujeto de derecho-sociedad, el sistema jurídico que regula las relaciones entre ese sujeto y sus administradores y sus límites, todo ello con la intención de sistematizar una aplicación uniforme de los efectos tanto internos como externos.

Identificada la figura del “*administrador de hecho*” se procedió a analizar los diversos supuestos de configuración y sus requisitos, con el objetivo de analizar sus efectos desde tres parámetros que se consideraron los más relevantes: a) validez o invalidez de los actos realizados por

los administradores de hecho; b) imputación de los actos realizados y c) efectos de la imputación desde el punto de vista de la responsabilidad de la sociedad, sus órganos y del propio sujeto que actúa.

Pero la ausencia de regulación normativa también fue lo que motivó la elección de este tema, entendiéndose ya desde el inicio que la falta de regulación no puede actuar en beneficio del sujeto mismo, o de la sociedad que representa quien tolera esa actuación en su nombre, para obviar así sus obligaciones y responsabilidades, principalmente, frente a terceros.

El desarrollo de la investigación implicó la identificación de la figura en la jurisprudencia nacional y comparada con mayor frecuencia de lo esperado inicialmente, lo que hace suponer que, como las legislaciones más avanzadas, su regulación normativa debería preverse en una futura modificación de la ley de sociedades. Esta previsión no ha sido objeto de propuesta en la investigación ya que se ha considerado que la novedad del instituto y su caracterización como supuesto distinguible de las llamadas situaciones de “control” deberá primero ser aceptado por la doctrina y jurisprudencia nacional, para recién luego proponerse una modificación válida en ese sentido.

Desde el punto de vista metodológico es dable aclarar que la consulta de fuentes bibliográficas generales ha sido sustancialmente mayor que la citada en la investigación omitiéndose su cita por ser la misma conocida o considerada sobreabundante en algún caso. Por ello solicitamos disculpas por las omisiones incurridas. También se hace necesario aclarar que las fuentes y citas bibliográficas en idioma extranjero -excepto el alemán que fue extraído de autores españoles- han sido traducidas y comprendidas directamente por el autor lo que puede llevar a inexactitudes o desaciertos involuntarios.

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y LINEAMIENTOS GENERALES EN EL DERECHO NACIONAL Y COMPARADO DE LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO

I.1. Introducción

Las relaciones jurídicas, esto es, el contacto de los sujetos con otras personas físicas o jurídicas de derecho privado o público, o con un bien, que en razón de su cualidad son abarcadas por el derecho ¹, deben distinguirse de otras relaciones que son irrelevantes para el ordenamiento, a las que se califica como relaciones humanas o extrajurídicas.

En términos generales puede decirse que el ordenamiento disciplina y regula las relaciones jurídicas personales o reales, pero ello no implica que toda relación jurídica para poder ser calificada como tal necesariamente se encuentre contenida en dicho ordenamiento. En efecto, conforme lo sostiene Messineo ², existen figuras que escapan a la previsión legal o que carecen de los requisitos predispuestos por ella pero que no por el hecho de la ausencia de regulación pueden quedar desprovistas de reglamentación jurídica o amparada por ésta.

¹ MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, traducción de Sentís Melendo, S, Buenos Aires, E.J.E.A., 1971, t. I, pág. 11.

² MESSINEO, F., *Manual de derecho civil ...* cit. nota anterior, t. V, pág. 6.

Estas relaciones jurídicas “de hecho” de contenido patrimonial o no patrimonial ³, tienen como características comunes que no son contrarias a la ley, ni son o pueden ser, ignoradas por el ordenamiento jurídico. Sus efectos, en la mayoría de las veces, se encuentran abarcados por el sistema jurídico positivo, equiparándoselas a las situaciones de derecho equivalentes, y la falta de regulación positiva concreta, dificulta la precisión de sus límites.

En este campo, se desarrolla la figura del “administrador de hecho”, fenómeno que de forma reiterada, aunque no siempre bajo esta calificación, se revela en la realidad nacional y comparada, siendo dicho fenómeno el objeto de esta investigación.

I.2. Las relaciones de cambio y las relaciones de organización

El estudio de una figura como la del “administrador de hecho”, impone plantear en forma preliminar, institutos como lo son el mandato y la representación, sus diferencias y efectos. Esta necesidad surge a partir de la confusión -y, en algunos casos, identificación- que la doctrina y jurisprudencia realiza respecto de los diferentes supuestos de actuación “en representación” que si bien se encuentran diferenciados en la mayoría de los casos normativamente, generan desconcierto al momento de la sistematización de sus presupuestos y consecuencias.

La confusión que se produce, tanto en el uso como en la interpretación de ambos institutos, principalmente en las relaciones de cambio, trasladándose a las relaciones de organización, puede afectar la claridad de las consecuencias jurídicas de la figura del “administrador de hecho”, directamente relacionada en su faz externa, con el instituto de la representación.

A su vez, las históricas dificultades de la doctrina y la jurisprudencia para sistematizar los presupuestos y efectos de las relaciones societarias, especialmente cuando el sujeto de derecho se vincula con terceros ajenos

³ Cómo pueden ser el “matrimonio de hecho” o la “separación personal de hecho”.

a la organización interna societaria, han coadyuvado para arribar a conclusiones disvaliosas para el orden jurídico societario.

Este último problema proviene, en la mayoría de los casos, de intentar aplicar a las relaciones de organización, como lo son, entre otras, las societarias, principios que corresponden sólo a las relaciones de cambio, sistema este último sobre la base del cual se ha construido originariamente el ordenamiento jurídico general ⁴.

De lo expuesto se desprende la necesidad de una obligada referencia a los aspectos mencionados antes de ingresar en el tema concreto. A modo de introducción, en forma necesaria y previa, se intentará delimitar las figuras de “mandato” y “representación” y sus efectos; las principales diferencias entre las relaciones de cambio y las de organización, para luego conceptualizar a la figura de “administrador de hecho” y sus efectos.

1.2.1. Relaciones de cambio

1.2.1.1. La representación y sus efectos

En términos generales, se puede conceptualizar a la “representación” como una técnica de formación de actos jurídicos, por intermedio

⁴ En este sentido v. RICHARD, E., *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, vol. XXIV, pág. 11 y ss.; BETTI, E., por su lado en *Teoría generale del negozio giuridico*, Ristampa corretta della II edizione, Napoli, Scientifche Italiane, 1994, pág. 558, denuncia el problema de la siguiente forma: La figura del representante debe ser distinta de aquella del órgano de una persona jurídica. Sobre el terreno del derecho privado, la representación presupone una neta, completa separación entre las dos esferas jurídicas del representante y del representado: separación tal que hace aparecer posible, al menos abstractamente, que el negocio produce sus efectos en cabeza de quien lo concluye. Pero al órgano le falta, en cuanto órgano de una individualidad jurídica propia, distinta, diversa e independiente de aquella persona de la que es órgano. En el mismo sentido RIVERA, J., quien siguiendo a Betti, expresa que no existiendo -a la luz de la doctrina organicista- una indispensable autonomía en las esferas de actuaciones de representante (el miembro) y representado (el ente colectivo) deviene inaplicable la sistemática de la representación a quienes actúan por las personas jurídicas. Cit. por SAUX, E., “La representación en los actos jurídicos” (RDCO V. 1995-B [julio-diciembre] pág. 192).

de otro sujeto ⁵. También en términos generales la representación puede tener como fuente de creación, la ley ⁶, el contrato ⁷ o las disposiciones emitidas por el juez ⁸.

Según la tradicional clasificación, la representación puede ser directa o propia, o pasiva o impropia, teniendo en común ambas especies, que los actos generados por el sujeto representante son imputados a otro sujeto que es el representado, pero diferenciándose en que mientras en la representación activa el representante es el autor de una declaración por medio de la cual se generan derechos y obligaciones para su representado, en la pasiva, el representante es receptor de dicha declaración ⁹.

a. Elementos y requisitos de la representación convencional propia

Tomando como punto de referencia, e interés, la representación convencional cuya fuente es, en forma genérica, el contrato, y tal como ya lo estableciera Fontanarrosa ¹⁰ -autor al que se hará referencia principalmente en este capítulo- habrá representación (directa o propia) cuando el sujeto de la declaración de voluntad, al celebrar el negocio con el tercero, emite la declaración en nombre del sujeto del interés, haciendo de ese modo conocer a su co-contratante que los efectos jurídicos y económicos del negocio recaerán directamente en su representado ¹¹.

⁵ Sobre el justificativo histórico de la existencia de la representación puede consultarse: BUERES, A., y MAYO, J., “Algunas ideas básicas para una teoría de la representación” en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 6, pág. 53 y ss..

⁶ Caso de la patria potestad, art. 264 C.C.; el tutor, arts. 377 y 389 C.C.; el curador, art. 468 CC, etc..

⁷ Como es el caso del contrato de mandato, art. 1869 C.C..

⁸ Caso del interventor judicial cuyas funciones y alcances son otorgados por el juez que lo designa: art. 113 y ss. ley 19.550.

⁹ Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., siguiendo a Von Thur, *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Zavallía, 1975, pág. 296.

¹⁰ FONTANARROSA, R., *Derecho comercial argentino*, 2ª ed., Buenos Aires, Zavallía, 1969, pág. 354.

¹¹ Dentro de las posibles clases de representación y, de acuerdo a su fuente, ésta puede ser legal o convencional, siendo que a los efectos del presente trabajo sólo se hará referencia a la representación convencional o voluntaria.

El concepto enunciado implica diferentes elementos que pueden resumirse en: a) la necesaria actuación de una persona “en nombre” de otra, es decir, haciendo saber al tercero a quien se dirige la declaración de voluntad, que los efectos del vínculo nacido en virtud de la misma recaerán sobre un sujeto diferente del que manifiesta dicha voluntad y b) el necesario “interés” (por cuenta) también ajeno, es decir, satisfaciendo expectativas de otro sujeto. Frente a la existencia condicionada de los elementos mencionados, todos los efectos externos propios del negocio de representación, se imputarán directamente sobre el sujeto en cuyo nombre e interés se actúa.

Sin perjuicio de lo expuesto y a los fines de la validez y perfección del acto, también son necesarios tres requisitos y que, según la estructura descrita por Fontanarrosa, pueden, resumirse en los siguientes: 1. “la facultad de representar”; 2. la *contemplatio domini* y 3. la actuación del representante dentro de los límites del poder de representación o procura ¹².

En este orden, el primer requisito se encuentra cumplido cuando, cualquiera sea la fuente de la representación -legal o convencional- y su forma, el representante ha obtenido la autorización (procura) a fin de representar a otro sujeto en uno o más actos que crearán relaciones entre el representado y el tercero ¹³. Siendo este elemento-condición necesario para la existencia de la representación propiamente dicha, la falta de la declaración voluntaria unilateral del otorgante impide la existencia del instituto de la representación.

12 Conf. SÁNCHEZ URITE, E., *Mandato y representación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pág. 33, los requisitos son: 1) una manifestación de voluntad; 2) que ésta se realice o se reciba en nombre y por cuenta de su representado y 3) que dicha manifestación de voluntad se haya realizado dentro de los límites que su poder de representación le había establecido.

13 Sobre la forma de la procura v. DIEZ-PICAZO, L., *La representación en el derecho privado*, reimp., Madrid, Civitas, 1992, pág. 144; SÁNCHEZ URITE, E., ob. cit., pág. 71 y ss.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., ob. cit., pág. 531 y ss.; RIVAROLA, M., *Tratado de derecho comercial argentino*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1939, t. III, págs. 480 y 481, etc.. Asimismo y para ser rigurosos, la expresión “ha obtenido” no es exacta siempre y cuando el acto de apoderamiento es un acto jurídico unilateral, donde se expresa la voluntad del *dominus* o poderdante, aun cuando éste se encuentre unido a otro u otros actos jurídicos unilaterales, bilaterales o complejos.

El segundo requisito previo, a fin de que el acto se realice con éxito, lo constituye la necesaria exteriorización por parte del representante y hacia el tercero de la relación interna existente entre el representado y aquél. Recién luego de la mencionada exteriorización, existirá representación propiamente dicha ya que el representante transfiere por medio de tal manifestación, todos los efectos jurídicos (derechos y obligaciones nacidas del acto con el tercero) al poderdante, o sea, al representado ¹⁴. Por su parte, de igual modo que la representación, el acto de “apoderamiento”, puede nacer de diversos institutos jurídicos contractuales como pueden ser el mandato, la locación, etc..

Por último, la sola concurrencia de los elementos mencionados, no son suficientes a los fines de la validez del acto de representación, ya que dicho acto sólo tendrá efectos plenos, válidos e inmediatos, si el representante ha actuado dentro de los límites del poder otorgado.

En definitiva, la existencia de los elementos y requisitos expuestos condiciona la vigencia y validez de la representación directa o propia, por lo que la falta o vicio en alguno de ellos obsta a su configuración.

b. Los posibles defectos en el negocio jurídico de representación

Como se adelantó, la existencia del negocio jurídico llamado procura coadyuva a configurar la relación representativa regular, siendo que la falta de ésta o en términos más generales, la ausencia de la voluntad del

¹⁴ De acuerdo a lo expuesto, y conforme Fontanarrosa, se pueden sistematizar las siguientes condiciones-efectos frente a la exteriorización de la existencia de representación: a. el contrato entre el representante y el tercero se considera realizado entre presentes; b. debe tomarse en cuenta la capacidad del representado y no del representante (según las disposiciones del Código Civil, el negocio concluido por un mandatario incapaz es plenamente válido para el representado, arts. 1897 y 1898 C.C.); c. el representante es el que manifiesta la voluntad, por lo que el discernimiento relevante a fin de la conclusión del acto es el del representante (debiendo tenerse en cuenta, en el caso de vicios de la voluntad, error, dolo o violencia, si éstos han recaído en la voluntad del representante); d. consecuentemente, la buena o mala fe, tenida en cuenta a los fines del cumplimiento acabado del acto, en principio es el del representante aunque este principio no es absoluto siempre y cuando si se acredita que el mandante ha realizado el negocio de representación justamente con el fin de violar una prohibición o limitación que conocía, previa prueba, se deberá estar a la buena o mala fe del poderdante.

representado, configura un negocio jurídico representativo viciado, presu-poniendo la existencia de un *falsus procurator*, conforme lo ha denominado la doctrina ¹⁵.

Si bien como concepto general puede decirse que existe la actuación de un *falsus procurator* cuando un sujeto actúa en nombre de otro (*dominus*) sin poseer autorización para tal fin, la figura puede contener dos matices diferentes: actúa tanto como *falsus procurator*; el sujeto que no tiene poder de representación de otro sujeto ¹⁶, como el sujeto que puede haber tenido poder suficiente de representación pero éste se ha extinguido (cualquiera fuera la causa de tal extinción ¹⁷).

¹⁵ Para DIEZ-PICAZO, L., *La representación ...*, cit., pág. 215, la figura del *falsus o fictus procurator* puede diferenciarse del representante aparente. Para el autor, el primer caso “constituye una particular aplicación de la hipótesis de la ausencia de poder de representación, donde la protección hay que dispensarla en favor del dominus. Supone, por consiguiente, que el dominus no ha participado en absoluto en la actividad del llamado *fictus procurator*, que ésta no se ha debido ni a su iniciativa ni ha habido respecto de ella *acquiescencia*”, mientras que “La apariencia de poder de representación puede obedecer un comportamiento del dominus negotii, cuando éste, con sus actos tácitamente o con su *acquiescencia*, ha contribuido a crear la apariencia y, por consiguiente, la base de una situación en la que los terceros pudieran confiar razonablemente”. De lo expuesto se desprende que el autor tomando en cuenta la acción (u omisión) del supuesto mandante, realiza una distinción cuyos efectos en forma general son los mismos pero difieren a la hora de analizar la vinculación o no del mandante frente al acto y sus efectos. Esta interesante distinción no ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia nacional (v. nota 18). Por su parte, GORDILLO, A., en *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978, pág. 129 y ss. destaca que “no toda actuación del llamado *falsus procurator* ha de constituirse siempre necesariamente en caso de representación aparente ... esta última supone que, a más de actuación sin poder, concurren al supuesto circunstancias tales que pueden llevar al tercero a la convicción razonable de que la persona en cuyo nombre actúa el representante ha apoderado efectivamente a éste. Sólo en este caso, el *falsus procurator* será además, representante aparente”.

¹⁶ Conf. CNCiv., Sala B, E.D., 21-522: “En el mandato aparente, una persona obra a nombre de otra sin poderes suficientes y, sin embargo, las circunstancias que rodean su gestión hacen razonablemente suponer que obra en ejercicio de un mandato”.

¹⁷ Conf. CNCiv. y Com. Morón en autos: “P.D.R.E. c/ C.A.O.”, LLBA, 1996-408, la que ha establecido: “El letrado que inicia una acción -en el caso, un incidente de liquidación de sociedad conyugal- invocando una representación derivada de un mandato que ha caducado (...) deberá cargar con las costas generadas en el proceso por haber utilizado indebidamente un mandato que se encontraba extinguido”.

Frente a estos supuestos, que se agrupan siguiendo el criterio de sus efectos, nuestra legislación es concluyente. Establece, el art. 1161 C.C., que “(...) El contrato celebrado a nombre de otro, de quien no se tenga autorización o representación legal, es de ningún valor, y no obliga ni al que lo hizo (...)”. La previsión citada ha tendido a proteger en primer lugar al *dominus* o supuesto poderdante, dejando, en segundo plano, al tercero que contrata con el *falsus procurator* ya que éste debió, al menos, realizar las mínimas diligencias a fin de verificar si el supuesto representante, revestía tal carácter, debiendo en todo caso y según las prescripciones del art. 1163 C.C., responder por los daños y perjuicios que pueda causar al tercero ¹⁸.

¹⁸ Tal como se adelantó, si bien las disposiciones del Código Civil son concluyentes respecto del interés jurídico protegido, al parecer la jurisprudencia es exigente, en el sentido que, para liberar de los efectos del acto al mandante, tal como lo prescribe el art. 1161, impone el criterio de analizar la buena fe del tercero y no su falta de diligencia en comprobar la real existencia del poder, apartándose así del verdadero sentido de la norma. Así CApel Civ. y Com. de Rosario, Sala II, en autos: “Puertola, Olga c/ Invero S.A.”, JA, 76-62, ha establecido que “Debe reconocerse la existencia de mandato aparente cuando una persona obra a nombre de otra sin poderes suficientes y, sin embargo, las circunstancias que rodean su gestión hacen suponer razonablemente que obra en ejercicio de un mandato, lo que hace que el aparente mandante quede obligado frente al tercero de buena fe”; CNCiv., Sala H, en autos: “Moreno, Eduardo J. c/ Convivencia Coop. de Vivienda Ltda.”, L.L., 1997-E-341: “Debe protegerse al tercero de buena fe en el conflicto creado entre quien no tiene poderes suficientes y aquí el que ha creído por motivos serios en la existencia real de un mandato, porque de esta forma se atiende a la seguridad jurídica”; y que “El mandato aparente ha tenido amplia recepción, tanto en la jurisprudencia nacional como extranjera, y así la persona que permitió que otra actuase de tal manera que razonablemente indujo a pensar que lo hizo en su representación, debe ser tenida como mandante frente a los terceros que, sin duda y de buena fe, contrataron con el mandatario aparente”, etc.. La inclinación antes mencionada es denunciada por la misma jurisprudencia, con la que se coincide, y que expresa: “Con frecuencia una persona obra en nombre de otra sin poderes suficientes y, sin embargo, las circunstancias que rodean su gestión hacen razonable suponer que obra en ejercicio de un mandato. En el conflicto entre el interés de quien no dio poderes suficientes y el tercero de buena fe que creyó por razones serias que había mandato, la ley se inclina frecuentemente por éste, protegiendo de este modo la seguridad jurídica. La prudencia no es dudosa cuando la apariencia de mandato ha tenido como origen una culpa del dueño del negocio; pero a veces, aún sin culpa suya, se admite su responsabilidad” (CNCiv., Sala D, 22/8/75) y que “El juzgador debe manejar la hipótesis del mandato aparente con especial estrictez, jugando un papel preponderante las circunstancias del caso” (CNCom., Sala C, en autos “Annibali, Sebastián c/ Alberto Dodero y Cía. S.A.”, 21/6/74).

Sin perjuicio de lo expuesto, la legislación específica permite que el negocio cumplido por el *falsus procurator* pueda tener efectos entre el *dominus* y el tercero, siempre y cuando el primero ratifique expresamente el acto (arts. 1161 y 1162 C.C.), volviéndose el *falsus procurator* un gestor de negocios, y retrotrayéndose los efectos del acto jurídico concluido mediante el ahora gestor de negocios y el representado, al momento de la conclusión del acto ¹⁹.

Por su parte, según se adelantó, el representante del negocio representativo directo, debe actuar dentro de los límites del poder. Así lo dispone el art. 1905 C.C., cuando bajo el título “De las obligaciones del mandatario” establece: “Debe circunscribirse en los límites de su poder (...)”. Por lo que “pasando los límites del mandato, y el mandante no ratificare el contrato, será este nulo, si la parte con quien contrató el mandatario conoce los poderes dados por el mandante” (art. 1931 C.C.), desobligándose así al representado por no existir negocio de representación ^{20 21} y estableciéndose concordantemente -art. 1938 C.C.- el derecho de los terceros de exigir al representante los instrumentos propios de la procura ²².

De lo expuesto, se deriva que la diferencia puntual entre representante aparente y abuso de poder de representación es justamente la falta completa de poder en el primer caso donde no existe negocio de representación alguno -y, por lo tanto, el acto jurídico nacido no tiene valor ni

¹⁹ Conf. Suprema Corte de Mendoza, Sala I, en autos: “Blanco, José M c/ José Viqueira Lago y/u otro”, E.D., 107-338: “Mediante la ratificación el dueño quiere que las consecuencias del acto incidan sobre él y concluir entonces, un acto perfecto. Se explica así la norma del art. 1936 C.C., en cuanto la ratificación tiene entre las partes efecto retroactivo al día del acto, por todas las consecuencias del mandato. Luego, de suyo, el acto queda válido desde su origen como si hubiera sido realizado dentro de los poderes del mandatario, aunque si bien dentro de las relaciones de las partes, es decir entre el mandante y el otro contratante”.

²⁰ Ello también con la salvedad de la mencionada ratificación y con las consecuencias propias de los arts. 1935, 1936 y 1937 C.C...

²¹ Es dudoso al menos desde el punto de vista de los efectos, la distinción que R. FONTANARROSA, R., ob. cit., pág. 368, realiza entre exceso de facultades y abuso de ellas, caso este último en el que el mandante quedaría obligado y respondiendo el representante por los daños y perjuicios causados siempre y cuando el Código Civil establece claramente la necesidad del conocimiento (y el derecho a exigir) del tercero la procura, tornándose así indispensable la diligencia de este último.

obliga a quien lo ha realizado- y la existencia del negocio representativo, en el segundo. El efecto en este último caso es la nulidad del negocio realizado con el tercero, por exceso de poder, cuando el tercero a pesar de tener la facultad de requerir el instrumento de representación, no ha ejercido dicha facultad.

En definitiva, el mandante sólo se encuentra obligado y, va de suyo que el acto se considera realizado validamente por éste, cuando ha sido ejecutado en los límites del mandato o sea cuando “entra en los términos de la procuración” (art. 1934 C.C.) .

c. Distinción entre mandato y representación. Efectos del mandato

La confusión inicial que entre representación y mandato existía, ha sido superada luego del arduo trabajo realizado por la doctrina y la jurisprudencia. En nuestros días, no existen dudas sobre su diferenciación aun cuando ciertas disposiciones propias del contrato de mandato le sean aplicadas a la representación por disposición del art. 1870 C.C.. Sin perjuicio de ello, es de suma ayuda, realizar un breve repaso sobre sus diferencias, para luego analizar los efectos de mandato en cuanto difieran de los de la representación.

Una de las primeras distinciones reside en que el contrato de mandato es una de las posibles fuentes de la representación siendo éste, un contrato por medio del cual una parte da a otra el poder, que éste acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y por su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza (art. 1869 C.C.). Esto acarrea la lógica consecuencia de que puede existir representación sin mandato como sucede en los casos de representación legal; que es posible la existencia de representación voluntaria sin mandato ²³ y que exista

²² Así CNCiv., Sala E, en autos: “Schujman, Aída c/ Giordani, Luis”, E.D., 70-410. “Si el mandatario del vendedor se extralimitó en el cumplimiento de sus poderes al incluir en el contrato de compraventa una cláusula no autorizada, inclusión que significó para el vendedor la privación que ejerció oportunamente al contestar la demanda de escrituración, en esas condiciones, si el mandante no ratifica el contrato, éste será nulo aunque el tercero con quien contrató el mandatario fuera de buena fe y no conociese los límites del mandato, toda vez que debió exigir la exhibición del instrumento que lo contenía”.

²³ Según LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., (*Teoría de los contratos. Parte general*, Buenos Aires,

mandato sin representación, como es el caso de la “comisión civil” (conf. art. 1929 C.C.²⁴) o el contrato de prestanombre²⁵.

La definición transcrita encierra, asimismo, otra de las diferencias entre las figuras ya que el mandato, compartiendo la naturaleza de los contratos, debe ser aceptado²⁶ por el mandatario.

Por su parte, la actuación del mandatario puede ser tanto en nombre propio como en nombre ajeno del mandante, asumiendo, el mandatario, en el primer caso, la responsabilidad frente al tercero como propia, sin perjuicio de las relaciones internas entre mandante y mandatario y, en el segundo, aplicándose las disposiciones generales sobre representación. En la representación, en cambio como se adelantó, es necesaria la actuación en nombre ajeno²⁷.

1.2.2. Breve referencia a las relaciones de organización

En las relaciones de organización, más específicamente en cuanto a la representación societaria se refiere, el principio rector está dado por el

Zavalía, 1975, pág. 299) “*el caso más claro es el que se presenta cuando alguien comunica a otro que ha designado a determinada persona como apoderada de recepción*”.

²⁴ Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., *Teoría de los...* cit., pág. 299.

²⁵ En cuanto a los efectos de la figura del “prestanombre”, el art. 1668 C.C. dispone: “El que sólo fuere socio ostensible por haber simplemente prestado su nombre, no será reputado socio, en relación con los verdaderos socios, aunque éstos le den algún interés; mas lo será con relación a terceros con derecho contra los verdaderos socios, para ser indemnizado de lo que pagare a los acreedores de la sociedad”. El derogado Código de Comercio establecía en su art. 299 que “La persona que preste su nombre como socio, o tolerase o permitiese poner a continuar su nombre en la razón social, aunque no tenga parte en las ganancias de la sociedad, será responsable por todas las obligaciones de la sociedad que fuesen contraídas bajo la firma social, salvo su acción contra los socios y sin responder a éstos por las pérdidas y daños”. Actualmente, la L.S.C. dispone en su art. 34: “El que prestare su nombre como socio no será reputado como tal respecto de los verdaderos socios, tenga o no parte en las ganancias de la sociedad; pero con relación a terceros, será considerado con las obligaciones y responsabilidades de un socio, salvo su acción contra los socios para ser indemnizado de lo que pagare”.

²⁶ Tal aceptación puede ser expresa o tácita conforme con los arts. 1875 y 1876 C.C...

²⁷ En cuanto a los demás efectos del mandato, se remite a lo ya expresado sobre los efectos de la representación.

art. 58 de la ley 19.550 (en adelante, L.S.C.) el cual dispone un sistema de imputación que indica que todos los actos que los representantes orgánicos de las sociedades comerciales realicen en los límites del objeto social, son imputables a la sociedad, mientras que si realizan actos notoriamente extraños al objeto social, los actos serán imputados personal y directamente a quienes los hayan realizado ²⁸.

Este sistema de imputación dispuesto normativamente, implica dejar de lado toda referencia a sanciones de ineficacia e invalidez del acto realizado como es en el sistema de las relaciones bilaterales, siendo el acto así realizado -en principio- válido, limitándose el ordenamiento, a establecer a quien se le imputa ese acto y, consecuentemente, quién es el sujeto responsable de su cumplimiento: la sociedad o el sujeto que lo ha concluido.

Es clara la diferencia fundamental entre los sistemas legales dispuestos, lo que impide la aplicación de las reglas clásicas de representación a las situaciones de representación societaria. Lo importante de la diferenciación reside en que en el caso de representación contractual o mandato, la actuación fuera de los poderes atribuidos al representante por el representado, tornan el acto nulo o inexistente dependiendo del supuesto. En cambio, la actuación del administrador de una sociedad en abuso de sus facultades, en principio, no acarrea ni la nulidad, ni la invalidez, ni la ineficacia del acto sino sólo un problema de imputabilidad y eventual responsabilidad del mismo (conf. arts. 58 y 274 para las S.A. L.S.C.).

Así, mientras en las relaciones de cambio, la regulación común determina que frente a la actuación del representante en abuso de sus poderes, el acto se considera nulo o inexistente y que, en caso de actuación de un sujeto que en apariencia reviste la calidad de representante o *falsus procurator*, libera del cumplimiento del acto y de sus efectos tanto al representado como al representante (siempre con ciertas condiciones a las que se hará referencia seguidamente), en las relaciones de organización cuando un sujeto ostenta viciadamente la calidad de representante de una sociedad, u ocupa un cargo de tal naturaleza sin el correspondiente nombramiento, o realiza actos en abuso de las facultades otorgadas por el

²⁸ Aquí se hará referencia en forma sucinta al supuesto ya que el tema será tratado en el Capítulo IV.

mismo (cómo serían básicamente los supuestos de administración de hecho), no torna inexistente o nulo el acto realizado, sino que sus efectos se limitan a determinar su imputación y, eventualmente, atribuir las consiguientes responsabilidades.

Esta última solución tiene su razón de ser en la necesaria protección al tercero, lo que no implica sostener que este tercero se encuentre autorizado a oponer la falta de legitimación activa cuando un representante social excede sus facultades.

Por su parte, y conforme se desarrollará (v. *infra* Capítulo I.6.) la actuación del representante de derecho en abuso de sus facultades, deja como labor de interpretación -jurisprudencial o doctrinaria- si ese acto será imputable a la sociedad o directamente al sujeto que lo ha realizado, a los socios o controlantes en su caso y siempre dependiendo de los factores de atribución que se encuentran determinados en la propia ley de sociedades, pero nunca implica sanción de nulidad de él. Evidentemente, ello se debe a que dentro de “las relaciones de organización” existen diversos factores que rodean al acto en cuestión y que se refieren a efectos propios de las particularidades que lleva el nacimiento de un sujeto de derecho, la previsión de un patrimonio diferenciado y la complejidad de las relaciones internas y externas frente a tal organización. Estas circunstancias llevan a impedir la aplicación lisa y llana de las consecuencias y efectos de las relaciones representativas contractuales (negocio jurídico bilateral).

I.2.3. Primeras conclusiones

Existiendo un sistema normativo específico, son inaplicables -con algunas limitaciones- los principios de la representación propios de las relaciones de cambio, a las relaciones societarias.

Tal como ya lo explicara Colombres²⁹, la relación de representación que vincula a los administradores con la sociedad, a diferencia de lo que sucede en el caso del contrato de mandato, “integra la naturaleza del

²⁹ COLOMBRES, G., *Curso de derecho societario. Parte general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, pág. 149.

órgano de administración”. Ello implica que la terminología convencionalmente utilizada por la ley, la doctrina y la jurisprudencia referente al ejercicio de la “representación” por parte del sujeto legalmente designado para ejercer la “representación social”, no sería correcta ya que ésta implica la existencia de dos sujetos diferenciados, el representado y el representante, presupuestos éstos que no se cumplen en la organización societaria. Estrictamente lo que existe es una “exteriorización de la voluntad social o del ente” y no representación propiamente dicha y, en sentido tradicional, ya que en sustancia ese representante es el mismo ente.

I.3. Delimitación de la investigación

I.3.1. Concepción amplia y estricta de administrador de hecho. Aproximación al tema

A modo de aproximación al tema y a los fines de delinear en forma general la figura del “*administrador de hecho*” y, por lo tanto, de la investigación, se hace necesario realizar una primera distinción.

Para ello debe hacerse referencia indefectiblemente, a lo que podría denominarse concepción amplia y estricta de la voz “administrador de hecho”. Esta primera diferenciación se impone ya que, a primera vista, una serie de figuras que tampoco tienen contención legal en nuestro sistema positivo, parecieran asimilarse a la calificación de “administrador de hecho”. Es así que la calificación mencionada, y a partir del presente capítulo será la forma de referirse, siendo sólo empleada concretamente para dos supuestos:

1. para el sujeto que realiza funciones que le corresponden al administrador de derecho -tanto a la actuación en la esfera societaria interna como externa o de representación- sin designación alguna; y
2. para el sujeto que realiza funciones directivas pese a no encontrarse “regularmente” designado, ya sea porque el acto de designación contiene defectos formales o sustanciales.

Lo expuesto lleva a determinar que la locución e identificación del “administrador de hecho” sólo cabe, desde el punto de vista estricto, para el sujeto, la persona misma que por su propia actuación o por defectos en

su designación o, por ambas, realiza las funciones propias del administrador de derecho ³⁰.

I.4. Concepción amplia

Lo anterior, toma relevancia especialmente para el futuro desarrollo del tema ya que existen supuestos que se presentan en la realidad jurídica con matices diferentes, tanto en la forma de manifestarse como en sus efectos, y que de una u otra forma se asimilan a la configuración de administración de hecho. Específicamente, aquí se hace referencia a los supuestos que teniendo su causa en situaciones de control societario, permiten al dominante ejercer una influencia equivalente sobre la administración de la controlada y que -conforme los límites de la investigación- no serían casos contenidos en el concepto de “administración de hecho” en forma estricta tal como fuera definida.

Estas situaciones, en principio responden a otro distingo, que la doctrina comparada ha calificado como *amministratore occulto* ³¹ del derecho italiano, *dirigeants occultes* del derecho francés ³², *shadow director* del derecho anglosajón ³³, o las disposiciones sobre administra-

³⁰ El elemento relevante consiste en la posibilidad de que el sujeto tenga que cumplir con la gestión social en forma amplia, aunque como se verá existen ciertas condiciones para la imputación de responsabilidad -que serán desarrolladas en el Capítulo VII- como consecuencia de esa gestión.

³¹ Lo CASCIO, G., *La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali*, Giur. Comm., 1986, pág. 189 y ss..

³² La legislación francesa, ha tenido una evolución, según nuestro criterio, desfavorable en la diferenciación entre lo que se designa como “administrador de hecho” y administrador oculto o indirecto. Anteriormente, la ley de quiebras de 1967 específicamente disponía en su art. 99, al referirse a la extensión de quiebra, que sus efectos se aplicaban a los dirigentes de derecho, de hecho, aparentes u ocultos, realizando, en principio, una distinción entre las figuras de administración de hecho y los administradores aparentes u ocultos. Textualmente, la primera disponía: “Lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, a la requête du syndic, ou même d'office, que les dettes sociales seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux”. Además de la mencionada disposición existían otras normas que contenían la misma fórmula de exten-

ción indirecta u oculta, bajo la llamada “cláusula de responsabilidad del derecho accionario” (*aktienrechtliche Haftungsklausel*) del derecho

sión de responsabilidad a no sólo los dirigentes de hecho y derecho sino a los dirigentes ocultos o indirectos. Así, el art. 101 de la misma ley disponía: “En cas de régleme[n]t judiciaire ou de liquidation des biens d’une personne morale, peut être déclaré personnellement en régleme[n]t judiciaire ou liquidation des biens tout dirigeant, de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non (...)”. Sin perjuicio de ello, la legislación vigente ha limitado la referencia sólo a los administradores de hecho o derecho, en algunos casos (al respecto puede verse el art. 180 de la ley N° 85-98 del 25 de enero de 1985 relativa a “redressement et a la liquidation judiciaires des entreprises” mencionada, -comblement du passif-) o incorporado la terminología de administrador indirecto, en otros como el art. 5° la ley del 3 de junio de 1994 sobre “*société par actions simplifiée*”, la que dispone extender las sanciones penales correspondientes a “tout personne qui, directement ou par personne interposée aura en fait exercé la direction d’une société par action simplifiée sous le couvert ou au lieu et place du président et des dirigeants de cette société”. En la actualidad, disposiciones tales como el art. 180 de la ley N° 85-98 del 25 de enero de 1985 mencionada y relativa a “*redressement et a la liquidation judiciaires des entreprises*” sólo hace referencia a administradores de derecho o de hecho, complicando la diferenciación entre los distintos supuestos y, siempre desde nuestro punto de vista, englobándolos dentro de lo que puede llamarse, el concepto amplio de “*administrador de hecho*” dejando para la interpretación doctrinaria y jurisprudencial la distinción. Sobre las disposiciones que hacen referencia a administración de hecho ver: LEVENEUR, L., “Situations de fait et droit privé” en *Bibliothèque de droit privé*, París, Ed. LGDJ, 1990, t. 212, pág. 48. Asimismo y respecto de la responsabilidad del controlante dentro de esta interpretación v. MANÓVIL, R., *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 1090 y ss..

³³El derecho inglés, por su parte y a diferencia del criterio francés, ha determinado en forma específica la distinción entre “facto director” y *shadow director*. Partiendo de una concepción general en la que define a la expresión administrador a cualquier persona que ocupe la posición de director como sea que se lo llame (Companies Act 1985 Secc. 741 (1) “any person occupying the position of director by whatever name called”) conceptualiza al “*administrador de hecho*” como cualquier sujeto que actúa como director pero no se encuentra en realidad designado como tal. Mientras que en lo que respecta al *shadow director* se refiere “a person in accordance with whose directions or instructions the directors of a company are accustomed to act”. Quedando claro entonces, que no puede confundirse la figura del “*administrador de hecho*” con el oculto. Tal como lo establece L.B. GOWER, “Gower’s Principles of Modern Company Law”, London 1992, cit. por N. ABRIANI, “Gli amministratori di fatto delle società di capitali”, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milán, Giuffrè, N° 182, pág. 46, “*the difference between liability as de facto director and as a shadow director is that the former has openly acted as if he had been validly appointed, whether or not there are other properly appointed, directors, whereas the definition of shadow director presupposes that there is a board of directors who act in accordance with instructions from someone else, the eminent or shadow director (...)*”. También la jurisprudencia ha diferenciado nítidamente los dos supuestos estable-

alemán ³⁴ y que en las directrices del derecho comunitario no se ha identificado en forma diferenciada ³⁵.

I.5. Administración de hecho y control

En este orden, parte de la doctrina ³⁶ y jurisprudencia ³⁷ nacional

ciendo: “to establish that a person was a de facto director of a company it is necessary to plead and prove that he undertook functions in relation to the company which could properly be discharged only by a director. It is not sufficient to show that he was concerned in the management of the company’s affairs or undertook tasks in relation to its business which can properly be performed by a manager below board level”, mientras que para definir al *shadow* director ha dispuesto “what is needed is first, a board of directors claiming and purporting to act as such: and secondly, a pattern of behaviour in which the board did not exercise any discretion or judgement of its own but acted in accordance with the directions of others”. Cas. *Hydrodan Corby Ltd.* “Someone who acts as a director but is not actually appointed as such i.e. a de facto as opposed to a de jure director, will be treated as director”. Y para distinguir las figuras “de facto director” “con *shadow director* estableció que “The terms do not overlap. They are alternatives, and in most and perhaps all cases are mutually exclusive. A de facto director is a person who assumes to act as a director. He is held out as a director by the company, and claims and purports to be a director although never actually or validly appointed as such. To establish that a person was a de facto director of a company it is necessary to plead and prove that he undertook functions in relation to the company which could properly be discharged only by a director. (...) A shadow director by contrast, does not claim or purport to act as a director. On the contrary he claims not to be a director. He lurks in the shadows, sheltering behind others who, he claims, are the only directors of the company to the exclusion of himself. He is not held out as a director by the company”. Sobre el tema, puede verse: Boyle & Birds’, *Company Law*, 3rd Ed. Jordans GB, 1995, pág. 449 y ss..

³⁴ Dispuesta en el párrafo 117 de la Aktiengesetz, la cual establece que cualquiera que, ejercitando dolosamente la propia influencia sobre la sociedad, induzca a un administrador o a un miembro del consejo de vigilancia a realizar un daño a la sociedad, está obligado a resarcir el daño que ha derivado, en forma solidaria con estos últimos (...).

³⁵ La propuesta de la IX directiva sobre “Grupos de sociedad”, en su art. 9º expresa que cualquiera sea la empresa que se comporte como dirigente de hecho en la actuación de una sociedad, responde a esta última de cada daño resultante de tal intervención y derivada de un error de gestión como si la empresa fuese parte del órgano de dirección de la sociedad y debiese entonces vigilar y respetar los intereses de esta sociedad.

³⁶ En el derecho argentino, J. OTAEGUI, *Concentración societaria*, Buenos Aires, Abaco, 1984, pág. 446, quien expresa al tratar el tema de la responsabilidad del controlante impuesta por el art. 54 que dicha norma aclara la solución dispuesta toda vez que se refiere en forma inequívoca “ (...) a quien realiza o hace realizar negocios para la sociedad

como de la extranjera ³⁸ califican la responsabilidad y actuación de la sociedad controlante y sus administradores, equiparándola o identificán-

(33 párr. 1º L.S.R.) aunque no sea socio, pero sí controlante. Es decir que no se trata solamente de un socio administrador de jure, como en los casos del Código Civil, art. 1723 o de la L.S., art. 127 sino de un socio no administrador pero controlante, e incluso de un no socio ni administrador pero controlante, que actúa como administrador de facto, obviamente por medio de los administradores de jure (...). MANÓVIL, R., *Grupos de sociedades...*, cit., pág. 669, quien bajo el título: “El sujeto dominante como administrador “de facto” afirma que las personas dominantes deben tratarse como un administrador o director de facto o director en las sombras (*shadow director*). Aunque el autor que se comenta reconoce que “la doctrina del director o ‘administrador de hecho’ ha tenido también un campo de aplicación diverso al aquí tratado”; GARCÍA, O., “Control y responsabilidad”, Tesina Universidad Austral, 1995 (inérita), afirma que “La responsabilidad del controlante social que sanciona el art. 54, 1º párrafo, L.S., importa, en orden al nexo causal, la existencia de una relación compleja, que se integra vinculando el incumplimiento del “standard” del art. 59 L.S., por parte del administrador de jure; con el acatamiento de instrucciones y directivas del controlante (impartidas orgánica o inorgánicamente) y el daño (derivado de ello) a la sociedad” y concluye que “el controlante se comporta, en la hipótesis del art. 54, 1º párrafo, L.S., como un administrador de facto”. Por su parte el concepto “administración de hecho” (que ha accedido prenормativamente en el *Proyecto del Ministerio de Justicia del año 1991*, Buenos Aires, Astrea, 1993, en la sección correspondiente a los administradores de la sociedad anónima, donde se agregó al artículo 266, bajo la locución de “director de facto”), ha incluido la posibilidad de extensión de la responsabilidad que les corresponde a los administradores, a las personas físicas o jurídicas “según cuyas instrucciones el directorio de la sociedad haya actuado o tenga que actuar” y “quienes ejerzan las facultades que corresponden a los directores de la sociedad, o tengan control sobre ese ejercicio”.

³⁷ Juzgado Nacional Comercial Nº 9 en autos: “Correo Argentino S.A. s/ Concurso” (firme) Doctrina Societaria y Concursal, 2002, t. 13, pág. 583.

³⁸ En doctrina italiana frente a la interpretación del art. 3º, 10 de la ley sobre “Administración extraordinaria” (Ley Prodi): ABBADESSA, P., “I gruppi di società nel diritto italiano” en *I gruppi di società*, Bologna, 1982, pág. 142, ob. cit., por JAEGER, P., *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo*, Giur. Comm, 1981, I, pág. 416. En Francia, GAUTHIER, T., *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, París, Ed. Litec, 2000, pág. 492 y ss.. En “Forum Europaeum derecho de grupos”, Revista de Derecho Mercantil Nº 332, abril-junio de 1999, en el capítulo IX sobre “Obligaciones de los directivos respecto de las situaciones de crisis (*wrongful trading*)”, el criterio prevaleciente es el de considerar responsables por la actuación tanto a los dirigentes de derecho cuanto a los *shadow director* del derecho británico (punto a), asimilando dicha responsabilidad a la acción “en *comblement du passif* unida a la responsabilidad del *dirigeant de fait* del derecho francés y belga (punto b) para concluir que “Al igual que ocurre en el derecho británico, no se encuentran sometidos a esta amenaza de responsabilidad tan sólo los administradores nombrados o *dirigeants en droit*, sino también los llamados *dirigeants de fait*. Por tales hay

dola con la del “administrador de hecho” entendiéndolo, con algunos matices, que la responsabilidad nace como consecuencia de la “gestión” unitaria que los administradores de la controlante han efectivamente concretado a través de los administradores de la sociedad controlada.

La imposibilidad de la asimilación entre la figura de la “administración de hecho”, surge en la diferencia de los presupuestos, consecuencias y efectos, que en forma general se consideran derivados de la situación de control ³⁹.

En resumen, existe diferencia entre “el administrador de hecho”, tal como se ha delimitado, y los supuestos donde existe administración controlada, residiendo dichas diferencias en la tipificación de las conductas, los presupuestos responsabilizatorios, las vías de imputación de esa responsabilidad y su extensión.

1.5.1. Diferencias entre administración de hecho y administración controlada ⁴⁰

a. Las conductas

La primera diferencia se encuentra directamente relacionada con las conductas que “tipifican” ambas figuras. El elemento relevante y principal es la conducta-acción realizada por el sujeto, interviniendo en forma personal y directa en la administración societaria sin nombramiento alguno o con vicios en su designación ⁴¹.

que entender aquellas personas físicas o jurídicas que ejercen regularmente y en una posición independiente funciones de dirección de la empresa junto a o en lugar de los administradores nombrados. Puede ser también *dirigeant de fait*, una sociedad dominante en un grupo de empresas (...)” (en punto cc) Aplicación al grupo (*dirigeant de fait*).

³⁹ Se es consciente de que la problemática puede provenir de un problema estrictamente terminológico y no de contenido jurídico. Aun así la confusión en la utilización de la terminología produce a la vez una confusión en la imputación de las consecuencias jurídicas.

⁴⁰ Aquí seguimos nuestro artículo: “La administración controlada no es un supuesto de administración de hecho”, Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Societario, Valencia, 2001 (en imprenta).

⁴¹ Este es el criterio seguido por el Código Penal español, art. 31 y su interpretación por la doctrina, y por el StGB en el parágrafo 14 Abs. 3. En este último caso, la

Por su parte, la conducta que antecede a la imputación a la controlante, o a sus administradores nunca es en forma directa o personal sino siempre a través de personas interpuestas, o sea, el órgano de administración de la sociedad controlada actúa como si fuera una “prolongación” del órgano de la controlante y “como un instrumento de ejecución de la voluntad propia” de la controlante, existiendo “dependencia funcional”⁴² de los administradores de la controlada.

Así, a través de la “dirección unificada”, el órgano de administración de la controlante imparte instrucciones en cumplimiento de la política del “grupo” que los administradores de la controlada cumplen⁴³, pero de ninguna forma ejercitan directa y personalmente la administración de la sociedad controlada⁴⁴.

La diferencia apuntada en términos de Jaeger⁴⁵ reside en que para identificar en un sujeto a un “administrador de hecho” es necesario de-

incorporación al StGB de la figura del “*administrador de hecho*” como el sujeto que actúa en nombre de otro (art. 14 párrs. 1º y 2º) y la expresa enunciación de que también debe aplicarse el concepto de *administrador de hecho*, cuando el acto jurídico que debiera fundamentar la facultad de representación o la relación de delegación es ineficaz (art. 14 párr. 3º), ha colaborado a paliar el dilema (al menos en el supuesto del sujeto que actúa con un nombramiento irregular, ineficaz o nulo), quedando entonces solamente el problema de la imputación para el sujeto que actúa sin nombramiento. Ambas normativas disponen la sanción por el ejercicio efectivo de la administración, independientemente del título en que dicha conducta se base. Al respecto vid. GARCÍA CAVERO, P., *Responsabilidad penal del ‘administrador de hecho’ de la empresa*, Barcelona, Bosch, 1999, pág. 110 y ss. y, especialmente, referido al derecho alemán, nota 139 doctrina y jurisprudencia allí citadas.

⁴² MANÓVIL, R., *Grupos...*, cit., pág. 659.

⁴³ No es objeto de este trabajo tratar las consecuencias derivadas del cumplimiento o el incumplimiento por parte de los administradores de la controlada de las instrucciones impartidas por la controlante. Sobre este tema puede verse MANÓVIL, R., *Grupos...* cit., pág. 658; PAVONE LA ROSA, A., “La responsabilità da “controllo” nei gruppi di società”, *Riv. Soc.*, 1984, pág. 401 y ss., etc..

⁴⁴ Salvo que coincidan los sujetos, todos o algunos, que componen el órgano de administración de la controlante y de la controlada. Sobre el “Interlocking directorates” y sus consecuencias v. BURLANDO DE ACUÑA, F., “El interlocking en el directorio (sobre directores comunes a dos o más sociedades)” en *El directorio en las sociedades anónimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pág. 79.

⁴⁵ JAEGER, P., “Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori”, *Riv. Soc.*, 1985, pág. 824.

mostrar que éste desenvuelve continua y generalmente todas las funciones propias del administrador “de *jure*” circunstancia ésta que es inaplicable a los administradores de una sociedad controlante.

En otras palabras, los administradores de la controlante no ejercen por sí las facultades otorgadas a los administradores de derecho de la controlada, sino que imparten instrucciones a dichos administradores, mientras que los “administradores de hecho” siempre son sujetos que administran la sociedad controlada en forma directa y habitual.

b. Presupuestos para la imputación de responsabilidad

También diferentes son, en ambos casos, los presupuestos de imputación de responsabilidad al “administrador de hecho” y al órgano de administración de la sociedad controlante o a la sociedad misma, toda vez que en el primer caso, su responsabilidad surge por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo y, en el segundo caso, la base de la imputación de responsabilidad reside en el abuso de la dirección unitaria en beneficio de la controlante o de otra sociedad del grupo y en perjuicio de la controlada.

En efecto, si bien no ha sido sencillo determinar la relación jurídica base entre el “*administrador de hecho*” y la sociedad a los fines de imputar la responsabilidad correspondiente, la asimilación de la figura al administrador “de *jure*” por el ejercicio de la administración, parece ser la solución uniforme. Es así que, conforme nuestra legislación, el “*administrador de hecho*” responderá frente a los socios y terceros en los términos de los arts. 59⁴⁶ y 274⁴⁷ de la ley 19.550.

Distinto es el supuesto de la imputación de responsabilidad a la sociedad controlante o a sus administradores, toda vez que dicha responsabili-

⁴⁶ Art. 59 ley 19.550: “[*Diligencia del administrador: Responsabilidad*] Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

⁴⁷ Art. 274 ley 19.550: “[*Mal desempeño del cargo*] Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (...)”.

dad, a diferencia de la anterior, se encuentra dispuesta por los arts. 54⁴⁸ y 161:2, 175 y 176 de la ley 24.522.

El supuesto contenido en el art. 54, 1^{er} párrafo, imputa responsabilidad al controlante por el daño causado a la sociedad “por (su) dolo o culpa”, consecuencia del principio recogido por el art. 1109 C.C., que obliga a reparar el daño a todo aquél que “ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia” lo ocasiona⁴⁹. Este “daño” puede ser causado por la sociedad controlante en forma indirecta a través de sus administradores quienes, a su vez, imparten instrucciones a los administradores de la controlada, o directa mediante su injerencia, como socia, en las decisiones sociales.

Por su parte, el desvío de fondos o efectos dispuestos en el 2º párrafo del art. 54 se complementa con las disposiciones antes mencionadas, siendo esta vía también una típica acción societaria, que sanciona al controlante torpe⁵⁰ frente a los daños producidos a la sociedad controlada.

En definitiva, la sanción dispuesta legalmente al “*administrador de hecho*” es la responsabilidad solidaria e ilimitada por el ejercicio de la función de administración y la del controlante es por el daño producido a la controlada por el abuso o desvío de esa situación de control, sea ésta a través de los administradores de la controlada bajo dirección unificada o directamente mediante el ejercicio de su derecho de voto en las respectivas decisiones.

⁴⁸ Art. 54 ley 19.550: [*Dolo o culpa del socio o del controlante*] El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

[*Inoponibilidad de la personalidad jurídica*] La actuación de la sociedad que encubre la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

⁴⁹ Sobre los efectos de los elementos subjetivos incluidos en la norma v. GARCÍA, O., *Control y ...*, cit., pág. 86 y ss..

⁵⁰ Terminología utilizada por OTAEGUI, J., *Concentración...* cit., pág. 444.

Lo expuesto no excluye la posibilidad de responsabilidad “aditiva” entre la controlante y los administradores de la controlada, frente a esta última por el mismo daño pero por diverso “título” o vía de imputación.

En otras palabras, frente al daño producido a la sociedad controlada responderán la sociedad controlante, que mediante sus administradores ejerce una dirección unitaria desviando el interés de la controlada, y los administradores “de *jure*” o “de *facto*” de la controlada quienes se encuentran sujetos a la directiva externa de la controlante.

De lo expuesto se desprende que los administradores de la sociedad controlante, actúan como órgano de ésta y, por lo tanto, en principio, su actuación se imputa directamente a la sociedad y no a los sujetos que componen el órgano personalmente. Sin perjuicio de ello, es evidente que la responsabilidad debe extenderse a los sujetos, entendiéndose en doctrina que la extensión de la responsabilidad a los administradores de la controlante no es más que la aplicación del principio general contenido en el art. 2043 C.C.I. (análogo al art. 1109 C.C. citado) que dispone que todo hecho doloso o culposo que ocasione un daño injusto a otro, obliga a quien lo ha cometido a resarcirlo. Se trata de un claro supuesto de responsabilidad extracontractual⁵¹. Aun cuando esta conclusión no es unánime⁵².

De todas formas, cualquiera sea la postura que se adopte en torno de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad de los administradores de la sociedad controlante, lo cierto es que dista mucho de poder identificarse ambas figuras, esto es, que pueda establecerse que el administrador de una sociedad controlante es “*administrador de he-*

⁵¹ BORGIOLO, A., “Dirección unitaria y responsabilidad en la administración extraordinaria”, RDCO, 1986, pág. 509 y ss.. También se pronuncia por la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del controlante (en este caso, del administrador del controlante), JAEGER, P., *La responsabilità solidale degli amministratori ...*, cit., pág. 650 y ss., y GALGANO, F., “Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia, Diretto da Francesco Galgano, vol. VII, *La società per azioni*, Padova, Cedam, 1984, pág. 186 y ss.; MANÓVIL, R., *Grupos de sociedades...*, cit., pág. 758.

⁵² FARGOSI, H., “Notas preliminares sobre la responsabilidad de los directores y la dirección unitaria en el grupo de sociedades”, E.D., 145-843; PAVONE LA ROSA, A., “La responsabilità da controllo” ..., cit., pág. 406; ABBADESSA, P., *I gruppi di società...*, cit., pág. 835.

cho” de la controlada, así como que la sociedad controlante sea “*administrador de hecho*” de la sociedad controlada.

c. Las tendencias en el derecho nacional. Crítica

Las distinciones mencionadas no han tenido recepción en nuestro país siempre que el concepto “administración de hecho” (que ha accedido prenormativamente en el *Proyecto del Ministerio de Justicia del año 1991*⁵³, de modificación de la ley de sociedades, en la sección correspondiente a los administradores de la sociedad anónima, donde se agregó al art. 266, bajo la locución de “Director de Facto”) ha incluido la posibilidad de extender la responsabilidad que les corresponde a los administradores de *jure*, a las personas físicas o jurídicas que “*según cuyas instrucciones el directorio de la sociedad haya actuado o tenga que actuar*” (inc. 1) y a “*quienes ejerzan las facultades que corresponden a los directores de la sociedad, o tengan control sobre ese ejercicio*” (inc. 2).

Mediante la redacción de la norma precitada, el legislador intentó incorporar figuras que en el sentido estricto que se ha dado a la locución, no puede calificarse como administrador de hecho⁵⁴. En efecto, en primer lugar, el supuesto previsto en el primer inciso mencionado haría referencia a la actuación de un directorio compuesto por uno o más directores (de derecho) que actúan bajo las directivas de otros sujetos o directores (de hecho o derecho) socios o no socios, sean éstos personas físicas o jurídicas, tengan estos últimos control o no sobre la sociedad. En este párrafo, la frase clave de análisis sería “según cuyas instrucciones”, ya que la norma estaría haciendo referencia a sujetos que no ejercen por sí las facultades otorgadas a los administradores de derecho, sino que imparten instrucciones. Consecuentemente, el supuesto incluido no sería identificable con lo que, en sentido estricto, puede calificarse como “administrador de hecho”.

⁵³ *Proyecto del Ministerio de...*, cit..

⁵⁴ Se aclara que en adelante, al utilizar la locución “*administrador de hecho*”, se hace referencia al sujeto que tiene a su cargo tanto la administración como la representación de la sociedad.

El segundo inciso, por su parte, se refiere a dos situaciones diversas, por un lado, al sujeto que de hecho y sin nombramiento ejerce las facultades (administración y/o representación) que le corresponden a los directores de *jure* y, por otro, al supuesto de control. Las expresiones confusas, se estarían refiriendo a lo que se ha identificado como concepto amplio de administración de hecho tanto en el primer inciso, cuando califica como tal al sujeto que no actúa directamente sino que imparte instrucciones a otros que se encuentran legalmente designados⁵⁵ -exista control o no entre las sociedades- cuanto, en la segunda parte del segundo inciso determinando en forma genérica como supuesto de administración de hecho al control de ese ejercicio⁵⁶.

Este segundo inciso comprendería -según la extensión de la interpretación que se realice- los supuestos de administración de hecho en sentido estricto, ya que cuando hace referencia a “quienes ejerzan las facultades que corresponden a los directores de la sociedad” puede aludir tanto a los sujetos que actúan sin nombramiento como a aquellos que realizan funciones pero su nombramiento se encuentra viciado.

Lo relacionado lleva a concluir que es evidente que el mencionado proyecto bajo la denominación de “administrador de facto”, utiliza como presupuestos de atribución de responsabilidad a supuestos que en la doctrina se denominan “administrador indirecto u oculto”, aplicando un criterio amplio y poco preciso de la expresión “administrador o director de hecho”.

Esta tendencia, también se plasma en la doctrina nacional cuando en forma genérica se establece⁵⁷: “*entiéndese por directores de hecho, de facto o indirectos a quienes administran la sociedad anónima en función de un mandato tácito o más concretamente no en base al*

⁵⁵ En doctrina nacional v. GAGLIARDO, M., en “Reformas al directorio de la sociedad anónima (Resolución M.J. 465/91) E.D., 19/5/94.

⁵⁶ Tal como lo establece GAGLIARDO, M., “Reformas al...” (cit., nota anterior) se impone aclarar que no todo supuesto de control es pasible de calificación como *administrador de hecho*, debiendo estarse a su determinación casuística y siempre con ciertas pautas interpretativas doctrinarias o jurisprudenciales.

⁵⁷ SASOT BETES, M., y SASOT, M., *Sociedad anónima. El órgano de administración*, Buenos Aires, Abaco, 1980, pág. 72.

título jurídico por el cual se es administrador, sino en base del hecho de la administración, que puede ocurrir independientemente del título y de la investidura”, combinando, confundiendo y amalgamando los diferentes conceptos antes expuestos ⁵⁸.

Sin perjuicio de ello, es de notar que la doctrina nacional ha comenzado a preocuparse por el tema, existiendo algunos artículos aislados sobre el administrador de hecho, que abarcan aspectos particulares ⁵⁹.

Lo expuesto hasta aquí, opera como límite de la investigación propuesta, toda vez que no será abordada la responsabilidad de la dominante o de sus administradores en las situaciones de control y grupo de sociedades. El tratamiento de los referidos institutos excede el ámbito propio de esta indagación y, por lo tanto, sin perjuicio de su interés y eventual tratamiento por su, muchas veces, concreta relación a la figura de administración de hecho, no serán objeto esencial y expreso de estudio de la presente.

I.6. Administración de hecho y abuso de poder del administrador de derecho

Otra aclaración preliminar útil a los efectos de delimitar la investigación consiste en distinguir entre la figura de “administrador de hecho” y la situación del representante que legalmente nombrado excede los ámbitos propios de sus facultades, ya sea que éstas sean otorgadas por la ley, el estatuto o el reglamento o que sean limitadas por estos instrumentos. En

⁵⁸ Esta asimilación se mantiene en la actualidad en algún sector de la doctrina que califica a los administradores de hecho, cuando ejercen, a su vez, actos de representación, como “representantes aparentes” asimilando la problemática de la representación societaria “aparente” a todo tipo de representaciones. En este sentido, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho societario. Parte general, Los órganos societarios*, Buenos Aires, Heliasta, 1996, pág. 603 y ss..

⁵⁹ ALLENDE, L., “Administradores de hecho” en *El directorio en las sociedades anónimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pág. 275 y ss., FARGOSI, H., y FARGOSI, A., “Nota sobre los directores de hecho”, L.L., 1987-E-580; FAVIER DUBOIS, E., “El representante de hecho y la apariencia en la actuación societaria”, *Doc. Societaria*, Errepar, VIII, pág. 205; GAGLIARDO, M., en “Reformas al...”, cit..

este último caso es evidente que existe un verdadero “abuso de poder del administrador de derecho” y no una situación de administración de hecho.

I.7. Administrador de hecho y socio mayoritario

Por su parte, la situación que deviene de detentar la mayoría de capital en una sociedad, que acarrea la consecuencia inmediata y natural de prevalecer en las decisiones sociales y, por lo tanto, de elegir a los administradores orgánicos, tampoco configura, ni transforma, de por sí, a dicho socio en “administrador de hecho”⁶⁰.

Ello es de toda lógica toda vez que el sistema societario prevé el “principio de mayoría” como forma de funcionamiento natural de la sociedad (art. 233 L.S.C.) y como medio de concretar el interés social que se plasma a través del interés de los socios individualmente considerados en la respectiva deliberación.

Puede, sin embargo, configurarse el supuesto de administrador de hecho, cuando ese socio mayoritario, además, tiene una intervención o injerencia personal y constante en la administración o representación societaria. De ocurrir esta conducta, se configuraría la situación de administrador de hecho, pero ya no por la posición mayoritaria dentro del órgano deliberativo, sino por la efectiva actuación del sujeto sin designación. En otras palabras, el socio mayoritario que se conduce como administrador porque “de hecho” administra y gestiona la sociedad será calificado como tal pero no por su posición mayoritaria, sino por su especial y personal conducta como “*administrador de hecho*” que actúa sin nombramiento⁶¹.

⁶⁰ La jurisprudencia francesa ha tenido oportunidad de manifestarse en ese sentido, sosteniendo que una participación activa en la vida social no implica que el interés sea inmiscuirse en gestión social sino el derecho de controlar la marcha de los negocios sociales. Sin perjuicio de ello el socio devendrá en *dirigeant de fait*, cuando su comportamiento como *maître* de la sociedad o cuando su participación le genere además la posibilidad de ser ejecutor de ese poder de decisión. App., París, 12/3/96 in Rev. Sociétés 1996, pág. 596.

⁶¹ Ver Capítulo VII, punto 5.3.

I.8. Concepción estricta de administrador de hecho

Realizada, entonces, una primera aproximación al tema y clarificados los diversos supuestos a los fines de evitar confusiones, se llega a una primera diferenciación entre lo que se ha denominado “concepto amplio” y “concepto estricto” de administración de hecho.

Circunscripto el objeto del presente trabajo al concepto estricto de “*administrador de hecho*” tal como fuera definido, se analizarán los diferentes supuestos que dentro del mismo pueden presentarse para luego proyectar una clasificación de las hipótesis de cada uno de ellos, con el objeto de sistematizar los problemas que plantean los diversos supuestos, sus posibles soluciones y efectos.

En este sentido, tanto la doctrina nacional como extranjera ha conceptualizado, en forma genérica, al “*administrador de hecho*” expresando que es “*aquel que sin título, o sin válido título gestiona o concurre en la gestión de la sociedad con un poder de hecho correspondiente a aquel que la ley reconoce a los administradores de derecho*”⁶² o “*quei soggetti che in concreto esercitano i poteri tipici di amministrazione, senza che tale esercizio sia stato legittimato da una regolare investitura, ovvero quando pur in presenza di un’investitura, si riscontrino situazioni di ineleggibilità o di decadenza*”⁶³ o “*Toute personne physique ou morale qui, assumant les memes pouvoirs qu’un dirigeant de droit, exerce en fait, en toute souveraineté et indépendance, une activité positive de gestion et de direction*”⁶⁴; particularmente, la doctrina nacional ha expresado que “*entiéndese por directores de hecho, de facto o indirectos, a quienes administran la sociedad anónima en función de un mandato tácito o más concreta-*

⁶² GALGANO, F., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* ... cit., pág. 270.

⁶³ ANTOLISEI, F., *Manual di diritto penale. Leggi complementari, I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, Milán, Giuffrè, 1997, pág. 109.

⁶⁴ RIVES LANGES, J.L., “La notion de dirigeant de fait au regard de l’article 99 de la loi de 1967 sur le reglement judiciaire et la liquidation des biens”, *Recueil Dalloz*, 1975, pág. 41 y ss..

mente no en base al título jurídico por el cual se es administrador, sino en base del hecho de la administración, que puede ocurrir independientemente del título y de la investidura” ⁶⁵.

Dentro de los conceptos esbozados y siempre en sentido estricto, existe administración de hecho o más claramente nos encontramos frente a un “*administrador de hecho*” en dos casos, que la doctrina comparada en “*fórmulas no demasiado rigurosas*” ⁶⁶, ha coincidido en conceptualizar:

a. cuando un sujeto en forma concreta ejercita los poderes típicos de la administración sin estar investido de un regular nombramiento, ya sea porque la designación no haya tenido los requisitos que la ley o el estatuto disponen, o porque dicho nombramiento ha caducado o cesado ⁶⁷.

En estos supuestos, nos encontraremos frente un administrador que posee dicho cargo basado en un título viciado, irregular o nulo, pero que posee como característica particular la existencia del presupuesto de la relación sociedad-sujeto;

b. cuando un sujeto realiza funciones que le corresponden al órgano de administración -ya sean internas o de representación- prescindiendo totalmente de título suficiente para tal fin. En este caso, se toma como elemento relevante el efectivo ejercicio de las funciones de administración y representación, siendo indiferente la ausencia de la relación jurídica con la sociedad.

I.9. El “*administrador de hecho*” en el derecho comparado

Los países que tradicionalmente se han ocupado de la situación del “administrador de hecho” son Italia y Alemania, ya que desde fines del

⁶⁵ SASOT BETES, M., y SASOT, M., *Sociedades anónimas. El órgano...*, cit., pág. 73 y siguiendo a Toesca: Con la explicitada confusión, según nuestro parecer.

⁶⁶ Conf. BORGIOI, A., *Amministratori di fatto e direttori generali*, Giur, Comm., II, 1975, pág. 595.

⁶⁷ Supuesto que es tratado en el Capítulo VI.12.

siglo XIX y en forma constante, la situación ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia. Tal tradición histórica, es la razón por la cual se considera útil realizar una breve referencia ⁶⁸.

1.9.1. El derecho italiano

La configuración de los supuestos de administración de hecho, tal como se han descrito, corresponden en su esencia, a la distinción que el derecho italiano ha realizado en los ámbitos civil y penal y que aún, en estos días, no es pacíficamente aceptada por la jurisprudencia y la doctrina.

Siguiendo el desarrollo de Bonelli ⁶⁹, el problema del distingo que la doctrina clásica italiana realiza entre “*administrador de hecho*” en competencia penal y civil, surge juntamente con la expresión “administrador de hecho” cuando a finales del siglo XIX ⁷⁰ en competencia penal se sancionó como culpable de quiebra a los sujetos que aun no encontrándose formalmente designados con regular y válido nombramiento, hubieron de facto ejercitado poderes directivos de gestión. Por su parte, el derecho civil ha considerado “administrador de hecho”, solamente al sujeto que ha actuado con un nombramiento, caduco, cesado, nulo o irregular.

Esta distinción de la doctrina tradicional entre lo que se entiende como “*administrador de hecho*” en sede penal y civil, ha recibido innumerables críticas, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia más moderna. Ello es así, en virtud de la incongruencia de sus bases ya que si se revisan los conceptos, se puede llegar a la contradicción de que en sede penal, un sujeto que ha usurpado funciones sea penado o sancionado con responsabilidad y que en el ámbito civil no ocurra lo mismo por la exigencia, que debe

⁶⁸ Ello sin perjuicio de las recientes manifestaciones que la figura ha comenzado a tener en el resto de las legislaciones europeas, tales como el Código Penal español de 1995, el italiano (Gazzetta Ufficiale N° 88 del 15/4/02) y en los proyectos de directrices comunitarias.

⁶⁹ BONELLI, F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milán, Giuffrè, 1985.

⁷⁰ Sent. Cass Torino 3 diciembre de 1884, ob. cit., por MINERVINI, G., *Gli amministratori ...*, cit., 1956, pág. 108.

previamente existir como condición, algún tipo de relación jurídica (viciada, implícita o nula) entre el sujeto que es objeto de imputación y la sociedad.

El problema de tal incoherencia, reside en que en el ámbito civil no podría imputársele responsabilidad a un sujeto que no tiene relación alguna con la sociedad, es decir, el sujeto que actúa sin nombramiento, en realidad, no puede calificarse como administrador y, por lo tanto, no podrían aplicársele las normas sancionatorias tradicionales internas, siendo este sujeto un tercero para la sociedad, ajeno a la organización jurídica.

En el ámbito penal y hasta la sanción del reciente decreto legislativo del 11 de abril de 2002 ⁷¹, la situación, si bien parecía más fácil, ya que en general las disposiciones sancionan conductas independientemente de las calidades jurídicas del sujeto, no lo era tanto siempre que para que exista delito debe existir necesariamente acción típica, por consiguiente, si la normativa penal no contenía en su tipo al sujeto que de hecho realiza funciones directivas, ese sujeto tampoco podía ser sancionable. Si a ello se sumaban otros principios penales tal como la imposibilidad de aplicación análoga de las normas o leyes penales, se concluía que un sujeto que actúa sin nombramiento era casi imposible de punición, a menos que específicamente, el tipo contenga el supuesto ⁷².

Actualmente, y a partir de la sanción del mencionado decreto que sustituyó el Título XI del libro V del Código Civil Italiano, “Disposiciones penales en materia de sociedad y de consorcios” se incorporó al art. 2639 la siguiente previsión: “Articolo 2639: (Estensione delle qualifiche soggettive). Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri

⁷¹ Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, Gazzetta Ufficiale N° 88 del 15/4/02.

⁷² Tal como sucede, por ejemplo, en el derecho penal español. Dicho ordenamiento, mediante la última modificación al Código Penal en 1995 ha incorporado expresamente y, dentro de los delitos societarios como parte del derecho penal económico, a los administradores de derecho o de hecho. Vid MATA Y MARTÍN, R., “Los delitos societarios en el Código Penal de 1995” en *Revista de Derecho de Sociedades*, 1995, pág. 168 y ss..

tipici inerenti alla qualifica o alla funzione”, incorporándose así normativamente la aplicabilidad a los “administradores de hecho” las sanciones previstas para los administradores de *jure*.

Sin perjuicio de ello y frente a la incongruencia jurídica planteada, la doctrina civilista tradicional italiana ha encontrado una salida, ponderando que aquel que actúa sin nombramiento no es ya un “*administrador de hecho*” sino un director general ⁷³, o sosteniendo que la responsabilidad es atribuible a dichos sujetos cuando no está expresamente contenida, porque el sistema persigue el correcto desenvolvimiento de la actividad de gestión de la sociedad, independientemente de la calificación formal del sujeto que ejercita dicha actividad ⁷⁴.

1.9.2. *El derecho alemán*

El derecho alemán, por su parte, también ha compartido tradicionalmente los problemas de imputación de responsabilidad al sujeto que actuó sin nombramiento, especialmente, en el ámbito penal. El primer antecedente que puede mencionarse es también de finales del siglo XIX cuando una sentencia del Tribunal del Reino de 1887 ⁷⁵, imputó responsabilidad al

⁷³ Conf. BORGIOI, A., “Amministratori di fatto e direttori generali” en *Giur. Comm.*, 1975, pág. 593, especialmente, pág. 602. El autor, textualmente expresa: “*L’utilizzazione della normativa dettata in materia di direttori generali può evidentemente permettere di dare una soluzione soddisfacente nella quasi totalità delle fattispecie che di solito vengono ricondotte sotto la figura dell’amministratore di fatto, tanto per ciò che riguarda la responsabilità civile, quanto per quella penale*” y agrega “*ma, verosimilmente, e possibile andare anche oltre. Infatti la disciplina relativa al direttore generale dimostra che il nostro ordinamento, quanto meno in questa ipotesi prevede la possibilità che funzioni amministrative particolarmente importanti possono essere attribuite anche a soggetti che non hanno la qualifica formale di amministratori (...)*”.

⁷⁴ Conf. F., BONELLI, *La responsabilità dell’amministratore di fatto*, *Giur. Comm.*, 1984, I, pág. 107.

⁷⁵ *Entscheidungen des Reichgerichts ins Strafsachen N° 16*, pág. 269, ob. cit., por GARCÍA CAVERO, P., ob. cit., pág. 112. A nuestro criterio, erradamente considera dicha sentencia como el primer antecedente en el tema cuando tres años antes existía un antecedente jurisprudencial en el derecho italiano.

sujeto como culpable de quiebra de una cooperativa donde ostentaba fácticamente este cargo sin tener un legal nombramiento.

Los fundamentos de la extensión de responsabilidad en el ámbito penal en el derecho germánico tomaron carriles diferentes a los repasados, basándose la jurisprudencia en el análisis de “la perspectiva fáctica” de él. La citada teoría se fundamentó “en la necesidad político-criminal de proteger no sólo a los ciudadanos, sino también al sistema económico mismo, de las personas que asumiendo fácticamente la función de administrador, se escudan en la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas para realizar conductas delictivas. La perspectiva fáctica de análisis considera incorrectos e, incluso, innecesarios los intentos de la jurisprudencia y de la doctrina por justificar la responsabilidad penal del “*administrador de hecho*” a través de construcciones jurídicas bastantes elaboradas y que, pese a ello, no son convincentes para sancionar las conductas del administrador de hecho”⁷⁶. El fundamento comentado fue la base de diversa jurisprudencia que fue ampliando la aplicación sancionatoria al sujeto que administraba sin nombramiento y que el ordenamiento alemán no contemplaba. Obviamente, como suele suceder, la mencionada teoría ha tenido sus opositores, que en forma contundente rechazaban la aplicación análoga de la ley penal sosteniendo que el sentido de equidad que ésta podía contener, no es causa de justificación suficiente para su utilización.

El derecho alemán ha evolucionado más rápidamente que el derecho italiano. La incorporación al StGB (Código Penal alemán) de la figura del “*administrador de hecho*” como el sujeto que actúa en nombre de otro (art. 14 párrs. 1º y 2º) y la expresa enunciación de que también debe aplicarse el concepto de administrador de hecho, cuando el acto jurídico que debiera fundamentar la facultad de representación o la relación de delegación es ineficaz (art. 14 párr. 3º), ha colaborado a paliar el dilema (al menos, en el supuesto del sujeto que actúa con un nombramiento irregular, ineficaz o nulo), quedando entonces solamente el problema de la imputación para el sujeto que actúa sin nombramiento.

Frente a esta situación, la falta de vinculación entre el sujeto y la sociedad ha sido, entonces, suplida por ciertos requisitos que la jurispru-

⁷⁶ Conf. GARCÍA CAVERO, P., ob. cit., pág. 140 y ss..

dencia exige a los fines de la aplicación de la perspectiva fáctica del análisis y que pueden resumirse en los siguientes: a) asunción de hecho de la actividad de administrador; b) consentimiento de los socios y c) apariencia de un acto de nombramiento en los delitos de omisión⁷⁷, requisitos y sistema que no son unánimemente aceptados por la doctrina alemana, pero que acercan la justificación de la imputación del acto a sujetos no contemplados expresamente por la normativa penal.

Por su parte, el derecho civil alemán no ha encontrado mayores dificultades en aplicar la sanción de responsabilidad al administrador con nombramiento irregular, toda vez que la designación por órganos o sujetos que no tienen facultades para realizarla, en violación a los principios estatutarios o legales u otra causa que puede afectar el nombramiento presupone que la designación ha producido efectos desde su nacimiento hasta la declaración de ineficacia, obligando -las normas comerciales- a la destitución del sujeto así nombrado. La interpretación generalizada es que a *contrario sensu* existe un período de validez que da base a la responsabilidad que se le imputa al administrador con nombramiento viciado⁷⁸.

1.9.3. El “administrador de hecho” en la jurisprudencia de los Estados Unidos

Teniéndose en cuenta las diferencias estructurales entre el derecho continental europeo y el sistema del *common law*, puede decirse que la distinción entre administrador u *officers de jure* y de facto para el sistema del *common law* parece provenir del derecho público, originándose en la “Guerra de las Rosas” en Inglaterra cuando los frecuentes cambios de dinastía, hacían necesario identificar frente a los habitantes, a los oficiales estatales de *jure* -electos por la rama real que ocupaba en ese momento el gobierno- de los oficiales de facto, que pertenecían a la línea sedicio-

⁷⁷ Sobre el tema v. GARCÍA CAVERO, P., ob. cit., págs. 116 a 122.

⁷⁸ Conf. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, pág. 142, ob. cit., por GARCÍA CAVERO, ob. cit., pág 115.

sa ⁷⁹. Originariamente, la reglas creadas por la jurisprudencia, estaban directamente relacionadas con la protección de los terceros que contrataban con estos sujetos ⁸⁰.

Los conceptos generados por el derecho público fueron y son aplicados constantemente para las compañías privadas definiendo al “de facto officer or director” como aquel que tiene la reputación de ser un oficial y en esa posición asume el ejercicio de las funciones de un oficial aun cuando no tenga una designación legal para tal fin. Pero para que un sujeto sea considerado un administrador u oficial de hecho, debe al menos aparentar que posee una designación o *color of authority* ⁸¹.

En este orden, la construcción jurisprudencial norteamericana ha ido conformando distintos requisitos para considerar a un administrador de hecho. Puede resumirse la regla sosteniéndose que se aplica el concepto de “*administrador de hecho*” a aquel sujeto que “*in actual possession of an officer under claim and color of an election or appointment, and continuously exercising its functions and discharging its duties*”.

⁷⁹ Conf. W. FLETCHER, *Cyclopedia of the law of private corporations*” (Perm Ed.) Illinois, Ed. Callaghan & Company, 1969.

⁸⁰ “The doctrine of a de facto officer is said to have originated as a rule of public necessity, to prevent public mischief and protect the rights of innocent third parties who may be interested in the acts of an assumed officer apparently clothed with authority, and the courts have sometimes gone far with delicate reasoning to sustain the rule where threatened rights of third parties were concerned (...) but different considerations arise when the protection of third parties is not involved” (Carpenter v. Clark, 217 Mich 63, 185 NW 868) y “ Indeed the doctrine of de facto officer is applicable when third persons are involved and not in case of direct attack as is here involved” (mortgage Land Inv. Co. V. McMains, 172 Minn 110, 215 NW 192), ambos citados por Fletcher Cyc Corp (Perm. Ed) 1969, § 373, Nota 52.

⁸¹ La regla se sustrae de los siguientes casos: “Beraksa v. Stardust Records Inc.” 215 Cal App2d 708, 30 Cal Repr 504 (color of title essential to de facto status lacking); “Blackwelder v. D’Ercole Enterprises Inc.”; Waterman v. Chicago & I.R. Co.,” 139 Ill 658, 665, 29 NE 689, 15 LRA 418, 32 Am St. Rep. 228, affg 34 Ill App. 268; “Watson v. Johnson” 174 Wash 12, 24 P2d 592 que sostuvo que “cuando un individuo no ha sido legalmente elegido como director pero actúa “such under color of right” en varias reuniones de directorio debe ser considerado como un oficial de facto”, Fletcher Cyc Corp (Perm. Ed) 1969, § 374.

Es decir que además de requerir una apariencia de válido título o designación, exige que la actuación sea continua ⁸² y efectiva ⁸³.

Por su parte, el derecho norteamericano ha realizado la misma distinción que el derecho italiano y alemán, exigiendo en la mayoría de los casos algún tipo de relación jurídica -al menos inválida o viciada- entre el administrador y la sociedad. Es así que distingue entre el director de facto y el mero “usurpador de funciones”, considerando que para que se configure un “*administrador de hecho*” debe al menos haber existido una designación, aun irregular o informal ⁸⁴ y no una incumbencia meramente voluntaria del sujeto ⁸⁵, no siendo aplicable cuando no ha existido designación alguna o cuando la elección ha sido declarada nula o inexistente y no meramente irregular o informal ⁸⁶.

Conforme se adelantó, la doctrina de “de facto *officers or directors*” se genera para proteger los derechos de terceros frente a la actuación de un sujeto sin válido título. Surge así la regla general que entiende que “*the*

⁸² La jurisprudencia en el caso “John Paul Lumber Co. v. Agnew” sostuvo que “... the two men who had signed the deeds on behalf of the corporation as vice-president and secretary respectively, were not de facto officers of the corporation since it takes more than a solitary exercise of power to constitute on a de facto officer; that it takes continuous acts of an official character by one actually in possession of the office to constitute one a de facto officer”.

⁸³ En el caso “Waterman v. Chicago & I.R.Co.” cit., nota 76, se sostuvo que un director no es de facto cuando “... at the time of holding a meeting, the have neither possession nor control of the seal, record books or corporate papers; no possession or control of the corporate property, had never before exercised any functions or performed any acts incident to a board of directors; did not meet in or have possession of the place which had the character and reputation of being the office of the company”.

⁸⁴ En el caso “Moon v. Moon Motor Car Co” (17, Del Ch 176, 151 A 298) se sostuvo que cuando el vicepresidente es elegido en una reunión de directorio por el presidente quien no tenía poder para dicha elección, pero el sujeto así elegido asume las funciones y responsabilidades de un director se considera que es un director de facto. En el caso “Herbst v. Held”, 194 Iowa 679, 190 NW 153, se sostuvo que “where every preliminary step required by statute had been taken for the establishment of the new corporation, except to call a meeting to elect officers as the statute required, third persons, treating the corporation as such in good faith, were protected under the de facto officer rule”.

⁸⁵ “Carpenter v. Clark” 217 Mich 63, 185 NW 868, quoting “State v. Oates” 86 wis 634, 57 NW 296, 39 Am St. Rep. 912.

⁸⁶ FLETCHER, Cyc Corp (Perm. Ed) 1969, § 376.

acts and contracts of a de facto officer, acting within the sphere of his office, are just as valid and binding upon the corporation as if he were an officer de jure, so far as third persons are concerned"⁸⁷.

Esta regla ha sido aplicada constantemente por los tribunales norteamericanos condicionando su validez a la existencia de un beneficio -la actuación en beneficio- para la compañía y la existencia de apariencia suficiente que induzca al tercero a considerar que el sujeto que actúa en nombre de la sociedad lo hace con autorización de aquella⁸⁸, permaneciendo la validez de la regla aun cuando la designación del sujeto sea posteriormente declarada nula por los tribunales⁸⁹. Fuera de estos límites o donde los derechos de las terceras personas no están involucrados no existe, según la misma jurisprudencia, razón legal para extender su aplicación.

No sucede lo mismo con las relaciones internas societarias, donde se considera que el sujeto si bien tiene los mismos poderes y atribuciones y responsabilidades que un administrador de *jure*, no tiene los mismos derechos que éste ya que ha sido nombrado sin un válido procedimiento de designación. En otras palabras, un "*administrador de hecho*" no puede invocar su irregular cargo para su propio beneficio, por la simple razón que no puede invocar su irregularidad para adquirir ventajas personales, careciendo, por lo tanto, del derecho a percibir su remuneración⁹⁰.

⁸⁷ La regla tiene su primer antecedente en el caso "State v. Carroll" de 1871 con relación a un oficial público donde el juez Butler sostuvo que "*the de facto doctrine was introduced into the law as a matter of policy and necessity to protect the interests of the public and individuals, where those interests were involved in the official acts of persons exercising the duties of an office, without bien lawful officers. It was seen ... that the public could not reasonably be compelled to inquire into the title of an officer, nor be compelled to show a title, and these became settled principles in the law. But to protect those who dealt with such officers when apparent incumbents of offices under such apparent circumstances of reputation or color as would lead men to suppose they were legal officers, the law validated their acts as to the though not officers de jure they were officers in fact, whose acts public policy should be considered valid*".

⁸⁸ Entre tantos otros casos citados por FLETCHER, Cyc Corp (Perm. Ed) 1969, § 383, "Rhea v. Newton", 262 F 345; "Wheelweight v. St. Louis N.O. & O. Canal Transp. Co" 56 F 164.

⁸⁹ "Anglo-Californian Bank v. Mahoney Min Co.", 5 Sawy 255, Fed. Cas. N° 392, affd 104 US 192, 26 L Ed. 707.

⁹⁰ "Martin v. Miller", 336 Mich 265, 57 NW 2° 878.

I.10. El “administrador de hecho” en la realidad jurídica nacional

I.10.1. Ambito comercial

No es ajena a la realidad jurídica nacional, la actuación de sujetos que actúan como administradores y cuyo nombramiento ostenta vicios formales, de fondo o donde directamente no existe.

En la mayoría de los supuestos de esta naturaleza, la falta de regulación específica, hace que su exteriorización y, en consecuencia, sus efectos sean poco tratados por la doctrina y existan pocos casos jurisprudenciales que los consideren como tales.

Nuestra realidad jurídica comparte plenamente la problemática del derecho italiano y, en parte, la del derecho alemán, siempre que la falta de una norma expresa que equipare a las situaciones de administración de hecho y de derecho u otra solución normativa, no implica el desconocimiento de su existencia y, por lo tanto, que estas situaciones, deban escapar a la realidad, regulación y sanción del derecho, en su beneficio ⁹¹.

En el ámbito estrictamente comercial, la jurisprudencia ha debido expedirse -aunque para ser rigurosos, no asiduamente- sobre supuestos que pueden configurar situaciones “de hecho” y que en el momento, por la ausencia de regulación e identificación de la figura que se trata, se ha intentado resolver a través de institutos generales o más precisamente mediante la llamada teoría “de la apariencia de los actos jurídicos”.

El primer antecedente en el derecho nacional, es el renombrado caso “Frigorífico Setti s/ quiebra y otro Kohan c/ Inastilex S.A.”, dictado por la

⁹¹ Así se ha expresado en el proyecto de investigación presentado oportunamente, donde citando a MESSINEO, F., ob. cit., t. II, trad. de Sentís Melendo, pág. 6, se estableció que existen relaciones jurídicas que escapan a la previsión de la ley o que carecen de los requisitos legales fijados por ella. Este conjunto de situaciones son las que el autor califica con la locución “de hecho”, la cual se agrega a una calificación impresa por la ley, y que no pueden, quedar desprovistas de un régimen jurídico. Una de las situaciones nombradas especialmente es el caso de la “administración de hecho” que, conjuntamente a otras, considera disciplinas que no pueden ser ignoradas por el ordenamiento jurídico “ya que el ignorarlas cedería en beneficio absoluto de quien proceda a su realización”.

Cámara en lo Comercial de Capital Federal, Sala B ⁹², donde con el voto del Dr. Halperín se realiza una equiparación entre las responsabilidades del administrador de derecho y el de hecho, sancionando así su actuación y dejando a salvo los derechos de los terceros.

El caso se planteó frente a la ratificación por parte del vicepresidente de la sociedad Frigorífico Setti S.A., de la presentación en concurso de esta última, desconociéndosele luego personería a dicho funcionario por considerar el tribunal que los verdaderos representantes de la convocatoria eran los directores electos en una asamblea de fecha 28 de octubre de 1964. Esos directores se habían presentado en el expediente y se les había otorgado participación.

Posteriormente, la Inspección General de Justicia, declaró la “ineficacia administrativa” de la asamblea que designó a los nuevos representantes por falta de *quorum*, lo que llevó al vicepresidente que había ratificado la presentación a plantear la nulidad procesal de todo lo actuado desde la participación de los nuevos representantes. Al momento del planteo de la nulidad procesal, el tribunal había ya decretado la quiebra y se habían realizado por el término de más de un año actos de realización de los activos sociales.

El planteo de nulidad procesal interpuesto por el vicepresidente fue rechazado por la cámara, sosteniéndose principalmente que *“el tercero de buena fe... no debe librarse a investigaciones acerca de la composición regular de los órganos de la sociedad ni si éstos en el caso concreto cumplieron los recaudos exigidos para actuar. Concordantemente, todos los actos celebrados por el directorio o de quienes actúan como directores son válidos, no obstante que después se descubra que existía algún vicio en su designación o de quien actuó como tal o que cualquiera de entre ellos carecía de calidades para desempeñarse como tal, válidos como si esos directores hubieran sido correctamente elegidos o calificados para ser directores”*. Y que *“La buena fe de los terceros y la seguridad de los nego-*

⁹² CNCom., Sala B, del 2/12/67, con comentario de CUSHNIR, A., “Directores de facto y teoría de la apariencia”, RDCO, 1970 (año 3), pág. 239 y ss.. El fallo fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 4/9/68.

cios exige que -los terceros- no deben preocuparse de la regularidad de las deliberaciones de los órganos sociales”.

Interpuesto recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ésta con el voto en disidencia del Dr. Luis Cabral, confirmó la sentencia de la cámara, rechazando el planteo del vicepresidente, centrando sus razones en la protección del tercero acreedor -tercero de buena fe- y los imperativos de la seguridad jurídica, aclarando que debía considerarse “*el largo tiempo de tramitación de estos autos de quiebra, con inventarios practicados y actuación del liquidador*”. Pero dejando en claro que ello no implicaba sostener una teoría general de la apariencia jurídica.

Los fallos citados sentaron doctrina respecto a la inoponibilidad al tercero de los vicios en la designación del representante de la sociedad y la validez frente a aquellos de su actuación.

El mencionado caso no es el único en la tradición jurisprudencial, aun cuando en los sucesivos pronunciamientos, no sea reconocida la figura del “administrador de hecho” como tal.

Es así que la jurisprudencia se ha pronunciado en algunas oportunidades, pudiendo sistematizarse los casos ubicados conforme exista o no la relación sociedad sujeto.

Dentro del primer supuesto, y sobre la falta de válida o legal designación, la jurisprudencia ha establecido que: “1. *Los actos celebrados por los miembros del directorio de las sociedades anónimas, son válidos respecto de los terceros de buena fe, aunque después se compruebe que existía algún vicio en la designación o la carencia de las calidades necesarias para actuar como director. 2. El tercero de buena fe no está obligado a efectuar investigación acerca de la composición regular de los órganos de la sociedad anónima, ni respecto del cumplimiento de los recaudos exigidos para la actuación de dichos órganos, porque la seguridad de los negocios exige que no deba preocuparse por esas cuestiones*”⁹³; y que “*no pueden perderse de vis-*

⁹³ Conf. CNCom., Sala A, del 13/8/69 en autos: “Establecimientos Plansisphere de la Argentina S.R.L. v. Frigorífico Regional Salto SAIC”.

*ta los imperativos de la seguridad jurídica y contemplar el interés de los terceros, a quienes no cuadra exigirles un constante examen de los antecedentes relativos a la forma de elegirse las autoridades, como tampoco un acabado conocimiento de las facultades que éstas posean, ya que no puede cargárselos con un gravamen extra, como sería el inmiscuirse en la actuación y órbita interna de la sociedad. Al ser ello así, legítimo resulta sostener que si los órganos obran dentro del marco del objeto social, aquélla queda obligada”*⁹⁴.

En torno a los supuestos de cesación de funciones, y sin perjuicio de las aclaraciones que se harán en su momento⁹⁵, pueden citarse los siguientes precedentes jurisprudenciales: “1. Conforme a lo estipulado por la ley 19.550: 58, es responsable el ente por los actos celebrados en infracción a la organización plural, cuando se trata de obligaciones contraídas mediante títulos valores. 2. Al tenedor legitimado del título no puede exigírsele que indague acerca de la subsistencia de los poderes otorgados por la sociedad, cuando quienes en su virtud revestían la calidad de administradores, continúan luego de la revocación de tales poderes, disponiendo de cheques de la cuenta corriente del ente y de su sello personal”⁹⁶. Y que “1. La designación o cesación de administradores tiene efecto como tal desde el acto de decisión y no desde su inscripción, dado el carácter -en principio- declarativo de esta última. 2. La inscripción produce una “apariencia engañosa” susceptible de inducir al tercero de buena fe a contratar con aquel que, según las constancias registrales, está habilitado para representar a la sociedad. La ley opta en este caso por proteger al contratante de buena fe que tomó los recaudos necesarios para asegurarse de la vigencia y la apariencia legal del mandato debiendo la sociedad soportar -a todo evento- las consecuencias derivadas de la elección de representante, máxime cuando

⁹⁴ Conf. CNCom., Sala A, del 13/8/69 en autos: “Establecimientos Planisphere de la Argentina SRL c/ Frigorífico Regional Salto SAIC” y CNCom., Sala C, del 11/10/83 en autos: “Albareda, Antonio c/ Cuerson SACI”.

⁹⁵ Vid. Capítulo VI.12.

⁹⁶ Conf. CNCom., Sala E, del 27/4/87 en autos: “Cabanne, A. c/ Molinos Río de la Plata S.A. s/ Ejecutivo”.

ni siquiera haya sido inscripto el cese en el cargo del supuesto representante social. 3. No deben perderse de vista los imperativos de la seguridad jurídica y el interés de los terceros de buena fe, como son los acreedores, a quienes no puede exigirse un constante examen sobre los antecedentes relativos a la forma de elegirse las autoridades de una sociedad anónima” ⁹⁷. Asimismo, que *“de la inscripción en el Registro Público de Comercio no se deriva una presunción legal sobre la validez del nombramiento de administradores, pues la inscripción no puede sanear los vicios de ésta, pero ocurre que la misma engendra una cierta apariencia jurídica en la que puede ampararse el tercero de buena fe”* ⁹⁸ y que *“La apariencia de representación por parte de un ex representante negligentemente tolerada por la sociedad, obliga a ésta y torna irrelevante la inscripción registral de la cesación que se hubiere practicado”* ⁹⁹.

Asimismo se ha sostenido que *“Si quien realizó la contratación exhibió la condición de “director” de la demandada, según se observa en las aclaraciones a su firma en los documentos que dan lugar a la demanda, y dirigía efectivamente la empresa, a pesar de que con arreglo a los estatutos habría sido designado sólo como director suplente y carecía de la representación legal de la firma, ante la exteriorización de esas condiciones, los demandantes pudieron razonablemente creer que acordaban la operación con una persona con facultades suficientes para el acto, máxime cuando el negocio en cuestión no puede considerarse como ajeno al objeto social y alguno de los documentos suscriptos por las partes llevan el membrete de la empresa”* y que *“Los defectos internos de organización de la sociedad demandada o al menos la falta de control sobre las actividades que realizaba el supuesto representante de la misma, que no revestía el carácter de su representante legal, son hechos*

⁹⁷ Conf. CNCom., Sala A, del 15/10/96 en autos “Pentagás S.A. s/ Quiebra”.

⁹⁸ CNCom., Sala B, del 25/8/77 en autos: “Financiera Baires S.A. c/ Kiperman, Juan C.”.

⁹⁹ CNCom., Sala D, del 19/10/87 en autos: “Frate, Gustavo Guillermo c/ Cavi S.A.”.

imputables a la propia demandada y que no pueden ser opuestos a quienes de buena fe contrataban con aquélla” ¹⁰⁰.

Los casos citados son algunos de los supuestos en que la figura del “administrador de hecho” se ha manifestado en forma evidente, aunque poseen la característica de referirse siempre en relación con la actuación de los representantes con terceros y no a su organización y efectos internos. De lo expuesto, se puede inferir que cuando le ha tocado a la jurisprudencia resolver sobre, situaciones que exceden las previsiones legales y siempre en el ámbito externo de las relaciones generadas por el sujeto, se ha manifestado recurriendo especialmente a dos pautas, que serán de especial atención en su oportunidad. Por un lado, se ha apelado a la llamada “teoría de la apariencia”, principalmente, con fundamentos de peso y en favor de la protección general de los “terceros de buena fe” y, por otro, ha recurrido al propio sistema societario considerando a los sujetos con nombramiento irregular como administradores propiamente dichos y, por lo tanto, imputando los actos realizados a la sociedad. Ello en virtud de valores diferentes y ajenos a la realidad específica societaria como son la seguridad de los negocios o el correcto desenvolvimiento de la actividad comercial.

Por su parte, la identificación y efectos de la figura delimitada en el ámbito interno, no ha tenido al parecer demasiadas manifestaciones, al menos plasmadas jurisprudencialmente.

Lo cierto es que la -aunque poca- jurisprudencia, no ha evitado la sanción imputativa por ausencia o irregular vínculo o investidura del sujeto que actúa como administrador con la sociedad, siendo ello un principio latente en las manifestaciones judiciales sobre el tema.

1.10.2. Ambito penal

Por su parte, desde la óptica penal, el art. 173 inc. 7 que regula el delito de administración fraudulenta, expresa textualmente: “El que por disposi-

¹⁰⁰ CNCom., Sala C, en autos: “Zoberman, José Marcos y otro c/ Sistemas de Identificación Computada S.A. s/ Sumario”, del 18/2/00.

ción de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño violando sus deberes, perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos”. En este orden y, conforme la más relevante doctrina entorno al tema ¹⁰¹ se ha expresado en el sentido que “la ley argentina requiere siempre una relación vinculante de carácter jurídico” por lo que no es autor del delito de administración fraudulenta el sujeto que “de hecho” cumple las conductas previstas en el tipo ¹⁰².

Vale la pena resaltar que si bien resulta inaplicable en el texto el “*administrador de hecho*” como sujeto activo y punible del tipo en forma directa, sí puede ser pasible de sanción penal en calidad de partícipe como cómplice o instigador ¹⁰³ (arts. 45 y 46 C.P.), donde no se exige título o investidura particular ¹⁰⁴.

¹⁰¹ BAIGÚN, D., y BERGEL, S., *El fraude en la administración societaria. El artículo 173 inc. 7mo. del Código Penal en la órbita de las sociedades comerciales*, Buenos Aires, Depalma, 1988, pág. 123.

¹⁰² Conforme con los autores citados en nota anterior, el “*administrador de hecho*” en sentido amplio es pasible de sanción penal toda vez que “es frecuente encontrar en la esfera de las sociedades comerciales la actuación de administradores de hecho; muchas veces, su presencia se debe a la propia designación del directorio (empleado de jerarquía) o de un miembro dominante; en otras ocasiones son accionistas de gravitación en el paquete accionario que resuelven no participar del directorio o de otros cargos decisivos o - ya en el ámbito de los grupos societarios- personas de confianza de una sociedad controlante que intervienen en la controlada a modo de ‘administradores’ paralelos alrededor de los cuales gira la actividad real de la empresa” incorporando, asimismo, dentro de esta categoría al administrador cuya designación sea nula. Pero “... en estos casos nos estamos refiriendo sin duda -por las implicancias en el plano de responsabilidad penal- a la ausencia de cualquier acto jurídico que pudiese siquiera colocar el manejo o el cuidado del ‘*administrador de hecho*’ en los carriles del tipo penal del art. 173 inc. 7”.

¹⁰³ Respecto del “*administrador de hecho*” como sujeto sancionable en su calidad de instigador, si bien la doctrina penal considera, como caso más típico de configuración de dicha conducta, a las situaciones que se configuran dentro de los grupos societarios, esto es, cuando el controlante da órdenes al administrador de derecho, actuando el controlante en calidad de tercero extraño como agente generador de la conducta infiel o abusiva, conforme lo hasta aquí desarrollado, la calidad de instigador no correspondería exactamente a la figura del *administrador de hecho* sino, en su caso, a la de administrador indirecto u oculto. En el tema ver, BAIGÚN, D., y BERGEL, S., ob. cit., pág. 184 y ss..

¹⁰⁴ Por su parte, para la configuración del delito de participación es necesario un

Es decir que desde el punto de vista del derecho penal, y conforme la opinión mayoritaria, el “*administrador de hecho*” no puede ser en principio sujeto activo, conforme los límites de autoría del tipo y, por lo tanto, pasible de sanción penal.

Sin perjuicio de lo expuesto, la doctrina penal no ha analizado la posibilidad de imputación del delito de administración fraudulenta a los sujetos que administran de hecho a la sociedad y cuya designación tenga vicios, aunque sí se han referido a los sujetos elegidos cuya designación no ha sido inscripta en los términos del art. 60 L.S.C., considerándolos sujetos activos del tipo.

presupuesto anterior, esto es, un sujeto autor directo e inmediato que tenga a su cargo el manejo de los bienes y otro sujeto que preste auxilio, cooperación al autor -según el art. 45 C.P.- o cooperación a la ejecución del hecho -en el caso del artículo 46 del mismo ordenamiento-. En otras palabras, sólo podría calificarse de partícipe el “*administrador de hecho*” cuando exista un administrador de derecho u otro sujeto ya sea un gerente o factor, algún miembro del comité ejecutivo, un administrador judicial, liquidador designado, el síndico en la quiebra, etc., es decir, cualquier sujeto que tenga la relación vinculante de carácter jurídico que exige el tipo.

CAPÍTULO II

LA ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA. ASPECTOS GENERALES

II.1. Naturaleza del cargo de los directores

Frente a los posibles efectos que se analizarán, es necesario e inevitable hacer una breve referencia a la naturaleza de las funciones de los administradores, aun cuando el tema ha sido tratado por diversos autores, nacionales y extranjeros, en profundidad.

II.1.2. El director como mandatario de la sociedad

Partiendo de la doctrina italiana que iluminó el Código Civil de 1882, se sostuvo la naturaleza de *mandatarios*¹ de la asamblea que designaba a los administradores. Esta teoría sostuvo que los administradores de la sociedad, por su carácter de mandatarios, no respondían personalmente por las obligaciones que asumían en nombre de la sociedad siempre que

¹ VIVANTE, C., *Trattato di diritto commerciale*, Milán, Vallardi, 1923, vol. II, pág. 267.

los actos realizados estuvieran en el límite de los propios poderes que estaban determinados o limitados por el estatuto, donde se observaba la mejor tutela de los socios y terceros.

Tal calidad no implicaba que los administradores ejercieran el comercio o fueran comerciantes, calificándolos asimismo como *mandatarios temporales* -tiempo este último que se encontraba establecido en la ley o en el estatuto- a fin de que éstos pudieran ser reemplazados sin necesidad de revocación ².

La aplicación de la teoría del mandato ³, significó sostener que los administradores eran terceros frente a la sociedad, actuando no en su representación como órgano necesario y natural de la persona jurídica, sino como meros hacedores de las directivas impartidas por ésta. Esta postura encerraba la necesidad de identificar a dos personas con distintas voluntades: el mandante y el mandatario que no se configuraban, al menos desde el punto de vista abstracto, en la relación sociedad-administrador.

Se sostenía, sin embargo, que el titular del interés (el mandante) era la persona jurídica que se expresaba a través de los socios reunidos y manifestando la voluntad social. Ello no tenía sentido jurídico, ya que por un lado, el órgano, al carecer de representación, no puede expresarse

² Así el art. 336 del derogado Código de Comercio disponía: “La elección de los directores será hecha de entre los socios, por tiempo cierto y determinado, que no excederá de tres años, sin perjuicio de la revocabilidad del mandato (...)”. El art. 337 que “Los directores de las sociedades anónimas debidamente constituidas, no contraen responsabilidad alguna personal o solidaria, por las obligaciones de la sociedad; pero responden personal y solidariamente, para con ella y los terceros, por la inejecución o mal desempeño del mandato y por la violación de las leyes, estatutos o reglamentos (...)” y el art. 338 que “Los directores no pueden hacer por cuenta de la sociedad operaciones ajenas a su objeto, so pena de ser consideradas como violación del mandato (...)”.

³ Que tal como se vio puede ser con o sin representación. Conforme Fontanarrosa explica, la confusión surge a partir del art. 1869 C.C., el que expresa que “el mandato existe cuando una persona da poder a otra para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta actos jurídicos” pareciendo que la representación y el mandato son análogos o que son consecuencia uno del otro. Agrega el autor que no se debe dejar de interpretar a las normas en su conjunto y tener en cuenta que el artículo 1890 del mismo cuerpo legal aclara que el mandato no da representación. El Código de Comercio, por su parte, es más claro al establecer en el art. 221 la definición de mandato sin hacer alusión directa a la representación. Sobre el tema vid. *Supra*, Capítulo I.

para otorgar la procura y, por otro lado, porque los órganos que componen la sociedad, es decir, el de fiscalización y gobierno, no son más que partes de un mismo sujeto jurídico con diversas y específicas facultades y funciones en pro de que ese sujeto de derecho pueda desenvolverse como tal en el tráfico mercantil.

La necesidad de encontrar una teoría que explicara más claramente la situación de los administradores sociales, al mismo tiempo que resolviera un sin fin de situaciones planteadas en el tema dado que la naturaleza de mandatarios de los administradores no las abarcaba, impulsó a que los juristas comenzaran a vislumbrar una necesidad de cambio. La teoría del mandato no podía sobrevivir frente a las fundadas críticas de los autores extranjeros y nacionales. Los argumentos esgrimidos en contra de ésta eran demasiado fuertes. Zavala Rodríguez ⁴, aún en vigencia el viejo Código de Comercio, sostuvo que las reglas del mandato “*no explican, en realidad, la función ni la responsabilidad del directorio, siendo éste un órgano de la sociedad cuyo asentamiento legal estaba en el Código de Comercio y en el estatuto social y no en las normas relativas al mandato*”.

Halperín ⁵, por su parte, sostuvo, en cuanto a la ley aplicable a los administradores, que su actuación debía regirse en primer lugar por el Código de Comercio en las disposiciones referentes a cada tipo, siempre que no hubieran sido modificadas estatutariamente; en segundo lugar, por los estatutos y normas legales complementarias; en tercer lugar -y a modo de innovación- por las decisiones de las asambleas de accionistas; en cuarto lugar, por los principios que rigen otras sociedades comerciales en cuanto sean compatibles, en quinto lugar, por las normas del mandato comercial y, por último, por el mandato común, afianzando así la necesidad de superación de la teoría del mandato.

Sin perjuicio de ello y a poco de sancionarse la ley 19.550, uno de sus redactores expresaba que en materia de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima, la intención legislativa no había sido otra

⁴ ZAVALA RODRÍGUEZ, C., *Código de Comercio y leyes complementarias*, Buenos Aires, 1964, t. 1, pág. 428 y ss.

⁵ Ob. cit. por WATHELET, J., en “La representación legal de la sociedad anónima y la protección de los terceros”, RDCO, 1968, año 1, pág. 752.

que la de mantener la misma responsabilidad a la que aludía el viejo Código de Comercio, es decir, la responsabilidad del mandatario, aplicándose entonces, al respecto, las normas relativas a la responsabilidad de los mandatarios, explicando que el concepto incorporado del “buen hombre de negocios” no era otra cosa que una aplicación análoga a como debe actuar el comisionista, es decir como si actuara en un negocio propio ⁶.

Era evidente a todas luces que no se podía continuar sosteniendo que la relación administradores y sociedad, se regía por las reglas del contrato de mandato ⁷.

⁶ FARGOSI, H., “Consideraciones sobre el directorio en la ley de sociedades comerciales”, L.L., 148-913.

⁷ Se puede, asimismo, citar las críticas realizadas por F. HIGHTON: “La representación, el mandato y el órgano de la persona jurídica (aspectos prácticos)”, L.L., 1978-A-458, quien expresaba que “(...) el art. 1870 inc. 3 del Código Civil establece la necesidad de la remisión expresa de la legislación específica para que las normas del mandato se apliquen a otros institutos. El mandato sólo puede tener por objeto actos jurídicos (art. 1869 C.C.). El administrador como órgano está necesariamente facultado para realizar actos materiales, que pueden ser indispensables para la vida de la sociedad y el ente no puede realizarlos sino a través del órgano. El mandatario cesa desde que se hace saber la revocación (1971, Código Civil) el órgano social continúa hasta la sentencia que lo remueve (si es con justa causa) arts. 1683 C.C. y 276 L.S.. El mandato comercial sólo autoriza para efectuar actos de comercio (art. 223 C.Com.) el órgano de la sociedad, aún comercial podrá realizar todo tipo de actos jurídicos pues de otra manera la sociedad no podría desenvolverse” o a WATHELET J. en “La representación legal de la sociedad anónima y la protección de los terceros” RDCO, 1968, año 1, pág. 751 quien fundamentaba la necesidad de encontrar otra explicación a la relación entre administradores y sociedad expresando que “Pese a la aparente claridad de la postura adoptada por el Código de Comercio en la doctrina nacional se percibe una notoria tendencia a dejar de lado la figura del mandato, para buscar otras explicaciones teóricas que se adecuen mejor a las funciones que cumple el directorio. La gestión de los directores no puede circunscribirse a un mero esquema contractual. Además no es dable ubicarlos, fuera del ámbito de la sociedad, ligados con ésta a través de un negocio jurídico. Ello equivaldría a considerarlo como tercero, lo que es a todas luces absurdo. En primer lugar, porque dentro de su esfera de acción el director contribuye a formar la voluntad social. Como integrante del órgano administrador, interviene en las decisiones de éste. Y lo hace según su criterio sin someterse a otras limitaciones que las emergentes de los estatutos y de lo resuelto por los socios en las asambleas. En segundo término, la representación de la sociedad tiene carácter permanente. No se trata de una facultad basada en un negocio contractual sujeta a la voluntad de las partes. Muy por el contrario, consiste en un poder o atribución que deriva de las funciones propias de los directores. Además no tiene carácter personal: se repre-

II.1.3. Contrato de trabajo u otro sui generis

Gradualmente surgió una nueva concepción que arrastró al área contractualista las nuevas posturas, surgiendo así diversas posiciones que variaban entre la locación de servicios, el contrato de trabajo en sentido amplio ⁸ o el tipo contractual autónomo ⁹. En el primer caso y dentro de sus seguidores, Minervini ¹⁰ precisa que el contrato tendría por objeto una prestación de trabajo cuyo contenido es una actividad prevalementemente jurídica, desarrollada e influenciada por algunos aspectos de autonomía y otros de subordinación. Todo ello probablemente provenía de la influencia de la ley alemana de sociedades por acciones de 1937, la cual se refiere expresamente al contrato de empleo (Anstellungsvertrag) que media entre los miembros de la administración y la sociedad.

En el ámbito nacional, la postura comentada tuvo su repercusión en la jurisprudencia, especialmente para explicar la relación de los directores de las entidades financieras con éstas, que aseveraban que “*los directores de compañías bancarias eran empleados ya que prestaban un servicio no obligatorio, mediante un sueldo o remuneración en dinero y por períodos determinados*” ¹¹. Esta postura fue rápidamente dejada de lado.

senta a la sociedad en razón de integrar el directorio. Si se actúa en nombre de ella, es a causa de ser miembro del órgano administrador. Los alcances de esa actuación no son establecidos de manera discrecional como podría ocurrir con los asignados en un mandato. En todos los casos deben respetarse los límites estatutarios. Estos no pueden ser modificados. Mal puede entonces afirmarse que nos encontramos frente a un contrato”, etc..

⁸ COTTINO, G., *Diritto commerciale*, t. II, La società, Bologna, 1984.

⁹ Tal es el supuesto que P. JAEGER y F. DENOZZA, en su libro *Appunti di diritto commerciale. I impresa e società*, 4ª ed., Milán, Giuffrè, 1997, consideran el más acertado. Textualmente expresan: “*Più convincente appare la tesi che considera quello di amministrazione un tipo contrattuale autonomo il cui è contenuto è regolato dalla legge e può essere in parte integrato o modificato anche dall’atto costitutivo della società*”, pág. 383.

¹⁰ MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milán, Giuffrè, 1956, pág. 71.

¹¹ PONFERRADA, L., “La posición jurídica de los directores de sociedades anónimas”, L.L., 38-1003. Puede consultarse la jurisprudencia citada por el autor en la nota 1.

II.1.4. Teoría del órgano ¹²

La superación de las teorías contractuales no tuvo que esperarse ¹³. Con la sanción del Código Civil Italiano de 1948 se acentuó el concepto de órgano social provisto de representación sosteniéndose ¹⁴ que si bien los administradores eran mandatarios de la sociedad, ello hacía referencia al grado de diligencia que debían desempeñar en el ejercicio de sus funciones, siendo que difícilmente se podría asimilar el administrador al mandatario ya que no puede ser mandato un cargo cuya renuncia no opera automáticamente aunque exista una justa causa. Tampoco podía ser suficiente este contrato, en razón que la actuación del administrador no dependía de los límites de las facultades otorgadas por la sociedad ¹⁵.

Se modificó la concepción del mandato con base en la consideración de que el administrador despliega la propia actividad en interés ajeno -el de la sociedad - en obediencia a un deber y en virtud de un poder propio.

¹² Sólo se hará un repaso sobre la teoría orgánica y sus postulados. Para su profundización v. MINERVINI, G., "Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private", RTDPC., 1953, pág. 941.

¹³ La doctrina italiana expresaba: " *In tal modo e tolta di mezzo la teorica che ha dominato vigente il cod. di comm. che gli amministratori altro non siano che dei mandatari commerciali*" (Margheieri, Vidari, Navarrini, Sraffa, etc.) (...), BRUNETTI, A., *Tratado del derecho de las sociedades II. Sociedades por accione*, trad. de Felipe Cañizares, Buenos Aires, Uteha, 1960, pág. 362. La crítica della tesi che assimila il rapporto di amministrazione al contratto di mandato e, oggi, unanime: v. G. MINERVINI, *Gli amministratori ... cit.*; G. FRÈ, "Società per azioni" (arts. 2325-2461) in *Comm. del Cod. Civ. a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1982; FERRARA, F., *Gli impenditori e le società*, Milán, Giuffrè, 1975; GALGANO, F., *Diritto commerciale II, La società*, Bologna, 1984; A. BORGIOI, "La delega di attribuzioni amministrative, in *Rev. delle Società*, 1981; I. MINGUZZI, "Gli amministratori di società per azioni", *I poteri*, Rimini, 1980. Todos citados por F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azione*, Milán, Giuffrè, 1985.

¹⁴ MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, t. I, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, E.J.E.A., 1971, pág. 465.

¹⁵ En elaboración, la ley 19.550, ya uno de sus redactores Gervasio Colombres manifestaba que "el régimen previsto para la gestión social constituye una de las innovaciones importantes del Anteproyecto. La primera consiste en la técnica del sistema regulado y se manifiesta en dos órdenes de ideas. Una es la recepción del concepto de órgano social como centro de atribución de competencia, en reemplazo de la amorfa sustentación, que venía del contrato de mandato...", RDCO, 1968, pág. 611.

Ese poder-deber proviene del carácter de partícipe del órgano de la sociedad. Así, el acto de designación se inserta en la organización de la persona jurídica y no apunta tanto al sujeto administrador elegido sino a la generalidad, porque si bien en el aspecto interno tiene en cuenta a los socios y los órganos sociales, también tiene como destinatarios a los terceros, porque se trata de la investidura de determinadas personas en una posición orgánica, a las cuales le son atribuidos determinados poderes y así, el vínculo surge sobre la base de la deliberación asamblearia encontrando en ésta la fuente exclusiva de su disciplina ¹⁶.

El mayor expositor de la teoría orgánica, Von Gierke ¹⁷, en oportunidad de expresarse sobre el principio de mayorías regente en toda sociedad, explicaba que en base a la composición y articulación de un organicismo social que regula tanto la vida interna como externa de las personas colectivas, la normas jurídicas son las que deciden, surgiendo así el concepto jurídico de órgano estatutario. Para el autor, los órganos son los miembros y el complejo de miembros es llamado en un determinado ámbito de actividad a expresar la personalidad corporativa. Tales personas no son representantes en el sentido del derecho individual, pero sí serían “*visibles instrumentos de la invisible unidad del cuerpo social*”. Por ello es que el órgano quiere y cumple con el límite de su propia competencia, debiendo interpretarse ese querer y cumplir en el sentido jurídico de la persona colectiva misma.

Haciendo referencia al derecho público, Von Gierke, afirmaba que sólo a través de los órganos, el Estado y toda otra corporación se manifiesta como entidad autónoma.

La teoría del órgano, estricta en sus inicios, no podía concebir relación jurídica alguna entre órgano y sociedad ya que ambos conceptos se relacionaban de forma tal que era imposible identificarlos por separado. Tal postura tuvo que ceder frente a la realidad que demostraba lo contrario. Se recurrió así, a la distinción entre órgano y sujeto portador de la

¹⁶ FERRI, G., *Diritto commerciale*, Torino, Utet, 1998, pág. 385 y ss..

¹⁷ VON GIERKE, O., en “Casi e materiali di diritto commerciale”, *Società per azioni*, Milán, Giuffrè, 1974, t. 1, pág. 450.

cualidad del órgano -en palabras de Garrigues y Uría¹⁸- donde al mismo tiempo se reconocían las relaciones jurídicas que los unían. Esta concepción dual, poco a poco fue abandonada en virtud de la necesidad de no identificar bajo ningún punto de vista, a los administradores orgánicos y su relación con la sociedad, con la teoría del mandato ya referida.

II.1.5. El post organicismo y la relación negocial entre administrador y sociedad

En la actualidad, las posturas encontradas aún no han logrado el equilibrio deseado. La doctrina italiana¹⁹, al tratar el tema de la fuente y naturaleza de las funciones del administrador, considera que ésta aún es una cuestión difícil de definir. La renuncia realizada a la agudeza de diferenciar entre órgano y sujeto componente de ese órgano, no debió dejarse de lado por la necesidad que generaba desvincular a los administradores sociales de la figura del mandato.

Al parecer, el derecho español²⁰ ha retomado y desarrollado este planteo al hacer hincapié en que si bien puede considerarse insuficiente la

¹⁸ Conf. GARRIGUES, J., y URÍA, R., *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, 3ª ed., Madrid, MP, 1976, t. II, pág. 27.

¹⁹ BONELLI, F., *Gli amministratori ...* cit., 1985; G. CAMPOBASSO, "Il sistema giurídico italiano", *Diritto commerciale*, t. 2; *Diritto delle società*, 2ª ed., Torino, Utet, 1993.

²⁰ POLO, E., "Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima" en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por R. URÍA; A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA, Madrid, Civitas, 1992, t. VI, pág. 48 y ss.. Por su lado, la doctrina clásica española, ha considerado intrascendente en la práctica del derecho vivo, la discusión doctrinal en torno al concepto de órgano y la distinción entre órgano y representante, considerando que "Lo único que importa afirmar es que la sociedad anónima no sólo actúa en las relaciones externas por medio de sus órganos, sino también por medio de personas que no lo son (simples apoderados generales o singulares). Quizá el concepto de órgano en sentido estricto no se funde en el hecho de estar o no previsto por la ley su funcionamiento, sino en el hecho de que sean decisivas o no para la sociedad las manifestaciones de voluntad de la persona o del grupo de personas en cuestión" (GARRIGUES, J., *Tratado de derecho mercantil*, t. I-2, Madrid, Revista de Derecho Mercantil, 1942, pág. 986.

teoría del mandato para explicar el contenido de la relación entre administrador-sociedad o mejor dicho órgano de administración-sociedad, la construcción de la teoría del órgano, como única explicación tampoco puede justificar la complejidad de relaciones y situaciones jurídicas que surgen entre el administrador y la sociedad.

Tomando lo anterior como punto de partida, se debe comenzar por distinguir entre órgano-sociedad y administrador-sociedad. En la primera situación, la no existencia de relación jurídica alguna -ya que se trata de un elemento más, y estructural, de la sociedad- es razón suficiente para desecharse una única y posible justificación entre ésta, la persona que desempeña la función atribuida al órgano -que sí mantiene con la sociedad una determinada relación jurídica- y la sociedad.

De esta básica pero fundamental distinción entre la estructura y la función es que comienza a surgir la superación de la “visión estrictamente organicista de la relación de administración”. Así, se intenta -siguiendo a Polo²¹- la calificación jurídica unitaria del negocio jurídico de nombramiento.

Esta calificación jurídica unitaria no puede ser otra cosa que una relación negocial -si se quiere *sui generis*- donde existe una manifestación de voluntad colegial por parte del órgano de gobierno y una aceptación por parte de los sujetos designados, también manifestación jurídica voluntaria²², necesarias ambas para la manifestación de sus efectos.

La postura que parece ser la más acertada, expone claramente que la aceptación de la génesis negocial entre administradores y sociedad no implica la negación de la teoría del órgano u orgánica, explicando acabadamente que desde el punto de vista de la sociedad o estructural, los administradores componen el órgano, sin el cual la sociedad no podría existir y desde la óptica de los administradores, es decir, desde un ángulo subjetivo y funcional (en palabras del autor que se comenta) en su relación con la sociedad existe, sin dudas, un acto bilateral que los relaciona con la sociedad.

²¹ Encontrado con el derecho italiano que intenta identificar una doble relación en este tema, por un lado, el negocio jurídico de nombramiento y por otro, la relación jurídica a la que da origen de naturaleza orgánica.

²² V. Capítulo II, punto 1.5.

Para ser rigurosos en el análisis precedente, no se puede dejar de mencionar que la tesis comentada es un desprendimiento de la doctrina expuesta por el Prof. Girón Tena ²³ en su clásico libro *Derecho de sociedades*, quien en forma clara y sintética y, en ocasión de interpretar la *Teoría del órgano* expresa que: “*La idea central está en que la representación presupone dos sujetos, mientras que en la persona jurídica que cuenta con órganos no hay más que uno, cuya voluntad se expresa por el órgano, dentro de la esfera de su competencia legal. En torno a este punto crucial del análisis -elementos subjetivos intervinientes- hay a su vez dos enfoques. Uno estructural, explica el órgano como una parte de la creación jurídica que es la persona moral: un sector de aquélla compuesto por normas de organización destinado a hacer posible la actuación de la entidad. Se identifican órgano y cargo. Ahora bien, en tanto no intervengan hombres no son posibles voluntad y actividad. De aquí el enfoque funcional: lo decisivo para el concepto del órgano es que el derecho haya dispuesto que los actos de hombres físicos valgan directamente como la persona jurídica. (...) Hay necesidad de explicar las relaciones de las personas que actúan por la sociedad con éste y entre sí. Hay verdaderas relaciones jurídicas entre ellas. Pero esta pluralidad subjetiva está en otro plano. No es obstáculo a que lo decisivo en la relación orgánica sea la imputación directa al ente de los actos de las personas físicas*”.

En el derecho nacional, Otaegui ²⁴ es el autor que ha denunciado la impotencia de la teoría orgánica para explicar acabadamente la relación sociedad-administrador, criticando o al menos poniendo en dudas, la teoría orgánica.

Sintetizando, los argumentos esgrimidos por el autor, son los siguientes: a) los fundamentos utilizados por los sostenedores de la teoría orgánica, para descartar la teoría del mandato, se basan en la diferencia en que es privativo de los órganos que las atribuciones dadas a los representan-

²³ GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, Parte General, Madrid, GT, 1976, t. I, pág. 303 y ss..

²⁴ OTAEGUI, J., *Administración societaria*, Buenos Aires, Abaco, 1979, pág. 43 y ss..

tes provengan de la ley y no de la voluntad del “representado”, siendo que las funciones atribuidas a los representantes de los menores, también emanan de la ley y no se corresponden con órgano alguno. En definitiva, el carácter originario de los poderes de los administradores, no es cualidad privativa de los órganos societarios. b) Tampoco la doctrina orgánica puede explicar la responsabilidad extrancontractual de la persona jurídica en el sentido de que no todos los actos realizados por los administradores pueden ser imputados a la sociedad. c) Órgano y representación no pueden ser identificados como sucede en el caso de los demás órganos societarios, fiscalización y gobierno y d) El órgano es una institución proveniente del derecho público que tiene su fundamento en una colectividad de personas de existencia visible con o sin personalidad jurídica, cuya razón de ser es el cumplimiento de determinadas funciones con determinados efectos imputativos.

A las observaciones realizadas por el Prof. Otaegui, se podrían agregar otras, que no encuentran su explicación en la teoría orgánica: (i) el órgano, de la persona jurídica sociedad es permanente y necesario, mientras que esta permanencia no se condice con la temporalidad de los sujetos componentes del mismo; (ii) el nacimiento de la relación entre el sujeto del órgano y su fin importa una serie de relaciones que no son identificables con la teoría del órgano, ni en sus fundamentos ni en sus efectos; (iii) la teoría orgánica como hoy se la entiende, no explica ni abarca el sistema responsabilizador “interno”. A este respecto, las acciones internas societarias entre los órganos, especialmente el de gobierno y el de administración, no pueden convivir con una concepción que identifica plenamente las funciones de administración y representación como derivadas necesariamente del sujeto-sociedad, sin tener que, inexorablemente, hacer referencia a otra forma jurídica adicional como es la negocial.

Otro punto que debe tenerse en cuenta es la posibilidad de limitación estatutaria de las facultades de los administradores-representantes, o en su caso la “confirmación” por parte del órgano de gobierno de ciertos actos realizados por sus administradores. Estas situaciones no pueden configurarse en el marco de una teoría orgánica “pura”, ya que la sociedad no podría alegar limitaciones internas, ni confirmar su propia actuación.

Tampoco la actuación en forma ilícita de los representantes sociales y su imputación a la sociedad no puede explicarse con la teoría orgánica

en virtud del exceso de actuación de aquellos. En este sentido, la situación de los representantes como órgano, implica la atribución al ente de los hechos y actos cometidos por sus directores a la sociedad. Esta es la fórmula que pondera la teoría orgánica y que configura una problemática en torno a la imputación de los actos cuando hay que explicar la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica (conf. Otaegui) o cuando los actos realizados por el administrador o representante contienen elementos subjetivos de intencionalidad privativos de las personas físicas ²⁵.

Tampoco dicha concepción es suficiente a los fines de explicar los efectos frente a la aceptación del cargo por sólo alguno de los miembros electos en una administración plural, supuesto éste donde más se puede analizar la esencia dual del vínculo, ya que en este caso se configuran con claridad los diferentes nexos existentes: sociedad-órgano de administración y sociedad-sujetos que componen dicho órgano.

La dicotomía se deja ver cuando se hace referencia al origen de los ámbitos planteados: la investidura orgánica de la administración proviene claramente de la ley mientras que la elección de las personas que han de cumplir esa función, dimana de la asamblea o del consejo de vigilancia, en su caso. Tal diferencia es por demás importante para explicar y sostener el fraccionamiento existente entre órgano y sujetos que componen ese órgano.

En definitiva, cuatro son según nuestro parecer y conforme el desarrollo hasta aquí realizado, los puntos que la teoría orgánica como concepción unitaria no puede explicar: (i) las relaciones internas cuando exceden el marco orgánico, es decir cuando se debe tomar en cuenta al sujeto que compone el órgano y no al órgano en sí mismo (caso de aceptación o cese del cargo); (ii) los actos realizados por el administrador o representante que contienen elementos subjetivos de intencionalidad privativos de las personas físicas; (iii) los límites legales imputativos de los actos realizados por los administradores que exceden las atribuciones y competencias propias del órgano al que pertenecen; y por último, pero no menos importan-

²⁵ Particularmente, la imputación personal a los administradores por los hechos ilícitos de éstos actuando en representación de la sociedad es básicamente considerada por el derecho penal, pero no es un problema ajeno al derecho mercantil y es el “punto débil” de la teoría orgánica.

te: (iv) los casos en que el administrador juntamente con la sociedad responde personalmente frente a socios y/o terceros.

Lo expuesto lleva a concluir que la naturaleza entre órgano social, como forma de manifestación funcional y necesaria de la persona jurídica, no puede confundirse o identificarse con las relaciones que surgen entre aquél -como elemento necesario de la sociedad- y el administrador -elemento subjetivo componente del órgano-.

De lo relacionado hasta aquí se desprende que ni la teoría del mandato, rescatable en algunos aspectos, ni la teoría orgánica, tomadas ambas en forma aislada, explican el cúmulo de relaciones internas y externas que surgen de la relación entre el administrador y la sociedad y entre el administrador como sociedad y los terceros. En otras palabras, no es posible la subsunción de todos los efectos y supuestos en una sola, única y unitaria justificación doctrinaria.

II.2. Naturaleza de sus poderes. Poderes originarios o derivados

Puede decirse que la fuente de los poderes de los administradores ha recorrido un camino paralelo a la evolución de la naturaleza de la figura que relaciona a los administradores con la sociedad. Ello es así ya que ambos temas se encuentran estrechamente ligados.

La evolución dada para explicar la naturaleza de la relación que unía a los administradores con la sociedad, donde inicialmente se consideraba existía un vínculo de mandato, juntamente con la caracterización de la asamblea como ente supremo y soberano ²⁶, arrastraba consigo la idea de que los poderes de los administradores eran de naturaleza derivada, siendo el órgano de gobierno el titular de los poderes y el que fijaba su contenido.

²⁶ V. cita 1ª en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., *Tratado de sociedades mercantiles*, México, Porrúa, 1947, pág. 1; FISCHER, pág. 244: “*la asamblea general de accionistas es el órgano supremo*”; ASCARELLI, pág. 251: “*la asamblea es el órgano supremo de la sociedad*”; VIVANTE, núm. 487: “*la asamblea es el órgano supremo de la sociedad*”; GIERKE, J., pág. 308: “*es el órgano supremo de la voluntad de la sociedad anónima*”; ROUSSEAU, núm 1351, habla de “*la autoridad suprema de la asamblea*”, etc..

Este principio evolucionó juntamente con la evolución de ciertos principios que pueden resumirse en los siguientes:

II.2.1. El poder “soberano” de la asamblea y su evolución

Por lógica se entendía que en virtud del principio que eran los accionistas los que arriesgaban su capital y por lo tanto a los que les correspondía ordenar y decidir -juntamente con las antiguas disposiciones legales en casi todas las legislaciones europeas²⁷ que además de otorgar la calidad de mandatarios de los administradores, exponían la anterior premisa- no había lugar para otra interpretación que la que ponderaba que de una u otra forma -ya sea que los propietarios del capital formaran parte del órgano de administración o eligieran sujetos extraños a esa propiedad- el alcance y contenido de las funciones asignadas eran arrojadas por el estatuto o en las decisiones asamblearias posteriores, quedando los administradores como meros ejecutores de un poder delegado²⁸ por esas disposiciones.

El proceso de industrialización que llevó al aumento del número de socios en las sociedades, forzó a las concepciones legales modernas -comenzando por la *Aktiengesetz* del 30 de enero de 1937, la que estableció en forma imperativa un sistema²⁹, donde los accionistas en su calidad de tales eligen un consejo de vigilancia (*Verwaltung*) que cumple a su vez funciones de control de gestión y son los encargados de elegir a los

²⁷ Esta también fue la postura francesa, cuando el Código de Comercio de 1807 acordó disponer los poderes supremos a los accionistas reunidos en asamblea general, estableciendo que los sujetos encargados de la administración eran mandatarios de aquellos (art. 31) y, por lo tanto, ejercían sus poderes por delegación (conf. RIPERT, G., y ROBLOT, R., *Traité de droit commercial*, 14ª ed., París, LGDJ, 1991. Por su parte, el C.C.I. de 1882 expresaba que los administradores no podían cumplir otras operaciones que aquellas que expresamente estaban mencionadas en el acto constitutivo (art. 122 inc. 3)

²⁸ VIVANTE, C., ob. cit., vol. II, pág. 284, expresaba por entonces “(...) *il consiglio di amministrazione di una società anonima deriva i suoi poteri dall'assemblea, che e padrona della sua rielezione e della sua revoca (...)*”.

²⁹ Mantenido en líneas generales por la *Aktiengesetz* de 1965.

administradores- a reconocer el proceso de desvinculación entre los dos elementos preponderantes en la sociedad: la propiedad y la decisión. Ello trajo aparejado también un cambio en la concepción de lo que hasta ese momento se entendía como un resultado natural de la posesión del capital: los accionistas no tenían ya autoridad directa sobre los administradores.

II.2.2. La teoría del mandato y su evolución

a. La evolución del derecho comparado

Por su lado y tal como ya se ha hecho referencia (*ut supra* II.1.2.), la aplicación de la teoría del mandato contribuía a que se generara una caracterización de los poderes de los administradores como derivados. Se sostenía que siendo la sociedad un contrato, sus contratantes designaban mandatarios para cumplir la función de la “gestión social”. Esta situación implicaba una equiparación del nombramiento por los accionistas con “el negocio de apoderamiento” cuyo objeto, contenido y alcance se encontraban en ese mismo acto o negocio. Ello implicaba que, en términos societarios, el poder gestor de los administradores y su contenido, venía dado por el acto de su nombramiento. El resultado principal de esta postura, era que la actuación de los administradores, fuera de los poderes atribuidos por el mandato otorgado, en principio no era imputada a la sociedad, salvo confirmación por parte de la asamblea.

Otra de las dificultades dogmáticas que se presentó reiterativamente, aún en vigencia de la teoría del mandato, fue la insuficiencia de la doctrina clásica de la representación para explicar la naturaleza y efectos de la función de los representantes societarios. La vacilación residía en definir si la representación social era representación legal o voluntaria ³⁰.

³⁰ Sobre las concepciones clásicas de representación v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el derecho privado*, págs. 48 y ss. y 287, quien clarifica los conceptos clásicos de representación legal y voluntaria expresando que uno de los problemas que se plantean en la teoría de la representación es si ésta engloba como dos especies distintas de una institución única a la representación voluntaria y a la representación legal o, por el contrario, se trata de dos instituciones sustancialmente diversas que nada tienen que ver una con la otra.

Al respecto, la diferencia residía en que mientras en la representación legal existe la necesaria intervención de un sujeto que realiza actos en nombre o interés de otro sujeto, en este caso la sociedad, la representación voluntaria permite el otorgamiento facultativamente de ciertos poderes determinados o no para actuar en representación de un sujeto. La primera conceptualización era insuficiente ya que si bien se encontraba dispuesta legalmente -o necesariamente al estilo de lo que sucede con figuras análogas del Código Civil como por ej., la representación de los incapaces- su contenido y alcance podía y de hecho, era dispuesto por el contrato o los socios reunidos en asamblea. Por su parte, la representación voluntaria era de hecho dejada de lado por el simple razonamiento que consistía en sostener que era impensable un sujeto de derecho sin representante, por lo que el elemento facultativo no era posible.

Surgiendo la concepción orgánica, el problema se reubicó y la dificultad fue superada diferenciándose la naturaleza misma de la representación social: mientras la doctrina clásica de representación hacía referencia a una representación contractual -mandato³¹- en el caso de sociedades, estábamos frente a una representación orgánica³², donde los admi-

Luego de un análisis completo de la cuestión concluye que las diferencias entre ambas figuras son evidentes e innegables. Dentro de las diferencias más notables, menciona las siguientes: en la representación legal, el representante es por hipótesis el único posible autor del negocio, por lo que la única voluntad a tener en cuenta para sus efectos es la del representante. En cambio, en la representación voluntaria ambas voluntades son importantes en la formación del negocio jurídico y, por lo tanto, ambas deben ser tenidas en cuenta al momento de analizar sus efectos. Por otra parte, en la representación legal, la actuación por el representante es la única posible, mientras que en la voluntaria el hecho de que el principal confiera su representación a otra persona, no limita ni coarta para concluir el negocio por sí mismo. Sin perjuicio de lo anterior al referirse a los casos de representación legal expresamente manifiesta: “*Se habla en ocasiones de representación legal de las personas jurídicas, sin embargo, ésta no es una representación legal, toda vez que no dimana directamente de la ley, sino de un acto voluntario y de un acto que es de autonomía privada de la persona jurídica, como puede ser su regla fundacional o sus estatutos*”.

³¹ Y dentro de ésta las posiciones encontradas respecto a qué figura de mandato hacía referencia la normativa, al mandato civil o al comercial. Sobre el tema ver LÓPEZ DE MEDRANO, F., *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, Barcelona, Bosch, 1986, pág. 27.

³² Aunque pareciera ser que la concepción contractual no es compartida en forma unánime por la doctrina local, un respetado autor de nuestros días como Otaegui (*Administración... cit.*, pág. 47) sostiene que la función de representación tiene suficiente explica-

nistradores se encontraban investidos de poderes que emanan directamente de la ley y no del sujeto-sociedad.

Ello llevó a un cambio conceptual, donde se comenzó a vislumbrar esa diferencia dogmática, expresándose que los derechos y deberes de los administradores son establecidos por la ley y en el acto constitutivo y sólo dentro de los límites estrictos pueden ser disciplinados por la asamblea. Esta última tiene la facultad de nominar la persona que debe cumplir el oficio de administrador pero no puede modificar o disponer a su arbitrio los poderes inherentes al nombramiento ni dispensar a éstos del cumplimiento de los deberes impuestos por la ley³³.

b. El derecho nacional

La misma transformación tuvo lugar en la legislación nacional, tanto en la división de los poderes cuanto en el avance en la concepción orgánica de la teoría de representación.

La decisión legislativa, cuando la sanción de la ley 19.550, en dividir a la reunión de los accionistas en asambleas ordinarias y extraordinarias según el contenido de la resolución a tratar, dejando de lado la concepción temporal de dicha división, atribuyó competencia específica a los titulares del capital, disminuyendo así la posibilidad de establecer en forma directa los poderes y límites a los administradores. Ello dejó de lado, la idea de considerar la asamblea como “soberana” ya que³⁴ “*si la asamblea tuviera esos caracteres estaría facultada para tomar decisiones sin ninguna clase de limitación y obligaría a todos los accionistas y a los demás órganos sociales por más fundados motivos que tuvieran*

ción en el régimen de representación legal propio tanto del un órgano atribuido a una persona jurídica (p. ej., representante de una sociedad, art. 58) o a una colectividad no personalizada (el fiduciario de los debenturistas) o como representante necesario de un incapaz (art. 56 C.C.).

³³ FERRARA, F., y CORSI, F., *Gli imprenditori e le società*, settima edizione, Milán, Giuffrè, 1987, pág. 504.

³⁴ ZALDÍVAR, E., MANÓVIL, R., RAGAZZI, G., y ROVIRA, A., “Cuadernos de derecho societario”, t. II, *Sociedades por acciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, pág. 316.

para resistirse”, y que la calidad de supremo de este órgano no es tal siempre y cuando sus decisiones pueden ser resistidas por el accionista y deben serlo por el directorio o síndico, mediante el procedimiento de impugnación cuando sean violatorias de la ley, el estatuto o del reglamento; siendo que sus deliberaciones sólo son válidas en los límites de sus facultades legales y estatutarias³⁵ y cuando sean adoptadas conforme a la ley y al estatuto (art. 233 L.S.C.).

Esa determinación legislativa fue seguida también por la jurisprudencia, expresando que la estructura normativa es la que crea la jerarquización de los órganos y, en consecuencia, delimita los ámbitos de poder, por lo tanto, la fuente de poder del directorio emerge de la ley, siendo la asamblea en general, la que elige a sus componentes, mas no funciona como fuente atributiva de poder³⁶.

La tesis mencionada surgió no sólo para mejor delimitación de funciones y del correcto equilibrio interno, sino también acompañada por la concepción, que en esa época ya era aceptada en forma generalizada, de que existía un elemento superior al interés particular de los socios detentadores del poder y que era el interés de la sociedad.

La atribución de competencias específicas trajo consigo diferentes efectos directos sobre las concepciones que hasta el momento guiaban a los juristas nacionales; entre ellas, podemos mencionar la evolución de la teoría que rodeaba al tema de la posibilidad de confirmación o ratificación de los actos cumplidos por el directorio por parte de la asamblea de accionistas -aunque en el presente el planteo no tiene una solución uniforme-

También con la sanción de la ley de sociedades, se eliminó la concepción de mandato entre los administradores y la sociedad, acogiendo la teoría orgánica, siendo los administradores un elemento natural de la sociedad, cuyos poderes se encuentran determinados por la ley en forma originaria.

³⁵ Conf. HALPERÍN, I., *Curso de derecho comercial*, Buenos Aires, Depalma, 1977, vol. II, pág. 371.

³⁶ Conf. CNCom., Sala D, 11/4/86, autos: “Rodríguez de García, Araceli A. c/ García, Héctor R.”, L.L., 1986-C-389.

En este sentido, los fundamentos de la supresión de la teoría del mandato, son conocidos por todos y pueden resumirse, conforme Zaldívar, Manóvil, Ragazzi y Rovira³⁷, en: 1) los administradores no realizan actos ni por mandato ni en representación de los socios, sino que actúan en la gestión del patrimonio, separado e independiente de la propia sociedad y 2) para que exista mandato debe existir un mandante y un mandatario, no pudiendo ostentar la asamblea el carácter de mandante. Caso contrario, se tropezaría con la misma dificultad inicialmente denunciada.

Adoptada entonces la concepción orgánica como explicación del vínculo de unión entre sociedad y administración, toda duda sobre la calidad de originarios de los poderes de los administradores, fue disipada.

En la actualidad es indudable que las facultades y potestades propias del órgano de administración y representación vienen dadas en forma originaria por la ley y, sólo en algunos casos, pueden ser limitadas por el estatuto (en cuyo caso los efectos serán analizados en el Capítulo IV.).

³⁷ Conforme ZALDÍVAR, MANÓVIL, RAGAZZI y ROVIRA, “Cuadernos..., cit., vol. I, pág. 287.

CAPÍTULO III

DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

III.1. Naturaleza de las deliberaciones asamblearias

Singular importancia reviste para el tema en desarrollo, el de la naturaleza del acto de designación de los directores, cuyo tratamiento en la literatura jurídica nacional no ha sido demasiado abundante.

En este orden y sin intentar realizar un análisis acabado sobre el tema de la naturaleza de las deliberaciones asamblearias en general, por exceder a la materia de interés, se hace necesario realizar una reseña de las diversas posturas que explican la naturaleza y efectos de la “voluntad colegial” o “voluntad social”¹ del órgano de gobierno para luego abocarse a la designación de los administradores y su aceptación.

¹ Algunos autores como GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, Madrid, Ed. GT, t. I, Parte General, 1976, pág. 307; SÁNCHEZ CALERO, F., “Instituciones de derecho mercantil”, t. 1, *Revista de Derecho Privado*, 18ª ed., pág. 391, hacen referencia a los «acuerdos» para hablar de lo que se conoce como voluntad social, aunque tal terminología parece más cercana a relaciones contractuales que a manifestaciones de voluntad orgánica.

III.1.1. Aclaraciones previas

Se impone una primera aclaración. Esta consiste en tener en cuenta la diferencia existente entre el acto o negocio constitutivo de la sociedad como expresión de la voluntad de los socios fundadores, con el objeto de crear una persona jurídica o centro de imputación diferenciado de los sujetos que emiten esa voluntad, e identificado por la doctrina predominante, como contrato plurilateral de organización² y la modalidad de deliberación asamblearia posterior al acto constitutivo que adopta una función y forma diferente.

Esta distinción ha sido plasmada también en la jurisprudencia al expresar: *“El acto constitutivo de la sociedad anónima no es similar al acto modificativo del estatuto social, ya que: a) son distintos los sujetos, pues en el primero quienes emiten la declaración de voluntad son los accionistas fundadores, mientras que en el segundo, se trata de la voluntad exteriorizada por un órgano de la sociedad ya constituida, es decir, la asamblea; b) por su naturaleza, pues en el primer caso se trata de un acto contractual y el segundo no reviste tal carácter; c) por la materia, pues en el primer caso lo primordial es la declaración de voluntad de crear un sujeto de derecho, resultando la aceptación del estatuto social una consecuencia de lo primero, mientras que en el acto modificativo sólo se pretende modificar una o varias de las cláusulas de dicho estatuto social; y d) por su forma, pues en el acto constitutivo el oficial público recoge y da fe de las declaraciones de voluntad de los sujetos participantes del acto, necesarias para lograr el consentimiento contractual, mientras que en el acto modificativo lo primordial es el acta que recoge la deliberación de la asamblea”*³.

² Aunque no siempre tal voluntad se manifieste en forma de contrato. En este sentido, puede nombrarse a las sociedades creadas por actos unilaterales como en el caso de las concebidas por ley (sociedades del Estado, en forma genérica), por testamento y las emanadas del acuerdo de escisión (art. 88 L.S.).

³ CNCom., Sala D, 27/12/79 en autos: «Fortín de Gainza S.A.», L.L., 1980-B-487, del dictamen del fiscal de cámara, cuyos fundamentos comparte el tribunal. En doctrina, RICHARD, E., y MUIÑO, O., *Derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, 1997, pág. 69 y ss.,

A lo expuesto por la jurisprudencia pueden agregarse otras diferencias: (i) el acto constitutivo siempre supone la unanimidad en la decisión (salvo el excepcional caso de constitución de sociedad por suscripción pública que en nuestro país no ha tenido ningún antecedente, art. 176) mientras que en las decisiones assemblearias posteriores prevalece el “principio de mayorías” (art. 233 L.S.C.); y (ii) que el acto constitutivo puede configurarse en forma forzosa (con los acreedores del concursado, art. 43 L.C.Q.) o mediante un acto jurídico unilateral (por ejemplo, art. 28 L.S.C.), supuestos éstos que no pueden darse en la designación no constitutiva y sucesiva de los administradores.

La advertencia previa es útil ya que a los fines de la investigación sólo interesa hacer referencia a las resoluciones assemblearias en general y, en especial, a la designación de los administradores, pero no a la naturaleza del acto constitutivo de sociedad ⁴.

La segunda advertencia necesaria es que, si bien la aplicación de las teorías clásicas, en cuanto a la naturaleza de la deliberación, son de aplicación general para la mayoría de las deliberaciones de ese órgano, su utilidad se ve restringida al momento de relacionarla con el acto de designación de los administradores y su eventual aceptación.

III.1.1.1. Las concepciones clásicas

Partiendo del consenso de declarar a las manifestaciones de la asamblea como acto unilateral ⁵, tomándose en cuenta no la cantidad de sujetos

expresan: «Al fijarse la naturaleza de contrato plurilateral asociativo, organizativo del que nace un ente personificado, se descartó la naturaleza del acto complejo o colectivo donde las voluntades diversas se unen, fundiéndose (complejo) o manteniéndose discernibles (colectivo), pues existe una verdadera negociación previa y un acuerdo de voluntades despejando los intereses contrapuestos en una declaración de voluntad de finalidad común (no de interés común)».

⁴ Sobre el tema ver, CARLO, A., *Il contratto plurilaterale associativo*, Napoli, Ed. Dott. Eugenio Jovene, 1967, pág. 1 y ss..

⁵ BRUNETTI, A., *Tratado del derecho de las sociedades II. Sociedades por acciones*, trad. de Felipe Solá Cañizares, Buenos Aires, Uteha, 1960, pág. 408; MESSINEO, F., *Derecho civil y comercial*, t. V, pág. 444. En el derecho local, una clasificación interesante puede

que componen la voluntad sino la cantidad de partes intervinientes y quedando descartada la manifestación de alguna doctrina ⁶ que mantenía el carácter plurilateral de los acuerdos asamblearios porque resulta de varias declaraciones conformes en el contenido ⁷, la doctrina se concentró en intentar clarificar frente a qué clase de acto unilateral se encontraba cuando se hacía referencia a una resolución asamblearia y, una vez aclarado ello, qué efectos internos y externos traía consigo dicha calificación.

Haciendo un repaso entre los autores clásicos, Brunetti ⁸ sostiene que la voluntad social nace de un acto colegial colectivo o unitario. Colegial porque es realizado por varias personas como componentes de un mismo órgano ⁹, unitario en cuanto emana del colegio como organización unitaria y que se realiza por una sola parte, aunque esté formado subjetivamente por obra de varias personas físicas que tienen una común e igual legitimación para la tutela de un mismo interés. Suprimiendo así la posibilidad de acto-complejo o acto-contrato, el primero, en razón de que se excluyen la dirección de las voluntades individuales que contribuyen a formarla ¹⁰ y, el segundo, por el principio regente de mayorías cuya volun-

verse en OTAEGUI, J., «Acto social constitutivo y persona societaria. Esquema de su naturaleza», RDCO, 1975, pág. 383.

⁶ VON THUR, ob. cit., por BRUNETTI, ob. cit., nota anterior, pág. 408.

⁷ Postura que BRUNETTI (ob. cit., pág. 408) rechaza expresando que *«el acto colectivo no puede identificarse a un negocio plurilateral porque en él las declaraciones de voluntad, que se funden en la deliberación son la emanación de la voluntad del órgano y, por consiguiente, de una sola parte (...)»*.

⁸ BRUNETTI, A., ob. cit., pág. 407.

⁹ Como regla genérica, ya que la pluralidad de socios es en principio la norma general, sin perjuicio de la hipótesis de socio único previsto en algunas legislaciones, como la española ley 2/1995 del 23 de marzo; la alemana del 20 de abril de 1892 (modificada por la ley 4 del junio de 1980 y por la del 18 de diciembre de 1991); el art. 1832 del Código Civil belga, modificado por la ley del 14 de julio de 1987; art. 1832 del Código Civil francés modificado por la ley del 11 de julio de 1985, etc..

¹⁰ Evidentemente, el efecto de la aplicación del acto complejo, en el sentido de la fusión de voluntades y pérdida de individualidad de éstas, hacen que sea imposible enrolarse en esta teoría dogmática a fin de explicar la funcionalidad y contenido de las decisiones sociales. En este sentido, piénsese en los derechos acordados de anulación del voto en caso de error, dolo o violencia, en el principio de obligatoriedad de las decisiones asamblearias, donde el efecto de éstas se aplica aun a los que expresaron su voluntad (voto) en forma

tad constituye la voluntad social. A su vez, declara que la naturaleza unilateral colegial colectiva está dada no por el elemento organización sino por esa doble voluntad expresada, pero la preeminencia de uno u otro elemento no es concluyente siempre y cuando se coincida en que la voluntad social o acuerdos o voluntad colegial es un acto colectivo colegial.

Según el autor, comparte con Donati que *“una vez reconocida a la asamblea la cualidad de órgano y afirmado el principio mayoritario se puede concluir que la voluntad de todo miembro aunque sea en concurso con los demás miembros de la mayoría, puede ser dirigida, no a la realización de un determinado fin (el de la deliberación), sino sólo a la formación de la voluntad del órgano, esto es, del acuerdo dirigido y a su vez, a un determinado fin, lo que es algo distinto de la fusión de las declaraciones de voto de los miembros de la mayoría”*.

Se formarían así, como dos franjas, una en donde el interés de los miembros es el de la deliberación, es decir, sólo la formación de la voluntad y otro, donde se expresa la voluntad en sí misma, la deliberación y su resultado. Es recién en ese momento donde se puede hablar de acto colectivo-colegiado.

Messineo clasifica a la voluntad social como *“manifestación de voluntad colegial”*, acto unilateral no recepticio ¹¹.

Por su parte, Girón Tena J. ¹², al analizar el origen y naturaleza de los “acuerdos”, va descomponiendo las clasificaciones clásicas hasta llegar a al acto colectivo donde reitera la situación de coincidencia y no fusión entre voluntades, agregando que *“cuando esa unidad se obtiene mediante una cierta organización de los intervinientes que les inviste de la función determinante de la voluntad que va a aparecer como de todos o de la entidad a la que pertenezca, entonces tendremos el acto colegial”*. Destaca así el autor, el elemento de organización o adecuación de las voluntades para llegar a conceptualizar a la voluntad social como acto unilateral colectivo colegial.

contraria o que estuvieron ausentes, en el derecho de impugnación de las decisiones sociales, etc..

¹¹ MESSINEO, F., ob. cit., t. IV, pág. 444.

¹² GIRÓN TENA, J., ob. cit., pág. 308.

a. La singular postura de Francesco Galgano

En este punto, no puede dejar de mencionarse la particular postura de Galgano¹³, en su análisis “del voto y el acuerdo”. Sostiene el autor que la particular forma de razonar que crea a la voluntad colectiva, surge de la necesidad que nació en la época medieval, de ocultar los votos disidentes expresados en las elecciones papales, surgiendo entonces la fórmula *Electio est collegii, actus eligendi sunt singulorum*. Pero que “*la cultura jurídica moderna se ha rebelado contra dicha postura, siempre y cuando la voluntad es siempre de los hombres, y sólo concebible en los hombres*”.

Continúa expresando el autor -siguiendo a Trimarchi¹⁴- que hablar del acuerdo como voluntad autónoma del grupo, como voluntad del grupo mismo, cual entidad distinta de los miembros que lo componen expresada autónomamente no es más que una metáfora, una imagen del hablar figurado. La voluntad presupuesta por el acuerdo es y no puede ser, sino aquella de los individuos que concurren a formarla, ya que el término voluntad tiene un significado psicológico que permite su referencia sólo a individuos, no a asambleas o sociedades. Por lo tanto, hablar de acuerdo de la asamblea o voluntad de la sociedad, puede ser lingüísticamente útil, pero la simplificación que aporta al discurso tal expresión no puede persuadirnos de interpretar la fundición de los “sí” y los “no” en un único sí colectivo y, en definitiva, transformar a los “no” en otros “sí”. Sentencia el autor, que el método asambleario opera como instrumento de protección de las minorías, pero que las decisiones asamblearias son siempre voluntad de la mayoría y vinculantes para la minoría, siendo dicho método de resolución condición de validez del acuerdo, pero que no puede confundirse el método con la resolución en sí misma, siempre y cuando no puede sostenerse que la decisión de la mayoría es expresión de la sociedad, porque siendo así abarcaría también a los disidentes y ausentes.

Para terminar, textualmente expresa que “*carece de base normativa la teoría tradicional que califica el acuerdo como acto colegial,*

¹³ GALGANO, F., *El negocio jurídico*, trad. Blasco Gascó, F. y Prats Albentosa, L., Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pág. 237 y ss..

¹⁴ TRIMARCHI, P., *Invalidità delle deliberazioni de assemblea delle società per azioni*, Milán, 1958, pág. 19.

expresión de una voluntad colectiva y lo contrapone tanto al contrato como al acto unilateral. La colegialidad atiene a las internas y variadas formas de organización de los entes colectivos; el acuerdo, separado de los procedimientos en virtud de los cuales se forma, no consiste sino en la pluralidad de los votos que concurren a formarlo, los cuales son igualmente actos unilaterales inter vivos con contenido patrimonial, a los que son aplicables, las normas sobre los contratos en cuanto compatibles con su carácter unilateral”.

Las exposiciones mencionadas no hacen otra cosa que optar, dentro de la teoría general del negocio jurídico y su clasificación normativa, una teoría que explique la naturaleza jurídica del negocio jurídico -resolución social- que más se asimile al funcionamiento orgánico y sus efectos.

b. El derecho nacional

La legislación y doctrina nacional no innovan demasiado respecto de las concepciones mencionadas al intentar determinar la naturaleza y alcances de las manifestaciones assemblearias. Para la determinación de su naturaleza, la doctrina se ha valido de dos conceptos generales que se encuentran diseminados en la normativa general.

En primer lugar ha utilizado la noción de acto o negocio unilateral, que como tal, se encuentra plasmado legalmente en el art. 946 C.C.¹⁵, dentro de la sistematización de los actos jurídicos lícitos, como expresión única de voluntad, independiente de los componentes subjetivos -o plurisubjetivos¹⁶ o subjetivamente complejos¹⁷-. La expresión voluntad, a su vez, representa

¹⁵ «Los actos jurídicos son unilaterales o bilaterales. Son unilaterales cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona como el testamento. Son bilaterales cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más personas».

¹⁶ Terminología utilizada por GIRÓN TENA, J., ob. cit., pág. 307.

¹⁷ Terminología de BETTI, E., *Teoría generale del negozio giuridico*, pág. 303, quien clasifica en: a) negocios simples y b) negocios subjetivamente complejos. Los negocios simples son los que el autor clasifica como negocios unilaterales y dentro de esta categoría, a su vez, los clasifica en negocios: a) subjetivamente simples, es decir, el negocio de un solo autor y b) negocio subjetivamente complejo, donde hay participación de más personas en el mismo negocio que intervienen en una común e igual legitimación para la tutela de un mismo interés y, por lo tanto, operando todos de la misma parte. Como ejemplo de estos últimos refiere al fenómeno de los actos colegiales en sentido amplio y refiere a los nego-

un interés, que en el caso de los actos unilaterales se enfrenta a los intereses contrapuestos existentes en los actos bilaterales ¹⁸.

La adopción de la concepción unilateral del acto asambleario, derivado del acto unilateral, cumplió una función primordial, la cual fue desechar la idea de acto bilateral y dentro de éste a la de contrato, poniendo de relieve la posibilidad de la colegialidad subjetiva -o negocio subjetivamente complejo ¹⁹- del acto, siendo este último, el segundo elemento del que se valió la doctrina para perfilar la noción.

La posibilidad de pluralidad de partes que se manifiestan como una única voluntad ²⁰ y sus correlativos efectos internos y externos fue la base o punto de partida del que se valieron los autores extranjeros y nacionales, para explicar la participación de los diversos individuos que componen dicha voluntad.

Pero la aplicación directa de las nociones mencionadas necesitó perfeccionarse para ser aplicada a las resoluciones asamblearias ²¹, conse-

cios que cumplidos por más de una persona son: a) componentes del mismo órgano o b) componentes de más órganos que colaboran en una persona jurídica o c) contemporáneamente invisten la calidad de representantes de una misma persona o d) cooperan para la actuación en interés de ésta.

¹⁸ Algunos ejemplos de los negocios jurídicos unilaterales en el derecho común se encuentran en los arts. 3606, 3607 C.C. (testamento), arts. 1963, 1970 C.C. (revocación del mandato), etc., y como ejemplo típico de los actos bilaterales el contrato y sus clases (arts. 1323 y ss. C.C., compraventa; 1434 y ss. C.C., de la cesión de créditos, etc.). Dentro de la normativa societaria puede mencionarse como acto unilateral en general, a la creación de una sociedad por testamento, por ley o escisión o por sentencia judicial, como es el caso del art. 43 L.C.Q.

¹⁹ En contraposición al negocio unilateral subjetivamente simple el cual se da «*con un solo autor, de modo tal que no puede ser más que unilateral, ya que aún si la declaración se dirige a un destinatario determinado éste no constituye parte del negocio, puesto que no es llamado a concurrir con su consentimiento*» (conf. MARSILI, M., y FRANCO, C., «Acerca de la naturaleza de la deliberación de los cuerpos colegiados», J.A., 1963, I, Secc. Doctrina, pág. 3).

²⁰ Sin perjuicio de la postura ya mencionada de Francesco Galgano.

²¹ Halperín expresaba: «*La naturaleza jurídica de las deliberaciones y decisiones de la asamblea, es discutida por la doctrina sin que quepa afirmar la existencia de un criterio prevaleciente...*», pág. 372 (1977) y, como miembro de la CNCom., Sala A, 27/10/78 en autos: «Graña, Geremías c/ Viedma S.R.L. y otro», el Dr. Etcheverry sostuvo que «La dogmática comercialista, desde hace mucho tiempo ha abandonado una idea sumatoria

cuencia directa de la teoría orgánica. Se tomaron las doctrinas del derecho público (desarrolladas principalmente por los autores alemanes) y la discusión se centró sobre las doctrinas unilaterales, encontrando defensores del acto colectivo, defensores del acto complejo y detractores de ambas. Recordemos que por acto colectivo se entiende “*al acto pluripersonal en que la manifestación de las voluntades singulares se unen para la satisfacción de intereses paralelos*” y como acto complejo a aquel “*en que dichas voluntades individuales no sólo son interdependientes y juegan unidas, sino que se funden en una única voluntad*”²².

Respecto del acto complejo, Rodríguez Rodríguez²³ quien es uno de sus sostenedores -y fundando su apoyo en las palabras de Pugliatti- sostiene que el acto complejo puede ser el resultado también de una deliberación de mayoría como es el caso de las asambleas de accionistas, donde la ley puede establecer que la voluntad unitaria común esté constituida por la fusión de un número de voluntades inferior al de los sujetos que pueden concurrir a la formación de esa voluntad y que ello prueba que la voluntad común debe considerarse como unidad distinta de las voluntades individuales que concurren a su formación.

La postura enunciada, no puede compartirse, toda vez que -como Galgano denuncia- caeríamos en el error de identificar los votos negativos con los positivos y los abstenidos, formando una sola y única “masa” que sería la voluntad social. Además, se sostiene que la fundamentación dada por Pugliatti, encierra una contradicción en sí misma, siempre y cuando si dentro de un todo como principio, establecemos mayorías ya no hablamos de la voluntad del todo (o única) sino como voluntad de una parte del todo: de la mayoría.

de voluntades en lo que hace a la expresión de la voluntad social aceptando entre otras variantes, la teoría del acto complejo. Y así la persona sociedad se expresa directamente y en nombre propio en lo externo y concreta resoluciones obligatorias para todos los socios, en su dinámica interna».

²² Conf. COLOMBRES, G., *Curso de derecho societario*, pág. 15. El mismo expresaba: «(...) a pesar de los esfuerzos realizados desde entonces -refiriéndose al nacimiento de las doctrinas del acto colectivo y complejo- considero muy dudosa la distinción entre acto colectivo y acto complejo».

²³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., *Tratado de sociedades mercantiles*, México, Porrúa, 1947, t. II, págs. 27 y 28.

El acto complejo se desvanece en la medida que se necesita aplicar ciertos efectos legales a las decisiones sociales como, por ejemplo, la posibilidad de impugnación de las decisiones sociales donde de existir una confusión de voluntades, no podría, esa voluntad, ser discutida -mediante el pedido de invalidez- por una de las voluntades que en teoría se encontraría fusionada con las otras. Tampoco se visualiza cómo sería de aplicación la responsabilidad del accionista por los acuerdos declarados nulos -art. 254 L.S.C.- (cuando deberían sancionarse a todos ellos como formadores de la voluntad) o la identificación del accionista que con su voto ha contribuido a formar la mayoría votando en “interés contrario” -art. 248 L.S.C.-.

Estos son algunos de los ejemplos que se pueden mencionar para demostrar que las voluntades no se fusionan como sucede en el acto complejo, manteniéndose individuales pero con un interés común: formar la voluntad social.

Por su parte, Richard y Muiño ²⁴, siguiendo a Messineo, expresan que se trata de un acto colectivo colegial, donde los accionistas ejercitan su derecho individual de voto, manteniéndose individualizable el sujeto al que le imputa cada voto a efectos de su validez o responsabilidad, postura ésta que parece más acertada.

Se entiende que también así se ha manifestado la jurisprudencia al decir que “La reforma de 1972, receptó la teoría organicista siendo conatural a la misma que en el desenvolvimiento social del órgano colegiado (asamblea o reunión de socios) se requiere que el acto jurídico que de éste emane, resulte compatible con su naturaleza, y conforme con las previsiones que rigen tal acto colegial las personas participantes pueden intervenir a título de integrantes del órgano de un sujeto de derecho atribuyéndole las consecuencias del acto a ese sujeto o bien actuar a título personal, distinguiéndose, de este modo, las imputaciones de las conductas y sus consecuencias, pues va de suyo que para el primer supuesto, deberán cumplimentarse todos los recaudos de convocación y régimen deliberativo que lo informa y legitime. De allí que el principio deliberativo colegial encuéntrase estrechamente vinculado a la personería jurídica” ²⁵.

²⁴ RICHARD, E., y MUIÑO, O., ob. cit., págs. 467 y 468.

²⁵ CNCom., Sala A, 27/10/78 en autos: «Graña, Geremías c/ Viedma, S. R. L. y otro», E.D., 82-376.

III.2. El particular caso de la designación de los administradores

Si bien lo hasta aquí expuesto, se adecua en términos generales a la naturaleza de las deliberaciones de las asambleas, no es menos cierto que estos principios generales se modifican sensiblemente cuando de elección de administradores se trata. Ello, en razón de que las decisiones asamblearias en general son actos unilaterales no recepticios, es decir, manifestaciones de voluntad que son eficaces desde el momento mismo de la declaración, no siendo necesario otro acto a los fines de completar su conformación y validez. Mientras que en el ámbito civil el típico acto unilateral no recepticio es el testamento²⁶, en materia societaria la mayoría de las expresiones de la asamblea son actos que comparten esa clasificación.

Por su parte y, en el particular caso de designación de administradores, si bien la voluntad social se manifiesta por la nómina de un sujeto, la eficacia de tal declaración surge en el momento que el sujeto, a quien va dirigida tal declaración -nombramiento- toma conocimiento de éste es decir que estaríamos frente a un acto colegial unilateral recepticio²⁷.

III.2.1. Designación y aceptación

La designación de los administradores, presupone así un iter condicionante de validez, que en principio se encuentra conformado por la designación y la aceptación²⁸, sin perjuicio de los demás elementos como requisitos de validez para la legitimidad interna y externa de su actuación.

²⁶ Art. 3607 y concs. C.C..

²⁷ Sin embargo, MESSINEO, F., ob. cit., pág. 365, desconoce la practicidad de esta clasificación sosteniendo que no existe ningún acto que de una u otra forma no deba ser conocido en su oportunidad por otro sujeto que el declarante mismo.

²⁸ Si bien la L.S.C. no incorporó expresamente la obligación de aceptación del cargo, el acto es tácitamente dispuesto por los arts. 266 y 60 del mismo cuerpo legal, y así lo ha entendido la jurisprudencia CNCom., Sala B, L.L., 1979-B-409. Por su parte, FERRARA, F., *Gli imprenditori e la società*, Milán, Giuffrè, 1952, pág. 320; sin embargo, desconoce la utilidad del requisito de la aceptación expresando que la ley no lo exige expresamente porque es natural pensar que la asamblea, ha preguntado al sujeto si acepta asumir la

Este principio de eficacia del nombramiento y su categorización dentro de los actos recepticios, sin embargo, contiene dos matices de interpretación, en cuanto a la forma del “acto de reconocibilidad” por parte del sujeto destinatario del nombramiento.

Por un lado, se sostiene que el acto de nombramiento de los directores es de naturaleza contractual, entendiéndose al acto de aceptación como la conformación de un contrato en general o de trabajo en sentido amplio ²⁹ que, a su vez, implica para algunos, condición de eficacia del acto de nombramiento ³⁰ y, entre esa diversidad, la posición de Galgano.

La segunda posición, también con variaciones, pondera la naturaleza de la relación como acto unilateral -compartiendo el principio general de las deliberaciones asamblearias- donde existe, a su vez, otro acto unilateral de aceptación por parte del sujeto designado. Por lo que el acto de reconocibilidad sería otro acto unilateral emitido en forma de aceptación al cargo por parte del individuo electo que concurre ³¹ con la voluntad social de nombramiento.

Existe, sin embargo, acuerdo entre la doctrina en dos puntos. El primero, en que la aceptación siempre debe ser realizada con posterioridad al acto de designación -aun en la llamada constitución de sociedad por suscripción pública (conf. arts. 168, 170 y 179 L.S.C.)- y, el segundo, sobre la innecesariedad de una formalidad especial requerida por la ley

función antes de designarlo y si no es así, la ley presume que el sujeto nombrado acepta el cargo designado».

²⁹ MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, pág. 71, quien expresa que siendo que el contrato de administración de sociedad por acciones no se adecua a la calificación de contrato de trabajo autónomo (mandato), ni en la de contrato de trabajo subordinado ya que se trata de un contrato de trabajo (en sentido lato) que presenta al mismo tiempo algunas características propias de la subordinación y otras propias de la autonomía.

³⁰ Sobre el desarrollo de la doctrina en el tema v. MINERVINI, G., ob. cit., nota anterior, pág. 48 y ss., especialmente, pág. 52 y nota 102.

³¹ Terminología dispuesta por CANDIAN (L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonime»), ob. cit., CASSELLI, G., en *Trattato delle società per azioni*, t. 4, Amministratori direttore generale, Utet, pág. 40.

para el acto de aceptación. Dentro de esta tesitura se puede considerar a la aceptación como un acto no formal³² y, según el juego de los arts. 12 y 60 L.S.C., declarativo y no constitutivo de derechos.

La no formalidad prescrita para el acto de aceptación impone que la expresión de voluntad manifestada por el sujeto electo puede realizarse en forma expresa o positiva³³ (independientemente de los medios que se utilicen, por ejemplo, orales o escritos) o tácita³⁴ (deducida de la conducta o el proceder del sujeto)³⁵.

Corresponde, entonces, repasar las diversas posturas que con respecto al acto de nombramiento y al de aceptación se han formulado:

a. La designación y aceptación como contrato

Dentro de las teorías contractualistas -no mandato- Minervini³⁶ es su mayor expositor, expresando: “*Col contratto di (preposizione all’) amministrazione, una parte (l’amministratore) si obbliga a compiere una determinata attività per conto dell’altra (la società per azioni preponente), e -normalmente - quest’ultima si obbliga nei confronti della prima a pagare un compenso*”, definiendo así el contrato de

³² Art. 973 C.C.: «La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico (...)». Art. 974 C.C.: «Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes».

³³ Art. 917 C.C.: «La expresión positiva de la voluntad será considerada como tal, cuando se manifieste verbalmente o por escrito, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos».

³⁴ Art. 918 C.C.: «La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria».

³⁵ Conf. CNCom., Sala B, 25/8/77 en autos: «Financiera Baires S.A. c/ Kiperman, Juan C.»: «El poder otorgado por el presidente y el vicepresidente de una sociedad anónima, a favor de los apoderados presentados en autos constituye e implica por parte de aquellos la aceptación de la designación de que fueron objeto por la asamblea pertinente, por cuanto constituye un acto inequívoco de dicha aceptación, la que tácita o expresa, resulta necesaria e indispensable para que el nombramiento adquiera eficacia».

³⁶ MINERVINI, G., *Gli amministratori...* cit., pág. 9 y ss..

administración entre la sociedad y los sujetos nombrados, de trabajo en sentido amplio.

Como se adelantara, y dentro de estas posturas, no se puede dejar de mencionar a Galgano³⁷, quien sostiene que los actos de nombramiento de los administradores de parte de la asamblea, por un lado, y la aceptación del nombramiento de parte de estos últimos, por otro, no se deben ver como parte de una relación contractual distinta de la relación contractual de sociedad que tiene por objeto la ejecución de este último.

Para el autor, se está en presencia de un contrato -entre administradores y sociedad-: el contrato de sociedad, al que por disposición legislativa, deben recurrir otros sujetos como parte del contrato, éstos son los socios quienes no pueden abstenerse de designar a los administradores y de ejercitar directamente el poder legislativamente atribuido al órgano de administración, por lo que no es necesario la creación de un contrato especial para otorgarle a los administradores tales poderes.

Agrega que tampoco se puede pensar que se trata de un contrato de un tipo determinado, que tiene por objeto la realización de un trabajo en sentido amplio, contenido de una actividad prevalentemente jurídica que contiene algunos aspectos de autonomía y de subordinación³⁸.

Aunque muy novedosa esta última, no podría explicar la relación de nombramiento-aceptación cuando la sociedad no nace de un contrato sino de otro acto o negocio jurídico unilateral, ya que no existiría el contrato base que impone obligaciones y que el tercero deba aceptar.

³⁷ GALGANO, F., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia...*, pág. 246.

³⁸ Para entender el razonamiento de Galgano, se debe incursionar en los efectos de los contratos respecto de terceros cuando establecen obligación por parte de éstos, dejando de lado lo que en el derecho común se entiende por «contrato a favor de tercero», como es el caso de la renta vitalicia cuando ésta se estipula en favor de un sujeto distinto al contratante, conf. art. 2077 C.C.. En este orden, el contrato base sería el contrato constitutivo de sociedad y la aceptación al cargo por parte del administrador designado en ese contrato, valdría como la declaración de voluntad a partir de la cual nace la obligación por parte de su manifestante de cumplir con la obligación (la de administrar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, conf. art. 59 L.S.). La declaración de voluntad posterior a la celebración del contrato, cumpliría así con las exigencias legales, siempre y cuando de encontrarse en el mismo cuerpo ya no podría configurarse tal relación, dejando de ostentar la calidad de tercero.

b. La designación y aceptación como actos unilaterales

Para Brunetti ³⁹, la aceptación es *condición suspensiva* de efectos del acto de nombramiento, siendo el acto de aceptación un acto unilateral que corresponde a otro acto unilateral, el cual es el nombramiento por parte de la sociedad.

En nuestro derecho, algún autor nacional ⁴⁰ siguiendo la postura de Ferri ⁴¹, censura los postulados de la teoría contractualista coincidiendo, con la mayoría de los autores sobre la condición de eficacia que representa el acto de aceptación, pero rechazando la idea de contrato entre la sociedad y el administrador y confirmando que el iter constitutivo “*se trata de un doble acto unilateral: por una parte, la deliberación de la asamblea y, por la otra, la aceptación por el designado no existiendo una concurrencia de voluntades. Técnicamente, la aceptación obraría como presupuesto para que el nombramiento produzca efectos normales y no como conformidad prestada a una anterior oferta de contrato*”.

Asimismo descarta como elemento demostrativo de la contractualidad del acto a la retribución como “precio”, opinando que no es una característica propia de la contractualidad y lo compara con la situación paralela que nuestro Código Civil regula para el tutor en su art. 451, cuando establece la “retribución” por sus cuidados y trabajos.

Esta postura confunde dos conceptos diferentes: el hecho de que no exista concurrencia temporal, entre designación y aceptación, no implica que no exista concurrencia de voluntades. La concurrencia de voluntades desde el punto de vista sustancial existe y se exterioriza mediante la aceptación de la designación, aun cuando dicha aceptación no sea contemporánea con la designación.

³⁹ BRUNETTI, A., ob. cit., pág. 456.

⁴⁰ MARTORELL, E., «Los directores de las sociedades anónimas y el fenómeno del poder (Apuntes para un análisis de la cuestión)», L.L., 1989-C, Secc. Doc. 895

⁴¹ Quien expresa sus efectos: «*El acto de designación, en tanto se inserta en la organización de la persona jurídica, no tanto dirige al administrador elegido sino a la generalidad, porque si bien en el aspecto interno tiene en vista los socios y los órganos sociales, también tiene como destinatarios a los terceros, porque se trata de la investidura de determinadas personas en una posición orgánica, a las cuales le son atribuidos determinados poderes*».

Más allá de lo expuesto hasta aquí, pareciera ser que la postura generalizada y repetida por los autores nacionales es la de considerar la coexistencia de actos unilaterales (el de nombramiento, por un lado y, el de aceptación, por otro). Esta posición cuenta también con obstáculos iniciales siempre y cuando en derecho, el acto unilateral no es considerado, en forma unánime, fuente de obligaciones ⁴².

c. El acto unilateral como fuente de obligaciones

Toda vez que puede afirmarse que el acto de aceptación es la antesala al nacimiento de los derechos y obligaciones que el administrador asume (debiendo, en consecuencia, actuar con la “lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios” como la principal obligación), se torna necesario referirse a si existe posibilidad de que la sola aceptación, como acto unilateral, implique la asunción por parte del administrador de las obligaciones derivadas de la ley o pactadas en el contrato.

En este orden, se entiende por fuente de obligaciones a los hechos y actos jurídicos que tienen como efecto inmediato el nacimiento de éstas, siendo que la ley atribuye a ciertos actos determinados efectos. Cuando el efecto que la ley atribuye es el nacimiento de una obligación, nos encontramos frente a la fuente de ésta ⁴³. A primera vista pareciera que la concepción que sostiene la existencia de dos actos unilaterales (el de nombramiento y el de aceptación) para el caso de designación de administradores, no ha tenido en cuenta las “apasionadas polémicas doctrinales” ⁴⁴ que con referencia al tema se han presentado.

La controversia se centra en dilucidar si la sola manifestación, no ya en relación con otra anterior (generalmente la propuesta, oferta, estipulación en favor de un tercero, nombramiento, etc.) es capaz de obligar al manifestante y hacerle cumplir los actos estipulados. De ser así la aceptación podría considerarse un acto unilateral, caso contrario se debe re-

⁴² En el tema se sigue el trabajo de GOLDENBERG, I., *La voluntad unilateral*, La Plata, Librería Editora Platense, 1975, pág. 1 y ss..

⁴³ Conf. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II*, Barcelona, Bosch, 1997, pág. 277.

⁴⁴ Conf. GOLDENBERG, I., ob. cit., pág. 29.

conocer, por exclusión que existe un acto bilateral donde es necesaria la -también- bilateralidad de voluntades.

Para los sostenedores de la teoría negatoria del acto unilateral como fuente de obligaciones, en forma general, la obligación a la que el sujeto se compromete “nace recién en el momento en que la voluntad de promitente se anuda con la del aceptante y hace suyo el contenido de la declaración” y es recién ahí, con la aceptación, que se perfecciona el vínculo. Antes de la aceptación no existe posibilidad de crear obligación para sujeto alguno, ya que faltaría el sujeto pretensor, concluyendo que de ser el acto unilateral fuente de obligaciones no cabría la posibilidad de revocatoria o arrepentimiento porque la sola manifestación unilateral crea la obligación⁴⁵.

Los autores que comparten la posición contraria, es decir, los que sostienen que la voluntad unilateral puede ser fuente de obligación por su sola manifestación, niegan la necesidad de la concurrencia de otro sujeto para su nacimiento, considerando que “el efecto vinculatorio surge en forma autónoma de la actividad volitiva contenida en la declaración y es ajeno a toda idea de acuerdo”. El sujeto que manifiesta la voluntad queda comprometido pura y exclusivamente por su promesa, mientras que el aceptante cumple el rol de incorporar a su patrimonio “ese derecho creditorio formado sin su concurso”. Uno de sus expositores -René Worms⁴⁶- expresa que *“no puedo modificar la situación de otro por mi voluntad, ya que sería avanzar sobre sus derechos. Pero debo poder, por mi sola voluntad, modificar mi propia situación, porque tengo derechos soberanos sobre mí mismo. Puedo, pues por una declaración unilateral, obligarme hacia otro”*.

Conforme lo expuesto, ambas posturas parecieran convencer a la hora de dilucidar si la sola manifestación de voluntad puede ser fuente de obligaciones, agravándose la situación cuando se intentan aplicar los principios del derecho común al derecho de sociedades.

⁴⁵ GOLDENBERG, I., nota anterior, pág. 31.

⁴⁶ René WORMS, ob. cit. por GOLDENBERG, I., *La voluntad...* cit., pág. 33.

d. La fuente “negocial” en la designación y aceptación

Para intentar una conclusión más o menos válida, debe tenerse en cuenta en primer lugar que si bien el ordenamiento nacional realiza una doble clasificación de los actos jurídicos: los actos unilaterales y los bilaterales y dentro de estos últimos se sostiene como ejemplo más típico el de los contratos, no todos los actos bilaterales son contratos donde deben conformarse sus necesarios elementos.

En segundo lugar, y, para ser estrictos, debe tenerse en cuenta el elemento subjetivo nacido del rechazo de la posible aplicación del mandato -ahora sustituido por la teoría orgánica- elemento éste que hace que, de una forma u otra, se fuercen las concepciones básicas a la hora de explicar qué tipo de relación es la vinculante entre el nombramiento y la aceptación por parte del sujeto designado, con el fin de no caer nuevamente en el contrato de mandato.

Concluyendo, puede decirse que el acto de nombramiento es un acto unilateral como toda otra manifestación de la asamblea -con los alcances mencionados- pero la necesidad de la aceptación por parte del sujeto nombrado no puede considerarse ni otro acto unilateral que permanece ajeno al hecho de su nombramiento, ni un contrato donde deben coexistir los elementos de causa objeto y forma.

Es indudable que en la relación administradores-sociedad existe necesariamente un principio “negocial” que no participa de la naturaleza propia de los actos unilaterales ni tampoco, en su totalidad, de los elementos de los contratos típicos. La característica “negocial” del acto, impone hacer referencia a lo que podríamos determinar como una categoría más amplia de negocios bilaterales convencionales.

En este sentido y siguiendo a Betti ⁴⁷ tanto el negocio bilateral como plurilateral se configuran de forma diversa según que los intereses en juego, sean esos intereses contrapuestos o divergentes, o sean, esos intereses paralelos o convergentes. Cuando en el negocio bilateral los intereses son contrapuestos o divergentes estamos frente a un contrato, mientras cuando en el negocio -sea éste bilateral o plurilateral- existen intereses convergentes o paralelos estamos frente a un *accordo*.

⁴⁷ BETTI, E., *Teoría generale...* cit., pág. 304 y ss..

Partiendo de la base que “contrato” y “acuerdo” no identifican categorías netamente antagónicas, la distinción fundamental se centra en su configuración, representando dos concepciones diferentes del negocio bilateral o plurilateral. Ambas clases contienen -obviamente- un origen negocial que relaciona a las voluntades en juego: en un caso (en el bilateral) las voluntades son contrapuestas; y, en el otro caso, las voluntades son convergentes con un interés común. En esta última categoría podría encuadrarse el “negocio” de nombramiento y aceptación.

En efecto, la necesidad de una designación y su correlativa necesidad de aceptación -cuyos efectos van más allá del directo conocimiento del sujeto nombrado y sin perjuicio de las formas que puede adoptar esta última- impone que se interrelacionen ambas partes, distinguiéndose así los efectos propios de dicha relación nacida de un negocio jurídico. En este orden, y, por una parte, el acto adquiere eficacia a partir de su aceptación, pero el nombramiento puede ser rechazado, no naciendo así obligación para el sujeto designado. Por otra, la aceptación implica como acto aislado la asunción por parte del sujeto designado de derechos y obligaciones que surgen del contrato o de la ley, donde no sería suficiente sólo el conocimiento (acto de reconocibilidad) por parte del destinatario del nombramiento y tampoco sería suficiente la calificación de acto unilateral, ya que al analizar el acto unilateral como fuente de obligaciones, las posturas encontradas refieren a la vinculación necesaria -entre oferta y aceptación, designación y aceptación del mandato, etc.- como consideración previa al análisis de los efectos.

Debe recordarse que en el ámbito del derecho societario, el negocio de nombramiento es meramente declarativo y adquiere sus efectos y eficacia a partir del momento que el sujeto a quien va dirigido (el sujeto designado) conoce de ese nombramiento, pero que además lo acepta. Es decir que el acto de reconocibilidad toma forma mediante la aceptación del sujeto a quien va destinado y a partir de ese momento surgen todos los efectos propios del mismo, efectos dispuestos legal o contractualmente.

En definitiva, no existe necesidad de forzar las estructuras legales a fin de explicar cómo y por qué el administrador, mediante la aceptación queda obligado para con la sociedad y los terceros y cómo o por qué, la aceptación es presupuesto de eficacia del acto. No existen dos actos unilaterales, existe un acto que nace unilateral (la designación) pero que al momento de ser conocido, debe ser aceptado o rechazado, convirtién-

dose así en un acto de origen negocial convencional. Ello implica que el acto de nombramiento mientras no sea aceptado puede ser revocado como así también, en caso de no existir la aceptación (la receptividad del acto) estamos frente a un acto unilateral que no puede ser fuente de obligaciones ni compromete al sujeto nombrado, pero que al momento de “interrelacionarse”, por su necesidad recíproca y su origen netamente “negocial” o de “acuerdo”, producen efectos propios.

Por lo demás, es evidente que no puede sobrevivir, ni producir efectos propios, la designación de un sujeto sin la correlativa aceptación, ni puede existir, ni vincular a las partes esta última, sin la anterior proposición de designación.

III.3. Características de la designación. Importancia

Como regla general, los administradores de las sociedades por acciones, que pueden ser socios o no, son designados inicial y necesariamente en el acto constitutivo. La designación es trascendente al extremo que Vivante⁴⁸ expresa que frente a la omisión de la designación cada socio puede requerir la propia liberación del vínculo social, siendo uno de los elementos que constituyen la organización aludida en el art. 1° de la L.S.C. entre los firmantes del acto.

El régimen jurídico continental, del que participa el argentino y, su consecuente enrolamiento en un sistema de estructuras preestablecidas (tipicidad) para considerar a una sociedad comercial como tal -que se ha dispuesto en defensa de la seguridad jurídica- hace que el apartamiento de los elementos necesarios para denotar su tipo puedan acarrear efectos de anulabilidad y nulidad de la sociedad misma (conf. arts. 16 y 17 L.S.C.). En este orden, la falta de designación de los sujetos que compondrán el directorio así como de sus normas de funcionamiento y toda vez que éstos se consideran elementos esenciales tipificantes, implicará entonces la nulidad por atipicidad⁴⁹. Ello ya que al participar el sistema societario

⁴⁸ VIVANTE, C., *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, pág. 266.

⁴⁹ HALPERÍN, I., *Curso de derecho comercial*, Buenos Aires, Depalma, pág. 181.

argentino del continental europeo, comparte también la solución dada por la legislación y doctrina comparada tales como la italiana⁵⁰. Aunque éste no sea el único sistema aceptado por las legislaciones de los distintos países de la Unión Europea. Como referencia, se puede nombrar el sistema inglés, donde su legislación⁵¹, con base al criterio de división entre *public and private companies*⁵² y, su consideración como tales luego de la inscripción⁵³, hace imposible ese requisito sin el nombramiento del primer directorio.

III.4. Momentos para la designación

La ley 19.550, prevé diversos momentos para la designación de los administradores, dependiendo entre otros factores, de la forma de consti-

⁵⁰ Conf. FRÉ, G., *Società per azioni*, ob. cit., pág. 448, comentario al art. 2383 C.C.I., quien establece que la asamblea tiene no solamente el poder, sino también el deber de nombrar a los administradores. La existencia del órgano de administración es en realidad indispensable para el funcionamiento de la sociedad, por ello, la asamblea no puede eximirse del nombramiento sin comprometer la existencia misma de la sociedad.

⁵¹ Si bien ha debido modificarse en algunas de sus estructuras debido a su participación en la Unión Europea, no ha variado en forma esencial su consideración sobre las sociedades comerciales. Estas serán tales, siempre y cuando posean the certificate of incorporation, requerido por la Sección 13 (1) of the Companies Act 1985.

⁵² Se entiende por «public company» (Section 1 (3) of the Companies Act 1985) «*as a company limited by shares whose memorandum of association states that it is a public company and in relation to which the provisions of the 1985 Act or the former Companies Acts as to the registration or re-registration of a company as a public company have been complied with*» (...) «*in the case of a company registered as public the amount of share capital stated into the memorandum must not be less than the authorized minimum*» (...) «*A public company must have a minimum of two members*» y como «private company as «*a company that is not a public company*» (conf. BOYLE, A., y BIRDS, J., *Company Law*, Ed. Jordans Great Britain, 1995, pág. 36.

⁵³ Momento en que aparecería el «ente diferenciado». El principio de personalidad societaria como sujeto distinto al de los socios, surge del caso «Salomón v. Salomón & Co Ltd.» de 1897, donde de la Cámara de los Lores expresó: «*However large the proportion of the shares and debentures owned by one man, even if the other shares were held in trust for him, the company's acts were not his acts, nor were its liabilities; nor is it otherwise if he has sole control of its affairs as governing director*», principio que es aceptado en forma unánime por la jurisprudencia inglesa (salvo las excepciones de disregard).

tución de la sociedad anónima -ya sea por acto único o suscripción pública- de los órganos facultados para realizar tal designación -asamblea, consejo de vigilancia, accionistas, etc.- o de los sujetos con potestad -Estado, juez, controlante, etc.- situaciones éstas que serán analizadas durante el presente capítulo.

III.4.1. Designación en el acto constitutivo

La primera designación, necesariamente debe realizarse en el acto constitutivo, aunque no importa que ella deba constar en tal acto. Si bien como costumbre general, el nombramiento de los administradores se realiza por acta separada y a continuación de la constitución -como modalidad de asamblea unánime- para mayor funcionalidad, evitando así la modificación contractual por cada nueva designación, algún autor ha planteado que no puede designarse a los sujetos en el estatuto ya que, de ser así, estructuralmente la naturaleza de la relación entre administrador y sociedad, compartiría la naturaleza contractual del acto que da origen a la sociedad.

En otras palabras, si la designación es realizada en el *corpus* del acto fundacional, participaría de la relación, contrato plurilateral de organización, que se entiende como naturaleza de la constitución de sociedad ⁵⁴.

Otros autores, establecen que los primeros administradores deben designarse, según lo establecido por ley, en el acto constitutivo, no bastando a los efectos del cumplimiento de tal obligación el establecer el número máximo y mínimo de éstos al momento de la constitución. Este principio general, ha traído no pocos desencuentros doctrinarios que de una u otra forma justifican que su incumplimiento puede acarrear hasta la nulidad de la sociedad por atipicidad, según se adelantó.

⁵⁴ Ver CASELLI, G., «Problemi in tema di nomina degli amministratori di società per azioni» en *Contrato e impresa* 1-1989. Asimismo, plantea otras cuestiones tales como si la indicación de los administradores en la fase constitutiva de la sociedad es requisito esencial o puede ser obviada, concluyendo que la distinción existente entre acto constitutivo y acto de designación de administradores nos demuestra que el nombramiento es no esencial en la fase formativa de la sociedad. Contrariamente, VIVANTE, ob. cit., entre otros.

En nuestro derecho, el art. 166 L.S.C., en su parte tercera, prevé la designación de los primeros administradores cuando establece los requisitos que deberá contener el acto constitutivo -completándose esta necesidad con el art. 11 inc. 6 de la parte general de la ley, que determina la necesidad de estipular la organización de la administración aunque no la designación de los sujetos que cumplirán dicha función- como dato esencial para la regular constitución de la sociedad y, como lo señala Zaldívar⁵⁵, en este caso, la designación se realiza por unanimidad ya que todos los firmantes del contrato constitutivo -fundadores- suscriben el acta de conformidad.

Esta modalidad de designación se altera notoriamente para el caso en que la sociedad se haya constituido por el procedimiento establecido en el art. 168 y ss., ya que será la asamblea constitutiva (art. 179 inc. 4) la que deberá, dentro del orden del día y una vez decidida la constitución, proceder a la designación de las personas sobre las que recaerá la función de administrar. En ese momento, la naturaleza del acto de designación cambia, ya que la conformación de una asamblea y por la propia naturaleza de sus decisiones, podrá tomar esa determinación por mayoría.

III.4.2. Designación posterior al acto constitutivo

También la ley de sociedades, prevé la designación -facultando a la asamblea ordinaria (art. 234 L.S.C.), al consejo de vigilancia (art. 281 inc. d L.S.C.) o, eventualmente, a la sindicatura (para el caso de vacancia y como director sustituto)- posterior y frente a diversos supuestos que pueden acaecer durante la vida societaria, tales como renovación del órgano, la renuncia, incapacidad o fallecimiento de o de los administradores.

Legalmente y para el caso conferido a la asamblea, ésta puede ser convocada por el directorio, síndico o a pedido por los accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital y sesionar con la mayoría de las acciones con derecho a voto en primera convocatoria y

⁵⁵ ZALDÍVAR, E., y otros, *Cuadernos de derecho societario*, t. II, *Sociedades por acciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, pág. 460.

con cualquier número de acciones presentes en segunda convocatoria siendo que sus decisiones deben ser adoptadas por la mayoría absoluta de votos presentes, todo ello si no existiere previsión contractual o estatutaria diversa (arg. arts. 236 y 237 L.S.C.) o puede funcionar como asamblea unánime (art. 237 último párrafo L.S.C.).

III.4.3. Los sistemas de designación

La adquisición de la calidad o *status* de accionista, trae aparejado como consecuencia inmediata la asunción de derechos y obligaciones por parte del sujeto investido de tal carácter. Dentro de esos derechos, el derecho a voto es esencial, establecido en tutela del interés individual de los socios que no puede conculcar el interés social, plasmado como reflejo de éste y en pro de la tutela individual⁵⁶, siendo que el mismo *in abstracto*⁵⁷, no puede restringirse ni anularse.

En este sentido, no existe discusión alguna sobre los efectos específicos en cuanto a los derechos nacidos de la calidad de accionista, como el derecho a voto. Este no puede ser asimilado ni confundido con el derecho a la elección de su modalidad de ejercicio en situaciones especiales como, por ejemplo, la elección de los miembros del directorio a través del procedimiento previsto como “voto acumulativo” (art. 263 L.S.C.).

Dos son las formas generales de elección en cuanto al sistema de votación se refiere, el sistema de voto ordinario o plural y el sistema de voto acumulativo. Un tercer sistema que normalmente se establece como complementario de los anteriores es el de elección por clases de acciones, según la previsión del art. 262 L.S.C.. Este último y, en razón de la clasificación expuesta, se tratará como supuesto de “órganos autorizados para la designación”: asambleas especiales.

⁵⁶ ASCARELLI, *Appunti società*, pág. 154, citado por Brunetti A., *Tratado del derecho de...* cit., t. II, pág. 530.

⁵⁷ La referencia a *in abstracto* se realiza a fin de asimilar este concepto a las disposiciones establecidas en forma genérica en la ley, sin dejar de reconocer los posibles efectos derivados de los genéricamente llamados «sindicatos de votos».

En el caso de la elección por voto ordinario o plural, los votos deberán emitirse en forma favorable para la designación de tal o cual sujeto en una proporción equivalente a la mayoría absoluta de los presentes, aplicándose a los fines del resultado, los votos obtenidos por candidato, siempre y cuando superen el mínimo establecido legal o contractualmente.

Evidentemente no podrán surgir problemas de cómputos de votos cuando el directorio sea unipersonal, pero para el caso de directorio pluripersonal y, en el supuesto de empate, frente a la falta de solución legal ⁵⁸ es el estatuto el que deberá reglamentar los pasos a seguir.

Respecto a la previsión legal de elección del directorio por el sistema de voto acumulativo (art. 263 L.S.C.), incluido como una forma de intentar la representación de la minorías en el directorio, se debe mencionar, que no es un instituto novedoso dentro de las legislaciones societarias. Reiteradamente, la mayor parte de las legislaciones modernas, incorporan de una u otra forma la llamada “protección de los derechos de las minorías” en defensa del equilibrio social y en contra del ejercicio en forma abusiva del poderío de las mayorías, a través de recursos que las mismas leyes prevén, ejercitables por los socios minoritarios con ciertas condiciones.

Como característica de este sistema, puede decirse que la L.S.C. prevé como condiciones específicas y previas a su ejercicio, las siguientes:

- a) la comunicación previa de la intención del ejercicio de votar acumulativamente;
- b) la posibilidad de aplicar los votos obtenidos en forma acumulativa a sólo un tercio de las vacantes a llenar y,

⁵⁸ Así, CNCom., Sala C, 2/7/79 en autos: «Saiz, Marta L. c/ Camper S.A.», ha dispuesto que «En el sistema de la ley 19.550, toda cuestión sometida a la asamblea ordinaria que no llegue a reunir la mayoría absoluta ha sido rechazada. Cuando esta situación se produce con relación a cuestiones que afectan la operatividad de la sociedad puede conducir a una causal de disolución y de esa encrucijada solamente se puede salir por la deposición de la intransigencia de los accionistas, procurando lealmente una solución que resulte menos lesiva para los intereses en contradicción o mediante el sometimiento de la cuestión a un tercero -solución derogada art. 448 C.Com.- que no es un remedio de carácter reglamentario sino extracorporativo» y que (...) «la ley de sociedades no ha previsto una flexibilización para el caso de empate en las votaciones de la asamblea, ni aún para el supuesto de no lograrse mayoría absoluta en las asambleas ordinarias (...)», L.L., 1979-D-35.

c) la imposibilidad de restricciones estatutarias originarias -salvo cuando el estatuto establezca un directorio unipersonal- o derivadas a través de modificaciones de estatutos tendientes a impedir su ejercicio ⁵⁹.

Estas previsiones hacen directamente a la protección del sistema de designación, cuyo incumplimiento hará derivar efectos relacionados directamente con la minoría perjudicada y no con la calidad del sujeto así designado, razón por la cual se remite al lector a los trabajos que tratan ese tema ⁶⁰.

⁵⁹ En este sentido, la ya tradicional jurisprudencia del fuero local, ha dispuesto que «Parece muy obvio que si, la reforma de estatuto ha sido inspirada en el deseo de la mayoría para evitar que un director sea nuevamente elegido mediante el sistema de voto acumulativo, existe ejercicio desviado siendo ello suficiente para fulminarla de nulidad» (CNCom., Sala D, 15/7/82 en autos: «Godoy Echar, Eulogio c/ La Casa de las Juntas S.A.»). Sobre este tema, puede consultarse a NEGRI, J., «Afectación de los derechos de la minoría insuficiente por la vía de la violación estatutaria», E.D., 122-140; BOLLINI, C., SHAW, C., «La creación del consejo de vigilancia como forma de alterar el sistema previsto por el artículo 263 de la ley 19.550», E.D., 101-353, etc..

⁶⁰ Si bien el ejercicio y aplicación del art. 263 L.S.C., es un tema de gran trascendencia tanto doctrinaria como práctica, su tratamiento excede el marco de la presente investigación por lo que se remite a los autores que lo han tratado en forma específica: ZALDÍVAR, E., y otros en «Cuadernos de derecho societario», Cap. VIII por NEGRI, C., «El voto acumulativo en la elección de los órganos sociales», ob. cit.; GRIFFI, E., «Algo más sobre la elección por voto acumulativo», *Doctrina Societaria y Concursal*, mayo 1989, pág. 1; GAGLIARDO, M., «Voto acumulativo y protección de las minorías», J.A., 1987-IV-335; MARTÍNEZ BOSQUE, M., «Sustitución de directores electos por el sistema del voto acumulativo», J.A., 1992-IV, Secc. Doc., pág. 779; NISSEN, R., *Ley de sociedades comerciales*, t. 4, pág. 295; RICHARD, E., y MUIÑO, O., ob. cit., pág. 525; SASOT BETES, M., y SASOT, M., «Sociedad anónima. El órgano de administración», pág. 81; MARZORATI, O., «El abuso del derecho y el ejercicio del voto acumulativo», pág. 357; MATA y TREJO, G., «El sistema de elección por voto acumulativo en la ley de sociedades comerciales», E.D., 78-274; GAGLIARDO, M., «Voto acumulativo y elección de directores suplentes» E.D., 123-180; FILIPPI, L., «Voto acumulativo. Imposibilidad de su sumatoria», J.A, número especial: *Sociedad Anónima y relaciones de organización*, pág. 59. En jurisprudencia, CNCom., Sala C, del 20/3/1980; E.D., 91-590, ídem, Sala A, 21/6/74; E.D., 58-373, etc..

III.5. Organos facultados para designarlos

III.5.1. La asamblea de accionistas. Generalidades

El órgano deliberativo en las sociedades anónimas es la asamblea compuesta por todos los socios ⁶¹ y cuyas decisiones vinculan a los socios que hayan participado o no, a los directores y demás órganos sociales (arg. art. 233 2º párrafo L.S.C.).

Si se intentara una definición se debería decir que es la reunión de accionistas, cuya posibilidad de asistencia ha sido dada por una convocatoria acorde al estatuto y a la ley, para expresar y decidir su voluntad individual en pro de una voluntad social, siempre con relación a su incumbencia.

Si bien, tanto la letra de la ley, como la exposición de motivos de la 19.550, omite toda conceptualización sobre las mismas, se las clasifica -en ordinarias y extraordinarias- y delimita específicamente su competencia remitiendo a los arts. 234 y 235 L.S.C., respectivamente.

Otras legislaciones han adoptado criterios diversos, incorporando a los artículos referentes a la “asamblea general”, una conceptualización para luego incursionar sobre su clasificación y competencia. Tales son los casos de la ley de sociedades anónimas de Brasil ⁶² la que en su art. 121 caracteriza a la asamblea general como aquella que, convocada e instalada de acuerdo con la ley y con el estatuto, tiene poderes para decidir todos los negocios relativos al objeto de la sociedad y tomar las resoluciones que juzgue convenientes a su defensa y desenvolvimiento, para luego atribuirle su “competencia privativa» (art. 122 ley 6404). La ley uruguaya ⁶³, establece en el título al art. 340, Sub-sección VII, “Concepto, resoluciones y celebración: Las asambleas de accionistas estarán constituidas por éstos, reunidos en las condiciones previstas por la ley y el contrato social en la sede social o en otro lugar de la misma localidad. Sus resoluciones, en los asuntos

⁶¹ Sin perjuicio de ciertas precisiones: bonistas, debenturistas, obligacionistas, sin derecho a voto, etc.. Vid. ZALDÍVAR, E., y otros, «Cuadernos...» cit., pág. 315.

⁶² Ley 6404, 15/12/76.

⁶³ Ley 16.060, 4/12/89.

de su competencia obligarán a todos los accionistas, aun disidentes y ausentes, cuando hayan sido adoptadas conforme a la ley y el contrato”. Agregando que asimismo “deberán ser cumplidas por el órgano de administración”, continuando con la división en sus clases (art. 341) y atribuyendo la incumbencia para cada clase en el art. 342 del mismo cuerpo legal.

En el derecho europeo la ley de sociedades anónimas española -Real Decreto Legislativo 1564/1989, 22/12/89, por el cual se aprueba el texto refundido de la ley de sociedades anónimas- cuando se refiere a la “Junta General” (art. 93) lo hace en los siguientes términos: 1. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta. 2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general. Seguidamente, la clasificación (art. 94) y su competencia (arts. 95 y 96).

También dentro del derecho europeo, la ley 66-537 de julio de 1966, en Francia, realiza la clasificación en asambleas ordinarias y extraordinarias (art. 157), especificando que las asambleas ordinarias se reúnen una vez por año y dentro de los seis meses de la clausura del ejercicio o, eventualmente, tiempo mayor, otorgando esta posibilidad sólo en caso de previa decisión judicial, teniendo injerencia exclusiva sobre temas específicos relativos a las “cuentas anuales” y remitiendo a los fines de su competencia a los arts. 90, 94, 103, 105 etc., sobre designación de directores, remoción, etc., habilitando a la asamblea extraordinaria (art. 153) a modificar los estatutos y cambio de “nacionalidad” (art. 155). La diferencia especial con nuestro sistema, reside en que contrariamente a las disposiciones del art. 235 L.S.C., específicamente establece que todo otro tema será de competencia de la asamblea ordinaria.

El derecho suizo y el alemán ⁶⁴, se apartan de los criterios de las demás legislaciones europeas, poseyendo características particulares.

Por un lado, el *Code des obligations* suizo (art. 699 (2)) divide a las asambleas en ordinarias y extraordinarias por la época de convocatoria ⁶⁵

⁶⁴ Por la particularidad de la legislación germánica, se hará referencia a ésta en ocasión de tratar la elección de administradores por el consejo de vigilancia (V. Cap. II.5.2.).

⁶⁵ Art. 699 (2): «(...) L'assemblée générale ordinaire a lieu chaque année dans les six

conforme el criterio de nuestro viejo Código de Comercio, pero, además, mantiene una particularidad en cuanto en el art. 698 (1), expresa textualmente: “L’assemblée générale des actionnaires est le pouvoir suprême de la société”, es decir que establece el poder “supremo” de la asamblea de accionistas sobre los demás órganos, fórmula que ha sido ampliamente superada por la legislación nacional y comparada.

Por su parte, en doctrina, una de las clasificaciones más interesantes es la de Joaquín Rodríguez Rodríguez⁶⁶ quien -siguiendo a Donati- realiza una triple clasificación, sobre la declaración de voluntad y las funciones de deliberación, dividiendo a las mismas en:

- a) deliberaciones que forman y declaran la voluntad de la sociedad con eficacia puramente interna;
- b) deliberaciones que forman y declaran la voluntad de la sociedad con eficacia externa y,
- c) deliberaciones que forman, pero no declaran, la voluntad de la sociedad con eficacia externa.

Sin perjuicio de lo expuesto, la elección de los administradores corresponde -como principio general- a la asamblea de accionistas y este principio no puede ser modificado mediante disposición estatutaria. Así, por ejemplo, no podría establecerse la designación de todos o algunos administradores por un accionista determinado en forma particular⁶⁷.

mois qui suivent la clôture de l’exercice; des assemblées générales extraordinaires sont convoquées aussi souvent qu’il es nécessaire».

⁶⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., *Tratado de ...* cit., pág. 28 y ss..

⁶⁷ Conf. C1CC Bahía Blanca, Sala I, 14/6/83, autos: «Bermúdez, Emilio V. c/ Bahía Blanca Refrescos, S.A.», J.A., 984-III-329. «El régimen de la ley es claro -y en algunos casos terminante- respecto de los derechos del socio (...) y respecto de los deberes del síndico como órgano de control y representante de los accionistas en la fiscalización de la administración de la sociedad (art. 294, ley 19.550 -ADLA, XXXII-B, 1760-). Es obvio que tanto aquellos derechos como estos deberes no incluyen la entrega de documentación referida a las asambleas ni el acceso a las reuniones de directorio por el socio, ni la obtención, de consiguiente, de actas o copias de actas de las reuniones del órgano de administración social cuyo control, nombramiento y remoción compete, dentro de la economía de la ley especial, a las asambleas de socios y no a los socios en particular (arts. 255, 258, 259, 265, 276 y cons., ley 19.550). Algunas legislaciones han previsto esta posibilidad tal como la de Grecia donde (según cita, ALEGRÍA, H., «Elección de directores por clase o

Frente al supuesto, deberá considerarse nula la cláusula que así lo dispone, siendo inderogable el precepto consagrado en el art. 255 L.S.C. y su correlativa disposición, en cuanto a que la remoción corresponde en todos los casos a la asamblea, aun cuando éstos hayan sido designados por el consejo de vigilancia.

Como es sabido, la asamblea funciona por el principio de mayorías (art. 233 última parte L.S.C.), que salvo disposición estatutaria es de “mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión”, siendo entonces que nada obsta a que el estatuto establezca dos tercios, tres cuartas partes de votos presentes, de capital o, eventualmente, la unanimidad. Correlativamente no podría determinarse estatutariamente que algunos cargos fueran elegidos por mayoría y otros por unanimidad, siendo en este caso también, nula la cláusula que así lo disponga ya que afectaría el equilibrio interno social, además de incurrir en una forma de limitar el ejercicio del voto acumulativo dispuesto por el art. 263 L.S.C..

Estos enunciados implican que mientras no se prive de la elección de los administradores al órgano natural que es la asamblea de accionista, no se conformarán situaciones irregulares que podrán llevar a considerar la existencia de un “*administrador de hecho*”. Las irregularidades más frecuentes que pueden configurar este supuesto, se centran, por principio, en el procedimiento de elección.

Por su parte y a los efectos de una válida elección, la asamblea debe estar “legalmente” constituida. Este concepto abarca un procedimiento que consta de diversas etapas que deben cumplirse bajo pena de su nulidad ⁶⁸ (art. 251 L.S.C.). En forma genérica podemos mencionar

categoría de acciones», L.L., 1980-C-864) esa estipulación estatutaria es plenamente válida, siempre y cuando se permita la elección de hasta un tercio de las vacantes a llenar. Nuestra legislación, si bien no dispone tal posibilidad, autoriza a que mediante la «elección por clases», se reserve a una categoría determinada de acciones, uno o más cargos a elegir.

⁶⁸ Comparte los requisitos exigidos para la generalidad de los actos colectivos, los cuales reiteradamente han sido expresados por la jurisprudencia: CNCom., Sala A, «La forma del acto colectivo de la sociedad está referido al debido procedimiento colegial, o sea respecto de la asamblea, convocatoria por el órgano competente, publicidad de la convocatoria, recaudos de legitimación para los asistentes, quorum para la constitución y funcionamiento de la asamblea, tratamiento del orden del día con las salvedades de la ley, infor-

como pasos necesarios a: 1) convocatoria; 2) publicidad de esa convocatoria -con excepción de las asambleas unánimes art. 246 inc. 1 L.S.C.-; 3) *quorum* necesario a fin de que la asamblea se considere válidamente constituida y 4) mayorías exigidas con el objeto que la decisión sea válidamente tomada ⁶⁹.

La problemática de las asambleas inválidas se relaciona directamente con la figura del “*administrador de hecho*” siempre que el supuesto más común es la actuación de un director con vicios en su designación.

mes y deliberaciones, votación y proclamación de los resultados alcanzados según las mayorías necesarias, y confección del acta». En autos: «Tellería, Luis A. c/ Martínez Valderrama y Cía., S.A.», E.D., 87-505.

⁶⁹ A estos requisitos HALPERÍN, I., (*Sociedades anónimas*, pág. 389) agregaba uno adicional que era la de la redacción del acta de la asamblea, en éste sentido expresaba: «Agotado el orden del día o terminadas las deliberaciones por cualquier causa (paso a cuarto intermedio hasta otro día, etc.) se confeccionará el acta (arts. 73 y 249) cuya existencia regular es esencial para la validez de las decisiones adoptadas. Sin ella, más que inválida, la asamblea sería inexistente: hace a la esencia del funcionamiento (...)». El tema de la redacción del acta como elemento de validez de la asamblea fue en su momento materia de arduas discusiones doctrinarias, pero que en nuestros tiempos se encuentra superada (RICHARD, V. E. y MUIÑO, O., ob. cit., pág. 481) teniéndose en la actualidad como medio de prueba, siempre y cuando sea llevado con las formalidades exigidas por la ley. En jurisprudencia: CNCom., Sala B: «El libro de actas de asambleas de la sociedad anónima es uno de los libros que deber ser rubricado de conformidad con lo prescripto por el art. 53 del Cód. de Comercio, careciendo en su defecto de valor probatorio, como específicamente lo establece el art. 63 del mismo cuerpo legal» en autos: «Evergraf, S.A. s/ quiebra», (L.L., 1983-A-368); asimismo, CNCom., Sala C, en autos: «Kuckiewicz, Irene c/ Establecimientos Metalúrgicos Cavanna, S.A. y otro», «Los acuerdos asamblearios sólo pueden probarse acudiendo a otros medios que no sea el acta, si mediase impugnación de la misma, demostrando sus vicios» (L.L., 1988-A-65). Sosteniéndose que es esencial frente a una modificación estatutaria, como único medio idóneo (conf. CNCom., Sala C, «Serviacero S.A.») que ha expresado: «Las particularidades del procedimiento fijado por la ley 19.550 (ADLA, XXXII-B, 1760), para la asamblea de la sociedad anónima y los caracteres del acta con que culmina dicho procedimiento, explican la razón del silencio del art. 165 de la ley citada respecto a la forma exigible para la modificación del estatuto. Se puede entender así que el acta es la forma específica del acto modificatorio, o se puede entender que es solamente un estadio del procedimiento que bajo las reglas de un ordenamiento societario preexistentes vincula a quienes lo cumplen, culmina con la confección y firma en el libro de comercio pertinente; con lo cual, a su vez, se tendrá la forma, no de la deliberación, sino de la documentación; el instrumento de comprobación o certificación de lo deliberado y resuelto». (L.L., 1980-B-396).

Dentro de este supuesto se encuentran, reiteradamente, sujetos que actúan nombrados por una asamblea que no han respetado el procedimiento para su designación y que en forma particular se trata en el Capítulo VI al que se remite.

III.5.2. Designación por el consejo de vigilancia

La decisión de incorporar una figura como el consejo de vigilancia, a través del art. 280 L.S.C., tuvo como antecedente inmediato -tal como lo explica la misma comisión redactora, exposición de motivos, Sección V, X) el *Aufsichtsrat* previsto en la normativa alemana (Aktiengesetz de 1965⁷⁰) y el *Conseil de surveillance* proveniente de la legislación francesa (*Loi des sociétés* de 1966), si bien las funciones propias de las figuras que anteceden a nuestro consejo de vigilancia, son claramente diferentes⁷¹, aproximándose la dispuesta en la ley 19.550 en mayor medida, a la francesa.

El sistema normativo posibilita que estatutariamente se organice un consejo de vigilancia, compuesto por accionistas quienes son elegidos por la asamblea. En el caso de haberse previsto estatutariamente, el consejo de vigilancia viene a reemplazar la posibilidad de los socios de ejercer su derecho de información establecido para las sociedades, en general en el art. 55 L.S.C., atribuyéndosele una función de fiscalización permanente

⁷⁰ Aunque su incorporación en el derecho alemán data del ADHGB de 1861 con una variación fundamental, la cual consistía en que el órgano cuya función era la vigilancia del directorio, poseía carácter facultativo y sus funciones se encontraban deficientemente establecidas (conf. IGLESIAS PRADA, J., *Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima*, Madrid, Tecnos, 1971, pág. 54).

⁷¹ La determinación de funciones del consejo de vigilancia en el derecho francés, dista mucho de las establecidas por el derecho alemán. La regulación nacional se acerca más a la francesa ya que por ejemplo, las disposiciones legales reservan las facultades de control del directorio, en forma general, a la asamblea de accionistas; además, la revocación del nombramiento sólo puede ser realizada por la misma asamblea y no por el consejo como en el derecho alemán, asimismo, la decisión de ciertos actos que compete realizar al directorio, pueden ser decididos por el consejo de vigilancia en la normativa alemana, mientras que en la francesa, la autorización para la realización de determinados actos del directorio, por parte del consejo está limitada a los casos específicos establecidos en la ley o en el estatuto (al estilo de lo establecido por el art. 281 inc. c) L.S.C.).

sobre el órgano de administración en forma general y, en forma especial, el resto de las funciones imperativas establecidas en el art. 284 L.S.C., y la remisión realizada por el art. 281 inc. g) L.S.C., a dicha norma.

Las funciones del consejo de vigilancia pueden ser ampliadas siempre dentro de la competencia específica que le corresponde y con ciertos límites que hacen a los principios generales establecidos. Dentro de las funciones específicas que le corresponden, previa estipulación estatutaria, se encuentra la de designar administradores, acercándose así este cometido, al antecedente alemán (§ 83 Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen), durando en este caso cinco años en sus funciones y teniendo remuneración fija, pero no pudiendo el estatuto disponer sobre la revocabilidad del director así elegido que siempre es reservado a la asamblea de accionistas.

Es evidente que la intención legislativa fue la de acercar nuestro sistema a los sistemas europeos mencionados, que en ese momento eran los más avanzados y, por ello, la posibilidad de la elección de los administradores por parte de los consejeros ⁷². El modelo propuesto, evidentemente pensando en la gran sociedad anónima, no ha tenido éxito en la práctica demostrando la realidad que el mecanismo tradicional de elección por parte de la asamblea, es aun hoy el más utilizado, dejándose la previsión de una organización compleja, como es el consejo de vigilancia, para las sociedades de grandes dimensiones o sociedades anónimas abiertas.

III.5.3. Designación por la sindicatura

Es dable mencionar que tampoco fue fácil para la comisión redactora, la adopción de un sistema de fiscalización interna, que superara la

⁷² Sobre las ventajas de adoptar este tipo de sistemas estatutariamente, ZALDÍVAR, E., y otros, *Cuadernos ... cit.*, pág. 615, enuncian entre otras: a) facilitar la tecnificación y profesionalidad de los directorios; b) posibilitar la designación de representantes de las minorías en un órgano societario, sin los inconvenientes propios; c) la posibilidad de crear órganos bipartitos de administración con, de acuerdo a los actos a realizarse (de ordinaria o extraordinaria administración) y d) un control más eficiente de la gestión empresarial.

problemática que se planteó durante la vigencia del Código de Comercio. Al igual que en el caso del consejo de vigilancia, la posibilidad de disponer de una sindicatura como estructura partícipe del órgano de fiscalización, tuvo en miras la mayor protección de los accionistas a través de un control más marcado para con el órgano de administración.

Sin perjuicio de ello, es evidente que también existió otra razón de relevancia, la que consistió en la protección de terceros en general o de lo que comúnmente puede llamarse el “interés público” general y, en razón de los posibles perjuicios que pudiera sufrir este interés, por la actuación irregular de los administradores. Ello se deduce del carácter optativo para las sociedades anónimas que no se encuentran enumeradas en el art. 299 L.S.C. y el rasgo obligatorio (con un mínimo de tres integrantes) para las sociedades comprendidas dentro del mencionado artículo ⁷³.

La mayoría de las legislaciones extranjeras disponen en sus ordenamientos legales, la facultad (en algunos casos) y la obligatoriedad (en otros) de la conformación o designación de lo que en nuestro país se denominan síndicos ⁷⁴.

⁷³ En la actualidad, mediante dect. 677/00 denominado de «Régimen de transparencia de la oferta pública» y con el objeto de dar «mayor transparencia al mercado» se incorporó la posibilidad que la Comisión Nacional de Valores, a pedido fundado del accionista externo, que represente por lo menos el 5% del capital social y en los casos en que sus derechos puedan resultar afectados, solicite a la sociedad la designación de un auditor externo propuesto por éstos para la realización de una o varias tareas particulares o limitadas en el tiempo y a costa de los requirentes (art. 14 e).

⁷⁴ Así, la ley de sociedades anónimas española art. 203 y ss., Auditores. Designación, art. 204: «Nombramiento por la junta general: Las personas que deben ejercer la auditoría de las cuentas serán nombradas por la junta general antes que finalice el ejercicio a auditar (...); art. 205: «Nombramiento por el registrador mercantil: Cuando la junta general no hubiera nombrado a los auditores antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, o las personas nombradas no acepten el cargo o no puedan cumplir sus funciones, los administradores, el comisario del sindicato de obligacionistas o cualquier accionista podrá solicitar del registrador mercantil del domicilio social la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil»; art. 206: «Nombramiento judicial: Cuando concurra justa causa, los administradores de la sociedad y las personas legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor, podrán pedir al juez de primera instancia del domicilio social la revocación del designado por la junta general o por el registrador mercantil y el nombramiento de otro». Código de Sociedades francés, Commissaires aux comptes, cuya regula-

Más allá de ello, las atribuciones de las funciones principales que a éstos les compete, son compartidas por las legislaciones comparadas y se ha establecido más o menos el mismo alcance en cuanto a sus facultades, especialmente, lo relativo al examen de libros y documentación, balances y cuentas en general, etc..

Específicamente con respecto a la designación de administradores y para el caso de vacancia por cualquier causa que fuera (muerte, incapacidad, renuncia, etc., de los mismos), nuestra legislación se ha apartado de las continentales europeas en general ⁷⁵, estableciendo un sistema especial de elección que consiste en el nombramiento por parte de la sindicatura de un director sustituto “hasta la reunión de la próxima asamblea” (art. 258 L.S.C.) y siempre y cuando “el estatuto no prevea otra forma de nombramiento” ⁷⁶.

ción se encuentra en la ley de 1966, complementada por la ley del 1 de marzo de 1984 y el decreto de aplicación del 1 de marzo de 1985. En el derecho francés, los commissaires son nombrados por la asamblea y (apartándose del antiguo criterio que provenía del siglo XIX que los elevaba a la categoría de mandatarios de los accionistas) son funcionarios de la sociedad investidos de una misión legal de control de las cuentas societarias (conf. RIPERT, G., y ROBLOT, R., *Traité de droit commercial*, ob. cit., pág. 1018); Código Civil Italiano, Collegio Sindicale. Art. 2397 y ss.: Nombramiento: art. 2400, 2458 y 2459. En el derecho italiano, los síndicos son nombrados por la asamblea, el Estado o ente público, según el caso. Entre la legislación sudamericana, puede mencionarse a la ley brasileña que establece la posibilidad de organización de un conselho fiscal, cuyas características se enuncian a partir de los arts. 161 y ss.. al parecer cumpliendo funciones que en nuestro derecho le corresponden tanto a la Sindicatura como al consejo de vigilancia.

⁷⁵ Se dice «en general», siempre que algunas legislaciones tales como la alemana (§ 85) establece también, como el nacional, un particular sistema de nombramiento en el caso de ausencia del alguno de los miembros del directorio, el cual consiste en solicitar, de parte interesada, el nombramiento al tribunal, el que en casos de urgencia nombrará un reemplazante. El sujeto así nombrado deberá cesar en su cargo tan pronto como la carencia o vacancia haya sido superada: «§ 85: Bestellung durch das Gericht (1) Fehlt ein erforderliches Vorstandsmitglied, so hat in dringenden Faellen das Gericht auf Antrag eines Beileiligen das Mitglied zu bestellen. Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulaessig. (...) (2) Das Amt des gerichtlich bestellten Vorstandsmitglieds erlischt in jedem Fall, sobald der Mangel behoben ist».

⁷⁶ En este supuesto, a fin de ser exactos con la terminología, se estaría frente a un director sustituto y no suplente basados en las características propias de la temporalidad del cargo de la persona elegida por la sindicatura.

El repaso por las legislaciones comparadas, hace necesario mencionar que el sistema dispuesto en la legislación nacional no comparte con el resto la figura de la “cooptación” que la generalidad ha incorporado como medio de solucionar el caso de vacancia en el órgano de administración -y no el de la designación de administrador sustituto- sistema al que se hará una breve referencia.

III.5.4. La cooptación

El sistema de cooptación -que consiste en el nombramiento del administrador por ausencia de algún miembro del directorio, por sus pares- es, tal como se adelantara, el método que el derecho comparado ha previsto para resolver los casos de vacancia en la administración.

Para que la designación así realizada sea válida, las distintas legislaciones han establecido variados requisitos, pero manteniendo siempre el sistema de cooptación como excepcional, teniendo en cuenta dos factores fundamentales: por un lado, el de no alterar el principio general de designación como competencia exclusiva de la asamblea y, por otro, la necesidad de una continuidad en el funcionamiento del directorio y, en definitiva, de la sociedad.

Así, dentro de los requisitos compartidos se pueden identificar los siguientes: la cooptación puede utilizarse siempre y cuando la vacancia ocurra durante el plazo que corre entre la designación de los administradores y su vencimiento (art. 138 L.S.E., art. 2386 C.C.I.) -y no como forma de perpetuación en el cargo de administradores con plazo vencido-; que, en forma explícita para el derecho italiano e implícita para el español y francés, el sistema puede utilizarse sólo cuando la o las ausencias no afecten a la mayoría necesaria a fin de formar el *quorum* para que el consejo de administración delibere legalmente ⁷⁷. En caso de que la vacancia afecte a la mayoría de los administradores, éstos sólo podrán proceder a convocar a la asamblea para la designación.

⁷⁷ Caso contrario, la designación del administrador sustituto por el sistema de cooptación sería inválida ya que el consejo no deliberó con el quorum y mayorías necesarios.

En cuanto al término o plazo de ejercicio en el cargo del administrador nombrado por el sistema de cooptación, la ley francesa establece un máximo de tres meses (para su reorganización) mientras que las legislaciones españolas e italianas establecen su duración en el cargo hasta la próxima asamblea que deba reunirse. Siempre dentro de las particularidades, se puede asimismo mencionar que en algunos casos, la ley exige que el nombramiento debe recaer sobre un accionista (art. 138 L.S.E. donde siempre debe designarse un sujeto con tal calidad), mientras que nada aporta al respecto el derecho italiano.

Por último y para mayor control de los socios, la ley italiana impone que la designación así realizada sea *ad referendum* del colegio sindical; la francesa establece la necesidad de aprobación de tal designación por parte de la asamblea y, la española, si bien nada dice al respecto, según Sánchez Calero ⁷⁸, es práctica corriente su aprobación por parte de la junta general.

La recorrida por los sistemas comparados, hacen resaltar el apartamiento del sistema argentino de las legislaciones clásicas, remediando el caso de vacancia mediante el nombramiento del sustituto por la sindicatura.

Por lo demás, la disposición de una solución alternativa para el caso de sociedades (no incluidas en el art. 299 L.S.C.) que prescindan de sindicatura -que dispone la obligatoriedad de elección de uno o más directores suplentes- implícitamente está vedando la posibilidad de que por vía estatutaria pueda establecerse el sistema de cooptación como válido a fin de llenar las posibles vacantes que se produzcan durante el período de nombramiento.

III.6. Designación por clases de acciones

Por último y en cuanto a designación de administradores, desde el punto de vista general se trata, es dable mencionar que es de vieja data la discusión sobre la paridad en el trato debida y exigida por las legislaciones

⁷⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., «Instituciones de derecho mercantil», *Revista de Derecho Privado*, I, pág. 420.

actuales ⁷⁹, entre los sujetos que adquieren el *status* de socio y su compatibilidad con la determinación de clases o categorías de acciones que dan al sujeto, en menos o en más, derechos y obligaciones que en principio se diferencian de lo que usualmente se consideran acciones “ordinarias”.

Lo cierto es que, paralelamente con lo que sucede con el concepto de “igualdad ante la ley”, que no significa otra cosa que igualdad entre los iguales -y siempre que el concepto de “iguales” no sea discriminatorio conforme lo ha entendido nuestra Corte Suprema- es posible disponer estatutariamente de acciones que no tengan los mismos derechos que las “ordinarias”, siempre y cuando se mantenga la igualdad de trato (derechos y obligaciones) dentro de cada clase o categoría ⁸⁰. En este orden, se puede caracterizar a las acciones por clase o categoría, como los grupos de éstas que otorgan a sus titulares identidad de derechos y obligaciones dentro de la misma categoría, a más de la posición jurídica de socio que se adquiere con la tenencia accionaria ⁸¹ cualquiera sea su clase o modalidad ⁸².

Según nuestro sistema societario, el contrato social puede prever “cláusulas particulares” que por voluntad de las partes indiquen un, también particular, sistema de nombramiento y que, respetando la inderogable competencia de la asamblea general ⁸³, acuerden a cierta clase o cate-

⁷⁹ El § 53 a) de la ley alemana de sociedades por acciones dispone, expresamente que «en igualdad de circunstancias los accionistas deberán ser tratados de manera equivalente» (conf. BELTRÁN, E., «Los instrumentos de financiación: Las categorías de acciones» en *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, dirigido por ABBADESSA, P., y ROJO, A., Milán, Giuffrè, 1993).

⁸⁰ Conf. art. 42, segunda directiva 77/91/CEE que dispone: «Las legislaciones de los Estados miembros garantizarán un trato igual de los accionistas que se encuentren en condiciones idénticas».

⁸¹ Así lo han entendido las diversas legislaciones actuales tales como la Companies Act inglesa Sec. 125, § 11 Aktiengesetz alemana, el art. 2348 C.C.I., art. 49.1 L.S.E., etc..

⁸² Concepto elaborado por la doctrina alemana que diferencia, acertadamente, entre categorías de acciones (Aktiengattungen) y modalidades o tipos de acciones (Aktienarten) donde «la categoría se caracteriza por atribuir a las acciones que la integran un mismo contenido de derechos distinto del de las otras y la modalidad viene definida por características externas (modo de representación, sistema de circulación, etc.)» (conf. BELTRÁN, E., «Los instrumentos de financiación...» cit., pág. 193).

⁸³ En este sentido, la jurisprudencia italiana ha dispuesto la ilegitimidad y su correspondiente nulidad, a una cláusula del estatuto de una sociedad de responsabilidad

ría de acciones la potestad de la elección de algunos o todos los miembros del consejo de administración ⁸⁴.

Así el art. 262 L.S.C. completa tal permisividad, estableciendo, además, el procedimiento para la remoción de los administradores elegidos por este sistema, todo ello en pro de la tutela de las categorías, la defensa del derecho de las minorías y de la posibilidad de la representación de éstas en el manejo y ejecución de las decisiones sociales.

Si bien la intención legislativa tuvo en miras la protección de derechos que afectaban a un grupo de accionistas, en forma general conceptualizados como minoría, posibilitado su representación en el directorio, el uso actual hace que la organización de las acciones por clase se encuentre centrada no en los diferentes derechos que las mismas comparten, sino justamente en la posibilidad de elección de un miembro o más como representante de esa clase en el directorio. Es más, en la mayoría de las sociedades cuyas acciones se dividen por clases, el fin ha quedado reducido al mencionado, teniendo todas las acciones de cualquier categoría o clase los mismos derechos políticos y económicos. Ello es compatible con las disposiciones legales, en la medida que la normativa sólo exige que dentro de la misma clase posean los mismos derechos.

Pero así como se otorga la facultad estatutaria de organizar la elección de los miembros del directorio por clases, tal elección acarrea una condición para su ejercicio, que es la necesidad de su reglamentación, aunque tal reglamentación no hace al funcionamiento estructural que se encuentra previsto en el art. 250 L.S.C. sino a los aspectos particulares de representatividad ⁸⁵.

limitada, por ser contraria al principio de los arts. 2383 y 2487 C.C.I., que le asignaba competencia para la designación y remoción de los administradores a los socios de la sociedad en forma particular, obviando así el sistema colegial. Trib. Udine, 22/9/93, Riv. Le società N° 3, 1994, pág. 354 y Trib. Verona, 11/12/92, Riv. Le società, N° 7, 1993, pág. 950, con comentario de N. Riccardelli.

⁸⁴ Así, el art. 262 L.S.C. establece: «Cuando existan diversas clases de acciones, el estatuto puede prever que cada una de ellas elija uno o más directores, a cuyo efecto reglamentará la elección».

⁸⁵ Conf. NISSEN, R., *Ley de...* cit., t. IV, pág. 293.

Los problemas que en la práctica se han planteado, han sido denunciados por diversos autores ⁸⁶ -a los que se remite por exceder el marco de esta investigación- pero que brevemente pueden sintetizarse en los siguientes: a) la conceptualización sobre clases o categorías de acciones; b) la necesidad o no de mantener la proporcionalidad del número de vacantes entre las clases; c) la posibilidad de establecer que una clase de acciones sin derecho a elegir directores; d) la situación frente al recupero del voto de las acciones con privilegios patrimoniales, y e) situación y efectos, frente a la falta de elección de la vacante en una clase o categoría.

III.6.1. Omisión de designación por clases. Aplicabilidad subsidiaria del art. 255 L.S.C.

En términos generales entonces, una vez prevista estatutariamente la posibilidad de la elección por clase o categoría de acciones, con los recaudos necesarios, los miembros de esa clase o categoría poseen un derecho inderogable que es el de elegir su representante dentro del directorio.

En la práctica puede darse que por diferentes razones -falta de acuerdo entre los accionistas de esa clase, empate continuo entre ellos, inasistencia a las asambleas especiales, etc.- que una clase determinada, que tiene derecho a elección de uno o más cargos en el directorio, no logre cubrir la vacante.

Los efectos frente a la falta de designación son tanto para los accionistas de esa clase (que no tendrán representación en el directorio), cuanto para la sociedad misma, por la imposibilidad de funcionamiento del órgano de administración, pudiendo en su caso por ser una situación que hace a la imposibilidad del cumplimiento del objeto, llevar a la disolución y liquidación de la sociedad.

⁸⁶ ALEGRÍA, H., «Elección de directores por clase o categoría de acciones», L.L., 1980-C-864; HALPERÍN, I., *Sociedades ...* cit., pág. 376; NISSEN, R., *Ley de ...* cit., pág. 294; BELTRÁN, E., «Los instrumentos de financiación...» cit., pág. 187, etc..

Una de las soluciones encontrada por la jurisprudencia (CNCom., Sala C, del 2/7/79 en autos: “Marta L. c/ Camper S.A.”⁸⁷) ha sido la de sostener como posible, la aplicación subsidiaria del art. 255 L.S.C. para casos particulares, expresando: “*La elección de los directores por categoría de acciones importa un régimen especial que cuando no es ejercitado por una clase, tornan aplicable para dicha oportunidad y cada vez que ésta se produzca, el régimen genérico del art. 255 L.S.C. de la ley 19.550*”.

Sin perjuicio de que el remedio encontrado por la cámara ha sido más protector del funcionamiento de la sociedad que legal, esta solución también es la plasmada por la Comisión Nacional de Valores en su Res. Gral. N° 368 que para las sociedades emisoras, textualmente dispone: “*Elección de directores y síndicos por clases. Ausencia de una clase. Artículo 8°.- Si los titulares de alguna clase de acciones no se encontraren presentes los directores o síndicos correspondientes a esa clase serán elegidos por la asamblea general, salvo disposición en contrario del estatuto*”.

Lo cierto es que si los socios no prevén a través del estatuto una solución global para el caso mencionado, tanto cuando se ha dispuesto la elección por clases como cuando no, o si no es el mismo estatuto el que prevé la aplicación subsidiaria de las disposiciones legales generales, la solución parece orientarse hacia la restitución del poder de designación a la asamblea general, quien originariamente tiene dicha facultad.

III.7. Otros supuestos de designación

Si bien las formas hasta aquí enunciadas de elección de directores son las más comunes, ello no implica desconocer que existen otras que en forma especial, pueden utilizarse para designar a los sujetos que ejercerán dicho cargo.

⁸⁷ CNCom., Sala C, 2/7/79 en autos: «Marta L. c/ Camper S.A.», L.L., 1979-D-35.

Existen situaciones particulares, donde los estatutos, reglamentos, la ley o directamente los socios deciden -por razones de diversa índole- delegar en otros sujetos la designación de uno o más directores.

Estas situaciones tienen lugar cuando el estatuto dispone por ejemplo que algún director sea elegido por los poseedores de bonos⁸⁸, cuando la designación la realiza el organismo judicial⁸⁹ o, frente a las sociedades del Estado o sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria cuya designación corresponde al Estado en cualquiera de sus formas⁹⁰.

Los supuestos de administración de hecho que pueden darse en las hipótesis mencionadas pueden ser escasos o casi nulos, no porque no puedan configurarse supuestos de administración de hecho desde un punto de vista abstracto, sino porque, por un lado, no existen antecedentes en nuestro país, al menos jurisprudenciales, que demuestren en la realidad que alguna sociedad haya emitido bonos de goce, por otra parte, la designación de un administrador judicial, acarrea problemas de actuación y no

⁸⁸ En este supuesto, se hace referencia a los llamados «bonos de goce» y, siempre y cuando el estatuto haya establecido derechos especiales conforme al art. 228 L.S.C. que en su último párrafo establece la posibilidad de que el estatuto les reconozca expresamente derechos diversos a la participación en las ganancias y en el producido de la liquidación en caso de disolución (vid. SASOT BETES, M. y SASOT, M., *Sociedad anónima...* cit., pág. 68 y ss.. Aunque tal posibilidad podría existir, no se está del todo seguro siempre que el sistema societario no posibilita delegar la designación en terceros ajenos a la sociedad, si bien los ostentadores de bonos serían una «calidad» intermedia entre socio y no socio.

⁸⁹ En caso de designación de un administrador judicial (conf. art. 113 y ss. L.S.C.) o, en caso de designación judicial a pedido de los debenturistas (conf. art. 346 L.S.C.).

⁹⁰ Art. 308 y ss. L.S.C. y ley 20.705. Un caso particular, es el establecido por el CCI que establece en su art. 2459: «Amministratori e sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici. Le disposizioni dell' articolo precedente si applicano anche nel caso in cui la legge o l'atto costitutivo attribuisca allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o piu amministratori o sindaci, salvo che la legge disponga diversamente»: es decir, la posibilidad de que por vía estatutaria o legal una sociedad disponga que, independientemente de la calidad de accionista del Estado, los administradores sean designados por éste. Sobre esta facultad, el derecho italiano ha tenido diversas opiniones: Ascarelli opina que los administradores designados por el Estado y conforme con la disposición legal que venimos comentando, no son verdaderos administradores sociales sino «controladores» de la sociedad en el interés del Estado, teniendo éstos, en consecuencia, una posición distinta a la de los directores regularmente designados. (V. G. FRE, G., *Società per ...*, cit., pág. 917).

de irregularidad en su designación y, por último, en la realidad y estructura económica actual del país, la designación de administradores por parte del Estado es prácticamente imposible. Ello implica que no tiene razón práctica, el tratamiento los supuestos mencionados, razón por la cual no se considerarán especialmente.

CAPÍTULO IV

ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

IV.1. Actuación fuera de las atribuciones designadas o legales. Introducción

Tal como se adelantó, la actuación de los sujetos componentes del órgano de administración que desenvuelven sus actividades fuera de las atribuciones legales o estatutariamente dispuestas, no configura *per se*, supuesto de administración de hecho a menos que el sujeto que realice esas funciones *sea* un administrador de hecho. Esto implica recordar que la figura que se analiza se ha sistematizado a través del sujeto que actúa y no de los actos que realiza.

Sin perjuicio de ello, se considera de utilidad detenerse brevemente en los efectos que produce la actuación del administrador fuera de las atribuciones legales o estatutariamente dispuestas, que serían aplicables tanto para el administrador de *jure* como el de hecho y sus efectos internos y externos.

IV.2. Relación asamblea-directorio. La distribución de poder entre el órgano de gobierno y el de administración

Un tema, sobre el que la doctrina se ha ocupado en forma constante -tanto en su aspecto jerárquico de división de poderes como de identifica-

ción de atribuciones- es el de las relaciones entre los órganos de gobierno y administración, es decir, entre la asamblea y el directorio. Tal preocupación ha llegado hasta nuestros días donde la relación bilateral originaria entre propiedad del dinero y poder, ha evolucionado existiendo en la actualidad, la dicotomía casi absoluta.

Esta referencia se impone toda vez que es una de las vías necesarias para deslindar los efectos de los actos concluidos por el órgano de administración tanto en la esfera interna como externa de actuación.

En este sentido y dentro de una sociedad considerada en forma aislada y no como parte de un grupo -caso en que la base del poder debe buscarse fuera de ella- la distribución del poder interno ha tenido una evolución significativa y trascendente. Según Galgano ¹, el fenómeno de transformación producido, desde las sociedades del siglo XIX donde el poder soberano residía en la asamblea de accionistas representantes del capital y rectores de su política económica y comercial interna y externa, hasta nuestros días, donde la tecnocracia ha tomado el control y dirección de las grandes empresas, se puede deber al proceso de reforma iniciado en 1937 con la ley alemana, donde los directores son elegidos por el consejo de vigilancia (Aufsichrat) que es designado por los socios, alejando así la relación entre socios y administradores, y seguido por el C.C.I. que determinó las competencias específicas de las asambleas, quitándoles expresamente el poder de gestión.

Iglesias Prada ², resume el fenómeno producido expresando que “*de hecho durante largo tiempo, los socios y los accionistas han procedido conscientes de que su fuerza en el seno de la sociedad era un atributo dominial. Poco les preocupaba el que, conforme a derecho, su relación jurídica con el patrimonio social fuera ajena a la condi-*

¹ Sobre el tema de la evolución del poder interno en las sociedades anónimas en el derecho europeo ver: F. GALGANO, “El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas”, pág. 63 y ss., en *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, Fundación Profesor Manuel Broseta, 1995, pág. 65 y ss.; G. ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Madrid, Civitas, 1982, pág. 117 y ss..

² J. IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, Tecnos, 1971, pág. 42 y ss..

*ción de propietario, toda vez que económicamente nadie les negaba esa titularidad y en su virtud ejercían el **dominium** como tales. Actualmente, sin embargo, la realidad nos muestra un panorama bien distinto, en el que se generaría una especie de propiedad pasiva, en el que al lado de unas sociedades donde esa propiedad en sentido económico detenta los resortes del control, se desarrollan los grandes complejos sociales que acusan la progresiva separación entre dicha propiedad y la gestión”.*

Citando a Girón Tena, concluye expresando que una de las causas del fenómeno, reside en que “*la legitimidad del poder apoyada en el arriesgar los propios bienes, tiende a desaparecer porque en las grandes empresas no son los propietarios los que mandan. La masa de pequeños accionistas se desinteresa y esto y la autofinanciación da el mando a dirigentes no propietarios, a dirigentes con bienes ajenos*”.

La evolución propia de los institutos que vinculaban a la sociedad con sus representantes, pudo ser otra de las causas de la transformación acaecida ya que las directivas y pautas dadas por los socios a los administradores, que caracterizaban a la antigua organización de la sociedad y que respondían a intereses particulares, fueron reemplazadas por un interés diferenciado: el de la sociedad.

Por su parte, la renuncia unánime a la teoría del mandato ³, para explicar la relación jurídica que unía a los administradores con la sociedad y que sostenía que era la sociedad a través de la asamblea el órgano que confería los poderes y límites a los primeros, tuvo un papel preponderante en el cambio producido.

Lo cierto es que el fenómeno de separación -casi absoluto- entre propiedad del capital y poder gestor, en las grandes organizaciones societarias ha repercutido en forma profunda en las normativas modernas.

La situación descrita ha traído consigo secuelas de la antigua organización, planteándose situaciones problemáticas reales cuando legal o contractualmente el poder de gestión -que en principio forma parte de las funciones del órgano de administración- es derivado contractualmente al

³ Vid. Capítulo II, puntos 1.4. y 3.

órgano de gobierno. A este fenómeno se suma una realidad actual y propia de nuestro país, la cual consiste en el mal uso de la forma societaria “anónima”, que hace que el tratamiento legislativo al ser confrontado con la práctica, sea insuficiente. La patología en la utilización de la forma, que se ha constituido en normalidad dentro de nuestra realidad jurídica, lleva a analizar supuestos y, en definitiva, a elegir soluciones más o menos coherentes, cuando se debe apreciar la predominancia de uno u otro órgano frente a la desviación del poder de gestión.

Dejando de lado la función representativa que en forma exclusiva y excluyente es conferida a los administradores según su organización ⁴, la mayor dificultad para tratar el tema estriba en que nuestra legislación, al igual que la mayoría de los sistemas comparados, acertadamente, no establecen en forma clara y precisa las atribuciones de competencia que a cada órgano le corresponde, especialmente para el de administración y las consecuencias derivadas del ejercicio de dicho poder.

IV.2.1. División de competencias entre administración y gobierno

Es por todos sabido que el criterio que prevaleció en la sanción de la ley 19.550 y que permanece hasta nuestros días -siguiendo el criterio del C.C.I., arts. 2364 y 2365- es el de la clasificación de las asambleas generales en ordinaria o extraordinaria según el tema a tratar ⁵. Sin perjuicio de ello, la posibilidad de sometimiento por parte de los administradores al órgano de gobierno, decisiones que en principio, se incluirían dentro de los am-

⁴ Dejando en claro que se circunscribe al tratamiento de la representación orgánica y no se hace referencia a las posibilidades de representación a través de un mandato especial, de gerentes de la S.A. o de un empleado jerárquico superior con atribuciones representativas, o el caso de representación *ad hoc* dispuesta legalmente para el caso, por ejemplo, de acciones de responsabilidad contra todos los administradores, existiendo imposibilidad real de representación por parte de los sujetos-objeto de tales acciones (conf. art. 265 L.S.C.). Asimismo, según el art. 268 L.S.C. al establecer la representación dispone que ésta podrá ser legal -en manos del presidente del directorio- o convencional -“o a uno o más directores...”-.

⁵ Regulados en los arts. 234 y 235 L.S.C..

plios límites de administración y la obligatoriedad establecida para los administradores del cumplimiento de las decisiones tomadas por la asamblea, no ha facilitado la distinción entre las atribuciones específicas de cada uno. En palabras de Minervini ⁶, tal fenómeno puede tener lugar causado por la disociación de la titularidad del poder de representación (externo) de la titularidad de aquello que se puede definir como poder deliberativo.

A modo de sistematización, sin demasiado apasionamiento, se comparte con un sector de la doctrina italiana, que ordena las funciones del órgano de administración en: a) el poder de promover la actividad deliberativa de la asamblea; b) de ejecutar las decisiones del órgano de gobierno; c) de deliberación sobre los actos pertinentes a la gestión de la empresa y d) de manifestar la voluntad de la sociedad en el ámbito externo o representación. Es decir, en poder de iniciativa, poder ejecutivo, poder de decisión o gestión en sentido estricto y poder de representación, respectivamente.

Sin perjuicio de ello, existen diversas clasificaciones dentro de autorizada doctrina nacional. Otaegui ⁷, clasifica las atribuciones del directorio en función de gestión operativa -la que está referida a la ejecución de las operaciones propias del objeto social-; función de gestión empresarial -dedicada a la organización, dirección, conservación y desarrollo de la estructura empresarial conexas a la sociedad-; función de cogestión societaria -que apunta al cumplimiento de las obligaciones y cargas de la sociedad en cuanto sujeto de derecho comercial y al funcionamiento de la organización societaria- y función de representación, la que se refiere a la ejecución de los actos jurídicos necesarios para el cumplimiento de las decisiones adoptadas. Esta postura es compartida por Richard y Muiño ⁸.

Halperín ⁹, por su parte, arguye la insuficiencia de la concepción tradicional entre actos de administración y disposición del Código Civil y,

⁶ MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azione*, Milán, Giuffrè, 1956, pág. 122.

⁷ OTAEGUI, J., *Administración societaria*, Buenos Aires, Abaco, 1979, pág. 72 y ss..

⁸ RICHARD, E., y MUIÑO, O., *Derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, 1997, pág. 223 y ss..

⁹ HALPERÍN, I., *Curso de derecho comercial*, Buenos Aires. Depalma, vol. II, pág. 318 y ss..

a modo ejemplificativo, nombra como actos autorizados y dentro de los de administración, a los actos de conservación, de promoción del juicio de convocación de acreedores (anterior ley de quiebras 19.551) representación de la sociedad ante los terceros, autoridades administrativas, transigir, comprometer en árbitros, aceptar hipotecas y prendas, etc., concluyendo que los actos de disposición son autorizados a los administradores siempre y cuando sean dentro del objeto social.

En resumen y, como vemos, variados han sido los intentos por lograr una sistematización que incluya todos los actos que los administradores pueden realizar en ejercicio de su función.

IV.3. Las facultades de gestión y su delegación

La intención de sistematizar los efectos o consecuencias de ciertos actos realizados por el órgano de administración, se dificulta cuando esos actos se encuentran subordinados a un previo acuerdo deliberativo del órgano de gobierno, que no ha sido tomado.

En definitiva, la intención es determinar si el poder de representación es independiente a esa previa resolución y si los efectos del incumplimiento repercuten sólo en el ámbito interno societario.

Para comenzar, debemos analizar la normativa societaria, que en forma similar a la italiana ¹⁰, autoriza, según lo dispuesto por el art. 234:1 L.S.C. y, dentro de la competencia exclusiva de la asamblea ordinaria, la posibilidad de “resolver toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le compete resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión, el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos” ¹¹.

¹⁰ El art. 3364, n. 4, C.C.I., establece: “La asamblea ordinaria: (...) delibera sobre los otros temas atinentes a la gestión de la sociedad reservados a su competencia en el acto constitutivo o puesto a su consideración por los administradores, así como sobre la responsabilidad de los administradores y síndicos (...)”.

¹¹ En razón de los límites del trabajo aquí desarrollado, en adelante se hará referencia únicamente a las facultades gestorias delegadas por el directorio.

El criterio mencionado no es el único adoptado en el ámbito de las legislaciones modernas. La ley alemana de 1965 en su art. 119, intentando establecer ciertos límites en la delegación de poder gestorio a la asamblea, no autoriza esta delegación por estatuto sino que exclusivamente permite que tal delegación provenga del órgano de administración, acen- tuando así el criterio de que tales poderes son originariamente de este órgano y es el mismo órgano el único competente para la delegación.

El criterio nacional, basado en la búsqueda de un tutelable equilibrio entre el poder de los administradores, su abuso y el respeto a la organiza- ción necesaria de toda sociedad para un correcto funcionamiento, dispone limitaciones legales y permite disposiciones estatutarias como fronteras al poder absoluto de realización de actos por parte de los administradores.

En términos jurídicamente concretos, se hace referencia a los su- puestos de delegación de poderes de gestión (decisión) en manos de los socios, de la asamblea y, eventualmente, del consejo de vigilancia, que son establecidos mediante disposiciones legales o estatutarias. Concordantemente, no es el directorio la única *“fuente regular de la generación de la voluntad del ente”*¹².

Esta atribución de poderes gestorios, siempre no representativos, en manos de órganos o sujetos distintos a los administradores, plantea diver- sas problemáticas. La primera de ellas es la validez o no de tales disposi- ciones; la segunda es sobre el efecto vinculante o no para los administra- dores de las decisiones gestorias de la asamblea y su eventual responsa- bilidad y la tercera, pero más importante, es sobre los efectos de tales limitaciones frente a terceros.

A continuación se analizarán, entonces, los distintos supuestos que pueden darse en la realidad jurídica y sus efectos.

¹² Conf. H. ALEGRÍA, “La representación societaria” en *Rev. Derecho Privado y Comunitario*, N° 6, pág. 253.

IV.4. Facultades de gestión delegadas legalmente

IV.4.1. Facultades de gestión delegadas legalmente a la asamblea

a. Período fundacional

Durante el período fundacional de la sociedad, las disposiciones del art. 183 L.S.C. son de relevante importancia para confirmar lo que hasta aquí se ha desarrollado. En efecto, prolijamente, la normativa mencionada distribuye la competencia de los diversos actos entre los órganos y según su clase: si los actos que los administradores realizan se encuentran dentro de los “categorizados” como tendientes a la constitución de ésta, tienen éstos plenas facultades gestorias y representativas, mientras que para los actos relativos al cumplimiento del objeto social la ley atribuye facultades plenas al órgano de gobierno para su autorización.

Lo importante de esta categorización reside en las consecuencias imputativas, ya que a continuación de la norma citada, se dispone que una vez inscrita la sociedad, ésta asume directamente los actos tendientes a la constitución y los autorizados por el órgano de gobierno, liberando de responsabilidad a los directores frente a terceros. Al mismo tiempo y por los demás actos, es decir, los no autorizados, la ley de sociedades prevé la posible asunción por parte de la sociedad, una vez inscrita ésta, pero no libera de responsabilidad a quienes los contrajeron (art. 184 ley 19.550).

b. Durante la vida de la sociedad

Una vez inscrita la sociedad y durante su vida, existen principios generales que regulan la competencia y facultades representativas del órgano de administración y del órgano de gobierno. Dentro del primer caso, prevalece un verdadero vínculo jurídico establecido en el art. 58, primera parte, L.S.C., el que dispone la actuación de los administradores dentro del límite del objeto social; en el segundo, los arts. 234 y 235 L.S.C., se refieren a la competencia absoluta y excluyente de la asamblea en los temas incluidos en sus incisos. *Contrariu sensu*, los administradores no pueden decidir sobre los temas contenidos en los artículos mencionados.

Asimismo, en forma diseminada en nuestra ley de sociedades, se encuentran diversos límites legales que atribuyen competencia específica

al órgano de gobierno y sobre ciertos actos. A título de ejemplo se puede citar el caso de la decisión de la sociedad de adquirir sus propias acciones, decisión que según la regulación legal debe ser realizada previo acuerdo de la asamblea -supuestos regulados en el primer y tercer inciso del art. 220 L.S.C.- y, *ad referendum* de ésta- en el caso del segundo inciso del mencionado artículo-. También prevé competencia específica para la hipótesis de contratación del director con la sociedad fuera de las condiciones de mercado y, especialmente, la disposición del art. 273 L.S.C. que hace referencia a los actos en competencia con la sociedad. Asimismo, pueden enumerarse a título ejemplificativo, los supuestos delegados a la asamblea para decidir sobre el destino de las utilidades (arts. 66, 68 y 70 L.S.C.) y fuera de las disposiciones societarias, pero como reguladores de los límites legales de los poderes de los administradores, se identifican disposiciones tales como el art. 6º de la ley de quiebras 24.452, la que dispone la posterior ratificación del órgano de gobierno de la presentación en concurso preventivo y su fracaso en caso negativo.

Estos supuestos pueden ser clasificados como verdaderos límites legales a la actuación de los administradores ya que su omisión acarreará diversos efectos, siempre de invalidez en sentido amplio.

IV.4.2. Facultades gestorias delegadas a los socios

Respecto de las facultades gestorias delegadas a los socios, sólo podría hacerse referencia a este supuesto cuando los socios, en forma individual y no como parte del órgano deliberativo, de hecho dan directivas, consejos o instrucciones a los administradores ¹³. En este supuesto, no

¹³ Lo manifestado es válido siempre y cuando se haga referencia a sociedades con organicismo diferenciado, pero no aplicable para las sociedades autorganicistas. En las sociedades de personas, las instrucciones impartidas a los administradores pueden conformar un verdadero vínculo obligatorio para los administradores, efecto propio del sistema de organización. Un ejemplo de ello se puede ubicar en las disposiciones referentes a la liquidación de las sociedades. El art. 105 L.S.C. dispone en forma concluyente que los liquidadores “se hallan sujetos a las instrucciones de los socios, impartidas según el tipo de sociedad, so pena de incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios causados por

puede hablarse de un efectivo y real poder de gestión delegada a éstos, siendo que no existe un vínculo jurídico y obligatorio entre ambas partes. De ser esto así, supuestos de participación o control, estaríamos dentro de otras figuras reguladas por la ley de sociedades, que exceden la intención indagatoria de este capítulo.

IV.4.3. Facultades gestorias legales delegadas al consejo de vigilancia

El supuesto de la delegación legal al órgano de fiscalización, en realidad no puede considerarse estrictamente legal ya que el art. 281 inc. c) L.S.C. dispone que “sin perjuicio de la aplicación del art. 58, el estatuto puede prever que determinadas clases de actos o contratos no podrán celebrarse sin su aprobación (...)”. De la simple lectura del párrafo transcrito, surge la base legal o autorización de esta característica que posibilita la delegación de facultades gestorias al consejo de vigilancia, pero no atribuye una facultad determinada sino que deja librado al estatuto el contenido de esa facultad. En consecuencia, las facultades gestorias del consejo de vigilancia se encuentran condicionadas a una disposición estatutaria que establezca su contenido y alcance. Sin la cláusula estatutaria, no puede hacerse referencia a atribuciones gestorias legalmente delegadas al mencionado órgano.

IV.5. Facultades de gestión delegadas estatutariamente

Es bastante común en la práctica societaria, encontrar disposiciones estatutarias que establecen limitaciones al poder de gestión y representación de los administradores. Tales disposiciones, permitidas por la ley, son

el incumplimiento”. La aclaración realizada por la norma en cuanto a “según el tipo de sociedad”, hace clara referencia a que si de una S.A. se trata, los socios impartirán las instrucciones a través del órgano correspondiente cual es la asamblea y no lo podrán realizar en forma particular o individual.

los recursos que los socios poseen para intentar un equilibrio entre las atribuciones y potestades del directorio y su control.

Las fronteras de actuación adquieren, por lo general, dos formas. La primera apunta a limitar la actuación externa de los administradores, siendo la práctica más común la de detallar las funciones que éstos pueden realizar y, en caso de administración pluripersonal, mediante disposición de actuación conjunta. En este último caso, por lo general, se toman como bases para aplicar dicha limitación, el monto de la operación o el tipo de acto -administración o disposición-. Por su parte, también es práctica corriente que los estatutos dispongan y, de manera más terminante, formas de desviación del poder de gestión o decisión de ciertos actos de competencia propia del órgano de administración a otros órganos como pueden ser la asamblea o el consejo de vigilancia. Asimismo, esta modalidad puede ser establecida como previa a la realización del acto o posterior a éste, mediante la utilización de la figura de la “ratificación” del negocio realizado por el directorio. Generalmente, el contenido de dichas decisiones delegadas, quedan reservadas para los actos que se encuentran incluidos en la categoría como actos de “administración extraordinaria”¹⁴ tanto en la esfera externa como interna de la sociedad.

IV.5.1. Limitaciones estatutarias que afectan la actuación externa y sus efectos. Limitaciones a la representación

En torno a la modalidad de limitación del poder de representación, vale la pena aclarar inicialmente que el ordenamiento societario local, regula específicamente el supuesto, estableciendo que: “Eficacia interna de las limitaciones. Estas facultades legales de los administradores o representantes respecto de los terceros no afectan la validez de las restricciones contractuales y la responsabilidad por su infracción” (conf. art. 58:2 L.S.C.).

Con referencia al artículo citado, su inclusión dejó de lado la discusión, de larga data, con relación a los efectos de la violación de la representación

¹⁴ Como es la venta de activos sustanciales para la sociedad. Sobre el tema, J. OTAEGUI, *Administración ...* cit., pág. 82, pto. 17, “Negocios ordinarios y extraordinarios”.

plural. En efecto, antes de la sanción de la ley 19.550, los numerosos casos de infracción a la representación plural y la inoponibilidad del acto a la sociedad recorrían el mismo camino con el fin de perjudicar al tercero contratante, siendo la jurisprudencia contradictoria frente a la interpretación de la antigua regulación contenida en el Código de Comercio. La sanción del art. 58 último párrafo vino a dar fin a las controversias planteadas y juntamente con el art. 268 L.S.C. para las sociedades anónimas en forma particular, establecen un sistema que imposibilita oponer frente a terceros una representación diversa y plasmada en el estatuto, que la que la ley determina para cada caso, siendo particularmente para la sociedades por acciones, que la representación legal corresponde al presidente del directorio ¹⁵.

De lo expuesto se desprende que, en toda su extensión, el art. 58 L.S.C. prevé, por una parte, el área de actuación de los administradores y por la otra, las pautas relativas a la forma de organización de la representación, su infracción y oponibilidad a la sociedad. Dos son, entonces, los supuestos que el ordenamiento regula respecto de la actuación externa de los administradores: el “contenido” y la “forma”. En cuanto al contenido, determina el espectro de actos que los administradores, en ejercicio de su función, pueden realizar a fin de que éstos sean imputables a la sociedad: a) actos generales: que no sean notoriamente extraños al objeto social; b) negocios jurídicos particulares, la gama de actos concluidos mediante títulos valores, contratos entre ausentes, de adhesión o formularios ¹⁶.

¹⁵ Así, el art. 268 de la ley de sociedades dispone que el estatuto puede autorizar la actuación de uno o más directores, debiendo regir siempre lo normado por el art. 58 de ese cuerpo legal, permitiendo una doble representación que en nada compromete las facultades que la ley otorga al presidente del directorio, encontrándose protegido el derecho de los terceros mediante el mentado art. 58 L.S.C.. En este sentido, CNCom., Sala A, en autos “Nievas, Alberto c/ Alba Cía. Argentina de Seguros”. Si el estatuto de la sociedad anónima establece que el presidente es su representante legal, sus actos obligan a aquella por todos los que no sean notoriamente extraños al objeto social. La circunstancia de que el estatuto social disponga que el secretario o el gerente general de la sociedad deben “refrendar” la firma del presidente de la sociedad anónima en los actos de representación, no significa quitar validez a esos actos respecto de terceros, aunque no lleven la firma de aquellos. Ese recaudo podrá tener consecuencias en la administración interna, pero la carencia del mismo no puede ser óbice a su validez”.

¹⁶ El fundamento a ello se encuentra en reiterada jurisprudencia. A modo ejemplificativo: CNCom., Sala B, “The Royal Bank of Canadá c/ Traverso S.A. J.M. y

Respecto de la forma de éstos y para su oponibilidad, pero no conclusión, exige que los primeros y generales, que no se realicen en infracción a la representación plural y la excepción a ello es que, para los actos que se han calificado como “particulares”, el efecto es su oponibilidad aun en infracción de la representación plural. Concluyendo en cuanto a la forma, que el sistema de organización plural establecido en el contrato, aun inscripto éste, no es oponible al tercero de buena fe, dejando a salvo las acciones de responsabilidad correspondientes.

En un análisis estricto del citado párrafo del primer artículo nombrado, si bien no es la interpretación que la mayor parte de la doctrina realiza¹⁷, se considera que en principio, éste hace referencia únicamente a la actuación externa de los sujetos que ostenten la calidad de representantes de la sociedad, en violación a la representación plural. Tal interpretación surge del fundamento de la Comisión Redactora plasmada en la Sección VIII “De la administración y representación” de la exposición de motivos,

otros”, L.L., 1983-D-93: “La interpretación del principio rector del art. 58 de la ley 19.550 (ADLA XXXII-B-1760), debe hacerse teniendo en cuenta la protección de los terceros con énfasis particular en el campo de los títulos de crédito, ya que la buena fe de aquellos debe ser necesariamente preservada en aras de la seguridad y legitimidad de que están investidos los títulos cambiarios desde el momento en que son lanzados a la circulación”; CNCom., Sala A del 21/2/02, en autos: “Banco de la Provincia de Córdoba c/ Directo S.R.L. s/ Ejecutivo” quien sostuvo que “Corresponde excluir la oponibilidad a los terceros de las reglas estatutarias de representación, cuando la conducta de la sociedad ha sido idónea para crear una apariencia en la atribución de las facultades que invocan los suscriptores de los títulos, aun infringiendo lo dispuesto en los estatutos y, en tal sentido, ha de computarse a tal efecto el silencio guardado por el mandante que no impidió, como lógicamente hubiera podido y debido, que el endosante del documento cumpliera una actuación idónea para crear una apariencia de la que los terceros pudieran prevalerse al así generar la certidumbre de que la sociedad demandada quedaba obligada. Y esta confusión no puede recaer sobre los terceros de buena fe, sino sobre la misma accionada que diera lugar a ella”; en el mismo sentido, CNCom., Sala B del 14/2/02, en autos: “Sánchez, Fernando c/ Entidad Civil Juventud Unión Mutual Social y Deportiva”, ambos en RSC N° 15, pág. 126 y ss..

¹⁷ Vid. E. FAVIER DUBOIS (H), “Las relaciones intergrupales y la representación social” en las V Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Rosario, 1997 quien analizando las disposiciones del art. 58 expresa “(...) Vale decir que, como regla, la sociedad queda obligada aunque no haya decisión de la administración sobre el punto o aunque lo contratado se oponga a una directiva estatutaria o de los administradores, siempre que no sea notoriamente extraño al objeto social”.

ley 19.550, la que expresa: “Por otra parte (art. 58 *in fine*) la norma implica un apartamiento de lo establecido en la segunda parte del art. 410 del Código de Comercio, al establecer la inoponibilidad a terceros de la organización plural de la representación -sin perjuicio de la responsabilidad interna del infractor cuando se trate de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios. Queda a salvo el caso en que el tercero tuviera conocimiento efectivo de que -insiste- el vínculo se establecía en violación de la representación plural”¹⁸.

De la simple lectura de los fundamentos expresados por la Comisión Redactora, surge la interpretación que se propone: el mencionado art. 58 L.S.C. estipula, en primer lugar, el área de actuación de los administradores para luego establecer las pautas relativas a la forma de organización de la representación, en caso que la administración sea plural, su infracción y oponibilidad.

Dos entonces son las áreas que el artículo que venimos comentando comprende y que podemos llamar contenido y forma. En cuanto al contenido, determina el espectro de actos que los administradores en ejercicio de su función, pueden realizar a fin de que sean imputables a la sociedad (actos generales: que no sean notoriamente extraños al objeto social; negocios jurídicos particulares: la gama de actos concluidos mediante títulos valores, contratos entre ausentes, de adhesión o formularios). En cuanto a la forma que éstos deben contener para la validez de su oponibilidad (y no conclusión), exige que los primeros y generales que no se realicen en infracción a la representación plural y la excepción a ello es que, para los actos que hemos llamado particulares, el efecto es su oponibilidad aún en infracción de la representación plural. Concluyendo en cuanto a la forma, que el sistema de organización plural establecido en el contrato (aún

¹⁸ En este sentido, la jurisprudencia ha establecido que “... Si el ejecutante del documento fue presidente de la sociedad demandada, no puede desconocer la infracción al régimen de representación plural en la firma del documento en ejecución, toda vez que no es concebible en el común acontecer, que quien se desempeñó durante un largo período como presidente de una sociedad anónima no conozca las normas que integran sus estatutos”, CNCom., Sala D, 7/3/02, en autos: “Varela Suárez, Leonardo c/ Construcciones Riazor S.A. s/ Ejecutivo”, RSC N° 15, pág. 126.

inscripto éste) no es oponible al tercero de buena fe, dejando a salvo las acciones de responsabilidad correspondientes ¹⁹.

Es de vieja data, la problemática que en cuanto al tema se planteaba antes de la sanción de la ley 19.550, los numerosos casos de infracción a la representación plural y la inoponibilidad del acto a la sociedad recorrían el mismo camino a fin de perjudicar al tercero contratante, siendo la jurisprudencia contradictoria frente a la interpretación del viejo art. 335 C.Com. ²⁰. La sanción del art. 58 último párrafo L.S.C. vino a dar fin a las controversias planteadas y juntamente con el art. 268 L.S.C. para las anónimas en forma particular, estipula la imposibilidad de oponer frente a terceros una representación diversa y plasmada en el estatuto, que la que la ley determina: la representación legal corresponde al presidente del directorio ²¹. Pero lo que la ley no determina es

¹⁹ Sobre el tema V. H. ROITMAN, "Representación en la sociedad anónima" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 6, pág. 275 ss..

²⁰ Como ejemplo de las posturas encontradas en la jurisprudencia durante la vigencia del Código de Comercio, la CNCom., Sala C, en autos: "Parra, José c/ Guiar S.A." estableció: "No comprometen a la sociedad anónima las obligaciones contraídas por su presidente sin cumplirse el requisito -exigido en el estatuto- de la firma conjunta de otro director, aunque el mismo estatuto otorgue esa facultad al directorio", E.D., 47-354; CNCom., Sala B, en autos: "Thierauf, Guillermo c/ Establecimientos Metalúrgicos Renania S.A.": "Al alegar la sociedad anónima que un documento aparentemente firmado por su representante legal, no ha sido emitido por el órgano pertinente, debe probarlo. No hay disposición legal que establezca la exigencia de inscribir en el RPC la designación de la sociedad anónima", E.D., 3-589 y CNTrab., Sala I, en autos: "Sholl, Roberto c/ Boit S.A.I. y C.": "Obliga a la sociedad anónima la carta compromiso reconociendo gratificación al personal, suscripta por directores integrantes del órgano ejecutivo a quien la ley concede la administración y fiscalización de la sociedad (art. 335 C.Com.) aunque se pretenda que el directorio era el único autorizado a ese efecto. No es razonable que el trabajador exija a sus superiores la prueba de sus facultades *a priori* de cumplimentarse una orden, o antes de que pudiera considerarse con derecho a percibir la cantidad que se le otorga en forma documentada", E.D., 17-857.

²¹ Así "El art. 268 de la ley de sociedades (ADLA, XXXII-B, 1760) dispone que el estatuto puede autorizar la actuación de uno o más directivos, debiendo regir siempre lo normado por el art. 58 de ese cuerpo legal, permitiendo una doble representación que en nada compromete las facultades que la ley otorga al presidente del directorio, encontrándose protegido el derecho de los terceros mediante el mentado art. 58" C1aCC La Plata, Sala III, 18/8/81, "Gastrá S.A.", DJBA, 122-230.

que cuando existan restricciones estatutarias a la actuación referentes no a la forma de la representación sino al contenido de los actos que puede realizar dicha actuación es inoponible al tercero de buena fe.

La limitación de la oponibilidad de las estipulaciones contractuales establecidas en beneficio de los terceros contratantes de buena fe y fundadas en la “seguridad” y “celeridad” del “tráfico mercantil”, sólo hacen referencia a la actuación en infracción a la representación legal y no a toda otra limitación de actuación, de contenido, establecida en el contrato social. Sin perjuicio de ello, esta no es la posición de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria la que en base a la teoría de la apariencia abarca a todo tipo de limitaciones ya sea de forma como de contenido ²².

Esa interpretación, que normalmente se aplica de forma extensiva a la inoponibilidad de todas las limitaciones internas frente al tercero de buena fe, puede tener su origen en aplicar analógicamente la fuente italiana; esta última parecida pero no exactamente igual dispone en su art. 2344 C.C.I.: “Poteri di rappresentanza. Gli amministratori che hanno la rappresentanza della società possono compiere tutti gli atti che rientrano nell’oggetto sociale, *salve le limitazione che risultano dalla legge o dall’atto costitutivo*”. y agrega “Le limitazioni al potere di rappresentanza, che risultano dall’atto costitutivo o dallo statuto, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società”. Por lo que el artículo de referencia abarca ambas situaciones. El impedimento para los administradores de realizar actos cuya limitación se encuentre determinada en la ley o en el contrato constitutivo y, por otra parte, la limitación de la oponibilidad de la organización de la representación al tercero de buena fe, aun inscripto el contrato.

²² Respecto de la apariencia en la representación y sus efectos, se remite a lo expuesto en el punto V.4.2.1.

IV.5.2. Limitaciones estatutarias que afectan la actuación interna y sus efectos. Limitaciones internas (o contractuales) relativas de la desviación del poder de gestión

Respecto de la modalidad de delegar estatutariamente decisiones sobre asuntos que, en principio, son de competencia del órgano de administración, al órgano de gobierno, el art. 233:3 L.S.C., establece respecto de los efectos de las decisiones del órgano de gobierno: “Obligatoriedad de sus decisiones. Cumplimiento. Sus resoluciones conforme con la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas, salvo lo dispuesto en el art. 245 y deben ser cumplidas por el directorio”. Este principio debe conjugarse con el ya mencionado (art. 234:1 L.S.C.) en cuanto otorga la posibilidad de que el estatuto o directamente el directorio, sometan algún tema a consideración de la asamblea u otro órgano.

A modo de introducción, vale la pena recordar que como principio general, las disposiciones contractuales, presuponen un método de regularidad interna y a cuyo sistema deben atenerse algunos actos societarios a fin de que éstos sean plenamente válidos, al menos internamente. Este método de regularidad se identifica en forma reiterada en nuestra ley de sociedades y es el punto de partida para poder considerar diversos supuestos -como son una decisión asamblearia, la designación de un administrador, el ejercicio de la acción social de responsabilidad, etc.- al menos formalmente, válidos.

La desviación negocial del poder de gestión, que sería en principio materia propia del órgano de administración, hacia el órgano de deliberación, presupone crear una nueva “fuente de obligaciones”²³ para con los administradores²⁴.

²³ Terminología utilizada por J. QUIJANO GONZÁLEZ, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima” en *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, t. II, pág. 168 y ss..

²⁴ Vale la pena aclarar que, aun siendo ello así, no se da la posibilidad de que sus poderes sean derivados ya que si bien en algunos y estipulados supuestos, la actuación de los administradores pueden encontrarse condicionada a una previa decisión asamblearia, esta posibilidad deriva directamente de disposiciones legales que lo autorizan y no de la propia decisión asamblearia previa, por lo que indirectamente sus poderes continúan siendo originarios.

La situación descripta, lleva necesariamente a repasar los contrastes sobre los efectos vinculantes o no para los administradores y, además, identificar los efectos intrasocietarios, en cuanto a la responsabilidad de aquéllos se refiere.

Respecto de los efectos vinculantes y partiendo de las disposiciones del art. 233:3 L.S.C., pareciera que la subordinación al cumplimiento de lo decidido por el órgano de gobierno, es de carácter absoluto e indiscutible para los administradores.

A poco que se analizan las posibilidades, la aparente ineludible vinculación de los directores con las decisiones asamblearias, va cediendo. En efecto, y a fin de sustentar dicha apreciación, corresponde analizar en forma detenida en qué medida las decisiones tomadas por la asamblea y que, de una forma u otra invaden los poderes de gestión de los administradores, son de obligatoria ejecución para estos últimos.

En este orden, si el contenido de la decisión asamblearia (atribuida a esta última por el estatuto) es un acto que el directorio o el representante debe ejecutar y no contraria a la ley, al estatuto y es beneficioso para la sociedad o, al menos, no le produce daño, el conflicto entre la decisión de la asamblea y la ejecución por parte del directorio no se plantearía. Pero, en este caso, no se puede hablar de real efecto vinculante, siendo que la decisión no se ha tornado de cumplimiento obligatorio para los administradores, sino que se ha realizado en forma voluntaria por éstos.

Tampoco puede hablarse de efectos vinculantes cuando el acto que la asamblea ha decidido, es contrario a la ley o al estatuto, siendo necesario que la naturaleza del acto que emane del órgano deliberativo sea legalmente válido para que ello suceda. Así lo ha entendido la CNCom., Sala B ²⁵ de la Capital Federal, estableciendo como parámetro que “si bien es claro que la asamblea es el órgano soberano de la sociedad, sus poderes no son ilimitados, sino cuando se ejercen dentro de la ley y el estatuto. Si exceden dichos límites, las decisiones son nulas careciendo de obligatoriedad”. Consecuentemente, mucho menos lo sería cuando la ejecución de la decisión del órgano de deliberación, implica real o potencialmente sanción de responsabilidad para sus ejecutores.

²⁵ Autos: “Diez, Jorge c/ 2H S.A.”, L.L., 1990-C-357.

Si bien ésta sería la posición más ajustada a una correcta aplicación de los principios en juego, y aun cuando la jurisprudencia nacional no ha tratado en detalle el tema, la jurisprudencia italiana se ha manifestado en forma encontrada con respecto a él. Efectivamente, por un lado, ha establecido que los administradores deben, de todos modos, dar ejecución a la deliberación de la asamblea, aun cuando ésta sea anulable -produciéndose, en tal caso, los efectos propios del acto hasta su pronunciamiento judicial- nula o inexistente, corriendo, en caso contrario, el riesgo de responder de su comportamiento omisivo para con la sociedad, siendo la única posibilidad para los administradores y a los efectos de “incumplir” la decisión inválida, recurrir a las vías previstas societariamente -esto es, convocar a una nueva asamblea a fin de que los socios reunidos nuevamente, sustituyan la deliberación “ilegal” con una nueva, tomada en concordancia con la ley y el estatuto o, en su caso, impugnar la deliberación viciada-.

Por otra parte, también se ha expedido en el sentido opuesto, aplicando responsabilidad a los administradores que dieron ejecución a una deliberación asamblearia unánime que resultó dañosa para la sociedad ²⁶.

Es así que se presenta una contradicción en sí misma. El efecto vinculante o no vinculante, tiene un presupuesto de responsabilidad en ambos casos ya que por un lado, el cumplimiento por parte del director de una resolución inválida en su contenido y potencialmente dañosa para la sociedad, en principio, exoneraría a éste, de la responsabilidad interna por incumplimiento, pero no quedaría salvaguardada su responsabilidad eventual frente a terceros y frente a la misma sociedad por la ejecución de un acto dañoso, mientras que el no cumplimiento de la decisión implicaría responsabilidad interna por contravenir la decisión asamblearia, pero lo liberaría de los eventuales efectos responsabilizatorios por la ejecución de la resolución.

²⁶ El supuesto se presentó cuando el síndico de la quiebra de una sociedad anónima ejerció acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad fallida, por ser culpables de haber dado ejecución a una deliberación asamblearia unánime (totalitaria) que resultó dañosa para la sociedad, en *Foro* 1988, I c. 459, con nota de D. Di Gravio y App. Milano 3 noviembre 1987 in *Giur. it*, I, 2, c. 815 respectivamente, ambos casos en *Rivista delle Società* 1990, en “Rassegna di diritto societario a cura”, di PARRELLA, F., pág. 1457.

De lo expuesto se desprende que en caso de una resolución irregular -por ser contraria a la ley, al estatuto o eventualmente dañosa para la sociedad- el representante se reserva el beneficio de su inejecución. En su caso y a los efectos de cumplir con sus obligaciones sociales, deberá sí convocar a asamblea a fin de revocar la decisión inválida o impugnar judicialmente dicha resolución, no pudiendo tornarse el supuesto atributivo de responsabilidad para el representante, siendo que en definitiva, no puede considerarse vinculante, la ejecución de una deliberación que no se ajuste a las disposiciones legales o estatutarias, o sea dañosa para la sociedad.

También en el derecho comparado, pero, por vía normativa, la ley de sociedades por acciones alemana ²⁷ dispone expresamente que el deber de reparar los daños a la sociedad no puede hacerse valer cuando el proceder de los directores se ajuste a una decisión asamblearia tomada conforme a derecho. En otras palabras, las decisiones asamblearias relativas al poder de gestión delegado a la asamblea, son vinculantes para los administradores siempre y cuando éstas sean ajustadas a derecho e, independientemente de su contenido, el cumplimiento por parte de los administradores libera de responsabilidad interna a éstos.

Nuestro sistema ha omitido, lamentablemente, hacer mención expresa a la exoneración de responsabilidad en el caso de no cumplimiento de decisiones que no sean conforme a derecho, tal como lo hace la normativa germana, por lo que frente al supuesto concreto, la solución queda en manos de la interpretación jurisprudencial. Ello, sin perjuicio de recordar que el art. 233 L.S.C., específicamente dispone que sólo las resoluciones asamblearias adoptadas conforme la ley, son obligatorias para los administradores.

Para finalizar queda por analizar la obligatoriedad o no del cumplimiento de decisiones asamblearias, cuyo contenido difiere del “criterio empresarial” de los sujetos que deben ejecutarlas.

Para ello es conveniente seguir la construcción de la doctrina y jurisprudencia italiana, la cual ha sido de gran utilidad en el tema.

²⁷ 93 (4) AktG de 1965: “Der Gesellschaft gegenueber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmaessigen Beschluss der Hauptversammlung beruht”.

En este orden, Bonelli ²⁸, realiza una descripción de las posturas -encontradas- en el derecho italiano, mencionando por una parte, a los sostenedores de que los administradores no se encuentran obligados a dar ejecución a las instrucciones o deliberaciones en materia gestoria por cuanto son éstos los únicos responsables de la gestión societaria, manteniendo una evaluación independiente sobre la ejecución de tales decisiones y, además, porque no se los puede obligar a dar ejecución contra su voluntad sobre decisiones que pueden ser objeto de impugnación y de las cuales puede sobrevenir una responsabilidad personal. Por otra parte, citando a Abbadessa ²⁹ menciona a los sustentadores de la exclusión de libertad por parte de los administradores de desobedecer discrecionalmente la deliberación de la asamblea en materia de gestión. El autor, en otro trabajo ³⁰ confirma la postura transcripta -no sin fuertes oposiciones- sosteniendo que en los casos en que por causa del contrato o estatuto, se ha producido una disociación entre el poder deliberativo y el de representación, este último debe estar condicionado al ejercicio del poder deliberativo. En otras palabras, existiendo una previsión estatutaria previa y sentando como base que el estatuto como tal regula las bases del funcionamiento societario particular, frente al conflicto de poder que puede darse entre ambos poderes, el de representación debe ceder frente a una deliberación formalmente válida y directriz.

Entre las posturas citadas, encontramos a una intermedia, que se considera prevalente en el sistema actual italiano, la cual sostiene que los administradores tienen la posibilidad (y la obligación) de desobedecer las instrucciones impartidas por la asamblea en tres casos: a) cuando las deliberaciones sean inválidas; b) cuando existan, sobrevenidamente, nuevas circunstancias y c) cuando el cumplimiento de la deliberación pueda traerles responsabilidad.

²⁸ BONELLI, F., "Le direttive dell'assemblea agli amministratori di società per azioni (art. 2364, n. 4, c.c.)" » en *Giurisp. Comm.*, anno XI, 1984, pág. 5 y ss..

²⁹ ABBADESSA, P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milán, 1975, pág. 61.

³⁰ ABBADESSA, P., "Potere deliberativo e potere di rappresentanza nella società per azioni", *Riv. Dir. Com.* 1970, I, pág. 164.

Por un lado, el derecho nacional se ha expresado también con diferentes posiciones. Zaldívar y otros ³¹, si bien no realizan un tratamiento específico, al analizar el poder gestorio de la asamblea (pág. 325 y ss.) referencian escuetamente a las posibilidades legales y estatutarias de su delegación, no haciendo mención expresa a la vinculación directa para con los directores, pero sí adelantando su opinión en cuanto al ámbito interno de validez de tales limitaciones. Del análisis general surge, sin embargo, la aceptación de la preeminencia del órgano de gobierno sobre el de dirección, sumado ello, a que en forma reiterada expresan, en oportunidad de analizar el art. 233 L.S.C., la obligatoriedad del cumplimiento por parte del directorio de las resoluciones asamblearias, por lo que cabría concluir que ostentan una posición extrema en cuanto al cumplimiento obligatorio por parte del directorio de todas las decisiones asamblearias.

Alguna limitación, sin embargo, a la estricta interpretación del art. 233 L.S.C., es sostenida por diferentes juristas. Así, Nissen ³² realiza la aclaración necesaria en el sentido que la excepción al artículo en cuestión la compone, el caso que las decisiones sean violatorias a la ley, estatuto o reglamento, en cuyo caso los directores tienen la obligación de impugnarlas. Por su parte, Sasot Betes y Sasot ³³, incorporan como una obligación del directorio frente a la asamblea la de cumplir y hacer cumplir las decisiones de ésta, aunque agregan que tal situación no puede ser absoluta siempre y cuando es la misma L.S.C. la que, a través de la legitimación activa que otorga al directorio para impugnar las resoluciones contrarias a la ley o al estatuto (art. 251), dispone que el cumplimiento de las decisiones asamblearias será obligatorio siempre y cuando dichas resoluciones, no ostenten esa calidad. Agregan los autores que en estos casos y frente a la ejecución de éstas, no podrán ser eximidos de responsabilidad sus ejecutantes, postura que mantiene la ley alemana.

³¹ ZALDÍVAR, E., y otros, *Cuadernos de derecho societario*, págs. 318 y ss. y 372.

³² NISSEN, R., *Ley de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. 3, pág. 328.

³³ SASOT BETES, M., y SASOT, M., *Sociedades anónimas. El órgano de administración*, Buenos Aires, Abaco, 1980, pág. 433.

IV.5.3. Limitaciones de la competencia del directorio y sus efectos intrasocietarios. Fundamento de los efectos vinculantes

Sin dejar de mencionar la importancia de la disposición del art. 233 L.S.C. (*in fine*), se cree que para el caso concreto de delegación de poder gestorio a la asamblea, la decisión que en su consecuencia se tome, debe tener efectos vinculantes para los directores³⁴. Ello puede fundarse en las siguientes consideraciones:

- Desde la concordancia doctrinaria y judicial que los poderes de los administradores son atribuciones originarias y otorgadas por la ley, si bien el órgano de administración tiene suficiente autonomía para decidir o no la ejecución de un acto, frente al caso concreto de una determinación estatutaria que delega este poder a la asamblea, ésta se torna obligatoria para los directores que han aceptado el cargo con las condiciones y restricciones estatutarias, que debieron conocer a ese momento;

- Sin perjuicio de que no existe forma de compeler a los administradores a la ejecución de una resolución asamblearia, ya sea que ésta sea contraria a la ley, al estatuto, inválida -casos éstos en que el administrador se podrá desvincular de la responsabilidad interna propia sólo impugnándola- o por, directamente, no tener voluntad de cumplirla -caso en que el acto será válido- el director no puede eximirse de la responsabilidad consiguiente y, eventualmente, la asamblea deberá analizar si el incumplimiento por parte del directorio tiene entidad suficiente a los fines de decidir su remoción y eventual responsabilidad;

- Por último, analógicamente a lo que sucede en caso de que, a propuesta de los directores, la asamblea deba expedirse sobre un tema en concreto, tal decisión compromete a los directores aunque ésta sea, en definitiva, una competencia devuelta. Con competencia devuelta se hace referencia a que la competencia de decisión y ejecución del tema que se ha puesto a consideración de la asamblea, corresponde originariamente al

³⁴ En contra, FARGOSI, H., y ROMANELLO, E., "Facultades gestorias de la asamblea y responsabilidad de los directores", L.L., 1986-E-1126.

órgano de administración ³⁵, siempre que el poder gestorio y representativo en la sociedad es de competencia originaria ³⁶ del órgano de administración.

En este caso, si teniendo el poder decisorio el órgano de administración, decide someter una decisión -por su relevancia, efectos responsabilizatorios, etc.- al órgano de gobierno, no podrá luego -al momento del cumplimiento- desconocer la propia resolución.

No puede sino concluirse que las limitaciones estatutarias limitan el poder de representación del órgano de administración, teniendo efectos vinculantes para sus miembros.

Por su parte y, pese al particular punto de vista expuesto, lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que la actuación de un administrador de derecho en abuso de las facultades estatutarias o legalmente dispuestas -y, salvo casos excepcionales cuando la extrañeidad al objeto es tal que es imposible considerar ese acto realizado por la sociedad- son oponibles a la sociedad, debiendo ésta responder por la actuación de sus representantes y sin perjuicio de las acciones responsabilizatorias de regreso contra aquellos.

³⁵ En ese sentido, FARGOSI, H., y ROMANELLO, E., “Facultades gestorias...” cit., pág. 129, quienes expresan: “*la competencia de la asamblea para deliberar y resolver sobre cuestiones vinculadas con la gestión de la empresa social, tiene características de competencia devuelta, porque si no lo prevé el estatuto o no le someten la cuestión los directores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, dicho órgano no puede inmiscuirse en la administración atribuida al directorio por el art. 255. Aun en el supuesto de que el estatuto lo prevea, siempre será de carácter especial y no más allá de lo que en él se haya remitido a la competencia de la asamblea*”.

³⁶ Sobre el tema, v. SUÁREZ ANZORENA, C., y otros, “En procura de una más precisa delimitación de la competencia del directorio de la Sociedad Anónima Nacional”, RDCO, 1982, pág. 841 y ss..

CAPÍTULO V

ADMINISTRACIÓN CON NOMBRAMIENTO IRREGULAR O NULO

V.1. Ineficacia e invalidez de los negocios jurídicos: aspectos generales ¹

A manera de introducción, es dable mencionar que es autoría de Kelsen ², el haber determinado que el orden jurídico es un todo sistemático en el que los conceptos adquieren una situación y una relación. Con base en ello, los legisladores intentan, sin alterar las pautas sistemáticas de la legislación,

¹ Siendo que el presente capítulo tiene como objetivo primordial el de analizar los efectos de los acuerdos asamblearios de designación de directores declarados nulos, no es la intención realizar aquí un análisis pormenorizado del “sistema de nulidades” como en términos generales se califica a los supuestos de ineficacia, sino sólo hacer referencia a él para recordar su organización en nuestro sistema jurídico. Se remite al lector a consultar los autores que tratan en profundidad el tema que a más de los que se citan específicamente, nos permitimos recomendar: ARÁUZ CASTEX, M., *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974; BELLUSCIO, A., y ZANNONI, E., *Código Civil y leyes complementarias. Comentado anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1988; BORDA, G., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1976; BREBBIA, R., *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1979; BUTELER CÁCERES, J., *Manual de derecho civil*, Buenos Aires, Abaco, 1984; LLAMBÍAS, J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1973, etc..

² KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1997, prefacio a la edición alemana de 1934.

dictar instrumentos normativos que se integren adecuada y coherentemente al orden jurídico, como componentes del sistema o régimen.

Tomándose entonces el ordenamiento jurídico como un todo, dentro del subsistema del negocio jurídico y para poder hacer referencia a la ineficacia en el ámbito de las sociedades comerciales, se hace necesario referirse en forma previa a la teoría general de la “ineficacia” de los actos jurídicos.

En este orden, existe un problema inicial que es en parte terminológico: tanto autores de la doctrina civil comparada, como Betti, Diez-Picazo, Albaladejo, como nacionales, Zannoni, Lloveras de Resk y comercialistas contemporáneos tales como Nissen, Etcheverry, Otaegui, Richard, Cabanellas, Salerno, Zaldívar, Colombes y Halperín, lamentablemente no utilizan un lenguaje uniforme a la hora de desarrollar la “ineficacia” de los actos jurídicos. Ello ocurre especialmente en la utilización o referencia y alcance de términos tales como “ineficacia”, “invalidez”, “nulidad” o “inexistencia”.

Con el objeto de intentar un tratamiento sistemático del tema, se abordarán en forma preliminar los conceptos de “ineficacia” e “invalidez” para luego determinar el sistema general de nulidades regulado por nuestro Código Civil. Ello con la intención de realizar una aproximación al régimen de “ineficacias societarias”, particularmente, el referido a la ineficacia de las resoluciones asamblearias y sus efectos internos y externos, tema este último directamente relacionado con la actuación de administradores con vicios en su designación.

Dando un breve repaso de las diversas posiciones que en doctrina se plantean se debe comenzar por aclarar que dentro del sistema general, se identifican autores que consideran que los términos “ineficacia” e “invalidez” son conceptos y categorías diferentes que coexisten y, eventualmente, se contraponen y autores que consideran a los mencionados conceptos como género y especie.

En el primer caso y dentro de la doctrina italiana clásica, Betti ³ considera como premisa que “invalidez” e “ineficacia” son soluciones que el derecho da a dos problemas de tratamiento esencialmente diverso. Para el autor la “invalidez” es el acto o negocio en el que falta o se

³BETTI, E., *Teoría generale del negozio giuridico*, Ristampa corretta della II edizione, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1994, pág. 455.

encuentra viciado alguno de los elementos esenciales, algunos de los presupuestos necesarios constitutivos del tipo de negocio que se está realizando, por lo tanto es la respuesta a la falta intrínseca que posee el negocio. La “ineficacia”, en cambio, sería el negocio en el cual se encuentran en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, pero obsta a su eficacia una circunstancia de hecho externa. Agrega el autor que si la “invalidéz” es carencia de efectos, esta carencia puede ser total y, por lo tanto, estaremos frente a “nulidad” absoluta o relativa, categorías éstas que difieren de la “inexistencia” porque en el primer caso, el acto es capaz de generar algún efecto secundario aunque sea negativo y, en el segundo, no puede producir ningún efecto jurídico.

Por su parte, autores como Díez Picazo ⁴ parten de considerar a los conceptos en cuestión como pertenecientes a una misma categoría y en relación de género-especie: partiendo de la base que la “ineficacia” es la falta de producción de consecuencias o bien de aquellos resultados que debieron producirse o esperarse como consecuencia inmediata de la celebración del contrato o negocio, clasifica a ésta en: a) inicial o intrínseca: cuando la causa que la origina se encuentra en el origen y esencia del negocio, por lo que el negocio será nulo, anulable o inexistente y, b) posterior o extrínseca: cuando la ley o las partes quieren que determinados efectos se impidan por ciertas circunstancias, por lo que se estará frente a causas de resolución, revocación, rescisión.

Asimismo realiza una clasificación aditiva a la anterior, donde expresa que si la causa es “estructural”, es decir, cuando existen actos que por su misma estructura o constitución no pueden desarrollarse por su propia imperfección vicio o defecto existirá “invalidéz” por nulidad en los sujetos -consentimiento, capacidad, vicios de la voluntad- o por el objeto -ilicitud, imposibilidad, etc.- o por su forma. Mientras que si la causa es “funcional”, o sea que se juzga al negocio en su desarrollo posterior al nacimiento, los medios jurídicos serán los de rescisión, revocación, resolución ⁵.

⁴DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1970, t. I, pág. 294 y ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958, pág. 395.

⁵ En el mismo sentido, en nuestro país, ZANNONI, E., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 127, quien expresa que cuando los vicios o defectos del negocio jurídico se encuentran en su “estructura” la imposibilidad de que el

La doctrina nacional comparte mayoritariamente esta última postura⁶, entendiendo que “*la invalidez o nulidad es una especie de ineficacia, pero no la única, pues un negocio válido puede tornarse después ineficaz por causas sobrevinientes atinentes a su base objetiva y, en definitiva, extrínseca a la estructura negocial como tal*”⁷.

Dicha doctrina, hace referencia a la “ineficacia” como aquel supuesto que priva al acto de sus efectos propios en calidad de género, siendo que el sistema normativo dispone, dentro de esta categoría, diversas variantes como sanciones a las inobservancias legales⁸. En términos gene-

negocio cumpla con los efectos propios se encuentra en el origen mismo del negocio, impidiendo entonces “una relación idónea” y, por lo tanto, su nulidad. Cuando el negocio no obtiene los resultados que originalmente debía producir por “pervivencia” de la voluntad negocial, el negocio contiene una “ineficacia funcional” que es sobreviviente a la celebración. (COMPAGNUCCI DE CASO, R., *El negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1992, págs. 497 y 498; NIETO BLANC, E., “Consideraciones sobre el concepto de invalidez (nulidad) de los actos jurídicos”, L.L., 104-1014, etc.).

⁶ LLOVERAS DE RESK, M., *Tratado teórico-práctico de las nulidades*, Buenos Aires, Depalma, 1991, pág. 3 y ss., avanza en la clasificación entendiendo por “ineficacia estructural” a la nulidad o invalidez e “ineficacia funcional” a la ineficacia en sentido estricto. Atribuye, por lo tanto, al sentido de ineficacia un significado amplio o genérico “que designa a todos los supuestos de actos jurídicos que no producen los efectos que le son propios. Dentro de este concepto amplio, la nulidad del acto jurídico es una clase de ineficacia, una especie dentro del género denominado ineficacia”. Por otra parte, la ineficacia en sentido restringido o restricto en el que la ineficacia comprende solamente los casos jurídicos válidos que, por otras causas, no producen los efectos que le son propios. La ineficacia en sentido estricto no comprende la nulidad en su seno sino que se le contraponen: ineficacia e invalidez (o nulidad) coexisten como dos categorías independientes. Partiendo de esta distinción entre sentido amplio y estricto de ineficacia, determina las causales de nulidad para la clasificación de ineficacia en sentido genérico y revocación rescisión, inoponibilidad, etc., para lo que entiende por ineficacia en sentido estricto.

⁷ Conf. ZANNONI, E., *Ineficacia y nulidad ... cit.*, pág. 127; SAUX, E., “Digresiones elementales sobre la ineficacia de los actos jurídicos” (L.L., 1985-A-863) expresa que “(...) coincidimos con Coviello en que la ineficacia es un concepto general que necesita ser determinado en sus varias especies, dentro de las cuales, la nulidad configura su forma principal (...) conceptualizando al acto o negocio jurídico ineficaz como aquél que no produce los efectos que normalmente debiera producir” (CNCiv., Sala F, en autos: “Fernández, José R. V. García Cesáreo y otros”, J.A., 1984-I-401).

⁸ Mayoritariamente, se categoriza a la invalidez como sanción legal (conf. BORDA, BOFFI, BOGGERO, L., LLAMBIAS, etc., ob. cit., nota 91 por ZANNONI, E., *Ineficacia e invalidez ... cit.*, pág. 160) aunque, por ejemplo, NIETO BLANC, E., ob. cit., pág. 1019, N° 8, no

rales, la primera especie es la “invalidez” considerada ésta como “*la construcción técnico-legal que apunta a los elementos intrínsecos originarios de todo negocio jurídico, con miras a regular las imperfecciones que a su respecto puedan presentar los actos que le son confrontados y a los que él sirve de esquema o modelo*”⁹.

V.2. Actos nulos y anulables. Nulidad absoluta y relativa

Dentro de esta construcción o categoría, el derecho común contiene la clásica clasificación “cuatripartita de las nulidades” de lo que resulta que pueden existir actos nulos (conf. arts. 1038, 1041 y 1044 C.C.) y actos anulables (conf. arts. 1046 y 1045 C.C.). A su vez y con independencia de esta clasificación, el Código Civil los categoriza como actos que pueden ser nulos de nulidad absoluta (art. 1047 C.C.) o relativa (art. 1048 C.C.)¹⁰. Sobre esta base, pueden alternarse los supuestos, dando lugar a actos nulos o anulables de nulidad absoluta y actos nulos o anulables de nulidad relativa.

Por su parte y a modo de simplificación de los conceptos, se puede decir que se califica como actos nulos¹¹ a aquellos que tienen un defecto genético¹² y cuya ineficacia deriva directamente de la ley¹³, mientras

coincide con la calificación de sanción legal sino que comparte con Solón (*Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tout genre, en matière civile*) la calidad de “pena” atribuida a la invalidez.

⁹ Conf. Conceptualización realizada por E. NIETO BLANC, ob. cit., pág. 1015, N° 3.

¹⁰ Se ha dejado de lado intencionalmente, la clasificación entre “nulidad manifiesta” y “nulidad no manifiesta” (art. 1038 C.C.) por no considerarla útil conforme los objetivos que se han propuesto.

¹¹ BETTI, E., *Teoría...* cit., pág. 463, “è nullo il negozio che per deficienza di qualche elemento essenziale rispondente alla configurazione richiesta, sia inidoneo a dar vita a quella nuova situazione giuridica che il diritto ricollega al rispettivo tipo legale in conformità con la funzione economico-sociale”.

¹² Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, R., *El negocio ...* cit., pág. 508; CNCiv., Sala A: “La nulidad es una sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir existente en el origen del acto” (E.D., 42-206).

¹³ Conf. AGLIANO, H., “Clasificación de las nulidades”, L.L., 88-876.

que son actos anulables ¹⁴ aquellos que aparentemente son válidos pero son declarados tales mediando una sentencia judicial.

La doctrina entiende por acto nulo de nulidad absoluta, al acto que es contrario al orden público, a la moral y buenas costumbres, afecta el interés general o a las reglas básicas del ordenamiento legal (art. 953 C.C.). En este caso, el interés jurídico protegido adquiere tal relevancia, que los actos se tornan inconfirmables (art. 1047 4º párr. C.C.), la acción es imprescriptible e irrenunciable (art. 4023 C.C. y arts. 872 y 19 C.C. ¹⁵) y su nulidad puede ser declarada de oficio (art. 1047 C.C.).

Por su parte, la nulidad relativa es la sanción que se aplica cuando el acto afecta derechos particulares o individuales ¹⁶; consecuentemente, las nulidades de este tipo son confirmables (art. 1058 C.C.), su acción es prescriptible (arts. 4030 y 4031 C.C.) y susceptible de caducidad (art. 252 L.S.C.), la declaración sólo procede a pedido de parte (art. 1048 C.C.) y es renunciable (arts. 19 y 872 C.C.) ¹⁷, en forma expresa o tácita.

¹⁴ Conf. BETTI, E., *Teoría... cit.*, pág. 463, “*Annulabile, invece si qualifica il negozio che, pur non mancando degli elementi essenziali del tipo e pur dando vita precaria alla nuova situazione giuridica che il diritto ricollega al tipo legale, possa essere rimosso con forza retroattiva come precetto, e considerato come non mai posto in essere*”.

¹⁵ CNCiv., Sala G: “Si el acto ilegítimo consumado es, por imperio de las normas sustantivas, nulo de nulidad absoluta y manifiesta, esta calificación permite extraer las siguientes consecuencias: su declaración puede hacerse de oficio por el juez, no es susceptible de confirmación o convalidación alguna y se decreta en el solo interés de la ley” (E.D., 94-202 y CNCiv., Sala D). “Dado que la nulidad absoluta no permite la confirmación del acto, tampoco puede prescribir la acción tendiente a declararla, pues de lo contrario se daría el caso de que la pasividad del sujeto durante el término fijado por la ley significaría la confirmación tácita de un acto reprobado por las disposiciones vigentes”, E.D., 7-382.

¹⁶ A modo de información, se puede mencionar que este es el criterio de la mayoría de los países europeos, por ejemplo, en el derecho francés (conf. STARCK BORIS, ROLAND, H., BOYER, L., *Obligations 2. Contrat*, París, Litec, 1995, pág. 369 y ss.) la clasificación tradicional es la de nulidades absolutas y relativas, como categorías diferentes. Los criterios de distinción son en base al interés protegido, cuando se viola una regla legal que está dispuesta en protección de un interés particular, la sanción será la nulidad relativa. Si la regla legal que no es observada defiende un interés general hay una razón más fuerte porque son el orden público y las buenas costumbres los que se encuentran en juego, existiendo, en consecuencia, una nulidad absoluta para el acto. El derecho alemán, por su parte, distingue entre nulidad e impugnabilidad así: art. 134 BGB: “Un negocio jurídico que vaya contra una prohibición legal es nulo, si otra cosa no se deduce de la ley” y art. 142 BGB: “Si es

V.3. Efectos de las nulidades

Tanto la sistematización como la aplicación concreta de los efectos propios de “las nulidades”, en forma genérica, encierra en sí misma otro problema doctrinario. Los extremos de conflicto se refieren a la previa determinación sobre la existencia o no de una sistematización de los efectos de las nulidades que sea común a los actos nulos como a los anulables y una vez que ha sido así declarada por sentencia ¹⁸.

Dando respuesta a esta cuestión y, partiendo de la ventaja del extenso tratamiento realizado por los autores nacionales, se puede decir que la mayoría de los juristas consideran que la aplicación de la normativa civil que regula los efectos de la declaración de nulidad, se aplica tanto a los actos nulos como para los anulables ¹⁹.

V.3.1. Distinción de los efectos entre partes y frente a terceros

Existe una necesaria distinción dentro de los efectos, que implica diferenciar como ámbitos de coexistencia, pero distintos, a las consecuen-

impugnado un negocio jurídico impugnabile, ha de considerarse nulo desde el principio (...)” (conf. BGB, Trad. Infante C., Barcelona, Bosch, 1955).

¹⁷ CNCiv., Sala G: “La nulidad relativa sólo puede ser invocada por la parte en cuya protección se instituyó; no lo puede solicitar el ministerio público, ni cabe su declaración de oficio por el órgano jurisdiccional; puede sanearse por confirmación y la acción correspondiente es renunciabile y prescriptible” (E.D., 118-435).

¹⁸ La problemática se centra en la interpretación coherente de los arts. 1046 y 1050 y ss. C.C.. El art. 1046, con respecto a los actos anulables refiere a su validez mientras no fueren anulados y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase, mientras que el art. 1050 C.C. establece que la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado. A partir de estas disposiciones, largamente se ha debatido sobre una interpretación razonable del sistema, que puede verse en ZANNONI, E., *Ineficacia...* cit., pág. 177 y ss.; COMPAGNUCCI DE CASO, R., *El negocio...* cit., pág. 539, etc.. La doctrina minoritaria es encabezada por Llambías y, específicamente es la que sostiene que se aplica únicamente a los actos anulables.

¹⁹ Siendo tal la conclusión expuesta por ZANNONI, E., *Ineficacia y...* cit., a partir de la pág. 182, al que se remite.

cias imputadas por una norma entre partes y a los efectos de dichas consecuencias frente a terceros.

a. Entre las partes

Entre partes la interpretación generalizada es que dependiendo de si el acto ha sido o no ejecutado, las sanciones son diferentes. La sentencia de nulidad es la causa-fuente de la obligación de restituir²⁰ y, en consecuencia, los efectos nacen desde el momento mismo de su resolución. Este es el principio consagrado en el art. 1050 C.C. cuando dispone que “la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado”, desprendiéndose así, la aplicación retroactiva o efectos *ex tunc* de dicha resolución.

Así, en caso que el acto haya sido ejecutado en forma total o parcial y por aplicación del art. 1052 C.C., se impone la “obligación de restituir” entre las partes lo que hubieren percibido²¹, mientras que si el acto no ha sido aún ejecutado la solución surge claramente y sin controversias, disponiendo la norma que éstas no podrán exigirse el cumplimiento del acto en adelante y para el futuro.

b. Frente a terceros

Cómo se ha desarrollado y, en principio independientemente de a qué clase de nulidad -absoluta o relativa- se haga referencia, una vez declara-

²⁰ Vale la pena mencionar que la doctrina se ha dedicado a tratar extensamente el tema de la “obligación de restituir” discrepando sobre si es consecuencia de la sentencia de nulidad o si, por el contrario, es una subsistencia del derecho preexistente al acto nulo, que no se ha podido alterar. Sobre el tema v. YMAZ, E., “Efectos de las nulidades”, L.L., 143-1971, además de los autores ya citados.

²¹ Este principio general posee implícitamente excepciones de peso, pese a lo absoluto de los términos del Código Civil. Particularmente, los arts. 1053 y 1054 C.C. establecen en materia de “intereses y frutos”, que éstos se compensarán entre sí cuando las cosas principales a restituir fuesen ambas sumas de dinero o cosas productivas de frutos, determinando tiempos y formas de restitución o compensación. Además, el art. 1055 C.C. establece con referencia a las “cosas fungibles” (consumibles) que tal devolución no procede si hubiesen sido consumidas de buena fe. Por su parte, los arts. 1056 y 1057 C.C., complementan el sistema disponiendo en el primer caso, la posibilidad de indemnización como complementaria de la restitución. El art. 1057 C.C., por su parte, contempla la posibilidad de la acción resarcitoria como sustitutiva de la obligación de “restituir”.

da ésta, tanto en el derecho común como en el derecho societario, sus efectos son oponibles *erga omnes* y, por lo tanto, frente a terceros. El tema cobra importancia a partir del momento en que exista un tercero que ha adquirido derechos fundados en el acto que se ha declarado nulo; de otra forma, sólo resta la obligación de restituir conforme se ha explicado.

Partiendo de la existencia de las reglas reconocidas y aceptadas en forma unánime, antes de la reforma, *nemo dat quod non habet* (nadie puede transferir un derecho que no se tiene) y *nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet* (ninguno puede transferir a otro un derecho mayor que el que el mismo posee) y, sin perjuicio de éstas, largamente se ha debatido sobre dicha oponibilidad cuando el tercero es de buena fe ²².

La buena fe del tercero ²³ por aplicación analógica de los arts. 1051, 2413 y 2778 C.C., se utiliza en forma constante para excluir la oponibilidad de la sentencia de nulidad para con los actos realizados o concluidos hasta su declaración. Es evidente que a partir de ese momento -el de la sentencia o declaración de nulidad- los efectos y consecuencias son oponibles *erga omnes*, con excepción de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las relaciones interpartes que, según regula el Código Civil, aunque no produzca los efectos de actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

Por otra parte y según lo ya expresado respecto a que “en principio” eran aplicables tanto para los actos nulos como para los anulables los efec-

²² La antigua disposición del Código Civil, art. 1050, expresamente establecía: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual”. Explica COMPAGNUCCI DE CASO (*El negocio...*, ob. cit., pág. 547, nota 149 y, particularmente, nota 154) que autores del talento de Alsina Atienza, Molinario, Salvat, Lafaille, De Gásperi, etc., se rebelaron contra dicha disposición ya que ésta permitía ejercer la acción reivindicatoria contra todo tercero adquirente del inmueble, consagrándose así un desamparo total a terceros adquirentes. Con el agregado dispuesto por la ley 17.711: “Salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso sea el acto nulo o anulable”, los ánimos se calmaron.

²³ Que en principio se circunscribiría a la buena fe del tercero adquirente, a título oneroso y, particularmente, en el ámbito de los derechos reales.

tos de la declaración de nulidad en forma común, tratándose de nulidades manifiestas, es decir, cuando sus vicios son ostensibles y notorios, el tercero no puede ampararse en su “buena fe” a los efectos de su inoponibilidad. Tampoco sería de aplicación el principio expuesto, en ciertos supuestos, especialmente cuando el antecedente del título del tercero resulta inexistente²⁴ y conforme lo ha expresado reiteradamente la jurisprudencia²⁵.

V.4. El sistema de nulidades societarias. Introducción

Sin perjuicio del sistema general expuesto, el sistema societario tiene ciertas particularidades que no pueden dejarse de lado al momento de

²⁴ Sobre el negocio inexistente se ha dicho que “*el negocio que no existe no puede ni siquiera ser inválido o ineficaz en sentido estricto*” (conf. SCOGNAMIGLIO, R., *Contributo alla teoría del negozio giurídico*, cit. por LLOVERAS DE RESK, M., pág. 43). En materia civil, el desarrollo de la necesidad y utilidad de este concepto ha llevado, en resumen, a dividir a los juristas en dos posiciones. Por un lado, los sostenedores de la ociosidad de dicha categorización, entre ellos, LLOVERAS DE RESK, M., *Tratado...* cit., pág. 54, quien expresa que “*la distinción entre el acto inexistente y el acto de nulidad absoluta carece de fundamento y de eficacia jurídica. Más bien la teoría del acto inexistente es un expediente extrajurídico empleado como medio para sortear las dificultades que presentan las mismas normas del sistema jurídico vigente, como la que dispone la protección al tercer adquirente de buena fe en el art. 1051, reformado por la ley 17.711*” y aquellos que ponen relevancia en la distinción de la categoría como COMPAGNUCCI DE CASO, R., *El negocio...* cit., pág. 520, quien considera que “*la teoría de los actos o negocios inexistentes tiene plena aplicación en nuestro ordenamiento legal (...)*”. Para más detalle: vid, el tratamiento del tema en los autores y páginas citados. En el sistema societario, en favor de los actos inexistentes como categoría, HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1974, pág. 339, quien considera como típico caso de acto inexistente o no-acto en los supuestos de falta de pluralidad de partes.

²⁵ CNCiv., Sala F: “Cuando se trata de un acto inexistente, resultan privados de la protección del art. 1051, *in fine* del Código Civil aun los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, pues están amparados contra las consecuencias de la declaración de nulidad de un acto antecedente nulo o anulado, pero en el que ha sido parte el propietario enajenante pero no lo están si el acto ha sido declarado inexistente”, 27/8/79, E.D., 87-251, ídem, Sala F: “Los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso están amparados contra las consecuencias de la declaración de nulidad de un acto antecedente, pero no lo están si el acto ha sido declarado inexistente”, 15/11/78, E.D., 83-439.

hacer referencia a la aplicación del régimen general ²⁶. Estas particularidades son reconocidas por el sistema común siempre que “*la teoría de las nulidades de los actos jurídicos es un concepto que domina en el campo del derecho sin ser privativa de ninguna de sus ramas, cada una de las cuales le impone modalidades propias*” ²⁷.

V.4.1. Elementos diferenciadores del sistema común: contrato plurilateral de organización y persona jurídica

El especial sistema societario en principio se adhiere al régimen general, pero mientras que este último está pensado y conformado en función de negocios jurídicos bilaterales, el esquema societario posee características propias que parten de la naturaleza propia del negocio origen calificado como “contrato plurilateral de organización”, que hacen necesario el apartamiento, desde el mismo negocio jurídico constitutivo, del régimen establecido para los actos jurídicos bilaterales, generándose así una situación con características propias ²⁸.

²⁶ Sobre el tema, también puede verse ADROGUÉ, M., “Irregularidad e invalidez en la constitución de sociedad” en *Cuadernos de la Universidad Austral*, N° 4, pág. 7 y ss..

²⁷ En palabras de ALSINA, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Ediar, 1957, t. I, pág. 269.

²⁸ Existen fundamentales y evidentes diferencias frente al tratamiento de los actos bilaterales y los plurilaterales de organización. Entre ellas se pueden mencionar: a) la estructura predeterminada que la ley dispone para que una sociedad sea considerada comercial - como regla general - importa la indisponibilidad de las partes de ciertas normas imperativas, su apartamiento impone sanciones que no son previstas para los contratos bilaterales (p. ej., nulidad por atipicidad, art. 17 L.S.C.) y, en consecuencia, la aplicación relativa del principio de la autonomía de la voluntad; b) en los contratos bilaterales en cambio la regla del art. 1197 del Código Civil, es la que rige pudiendo alterarse el negocio originario y convertirse en otro negocio diferente; c) frente a los posibles vicios en la constitución u originarios cuando éstos afectan a una de las partes en los contratos bilaterales dichos vicios afectan al contrato pudiendo declararse la nulidad del mismo, y en los contratos plurilaterales de organización, esos vicios no producen la nulidad del contrato sino su resolución parcial (art. 16 L.S.C.), con las excepciones previstas en el mismo régimen en sociedades de dos socios (art. 16 2ª parte L.S.C.). Agrega CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., “Los vicios en la constitución de sociedades” -RDCO, año 27, 1994, pág. 145- que “*los contratos plurilaterales, suponen, por definición*

En definitiva y, en palabras de Colombres ²⁹, puede decirse que “*la aplicación consecuente de los efectos de la nulidad clásica del derecho civil deriva en resultados absolutamente impropios tanto para su régimen como para los intereses económicos que a él se vinculan*”.

Respecto del sistema nacional, ya Halperín ³⁰ expresaba que “*las dificultades de aplicación del régimen común previsto para el Código Civil al contrato de sociedad provienen de su naturaleza plurilateral o de organización y conforme a él actúa en el tráfico mercantil (contrataciones con terceros), los distintos tipos de sociedad, la diversidad de causas de anulación y la distinta posición jurídica de los socios, los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios*”.

La naturaleza jurídica del contrato constitutivo no es la única característica diferenciadora del sistema; existe además un elemento “extraordinario” que es el efecto principal que el sistema impone frente a la constitución de sociedad: nacimiento de un sujeto de derecho.

Es evidente que el nuevo centro de imputación diferenciada no puede ser “declarado nulo” y sólo puede procederse a su liquidación, previa causal de disolución impuesta por la ley (arts. 94, 18, 19, etc., L.S.C.) o contractualmente (art. 89 L.S.C.).

El nacimiento de este nuevo y diferente sujeto de derecho y, a partir del momento mismo de su creación, implícitamente produce una multiplicidad de relaciones jurídicas por las distintas posiciones jurídicas en las

un fin común para cuyo logro se unen las partes de dicho contrato. Este fin común no puede identificarse con el de una persona determinada, pues entonces no es ya un fin común. En consecuencia mientras existan más de dos socios, la salida de uno de ellos de la sociedad permite que aún subsista ese fin común al que está dirigida la formación del contrato plurilateral”. Este sistema es también el dispuesto por el C.C.I. que en su art. 1420 dispone para los contratos con más de dos partes en donde las prestaciones de cada una son dirigidas a conseguir un beneficio común, que la nulidad que afecte al vínculo de una sola parte, no importa nulidad del contrato, salvo que la participación de ese sujeto deba, según las circunstancias considerarse esencial. El principio general dispuesto por el artículo citado, se relaciona directamente con las disposiciones del art. 1446 C.C.I. que establece la anulabilidad de los contratos plurilaterales.

²⁹ COLOMBRES, G., *Curso de derecho societario. Parte general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 158.

³⁰ HALPERÍN, I., *Curso de derecho comercial*, Buenos Aires, Depalma, t. I, pág. 338.

que se encuentran los socios, los acreedores sociales, los acreedores individuales etc.. De lo expuesto resulta la no adecuada aplicación lisa y llana del sistema civil al sistema societario.

V.4.2. *Los efectos de las nulidades societarias en general*

En virtud de esa multiplicidad de relaciones emergentes, es que se ha sostenido inicialmente ³¹ que los efectos de las “nulidades societarias” difieren notablemente de las consecuencias de las “nulidades civiles”, siendo que aquéllas no tienen efecto retroactivo, actuando la nulidad del acto como causa de disolución de la sociedad. En la doctrina más moderna se diferencia ³² entre los efectos del contrato que participarían del sistema general (siendo entonces las consecuencias de la nulidad *ex tunc*) y los efectos de la nulidad frente a la persona jurídica, que sólo impondrían su disolución con efecto de futuro (*ex nunc*).

En palabras de Richard ³³ “*el efecto ex tunc se ajusta a la responsabilidad de los socios, problema genérico y resuelto a través del sistema de las sociedades irregularmente constituidas en nuestro derecho (...) no puede borrarse hacia atrás -si existió como tal- la sociedad que generó débitos sociales imputativos a la nueva persona jurídica o que generó preferencias respecto al centro imputativo impuestas por ley*”, por lo que concluye expresando que “*la nulidad absoluta de sociedad que ha operado constituye una causal de disolución (efecto ex nunc), generando efectos desde siempre (ex tunc) sobre la responsabilidad de los administradores y socios frente a terceros*”.

31 HALPERÍN, I., *Curso de...* cit., nota anterior, pág. 348.

32 Conf. RICHARD, E., y MUIÑO, O., ob. cit., pág. 894.

33 RICHARD, E., “¿Nulidad absoluta de sociedad?” en *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, t. I, pág. 645 comparten: CORDEZ, A., y JUÁREZ, M., en “Sobre el régimen de nulidad en la ley de sociedades”, misma obra, pág. 637. En contra, RACCIATTI, A., y ROMANO, H., “Nulidades societarias y mecanismos de subsanación”, misma obra, pág. 629. Para mayor información sobre este tema se puede ver el desarrollo de CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., “Los vicios...” cit., quien describe las diferentes posturas de los autores nacionales, especialmente, págs. 157 y 148.

V.4.3. *Las nulidades societarias, tentativa de clasificación*

a. Ineficacia estructural

Siguiendo a la doctrina nacional mayoritaria³⁴ se pueden sistematizar las nulidades societarias, dentro del género de la “ineficacia”, entendiéndose que se está frente a esta sanción cuando el acto es privado de sus efectos por cualquier causa. Dentro de la ineficacia, estaremos frente a una sanción de “invalidez” cuando el acto es privado de sus efectos por causas sustanciales que existen desde su origen. Así dentro de esta especie encontramos la sanción de “nulidad”, que desde un punto de vista “formal” se puede subdividir en actos “nulos” -nulidad por atipicidad, conf. 17 L.S.C.- o “anulables” -falta de elementos esenciales no tipificantes, conf. 17 L.S.C. segundo párrafo- y “sustancial” sistematizando la nulidad en “absoluta”, donde se está protegiendo un interés general u orden público -v.gr., sociedades de objeto prohibido, art. 20 L.S.C.; sociedades de objeto ilícito, art. 18 L.S.C. y de objeto lícito pero actividad ilícita, art. 19 L.S.C.- o “relativa”, donde el interés protegido es el interés particular -aunque las nulidades estructurales tienden a ser absolutas, podríamos citar como ejemplo, el art. 16 L.S.C.-.

Esta clasificación es compatible con una aditiva que consiste en sistematizar la nulidad en “total” -cuando el vicio afecta todo el acto sociedad con objeto ilícito, art. 18 L.S.C.- o “parcial”, cuando afecta una parte del acto pero subsiste la validez de las partes no afectadas por el vicio -v.gr., las llamadas “cláusulas leoninas” del art. 13 L.S.C.-.

Sin perjuicio de la anterior clasificación, existen otras sanciones dentro del género de “ineficacia” mencionado. Así, no puede dejar de men-

³⁴ Conf. NISSEN, R., *Impugnación judicial de actos y decisiones assemblearias*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pág. 1 y ss.; RICHARD, E., y MUIÑO, O., ob. cit.; OTAEGUI, J., *Invalidez de actos societarios*, Buenos Aires, Abaco, 1978; ROMERO, J., “Las sociedades irregulares y la reforma de la ley 22.903” en RDCO, año 17, N^{ros} 97 a 102, 1984, pág. 115 y ss.; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., “Los vicios ...”, RDCO, año 27, N^{ros} 157 a 162, pág. 151; SALERNO, M., “Ineficacia societaria”, J.A., 1996-IV-724 y “El régimen de invalidez de la sociedad comercial”, E.D., 132-986; ESCUTI, I., “Conservación de la empresa, nulidad societaria y criterio interpretativo”, E.D., 143-949; MIGUEL, J., “El régimen de invalidez de la sociedad comercial (Aspectos específicos)”, E.D., 132-986 y, ETCHEVERRY, R., “Análisis del sistema de invalidez e ineficacia en la ley de sociedades comerciales”, L.L., 150-1101.

cionarse la sanción de “inoponibilidad” del acto, supuesto que se da cuando el acto puede resultar válido y perfecto para las partes pero ineficaz para los terceros o viceversa ³⁵ -conf. 54 3^{er} párrafo L.S.C.- o la de “irregularidad” del acto, en términos generales, cuando los vicios son de forma -art. 22 L.S.C. ³⁶.-

b. Ineficacia funcional

En las específicas referencias a las disposiciones de la ley 19.550 intencionalmente se han dejado de lado las normas que ejemplifican la “invalidez funcional”.

Así, se entiende en forma genérica por “invalidez funcional” a los diversos supuestos regulados, cuya relevancia es adquirida una vez constituida la sociedad y durante su funcionamiento. Dentro de esta categoría se pueden mencionar a modo de ejemplo: los vicios que afectan los actos cumplidos por el órgano de administración (art. 58 L.S.C.), a diversos actos societarios -violación a la emisión de oferta pública, art. 199 L.S.C.-; a las decisiones del directorio -pasibles de impugnación- o, finalmente, a las decisiones asamblearias que pueden ser atacadas de nulidad (art. 251 L.S.C.).

V.5. Las decisiones asamblearias y su impugnación. Remisión

En el presente punto sólo se hará referencia a los efectos específicos de las decisiones declaradas judicialmente nulas, ya que sus causas y procedimiento serán tratadas en el Capítulo VI. Sin perjuicio de ello, pue-

³⁵ La inoponibilidad del acto importa una “ineficacia funcional refleja” y es clasificada por los autores clásicos como JAPIOT, R., y BASTIÁN, D., (conf. ZANNONI, E., *Ineficacia y ... cit.*, pág. 136) como “inoponibilidad positiva” cuando los actos son válidos y eficaces en general, pero ineficaces frente a ciertos terceros e “inoponibilidad negativa” cuando se está frente a actos inválidos e ineficaces entre quienes lo otorgaron, pero esa nulidad o ineficacia resulta inoperante frente a ciertos terceros.

³⁶ V. ROMERO, J., “Las sociedades irregulares y la reforma de la ley 22.903” en RDCO, año 17, N^{ros} 97 a 102, 1984, pág. 115 y ss. y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., “Los vicios ...” cit., RDCO, año 27, N^{ros} 157 a 162, pág. 151.

de adelantarse que como todo acto jurídico, las decisiones asamblearias pueden ser atacadas de nulidad cuando el acto posee vicios que impiden sus efectos naturales ³⁷.

Se identifican así, causales de impugnación de realización de una asamblea por incumplir disposiciones legales o estatutarias -lo que se llamará causas formales- o porque las decisiones tomadas en el seno de dicho cuerpo son contrarias a derecho en sentido amplio -causas sustanciales-. De lo expuesto surge que las causas de impugnación pueden originarse en un amplio espectro de hechos y que a su vez, engloban tanto casos de nulidades absolutas como de nulidades relativas.

Sin perjuicio de lo expuesto, una creciente doctrina, sustentada por abundante jurisprudencia, perfila una sistematización -que pertenecería a una especie dentro del género “causas sustanciales”- y que apunta a supuestos de impugnación de decisiones asamblearias cuando la decisión contraría o viola normas imperativas o normas de orden público ³⁸, siendo que esta distinción ha tomado relevancia casi absoluta en nuestros tiempos.

V.6. Efectos de las decisiones declaradas nulas

Tal como se ha advertido, siendo la intención indagar sobre los efectos -y no las causas- de la declaración de nulidad de las resoluciones asamblearias, se debe mencionar, a modo de premisa, que la ley 19.550

³⁷ Siempre teniendo en cuenta la particularidad que caracteriza a las decisiones asamblearias como actos colegiales, v. Cap. III.1.

³⁸ En este sentido, R. MANÓVIL, “Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias de normas de orden público y de normas imperativas: una imprescindible distinción” en *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. II, pág. 305. Quien considera que el régimen dispuesto por la L.S.C. a partir del art. 251, excluye el tratamiento de las resoluciones contrarias a normas de orden público, siendo que en este caso se genera una nulidad absoluta. Por el contrario, el sistema establecido en la ley de sociedades comerciales abarca a los supuestos de violación de normas imperativas, destinadas estas últimas a proteger los derechos e intereses individuales. Lo anterior equivale a decir que el sistema societario es de aplicación exclusiva para los supuestos de nulidades relativas mientras que en los supuestos de nulidades absolutas y siempre teniendo en miras el objeto jurídico a proteger, las nulidades absolutas escapan a dicha regulación

no dispone, como lo hacen algunas normativas del derecho comparado³⁹, los efectos de dicha declaración de nulidad, salvo para sancionar a los

debiéndose estar a las disposiciones comunes sobre nulidades. Este es un tema que ha tenido y tiene un vasto desarrollo en la doctrina y jurisprudencia. La base de dicho desarrollo, se sustenta entre la distinción existente entre actos nulos de nulidad absoluta y actos nulos de nulidad relativa. En este sentido, el régimen societario sería aplicable sólo en el segundo caso, no pudiendo limitarse el ejercicio del derecho de impugnación a un plazo máximo de 90 días cuando se está atacando un acto nulo de nulidad absoluta. En favor de este criterio, la jurisprudencia en su mayoría se ha expresado reiteradamente: CNCom., Sala D: “Resulta aceptable el criterio de que una resolución asamblearia pueda ser impugnada fuera del término del art. 251 de la L.S.C. cuando: a) el vicio del cual adolece pueda ser calificado como nulidad o anulabilidad y b) cuando lo resultado lesione el orden público”, en autos: “Abrecht, Pablo A. y otra c/ Cacique Camping S.A. sumario” del 1/3/96; CNCom., Sala D.: “El hecho de que una decisión asamblearia hubiese sido adoptada en violación de una norma legal imperativa, cual es el art. 239 de la L.S.C. no implica mecánicamente que haya habido una lesión al orden público que habilite la impugnación de la misma fuera del límite temporario del art. 251 del citado cuerpo legal; pues las normas imperativas no deben ser confundidas con las de orden público, en tanto que estas últimas hacen a la satisfacción de un interés general mientras que las primeras tienden a la tutela de los derechos individuales que están comprometidos” en autos: “Bona Gáspare c/ Cilsa Compañía Industrial Lanera SAFEI s/ Sumario”, 15/8/97; CNCom., Sala A: “Debe admitirse la procedencia de impugnaciones asamblearias iniciadas con posterioridad a los tres meses de celebrada la asamblea, cuando sus resoluciones lesionen tenencias accionarias minoritarias, avasalladas por el ejercicio irregular del derecho de la mayoría. El accionar abusivo de la mayoría puede llegar a encuadrarse en la violación de conceptos comprendidos en la noción de orden público, en tanto llegue a afectar derechos que merecen tutela constitucional como el de propiedad, aunque el patrimonio perjudicado se encuentre en la órbita de personas privadas” en autos: “Staszewski, Pablo c/ Tinco S.A. s/ Sumario” del 28/2/97. Los fallos completos pueden verse en *Primer seminario sobre análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias societarias*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999; CNCom., Sala C., en autos: “Fábrica Central de Oxígeno s/ Inc. de Nulidad de Asamblea” del 26/2/86; ídem. “Paneth, Erwin c/ Boris Garfunkel S.A.» del 10/7/90; ídem “Calvet, Francisco c/ Citadella s/ Sumario” del 19/7/96 y recientemente: “Sala, Guillermo Marcelo c/ Sand Rec. S.A. s/ Sumario”, del 21/9/01 el que sostuvo que “... el transcurso del plazo del art. 251 de la ley 19.550 no obsta a la impugnabilidad de las decisiones de asamblea, cuando éstas se hallen viciadas de nulidad absoluta...” (RSC, N° 13, pág. 71). Parcialmente en contra de esta interpretación en doctrina: MATTA y TREJO G., “Normatividad societaria, orden público e impugnación de decisiones asamblearias”, misma obra, pág. 345, especialmente, pág. 352.

³⁹ Los sistemas continentales europeos, con acertado criterio, diferencian las causas que provocan nulidad y causas que provocan la anulabilidad de las asambleas, simplificándose en consecuencia la aplicación de los efectos frente a uno y otro caso. A modo de referencia se puede mencionar que en el derecho alemán durante la vigencia de la Aktiengesetz de 1937 y aún luego de modificada (1965), en su art. 241 establecen

accionistas que votaron favorablemente, los directores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia, cuando corresponda, con responsabilidad solidaria e ilimitada de las consecuencias de éstas ⁴⁰.

Esta realidad normativa lleva a la necesidad de una interpretación coherente entre el particular sistema societario y el de derecho común, teniendo en cuenta los diferentes intereses en juego, como son los de los socios, los de la sociedad y los de los terceros.

específicamente los casos de nulidad (*Nichtigkeit*): a) violación a las normas relativas a los aumentos de capital, b) violación de la obligación de asignar las acciones producto de la capitalización de utilidades a los accionistas en proporción a sus tenencias; c) violación del régimen de aumento de capital con derecho a participación retroactiva de utilidades; d) violación del régimen de inscripción de la reducción de capital ordinaria y simplificada y de reducción y aumento simultáneos e) decisiones adoptadas con defectos formales en la convocatoria de la asamblea, salvo que hubieran concurrido la totalidad de los accionistas; f) la resolución no inscrita en el acta con los requisitos exigidos por la ley; g) la decisión que fuera inconciliable con la naturaleza de la sociedad anónima o contrario a las normas tendientes a proteger a los acreedores o al interés público y h) a las decisiones adoptadas en contra de las buenas costumbres. Por su parte, el art. 243 establece la impugnabilidad (*Anfechtbarkeit*) cuando: a) exista violación de la ley o de los estatutos; b) la resolución que un accionista mediante el ejercicio de su derecho de voto, hubiese intentado obtener, para sí o para terceras personas, ventajas ajenas a la sociedad y perjudiciales para éstas o sus accionistas. El C.C.I. también clasifica a las resoluciones en nulas o anulables, siendo las primeras, las que sean tomadas por la asamblea y cuyo objeto sea imposible o ilícito (art. 2379) y, las segundas, es decir, las resoluciones anulables las que no sean tomadas en conformidad con la ley o el acto constitutivo (art. 2377). La normativa española de sociedades anónimas, claramente expresa (art. 115 1.) que “podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad” y, en su art. parágrafo 2, “serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdo a que se refiere el apartado anterior serán anulables”.

⁴⁰ Respecto a los efectos de la declaración de nulidad, el C.C.I., expresamente dispone en su artículo 2377 3 que “L’annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori a prendere i conseguenti provvedimenti, sotto la propria responsabilità. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione”, es decir que expresamente incorpora dentro del ordenamiento, la protección de los terceros de buena fe frente al caso de la decisión anulable, aplicando el sistema de los arts. 1421 y ss. C.C.I. para el caso de las decisiones nulas, consideradas tales las nulas por imposibilidad o ilicitud de su objeto C.C.I. art. 1379. Por su parte, el derecho español reitera la fórmula en su art. 122 que textualmente expresa: “Sentencia. 1. La sentencia que estima la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado (...)”.

Asimismo también debe quedar en claro, y aun cuando parezca una obviedad, que si bien el acto declarado nulo no es susceptible de producir los efectos propios de él, sí resulta idóneo para generar resultados secundarios o indirectos tales como la responsabilidad de los intervinientes en el acto, de suerte que se pueden identificar diversos ámbitos de consecuencias (arg. arts. 1056 C.C. y 254 L.S.C.). Es notorio que la ley de sociedades haya elegido regular este último aspecto, es decir, la responsabilidad de los sujetos, dejando de lado la enunciación específica sobre las consecuencias directas de la ineficacia del acto.

La importancia de determinar cuáles causas de impugnación refieren a nulidades absolutas y cuáles a nulidades relativas, se basa principalmente en la aplicación de sus efectos.

En este sentido, al parecer existe un principio de “conservación del acto” y de sus consecuencias, basado en la pluralidad de relaciones internas y externas que se crean a partir de una decisión orgánica societaria, razón por la cual constantemente la doctrina y la jurisprudencia ponderan el tratamiento y sanción en forma “restrictiva” de las nulidades en el ámbito del derecho societario ⁴¹.

⁴¹ Sobre el tema v. ESCUTI, I., “Nulidad e impugnación de balance” en *Derecho societario* y cit., 1992, t II, pág. 353. En jurisprudencia: CNCom., Sala C: “La procedencia de una decisión invalidatoria en materia societaria debe ser evaluada con criterio restrictivo, como consecuencia del principio de conservación de los actos jurídicos, de acuerdo con el cual en caso de duda debe preferirse la interpretación que bonifica el acto y le da validez y no la que tiene por nulo”; “Canale S.A. c/ Comisión Nacional de Valores” (L.L., 1986-D-109); CNCom., Sala A: “No obstante que el apartamiento del debido procedimiento colegial en las asambleas, aparea las sanciones que determina la ley material, ello obliga, sin embargo, por imperativo legal, a la necesidad de efectuar el análisis y ponderación de las razones que se invocan para llegar a la declaración de invalidez pretendida, debiendo recordarse sobre el particular, el carácter restrictivo que recoge la ley y que asoma en la interpretación doctrinaria respecto de los supuestos que merezcan atención para pronunciar una declaración de tal magnitud”, en autos: “Tellería, Luis A. c/ Martínez Valderrama y Cía., S.A.” (E.D., 87-505); CNCom., Sala A: “La invalidez de las resoluciones asamblearias debe acordarse con carácter restrictivo, tanto por la magnitud de tal declaración, como por la aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos, de acuerdo con el cual en caso de duda debe preferirse la interpretación que bonifica el acto y la validez y no la que tiene por nulo (art. 218 inc. 3 C.Com.)” en autos “Vistalba, S. A. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires, S.A. y otro s/ nulidad, decisiones asamblearias “ y “Yinot, S.A. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires s/ impugnación de asamblea (L.L., 1987-B-346).

De tal manera, si el vicio que afecta la resolución asamblearia es de los que son causados por un supuesto de nulidad absoluta, tendrá efectos totalmente diferentes para el caso en que el vicio que afecte al acto sea de los calificados como de nulidad relativa.

El primero de ellos consiste en que frente a este último supuesto -o sea, nulidad relativa- la L.S.C. permite por una decisión posterior, “revocar el acuerdo impugnado” (conf. art. 254 2º párr.)⁴². Esta “revocación” funciona como “reparadora” de la decisión impugnada, produciendo efectos “saneadores” a partir de la segunda resolución y, al mismo tiempo, limitando la iniciación o continuación de procesos de impugnación, siendo el único medio que la sociedad puede utilizar a tal fin⁴³.

⁴² Si bien nuestra L.S.C. hace referencia a la “revocación” del acuerdo impugnado, se interpreta que no sólo existe la posibilidad de revocar dicho acuerdo sino que además la asamblea posterior podrá “ratificar” o “confirmar” dicha decisión. Sobre este mecanismo la jurisprudencia ha tenido ocasiones de expresarse en reiteradas oportunidades, fundamentalmente frente al supuesto del ejercicio del derecho de receso, así: CNCom., Sala B: “No se puede considerar que el receso pueda producir eficacia hasta tanto no se cumplimenten las publicaciones de ley (inscripción) y, por ende, dicho derecho de separación resulta inválido si la sociedad mediante una nueva deliberación asamblearia revoca la anterior que fuera causa determinante de la declaración de separación de los socios en los términos del art. 245 de la ley 19.550 (ADLA, XXXII-B, 1760)”, en autos: “Riello, Manuel y otro c/ Grimaldi S.A.” (L.L., 1980-B-651) y CNCom., Sala C: “No existe impedimento alguno para que una asamblea regularmente constituida pueda, en resolución exenta de vicios, revocar los acuerdos impugnados o confirmarlos, sin perjuicio de la responsabilidad de los accionistas, directores y síndicos por las consecuencias de la decisión viciada”. En autos: “Kuckiewicz, Irene c/ Establecimientos Metalúrgicos Cavanna, S. A. y otro” (L.L., 1988-A-65), etc.. Esta cuestión es denunciada por R. NISSEN, *Impugnación judicial...* cit., pág. 212, al plantear las diferencias entre ratificación y confirmación del acto, autor al que nos remitimos sobre la problemática. Este mecanismo es aceptado bajo diversas fórmulas en el derecho continental europeo, refiriéndose, por ejemplo, mediante el sistema de “sustitución” por otra decisión válida prevista por el art. 2377 4 del C.C.I., o la posibilidad de “dejar sin efecto” o, en su caso, “sustituir válidamente” a la decisión impugnable, previsto por el art. 115 citado de la ley de sociedades anónimas española, etc..

⁴³ Conf. CNCom., Sala A: “En el supuesto de nulidad de decisiones asamblearias la ejecución de la decisión nula no afecta la acción de impugnación ya que siempre subsiste la responsabilidad por los daños causados. La acción conforme lo dispone el párr. 2do del art. 254 de la ley 19.550 (ADLA, XXXII-B, 1760) salvo se extingue por revocación del acuerdo impugnado adoptada por una asamblea posterior”, en autos: “Saunier, Roberto V. y otra c/ La Casa de las Juntas S.A.” (L.L., 1984-D-216), por lo que la aplicación del último párrafo del art. 254 de la L.S., pareciera ser de aplicación relativa.

El precepto de la disposición societaria, no es otra cosa que una reiteración de la normativa civil cuando dispone en su art. 1058 que la nulidad relativa puede ser cubierta por confirmación⁴⁴ del acto, pero diferenciándose en alguno de sus efectos, ya que conforme el art. 1065 C.C., dicha confirmación “tiene efecto retroactivo al día en que tuvo lugar el acto entre vivos (...)” -y no desde la revocación- compartiendo las normas la subsistente responsabilidad de los que participaron en el acto anulable y la protección de los derechos de los terceros.

Pero más allá de la posibilidad de “ratificación”, “confirmación” o “revocación” de las decisiones asamblearias nulas de nulidad relativa -como forma legal de subsanar los vicios del acto- lo cierto es que, frente a la ausencia de este remedio, puede solicitarse judicialmente la declaración de nulidad del acuerdo viciado. Esta solicitud tiende a lograr un pronunciamiento jurisdiccional que en definitiva, producirá efectos no sólo internos sino también externos.

V.6.1. Efectos internos de la declaración de nulidad

La declaración de nulidad frente a una decisión asamblearia, importa efectos *ex tunc* de dicho acuerdo o resolución de suerte que frente a los accionistas y demás órganos, se tendrá el acto como no realizado siendo el mismo ineficaz. Este principio es coherente con el sistema común que dispone expresamente los efectos de la declaración de nulidad, vuelve las cosas al mismo e igual estado en que se hallaban antes del acto anulado, entre las partes (art. 1050 C.C.). Consecuentemente, en términos generales, vienen a ser ineficaces todas las resoluciones y actos jurídicos posteriores basados en dicha resolución nula.

⁴⁴ Nuestro Código Civil entiende por confirmación el “acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad” (art. 1059 C.C.), exigiendo que para que tal confirmación sea válida que la forma del instrumento de confirmación debe ser la misma y con las mismas solemnidades que estén exclusivamente establecidas para el actos que se confirma (art. 1062 C.C.), pudiendo ser esta confirmación tácita o expresa (arts. 1061 y 1065 C.C.).

Cuando se hace referencia a los efectos internos, se incluyen en este ámbito las consecuencias sobre todos los accionistas de la sociedad, presentes o ausentes en la cuestionada decisión asamblearia y también a los demás órganos ⁴⁵.

A causa de los diversos órganos y la complejidad que implica una sociedad comercial, es conveniente analizar los efectos particulares frente a las diversas partes que componen dicha organización..

Así y con particular referencia a los accionistas, la resolución asamblearia puede haber sido la causa de la adquisición o pérdida de un derecho en cabeza de éstos. El principio general sigue incólume en cuanto a que las consecuencias de la declaración de nulidad es oponible a todos los socios, que deben conocer la sentencia de nulidad del acto, siendo que los derechos u obligaciones adquiridos a partir de dicha resolución se pierden desde el momento que se declara la ineficacia del acto que les dio origen ⁴⁶. Este

⁴⁵ En ese sentido, la jurisprudencia ha dispuesto que “El fallo judicial que declara procedente la acción de nulidad, hace cosa juzgada para todos los socios presentes o ausentes en el acto asambleario y para todos los órganos de ella y esto por una exigencia ineludible de lógica jurídica, pues resulta insostenible que una deliberación de una asamblea sea nula para unos y válida para otros” (conf. Juzg. Civ. y Com. de Mendoza, N° 11, firme del 30/4/96, en autos: “Conocente, Miguel y otro c/ Sanatorio Policlínico de Cuyo s/ Cumplimiento de contrato”).

⁴⁶ En consecuencia, elementos como la buena fe del accionista, la asistencia o no a la asamblea impugnada, su voto favorable o en contra de la resolución impugnada son intrascendentes a partir del momento de la declaración de nulidad. Sin perjuicio de este principio general, un caso especial de análisis es el derecho al dividendo, cuando éste surge de una resolución social -aprobación de balance- que luego es declarada nula. Aquí las normas parecieran contradictorias siempre que por un lado disponen que (arts. 68 y 224 L.S.), la distribución de dividendos es lícita sólo si resulta de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado y por otra que no son repetibles los dividendos percibidos de buena fe. Como se adelantara la declaración de nulidad surte efectos desde su declaración y sus efectos se retrotraen al momento de la celebración del acto, de suerte que todo derecho que nazca de dicho acto automáticamente se torna ineficaz. Es evidente que la ley, como caso excepcional, ha querido proteger al accionista-inversor de buena fe, garantizándole el derecho al crédito obtenido a partir de la aprobación del balance basada en dicha buena fe, pero a cambio de este sistema excepcional y expresamente previsto la L.S.C. prevé un sistema sancionatorio para los directores y síndicos, que funciona como compensador en la faz interna societaria. Este criterio es el seguido por J. GARRIGUES, “Nulidad e impugnabilidad de los acuerdos de la junta general de la sociedad anónima”, R.D.M., 1946 II, págs. 415 y

mecanismo, se basa en el principio de “retroactividad” de la nulidad que implica que un negocio jurídico nulo debe ser considerado tal desde el inicio, por lo tanto, el titular del derecho adquirido en virtud del negocio anulado, en realidad no ha sido nunca titular de ese derecho ⁴⁷. Ello con excepción de los supuestos específicamente regulados por la ley (vid. nota 312).

Por su parte, siendo la sociedad internamente una organización jurídica, los efectos se extienden también a los demás órganos. El caso de los administradores posee un matiz diferente. Por el mismo cargo que ostentan y, eventualmente, por la función que realizan, éstos se encuentran sometidos a un régimen más estricto que contiene una doble obligación: por un lado, en caso de que el acto contenga vicios de forma, sea contrario a la ley o al estatuto, se encuentran obligados a conocer dicha deficiencia que afecta a la decisión asamblearia desde su inicio, no pudiendo ampararse en la buena fe o desconocimiento del vicio. Por otro lado tienen, a su vez, la obligación de impugnar dicha resolución, atacando el acto ineficaz, no ejecutando la decisión anómala desde su concepción (vid. Capítulo IV.5.3.).

Algo parecido sucede con el órgano de fiscalización, siempre que las funciones propias que hacen al cargo que ejercen y en función del control de legalidad al que se encuentran obligados, los sujetos que ostentan el cargo de síndicos, obligan a éstos a una mayor dedicación y, por lo tanto, conocimiento del vicio del acto.

V.6.2. *Efectos externos de la declaración de nulidad*

V.6.2.1. *Introducción. Principios a considerar*

La sistematización de efectos frente a la declaración de nulidad se complica notoriamente cuando se deben determinar las consecuencias externas de tal pronunciamiento. Evidentemente, a partir de dicha decla-

ss. y por MOSSA, L., “L’inefficacia della deliberazione dell’assemblea nelle società per azioni” en *Riv. Dir. Comm.*, vol. XIII, 1915, pág. 441 y ss..

⁴⁷ BOLAFFI, R., “Annullamento di deliberazione sociale e buona fede” en *Riv. Dir. Comm.* vol. XXXVI, 2^o par., 1938, pág. 105.

ración, no existen dudas en afirmar que la sentencia que la declara tiene efectos *erga omnes*, ya sea el acto viciado sea nulo o anulable, produciendo efectos para con los terceros para el futuro (conf. pto. V.3.).

El problema principal se plantea cuando se debe determinar qué sucede con los actos y negocios concluidos o realizados como fruto de la decisión adoptada y en el período que va desde la decisión asamblearia y hasta su declaración de nulidad, es decir, cuando dicha decisión trae consigo efectos societarios externos.

En este sentido, la real disociación entre poder deliberativo y representativo es claramente un límite a la representación, que evidentemente afecta al tercero ya sea en forma directa o indirecta ⁴⁸.

Una primera observación cabe respecto a que, en forma reiterada y a modo de dogma, la doctrina y la jurisprudencia se han expresado en favor del “tercero de buena fe” que no puede verse afectado por la invalidez de un acto interno societario. Este principio ha sido afianzado, por aplicación analógica del derecho civil, en diversas razones tales como la

⁴⁸ En el derecho italiano el problema tradicional de la disociación entre poder deliberativo y representativo y sus efectos frente a terceros es denunciada por MINERVINI (*Gli amministratori ...*, ob. cit., pág. 122) cuando tomando como referencia las disposiciones correspondientes a las sociedades de personas (art. 2298 C.C.I.) establece: “Il fenomeno consiste cioè nella dissociazione della titolarità del potere di rappresentanza (esterna) dalla titolarità di quello che possiamo definire il potere di deliberazione (...) Orbene, in tutte queste ipotesi, ci si domanda se il vlido esercizio del potere di rappresentanza sia subordinato al previo conforme esercizio del potere di deliberazione, o se invece il difetto di deliberazione incida solo sul rapporto interno, nel senso di rendere illecito, ma non meno valido, l’esercizio del potere di rappresentanza”. Sin perjuicio de ello y a partir de la modificación introducida en 1969 que diferenció en la aplicabilidad de las normas a las sociedades de capitales de los demás fenómenos organizativos, la tendencia interpretativa varió notablemente adoptándose unánimemente la inoponibilidad al tercero de la disociación entre el poder deliberativo y el representativo. Así el art. 2384 C.C.I. dispuso específicamente la inoponibilidad al tercero de los vicios deliberativos que pudieran afectar la representación, *exceptio doli* liberando a ese tercero de la carga de verificar la validez del poder del representante. En definitiva, se adoptó la postura de la “inversión de la carga de la prueba” estando en manos de la sociedad el probar la mala fe de ese tercero que contrata con la sociedad. Sin perjuicio de ello, el principio no aparece tan absoluto desde que algunos autores exigen para el válido ejercicio del poder representativo, que éste se encuentre subordinado a una previa decisión asamblearia válida (conf. GALGANO, F., *Diritto commerciale. Le società ...*, pág. 328.).

protección de la seguridad jurídica ⁴⁹, la seguridad dinámica o la justicia ⁵⁰, la protección preferente al que ha puesto en marcha el tráfico jurídico considerando que eso es factor de progreso ⁵¹ o, por simple aplicación del principio de la apariencia ⁵² de los actos jurídicos. Es así que algunos autores consideran que aun declarada la nulidad, quedarían intactos los derechos adquiridos por consecuencia de un acuerdo que tenga al menos la apariencia jurídica de un acuerdo válido ⁵³.

a. La apariencia del acto

El principio de “apariencia del acto o negocio jurídico”, ha sido elaborado por la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera, de modo tal que se destina a proteger una serie de situaciones donde se encuentran en juego específicamente intereses o derechos que son ajenos a la relación jurídica en sí ⁵⁴.

⁴⁹ A modo de ejemplo, CNCom., Sala C, 25/6/91, “(...) frente al entredicho de intereses de quien no otorgó poderes suficientes y de aquel tercero de buena fe inducido por serias razones a no dudar del mandato, se prefiere al último, ya sea por vía legal, doctrinaria o jurisprudencial en protección de la seguridad jurídica (...)”. En el mismo sentido, CNCom., Sala D, 2/8/74; CNCom., Sala D, 22/8/75, etc..

⁵⁰ STRATTA A., “La teoría de la apariencia”, E.D., 116-941.

⁵¹ RAFFO BENEGAS, P., “Régimen de la nulidades en el Código Civil y en la Reforma”, *Revista del Notariado* N° 713.

⁵² Algunos autores creen ver un valor más elevado que el tercero, eventualmente perjudicado por el acto jurídico aparentemente válido. Así se ha sostenido que “*frente al principio general de lo que se tiene en cuenta preferentemente para su tutela es la realidad o sea el derecho mismo y no la apariencia de derecho*” (conf. Juan LADARIA CALDENTY, ob. cit., por ANDORNO, L., “La teoría de la apariencia”, E.D., 116-931).

⁵³ SORIA FERRANDO, J., “Consideraciones sobre la eficacia de los acuerdos sociales declarados nulos”, R.D.M., 1982, N°s 165-166, pág. 548. Por su parte, algunos autores consideran que los efectos de la declaración de nulidad, sólo podrán ser oponibles a los terceros, a partir de la inscripción de dicha declaración en los registros correspondientes.

⁵⁴ Cuando se hace referencia a la relación jurídica en sí, se apunta a la contraposición de intereses con relación a aquellos que están fuera y dentro del negocio cumplido, ante lo cual se produce un conflicto de intereses que están constituidos en distintos momentos y afecta, a sujetos diversos de los contratantes (conf. GUILLÉN, H., “Nulidad y apariencia”, L.L., 1984-A-772).

Esta elección entre intereses ⁵⁵, hace que la protección, aun en ausencia de norma específica, se incline normalmente a favorecer al llamado tercero que tuvo la convicción de que “aquello que se manifiesta” corresponde a “aquello que es”, es decir que la apariencia corresponde a la legítima situación jurídica ⁵⁶.

Dicha apariencia puede ser entendida como “puro fenómeno externo carente de toda consistencia real” ⁵⁷, al que se le otorga efectividad jurídica en protección del tercero de buena fe. También se la identifica como “*la ausencia oculta e imposible de conocer de un derecho subjetivo o de una circunstancia que es condición esencial para que exista*” ⁵⁸ o como “*un estado objetivo que repercute en el orden subjetivo*” ⁵⁹. Sin perjuicio de ello, vale la pena aclarar que aun cuando la conceptualización del fenómeno es intentada por diversos autores, al parecer no existe un principio general que pueda ser considerado como regla cuando de “apariencia del acto” y sus efectos se trata.

⁵⁵ Sobre la prevalencia de los intereses, no existe en realidad coincidencia entre los diversos autores que han desarrollado el tema. Para algunos, como es el caso de GUGGENHEIM, D., *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*, ob. cit., por GUILLÉN, pág. 778; en caso de conflicto entre interés público y apariencia, debe darse primacía al primero, en tanto que si el conflicto se plantea entre interés privado y apariencia, aunque el acto sea nulo debe darse primacía a la apariencia. Para TRIMARCHI, *Apunti sulla invalidità del negozio giuridico*, la distinción debe hacerse en base a si es un interés público o privado el que se ve afectado. En el primer caso, el acto será nulo y, en el segundo, será anulable, siendo que la teoría de la apariencia hace posible que un acto que la ley reputa nulo sea simplemente anulable, en protección del interés de los terceros, supuesta buena fe de éstos. Dentro del sistema societario, Galgano sostiene que cuando a través de la teoría de la apariencia se protege al tercero de buena fe, en realidad, el interés que se está protegiendo no es el interés del tercero que contrata con la sociedad, sino a la sociedad, siendo la protección de aquél el trámite intermedio de una protección que tiene como objeto final al interés de la sociedad (conf. GALGANO, F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, Ed. Znghelli, 1997, pág. 245).

⁵⁶ BOLAFFI, R., “Le teorie sull'apparenza giuridica”, *Riv. Dir. Comm.*, vol. XXXII, pág. 131.

⁵⁷ Conf. GORDILLO, A., *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978, pág. 255.

⁵⁸ ALSINA ATIENZA, D., *Efectos jurídicos de la buena fe*, Buenos Aires, Talleres Gráficos, 1935, pág. 26.

⁵⁹ ALSINA ATIENZA, D., ob. cit., nota anterior, pág. 26.

La teoría de la apariencia nace a partir de la necesidad del sistema de darle validez a un acto que formalmente no lo es, ya que el sujeto que lo realiza carece de legitimación a tal fin, aplicándose en esos casos, los mismos efectos que jurídicamente le corresponden al acto legítimamente celebrado⁶⁰. Ello en base a una serie de consideraciones sobre los intereses en juego que el esquema normativo privilegia.

Es así entonces que en doctrina moderna surgen tres formas de legitimación, entendiendo a tal como la posición del sujeto respecto del objeto del negocio que se requiere para que ese sujeto pueda practicar con perfección determinado acto⁶¹: a) la ordinaria o directa basada en la titularidad que supone la identidad o coincidencia de la persona de la que deriva la titularidad de un derecho subjetivo o una facultad jurídica autónoma de los cuales el acto es ejercido; b) la indirecta o del representante considerada como aquella que es posible ejercer en virtud de realizar en nombre propio o ajeno, un acto eficaz sobre la esfera jurídica de la que no se es titular respetando la titularidad; y, c) la extraordinaria o aparente, que sucede no sólo cuando se le reconoce al sujeto la posibilidad de realizar un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica ajena, en nombre propio y en virtud de una representación aparente, sino también cuando el negocio es realizado por quien no está en realidad legitimado, ni según la regla ni según los criterios excepcionales de legitimación y, sin embargo, está dotado de eficacia jurídica en virtud de la tutela que se dispensa a los terceros de buena fe que han depositado su confianza en la legitimación aparente del autor del negocio.

La teoría de la apariencia es utilizada en un sinnúmero de situaciones que se desprenden tanto de la ley como de soluciones jurisprudenciales pero sin sistematización alguna, pese al intento de los diversos autores por

⁶⁰ En la jurisprudencia se ha sostenido el criterio que “la apariencia razonable de un derecho debe, en las relaciones con terceros, producir el mismo efecto que el derecho mismo”, autos: “Echart, Carlos c/ Facema S.A. s/ Ejecutivo” del 23/3/90; “Nardi, Guillermo c/ Schiller de Mayrinck, Joao s/ Ejecutivo” del 23/3/93; “Flores, Sergio c/ Mutual de Obreros s/ Eje” del 9/9/94; “Massalin y Massalin S.A. s/ Concurso s/ Incidente de Revisión por Siegrist” del 28/4/95, todos de la Cámara Nacional Comercial, Sala A.

⁶¹ En este punto, se sigue a GORDILLO, A., ob. cit., nota 14, pág. 350 y las citas allí contenidas.

ordenarlas. De allí se desprende que dicha teoría surge y se aplica en mayor o menor medida, dentro de los institutos de la representación ⁶², el heredero aparente ⁶³, el acreedor aparente ⁶⁴, en materia de fraude ⁶⁵, de evicción entre permutantes ⁶⁶ y más modernamente frente al llamado derecho del consumo ⁶⁷, a las relaciones contractuales complejas ⁶⁸ y, entre otros supuestos jurisprudenciales, el art. 1051 C.C., al que nos hemos referido anteriormente. Dentro del sistema societario puro, el instituto de la apariencia es desarrollado a partir de la representación, orgánica aparente y de la sociedad aparente ⁶⁹.

⁶² GORDILLO, A., ob. cit., nota anterior. En nuestro derecho, disposiciones tales como el art. 1967 C.C., que especialmente establece que “en relación a terceros cuando ignorando sin culpa la cesación del mandato hubieren contratado con el mandatario, el contrato será obligatorio para el mandante, sus herederos y representantes, salvo sus derechos contra el mandatario, si éste sabía la cesación del mandato” y sus correlativos, arts. 2005, 2008, 2009, etc. También en el derecho comercial relacionado al factor de comercio y los colaboradores del empresario.

⁶³ Considerado tal aquél que se encuentra en posesión de la herencia y por haber obtenido declaratoria de herederos en su favor o la aprobación de un testamento y que actúa como heredero real, pero luego los hechos demostrarán que no tenía título para suceder al causante (art. 3430 C.C.). La solución normativa es dada por los arts. 2429 y 3430 C.C. que disponen en favor de los terceros adquirentes de buena fe de bienes del causante a título oneroso. Sobre el tema, vid. MAFFÍA, J., *Manual de derecho sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1987, t. I, pág. 302.

⁶⁴ Conforme el art. 732 C.C. que dispone: “El pago hecho al que está en posesión del crédito es válido, aunque el poseedor será después vencido en juicio sobre la propiedad de la deuda”

⁶⁵ Art. 970 C.C. que dispone que “Si la persona a favor de la cual el deudor hubiese otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, hubiere transmitido a otro los derechos que de él hubiese adquirido, la acción de los acreedores sólo será admisible cuando la transmisión de los derechos se haya verificado por un título gratuito. Si fuese por título oneroso, sólo en el caso que el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude”.

⁶⁶ Art. 2130 C.C. que dispone: “Si la cosa fue enajenada por título oneroso por el copermutante, o constituyó sobre ella algún derecho real, el permutante no tendrá derecho alguno contra los terceros adquirentes; pero si hubiese sido enajenada por título gratuito, el permutante puede exigir del adquirente, o el valor de la cosa o la restitución de ella”.

⁶⁷ Sobre el tema, ver el excelente trabajo de LORENZETTI, R., “La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza”, L.L., 2000-D-1168.

⁶⁸ GARCÍA, O., “Grupo de sociedades. Apariencia. Responsabilidad” en *Conflictos actuales en sociedades y concursos*, Buenos Aires, Ad-Hoc 2002, pág. 206.

⁶⁹ Que conforme con las palabras de GALGANO, O., *El negocio ...* cit., pág. 350, tiene lugar cuando dos o más personas no vinculadas entre sí por ningún contrato de sociedad, se

Debe destacarse que, a fin de que un sujeto pueda ser protegido legalmente a través del principio de la apariencia del negocio jurídico, deben configurarse dos elementos que se relacionan y, además son condicionantes entre sí: por un lado es necesario el elemento fáctico, considerado tal a la “real apariencia” y, por otro, el elemento subjetivo, o sea “la buena fe” del sujeto que se quiere proteger⁷⁰. En este sentido, la regla general es que sólo puede valerse de la apariencia del acto, el tercero que de buena fe ha realizado dicho acto, ya que es ilógico pensar que un sujeto que haya actuado a sabiendas y con mala fe pueda servirse del concepto de la apariencia⁷¹.

Sin perjuicio de ello, existe otra circunstancia que debe tenerse en cuenta y que en definitiva, jugará en favor de la interpretación benévola para con el tercero contratante. Dicha circunstancia consiste en considerar además que la aparente validez del acto se manifiesta en forma concreta a través de su inscripción, ya que la registración hace nacer una *presunción de legalidad* respecto del acuerdo anotado⁷².

comportan de manera que provocan en los terceros la opinión de que actúan como socios y los inducen a confiar de la existencia de la sociedad y en la responsabilidad solidaria de los unos por las obligaciones asumidas por los otros, diferenciándola de la sociedad oculta y la sociedad de hecho. Sobre el tema, ver páginas citadas y notas N^{ros} 27, 28 y 29.

⁷⁰ Esta es también la posición de ALSINA ATIENZA, D., ob. cit., 1935, pág. 26, quien expresa que la buena fe y la apariencia son diversos aspectos del mismo fenómeno.

⁷¹ En este sentido, el principio de la apariencia se encuentra ligado de tal forma al principio de la buena fe que “*no puede existir una apariencia susceptible de protección jurídica mientras no concurren unidos como hermanos siameses estos dos elementos: a) un elemento material, que constituye una situación jurídica contraria a la realidad, pero que confiere a su detentador los signos exteriores de un titular verdadero y b) un elemento psicológico (calificado diversamente como error común, como error invencible, o como buena fe), que está constituido por la convicción del que se fió en aquellos signos exteriores de que nos se le puede exigir racionalmente que conociera dicha exactitud*” (conf. VERGAJO LABRES, A., “La protección de la apariencia en el derecho español”, Curso de conferencias de 1945 en el ICN de Valencia 1946, págs. 244 y 245).

⁷² FAVIER DUBOIS, E., *Derecho societario registral*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994, pág. 323. Aunque según el autor la “*buena fe registral*” sufre limitaciones de tipo objetivo: casos de nulidad manifiesta y subjetivo: cuando debía conocer el vicio según las circunstancias. Sobre el tema de la publicidad y los efectos de la teoría de la apariencia v. BOLAFFI, R., “Annullamento di deliberazione ...” cit., pág. 138 y ss.. La jurisprudencia, por su parte, tiene sentado como principio general que “De la inscripción en el Registro Público de Comercio no se deriva una presunción legal sobre la validez del nombramiento de administradores pues la inscripción no puede sanear los vicios de éste, pero ocurre que la misma

En definitiva, dejando de lado las situaciones que pueden producirse en el derecho de familia y centrando el análisis en el ámbito del derecho patrimonial, para la concreta aplicación de la teoría de la apariencia como instrumento de protección del tercero de buena fe, debe existir objetividad en la situación aparente y confianza ⁷³ en la adecuación entre apariencia y realidad por parte del tercero ⁷⁴.

b. El principio de buena fe

En lo que al principio de buena fe se refiere, es obligación recordar, que las disposiciones del Código Civil aluden siempre al tercero de “buena fe” y a “título oneroso” ⁷⁵ por lo que todo acto que sea consecuencia de un acto nulo o anulable que implique un beneficio para el adquirente o contratante, que se realice sin contraprestación de cualquier tipo para éste, no puede ser amparado por la ley siendo plenamente oponible la sentencia de nulidad desde el momento mismo de la realización del acto ⁷⁶.

engendra un acierta apariencia jurídica en la que puede ampararse el tercero de buena fe” (CNCom., Sala B, en autos: “Financiera Baires S.A. c/ Kiperman, Juan” del 25/8/77; ídem “Koch H y Cía S.A. c/ Gil Páez, Oscar” del 26/9/77 y, “Talleres Metalúrgicos Haeso S.A. c/ Voltaje S.A.” del 15/11/77).

⁷³ El elemento “confianza” se relaciona directamente con la información que se brinda al contratante y conforme el desarrollo de LORENZETTI (*La oferta como...* cit., pág. 2) es un mecanismo de reducción de la complejidad social actual. Este se considera como principio jurídico y regla hermenéutica que opera dando primacía a lo objetivamente declarado, porque se protegen las expectativas creadas y a quien confió en ellas. En este sentido, comenta el autor, la confianza es el fundamento de la celebración de los contratos ya que lo que funda la fuerza obligatoria del contrato es la confianza que uno de los contratantes inspira al otro. La confianza reside en que el otro se comportará de buena fe, siendo protegida jurídicamente en el derecho, ya que la violación de esa expectativa da lugar al resarcimiento al interés de confianza o interés negativo.

⁷⁴ En este sentido, ver GORDILLO, A., ob. cit., pág. 443 y ss..

⁷⁵ El concepto de acto a título oneroso, puede extraerse de la clasificación de los contratos del Código Civil, que según el art. 1139 son tales “cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle”, contrariamente son contratos a título gratuito “cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte”.

⁷⁶ CNCom., Sala A: “El período de sospecha tiene efectos similares en todas las legislaciones del mundo, y con variantes se admite que dentro del mismo la acción revocatoria, pero con limitaciones que hacen al conocimiento del perjuicio por parte del tercero. Dentro de tales actos aquellos celebrados a título oneroso gozan de una mayor protección legal y,

Sentado ello, la buena fe consiste en el elemento subjetivo de la apariencia y ha tenido diversas interpretaciones, no de fácil sistematización.

En principio, se entiende por buena fe a la ausencia de conocimiento o error simple sobre un hecho o acto jurídico y se la identifica con “*el comportamiento de un hombre medio, honrado y celoso cumplidor de sus deberes jurídicos según las circunstancias particulares del caso*” ⁷⁷.

También se ha descrito como la situación psicológica cifrada en un estado de error o ignorancia, ética y jurídicamente calificada de inculpable y determinante de una actuación realizada en la convicción de su juridicidad y en la confianza de su intrínseca eficacia ⁷⁸.

Pero para la aplicación del principio de buena fe, deben existir además dos elementos. Dichos elementos consisten en una previa situación de hecho que adecuadamente justifique la aplicación del principio de la apariencia y la actuación “inculpable” o la actuación mínimamente diligente del tercero que pretende ampararse en el principio. Esta mínima diligencia es -según doctrina mayoritaria- requisito de la aplicación del principio de la apariencia ⁷⁹.

en consecuencia, siendo el adquirente tercero de buena fe, su adquisición a título oneroso no solamente es válido sino que está protegida por la ley, atento el objeto concreto de la misma”, en autos: “Demattei, Héctor c/ Chalita Elías s/ quiebra” del 6/3/79.

⁷⁷ Conf. ALSINA ATIENZA, D., ob. cit., pág. 29, ob. cit. por GUILLÉN, H.

⁷⁸ Conf. GORDILLO, A., ob. cit., pág. 272.

⁷⁹ El principio de la diligencia consagrado legalmente en nuestro país en los arts. 512 y 1198 C.C., ha tenido no pocas interpretaciones. Existen posturas encontradas respecto de la necesaria o no diligencia que el tercero debe tener para poder, en su caso ser tutelado por la teoría de la apariencia. En favor de la diligencia necesaria en el tercero de buena fe, GARIBOTO, J., “Notas sobre representación y apariencia”, E.D., 144-808; GAGLIARDO, M., “La buena fe diligente en el tercero contratante como presupuesto para aplicar la apariencia pre-vista por el artículo 58, ley 19550”, L.L., 2/7/02; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho societario. Parte general. Los órganos societarios*, ob. cit., pág. 604. En jurisprudencia, CNCom., Sala A, en autos “Zeneca S.A. c/ Agroimpulso S.A. y otros” del 31/5/00, ha sostenido que “No corresponde hacer extensiva la teoría de la apariencia arbitrada en beneficios de aquellos terceros contratantes sorprendidos en su buena fe por quien tenía la convicción de que actuaba en representación de un tercero, a supuestos en que el acreedor contó o razonablemente pudo contar con los elementos necesarios para corroborar la representación invocada, pues ello llevaría a situaciones injustas y atentatorias contra el derecho de personas obligadas a responder cambiariamente por el accionar de aquellos a quienes no invistieron de la facultad pertinente”. Al respecto puede verse GORDILLO, ob. cit., pág. 276 y ss..

V.6.3. *El especial sistema societario. Nuestra opinión*

El particular sistema societario añade un elemento extra en la, en definitiva, elección del sujeto o acto a proteger: es así que la ley 19.550 expresamente dispone como excepción de la oponibilidad del acto o modificación, a la sociedad, el conocimiento del tercero sobre su existencia o vicio (conf. arts. 12 y 58, última parte, ley de sociedades).

Sentados los principios generales que confluyen entre la aplicación del derecho civil y su adaptación al sistema, existe un elemento aditivo que debe considerarse y que refiere al “especial sistema societario”.

Con esta terminología se hace referencia a que debe considerarse un elemento que dentro del esquema que la estructura societaria impone debe ser tenido en cuenta al momento del análisis de los valores en juego y su predominancia ⁸⁰.

En este sentido, se parte de considerar que declarada nula una decisión asamblearia ésta es oponible *erga omnes* incluso a los terceros para el futuro, ello sin perjuicio de la posibilidad de éstos de iniciar las acciones correspondientes por los daños y perjuicios causados (art. 254 último párrafo L.S.C.).

Frente a la problemática que plantea la decisión nula hasta su declaración como tal, se debe tener en cuenta además, que el particular sistema societario permite que un sujeto -persona física o ideal- utilice los recursos que la ley determina a fin de crear un centro de imputación diferenciado, persona jurídica, dividiendo así su patrimonio, que en princi-

⁸⁰ En el campo del derecho societario, algunos autores que se han dedicado al tema de los efectos de las nulidades asamblearias y por aplicación de los principios establecidos en el art. 1051 C.C., sostienen que “dicho régimen se aplica expresamente -y en principio- a los actos nulos y anulables de nulidad relativa, pero resulta inaplicable tratándose de actos nulos de nulidad manifiesta, siempre y cuando el vicio resultare ostensible para los terceros, los cuales obviamente, no podrán alegar su buena fe. Del mismo modo, tampoco es aplicable cuando se trata de actos viciados de nulidad absoluta, pues los intereses protegidos en este caso predominan sobre los particulares del tercer adquirente”. En otras palabras, según la aplicación subsidiaria del derecho civil, el principio de buena fe sólo sería aplicable frente a nulidades relativas o actos nulos y anulables de nulidad relativa, pero no así frente a actos nulos o anulables de nulidad absoluta (NISSEN, R., *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pág. 21.

pio es una universalidad, derivando de ello ventajas personales y colectivas, tales como son la simplificación de relaciones, la limitación de la responsabilidad, etc..

Las mencionadas prebendas, al mismo tiempo, implican cargas por parte de quienes utilizan dichos recursos legales que se traducen en el cumplimiento de normas y procedimientos particulares que se imponen tanto en protección de los sujetos que eligen el sistema, de la persona jurídica sociedad que nace a partir de dicho sistema y de terceros ⁸¹.

Siendo ello así, es ajeno a toda lógica pensar que el incumplimiento o abuso de las normas y procedimientos que se encuentran legalmente establecidos en beneficio de quienes recurren a ellas, pueda afectar a sujetos ajenos a esa elección beneficiosa. En definitiva, no es coherente con el sistema ni con el sentido jurídico común o el principio de justicia y equidad, que el uso desviado del sistema, impuesto en beneficio de quien lo utiliza pueda perjudicar a quien no lo ha elegido y beneficiar a quien usufructúa desviadamente del mismo.

Asimismo, existe otra característica del sistema que lleva a interpretar el beneficio de la inoponibilidad del sistema interno al tercero. Ella proviene de la consideración que el tercero se relaciona directamente con la persona jurídica sociedad y no con su organización jurídica interna. Es decir que la relevancia externa del modelo organizativo, se encuentra subordinada a considerar que el tercero contrata con un único sujeto, esto es, la sociedad, quien, conforme la teoría del órgano, es una unidad entre el sujeto de derecho y su representante ⁸².

⁸¹ En otras palabras, GARCÍA, O., “Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital” en R.S.C. Nº 2, pág. 23. “El amparo de este régimen de privilegio supone el cumplimiento de condiciones impuestas por el legislador al consagrarlo”.

⁸² Véase que en las sociedades de personas, la problemática casi no se presenta toda vez que es infrecuente el supuesto de disociación entre poder deliberativo y de representación y su organización. Según las disposiciones de la Sección I, Capítulo II, L.S., en particular el art. 127 dispone un sistema especial de administración indistinta que descarta la necesidad de una previa y especial deliberación previa. El auto organicismo que caracteriza a este tipo de sociedades, descarta, de hecho y en principio, la problemática. GIRÓN TENA, J. (ob. cit., t. I, pág. 302) refiere -siguiendo a Dalmartello- las sociedades de estructura primaria y estructura compleja. Las primeras poseen un marco legal como principio general, cuya desviación importa la inscripción a los efectos de adquirir eficacia respecto a terceros. En el derecho

Con los parámetros denunciados, es decir, la apariencia de un acto al menos formalmente válido, la buena fe del tercero y el particular sistema societario, es evidente que entre los intereses en juego se proteja al sujeto que es ajeno a la carga impuesta de quienes utilizan el sistema de “privilegio” societario, beneficiándose así el tercero contratante de buena fe ⁸³. Ello con independencia de la clase de nulidad, absoluta o relativa, frente a la que nos encontremos.

De otra forma, el acto cumplido por tercero con la sociedad se encontraría siempre sujeto a una “verificación” posterior, alejado de todo principio de seguridad jurídica o, en su caso, exigiéndole al tercero que

local, SCHAFFEL DE POLIAK, S. y NUTA, A., en “Representación de sociedades, inscripción y sus implicancias en la contestación con terceros”, *La Ley* 150, pág. 1083, se han pronunciado en este sentido sosteniendo que “*La gestión externa concretada a través del representante legal está encaminada básicamente a posibilitar las relaciones entre la persona colectiva y otros sujetos de derecho ... En el régimen establecido, sólo es necesario para que exista vinculación válida de la sociedad con terceros, la actuación externa, es decir, la que corresponde a quienes conforme a las disposiciones de la ley o a las emergentes del contrato, ostentan la representación de la sociedad. Ello es razonable puesto que la gestión interna es extraña a la relación con terceros*”, concluyendo que “*fácil de comprender por tanto que todo lo atinente a la conducción de la sociedad y a las decisiones tomadas en torno de ella son ajenas en principio, al conocimiento de los terceros. En modo alguno se puede pretender que éstos controlen, en cada caso si la voluntad social es fruto de una deliberación válida. Si ésta se exterioriza, a través de quienes tienen a su cargo la representación de la persona jurídica, los actos celebrados por ellos son plenamente eficaces. Admitir lo contrario significaría exigir de los terceros el cumplimiento de una investigación previa. En resguardo de la celeridad, seguridad y buen fe contractual, es que se ha elaborado doctrinariamente la teoría de la apariencia jurídica*”, tomando como valor absoluto la necesidades de la dinámica comercial.

⁸³ Relacionado directamente al tema, la jurisprudencia se ha expedido en el sentido de que “La confusión que pueda resultar de los instrumentos en que se funde la representación de los directores, no puede beneficiar a la sociedad en perjuicio de terceros, toda vez que este proceder, al resultar apto para suscitar una apariencia ante aquellas en orden a las facultades del director hace responder a quien lo ha creado, vale decir a la sociedad” (CNCom., Sala C, 5/11/76, E.D., 71-416). En el mismo sentido, “Los defectos internos de organización de la sociedad demandada o al menos la falta de control sobre las actividades que realizaba el supuesto representante de la misma que no revestía el carácter de su representante legal, son hechos imputables a la propia demandada y que no pueden ser opuestos a quienes de buena fe contrataban con aquella” (CNCom, Sala C, 18/2/00, en autos: “Zoberman, José Marcos y otro c/ Sistema de Identificación Computada S.A.”).

contrata con la sociedad la realización de una exhaustiva investigación impropia de la celeridad que circunda las relaciones mercantiles⁸⁴.

Sin perjuicio de lo expuesto, se considera que el principio enunciado, tiene limitaciones o excepciones. La primera de ellas consiste en reconocer que si el contenido del acto viciado se encuentra directamente relacionado -y es condición- a los efectos de validez del negocio que se realiza con el tercero, este último tiene a su cargo una mínima diligencia la cual consiste en cerciorarse de la validez de los antecedentes del "título". En este caso, el principio anterior expuesto cedería, no por la oponibilidad del sistema interno al tercero, sino por la falta de la mínima diligencia debida por éste⁸⁵.

La segunda limitación que se encuentra directamente relacionada con la anterior, radica en tener en cuenta la "calidad" del tercero con quien la sociedad contrata, encontrándose, muchas veces, directamente relacionada a los acuerdos que designan administradores y representantes. En este orden, si el tercero es un (comerciante) profesional, como podría ser una entidad financiera o bancaria, evidentemente la

⁸⁴ Concordantemente, art. 58, 2ª parte, L.S.C..

⁸⁵ En favor de esta postura: Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, en los autos: "Banco Julio S.A. c/ José Antonio Bonadero - P.V.E. - Recurso de casación" (en Sent. N° 30 del 9/5/00), fallo en el que se sostuvo que "el regular ejercicio de ese cargo representativo exige su armónico complemento con la actividad de los demás órganos que conforman la persona jurídica. Cada uno de ellos debe actuar en los límites de sus respectivas competencias funcionales, puesto que la voluntad del ente social no se conforma sino a través de la labor conjunta de todos sus componentes", pues "el presidente al relacionarse en el ámbito externo a nombre de la sociedad, actúa a modo de portador de la voluntad social y, como tal, sus facultades se limitarían a la sola declaración de esa voluntad frente a terceros, materializando en el mundo jurídico las decisiones adoptadas con antelación por el órgano deliberativo competente". En contra del mencionado criterio, CNCom., Sala B, 4/10/00, en autos: "Plus Computers S.A. c/ Hitachi - Data-System S.A.", la que expresó que "El órgano de representación que tiene a su cargo la realización de conductas que constituyan actos jurídicos imputables a la sociedad, podrá obligar a ésta siempre que los actos no sean notoriamente extraños a su objeto social. De tal forma, el incumplimiento de los mecanismos internos para la adopción de decisiones o la omisión de formalidades previas no invalida el acto celebrado por el representante; siendo que aún ante la irregularidad en la génesis o legitimación del acto, éste mantiene su regularidad y oponibilidad, sin perjuicio de que tales omisiones o incumplimientos puedan originar la responsabilidad de los administradores o representantes frente a la sociedad por mal desempeño de sus funciones".

profesionalidad y diligencia exigida y a la que se encuentra sometida, no puede relevar a dicho tercero del mínimo deber de verificación.

Ello se desprende de la norma del art. 902 C.C. que establece que cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos y del art. 909 C.C. que, en definitiva, dispone que para la estimación de los contratos que suponen una confianza especial entre las partes, se tomará en cuenta la condición especial de sus agentes, y su condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada ⁸⁶.

⁸⁶ En este sentido, un reciente fallo de la CNCiv., Sala A, 31/10/02, en autos: “Peña Freytes & Asociados c/ Los Lagartos Country Club S.A.” confirmó el fallo de primera instancia que sostuvo que el beneficio que pueden invocar los terceros -en cuanto al privilegio que les otorga el art. 58 de la ley de sociedades- “no son precisamente los que pueden ser invocados por la actora para ampararse en los principios de la teoría de la apariencia o del riesgo creado, porque si bien no dejan de ser “terceros” respecto de la sociedad en tanto no integraron o formaron parte de ella, no son, sin embargo, ajenos por completo al desenvolvimiento societario acorde con el largo lapso de más de quince años para la fecha de la celebración del hipotético convenio durante el cual venían desempeñando sus actividades profesionales. Esta estrecha relación con el ente societario y la condición de profesionales expertos en esa materia excluye la posibilidad del “engaño” que podría resultar de la apariencia protegida por la ley. En efecto, como se expresó en aquel instrumento privado, quienes allí estaban encomendando la tarea profesional y comprometiendo el pago de honorarios fueron exclusivamente sus firmantes, vale decir, el presidente del directorio y el secretario general (...) Bien ha hecho pues, la juez *a quo* en traer a colación el art. 902 del Código Civil que en estas circunstancias consagra una obligación mayor a cargo de quienes tienen mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, que es el temperamento que debió guiar a la actora”. También en este mismo sentido, la C6CC, de Córdoba, A.I. N° 109 del 14/5/96, en autos: “Ore Rymba S.A. c/ Hugo Mainero - Ordinario - Apelación” ha afirmado que “no todo lo que haga el representante debe reputarse válido por esa sola consideración, pues resulta presupuesto indispensable la decisión previa del directorio que determina el sentido de la voluntad de la sociedad que luego habrá de declarar su presidente ante los terceros”. En dicho pronunciamiento se descarta la regla protectora de terceros instituida en el art. 58 de la ley de sociedades 19.550, en cuanto “la regla no resulta aplicable en el caso concreto porque ha sido instituida en protección de los terceros de buena fe que se relacionan con la sociedad en función de la legitimación aparente que ostenta su representante, mientras que en el *sub lite* es justamente el tercero quien en vez de ampararse en esa apariencia denuncia la violación del régimen de organización de la sociedad”.

V.7. Efectos de las decisiones asamblearias de designación de representante declaradas nulas

V.7.1. Aplicación de los principios expuestos. Algunos aspectos particulares

El primer aspecto particular a considerar dentro del principio general antes enunciado respecto de los efectos externos de declaración de nulidad de decisiones asamblearias, y confrontando su aplicación a la resolución colegial que designa un representante, es la trascendencia externa de esta última decisión.

En otras palabras, el caso de análisis en este punto, difiere sensiblemente de lo expuesto hasta aquí respecto de los efectos de la declaración de nulidad de la decisión del órgano colegial, toda vez que en relación a ella, en raras ocasiones, la relación con el tercero se encuentra directamente vinculada con la decisión asamblearia previa ⁸⁷.

En cambio y, siendo que la sociedad actúa y se relaciona con terceros mediante su representante designado por el órgano deliberativo, debe tenerse en cuenta, además, un elemento relevante, que se encuentra latente y consiste en la disociación existente entre “poder deliberativo” y “poder representativo”, siendo esta disociación en principio un límite a la representación que afecta al tercero ⁸⁸.

⁸⁷ El supuesto más usual, se relaciona directamente con los casos de aprobación por parte de la asamblea de la venta del único inmueble de la sociedad o del otorgamiento de poderes a terceros. Sin perjuicio de ello, lo enunciado no implica que casi todas las decisiones sociales tengan efectos únicamente internos o que carezca de algún efecto externo. Puede profundizarse el tema de la trascendencia externa de las resoluciones que aprueban balances en NISSEN, R. y PARDINI, M., “La ejecución de las decisiones asamblearias que aprueban los estados contables y la susceptibilidad de sus suspensión provisoria” en *La sociedad comercial ante el tercer milenio*, Buenos Aires, Uade, 1998, t. II, pág. 341; BUSTAMANTE, E., “Suspensión de las decisiones asamblearias que aprueban los estados contables” en *La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pág. 235, etc..

⁸⁸ En el derecho italiano han existido tradicionalmente tres posturas que pueden sintetizarse en la siguiente forma: la primera que sostiene que siendo interdependientes, el poder deliberativo y el poder representativo entre sí, dicha disociación es siempre oponible

El segundo aspecto particular, se relaciona directamente con el tipo de nulidad que afecta el acto de designación de representante, esto es, nulo o anulable, ya que si el vicio que afecta la respectiva decisión es causa de anulabilidad del acto, los efectos de ese acto serán válidos mientras no sean anulados y “sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase” (art. 1046 C.C.). Ello implica sostener que si el vicio que afecta la designación del representante es causa de anulabilidad, durante el período que va desde la designación del administrador y hasta la sentencia de nulidad, en realidad los actos concluidos por éste serán oponibles a la sociedad sin duda alguna, toda vez que sólo luego de la declaración de nulidad será operativa la oponibilidad de dicho pronunciamiento *erga omnes*.

En definitiva, el acaecimiento de una causal de anulabilidad en el acto de designación del administrador y mientras éste no sea declarado nulo, no afectará la actuación de aquel, la que será plenamente válida y oponible a la sociedad. Una vez que sea declarado nulo, si el sujeto continúa actuando, serán oponibles frente a terceros los vicios de nulidad en la designación y, por lo tanto, sólo a partir de allí podrá la sociedad oponer la resolución de nulidad de la designación y, en definitiva, utilizarla como causa de desimputación del acto para con la sociedad.

Sin perjuicio de ello, se considera plenamente aplicable lo expuesto en torno a los efectos de las decisiones asamblearias nulas, a la designación de representante, habiéndose dejado adrede el tratamiento del supuesto de “mala fe” del tercero.

al tercero. Ello implica sostener que la validez de la actuación externa del representante se encuentra sometida a una válida decisión asamblearia previa. En este sentido, MINERVINI, G., *Gli amministratori...*, ob. cit., pág. 131; GALGANO, F., *Diritto commerciale...* cit., pág. 328. La segunda, o intermedia posición doctrinaria sostiene que si bien existe una disociación entre ambos poderes, la relevancia de dicha desconexión tiene sólo efectos internos y, por lo tanto, los posibles defectos no son oponibles al tercero, siempre dependiendo del vicio y, por último, la tesis más liberal que consiste en la ignorancia completa de los posibles vicios, siendo siempre inoponible al tercero todos los defectos internos, independientemente de la calidad de buena o mala fe de este último (v. RAGUSA, V., *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, Milán, Giuffrè, 1992, pág. 9 y ss..

En este último sentido, ya se ha adelantado que el principio general es la inoponibilidad al tercero de los defectos o irregularidades en la designación de representante, con las excepciones allí expuestas, particularmente la enunciada en segundo término, a la que se suma el principio de *exceptio doli* del tercero, aplicable a todos los casos.

Evidentemente si el tercero conoce el vicio de designación y la sociedad logra probar dicho conocimiento, los actos cumplidos por el “administrador de hecho” no serán oponibles a la sociedad. Es allí donde, una vez más, cede el principio general dispuesto de inoponibilidad del acto viciado al tercero basado en la apariencia jurídica generada.

CAPÍTULO VI

ADMINISTRADORES CON NOMBRAMIENTO IRREGULAR O NULO (Continuación)

VI.1. Primeras causas que originan la configuración del administrador de hecho

La irregularidad como oposición a la actuación de un sujeto regularmente designado y, como condición necesaria para determinar la existencia de un “administrador de hecho”, puede tener su origen tanto en el procedimiento para su designación, esto es, del “iter” de designación, cuanto en otros factores ajenos a dicho procedimiento.

En este último sentido, existen supuestos de irregularidad, con el alcance antes mencionado, que pueden provenir de la ausencia de condiciones que debe reunir el sujeto-administrador designado, cuanto, en menor medida, de las cargas que debe cumplir ese sujeto. El elenco de irregularidades, en principio puede extenderse a tantos casos como restricciones a ese efecto haya impuesto el estatuto, además, de las dispuestas legalmente.

Como hipótesis más tangible, se encuentra la violación a un procedimiento de designación legal o estatutariamente dispuesto.

Sin perjuicio de ello y, si bien en situaciones menos frecuentes, también puede existir irregularidad en los siguientes supuestos: a) cuando el administrador designado se encuentre inmerso dentro de una causal de “inhabilitación” conforme lo establece el art. 264 L.S.C.; b) cuando la designación se realice incumpliendo una prohibición estatutaria; c) cuando se haya establecido en el contrato social o posteriormente por un acuer-

do asambleario la duración indefinida o plazo indefinido del cargo y, por último, aunque seguramente con menor aceptación, d) frente la falta de prestación de la garantía que el estatuto determine (art. 256 L.S.C.).

A fin de identificar las situaciones mencionadas, metodológicamente se desarrollarán los supuestos de regularidad para luego incursionar sobre el apartamiento de las disposiciones legales y sus efectos.

VI.2. Sujeto sobre quien puede recaer el nombramiento

La regulación legal dispone -art. 255- como principio general, que la administración en la sociedad anónima estará a cargo de un directorio compuesto por uno o más sujetos elegidos por la asamblea ordinaria -art. 234 L.S.C.- o, el consejo de vigilancia ¹, debiendo componerse el órgano con un mínimo de tres sujetos en caso de ser una sociedad comprendida en art. 299. La norma establece asimismo como parámetro general, la posibilidad de reelección de los sujetos por plazo indefinido, siempre y cuando el plazo de cada designación no exceda de tres ejercicios o cinco años cuando son elegidos por el consejo de vigilancia -art. 257- así como también dispone su libre revocabilidad, que no puede ser restringida por el estatuto -art. 256 L.S.C.-.

Los sujetos sobre los que puede recaer el nombramiento pueden ser socios o no, debiendo prestar garantía conforme el estatuto como forma de caucionar la diligencia en el ejercicio del cargo para el que ha sido electo. Asimismo, la mayoría de ellos, deben tener domicilio real en la República Argentina y todos deben constituir domicilio especial en el país -art. 256 L.S.C.-.

Acertadamente, la regulación general para todas las sociedades por acciones, establece sólo los principios y límites básicos que son indisponibles por el estatuto, pero fuera de dichos parámetros la reglamentación estatutaria es la que regulará la calidad y requisitos de los sujetos que componen el órgano, así como la organización del directorio dentro de los límites de los arts. 73, 260, 261, 266, 268 y concs..

¹ Conforme se desarrolló en el Capítulo III, Punto 5.2.

En este sentido, si el vicio en la designación es genético, esto es, surge del propio procedimiento de designación, por aplicación de los principios generales de las nulidades, el mencionado sujeto será un administrador de derecho hasta la sentencia judicial que declare la nulidad de la designación, asimilándosele todas las consecuencias propias de un administrador de derecho.

VI.10. Vicios en el nombramiento. Supuestos particulares

VI.10.1. Adopción del acuerdo incumpliendo una prohibición estatutaria o violación de las condiciones impuestas estatutariamente

La regulación legal en materia societaria, como un todo, donde se incluye como principio la autonomía y libertad de disposiciones estatutarias a las que hace lugar la misma ley, puede llevar a situaciones que se aparten de las analizadas hasta aquí y que de todas formas, afecten directamente la designación de los administradores.

La mencionada autonomía posibilita a los socios o fundadores a disponer o establecer cláusulas que, dentro del marco jurídico permitido ⁴², regulen las situaciones especiales que puedan presentarse en el funcionamiento interno de la sociedad.

En efecto, si bien no es muy frecuente en la práctica, existe la posibilidad de que se determine en el estatuto, mediante la disposición de ciertas cláusulas, límites o requisitos para ocupar el cargo de director. A modo de ejemplo, pueden establecerse como condiciones estatutarias ciertas calidades -como, por ejemplo, cierta profesión- o ciertas restricciones

⁴² Si bien el principio general es la de libre disponibilidad por parte de los socios de cláusulas estatutarias que regulen las relaciones internas societarias, dicho principio encuentra una limitación, traducida ésta en la “indisponibilidad” por parte de los socios de ciertas pautas legales mínimas que todo contrato, dependiendo el tipo elegido, debe respetar. De ese modo, la estipulación por parte de los socios de la irrevocabilidad del cargo de director o la revocabilidad no exclusiva por parte de la asamblea, son supuestos que en sí no acarrearían la invalidez del contrato social pero sí eventualmente la invalidez de la cláusula estatutaria que así lo disponga en concordancia con los arts. 13 y 16 de la ley 19.550.

acciones, se relaciona directamente con el elemento “capital” como preponderante en el tipo social.

En el caso de los “antecedentes de conducta del sujeto” sobre el que puede recaer el nombramiento, la decisión legislativa de incorporar mediante el art. 264, la enumeración sobre las inhabilidades e incompatibilidades, se basó en la determinación de la Comisión Redactora de “llenar el vacío notable y contribuir a sanear el funcionamiento de las sociedades”.

La sistematización de los supuestos, ha sido criticada aun antes de la sanción de la ley 19.550, sosteniéndose³ que los conceptos de incapacidad de derecho, inhabilidad e incompatibilidad, frecuentemente son utilizados por la ley y la doctrina en sentido multívoco y que aunque todos ellos se incluyan dentro de un mismo género y familia, el de las prohibiciones subjetivas que tiene en común vedar la realización de ciertos actos o el desempeño de ciertas actividades a determinados sujetos y por causas que les son propias al igual que las inhabilidades, deben hallarse expresamente establecidas por la ley.

Más allá de ello, la enumeración de las prohibiciones contenidas originariamente en la ley 19.550, en la actualidad se ha mantenido en el inciso primero, que exige que el sujeto sobre quien recae el nombramiento tenga la capacidad necesaria para ejercer el comercio⁴ y, en su inciso tercero, “los condenados con accesoria de inhabilitación para ejercer cargos públicos”, así como los condenados por delitos contra la fe pública en general, fraude⁵. Se ha reincorporado⁶ la incompatibilidad con respecto a los funcionarios de la Administración Pública relacionados en sus tareas de administración al objeto de la sociedad, hasta dos años después del

³ SUÁREZ ANZORENA, C., *La vacancia del director y la reintegración del directorio*, Buenos Aires, Ed. Cangallo, 1970, pág. 32.

⁴ Consecuentemente, no podrían ser directores, los sujetos comprendidos en los arts. 22, 23 y 24 C.Com..

⁵ Contenidos en el Capítulo 4, “Estafas y otras defraudaciones” del Título 6 del Código Penal.

⁶ Este inciso había sido derogado por la ley 22.458 y reincorporado por la ley 22.903, fundamentada tal reinscripción por creer la Comisión que “no son suficientes los argumentos esgrimidos oportunamente para la modificación de dicho inciso, evaluados con el sentido ético de corrección administrativa que inspiró la norma originaria”.

cargo del administrador, también cumple una función “liberatoria” del sujeto cuya designación ha cesado frente a terceros ³⁸.

Ello se corresponde directamente con el carácter meramente declarativo y no saneatorio de los vicios formales o sustanciales que el instrumento a escribir pueda contener, siendo esa también la orientación jurisprudencial consolidada ³⁹.

En resumen, la falta de inscripción de los administradores no implica que éstos actúen como administradores de hecho, toda vez que la inscripción prevista por la ley de la designación de administradores -y de su cesación- es declarativa -y no constitutiva de derechos- y no saneatoria, siendo eficaz su designación desde su nombramiento y no desde su inscripción.

VI.9. Efectos internos y externos del incumplimiento de los pasos para su nombramiento

Conforme se adelantó, toda designación de administradores, además de participar de la naturaleza propia de los actos colectivos, tiene elemen-

³⁸ Vid. FAVIER DUBOIS (H), E., “La responsabilidad de la sociedad de los socios y de los administradores sociales después del cese” en *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, t. I, pág. 225 y, del mismo autor, “El representante de hecho y la apariencia en la actuación societaria” en *Doctrina societaria y concursal*, Errepar, N° 105, pág. 202.

³⁹ “La inscripción prevista por el art. 60 de la ley 19.550, es meramente declarativa ya que la designación o cesación de administradores tiene efectos como tal desde la decisión asamblearia y no desde el acto de inscripción que solo cumple una función de “forma de publicidad”, CNCom., Sala B, 20/11/78, en autos: “Aguirre Mastro y Cía. S.A. c/ Gallíotti, Ramn y otra”, E.D., 84-135; ídem, Sala B, 26/9/77, en autos: “Koch y Cía S.A. c/ GIL PÁEZ, Oscar”, L.L., 1978-B-256; CNCiv., Sala C, 13/3/80, en autos: “Vademarco S.A. c/ Lepek, José”; “La inscripción de los administradores sociales a que se refiere el art. 60 de la ley 19.550 (ADLA, XXXII-B, 1760; XLIV-B, 1319) tiene naturaleza declarativa, por lo que la omisión de tal recaudo, no obsta a su carácter representativo”, CNCom., Sala A, 27/5/87, en autos: “Aprovisionamientos S.R.L. en: Avícola Moro S.A. c/ Dobarro, Manuel y otro”, L.L., 1986-D-595. De la inscripción en el registro de nombramiento de nuevos administradores societarios, no se deriva una presunción legal sobre la validez del nombramiento, ni la inscripción puede sanear los vicios de éste, pero ocurre que la misma engendra una cierta apariencia jurídica en la que puede ampararse el tercero de buena fe”, CNCom., Sala B, 25/8/77, en autos: “Financiera Baires S.A. c/ Kiperman, Juan C.”, E.D., 77-213, etc..

litado pueden llevar demasiado tiempo -más aún si se debe recurrir a la remoción judicial – y, además porque el conocimiento por parte de los demás directores, los síndicos o los accionistas, de la inhabilidad del director nombrado puede ser posterior al nombramiento y el sujeto puede haber actuado tanto como administrador, cuanto como representante de la sociedad.

En el tiempo que corre desde el nombramiento hasta el conocimiento de la causal y su remoción, el sujeto será un administrador de hecho. Tal calificación corresponde ya que aquél incurre en una de las causales que prohíbe a ciertos sujetos con ciertas calidades ejercer tal cargo ⁹.

VI.5. Efectos internos y externos del administrador inhabilitado

La determinación de los efectos para este caso concreto, no es tarea fácil siempre y cuando desde el punto de vista de los efectos internos y externos, las disposiciones del art. 18 C.C. establecen que los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención. Ello lleva a tener que analizar si la ley de sociedades determina como efecto uno distinto al del Código Civil o, contrariamente, debe estarse al principio general dispuesto en la normativa de fondo.

⁹ El derecho inglés ha adoptado una diferente solución a la actuación de administradores inhabilitados. La “Company Directors Disqualification Act” de 1986 prevé que si una persona sobre la que ha recaído una sentencia condenatoria por parte de los tribunales, en aplicación de la misma norma, actúa en la gestión de la sociedad contraviniendo dicha condena, él, junto con cualquier otra persona relacionada con la gestión de la misma sociedad que actúe bajo sus instrucciones a pesar de saber que está inhabilitado serán solidariamente responsables con la sociedad de las deudas en que ésta hubiera incurrido en ese período. En otras palabras, la legislación inglesa ha adoptado la sanción responsabilizatoria solidaria con la sociedad y los demás administradores, frente a la actuación de un administrador inhabilitado. La sanción se extiende no sólo al administrador mal designado sino también a la persona que esté involucrada directa o indirectamente en la gestión social, con el agravamiento que dicha responsabilidad se extiende no sólo a las obligaciones contractuales sino también a las legales, pero sólo durante el período de actuación relevante. Sobre el tema, v. BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pág. 121 y ss..

VI.8.4. *Publicidad e inscripción*

La ley 19.550 ordena -art. 60- que toda designación o cesación de administradores debe ser inscripta previa publicación en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones. Agrega la mencionada norma que la omisión a dicha disposición hará aplicable el art. 12, sin las excepciones que éste dispone.

La inscripción ordenada, como forma de publicidad se materializa a través del Registro Público de Comercio ³⁴ que tiene como función principal la de llevar la matrícula de los comerciantes e inscribir los documentos cuya publicidad es exigida por la ley mercantil, con el fin de exteriorizar o divulgar una situación jurídica para producir conocimiento general otorgando así seguridad y certeza de las relaciones jurídicas dentro del tráfico mercantil ³⁵.

Por su parte, las normas en cuestión, han traído no pocas y diversas apreciaciones ya que la oscuridad que surge de la relación de los arts. 12 y 60 L.S.C., impiden lograr una única interpretación respecto a la validez de la designación del administrador y su actuación tanto en la esfera interna como, fundamentalmente, en la externa o de representación.

Pese a ello, en la actualidad, es conteste la doctrina y jurisprudencia en que las consecuencias de la falta de inscripción de la designación de administradores se limitan a la actuación de éstos y no al reconocimiento de su calidad de administradores, adquiriendo esta calidad desde su desig-

³⁴ Conf. el art. 34 y ss. C.Com., se dispone la organización de un Registro Público de Comercio en cada Tribunal de Comercio, organización esta última que conforme el art. 75 inc. 12 C.N., dependen de la organización de las jurisdicciones locales. En consecuencia, cada provincia se encuentra originariamente facultada para establecer la organización y funcionamiento del Registro Público de Comercio, que, en algunos casos, por leyes posteriores se autorizara a que dependiera de la autoridad administrativa.

³⁵ Sobre el tema ver: FAVIER DUBOIS (H), E., *El Registro Público de Comercio y las inscripciones societarias*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998; FAVIER DUBOIS (H), E., *Derecho societario registral*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994; FONTANARROSA, R., *Derecho comercial argentino. Parte general*, Buenos Aires, Zavalía, pág. 310.

(art. 1043 C.C.). Pero este principio establecido por la normativa de fondo, se transforma frente a terceros, por aplicación del especial sistema societario. En efecto, tal como se adelantó (Capítulo V, Punto 4.3.), el principio de nulidad cede toda vez que la infracción o el incumplimiento de las normas y procedimientos que se encuentran legalmente establecidos en beneficio de quienes recurren a ellas, no puede afectar el derecho de los terceros, ajenos a la organización interna. Y además porque el tercero se relaciona directamente con la persona jurídica sociedad, y no con su organización jurídica interna, siéndole ésta -salvo casos excepcionales- inoponible.

Lo expuesto es sin perjuicio de la responsabilidad solidaria propia de los accionistas que propusieron y eligieron al sujeto, pero dejando a salvo la responsabilidad por la designación de los accionistas que no conocían o debieron conocer a ese momento la situación. En este sentido, supóngase que el nombramiento recae sobre un sujeto que posee una incapacidad relativa de derecho para ejercer el comercio, tal como un magistrado o un inhabilitado por condena firme, dicha situación no puede ser desconocida por los accionistas que proponen al administrador ni debe ser amparada en forma legal.

Una situación diferente es la de los terceros, éstos no pueden ser perjudicados por la mala fe del sujeto que teniendo una inhabilitación para ejercer el cargo no la ha revelado, o de los accionistas que a sabiendas eligen un sujeto con cualquiera de las prohibiciones. Los terceros (siempre que sean de buena fe) quedan amparados legalmente frente a la actuación de ese sujeto, y la sociedad no puede oponer dicha situación a aquellos.

Aun así la solución no debería generalizarse, toda vez que no es aplicable a todos los casos de administración de hecho. En el caso particular que se trata, la protección del tercero de buena fe, amparada por el sistema, se basa en considerar que el tercero no tiene posibilidad alguna de conocer las falencias del nombramiento que hacen a las calidades exigidas para ser director. Ni aun el más prolijo de los terceros contratantes, que antes de relacionarse con la sociedad hayan requerido un informe al Registro Público de Comercio o solicitado el acto de designación, puede llegar a conocer la situación personal del director con el que contrata.

Más simple es el análisis en los casos de incompatibilidad, ya que no se configura un supuesto de incapacidad de derecho y, por lo tanto, el acto

Como se adelantó, el *quorum* hace a la validez de la constitución de la asamblea, e implica la presencia de un número de accionistas, por sí o por representante, que conformen una cierta cantidad de capital social, dependiendo esta última de la clase de asamblea -ordinaria o extraordinaria- y si es primera o segunda convocatoria de la asamblea en cuestión. En definitiva, constituida la asamblea con el número legal o estatutario prescripto, ésta podrá deliberar válidamente, caso contrario, la falta de *quorum* afectará al acto en forma tal que éste será nulo ³¹.

También las mayorías dispuestas legal o estatutariamente tienen trascendencia a la hora de resolver sobre los puntos convocados y, en consecuencia, sobre la designación del administrador. Como se explicó, legalmente se establecen ciertas mayorías, como mínimas, que pueden ser modificadas estatutariamente y la violación de dichas mayorías, acarrea la sanción no ya de la nulidad del acto sino del punto que se aprobó o rechazó sin las mayorías exigidas.

VI.8.3. *El incumplimiento de los demás requisitos*

Una vez cumplidos los pasos de designación y, para que dicha designación tenga eficacia, el administrador elegido deberá cumplir previamente

³¹ En forma reiterada ha entendido la jurisprudencia que la inexistencia de *quorum* o la consideración por la asamblea de accionistas de puntos ajenos al orden del día se encuentra afectada por el vicio de nulidad, incluso, absoluta (CNCom., Sala A, 27/10/78, en autos: “Graña, Geremías c/ Viedma S.R.L. y otros”; ídem, Sala A, 28/12/90, en autos “Cristiani, Norma c/ Cristiani S.A. y otros”; ídem, Sala D, 13/11/89, en autos: “Knapp, Bernardo A. c/ Arinco S.R.L. y otros”, etc.). Asimismo que “Procede suspender la ejecución de las resoluciones asamblearias de una sociedad anónima, si los demandados han reconocido que dichas decisiones no contaron con la mayoría legal (...) siendo que el efecto cautelar está debidamente acreditado que las mismas no tuvieron el número de votos suficientes como para constituir las en decisiones válidas de la asamblea lo cual importa cierto grado de verosimilitud del derecho que, a los fines del art. 252 de la ley 19.550 configuran los “motivos graves” allí mencionados, en particular, cuando la infracción al régimen legal es, como en el caso, puramente objetiva (...)” (CNCom., Sala B, 7/10/77, en autos: “Ferrando, Arnoldo c/ Curtiembre Robert S.A.”). En definitiva, la falta de *quorum* determina la nulidad absoluta de una decisión asamblearia, como lo ha consagrado la jurisprudencia en forma por demás pacífica y reiterada (CNCom., Sala C, 19/7/96, en

con la sociedad. Un procedimiento de elección viciado, implicará la designación de un sujeto con nombramiento irregular que dará lugar a la configuración del supuesto de administrador de hecho. Por ello es necesario analizar cuál es el procedimiento de designación dispuesto legalmente en primer lugar, para luego analizar sus posibles defectos, lo que llevará a la identificación de la figura en análisis.

VI.7. Procedimiento de designación de los administradores

VI.7.1. Convocatoria y publicidad

Según el regular sistema dispuesto por la ley de sociedades y, dejando de lado las patologías que serán tratadas a continuación, el art. 236 L.S.C. establece la convocatoria a asamblea general ordinaria para designar a los sujetos que ocuparán el cargo de administradores, disponiendo que las asambleas, en este caso, podrán ser convocadas por el directorio, el síndico cuando así sea establecido legalmente o por cualquiera de los directores cuando lo considere necesario. Asimismo dispone que la convocatoria puede ser solicitada por cualquier accionista que represente al menos el cinco por ciento (5%) del capital social, siempre y cuando el estatuto no fije una representación menor.

En este último caso, la solicitud de convocatoria deberá indicar además los temas a tratar -para el particular caso, la designación de los directores- y el directorio deberá convocar a asamblea a tal fin dentro de los cuarenta días de recibida la solicitud, plazo a partir del cual el accionista que no haya visto satisfecha su solicitud, puede solicitarla judicial o administrativamente ¹⁶.

¹⁶ Sobre el tema, CHAMORRO HERNÁNDEZ, A., "Alcance de las convocatorias a asambleas generales por el órgano de contralor" en *La sociedad comercial ante el tercer milenio*, Buenos Aires, Ed. Uade, 1998, t. II, pág. 163; JUÁREZ, M., "Convocatoria a asamblea" en *La sociedad comercial ante el tercer milenio*, Buenos Aires, Ed. Uade, 1998, t. II, pág. 255; ARECHA, M., *El derecho de la minoría que contempla el art. 236 ...* en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, U.N.R. Rosario, 2001, pág. 35.

merecedores de tutela jurídica: por una parte es la base o el antecedente necesario para que el accionista ejerza su derecho individual y especial de voto, donde participa como elemento propio de la organización personificante y, por otra, ligado directamente al derecho particular de todo accionista, pese al principio general de la regla mayoritaria que justamente se encuentra limitada por el correcto y regular ejercicio de dicha posición, de controlar la licitud de las operaciones de la mayoría ²⁷.

La información respecto al lugar, fecha y temas de convocatoria que deben ser redactados de modo tal que posibiliten al socio tener real y efectivo conocimiento del objeto a tratar ²⁸, está dispuesta en nuestro ordenamiento, tal como se adelantó, por la publicación de la convocatoria realizada por el directorio. De allí que tanto en la doctrina nacional como extranjera, particularmente la italiana, se exija que su redacción responda a los principios de claridad, precisión y completitud ²⁹ elementos éstos

²⁷ CERRAI, A., y MAZZONI, A., “La tutela del socio *e delle minoranze*” en *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, a cura de Abbadessa y Rojo, Milán, Giuffrè, 1993, pág. 344.

²⁸ En este orden, la jurisprudencia ha establecido que “La ley ha asignado al orden del día un papel trascendental en la celebración de las asambleas, a tal punto que el art. 246 dispone la nulidad de toda decisión ajena a las materias que están sometidas a deliberación de los accionistas, para que éstos puedan tomar parte en las asambleas con conocimiento de causa; asimismo tiende a impedir que se sorprenda la buena fe de los ausentes, resolviendo sobre asuntos que se suponía no serían sometidos al acuerdo”. Conf. CNCom., Sala A, 7/6/78, “Facio, J. c/ Facio de Crotto, A.”; en el mismo sentido, “Magna Inversora S.A. c/ Banco de Mendoza S.A. s/ Medidas Precautorias”, 12º Juzgado Civil y Comercial de Mendoza, firme del 10.1002 (R.S.C. N° 14, pág. 174). Asimismo que “*El orden del día debe resultar de la misma convocatoria a asamblea, y su importancia resulta también fundamental, pues determina la competencia del órgano de gobierno. En consecuencia debe estar redactado en forma clara, precisa y completa, y si se trata de reformas estatutarias las mismas deben indicarse con precisión*” (Ricardo NISSEN, A., *Ley de ...* cit., Buenos Aires, 1995, t. IV, pág. 49 y ss.). En igual sentido, se pronuncia Halperín, para quien las razones que condujeron al legislador a privilegiar la importancia del orden del día deben encontrarse en “*la necesidad de que los accionistas conozcan los temas de las deliberaciones para decidir su asistencia, informarse para emitir su voto con conocimiento pleno, consultarse mutuamente para aunar opiniones, etc.*”. Agrega más adelante, el autor citado que “*El orden del día debe ser claro, preciso, completo, porque delimita la competencia de la asamblea (excepto que se cumplan los requisitos del art. 246)*” (HALPERÍN, I., *Societas anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1974, pág. 570 y ss.).1

²⁹ SOPRANO, E., *L'assemblea generale degli azionisti*, Milán, Vallardi, 1914, pág. 56

VI.7.2. *Quorum y mayorías*

El *quorum* puede conceptualizarse como la cantidad de capital presente necesario para que la asamblea pueda constituirse válidamente. La norma -art. 243 L.S.C.- determina que el *quorum* de la asamblea ordinaria en primera convocatoria debe constituirse con la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto y, en segunda convocatoria, cualquiera sea el número de acciones presentes.

Distinto es el caso del número de votos necesarios, que sobre ese *quorum* se exige, a fin de tomar válidamente una decisión en el seno de la asamblea. En el caso de las asambleas ordinarias tanto en primera como en segunda convocatoria, se necesita la mayoría absoluta de los votos presentes y que puedan emitirse en la respectiva decisión -art. 243 2º párr.-.

Por su parte, la ley autoriza expresamente, a que el estatuto varíe -dentro de los límites generales establecidos- en más el *quorum* constitutivo y el deliberativo, aun cuando la posibilidad de agravar el primero no se encuentre plasmada expresamente como en el caso de las mayorías necesarias, ello con base en el principio de la autonomía de la voluntad que rige las cláusulas del contrato de sociedad, dentro de los límites dispuestos por la ley.

Un caso particular respecto de la mayoría exigida para la elección de los administradores lo determina el art. 263 L.S.C. cuando en su inc. 8 dispone que serán considerados electos los sujetos por el sistema de voto acumulativo que hayan obtenido mayor número de votos -ya no la mayoría absoluta- siempre y cuando ese número supere a los votos obtenidos por los sujetos elegidos por el sistema ordinario.

Una vez constituida válidamente la asamblea legalmente convocada y publicada, el órgano de gobierno se encuentra en posición de adoptar, mediante las mayorías establecidas legal o contractualmente, la decisión respecto de los sujetos que ocuparán los cargos en el órgano de administración.

VI.7.3. *Aceptación*

A fin de completar el iter de designación que la ley dispone para que el acto de nombramiento sea válido y regular existen aún

De ello se deriva que es connatural a la teoría del órgano que en el desenvolvimiento del cuerpo colegiado se requiera que el acto jurídico que de éste emane resulte compatible con su naturaleza y que las personas participantes puedan intervenir a título de integrantes del órgano de un sujeto de derecho, atribuyéndole las consecuencias del acto a ese sujeto, o bien actuar a título personal, distinguiéndose de este modo las imputaciones de las conductas y sus consecuencias, pues va de suyo que en el primer supuesto deberán cumplimentarse todos los recaudos de convocatoria y régimen deliberativo colegial, encontrándose estrechamente vinculado a la persona jurídica ²³.

Precisado entonces, ya sea legal o estatutariamente, el modo y forma de funcionamiento del directorio, cualquier vicio que se produzca en la formación de su voluntad impedirá los efectos naturales del acto y podrá ser atacado de nulidad ²⁴.

Por su parte, también puede existir infracción en la publicidad de la convocatoria aun cuando esta última sea válida, ya sea porque el edicto correspondiente no contenga los requisitos formales que se enuncian en el

²³ FILIPPI, L., y PARDINI, M., “El derecho de información de los directores” en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, octubre 2001. En ese sentido, CNCom., Sala A, 27/10/78, en autos: “Graña, Geremías c/ Viedma S.R.L. y otros”.

²⁴ Siendo que el tema en tratamiento se centra en los efectos de la irregularidad del acto de designación de administradores, no se hará mención al sistema de impugnación de los actos del directorio y su viabilidad. Sobre el mismo puede verse, entre muchos otros: OTAEGUI, J., “Sobre la legitimación de los accionistas y la impugnación de las resoluciones directoriales”, E.D., 168-471; NISSEN, R., y VÍTOLO, D., “La impugnación de decisiones del directorio”, L.L., 1990-B-966; ROCCA, N., “Reflexiones acerca de la acción de impugnación de decisiones del directorio”, L.L., 11/12/00; GREGORINI CLUSELLAS, E., “Las decisiones del directorio. Su impugnación y legitimación”, L.L., 1996-D-636; LOSICER, J., “Impugnación de las resoluciones del directorio”, *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. I, pág. 162; GARCÍA, O., “Impugnación de decisiones del directorio” en *II Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial*, Uruguay, 1997; VANASCO, C., “La acción de impugnación de los actos del directorio” en *El directorio en las sociedades anónimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pág. 243; MALDONADO, C., “Impugnación de decisiones del órgano de administración” en *Derechos patrimoniales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, pág. 585, etc., BARREIRO, R., “Invalidez de las decisiones del directorio” en *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, T. I, pág. 179, entre tantos otros.

VI.8. Vicios en el procedimiento de designación

Los vicios que pueden tornar irregular el procedimiento de designación de los administradores pueden radicar en cada uno de los pasos descriptos, afectando así el iter de designación, siempre que la irregularidad en alguno de ellos afectara en mayor o menor medida, el acto de designación comprendiendo este último todos los pasos descriptos ¹⁹.

La infracción en la convocatoria realizada por el directorio y su correspondiente publicación de edictos o en el *quorum* y mayorías exigidas para la asamblea, afectarán directamente el acto asambleario y su consecuencia directa será su nulidad. Es decir que la anormalidad en el procedimiento residirá en el acto de “promulgación” o elección mismo.

Por su parte, aun cuando el acto de nombramiento sea válido, también puede darse la irregularidad de la designación por vicios en la aceptación pública e inscripción, transformando al sujeto designado en administrador o director de hecho.

VI.8.1. Vicios en la convocatoria y en la publicidad de la convocatoria

Los vicios que pueden afectar la convocatoria a asamblea para elección de administradores por parte del directorio y, en definitiva, la reunión del directorio como acto colegial, se pueden sustentar en distintas causas que hacen a la regularidad legal o estatutaria del funcionamiento del órgano. En este sentido y a modo ejemplificativo, son causas de irregularidad, la falta de notificación a todos los sujetos administradores para la respec-

órgano legalmente previsto, o como miembro del tal órgano: i) Tengan el poder de obligar a la sociedad con respecto a terceros y representar en juicio. ii) Participen en la administración, la vigilancia o el control de la sociedad, conf. POLO, E., “Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima”, pág. 106.

¹⁹ En este sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, del 26/2/80, en autos: “Tellería, Luis c/ Martínez Valderrama y Cía S.A.” resolvió que “La falta de cumplimiento de los recaudos legales para la convocación de la asamblea y la no realización de la misma como lo previeron las partes y el estatuto y lo quiere la ley, determina la nulidad de aquéllas”.

En referencia exclusivamente a los sujetos que pueden ser directores, la regulación de la ley 19.550 establece una serie de limitaciones que denomina “prohibiciones e incompatibilidades para ser director” -art. 264- y que se complementan indefectiblemente con el sistema general, que dispone las reglas de capacidad para el ejercicio del cargo.

VI.3. Breve referencia a la capacidad para ser director

Respecto de la capacidad del sujeto para ejercer el cargo de director, a partir de la superación de la teoría del mandato como naturaleza de la relación director - sociedad, se dejó de lado la tradicional disputa respecto de la exclusiva aplicación de las normas sobre mandato contenidas en el Código de Comercio o sobre mandato contenidas también en el Código Civil.

La capacidad exigida para un sujeto que ejerza el cargo de director, se rige por las disposiciones generales referida a la capacidad del comerciante -art. 9° C.Com.- siendo capaz todo sujeto que según las leyes comunes tenga la libre administración de sus bienes y, en consecuencia, todo sujeto que haya alcanzado la edad legal para administrarlos. Ello no implica de manera alguna que el director sea comerciante atribuyéndosele dicha calidad a la sociedad que administra.

Sin perjuicio de lo expuesto, es coincidente la doctrina de que el menor adulto habilitado expresamente para ejercer el comercio -art. 10 C.Com.- tiene suficiente capacidad para ejercer el cargo de director, aunque no así el menor adulto con habilitación tácita -art. 12 C.Com.-².

Frente a la elección de un sujeto incapaz, previa sentencia que lo declare como tal serán aplicables las normas de los arts. 1042 y 1043 C.C..

VI.4. Prohibiciones e incompatibilidades

La ausencia de calidad de socio como requisito o condición para que un sujeto pueda ser designado como administrador de una sociedad por

²Para un desarrollo exhaustivo del tema puede verse, SASOT BETES, M., y SASOT, M., *Sociedad anónima. El órgano de administración*, Buenos Aires, Abaco, 1980, pág. 105 y ss..

tos que hacen al particular sistema orgánico, siendo que el vicio que afecte alguno de los pasos descriptos e impuestos legal o estatutariamente, de una u otra forma afectará el resultado, esto es, la investidura regular del sujeto que actúa como administrador.

Frente a los vicios de designación, nuestra normativa no determina los efectos propios de los actos cumplidos o, en general, de la actuación de los administradores, en definitiva, de facto como lo han hecho algunas de las legislaciones europeas ⁴⁰. Sin perjuicio de ello, es evidente que los vicios de designación propios del incumplimiento de las normas dispuestas para el funcionamiento interno societario, en principio, no pueden afectar los derechos de los terceros contratantes con la sociedad. Ello ha sido ya desarrollado en el Capítulo V, punto 4, en el sentido que desde el punto de vista de los efectos externos de la actuación de un sujeto con vicios en su designación y por aplicación de los principios generales (art. 1046 C.C.), dicha irregularidad será inoponible al tercero contratante de buena fe cuando exista la apariencia de un acto al menos formalmente válido, con los límites allí expresados ⁴¹.

Ahora bien, desde el punto de vista de la relación jurídica interna del sujeto viciadamente legitimado y los demás órganos sociales, dicho sujeto será un administrador social al que le cabrán todas las disposiciones reguladas en torno a las facultades, deberes y responsabilidades propias de un administrador de derecho.

⁴⁰ El derecho italiano, por ejemplo, dispone: “Art. 2383. Le cause di nullità o di annullabilità della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società non sono opponibili ai terzi, dopo l’adempimento della pubblicità di cui al quarto e quinto comma salvo che la società provi che i terzi erano a conoscenza”.

⁴¹ A modo de ejemplo en la legislación comparada, vale la pena mencionar que el derecho inglés, desde antiguo y a falta de norma específica estableció la utilización de la “Turquand rule” (Royal British Bank v. Turquand (1856))” que tuvo como propósito proveer algún tipo de límite y medida de protección para aquellos que entraban en contacto con la compañía y, en definitiva, con su compleja organización interna, protegiendo al tercero de los defectos de designación o de cumplimiento de la organización interna. Esta regla de protección de los terceros ha sido reemplazada en parte, por las secciones 35 y 35 A de las Companies Act de 1985 las que, especialmente fijan la protección del tercero, frente a los vicios de designación -*defective appointment*-.

cese de sus funciones contenida en el inciso cuarto; y ha sido modificada en su segundo inciso debido a la sanción de la ley 24.522 y modificatorias (L.C.Q.) desapareciendo las prohibiciones en cuanto a los fallidos, ya que se ha eliminado la calificación a la que aludía la norma ⁷.

Si bien la condición de socio o no socio, no acarrea problema alguno ⁸ con referencia al tema del administrador de hecho, no ocurre lo mismo en el caso de nombramiento de un sujeto que se encuentre en algunas de las causales previstas como de prohibición o incompatibilidades para ser director.

Frente a la designación de un sujeto inmerso en alguna de las causales previstas la ley, artículo seguido, establece el procedimiento para la remoción del inhabilitado -aplicándose para la remoción en todos los casos- y disponiendo por parte del directorio, el síndico por propia iniciativa o a pedido de cualquier accionista, la convocatoria inmediata a asamblea a los fines de la remoción debiendo ésta celebrarse dentro de los cuarenta días. Sin perjuicio de ello y por ser un tema que afecta directamente a la sociedad, los socios y los terceros, la ley autoriza asimismo a que una vez cumplida la convocatoria y denegada la remoción, cualquier sujeto miembro del órgano de administración, del de fiscalización o del de gobierno podría pedirla judicialmente. Se está frente a un caso de remoción “con causa objetiva”.

La intención legal ha sido, mediante el procedimiento establecido en forma general, impedir la actuación de sujetos no habilitados para ejercer tal función, pero la realidad es que la intención se ve desnaturalizada en la práctica, siempre y cuando, los pasos a seguir para la remoción del inhabi-

⁷ Recientemente, se ha comenzado a cuestionar la derogación “implícita” de las inhabilidades del fallido, sosteniéndose que una correcta interpretación sería la de considerar que para los fallidos personas físicas continúa vigente la inhabilitación correspondiente, mientras que dicha inhabilitación ha desaparecido para los administradores de las personas jurídicas fallidas. Al respecto, J. MARTÍNEZ PRIETO, “Los fallidos no pueden ser directores de sociedades anónimas debido a que el art. 264 inc. 2º de la ley 19.550 continúa inhabilitándolos” en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, t. II, pág. 381.

⁸ Con excepción sobre la posibilidad de que una persona jurídica sea integrante del directorio, que por exceder el ámbito del análisis remitimos a la lectura de: D. CRACOGNA, “Las personas jurídicas como integrantes del directorio” en J.A., número especial, 15/10/97, pág. 55; RICHARD - MUIÑO, *Derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, 1997, pág. 514.

nación y no desde su inscripción³⁶. En efecto, la falta de inscripción de la designación, acarrea la inoponibilidad de dicha designación frente al tercero, así como la imposibilidad de que la sociedad desconozca obligaciones concluidas por los administradores salientes, dando así certidumbre al tercero que se encuentra relacionado con la sociedad³⁷.

Debe destacarse que las disposiciones legales así dispuestas, han tenido en cuenta principalmente al tercero que se relaciona con la sociedad a través de sus administradores y representantes, cumpliendo una función protectora en beneficio de éstos. Asimismo siendo que la mencionada inscripción es tanto para la designación como para la cesación del

³⁶ En ese sentido, entre tantos otros pronunciamientos: “Tanto la designación como la cesación de los administradores tienen efectos como tal desde la decisión asamblearia (...) y no desde el acto de inscripción, por lo que cumple dicho acto sólo una función de publicidad; de allí que se haya resuelto que la falta de inscripción de la designación de administradores no ocasiona la insuficiencia del poder en tanto tal inscripción es sólo declarativa, lo que, a su vez, determina la facultad del tercero de hacer valer contra la sociedad que no inscribió la designación de su directorio, lo actuado por sus integrantes que invocan esa calidad, pero ello no impide que los administradores ejerzan los actos propios de su cargo” (C7CC Córdoba, 25/9/84, en autos: “La Ganadera de Jesús María, S.A. c/ Crozza, Osvaldo P.”, L.L.C., 985-219).

³⁷ Sobre el tema ver; C. GAIBISSO y R. NISSEN, “Registración de administradores. Análisis del art. 60 de la ley de sociedades”, E.D., 84-135; M. ADROGUÉ y H. GARCÍA CUERVA, “La publicidad registral de la constitución y disolución de las sociedades comerciales y de las modificaciones al contrato social”, L.L., 1987-D-1035; E. RICHARD y I. ESCUTI, “La sociedad comercial y las modificaciones no inscriptas”, RDCO, 1978, pág. 711 y ss.; J. GARCÍA CAFFARO, “Oponibilidad de la designación y cese de los administradores de sociedades comerciales”, L.L., 1979-B-410, etc.. En jurisprudencia: “Partiendo del carácter meramente declarativo de la inscripción de los cambios de administradores de las sociedades por acciones, la jurisprudencia ha delimitado los alcances de los recaudos previstos por el art. 60 de la ley 19.550 (ADLA, XXXII-B, 1760) y la eventual aplicación del art. 12 de dicho ordenamiento, concluyendo que la inoponibilidad de la nueva designación no inscripta se refiere a los terceros que han contratado con los administradores que cesaron en sus funciones sin que ello o la nueva designación se hayan hecho públicos mediante el correspondiente registro y publicación” (CNFed., Sala III, Contencioso Administrativa, 12/3/81, en autos: “Del Plata, S.A. Almacenes c/ Administración General de Puertos”). “La inoponibilidad de la nueva designación no inscripta se refiere a los terceros que han contratado con los administradores que han cesado en sus funciones, sin que tal cesación o la nueva designación se hayan hecho públicos mediante la correspondiente registración y publicación” (CNCom., Sala B, 20/11/78, en autos: “Aguirre Mastro y Cía. S.A. c/ Gallíotti, Ramn y otra”, E.D., 84-135).

Para Nissen ¹⁰, la ley de sociedades trae una sanción diferente a la de la invalidez y ella es la autorización a la inmediata remoción del inhabilitado, por lo tanto y, en cuanto a los efectos externos, los actos serán plenamente válidos no pudiendo invocarlos la sociedad para eximirse de las obligaciones contraídas por el sujeto sobre el que recae la prohibición.

Algún otro autor, como Sasot ¹¹, considera que la ley no trae una sanción específica para el caso ni obliga al director a renunciar, pero sí pone a decisión de la asamblea su remoción por lo que mientras no sea removido el sujeto puede seguir actuando, siendo válida frente a terceros tal actuación ya que éstos “*no tienen por qué indagar acerca de la capacidad, incapacidad o inhabilidad de los integrantes del directorio*”, amparando a los terceros la presunción legal de la validez del nombramiento.

Richard y Muiño ¹², realizan una diferenciación entre si la inhabilitación se encontraba vigente al momento de la designación, lo que implicará su nulidad. Mientras que si es sobrevenida constituirá un supuesto de remoción con causa, quedando los terceros protegidos en virtud de la teoría de la apariencia de los actos jurídicos.

El análisis de los efectos debe hacerse frente a las dos situaciones posibles: interna y externa.

Desde ambos puntos de vista, juega un elemento fundamental que es el conocimiento por parte de los órganos autorizados a designarlos, de la inhabilitación del sujeto nombrado. Evidentemente no es de práctica corriente que el sujeto candidato para el cargo, acredite a la sociedad la falta de inhabilitación con un certificado de antecedentes en la materia (los exigidos por los incs. 2 y 3), pero cosa distinta sucede con el inciso primero y con la incompatibilidad determinada en el último inciso.

Por aplicación de los principios generales, si el sujeto nombrado, se encuentra inmerso en ese momento en una cualquiera de las inhabilidades establecidas y la asamblea conoce tal situación, el nombramiento devengará nulo siendo, en consecuencia, nulos todos los actos que realice tal sujeto

¹⁰ NISSEN, R., *Ley de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Abaco, 1997, t. 4, pág. 323.

¹¹ SASOT BETES, M., y SASOT, M., *Sociedad anónima. El órgano ...* cit., pág. 294.

¹² RICHARD, E, y MUIÑO, O., ob. cit., pág. 515.

y, en su caso, con la caución dispuesta por el estatuto ³² y aceptar el cargo. Caso contrario, su designación se encontrará viciada y, en definitiva, afectará su actuación tanto interna como externamente.

Respecto a la naturaleza, formas y requisitos de la aceptación, como parte de los pasos que otorgan regularidad al acto de designación se remite a lo expuesto en el Capítulo III, punto 2.1. Sin perjuicio de ello, lo que se deja en claro es que la falta de aceptación expresa o tácita ³³ obsta al ejercicio del cargo y, por lo tanto, el sujeto designado no sólo no podrá actuar como administrador, sino que tampoco podrá ser responsabilizado como tal, toda vez que a pesar de su designación, éste no tendrá vínculo jurídico alguno con la sociedad, ni aun viciado.

En definitiva, se reitera a modo de conclusión que el defecto en el acto de nombramiento, obstaculiza la regularidad del procedimiento de designación lo que importará una designación irregular y, en consecuencia, un administrador que actúa con vicios en su nombramiento y no uno cuyo título base de actuación sea el legalmente establecido.

Por lo demás, la completividad del acto de designación implica además, la publicidad e inscripción de los administradores designados, aun cuando la falta de estos pasos no afecte directamente la relación administrador sociedad y, por lo tanto, no podrán ser calificados como administradores de hecho -arg. arts. 12 y 60 L.S.C.-.

autos: "Calvet, Francisco c/ Cittadella S.A. sobre sumario"; ídem, Sala C, 26/2/86, en autos: "La Central de Oxígeno S.A."; Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala I, 17/2/94, en autos: "Malpiedi, Edmundo c/ Ferraris y Cía S.A."; CNCom., Sala A, 14/6/00, en autos: "Brosman Daryl y otros c/ Bel Ray Argentina S.A. sobre sumario", etc.).

³² El tema de la caución como condición previa de eficacia del acto de designación será tratado dentro de los supuestos de falta de cumplimiento de cargas o condiciones (ver *infra* punto 11.2).

³³ A modo de ejemplo de la posibilidad de aceptación tácita, se puede citar lo resuelto por la jurisprudencia cuando ha establecido: "El poder otorgado por el presidente y el vicepresidente de una sociedad anónima, a favor de los apoderados presentados en autos, constituye e implica por parte de aquellos la aceptación de la designación de que fueron objeto por la asamblea pertinente, por cuanto constituye un acto inequívoco de dicha aceptación, la que tácita o expresa, resulta necesaria e indispensable para que el nombramiento adquiera eficacia (CNCom., Sala B, 25/8/77, en autos: "Financiera Baires, S.A. c/ Kiperman, Juan C.", E.D., 77-213).

realizado por el sujeto mantiene -sin duda alguna- su eficacia ¹³ hasta la sentencia, siendo plenamente oponible el acto concluido por el representante incurso en dicha causal a la sociedad.

VI.6. Vicios en el procedimiento de designación

Tal como se adelantó ¹⁴, los primeros administradores designados, deben surgir como parte del acto constitutivo en un mismo instrumento o en otro instrumento pero en el mismo acto o momento. Posteriormente -y como presupuesto más habitual de designación le corresponde al órgano de gobierno, como órgano natural, al menos para nuestra legislación y la mayoría de la continental europea ¹⁵, la ley 19.550 establece un procedimiento especial para designar a los directores de la sociedad anónima, regulado conforme su desarrollo o iter en los arts. 236 (convocatoria), 237 (publicidad), 243 (*quorum* y mayorías) y art. 60 (publicación e inscripción).

El sistema dispuesto, en especial, para el caso de las sociedades por acciones, tiene su fundamento no sólo en la debida protección de los derechos individuales de los accionistas, sino también en la correcta protección de los derechos de los terceros que de una forma u otra se relacionan

¹³ La CNCom., Sala A, ha establecido: “Median diferencias entre incapacidad de derecho e incompatibilidad y así los actos otorgados por personas a quienes el Código de Comercio prohíbe el ejercicio del acto de que se trata, son nulos y, en consecuencia, su ejecución por el incapaz de derecho afecta no sólo a éste en razón de la prohibición que viola, sino también a la validez del acto, en tanto la violación de la incompatibilidad apareja sanciones de variada suerte sobre quien la infringe -multa, destitución del cargo, quiebra fraudulenta del corredor o rematador, pérdida a favor de la sociedad de los beneficios que pueda depararle al socio o gerente su indebida actividad extrasocial, etc.-. Mas no necesariamente la nulidad del acto en sí, salvo supuestos de excepción, mantiene eficacia. Por tales razones, pues, la imposibilidad de asimilar incapacidades e incompatibilidades, ya que son distintos los objetos sobre los que respectivamente recaen y también los efectos jurídicos que la violación de una y otra categoría de prohibición operan” (E.D., 90-398).

¹⁴ Capítulo III, Punto 4.

¹⁵ Salvo para el caso de la legislación alemana donde los administradores son designados por el “consejo de vigilancia”.

cuya violación importa una incorrecta realización de la asamblea misma y acarrea consecuencias disvaliosas para la regularidad del acto.

VI.8.2. *Vicios en el quorum y las mayorías necesarias*

Como se dijo, la válida constitución de la asamblea implica la conformación de un correcto *quorum* constitutivo y que en algunos casos puede diferir del deliberativo -arg. arts. 241 y 248 L.S.C.-.

Para la configuración del *quorum*, el accionista que desea concurrir debe cumplir con los requisitos establecidos por el ordenamiento positivo en el art. 238 L.S.C.. La ley impone como carga al accionista el depósito de sus acciones o la comunicación de su asistencia, conforme la clase de acciones que posea, determinando que dicho depósito -en caso de ser acciones emitidas al portador o se encuentren depositadas en una institución autorizada o sean escriturales cuyo registro no sea llevado por la sociedad- o la comunicación correspondiente -en caso de ser nominativas o el depósito o registro de las acciones sea llevado por la sociedad- sea realizado con por lo menos tres días hábiles de anticipación a la realización de la asamblea.

Una vez ejecutada la comunicación, la sociedad deberá inscribirla en el libro de registro de asistencia a asambleas (art. 73 L.S.C.) habilitándose así al accionista no sólo a concurrir a su realización sino también a formar parte del *quorum* constitutivo. La falta de comunicación o depósito de las acciones por parte del accionista, así como la falta de inscripción en el libro respectivo impiden la concurrencia de éste y, en definitiva, afectan el *quorum* constitutivo del órgano³⁰.

y ss.; TRIMARCHI, P., *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milán, 1964, pág. 35.

³⁰ La jurisprudencia nacional ha establecido que “La comunicación tardía de asistencia no habilita a participar de la asamblea aunque formalmente estuviera abierto el libro de asistencia hasta un minuto antes de dar comienzo el acto asambleario, ya que lo que legitima a participar es haber dado cumplimiento a la notificación con la anterioridad que prescribe el artículo 238 de la ley 19550 (Cámara en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala 1ª, 21/6/00, en autos: “Don Manolo S.A. c/ Santa Rosa SCA s/ Acción de nulidad”).

La decisión de convocatoria, en caso de que sea realizada por el directorio, debe ser tomada con el *quorum* y las mayorías establecidas legal o estatutariamente para el órgano de administración y conforme lo establece el art. 260 L.S.C..

Una vez adoptada la decisión de convocatoria por el órgano de administración, corresponde dentro de los pasos establecidos legalmente, que ese órgano realice la publicación de edictos que para el caso de la asamblea ordinaria en primera convocatoria, debe ser en el Boletín Oficial de la jurisdicción de la sede social por cinco días con diez de anticipación por lo menos y no más de treinta. En caso de segunda convocatoria, la publicación será por tres días con ocho de anticipación como mínimo -art. 237-. El sentido de la publicidad impuesta legalmente reside en la necesidad de que el socio se informe sobre las decisiones a tomarse.

El edicto a publicarse debe contar con las formalidades establecidas en el mismo art. 237 que establece la necesidad de informar a los accionistas sobre el carácter de la asamblea -ordinaria o extraordinaria, primera o segunda convocatoria- fecha de realización, hora y lugar de realización, orden del día a tratar y los recaudos del art. 238 L.S.C. o, los especialmente dispuestos por el estatuto a fin de que los accionistas que quieran concurrir puedan realizarlo en forma legal a fin de ser computados para el *quorum*, las mayorías y, en definitiva, poder participar válidamente en la asamblea convocada.

Las previsiones mencionadas se simplifican cuando existiendo regular convocatoria por el órgano de administración, se omite la publicación de edictos, constituyéndose o conformándose la asamblea en forma unánime, esto es, encontrándose presentes el cien por ciento del capital social y tomándose todas las decisiones por el cien por ciento de dicho capital presente -arts. 237 y 246 L.S.C.-¹⁷.

¹⁷ El tema de las asambleas unánimes fue largamente debatido por la doctrina nacional en el *Primer Congreso de Derecho Societario*, La Cumbre, 1977 y al respecto puede consultarse: LUCHÍA PUIG, H., y MATTA Y TREJO, G., "Asamblea unánime. Citación de directores, síndicos y gerentes generales"; BRIZUELA, C., y RICHARD, E., "Asamblea unánime"; WINIZKY, I., "Asamblea unánime"; CÁMARA, H., y ESPINOSA, C., "Asamblea unánime"; SEGAL y C. GAGO, R., "Asamblea unánime" todos en el *Primer Congreso de Derecho Societario*, La Cumbre, 1977, Buenos Aires, Depalma, 1977, t. II, pág. 17 y ss..

art. 237 L.S.C., por violación de los plazos establecidos también legalmente, o, por defecto en la redacción de los puntos incorporados en el mismo y a tratar por la asamblea correspondiente, entre las causas más comunes.

La trascendencia de la correcta publicidad de la convocatoria, reside particularmente en el hecho que ella conforma una parte del derecho inderogable de información del accionista que participará en la asamblea convocada y que se complementa con el de deliberación y el de voto.

Sintéticamente, puede decirse que la doctrina ha sostenido que el derecho de información ²⁵ pertenece al grupo de los derechos cualitativos, instrumentales, que a su vez configura el sustento del voto. Un socio bien informado puede elaborar los argumentos para deliberar, discutir y emitir conscientemente el voto, contribuyendo al buen funcionamiento de la sociedad ²⁶.

Asimismo, el mencionado derecho de información tiene su fuente y, a la vez, es generador de consecuencias, en dos presupuestos diferentes

²⁵ En este sentido, ESCUTI, I., “El derecho a la información societaria y la actuación judicial”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2000-1:78: “*el derecho de información del accionista es, sin dudas, relevante para la mecánica interna de la sociedades anónimas, puesto que opera como instrumento que permite poner en práctica los restantes derechos sociales y posibilita la participación de los accionistas en el control de la sociedad*”; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., “LOS SOCIOS. Derechos, obligaciones y responsabilidades”, en *Derecho societario. Parte general*, pág. 552; NEGRI, J., “El derecho a la información del accionista. La obligación de informar de los administradores y el deber de confidencialidad” en *Derechos patrimoniales en Homenaje al Prof. Efraín Hugo Richard*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001). La fuente legal del derecho de información de los socios proviene del art. 55 L.S.C. que como principio general, otorga a los socios el derecho a examinar los libros y papeles sociales, y a recabar del administrador los informes que aquellos estimen pertinentes. A su vez, se sustenta en las disposiciones que en forma genérica obligan a los administradores a suministrar información a los accionistas, sin requerimiento previo como es el caso de los arts. 67 y 83 inc. 2 L.S.C., pero “temporalmente circumscripita” conforme Jaime Anaya (“El derecho de información del accionista y sus límites”, E.D. 132-367) o, en todo tiempo, al directorio y/o síndicos como lo disponen los arts. 249 y 294 inc. 6 L.S.C., disponiendo, el primero de ellos que cualquier accionista puede solicitar copia de las actas y el art. 294, en su inc 6, que obliga al síndico o comisión fiscalizadora, “a suministrar a accionistas que representen no menos del 2% del capital... información sobre las materias que son de su competencia”.

²⁶ AGUINIS, A., “El derecho de información de los accionistas”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1978, pág. 287.

dos pasos posteriores. La aceptación del cargo y su publicidad e inscripción.

Respecto a esta conducta, conforme se trató (Capítulo III, punto 2.1) la aceptación debe ser siempre realizada y con posterioridad al acto de designación (aun en la llamada constitución de sociedad por suscripción pública -conf. arts. 168, 170 y 179 L.S.C.-) aunque no sea exigida formalidad especial para tal acto -arts. 12 y 60 L.S.C.-.

VI.7.4. Publicidad e inscripción

La ley 19.550 ha dispuesto dentro de los requisitos formales que debe cumplir el nombramiento del administrador, la inscripción, como acto de publicidad, de dicho nombramiento en el Registro Público de Comercio de la jurisdicción.

La norma del art. 60 L.S.C. establece que toda designación o cesación de administradores debe ser inscrita en los registros correspondientes, previa publicación cuando se trate de sociedades por acciones o sociedades de responsabilidad limitada.

El requisito de publicación e inscripción así dispuesto, es harto sabido, no afecta la validez del cargo o función de administrador -la que se perfecciona con la aceptación- sino, por el contrario, tiene efectos meramente declarativos o de publicidad. Es decir que la inscripción presupone un conocimiento general y oponible en cuanto a las relaciones externas sociales y representativas y su falta implica nacimiento de relaciones internas y oponibilidad limitada y, según los casos, externa ¹⁸.

¹⁸ Este es el criterio general que nuestra normativa comparte con las legislaciones comparadas, tales como la española (art. 125 L.S.A.), compartiendo asimismo las críticas de la insuficiencia del sistema de publicidad con especial referencia a los terceros, en cuanto a que la publicación exigida por ley en los boletines oficiales no es suficiente para establecer un sistema de seguridad y celeridad mercantil. El criterio de referencia es el también seguido por las directivas de la Comunidad Económica Europea en cuanto la primera Directiva (68/151/CEE, art. 3º) exige la publicación de todos los actos e indicaciones sometidos a publicidad en el art. 2º, entre los que se incluye en el apartado 1.d) “el nombramiento, el cese de funciones, así como la identidad de las personas que, como

tiva reunión de directorio²⁰, la falta de *quorum* constitutivo, la carencia de las mayorías dispuestas por la ley o el estatuto y toda otra violación legal o estatutaria que de una forma u otra regule el funcionamiento del órgano de administración²¹.

La mencionada irregularidad proviene del carácter colegial, al que como órgano societario, el directorio de la sociedad anónima se encuentra sometido, siendo dicho principio de “colegialidad” el sistema y método indisponible estatutariamente²².

²⁰ La doctrina ha sostenido que “*Cuando se requiere convocatoria deben ser citados los directores y además los síndicos (art. 294 inc. 3), por lo que la falta de citación de los mismos obsta a la debida reunión del directorio*” (conf. OTAEGUI, J., *Administración societaria*, Buenos Aires, Abaco, 1979, pág. 280; “*La circunstancia que la ley reconozca al directorio el derecho de convocar la asamblea y no a cada uno de los directores aisladamente considerados, hace que la decisión de convocar aquellas deba ser tomada por el directorio en cuanto cuerpo colegiado y órgano societario, cuya voluntad se concreta y define en función de un quorum legal y una decisión mayoritaria*” (SASOT BETES y SASOT, *Sociedades anónimas. Las asambleas*, Buenos Aires, Abaco, 1978, pág. 57); “*El directorio, como tal, es un órgano de la sociedad que se encuentra sometido al cumplimiento de un régimen procedimental que establece claras normas en materia de quorum para sesionar, mayorías, etcétera, cuyo incumplimiento puede acarrear la invalidez de la reunión, y consecuentemente de lo decidido en ella. Así pues, si la convocatoria a asamblea debe efectuarse por decisión del directorio, el irregular funcionamiento de éste acarreará la invalidez de la convocatoria y, si la asamblea ya se hubiese celebrado, también importará su nulidad o anulabilidad*” (LÓPEZ TILLI, A., *Las Asambleas de accionistas*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo de Palma, 2001, pág. 65); “*En las sociedades anónimas es el directorio, colectivamente considerado, y no los administradores individualmente a quien corresponde el derecho de convocación*” (PIC, *Traité des sociétés commerciales*, t. III, p. 48); “*Cuando el órgano administrativo es colegiado, la convocatoria debe ser decidida por el directorio, en consecuencia será irregular tanto la convocatoria hecha por el presidente o por el director delegado, sin la deliberación del directorio*” (PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, p. 155); “*La atribución de convocar la asamblea es del directorio como órgano; por tanto, no la tienen los directores individualmente, ni siquiera el presidente de la sociedad*” (ZALDÍVAR, E., y otros, *Cuadernos de derecho societario*, t. II, 2da. parte, pág. 341).

²¹ Recientemente, la jurisprudencia ha entendido que la falta de un orden del día detallado en la convocatoria a reunión de directorio es causal suficiente para suspender provisoriamente dicha reunión (CNCom., Sala D, del 30/6/01, en autos: “Pavlovsky, Herman c/ Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica s/ Medida precautoria” con comentario de BELLO KNOLL, S., “Orden del día en las reuniones de directorio”, R.S.C. N° 14, pág. 73.

²² Autos: “Kraft S.A. s/ quiebra”, CNCom., Sala A, 4/8/77.

-como es la no reelegibilidad por más de dos períodos consecutivos, etc.- limitaciones éstas que dependerán de las necesidades de cada compañía y de cada organización interna.

La disposición estatutaria que determine algún requisito adicional para el ejercicio del cargo de administrador es plenamente válida y oponible en la respectiva decisión asamblearia, siendo que su violación o incumplimiento acarrea las mismas sanciones que la violación o incumplimiento de las condiciones o requisitos legalmente establecidos. Ello así, la violación de una disposición estatutaria en la forma descripta implica la irregularidad de la investidura del sujeto designado.

VI.11. El incumplimiento de las cargas u obligaciones no configura un supuesto de administrador de hecho

La ley 19.550 ha dispuesto en su art. 256, dos requisitos adicionales que apuntan, tanto a mejorar el sistema de actuación de los directores designados como es el caso de la constitución de una garantía, cuanto la relación y publicidad de los sujetos que actúan en esa calidad, como es el caso de la exigencia respecto a que la mayoría de los directores deben tener domicilio real en la República y que todos ellos deben constituir domicilio especial en el país donde serán válidas las notificaciones realizadas.

Ambos requisitos, funcionan como garantía y protección no sólo de una regular elección, sino también de una correcta actuación de esos directores capaces de asumir la responsabilidad de la conducción de una empresa ⁴³.

⁴³ Vale la pena aclarar que las cargas y condiciones impuestas, en manera alguna hacen referencia a las “calidades” de los sujetos, que pueden establecerse estatutariamente, siendo ello diferente de lo que sucede con las calidades requeridas para la elección de los síndicos, respecto de los cuales la ley de sociedades establece cierta idoneidad a que se refiere el inc. 1 del art. 285. El régimen vigente no impone ninguna calidad en particular para los directores y a fin de que éstos puedan desempeñarse como tales, limitándose a establecer las prohibiciones e incompatibilidades a que se refiere el art. 264 (CNCom., Sala C, 2/7/79, en autos: “Saiz, Marta L. c/ Camper S.A.”, L.L., 1979-D-35).

VI.11.1. Domicilio

La carga legal respecto al domicilio real, tiende a obligar a la elección de sujetos que tengan cierta inmediatez territorial y personal, no sólo con el ámbito físico donde la sociedad cumple su actividad sino también con el conocimiento más o menos inmediato del mercado y de la situación económica y política que envuelve a la actividad de la compañía.

La constitución de domicilio especial, que se complementaría con la anterior ampara tanto a la sociedad como a los socios y a los terceros, que eventualmente decidan, mediante la asamblea, o inicien, en forma particular, una acción de responsabilidad contra los directores, por ello dicho domicilio constituido regirá aun posteriormente por los actos que hayan devengado responsabilidad durante la gestión, y aun cuando el administrador haya cesado en sus funciones por cualquier causa. Si bien la ley exige la constitución de este domicilio especial, frente a la falta de cumplimiento de dicha carga, las notificaciones a las que hace referencia el art. 256 pueden realizarse a la sede social donde y, desde donde, se presupone, los administradores cumplen sus funciones.

La disposición legal establecida no puede considerarse como un requisito de validez de nombramiento, limitándose a cumplir la función de carga para el administrador. La falta de cumplimiento perjudicará sólo a ese administrador ya que por ejemplo, no podrá impugnar las notificaciones que eventualmente se realicen a la sede social y a falta de domicilio especial constituido.

VI.11.2. Garantía

Lo mismo sucede con respecto al segundo requisito, el de la garantía ⁴⁴. La posibilidad por parte del estatuto de disponer la garantía que los

⁴⁴ Conf. nuestro trabajo: "Efectos del incumplimiento del requisito de prestar garantía por parte de los directores electos" en *Negocios societarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pág. 259.

directores electos deberán prestar en ocasión del ejercicio de aquella función, se ha entendido acertada siempre que ésta ha sido incorporada como reguladora del correcto equilibrio entre la función designada y el eventual resarcimiento de los daños producidos en ocasión del ejercicio del cargo, no sólo para con la sociedad sino también para con los socios y los terceros, subsistiendo así el espíritu del viejo Código de Comercio en la materia ⁴⁵.

Es dable mencionar que la función que originariamente cumplía dicho requisito se ha visto completamente desnaturalizada en la práctica, siendo insuficientes, en la mayoría de los casos, los montos establecidos en los estatutos, lo que impide que ella funcione como verdadero resguardo de los socios, la sociedad y los demás directores por la actuación del administrador.

Sin intentar ingresar a la polémica sobre si la garantía que deben prestar los directores tiene carácter obligatorio o facultativo ⁴⁶, lo cierto es que, sin lugar a dudas, será obligación de los directores electos prestar garantía en favor de la sociedad cuando tal situación esté contemplada en el estatuto. Por ello y, en caso de que se haya previsto, será de cumplimiento forzoso para los administradores su observancia, así como exigible por parte de la sociedad.

Sin perjuicio de ello, la omisión de la obligación de constitución de la garantía dispuesta estatutariamente y desde la óptica de los efectos externos, no afectará la función del administrador, aun cuando implique la representación, así ejercida siendo ella plenamente válida y vinculante para la sociedad. Esta no podrá alegar la falta de cumplimiento de un requisito estatutario -aunque el mismo se encuentre debidamente inscripto en el Registro Público de Comercio- ni el ejercicio irregular del cargo, frente a los actos y obligaciones cumplidos por el representante con nombramiento irregular, siendo imputables a la sociedad todos los actos realizados por el mismo (con los límites del art. 59), quedando ocasionalmente

⁴⁵ En concordancia con lo que establecía el Código de Comercio, art. 339: “Los directores darán para el buen desempeño de sus funciones, la garantía que establezcan los estatutos o la asamblea general”.

⁴⁶ Sobre el tema v. SASOT BETES y SASOT: *Sociedad anónima. El órgano ...* cit., Buenos Aires, Abaco, 1980, pág. 232 y ss..

para la sociedad y los socios el ejercicio posterior de las acciones correspondientes contra el administrador.

Desde el punto de vista interno, la sociedad, el síndico y los socios, tendrán en sus manos la posibilidad de remoción del director incumplidor, para el caso que no haya prestado la garantía exigida en el estatuto previa intimación a éste, toda vez que dicha garantía comparte la naturaleza de las obligaciones sin plazo (art. 509 C.C.). Sumado a ello podría corresponder, el ejercicio de las acciones consecuentes al art. 274 L.S.C., por violación del estatuto o reglamento.

Si bien no se han registrado casos en la jurisprudencia local, la comparada ha tenido la oportunidad de expedirse en sentido contrario al expuesto, siempre que ha considerado inválida una deliberación de una asamblea que ha estado presidida por un administrador que no había prestado idónea caución, sosteniendo que el hecho era suficiente causa de impugnación de la resolución ⁴⁷. Agrega la jurisprudencia italiana que la decadencia por falta de prestación de la caución tiene eficacia automática e inmediata, concluyendo que debe asimismo entenderse que existe un mandato tácito a administrar en favor del administrador así decaído, el cual continúa igualmente ejercitando en vía, primero de hecho sus funciones con la consecuente responsabilidad a su cargo por la violación de los deberes específicos conexos a su oficio. (Tribb. de Roma con fecha 10 de febrero de 1987, *Rivista delle Società*, 1990, pág 1.440).

VI.12. *Administrador con nombramiento caduco y cesado*

VI.12.1. *Introducción. Breve reseña al sistema legal vigente*

Según las disposiciones legales vigentes el cargo de director es temporal. Ello implica que los sujetos elegidos a fin de integrar el órgano, pueden permanecer en él, ya sea, por un término máximo de tres ejercicios -cuando son designados por la asamblea de accionistas y aun a falta de disposición

⁴⁷ Tribb. de Milano, 8/2/88 en *Rivista delle Società*, 1990, pág. 1.440.

estatutaria específica, art. 257 L.S.C.- o de cinco años -cuando son elegidos por el consejo de vigilancia, según lo prevé el art. 281 inc. d.-. La temporalidad también incluye la libre revocabilidad⁴⁸ del cargo, así como la posibilidad de la reelección del administrador por otro período igual al establecido aun en forma reiterada, siendo indisponible por las partes la norma que limita al máximo legal de tres ejercicios, su duración.

El plazo previsto ha sido dispuesto a fin de mantener cierta estabilidad y permanencia del órgano de administración, siendo el interés jurídico, la protección de la regularidad interna de la sociedad así como la relación de ésta con los terceros. Dicho plazo, no podría ser invocado como mínimo por los sujetos del órgano para permanecer en el cargo toda vez que la sociedad a través de la respectiva asamblea de accionistas, art. 256, puede removerlo sin causa en cualquier tiempo.

Por su parte, el director electo puede renunciar también en cualquier momento, siempre y cuando dicha renuncia no afecte el regular funcionamiento de la sociedad y ella no fuere dolosa o intempestiva -art. 259 L.S.C.-

Vencido el plazo dispuesto legal o estatutariamente, ejercido por la sociedad el derecho a removerlo o, comunicada la renuncia por el director, se configura la situación de vacancia que implica la falta de un componente subjetivo en el órgano y puede afectar a la regular actuación orgánica de la sociedad.

Frente a esta situación, la normativa vigente establece un principio general el que implica la permanencia del sujeto en el cargo hasta la designación de nuevo representante -art. 257 L.S.C.-⁴⁹ y, siempre y cuando la

⁴⁸ La libre revocabilidad del cargo, tiene su fundamento en la relación de confianza que une al sujeto designado director con la sociedad (conf. GARRIGUES, J., *Tratado de derecho mercantil*, I-2, Madrid, Ed. Revista de Derecho Mercantil, págs. 1.041 y 1.042.

⁴⁹ Este principio fue incorporado con la sanción de la ley 19.550 para así evitar las complicaciones que se sucedían en la experiencia del derecho comparado, frente a la cesación "automática" por cumplimiento del plazo de designación. En el derecho local y, durante la vigencia del Código de Comercio, la problemática que traía la interpretación del art. 336 cuando hacía referencia a la designación de los directores por año y no por ejercicio, fue superada a partir de la jurisprudencia administrativa que admitió como válida la cláusula que establecía la permanencia en el cargo del director hasta la próxima asamblea del ejercicio, que fuere incorporada como práctica usual en todos los contratos societarios,

sociedad no haya previsto directores suplentes o no cuente con la sindicatura que tiene facultades para designar directores sustitutos, esto es, hasta la constitución de la próxima asamblea que los designe -art. 258 L.S.C.-⁵⁰.

aunque dicha práctica no resolvió todos los supuestos que se planteaban (sobre el tema v. Ignacio SUÁREZ ANZORENA, *La vacancia del director...* cit., pág. 119). En el derecho español, por su parte y antes de la sanción de la nueva ley de sociedades anónimas en 1989, el Prof. Manuel de la Cámara Alvarez se expresaba estableciendo que “*La experiencia española (...) pone de relieve que son muchísimos los casos en que han caducado los nombramientos sin que las sociedades respectivas hayan reelegido (al menos formalmente) a los primitivos administradores ni elegidos otros nuevos. Ello ha dado lugar a bastantes situaciones anómalas que han determinado una doctrina de la Dirección General, relativa a los que podríamos llamar administradores ‘de hecho’ que dista mucho de ser clara*” (Revista de Derecho Mercantil, *Carácter temporal del cargo de administrador*, 1979, N° 6, pág. 275). La sanción del Real Decreto Leg. 1564/1989 no solucionó el vacío legal, toda vez que su art. 126 sólo dispuso la duración del cargo conforme lo establezca el estatuto, siempre y cuando el mismo no exceda de cinco años, siendo reelegibles por el mismo término indefinidamente. Ello ha mantenido la discusión respecto de la facultades, poderes y atribuciones de los administradores con nombramiento caduco o cesado, que a partir de la prohibición expresa de la ley de establecerse un mandato indefinido, hizo inaplicable la doctrina de la Dirección General de los Registros que había sostenido que en esos supuestos se producía una “prórroga tácita o reelección de hecho de los administradores” que aseguraban la continuidad del funcionamiento orgánico (Res. del 24/6/68 y 30/5/74). La doctrina contemporánea española se inclina por considerar que en esos casos y, a fin de evitar la acefalía en el órgano de administración, el “menor de los males” es que los administradores en esa situación tienen limitada su competencia únicamente a convocar a la junta general que acuerde sobre su renovación o, en su caso, a solicitar al juez la convocatoria a dicha junta para el caso que no fueren accionistas (E. POLO, “Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima”, ob. cit., pág. 26). La falta de previsión expresa de las consecuencias de la cesación del cargo de administrador por el transcurso del término, implica la actuación de un sujeto con nombramiento caduco y, por lo tanto, al menos para el derecho español, la actuación de un “*administrador de hecho*”. En el derecho italiano, en cambio, el art. 2385 establece expresamente que la cesación de los administradores por decadencia del plazo tiene efecto desde el momento en el que el consejo de administración fuere reconstituido, disponiendo así la continuidad en el cargo de los administradores cuyo nombramiento se encuentra caduco hasta la designación de nuevos administradores. El fundamento de la norma así redactada apunta evidentemente a evitar que exista acefalía en el órgano de administración.

⁵⁰ Respecto de la correcta terminología aplicable para el caso de director suplente y sustituto, SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, en “La vacancia del director y la reintegración del directorio”, Colección *Temas de derecho societario*, ob. cit., pág. 83 y ss., entiende que el director suplente es aquel que cuenta con una vocación jurídica previa y determinada para reemplazar a un tercero en el ejercicio de una función o cargo, concluyendo que “*No hay duda que la previa nominación de eventuales reemplazantes de un director que vacare*

VI.12.2. *Causas de cesación del cargo y efectos*

Las causas de cesación del cargo pueden ser diversas y tener asimismo diferentes orígenes y consecuencias. Ello relacionado con la continuidad del ejercicio en el cargo del director y, por lo tanto, susceptible de configurar -dicha continuidad en la actuación- un supuesto de administrador de hecho, son dables de analizar.

Dentro de las causas de cesación del cargo, pueden mencionarse: a) la muerte del sujeto; b) la incapacidad relativa de hecho o derecho y absoluta de hecho; c) causales de inhabilitación originaria o sobreviniente del sujeto electo como administrador; d) la remoción *ad nutum*; e) la renuncia del director; f) el vencimiento del término por el cual ha sido designado; g) la pérdida de otros requisitos legales o estatutariamente dispuestos; h) la decisión asamblearia de iniciar acciones de responsabilidad, e, i) la quiebra de la sociedad, entre otras.

Frente a la cesación, por cualquiera de las causas mencionadas y por alguna otra dispuesta legalmente -art. 84 último párrafo- o judicialmente -por sentencia firme de remoción se produce la extinción de la relación administrador- sociedad y, por lo tanto, la pérdida de los poderes y facultades del sujeto decaído para actuar como órgano social o parte de él⁵¹.

Pero dicha extinción y la correlativa pérdida de relación entre la sociedad y el sujeto decaído, no siempre se opera en forma automática,

efectuada en oportunidad de la asamblea ordinaria y por este órgano configura el clásico supuesto de suplentes de director o si de otro modo quiere denominárseles aceptando la menos correcta terminología en boga, de directores suplentes” y que “... la posibilidad que la ley otorga a la sindicatura se refiere tan sólo a la facultad de designar sustitutos, es decir, reemplazantes de directores luego de haberse operado la vacancia” no existiendo entonces, en este caso, la vocación anterior de continuidad del sujeto saliente.

⁵¹ Frente a la remoción del director no socio, la jurisprudencia ha entendido de que el administrador posee cierta legitimación residual consistente en impugnar la decisión asamblearia que lo destituyó del cargo de administrador (art. 276 ley de sociedades) ello no obsta a que la separación del cargo se haya operado por la mera decisión de la asamblea y, siempre y cuando no se haya dictado una medida cautelar de suspensión de la decisión asamblearia que los removió. En este último sentido, CNCCom., Sala C, 15/12/89, en autos:

pudiendo prorrogarse en el tiempo el momento del cese de la relación de administración ⁵².

En este sentido, dentro de las causas enumeradas, las que implican cesación automática son -obviamente- la muerte del sujeto, los casos de incapacidad absoluta de hecho, la remoción sin causa del administrador y la quiebra de la sociedad.

Respecto a las demás causales es necesaria para la extinción de la relación de administración, una actuación previa de la sociedad como puede ser la aceptación de la renuncia ⁵³, la remoción del director incluido en el art. 264 L.S.C., la constatación de la pérdida de otros requisitos legales o estatutariamente dispuestos, la decisión asamblearia de iniciar acciones de responsabilidad ⁵⁴ y, por último, la designación de nuevos directores frente al vencimiento del término.

Conforme se adelantó, la cesación del cargo provoca, una vez cumplidos los diversos procedimientos y, en forma automática, la extinción de la relación de administración produciéndose en consecuencia y conforme las dos esferas de intereses, diversos efectos.

Para el administrador produce la desimputación responsabilizatoria interna respecto de los actos cumplidos por los nuevos administradores ⁵⁵.

“Gómez, Humberto c/ Confitería Los Leones, S.A.”, L.L., 1990-C-425 y CNCom., Sala A, 10/9/85, en autos: “Elfman, Alberto c/ Sansur S.A.”, L.L., 1986-A-457.

⁵² En este sentido, v. MINERVINI, G., *Gli amministratori ...*, ob. cit., pág. 484 y ss..

⁵³ La jurisprudencia prevalentemente de la esfera concursal es conteste en determinar que “... no debe tenerse en cuenta como principio general la fecha de la renuncia sino la de aceptación para desvincular al renunciante, desde ese momento, de las responsabilidades que genera la actividad social” (CNCom., Sala C, 21/4/89, en autos: “Mayorga Ferrando y Cía. s/ quiebra”; CNCom., Sala A, 4/3/81, en autos: “Cooperativa de Consumo 5 de Marzo s/ incidente de calificación de conducta”, CNCom., Sala B, 22/4/86, en autos: “Lamirra S.A. s/ Incidente de calificación de conducta”, CNCom Sala D del 20.12.83 en autos “Sausalco S.A. s/ Incidente de apelación art. 250 Cód. Procesal por Dolber Bernardo”, etc.).

⁵⁴ Lo que provoca la automática cesación en el cargo de administrador (conf. art. 276 ley 19.550).

⁵⁵ En este sentido, CNCom., Sala C, en autos: “Abad, Rubén O. y otro c/ Murphy, Tomas A.”, del 26/6/95, “La publicidad registral del cese de funciones del presidente del directorio de una sociedad anónima y la designación del nuevo titular, no tiene efectos sobre el ámbito de responsabilidad patrimonial por la conducta dañosa que debe atender a la actividad efectivamente desarrollada, dependiendo su exención de la prueba de que el funcio-

Desde el punto de vista de las relaciones externas, debe cumplirse el requisito de publicidad e inscripción -art. 60 L.S.C.- para desimputar a los administradores cesados y, en su caso, éstos tendrán acción de daños contra la sociedad por incumplimiento de la respectiva obligación de publicidad^{56 57}.

Pero, la eximición de responsabilidad mencionada cede frente al administrador que “de hecho” continúa ejerciendo los actos de administración societaria ya sean éstos actos sustanciales o procesales.

nario cesó en su desempeño antes de los hechos de los que resulta su responsabilidad, con prescindencia, en principio, de las registraciones respectivas” (L.L., 1995-E-437). En doctrina, sobre la responsabilidad del administrador cesado frente a la sociedad, FAVIER DUBOIS (H), E., “La responsabilidad de la sociedad de los socios y de los administradores sociales después del cese” en *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, t. I, pág. 225; VÍTOLO, D., “Director renunciante, inscripción y responsabilidad” en *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. 2, pág. 265.

⁵⁶ Tal como se adelantó al tratar el tema de la inscripción de la designación de los administradores, ver Capítulo VI.7.4, el fin protectivo de las normas -arts. 12 y 60 L.S.C.- se traduce en la imposibilidad de la verificación constante de los terceros sobre los antecedentes de designación o remoción de los administradores. En otras palabras, la cesación del cargo y su falta de inscripción puede ser invocada por los terceros pero no por la sociedad para incumplir con las obligaciones asumidas. En doctrina puede consultarse RICHARD, E., y ESCUTI, I., *La sociedad comercial y las modificaciones no inscriptas*, pág. 711; VÍTOLO, D., “Director renunciante y responsabilidad”, L.L., 1989-C-576; GARCÍA CAFFARO, J., “Oponibilidad de la designación y cese de los administradores de sociedades comerciales”, L.L., 1979-B, 408. Por su parte, la jurisprudencia nacional, es conteste con la interpretación descripta, estableciendo de forma permanente que “Si se cuestiona la vigencia de la representación de la sociedad pretendiendo el recurrente que cesó en tales funciones en virtud del vencimiento del plazo por el que fuera designado, pero sin invocar ni probar la realización de actos tendientes a regularizar la administración de su representante, no puede prevalerse de tal circunstancias para liberarse del cumplimiento de sus obligaciones” (CNCom., Sala E, 24/6/81, en autos: “Uriburu, Julia S. c/ McLoughlin, Alfredo J. y otros”). Tomando como partida los derechos de los terceros (CNCom., Sala C, 27/2/90, en autos: “Balbi de Cevallos, Ida c/ Sallaberry, Horacio s/ Sumario”; ídem, Sala A, 15/2/77, en autos: “Caeba S.A. c/ Castro, Darío”, L.L., 1977-C-78 y 520).

⁵⁷ En algún caso aislado, la jurisprudencia ha autorizado al administrador cesado a solicitar la inscripción marginal de su cesación en el Registro Público de Comercio, cuando la sociedad omite hacerlo (1ª Instancia Comercial de Registro de la Capital Federal, 21 de noviembre de 1980, en autos: “Alvarez Pinturas y Acabados S.A.”). Así ha establecido que “El Registro Público de Comercio inscribe actos pero también le compete un orden subjetivo de matriculación, esto es inscribe sujetos... Desde este punto de vista, y en

Asimismo y salvo casos aislados -acreditación del conocimiento del tercero- dichos actos son imputados a la sociedad ⁵⁸ en beneficio del tercero que contrató con los administradores cesados no inscriptos ⁵⁹.

Si bien, la cesación en el cargo implica la automática separación del administrador de la función de gestión y representación, debiendo abstenerse de realizar dichos actos toda vez que no tienen legitimación alguna a tal fin, lo cierto es que el principio general, es la oponibilidad de los actos realizados por el administrador de hecho, antes de derecho y cuya designación ha cesado, a la sociedad y en beneficio de los terceros que con ellos contratan. Dicho principio general, se desprende de los arts. 12 y 60 de la ley 19.550, así como de la prevalencia de los principios de seguridad jurídica y protección del interés de los terceros de buena fe ⁶⁰.

interés desde luego del recurrente, pero sobre todo en el de los terceros, no puede retacearse la inserción de nota marginal la expresión unilateral del director de renunciar a su cargo”.

⁵⁸En este sentido, CNCom., Sala C, 27/2/90, en autos: “Balbi de Cevallos, Ida c/ Sallaberry, Horacio s/ Sumario” que sostuvo: “1. La designación o cesación de administradores tiene efecto como tal desde el acto de decisión y no desde su inscripción dado el carácter -en principio- declarativo de esta última. 2. La inscripción produce una “aparición engañosa” susceptible de inducir tercero de buena fe a contratar con aquel que, según las constancias registrales está al habilitado para representar a la sociedad. La ley opta en el caso por proteger al contratante de buena fe que tomó los recaudos necesarios para asegurarse de la vigencia y la apariencia legal del mandato debiendo la sociedad soportar –a todo evento- las consecuencias derivadas de la elección de representantes...”; ídem, Sala B, 4/9/80, en autos: “Adán Viajes S.A. c/ Empacadora de Cereales Argentinos y otro”; Sala D, 31/10/86, en autos: “Brusetti, Enrique c/ Cambio 9 de julio”, donde se dijo que “En tanto estatutariamente el vicepresidente del directorio obliga con su firma a la sociedad, su renuncia al cargo anterior a la contratación es irrelevante frente al tercero contratante siendo que tal hecho no fue debidamente inscripto (arts. 12, 58 y 60 L.S.); Sala C, 11/8/88, en autos: “Caffaro, Rodolfo c/ Cavi Cía. Argentina de Viajes Internacionales”. Asimismo que “la apariencia de representación por parte de un ex representante, negligentemente tolerada por la sociedad, obliga a ésta y torna irrelevante la inscripción registral de la cesación que se hubiere practicado” (CNCom., Sala A, 24/9/94, en autos: “Puch S.A. s/ quiebra s/ incidente de reposición).

⁵⁹GARCÍA CAFFARO, J., “Oponibilidad de la designación y cese de los administradores de sociedades comerciales”, L.L. 1979-B- 408.

⁶⁰C.S.J.N., en autos: “Frigorífico Setti S.A. s/ convocatoria” del 4 de diciembre de 1968.

En definitiva, el administrador cesado que “de hecho” continúa realizando actos en nombre y representación de la sociedad y antes de la inscripción de dicha cesación, es considerado por la doctrina y jurisprudencia “administrador de hecho” equiparado al administrador de derecho con las consiguientes responsabilidades y consecuencias imputativas para con la sociedad, debiendo soportar esta última, las consecuencias derivadas de la elección de sus representantes^{61 62 63}.

⁶¹ CNCom., Sala C, 27/2/90, en autos: “Balbi de Cevallos, Ida c/ Sallaberry, Horacio s/ Sumario” y la misma Sala, 19/10/90, en autos: “Club Deportivo Español (Asoc. Civil) s/ Pedido de quiebra”.

⁶² Sin perjuicio de ello, han existido casos aislados, donde la jurisprudencia ha entendido que los efectos imputatorios y responsabilizatorios se extienden aun luego de la inscripción prescripta por el art. 60 L.S., considerando como elemento principal la creación de una apariencia “consentida o negligentemente ignorada por la sociedad” (CNCom., Sala D, 19/10/87, en autos: “Frate, Gustavo c/ Cavi S.A. s/ Sumario”. La posición sustentada por la cámara, en principio, no se comparte toda vez que las disposiciones societarias establecidas para la regularidad de las relaciones jurídicas de esa índole, una vez cumplidas conforme lo prescribe la ley, actúan en beneficio de quien haya actuado regularmente y en perjuicio de quien, teniendo la posibilidad y el deber de cumplirlas -como habría sido que el tercero verificara la inscripción en el Registro Público de Comercio- no lo ha hecho. En la jurisprudencia y doctrina italianas (Trib. Milano del 1 de abril de 1976, en autos: “Pioneer Oil Company s.p.a. c/ Pierini», Giur. Comm., 1977, II, pág. 909, con comentario de Franco Bonelli, “Responsabilità dell’amministratore per violazioni successive alla cessazione della carica”) se ha descartado la solución propuesta por la Sala D, por entenderse que cuando se aplican los principios de publicidad queda excluida toda referencia que proteja al tercero basado en la teoría de la apariencia y que la teoría de la apariencia sólo protege al tercero que de buena fe que se haya fiado de la situación aparente que resulta de la publicidad (o de su omisión) sancionando dicha situación con la inoponibilidad la cesación del cargo.

⁶³ Este es un típico caso en que el derecho norteamericano interpreta la existencia del *administrador de hecho*, estableciendo la jurisprudencia que “Where corporate officers, by consent of all parties retain active management of company after election of their successors and pending litigation over legality of their ouster, they are de facto officers, with authority to bind company” (American Concrete Untis Co. v. National Stonetile Corp., 115 Cal App. 501, 1 P2d 1084).

CAPÍTULO VII

ADMINISTRACIÓN SIN NOMBRAMIENTO. REALIZACIÓN DE FUNCIONES DIRECTIVAS

VII.1. Realización de funciones directivas

La realización de las funciones propias de un administrador, por parte de un sujeto que no tiene vínculo jurídico alguno con la sociedad pero que “de hecho” las realiza, ha traído no pocos problemas interpretativos y no menos disímiles soluciones jurisprudenciales principalmente en el derecho comparado y, recientemente, en alguna jurisprudencia nacional.

En efecto, desde el punto de vista mercantil, el factor base para la atribución de responsabilidad e imputación de los actos a la sociedad, para con un sujeto que realiza en forma habitual actos de administración, presupone, al menos, un nombramiento irregular, viciado, nulo o cesado. Caso contrario no existe el vínculo necesario -entre la sociedad y las personas actuantes- a los efectos de la calificación de administrador del sujeto y las consecuencias internas -responsabilizatorias y, externas -imputativas- con la sociedad.

La falta o ausencia total de relación entre el sujeto y la sociedad cuando aquél ejerce la administración de una sociedad sin nombramiento o realiza en forma directa actos de administración o gestión social y que, al menos desde la esfera societaria, sería impeditiva de la calificación de administrador a ese sujeto, en principio, obstaría a la aplicación de las consecuencias internas y externas enunciadas.

Estas razones, que si bien desde una concepción general pueden ser acertadas -en razón de considerarse que el sujeto que actúa como administrador tiene una necesaria relación negocial que lo incluye dentro del sistema especial societario, así como relaciona los actos que cumple, con la sociedad y, en definitiva, dentro de ese sistema- en el ámbito del derecho penal se ven debilitadas, haciéndose referencia a una noción más amplia y general de los supuestos de administración.

Desde la óptica penal, conforme se adelantó en el Capítulo I y principalmente en el derecho comparado, no es la perfección formal de la relación interna entre el administrador y la sociedad lo trascendente, sino la relación material entre el sujeto y los intereses patrimoniales protegidos. La conducta del sujeto es la que toma relevancia a los fines imputativos de la responsabilidad, dejándose de lado el vínculo jurídico calificativo, por lo que en principio bastaría el concreto desenvolvimiento de una gestión efectiva en nombre o para la sociedad.

La estricta aplicación de los principios enunciados, haría suponer que la calificación de “*administrador de hecho*” a la actuación sin nombramiento sólo puede darse en sede penal como sujeto imputable de un delito, pero no dentro del ordenamiento común ¹.

¹ Debe tenerse en cuenta, que en la mayoría de los derechos comparados analizados, el “*administrador de hecho*” surge como sujeto pasible de sanciones penales, responsabilizatorias pecuniariamente en la mayoría de los casos, siempre que dichos sistemas contienen normas o cuerpos normativos que regulan y sancionan desde aquella óptica, la conducta disvaliosa de los administradores que en definitiva, hayan perjudicado a la sociedad o a los terceros con su actuación. Es por ello, que la mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales que colaboran en la conformación de principios generales que intentan establecerse en este capítulo, son extraídos de dicho ámbito, es decir, del ámbito penal. En la realidad jurídica argentina durante décadas, la doctrina tanto comercial como penal, ha bogado por incorporar -ya sea dentro de la legislación específica societario o ampliando los tipos penales existentes (vid. ANAYA, J., “La norma penal en la ley comercial”, E.D., 7/4/92)- los llamados “delitos societarios” como forma de limitar el incremento de ese tipo de actuaciones en la realidad empresarial, lo que hasta la fecha no ha tenido éxito. Para profundizar en este tema pueden consultarse los siguientes trabajos en *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. II, ZALDÍVAR, E., y NEGRI, C., *Infracciones a la legislación societaria. Necesidad de normas represivas específicas*, pág. 499, los que sentencian que “A veinte años de la sanción de la ley 19.550 se ha convertido en necesidad imperiosa complementarla con un cuerpo legal represivo de sus violaciones tanto más cuanto está demostrada la insuficiencia de los artículos 172, 173, 287, 300, 301 y 29 del Código Penal”; JUNYENT BAS, F., y FILIPPI, L., *La antijuridicidad en*

De ello se desprende una contradicción normativa e interpretativa que consiste en sostener que un sujeto que realiza funciones directivas o actúa sin nombramiento puede ser responsable como administrador dentro del ámbito del derecho penal, pero no dentro del ámbito civil, toda vez que no se configura un administrador en sentido “técnico”. Esta interpretación no puede prosperar cuando se analizan sus consecuencias que consisten en que el sujeto que no cumple con las formas y requisitos societarios exigidos, se vería privilegiado al no poder imputársele la responsabilidad y más aún, se podría incentivar a los propios administradores con la intención de, al amparo de las exigencias formales, eximirse de la potencial responsabilidad.

VII.2. Principios de la administración sin nombramiento en el derecho comparado

Inicialmente, este problema, fue tratado y resuelto por la jurisprudencia italiana, considerando que el acto de designación existía siempre aún cuando el mismo fuera “tácito”². En la actualidad, la doctrina y jurisprudencia italianas

el ámbito societario y la factibilidad de una regulación autónoma de índole contravencional, pág. 533; GOTTHEIL, D., *Sobre la necesidad de crear nuevos tipos penales que castiguen conductas ilícitas en el marco societario*, pág. 515; BERGEL, S., *Necesidad de legislar los delitos societarios*, pág. 523; RUBÍN, M., y otros, *Ilícitos societarios*, pág. 525; CAFURE DE BATTISTELLI, M., y GAVIER, E., *Ilícitos económicos*, pág. 540; RICHARD, E., *Actividad ilícita de sociedades*, pág. 575, entre tantos otros.

² La jurisprudencia italiana desde antiguo, y aun antes del desarrollo de la teoría orgánica, admitía la posibilidad de existencia de una “preposición institoria” tácita, por parte de la sociedad que designaba a su representante concluyendo así que existía un mandato tácito de administración y quien lo cumplía podía conceptualizarse como *administrador de hecho*, imputándosele las obligaciones y responsabilidades inherentes al cargo. Esta consideración mereció la crítica de MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, pág. 110, quien sostiene que, desde su particular punto de vista toda vez que considera al acto de designación un contrato en sentido estricto, siempre que el contrato de administración exige para su perfección el consenso de ambas partes, sólo podría configurarse un supuesto de designación tácita cuando existe una deliberación de designación expresa pero no publicada o cuando existe una deliberación de designación implícita en el sentido de no expresa pero jurídicamente relevante. Por el contrario, frente a la actuación de un sujeto sin designación asamblearia o del consejo de administración, ese sujeto no puede calificarse como administrador. Esta posición no es compartida por la jurisprudencia que ha deducido en diversos casos la

ha evolucionado considerándose al “*administrador de hecho*” responsable por las obligaciones como administrador, por el hecho del ejercicio efectivo de la gestión social, más allá de la designación ³.

El derecho español, por su parte, ha progresado normativamente respecto del resto de los derechos continentales europeos -salvo la reciente modificación del derecho italiano ⁴- siempre que la última modificación producida al Código Penal español ⁵, aprobada por ley orgánica 10/1995

existencia de un tácito acto de designación de la circunstancia que los administradores de derecho han aceptado tácitamente la actividad de gestión cumplida por el “*administrador de hecho*” o porque ha existido expresa aprobación por parte de la asamblea de la gestión llevada a cabo. (Así, *Cassi y materiali di diritto commerciale*, pág. 751, Trib. Milano, 19/1/67; App. Milano, 27/4/82, *La società*, 1983, pág. 27. A mayor abundamiento de las decisiones, vid. notas 167 y 171 de G. MINERVINI, *Gli amministratori ...* pág. citada). Esta postura, ha sido lentamente descartada por la jurisprudencia y la doctrina, en base a diversos argumentos. Los más importantes pueden sintetizarse, expresándose que: a) siendo evidente que la designación de los administradores corresponde a la asamblea, el tácito consentimiento de los administradores de *jure* o de la asamblea de socios posteriormente nada agrega al núcleo de la cuestión que se centra en considerar la efectiva actuación del sujeto y no su investidura; b) que la existencia de un mandato tácito se deduce del efectivo ejercicio de la actividad de gestión, identificándose así un “*administrador de hecho*” sujeto, en definitiva a las obligaciones y responsabilidades previstas por la ley (BONELLI, F., “La responsabilità dell’ amministratore di fatto” en *Giur. Comm.*, 1978, II, pág. 110 y ss.). Asimismo, la designación tácita puede, conforme la jurisprudencia italiana, aun configurarse a través de un acto de contenido positivo extra asambleario de los socios. En este sentido, Trib. Milano, 28/3/83, *La società*, 1983, pág. 1.022; ídem, 28/3/80, *Giur. It.*, 1982, I, 2, 219.

³ La Corte di Cassazione italiana ha mutado la orientación tradicional que exigía una designación al menos implícita en dos recientes pronunciamientos: Cass. 6 de marzo de 1999 y Cass. 14 de settembre de 1999 en *La Società*, 1999, pág. 1.049 con comentario de E. VALERIO, “Una svolta giurisprudenziale in tema di amministratori di fatto? La Cass. del 6/3/99, ha sostenido como principio que las normas que disciplinan la actividad de los administradores de una sociedad de capital, dispuestas a los fines de consentir un correcto desarrollo de la administración de la sociedad, son aplicables tanto a lo sujetos comprendidos por las normas establecidas en la ley como a aquellos que de hecho se entrometen en la gestión de la sociedad en ausencia de designación por parte de la asamblea sea aun irregular o implícita, por lo que responden por violación de la ley aun en el ámbito del derecho privado (recordemos la problemática entre el derecho italiano penal y civil en torno al tema) no en base a su calificación sino en relación al contenido de la conducta específicamente desarrollada.

⁴ Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell’ articolo 11 della legge 3 ottobre 2001. *Gazzetta Ufficiale* N° 88 del 15/4/02.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, Cívitas, 1996; SÁNCHEZ ALVARES, M., “Los delitos societarios”, *Derecho de sociedades*.

(B.O.E., N° 281), vino a dar satisfacción a una problemática que se venía gestando -y solucionando- por medio de la interpretación jurisprudencial⁶ y de una reforma anterior⁷ realizada al Código Penal español, que había traído no pocos conflictos interpretativos⁸.

La nueva norma incorporada textualmente expresa: *“El que actúe como ‘administrador de hecho’ o de derecho de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o*

Monografía, Pamplona, Aranzadi, 1996; ALONSO DE ESCAMILLA, A., “Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades” en *Jurisprudencia práctica*, Madrid, Tecnos, N° 115, 1996; MATA Y MARTÍN, R., “Los delitos societarios en el Código Penal de 1995” en R.D.S., 1995, 164.

⁶ALONSO DE ESCAMILLA, A., expresa que *“con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 15 bis -haciendo referencia a la modificación realizada en el año 1983- la jurisprudencia venía considerando responsables a las personas físicas que actuaban por cuenta de una sociedad, cuando en ellas concurría la cualidad exigida por el tipo para el sujeto activo”*. La sentencia del 25 de octubre de 1993 del TS, Sala 2ª de España, estableció lo siguiente *“(...) 5º El tercer motivo (...) La tesis recurrente, sin respetar la resultancia probatoria, se apoya en que el acusado ni era comerciante ni siquiera cooperador necesario no comerciante. Olvida cómo aquel relato refiere que actuó primero como Jefe de Ventas y después en funciones de Director General, participando así en un sinnúmero de responsabilidades. Mantenía constantes reuniones con el Administrador único, de las que nacían las decisiones económicas que la entidad adoptaba y que posteriormente ejecutaba el acusado. ...Los actos del acusado suponían de hecho una auténtica actividad comercial. Como se ha querido decir antes una dinámica delictiva palpable y manifiesta...”* en ALONSO DE ESCAMILLA, A., ob. cit., nota anterior, pág. 54.

⁷Ley orgánica 8/1983 del 25 de junio (B.O.E., N° 152 del 27 de junio) de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal incorporó una cláusula general de actuaciones en lugar de otro en el art. 15 bis, el que establecía: *“El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo”*.

⁸La jurisprudencia lo había sintetizado de la siguiente forma: *“A partir de la sanción del artículo 15 bis del Código Penal, ha quedado claro que la jurisprudencia de esta sala, que con anterioridad al mismo extendía la responsabilidad penal a los representantes de personas jurídicas que carecían de los elementos de autoría exigidos por el tipo sólo dados en la persona jurídica representada, tenía un débil respaldo legal y era susceptible de ser puesta en duda en relación al principio de legalidad”* (STS, 2ª del 24 de julio de 1989).

falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre". La recepción de la norma en cuestión, aun penal, que configure y tipifique la actuación del sujeto que actúa en nombre de otro, en este caso, una sociedad comercial, y aún frente a la falta de los requisitos vinculantes es sujeto pasible de sanción.

Esta determinación legal, a la vez que tipificó la conducta, sistematizó los elementos del tipo ⁹ tomando como criterio la actuación concreta de un sujeto y no su calidad, conforme la más evolucionada doctrina y jurisprudencia de los derechos continentales europeos ¹⁰.

VII.3. El administrador sin nombramiento en la realidad jurídica argentina

Sin perjuicio del tratamiento del tema en el ámbito civil en el próximo punto, conforme se enunciara, nuestro ordenamiento penal, no tolera la

⁹ Antes de la vigencia de la norma, adelantándose a la reforma introducida en 1995 y por construcción de la doctrina y jurisprudencia, se proponía resumir los elementos necesarios con el fin de aplicar el tipo a los siguiente: "a) de llevarse a cabo un delito en el marco de una persona jurídica, responsable no lo es ésta, sino los individuos que la integran, b) sus individuos incurrirán en responsabilidad penal, si en función del acto que les pueda ser imputado, ya de autoría, ya de participación en el respectivo delito, c) la responsabilidad alcanzará tanto a los administradores o representantes de la persona Jurídica, como a quienes sin ostentar esta condición, hayan llevado a cabo, por su posición en la correspondiente sociedad, una conducta que represente una forma de autoría o participación en el delito cometido (...)" (Córdoba, "Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes de sociedades mercantiles en derecho español" en *Estudio penales y criminológicos X*, Universidad de Santiago de Compostela, 1985-6, pág. 131, ob. cit., por MATA Y MARTÍN, R., "Los delitos societarios ... cit., pág. 168).

¹⁰ Por su parte, la recientemente presentada "Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles", en noviembre de 2002 por la Comisión General de Codificación, compuesta por los Prof. Fernando Sánchez Calero, Alberto Bercovitz-Rodríguez Cano y Angel Rojo Fernández-Río, incorpora, dentro de la sección correspondiente a la "Responsabilidad de los administradores" y, en la parte general del Código, el siguiente texto: "Artículo 128. Presupuestos de la responsabilidad. 1. Los administradores, sean de derecho o de hecho, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. (...)". Por su parte, el sistema alemán, ya ha sido tratado en el Capítulo I, al que se remite.

sanción al “*administrador de hecho*” que actúa sin investidura alguna, como sujeto activo, autor directo e inmediato del tipo previsto en el art. 173 inc. 7, por carecer éste justamente de la relación jurídica necesaria que es el antecedente dispuesto legalmente para que se configure el consecuente punitivo.

Es decir que contrariamente a las más avanzadas tendencias normativas, jurisprudenciales y doctrinarias del derecho comparado, nuestra legislación penal, se aparta del análisis de la concreta conducta del sujeto para centrar su configuración en las calidades de dicho sujeto y en su regular -o irregular- relación jurídica de ese sujeto con la sociedad, liberando así de responsabilidad, al menos penal, al sujeto que realiza funciones directivas sin designación alguna ¹¹.

De ello se desprende que la calificación formal se mantiene como prevaleciente por sobre los intereses jurídicos a proteger, dejándose así de lado, el aspecto sustancial del problema.

VII.4. Requisitos para la configuración de “*administrador de hecho*” sin nombramiento

Para la correcta individualización y aplicación de la figura, se impone analizar los elementos que la configuran ¹².

¹¹ En detalle, el tema vid. Capítulo I.9.

¹² Para L. LEVENEUR, « Situations de fait et droit privé » en *Bibliothèque de droit privé*, París, Ed. LGDJ, t. 212, 1990, pág. 52 y ss., la definición del “*administrador de hecho*” comprende un primer elemento que es puramente negativo: el “*administrador de hecho*” no es un administrador de derecho. Por su parte, comprende un segundo elemento que reside en el ejercicio, por parte de dicho sujeto, de una actividad positiva y efectiva de dirección, descartándose toda imputación al sujeto que ostenta una actitud pasiva. Esta última característica es de evidente trascendencia ya que un administrador de derecho no deja de ser tal aun cuando no administre o ejercite efectivamente las funciones de dirección, mientras que la actitud positiva y efectiva son imprescindibles para la configuración de un *administrador de hecho*. Asimismo, otra de las características perfiladas por la jurisprudencia francesa que el autor toma como elemento, es el ejercicio de la actividad con total independencia y autonomía. Por su parte, para N. ABRIANI, “Gli amministratori di fatto delle società di capitali”, *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milán, Giuffrè, pág.

VII.4.1. Realización de funciones directivas en forma permanente

El primer presupuesto es la asunción por parte de un sujeto de la actividad propia de un administrador, ejerciendo dicha actividad en forma más o menos permanente ¹³.

En este orden, la imputación al sujeto que actúa como administrador de hecho de esa calidad, presupone primariamente que la actuación se realice dentro de los límites típicos de los actos de administración y, en su caso, de representación, que esos actos sean realizados en forma permanente y que la actuación no sea una mera injerencia esporádica en la administración sino que su conducta implique el ejercicio positiva e independiente de los poderes que le corresponden a los administradores de *jure* o legalmente designados ¹⁴. Este ejercicio autónomo o

323 y ss., el “*administrador de hecho*” es aquél que: a) en ausencia de una eficaz deliberación asamblearia de designación ha ejercitado; b) en modo continuado; c) funciones gestorias reservadas por la ley a los administradores de derecho de la sociedad; d) en una posición de autonomía decisional, en una función sustitutiva o al menos meramente cooperativo (pero no subordinada) respecto de estos últimos.

¹³ Conforme el desarrollo de GARCÍA CAVERO, P., *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, Barcelona, Bosch, pág. 118 y ss.. La doctrina penal alemana, discute acerca de cuándo sería el momento justo en que el sujeto ajeno a la organización societaria asumiría el carácter de administrador. En este orden, para algunos autores el presupuesto es cumplido cuando, tanto hacia el interior como hacia el exterior de la empresa, todas las órdenes provienen del sujeto y éste tiene además una influencia determinante sobre el proceso global de los negocios. Para la determinación de esto no se recurre a las actividades que desarrolla el sujeto, sino a una perspectiva desde la globalidad de la empresa. Para este sector no son importantes las facultades del sujeto sino su poder fáctico de ordenación. Para el sector de la doctrina que sostiene lo contrario, no es concluyente que el sujeto ejerza en todos los ámbitos parciales de la dirección del negocio una influencia decisiva. Por nuestra parte, se considera que es imposible e innecesario calificar *a priori* con tanta precisión el momento en que el sujeto asume la calidad de *administrador de hecho*, debiendo estarse a los hechos y pruebas en cada caso concreto, aunque sí se adelanto (Capítulo I) que no hace falta que el sujeto ejerza efectivamente todos los poderes de administración y representación, sino que tenga la posibilidad de ejercerlos.

¹⁴ El criterio de actuación más o menos permanente se ha plasmado legislativamente en la L.S.C. cuando para las sociedades en comandita simple, se prevé la inmiscusión habitual del socio comanditado en la administración, extendiéndole la responsabilidad por todos los actos de administración. En jurisprudencia comparada puede citarse la Corte de Milán, 9/12/94 con comentario de FATTORI, A., “Attibuzione della qualifica de amministratore

independiente de las funciones de administración se complementa con la soberanía en las decisiones de gestión ¹⁵.

di fatto e conseguente responsabilità”, *Le società*, 1995, pág. 936 y *Cassazione civile*, 12/1/84, Giur. Comm., 1985, pág. 182. Este pronunciamiento, más allá de sustentar el principio de la necesaria permanencia en la actuación de un sujeto extraño a la administración para calificar al mismo como *administrador de hecho*, es por demás interesante de comentar por otros matices que contiene: el fallo está basado en una acción de impugnación de decisión asamblearia por parte de varios accionistas externos de la sociedad BPM Leasing s.p.a., contra ésta y su controlante Banca Popolare de Milano. Los actores sostuvieron que la decisión que rechazó la iniciación de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la primera, era nula porque en dicha decisión participó en “conflicto de intereses” la controlante -la Banca Popolare de Milano- quien obviamente votó por la negativa. Los actores sostuvieron distintos argumentos para avalar el conflicto de intereses planteado, pero en lo que aquí importa, alegaron que la controlante no podría haber votado en la respectiva decisión toda vez que la misma ostentaba la calidad de administradora (de derecho o al menos de hecho) de la sociedad controlada, por lo que debió abstenerse de votar en dicha decisión. La Corte sostuvo que aun cuando hubiera existido injerencia por parte de la Banca Popolare de Milano (directa o indirectamente a través de sus administradores) en la gestión social y siendo dicha intervención aislada, no se configuraba la figura de administración de hecho, toda vez que para dicha configuración se requería cuanto menos una injerencia estable que se propagara por un relevante tiempo y que se manifestara a través de constantes y repetidos actos típicos de administración.

¹⁵ La casación francesa, ha tenido numerosas oportunidades de pronunciarse al respecto ya sea para admitir o para rechazar en el caso concreto la existencia del *dirigeant de fait* sosteniendo que éste se caracteriza por el ejercicio con total soberanía e independencia de las actividades positivas de gestión (CA París, 19/5/95, Rev. Soc., 1995, sum. 772; CA París del 16/12/97, Rev. Soc., 1998, pág. 159, etc.). En recientes pronunciamientos jurisprudenciales ha caracterizado como “*administrador de hecho*” a: a) el ex gerente de la sociedad que luego de su renuncia ha continuado administrando a la sociedad activamente con total independencia y con su sola autoridad conducía la contratación con terceros (Cour d’appel de París del 15/12/99); b) al gerente legal que asumió la responsabilidad de contratar al personal; la contratación de los proveedores, la relación con los proveedores y los clientes, y aun cuando se le reconocía una remuneración como empleado de la sociedad, tenía de hecho la dirección de la compañía (Cour d’appel de París del 28/1/00); c) al administrador de derecho quien alegó ser un “prestanombre” y al de hecho quien efectivamente conducía los negocios sociales, sosteniendo que la delegación en un sujeto sin designación de todos los poderes de dirección no exonera de responsabilidad al sujeto legalmente designado aun cuando éste sea un prestanombre y al “*administrador de hecho*” por ejercicio efectivo de las funciones de administración (Cour d’appel de París del 8/12/00) y d) al socio titular del 50% del capital social quien, entre otros actos, utilizaba la cuenta bancaria de la sociedad a su discreción; retiraba, pese a no tener designación alguna, un sueldo mensual de la sociedad, y esta última pagaba el alquiler de la vivienda donde habitaba (Cour d’appel de París del 25/1/00). En todos los casos, la sociedad había caído en estado de insolvencia y se le imputó responsabilidad

En otras palabras, la intromisión en el ejercicio de la función administrativa en forma ocasional no produciría los efectos de configurar a un administrador de hecho, siendo que dicha actuación debe ser personal, más o menos persistente y estable y, a la vez, que los actos de administración sean realizados en forma repetitiva, proyectados en un considerable lapso de tiempo ¹⁶.

De otra forma, cualquier acto realizado directamente o por consejo de un tercero -en el sentido de un sujeto ajeno a la organización interna societaria- sería susceptible, por extensión, de configurar a un sujeto como “*administrador de hecho*” de la sociedad, alcanzándole las responsabilidades y obligaciones previstas para aquellos ¹⁷.

VII.4.2. Tolerancia de los demás órganos y la sociedad

La segunda característica de la configuración la determina la tolerancia de los demás administradores, socios y, en definitiva, de la sociedad con respecto a la actuación del “*administrador de hecho*” en nom-

personal a los *dirigeant de fait* por declaración tardía del estado de cesación de pagos (Todos en *Rev. Trimm de Droit Comm*, 2001, pág. 241 y ss..

¹⁶ Sin perjuicio de lo expuesto, alguna jurisprudencia comparada ha calificado a un sujeto que tenía “injerencia relevante” en la sociedad como *administrador de hecho*. En este sentido, la *cassazione* italiana del 19/12/85 se ha pronunciado en el sentido de calificar a un sujeto como “*administrador de hecho*” toda vez que había ejercido acto de gestión de primaria relevancia para la actividad social (cit. por BONELLI, F., “La responsabilità degli amministratori” en *Trattato delle società per azioni*, dirigido por Colombo y Portale, Ed. Utet, pág. 400. Esta solución parece ser al menos peligrosa, toda vez que los criterios que tienden a regular el correcto desarrollo e interpretación de la actividad societaria en un terreno tan difícil como el que se trata, deberían tender a establecer pautas más o menos objetivas de interpretación. Dejar librada a la interpretación jurisprudencial conforme la “calidad” del acto que se realiza y no a parámetros estables y ecuanímenes la calificación de un sujeto, no es una solución adecuada.

¹⁷ Lo expuesto no implica de manera alguna que el tercero que actuó quede, en su caso, liberado de sanción -según los efectos que dicho acto haya producido a la sociedad- lo que aquí se quiere significar es que para ser sancionado por los daños no necesariamente requiere la previa calificación del sujeto como *administrador de hecho*. Así, el sujeto que actuó en forma aislada puede ser alcanzado, se reitera: según los efectos producidos por el acto, por los arts. 1109 C.C. y 54 de la L.S.C. en todos sus párrafos, en su caso.

bre de la sociedad, siempre que ello genera una imagen de validez -frente a terceros- de los actos realizados por el “*administrador de hecho*”¹⁸.

Dicha tolerancia puede adquirir diversas formas, todas válidas para el supuesto. La tolerancia puede ser activa, en el sentido que la actuación del sujeto que interviene en nombre y para la sociedad puede ser consentida por los demás órganos en forma voluntaria¹⁹ o pasivamente ignorada²⁰, siempre por omisión de los demás miembros del órgano de administración o los socios.

¹⁸ Simétricamente ello sucede en las relaciones bilaterales. En este sentido, JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, Civitas, 1994, pág. 13, expresa respecto a la imputación de responsabilidad al deudor que “*no hay auxiliar, ni posible responsabilidad contractual del deudor por él, sino cuando el tercero que interviene en el marco de lo debido según la relación obligatoria de la que el deudor es parte, lo hace autorizado o legitimado por éste: por encargo suyo o con su consentimiento*”.

¹⁹ La CNCom., Sala D, 17/11/94, en autos: “Dar S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda s/ Quiebra incidente de nulidad” sostuvo que: “La pacífica aceptación de la ciertamente irregular personería del presidente del directorio que reasumió el cargo ante el directorio, debe tener un razonable límite temporal, de modo que en algún momento sea regularizada la situación (...) es el órgano de gobierno de la sociedad quién debe intervenir en la designación de los representantes y administradores sociales, de modo que resulta imprescindible su actuación, que solo puede ser soslayada, razonablemente, por motivos de necesidad y urgencia que no parece posible se hayan mantenido durante diez años”. Por su parte, ya los primeros antecedentes en la jurisprudencia penal alemana (BGHSt. 3 de 1932) asimilaba al administrador de derecho, al sujeto que más allá de su designación formal, fácticamente asumía una posición de administrador con el consentimiento de los socios. La jurisprudencia italiana, por su parte (Trib. Milano, 18/10/93, *Le società*, 1994, 253) se ha pronunciado en el mismo sentido sosteniendo: “Colui che eserciti in concreto funzioni di amministrazione in una società di capitali con el consenso di tutti i soci, anche se non espresso in una formale deliberazione di assemblea, deve essere considerato amministratore di fatto della società”. Y que al haber la asamblea deliberado sobre la acción de responsabilidad del *administrador de hecho*, comprendía la tácita pero inequívoca ratificación por parte del órgano competente (Trib. App. del 26/3/68 en *Casi e materiali*, ob. cit., pág. 757).

²⁰ Es clarificador en este sentido, el pronunciamiento de la CNCom., Sala D del 19/10/87, en autos: “Frate, Gustavo c/ Cavi S.A.”. Otros supuestos de consentimiento tácito por omisión que revelarían la conducta de los demás órganos y, en definitiva, de la sociedad, los configurarían la falta de inscripción en el R.P.C. de la cesación del cargo de administrador, por la apariencia que genera frente al tercero el mantenimiento de una designación en dicho registro, siendo una forma de consentimiento tácito de la sociedad. La jurisprudencia francesa hace alusión a los órganos que “ingenuamente” o por “exceso de confianza” complacidamente aceptan la acción u intromisión de un sujeto otorgando así la apariencia y prerrogativas que le corresponden al órgano social y, en definitiva, al adminis-

Ambos supuestos implican el expreso o tácito consentimiento de la sociedad, quien tolera la actuación de un sujeto en su nombre y representación, causa ésta suficiente para responsabilizarla como si actuara el sujeto legal y estatutariamente designado ²¹.

En otras palabras, deben existir comportamientos concluyentes tanto del sujeto que actúa como “*administrador de hecho*” cuanto de la sociedad o los órganos sociales, que implican crear una situación determinada, situación ésta que está destinada a tener efectos externos a la propia relación.

Los elementos delineados deben darse en forma simultánea, esto es, la actuación del sujeto y sin oposición de la sociedad o, en su caso, la apariencia tolerada aun culposamente por la sociedad, ello llevará a la configuración de un “*administrador de hecho*” y, en definitiva, a la imputación de los actos por el realizados a la sociedad.

trador de derecho. Com., 20/1/98, en autos: “Consorts Ruch et SCI Schluthfeld c. Me Clus”, *Rev. Trim. de Droit Comm.*, 1998, pág. 357.

²¹ Así lo ha entendido también la jurisprudencia local que ha expresado que “Los defectos internos de organización de la sociedad demandada o al menos su falta de control sobre las actividades que realizaba el supuesto representante de la misma, que no revestía el carácter de representante legal, son hechos imputables a la propia demandada y que no pueden ser opuestos a quienes de buena fe contrataban con aquella” (CNCom., Sala C, del 18/2/00, en autos “Zoberman, José c/ Sistemas de Identificación Computada S.A. s/ sumario”. Desde antiguo, la jurisprudencia se ha pronunciado particularmente en el campo de los títulos valores sosteniéndose la obligación de la sociedad de responder frente a terceros, cuando ésta tolera la actuación de una administración espuria, en defensa de los derechos de los terceros de buena fe, por los actos que emanen de esa administración (CApel. Lomas de Zamora, Sala I, en autos: “Plásticos Sarandí S.A. c/ Electricidad Sarandí s/ Cobro de pesos”, causa 35.887/92 y “Gerardi, Rodolfo c/ Velayos Hnos. S.R.L. s/ Cobro ejecutivo” del 15/9/88. Otro supuesto de consentimiento tácito de los demás órganos internos societarios podría configurar el supuesto de aprobación de estados contables de la sociedad, confeccionados por el *administrador de hecho*, o que incluyan las operaciones concluidas por dicho sujeto lo que implicaría una conducta inequívoca de aceptación por parte de la sociedad. En este sentido, Cass. Civ. del 21/11/83 en *Giur. Comm.*, 1984, 2ª parte, pág. 554, con nota de Jachia, G. En el caso, se tuvo como ratificación tácita de un acto concluido por el *falsus procurator*. El fundamento de tal postura se basa en que el comportamiento de una sociedad de capital, consistente dicho comportamiento en actos o hechos que implican la tácita voluntad de hacer propios los efectos del contrato concluido por el representante ficticio, implican tácitamente los efectos de una ratificación.

Con relación a la complacencia culposa por parte de los demás administradores -si existieran- su exteriorización puede surgir no sólo de la pasividad en su conducta ²², sino también en la omisión de cumplir con las obligaciones legales impuestas de cuidar los bienes sociales.

Por el contrario, no sería requisito de configuración del supuesto de “*administrador de hecho*” la necesaria existencia de un administrador de derecho legalmente designado. Ello toda vez que cualquier otra interpretación evitaría la calificación de “*administrador de hecho*” en las organizaciones societarias unipersonales, produciendo un efecto disvalioso para las relaciones jurídicas que se traten.

VII.5. El apoderado general como administrador de hecho

Dentro de los supuestos posibles de análisis se incorpora el sujeto que, sin ser parte formalmente del órgano de administración de la sociedad actúa como tal en su calidad de “apoderado general” pudiendo, en determinados casos, ser calificado como “*administrador de hecho*” de ésta ²³.

VII.5.1. Encuadramiento normativo

La ley 19.550 dispone en su art. 266, la obligatoriedad para los miembros del órgano de administración, de ejercer el cargo en forma personal e

²² En forma equivalente, la Cass. francesa se ha pronunciado en favor de la responsabilidad tanto del gerente estatutario como del *dirigeant du fait* -frente a la insolvencia de la sociedad- que para el caso era el hermano del gerente estatutario, rechazando liberar de responsabilidad al gerente estatutario basada en que aun cuando la sociedad se encontraba enteramente dirigida por el “*administrador de hecho*” la omisión o ignorancia del gerente estatutario no puede ser exonerativa de responsabilidad, máxime cuando dicha omisión o ignorancia pretende ser utilizada para favorecer el fraude (*Rev. Trimm. de Droit Comm.*, 1998, pág. 163).

²³ Desarrollado sobre el trabajo de L. FILIPPI y S. JURE RAMOS, “¿Seguridad o celeridad del tráfico mercantil?”. “La representación por apoderado en la sociedad anónima”, en *Negocios societarios, concursales y de la integración de Argentina y Chile*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pág. 121.

indelegable. Asimismo dispone el art. 268 L.S.C., que la representación legal está a cabeza del presidente del directorio y permite eventualmente organizar la representación convencional incorporando, a la ya establecida precedentemente, la designación de uno o más directores. El cuerpo normativo diferencia funciones de administración y de representación y permite, por razones operativas y de índole netamente prácticas -como, por ejemplo, la complejidad en la organización por el tamaño de la estructura- la delegación de algunas y determinadas funciones específicas.

Esta delegación de funciones ²⁴ puede ser orgánica o no, en el sentido que pueden recaer sobre sujetos insertos en la organización social o pueden recaer en terceros que no reúnen tal carácter. En el primer caso, es permitida por ley la organización de un comité ejecutivo formado por miembros del órgano de administración y delegando para con éstos las funciones negociales ordinarias. En el segundo caso, es decir, no orgánica, pueden delegarse funciones ejecutivas a terceros ya sean éstos designados gerentes ²⁵, o directamente mandatarios de la sociedad.

Por su parte, la decisión de delegación de funciones, en el primer caso referido, debe estar autorizada y eventualmente organizada por el estatuto, mientras que en el segundo, en cambio y, según disposiciones normativas expresas, corresponde al directorio la decisión y designación de gerentes generales o especiales, como así también la designación de uno o más representantes no orgánicos.

Cualquiera sea el supuesto, es determinante que tales designaciones y funciones se agregan a la de los directores siendo que nunca podrían funcionar como sustitutas de estas últimas.

²⁴ Para NISSEN, R., *Ley de sociedades comerciales. Comentada, anotada y concordada*, ob. cit., t. 4, pág. 351, no existe verdadera delegación de facultades ya que sólo los integrantes del directorio pueden formar parte del Comité Ejecutivo. En el derecho español, en cambio, se habla de administración delegada siempre que se organice una estructura institucional a través de la cual tiene lugar el ejercicio de facultades propias del Consejo por uno o varios de sus miembros (conf. IGLESIAS PRADA, J., *Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima*, Madrid, Tecnos, pág. 137 y ss..

²⁵ Según las disposiciones del art. 270 L.S.C. que permite la designación de gerentes generales y especiales, delegando en ellos funciones ejecutivas de la administración. Sobre el tema ver ALEGRÍA, H., "La representación societaria", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 6, *Representación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 255.

VII.5.2. *El apoderado general. Los límites de su actuación*

En la delegación orgánica, la ley determina y regula sus efectos propios siendo que la previsión legal se encuentra encaminada a cumplir con lo expuesto en el párrafo precedente, es decir que las funciones y responsabilidades delegadas no sean sustitutivas sino aditivas de las funciones y responsabilidades de los administradores designados.

En cambio, en el supuesto de delegación de funciones no orgánica, la normativa específica no dispone efecto alguno, rigiéndose, en definitiva, por las normas del derecho común ²⁶.

Sin perjuicio de ello, la delegación de funciones no orgánica, esto es, en terceros ajenos a la organización societaria interna, y que además no revistan el carácter de “dependientes” de la sociedad y, para que sea jurídicamente regular, presupone un doble límite, que puede calificarse como “funcional” por un lado y como “cualitativo” por otro.

En este sentido, el límite llamado “funcional” es el que hace referencia a cuál es el órgano social con capacidad o competencia para designar a estos representantes y, en conclusión, el que tiene potestades para delegar funciones a terceros ajenos a la organización societaria.

Por su parte, el límite “cualitativo” es aquel que se refiere a las funciones y poderes que pueden ser objeto de delegación y, en definitiva, al contenido de la delegación para que sea válida la misma ²⁷.

²⁶ Art. 1869 y ss. del CNCiv. y art. 223 y ss. del C.Com..

²⁷ El derecho italiano desde antiguo, ha tenido una profusa elaboración doctrinaria y jurisprudencial de lo que se denomina el “apoderamiento abdicativo”. Inicialmente, el parámetro utilizado a fin de evaluar la admisibilidad o no del poder conferido a terceros se centraba en la amplitud del poder atribuido, centrándose apriorísticamente la legitimidad de dicho poder en la “especialidad” del mismo y, por el contrario, negándose la validez del poder “general”. Así, sobre el fin de los años sesenta, la jurisprudencia utilizaba la expresión abdicación del poder gestor para describir el inadmisibile efecto que el otorgamiento de un poder general producía. El fundamento del rechazo del poder general era doble: por un lado, se requería una cláusula expresa del estatuto que autorizara a los administradores a otorgar un poder general y, por otro, se hacía utilización al plausible principio de la inderogabilidad de las normas societarias en materia de designación y poderes de los administradores (conf. LATELLA, D., “La rappresentanza nelle società di capitali: La Procura generale conferita a terzi dagli amministratori” en *Giur. Comm.*, 2000, I, pág. 124 y ss..

Resumiendo hasta aquí, la delegación no orgánica de funciones en terceros ajenos a la organización interna -no dependientes- será válida siempre que se respeten las fronteras funcionales y cualitativas de la delegación ²⁸.

La noción de límite funcional, a su vez, se ciñe en la determinación sobre si la delegación debe ser siempre orgánica o, por el contrario, el

²⁸ El Código de Comercio italiano de 1865 establecía expresamente que los administradores de la sociedad por acciones podían designar delegados o apoderar a terceros para negocios especiales, pero no podían ceder ni delegar a otros la administración sin en consenso de la sociedad (art. 138, co. 3). Esta norma que no tuvo acogimiento en las posteriores reformas, era interpretada en el sentido que la facultad de administración ni aun en parte y, salvo para negocios específicos, podía ser delegada. La ausencia actual de una norma como la citada, no ha excluido la admisibilidad de esta modalidad organizativa la cual, responde a una fundamental exigencia de descentralización de la actividad gestoria y, en principio, no contrasta con la obligación de ejecución personal del cargo. La interpretación actual es que en ausencia de una prohibición expresa del estatuto no es necesaria una cláusula específica que autorice la delegación para que el apoderamiento sea válido y oponible el acto concluido por el apoderado que gestionó sin dolo (art. 2384, 2 C.C.I.) dicho poder y su validez será evaluado exclusivamente a la luz de eventuales limitaciones (estatutarias o legales) al poder de representación (art. 2384, 1 C.C.I.) sin necesidad alguna de someterlo a la conformidad de la sociedad (art. 2384 bis C.C.I.). En resumen, en la doctrina y jurisprudencia italiana actual la admisión del poder general como modalidad organizativa de la función gestoria depende, por un lado, del mantenimiento en cabeza de los administradores de los poderes de dirección estratégica de la empresa y, del otro, de la inexistencia de cláusulas contractuales que deroguen el modelo legal de organización de la administración y representación, incompatibles éstas con el sistema societario. Para todo, D. LATELLA, ob. cit., nota anterior. El derecho francés, por su parte, y conforme con la disposición del art. 90 primer párrafo del decr. del 23/3/67, autoriza al consejo de administración y fuera de la delegación orgánica o al director general a conferir "... à un ou plusieurs de ses membres, ou à des tiers, actionnaires ou non, tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés". La jurisprudencia ha interpretado dicha norma en el sentido que la delegación mediante apoderamiento a terceros es válida, siempre y cuando sea un apoderamiento especial y no resulte una delegación demasiado amplia de sus atribuciones. Concretamente, la Corte de Casación del 11 de junio de 1965 en R.D.C., 1965, 861 ha establecido que "le pouvoir de conférer à des tiers des pouvoirs spéciaux pour certaines tâches précises, à condition qu'il n'en résulte pas une délégation trop large de leurs attributions" (ob. cit., G. RIPERT y R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, 14e édition, París, 1991, pág. 993). Por su parte, el derecho alemán el debate en torno a la posibilidad de conferir poderes a terceros surge del § 78 (*Vertretun*) de la *Aktiengesetz*, estableciendo la doctrina la admisibilidad de la "Generalvollmacht" siempre y cuando dicha delegación no importe una "ilícita transferencia" al tercero del poder de gestión. (conf. Hefermehl, en Gebler - Hefermehl - Eckart - Kropff, "Aktiengesetz Kommentar", Bd. 2, München 1974 § 78, Anm 84 e 85, ob. cit., por Latella D.).

presidente del directorio de una sociedad anónima tiene las facultades suficientes para otorgar mandato a un tercero a fin de que éste actúe en nombre de la sociedad y la obligue frente a terceros a falta de disposición estatutaria expresa ²⁹.

La doctrina y la jurisprudencia nacional han tenido a este respecto y desde antiguo posiciones antagónicas. Por un lado, se ha sostenido que “el contrato celebrado por un apoderado cuyo poder fue otorgado por el presidente obliga a la sociedad anónima siempre y cuando el acto no sea notoriamente extraño al objeto social y el poder contenga facultades suficientes para el acto”. Resultando así irrelevante la ausencia de decisión colegial del directorio resolviendo otorgar el poder ³⁰.

Por otro lado, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, que parece la más acertada, sostiene que el presidente del directorio no puede otorgar por sí, poderes para representar a la sociedad, siempre que si bien existe la posibilidad por parte de la sociedad de nombrar representantes, éstos deben ser designados por el órgano en el cual residen las facultades de administración, es decir el directorio, ya que el nombrar apoderados, es un acto de administración propiamente dicho. Y que “el presidente del directorio no es órgano de administración, sino de representación, conforme lo establece el propio art. 268 L.S.C., o sea que puede declarar la voluntad social y tiene el uso de la firma social, pero no puede fijar el contenido de aquella ... el presidente del directorio no puede entonces por sí decidir el otorgamiento de poderes para representar a la sociedad ni revocar por sí los ya otorgados” ³¹.

²⁹ Cabe aclarar que frente a una disposición estatutaria en la que se establezca expresamente que el presidente del directorio tendrá facultades para otorgar poder a un tercero, el mandato otorgado en los términos autorizados por el estatuto, será válido y, en su caso, el escribano interviniente deberá labrar la correspondiente escritura haciendo expresa referencia, la previsión estatutaria con transcripción de ésta.

³⁰ FAVIER DUBOIS (H), E., “La representación por apoderado en la sociedad anónima”, en *Negocios societarios*, libro en homenaje a Max Sandler, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pág. 229 y ss..

³¹ CNCom., Sala A, 4/8/74, en autos: “Guillermo Kraft S.A s/ Inc. de representación”, L.L., 1978-A-456; en el mismo sentido, CNCom., Sala A, del 9/12/80, en autos: “Sava S.A. c/ Santoro, Osvaldo”, L.L., 1981-D-190; ídem. del 12/2/97, en autos: “Brandes, Pedro c/ Labinca S.A.”, L.L., 1998-B-618” estableciendo que “El mandato otorgado por el presidente y vicepresidente de la sociedad controlante a sus letrados para intervenir en la

Esta última postura es coherente con el sistema societario vigente en su totalidad, apuntalándose esta posición en el contenido del art. 270 L.S.C. el cual, en su primer párrafo expresamente establece “ el directorio puede designar gerentes generales o especiales, sean directores o no (...) en quienes pueden delegar las funciones ejecutivas de la administración”, estableciéndose, en definitiva, la posibilidad de elección o designación de representantes convencionales, pero exigiéndose a la vez que sea el directorio (órgano de administración) el encargado de tomar la decisión ³².

Por otra parte, se ha hecho referencia a que la delegación debe contener límites “cualitativos” de los poderes delegados a terceros. El catálogo de poderes que pueden delegarse, no se encuentra expresado en nuestro sistema normativo debiéndose estar a la luz del principio rector de los arts. 268, 269 ya citados, de las estipulaciones contractuales y de los propios límites intrínsecos del órgano de administración ³³.

Siguiendo estos basamentos, el directorio podría encargar a sujetos particulares la realización de un negocio determinado o de varios negocios particulares pero no podría otorgar un poder general de administración y representación permanente, ya que en este caso se estaría ante una doble infracción. Por un lado, se violaría el principio normativo del art. 266 de la “personalidad” e “indelegabilidad” del ejercicio del cargo de administra-

asamblea de la sociedad controlada importa un exceso en las atribuciones de quienes lo otorgaron pues la circunstancia de que tengan el uso de la firma social no los habilita *per se* a otorgar ese mandato e instruir a los mandatarios con relación al cometido asignado. En efecto, tal acto de apoderamiento sólo hubiera sido eficaz si hubiera sido otorgado en virtud de una decisión adoptada por el directorio según el procedimiento previsto en el estatuto, que requiera la presencia de todos los integrantes de dicho órgano” (ZALDÍVAR, E., y otros en *Cuadernos...* cit., t. I, pág. 294.

³² Discusión aparte es la de la validez o no frente a terceros del mandato otorgado por el presidente del directorio y su oponibilidad a la sociedad, tema éste que excede el tratamiento de la configuración del *administrador de hecho*. Al respecto puede verse, entre otros, RANGUGNI, D., “Representación, mandato y apariencia”, L.L., 1988-D-1; MIGLIARDI, F., “Acotación sobre la función del presidente del directorio”, L.L., 1981-D-189, etc..

³³ Otras legislaciones como la italiana, expresan, al menos, las funciones que no pueden ser delegadas en la faz interna, incluyendo en estas últimas: a) la redacción del balance (art. 2423 C.C.I.); b) la facultad de aumentar el capital social por delegación fuera de las condiciones del art. 2443 C.C.I.; c) aquellas funciones relativas al caso de reducción del capital por pérdidas (arts. 2446 y 2447 C.C.I.).

dor³⁴ y, por otro, la aceptación de tal posibilidad, implicaría estar dando un paso atrás en la superación de la teoría del mandato puesto que los directores no son mandatarios de la sociedad que puedan sustituir el poder que ostentan otorgado por la ley.

En resumen, la validez en la delegación de funciones de administración se encuentra ceñida a dos condiciones previas: por un lado dicha delegación debe ser realizada por el órgano legalmente autorizado esto es el directorio funcionando orgánicamente, y por el otro el contenido de la delegación sólo puede consistir en actos, a la vez que delegables, particulares y específicos no siendo autorizada legal ni axiológicamente la delegación de poderes generales amplios de administración y representación a un tercero ajeno a la organización interna societaria.

Caso contrario, el apoderado no será ya un mandatario con los límites y beneficios dispuesto por la ley, sino directamente un “*administrador de hecho*” que actúa en nombre y representación de la sociedad, con las mismas responsabilidades que los administradores legalmente designados, ello desde el punto de vista interno y más allá de la oponibilidad de los actos concluidos por dicho “apoderado” a la sociedad por los terceros.

Sin perjuicio de lo expuesto existen, además, dos fundamentos adicionales de relevancia: el primero consiste en que las facultades generales y amplias de administración y representación de la sociedad, conforme se encuentra establecido normativamente, sólo le corresponde al administrador típicamente designado, ya sea director o presidente del directorio. El segundo se basa en que el propio sistema no puede tolerar la actuación generalizada de un sujeto que se encuentra instituido para realizar todo tipo de actos en representación de una sociedad, normalmente por tiempo indeterminado, con total irresponsabilidad personal por los actos concluidos, tanto frente al tercero como frente a la sociedad³⁵.

³⁴ En el mismo sentido, CURA, J., “El olvidado artículo 266 de la ley de sociedades”, L.L., 1996-C-247.

³⁵ En este sentido, según el ordenamiento positivo, principalmente por el juego de los arts. 1946 y 1947 C.C., el mandatario queda eximido de responsabilidad en forma total, frente al mandante y el tercero, siempre que actúe en los límites del mandato y, por los efectos propios del negocio concluido.

En definitiva, el apoderado general de la sociedad anónima, aun cuando posea un poder general de administración y representación orgánicamente otorgado, podrá configurar un supuesto de “*administrador de hecho*” de la sociedad y le cabrán las mismas responsabilidades que al administrador legalmente designado³⁶. Ello siempre y cuando se configuren los demás requisitos expuestos.

VII.5.3. *El socio mayoritario como administrador de hecho*

Dentro de la configuración del apoderado general como administrador de hecho, puede identificarse un supuesto específico, esto es, el del socio mayoritario que designa al administrador de derecho y se hace dar por éste un poder general de administración³⁷.

Conforme establece Abriani³⁸, este supuesto es una de las típicas formas de manifestación del fenómeno del administrador de hecho, toda vez que el sujeto, sin designación formal societaria actúa en nombre y representación de la sociedad, con la irresponsabilidad que un poder de origen contractual le otorga³⁹.

³⁶ Este principio ha sido asentado también en la jurisprudencia comparada (App. del 26/3/68 en *Casi e materiali*, ob. cit., pág. 757). El caso consistía en una sociedad *Siates* soc. de responsabilidad cuyo administrador único había otorgado un mandato general y amplio a un tercero. Declarada la quiebra de la sociedad, los socios iniciaron acción contra el administrador de derecho y el apoderado general como “*administrador de hecho*” de la sociedad fallida. La Corte de Firenze, confirmando el fallo de primera instancia sostuvo que le cabía la responsabilidad al “apoderado general” como administrador siempre que el mandato había sido otorgado por el administrador único a punto de sustituir las funciones de dicho administrador de derecho y la asamblea había ratificado implícitamente la calidad de administrador, decidiendo el inicio de las acciones de responsabilidad contra el “apoderado” en su carácter de administrador.

³⁷ Queda aquí descartado el supuesto de influencia dominante del socio controlante o el supuesto de calificación de “*administrador de hecho*” al socio mayoritario por su influencia o directivas impartidas a los administradores por él designados, toda vez que en estos supuestos el socio mayoritario no actúa personalmente como administrador.

³⁸ “*Amm. de Fatto ...*”, ob. cit., pág. 80 y ss.. Especialmente, nota 14.

³⁹ Existen otras formas que pueden consistir en vincular al socio mayoritario mediante un contrato de trabajo como dependiente ejecutivo de la sociedad. Este supuesto ha sido

Esta hipótesis tienen relevancia práctica mayormente en las sociedades cerradas, donde el socio mayoritario puede actuar, en definitiva, y complacencia mediante del administrador de derecho que usualmente será un presta nombre ⁴⁰, como “*administrador de hecho*” de la sociedad ⁴¹.

Sin perjuicio de lo expuesto, es por demás evidente que la configuración de este específico supuesto, que la posición de socio mayoritario *per se*, de manera alguna configura un supuesto de administración de hecho, lo que resultará, en definitiva, de las circunstancias del caso y de los elementos de prueba que se tengan para imputar al socio mayoritario como “*administrador de hecho*” de la sociedad, considerándose particularmente la sistemática injerencia de éste en los actos de gestión y representación más allá del poder ⁴².

tratado por la jurisprudencia francesa que ha reconocido la calidad de “*administrador de hecho*” al “director técnico” después de haber constatado que el supuesto contrato de trabajo no implicaba subordinación alguna, sino por el contrario cumplía personalmente en forma permanente la gestión total de la empresa. Cass. Com., 26/12/71 in Bull civ. 1971 II, 503, p. 440. Asimismo, Cass. Com., 2/6/87 y Cass. Com., 26/5/87; Cass. Soc., 3/3/76 en Juriclass. Periodique, ed. G., 1987, IV, pág. 275 y pág. 264 respectivamente que han considerado como “*administrador de hecho*” al “director comercial” de la sociedad. Un caso típico que puede ser citado, App. París, 19/5/95 en donde el “*administrador de hecho*” había designado administradora a su secretaria y se hizo designar por esta última como “director comercial”. Todos citados por ABRIANI, N., *Gli amministratori...*, ob. cit., pág. 83, nota 15.

⁴⁰ O, en su caso, un dependiente directo del socio mayoritario.

⁴¹ Sin perjuicio de ello y tal como lo relata EMBID IRUJO, M., “Grupos de sociedades y gobierno corporativo” en *La sociedad comercial ante el tercer milenio*, Buenos Aires, Ed. Uade, 1998, t. II, pág. 435 y ss., el “Código de buena conducta” desarrollado por el Prof. Manuel Olivencia (el llamado informe Olivencia), ha recogido las ideas básicas del Corporte Governance, para las sociedades cotizadas, incorporando un capítulo titulado “Extensión de los deberes fiduciarios de los accionistas significativos”. Conforme el autor, toda vez que la condición de accionista significativo otorga a su titular una “especial posición” en la sociedad cotizada la que podría deducir en su favor ventajas de índole informativa, contractual o patrimonial y, aunque centrando las recomendaciones en el posible favoritismo económico que podría tener el socio significativo; es de destacar el reconocimiento del riesgo de la posición de control aun en las sociedades cotizantes, pudiendo extenderse dicho “riesgo” tanto en la designación de directores dependientes como en la posible actuación directa de los administradores de la controlante.

⁴² Otro remedio jurídico para el abuso de la posición de socio mayoritario y cuando se configuren los presupuestos de la norma, esto es, “consecución de fines extrasocietarios”, “mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe” o “frustración de derechos de terceros” es el dispuesto en el art. 54 tercer párrafo de la ley 19.550.

CAPÍTULO VIII

LAS ESPECIALES RELACIONES ENTRE EL ADMINISTRADOR DE HECHO Y LA SOCIEDAD

VIII.1. Causa y naturaleza de la relación entre el “*administrador de hecho*” y la sociedad

Una vez identificados y descriptos los supuestos en los que se configura el “administrador de hecho”, corresponde referirse a los efectos de la actuación del sujeto así considerado, siempre teniendo como parámetro las causas que llevan a identificar la *fattispecie*, esto es, la razón de ser de esta investigación.

Como se adelantó en el Capítulo I, la falta de contención normativa expresa del instituto y sus consecuencias, hizo necesario, en primer lugar, el reconocimiento de la figura en la realidad jurídica y práctica, para recién poder referirse a la sistematización de sus efectos.

Respecto de este último objetivo, existe una razón principal para su tratamiento que consiste en considerar que el defecto en la designación de un administrador de una sociedad por acciones, o la ausencia de ésta, no puede constituir el medio, tal vez intencional, mediante el cual el sujeto que administra de hecho los negocios sociales esté tentado a librarse de las reglas que regulan la responsabilidad y obligaciones del administrador de derecho.

VIII.1.1. Presupuestos

El análisis de las relaciones entre “*administrador de hecho*” y la sociedad, tiene dos presupuestos:

a. El daño

Es consecuencia de las disposiciones generales de los hechos ilícitos, que no existe responsabilidad sin daño. Tanto en la órbita contractual (art. 519 y ss. C.C.) como extracontractual (art. 1067 C.C.), el daño es el presupuesto necesario e inevitable base de la teoría de la responsabilidad civil¹. En efecto, la última disposición citada dispone expresamente que “*No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar y sin que a sus agentes se les pueda imputar, dolo culpa o negligencia*”.

Conforme lo expresa Orgaz, existen otros hechos ilícitos que no generan responsabilidad del sujeto o autor sino que acarrearán alguna otra

¹ Respecto a la evolución de los presupuestos del resarcimiento civil, en la actualidad se puede consultar a O. GARCÍA, “Grupo de sociedades. Apariencia. Responsabilidad” en *Conflictos actuales en sociedades y concursos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, pág. 206 y ss., quien expresa que “... tiene sustento constitucional el principio que, enunciado positivamente, reconoce el derecho a no sufrir menoscabo o perjuicio por la acción o el ejercicio de las actividades de otro y que, en su enunciado negativo, puede ser expuesto en los términos del artículo 1109 del Código Civil: todo aquel que ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio”. En el caso, “Santa Coloma, Luis I. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, la C.J.S.N., declaró que el principio de *alterum non laedere* tiene raíz constitucional (art. 19 C.N.). En el caso, “Fernando Raúl Günther c/ Nación Argentina”, señaló que “los artículos 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagran el principio general establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere* entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”. El Consejo Constitucional francés se pronunció en igual sentido, con relación al art. 1382 C.C., análogo a nuestro art. 1109 (sentencia citada por G. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, “Función actual de la responsabilidad civil”, en *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, pág. 51, nota N° 40). Luego, cualquier respuesta no puede dejar de considerar la evolución de los principios responsabilizatorios, que ponen claramente hoy el acento en la víctima y en la efectiva reparación del perjuicio, más que en el victimario. El tránsito que va desde la imputación subjetiva, basada en la actuación culposa o dolosa del agente, a la atribución objetiva de responsabilidad, consolidada en la dogmática jurídica actual, así lo amerita. La puesta en crisis de la noción misma de autoría (M. DE LORENZO, “Autoría e imputación en el ámbito contractual”, L.L., 1998-C, pág. 1.215 y ss.) (*imputatio facti*) como presupuesto atributivo de responsabilidad en la órbita civil, es otra muestra de la adaptación del “derecho de daños” a la necesidad de dar respuesta a la alta complejidad que asumen actualmente las

sanción legal ², pudiendo existir ilicitud sin que exista daño causado. El daño es el primer elemento del acto ilícito ya que la responsabilidad del agente sólo puede plantearse cuando existe daño causado.

Por ello, la relevancia de la actuación de un sujeto calificado como administrador de hecho y, sus efectos surgen a partir de la necesidad de imputar responsabilidad intrasocietaria o frente a terceros por el daño producido por el sujeto. La ausencia de daño obsta a la indagación sobre su autoría o la naturaleza de la relación de causalidad.

b. La oponibilidad de la actuación del “administrador de hecho”

Otro de los presupuestos de aplicación de las consecuencias es la oponibilidad de los actos, internos o externos, realizados por el administrador de hecho. En efecto, recién frente al cuestionamiento por parte de la sociedad, de los socios o de un tercero de los efectos de un acto cumplido por un administrador de hecho, será relevante la identificación de la figura

relaciones sociales. La pluralidad creciente de factores atributivos se inscribe en esa línea de pensamiento; la legislación, las decisiones de los tribunales y la doctrina científica tratan de aprehender todos los supuestos de dañosidad postulando su condigna reparación. No se trata de una regla única, sino de tantas (garantía, apariencia, buena fe, la equidad, etc.) como situaciones jurídicas corresponda resolver, teniendo siempre en miras el resarcimiento de la víctima. En todo caso, la regla está dada por el derecho de quien soporta el daño a obtener su reparación. La responsabilidad de las personas jurídicas por los daños que causen quienes las dirijan o administren “en ocasión de sus funciones” es otro avance más en el espectro de situaciones que obligan a determinados sujetos a la reparación del daño. Por último, se admite hoy que “la obligación de reparación del daño causado comprende tanto el derivado de los actos ilícitos como igualmente de los actos lícitos”. En el mismo sentido, LAMBERT-FAIVRE, I., “La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, en *Derecho de daños*, ALTERINI A., y LÓPEZ CABANA, R., Buenos Aires, La Ley, 1992, traducción de Eliana A. Núñez del artículo publicado en *Revue trimestrielle de droit civil*, París 1987-I-1; LORENZETTI, R., “La oferta...”, L.L., 2000-D, doctrina, pág. 1168, b]. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, “Función actual de la responsabilidad civil”, en *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, pág. 37 y ss.; Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, “Fundamentos de la responsabilidad civil: culpa y riesgo”, misma obra, especialmente, pág. 68 y ss.; STIGLITZ, G., “El riesgo de la empresa y el seguro social”, misma obra, pág. 120 y ss.; LÓPEZ CABANA, R., “Nuevos daños jurídicos”, en *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Ley, 1992, pág. 203 y ss., entre otros, todos citados por GARCÍA, O.

² ORGAZ, A., *El daño resarcible*, Buenos Aires, Depalma, 1967, pág. 4 y ss..

y sus efectos, siendo hasta ese momento intrascendente para el orden jurídico general la figura en cuestión.

VIII.2. *La relación “administrador de hecho” y sociedad*

Aclarado ello, corresponde mencionar que varios han sido los intentos, en el derecho comparado de encuadrar la relación entre el “*administrador de hecho*” y la sociedad que gestionan.

Puede mencionarse que en el derecho italiano han sido sostenidas dos posturas tradicionalmente opuestas. La primera, justifica la relación mencionada, calificando al sujeto que actúa como “*administrador de hecho*” como “director general” y la segunda, considerando que las normas se imponen para regular las obligaciones de los sujetos y con el supremo fin de regular el correcto desenvolvimiento de la actividad de gestión de la sociedad, independientemente de la calificación del sujeto que las realice como administradores.

Para Borgioli³ sostenedor de la primera de las posturas, las funciones del “*administrador de hecho*” corresponden esencialmente a las situaciones caracterizadas por el ejercicio de poderes de gestión que se identifican especialmente con las del director general, ya que la figura del director general se califica no en base a elementos de naturaleza formal sino exclusivamente en base a la amplitud de los poderes de los que dispone, es decir, en base a elementos esencialmente funcionales. En este orden, sostiene el autor, pese a que las disposiciones del art. 2396 del C.C.I. disponen su designación por la asamblea o en el acto constitutivo, que la modalidad de su designación dispuesta legalmente no hace a la esencia del fenómeno, equiparándose el administrador de hecho, o de derecho, al director general toda vez que ambos cumplen los siguientes requisitos: a) el ejercicio en modo continuado y sistemático de los poderes cuya amplitud es susceptible de considerarse no inferior a aquellos de un director general y b) la ausencia de oposición a tal ejercicio por parte del órgano de administración.

³ BORGIOLO, A., “Amministratori di fatto e direttori generali”, *Giur. Comm.*, 1975, pág. 593 y ss..

Por su parte, para Bonelli ⁴ quien ha sido el tradicional opositor de la postura de Borgioli, sostiene que no hace falta degradar la figura del “*administrador de hecho*” a aquella de director general ni intentar que exista siempre un acto de designación tácito ⁵. Para el autor, es suficiente con examinar que existen normas que apuntan a disciplinar el correcto desenvolvimiento de la actividad de gestión de la sociedad independientemente de la calificación del sujeto que ejercita o pone en función dicha actividad, sea éste un administrador regularmente designado o cuyo plazo de designación ha caducado, o un sujeto sin designación, o con designación irregular o nula o designado pero cesado o un sujeto que haya sido designado con un diverso cargo como el de apoderado general.

En el derecho nacional, han sido pocas las oportunidades de la jurisprudencia y de la doctrina de pronunciarse al respecto. La postura de Borgioli podría asimilarse a considerar al administrador de hecho, ya no un director general -no reconocido normativamente por nuestro derecho- pero sí a un “gerente” (art. 270 L.S.C.) quien puede ejercer “funciones ejecutivas de administración”.

Más allá de la diferencia en cuanto a la limitación de funciones dispuesta por la ley 19.550 -limitación ésta que no contiene el Código Civil italiano para el director general- la aplicación de la solución comentada se torna imposible frente a otro hecho: la competencia en la designación del gerente. En efecto, conforme nuestra legislación dicha designación le corresponde al directorio y no al órgano de gobierno, por lo que, de asimilarse la posición de Borgioli, sería requisito ineludible la existencia de uno o más administradores de derecho que en forma tácita o expresa “designaran” al sujeto que tendría las funciones de administrador de hecho, asimilable a las consecuencias impuestas para los gerentes.

⁴ BONELLI, F., “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *Giur. Comm.*, 1978, II, pág. 107.

⁵ Conforme se explicó, esta fue la postura de la doctrina y jurisprudencia italianas inicialmente, vid. Capítulo VII.2.

VIII.3. La conducta como presupuesto de la relación. El derecho comparado

Sin perjuicio de la aparente oposición de ambas posturas explicadas en los párrafos anteriores, y aun cuando la primera intente aplicar analógicamente una figura regulada y, la segunda, se base en la protección del correcto desenvolvimiento de la actividad gestoria, existe un elemento que las dos toman como base para caracterizar a la figura del administrador de hecho: la efectiva actuación gestoria del administrador de hecho, o sea, la conducta real desarrollada por el sujeto, equiparable a la del administrador de derecho en cuanto a su extensión y autonomía. Este elemento, rescatable desde todo punto de vista, será en definitiva, el que justifique la asimilación del “*administrador de hecho*” al administrador de derecho y es el que las diversas legislaciones comparadas han tenido como presupuesto normativo en la mayoría de los casos.

En efecto, más allá de la calificación del sujeto que realiza las funciones de administración, lo relevante es la conducta de quien gestiona los negocios sociales con las mismas facultades, atribuciones y, en definitiva, deberes que las normadas para el administrador de derecho.

Es así que en las legislaciones que posibilitan ubicar dentro de sus textos positivos, la figura del “*administrador de hecho*” -ya sea, en los sistemas civiles cuanto en los penales, y tanto en el derecho continental europeo, como en el del *common law*- han tenido en miras el efectivo ejercicio de las funciones de administración y representación y no la calidad del sujeto o la validez formal de la designación.

En este orden, es trascendente repasar las tendencias de las legislaciones comparadas, que evidentemente dan una pauta certera de interpretación.

En el derecho inglés ⁶, la “Companies Act de 1985, section 741 (1)” contiene una previsión general respecto a lo que se entiende por director, sosteniendo que “director” incluye “any person occupying the position of director by whatever name called”. Por su parte, la misma norma se

⁶ Conforme se adelantó, Capítulo I.9.

reitera en la Insolvency Act de 1986 section 22 (4). La jurisprudencia inglesa, desde antaño, entendió que si bien desde un punto de vista estricto se incorporan a ese concepto los directores, apoderados, managers, directores generales de la compañía, etc., también se incluían dentro del concepto a los *de facto directors*⁷.

La inclusión dentro del concepto de director a cualquier persona que ocupe esa posición, independientemente de cómo se lo llame o su designación, implica la contención normativa del administrador de hecho, desde el punto de vista de la “posición” que ocupa y no desde su designación formal.

Por su parte, el *Code des obligations* suizo, dispone en su art. 754 al referirse a la responsabilidad por la gestión, el control y la liquidación que todas las personas encargadas de la administración, de la gestión o de su control responderán para con la sociedad, los socios o los acreedores sociales por los daños que ellos causen intencionalmente o por negligencia en el cumplimiento de sus deberes⁸. Al no circunscribir a un concepto

⁷ Las normas citadas ya habían merecido pronunciamientos jurisprudenciales anteriores a su incorporación legislativa actual, en el caso “Canadian Land Reclaiming & Colonising Company” (1880) cuando se había considerado a dos personas que habían sido designadas como administradores, y actuaban como tales pese a que eran “no designables” por carecer de la condición de socios bajo la Companies Act de 1862 section 165. En esa oportunidad se dijo: “No doubt they were not properly elected, and were, therefore, not de jure directors of the company; but that they were de facto directors of the company is equally beyond all question. The point I have to consider is whether the person who acts as de facto director is a director within the meaning of this section, or whether he can afterwards be allowed to deny that he was a director within the meanings of this section. I think he cannot. We are familiar in the law with a great number of cases in which a man who assumes a position cannot be allowed to deny in a Court of Justice that he was really entitled to occupy that position. The most familiar instance is that of executor de son tort. In like manner, it seems to me, in an application under this section, the de facto director is a director for the purposes of the section”. Asimismo, durante la vigencia de la section 300 of the Companies Act de 1985 reemplazada por la Insolvency Act de 1986, en el caso “Lo-Line Electric Motors” (1988) se dispuso que “the plain intention of Parliament in section 300 was to have regard to the conduct of a person acting as a director, whether validly appointed, invalidly appointed, or just assuming to act as a director without any appointment at all”, este criterio se repite en el caso “Malcom Huntley Potier” de 1997.

⁸ El art. 754 *Code des obligations*, de société anonyme, dispone textualmente “Toutes les personnes chargées de l’administration, de la gestion ou du contrôle répondent, à l’égard de la société, de même qu’envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage que’ elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs”.

preestablecido de director, sino al referirse esta legislación en forma genérica a “todas las personas encargadas de la administración o la gestión”, también incorpora como posibilidad la actuación efectiva de un sujeto designación, o cuya designación sea viciada como responsable por la administración frente a la sociedad, los socios y los terceros.

En el derecho francés y, tal como se adelantó, la incorporación positiva de la figura del administrador de hecho, gira -principalmente- en torno a las disposiciones relativas a los casos de *redressement judiciaire* (ley 98 de 1985) en los que puede abrirse un procedimiento de tal característica respecto de todo dirigente de derecho o de hecho, remunerado o no, contra el cual puede ser constatado uno de los hechos siguientes: 1º) Haber dispuesto de bienes de la persona moral como suyos propios; 2º) Bajo la cobertura de la persona moral, encubriendo sus maquinaciones, haber realizado actos de comercio en interés personal; 3º) Haber hecho un uso de los bienes o del crédito de la persona moral contrario al interés de ésta con fines personales o para favorecer a otra persona moral o empresa en la cual estaba directa o indirectamente interesado; 4º) Haber continuado abusivamente, en interés personal, una explotación deficitaria que no podía sino conducir a la cesación de pagos de la persona moral; 5º) Haber mantenido una contabilidad ficticia o haber hecho desaparecer documentos contables de la persona moral, o haberse abstenido de llevar toda contabilidad conforme a las reglas legales; 6º) Haber desviado o disimulado todo o parte del activo, o haber aumentado fraudulentamente el pasivo de la persona moral.

Asimismo, y principalmente dentro de las disposiciones penales relativas a las sociedades de responsabilidad limitada (Título Segundo por aplicación del art. 431) se responsabiliza a toda persona que, directamente o por persona interpuesta haya, de hecho, ejercido la gestión de una sociedad de responsabilidad limitada. Aplicándose así las sanciones punitivas tanto a los gerentes designados estatutariamente como a los de hecho, que directamente o por persona interpuesta, haya ejercitado de hecho la dirección u administración de la sociedad ⁹.

⁹ La jurisprudencia francesa ha tenido oportunidad de pronunciarse haciendo extensiva la responsabilidad a toda persona que efectivamente gestione la sociedad, aun cuando no esté designada formalmente. Al respecto: “Des dispositions combinées des art.

Para el caso de las sociedades por acciones, los delitos incorporados en la Sección VIII, son por aplicación de los arts. 463 y 478, al presidente, los administradores, los directores generales y toda otra persona ¹⁰ que directamente o por persona interpuesta, haya ejercitado de hecho la dirección, la administración o la gestión de la sociedad... ¹¹.

Así, también en el derecho francés, se interpreta como elemento relevante la efectiva actuación, dirección y gestión de la sociedad, la que, conforme la jurisprudencia ha perfilado, debe ser además con total soberanía e independencia, elementos éstos ineludibles a la hora de su configuración ¹².

Esta característica, también se ha plasmado en la doctrina española la cual consideraba ¹³, ya antes de la sanción de la ley de sociedades anónimas de 1989 que la dicción literal del art. 79 aludía más al ejercicio efectivo del cargo que a su regular nombramiento que equilibra el ejercicio de un poder, siendo que cuando dicho poder se ejerce efectivamente su titular, aún de hecho, ha de quedar sometido a los mecanismos de responsabilidad especialmente previstos. Asimismo, el autor fundaba la responsabilidad de

431 et 427 il résulte que l'obligation de réunir dans le délai légal l'assemblée des associés pèse, non seulement sur le gérant statutaire, mais aussi sur toute personne qui, directement ou indirectement, a en fait exercé la gestion de ladite société sous le couvert de son dirigeant de droit", Rev. Soc., 1990, pág. 285.

¹⁰ RIPERT, G., y ROBLOT, R., *Traité de droit commercial*, ob. cit., t. I, pág. 1043 y T. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*", París, Ed. Litec, 2000, pág. 493.

¹¹ La jurisprudencia ha establecido que "A la qualité de dirigeant de fait le prévenu qui, en l'absence du président qui se désintéressait des affaires sociales, a pris seul toutes les décisions concernant la société, telles que l'embauche du personnel, y compris des directeurs, et l'achat de matériel d'exploitation s'occupait seul du courrier et de la tenue des livres comptables conservés en son domicile personnel, disposait en permanence de chèques singés en blanc par le président et a, au nom de la société, présenté au président du tribunal de commerce un a requête en prorogation d'un délai.", Rev. Soc., 1981, pág. 351.

¹² En este sentido, la CA París del 3/11/00 ha sostenido que "La qualité de gérant de fait est caractérisé par l'immixtion, en toute souveraineté et indépendance, sous la seule réserve des contrôles légaux et statutaires s'imposant au gérant de droit, dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, par des actes positifs, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause", Rev. Soc., t. 119, pág. 134.

¹³ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, ob. cit. por GARRETA SUCH, J., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. 123.

los administradores de hecho en el art. 82 de la ley de 1951 que disponía la destitución inmediata de los administradores en quienes concurren algunas de las causas de incompatibilidad o prohibición, estableciendo además que “sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir, conforme el art. 79, por su conducta desleal. Esta posición es plenamente aplicable a los actuales arts. 133 y 134 de la ley de sociedades anónimas de 1989.

Respecto de la doctrina alemana ya se ha realizado una exhaustiva exposición de la misma en el Capítulo 1.9 al que se remite.

VIII.4. Conclusiones. Previsiones del derecho positivo nacional

De lo expuesto hasta aquí se puede concluir que como se dijo inicialmente, la relación interna entre el “*administrador de hecho*” y la sociedad, surge a partir del efectivo y personal ejercicio del cargo, no siendo necesario vínculo jurídico positivo alguno, sino una conducta específica que acarrea las obligaciones y responsabilidades correspondientes por el hecho de la administración y no ya por la calidad de administrador.

En otras palabras, de la responsabilidad de los administradores se ha pasado a la responsabilidad del órgano de administración y, de allí, más concretamente, a la responsabilidad por la administración de la sociedad¹⁴.

El hecho de la administración y la conducta del sujeto que sin designación o con su designación viciada administra a la sociedad, acarrea como consecuencia inmediata la equiparación al “*administrador de hecho*” con el administrador de derecho, obligando al primero a observar las conductas impuestas por la ley a los administradores de derecho.

Es dable aclarar al respecto que en el derecho positivo nacional, el art. 18 de la ley 19.550, y si bien para supuestos determinados, esto es, la sociedad con objeto ilícito y con objeto lícito y actividad ilícita, principia del mismo criterio hasta aquí expuesto. En efecto, el art. 18 citado establece específicamente la responsabilidad solidaria e ilimitada, de los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social,

¹⁴ ABRIANI, N., *Gli amministratori...*, ob. cit., pág. 216.

ampliándose así, en principio, la responsabilidad a todo sujeto cuya conducta pueda asimilarse a la de un administrador de *jure*, ya sea, este órgano delegado, gerente o *extraneus* a la organización societaria ¹⁵.

Asimismo, el art. 173 de la ley 24.522 en su texto establece específicamente la responsabilidad de los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados y “quienes de cualquier forma participen dolosamente...”, pudiendo, en este caso, ser aplicada la sanción responsabilizatoria tanto a los administradores de derecho como de hecho, aunque no se han encontrado antecedentes jurisprudenciales en el tema.

Por su parte, la ley 11.863, arts. 6° y 8°, que regula la responsabilidad de los administradores por deudas tributarias de la sociedad que administran, establece como sujetos pasibles de ser solidariamente responsables con la sociedad (art. 6° inc. d) a: “*Los directores, gerentes y demás representantes de las personas jurídicas, sociedades asociaciones entidades, empresas y patrimonios a que se refiere el art. 5° en sus incisos a) y b)*”.

La mención de directores gerentes y “*demás representantes*” ha merecido la reflexión de la doctrina de la materia, entendiéndose que la norma sanciona a los directores de la sociedad anónima, tengan o no éstos la representación de la sociedad y, asimismo, a los representantes que sean o no directores ¹⁶. Más allá de la imperfección técnica de la

¹⁵ Si bien se considera que el criterio es el aquí expuesto, esto es, la incorporación dentro del art. 18 tercer párrafo del sujeto que sin designación alguna actúa como administrador al régimen de responsabilidad previsto, la jurisprudencia nacional no ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, siendo imposible -al menos por ahora- realizar una constatación de dicho principio.

¹⁶ En este sentido, R. SALVOCHEA, “Responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales por deudas impositivas”, L.L., 24/9/02, sostiene que el problema de determinar quien resulta responsable solidario por la deuda de la sociedad “... ha sido tácitamente resuelto por la jurisprudencia y la doctrina al considerar involucrados a los administradores de tales entes, excediendo el marco que la palabra representante pareciera fijar” y, aclara: “Ocurre que el problema no se plantea sino a un nivel puramente doctrinal ya que en la práctica, el haber involucrado la norma -incorrectamente según entendemos- a directores, gerentes y representantes quedan contenidos todos los supuestos posibles de responsables.

norma, ésta por su amplitud abarcaría al administrador o representante que “de hecho” gestiona la sociedad, cuando la representa, siendo éste pasible de sanción responsabilizatoria, siempre y cuando se configuren los requisitos de dicha responsabilidad, consistentes en: a) incumplimiento de la obligación tributaria; b) ejercicio efectivo del cargo al momento en que la obligación resultaba exigible; c) intimación administrativa previa; d) inexistencia de causales de eximición para el incumplimiento de la obligación fiscal y e) determinación jurisdiccional de la responsabilidad, con respecto al derecho de defensa del supuesto responsable ¹⁷.

VIII.5. Efectos de la conducta en el derecho argentino. Aplicación al “administrador de hecho” de las normas que regulan la actuación del administrador de derecho

VIII.5.1. Facultades, atribuciones, deberes y obligaciones del administrador de hecho

Se ha concluido en el párrafo anterior que el elemento relevante no reside en la calidad del sujeto que administra a la sociedad o su vínculo jurídico específico con esta última, sino su efectiva actuación o conducta. Ello por aplicación lógica, conduce a la asimilación de las conductas debidas por el “administrador de hecho” a las previstas por la ley para el de derecho, ya que, en definitiva, éstas apuntan al correcto ejercicio de la actividad de administración independientemente de la calificación formal del sujeto que ejercita tal actividad ¹⁸.

En este sentido, le cabe al “administrador de hecho”, el parámetro impuesto por el art. 59 de la ley de sociedades, el que dispone la actuación del mismo como “un buen hombre de negocios” ¹⁹, así como -para el

¹⁷ Conf. SALVOCHEA, R., ob. cit., nota anterior.

¹⁸ En este sentido, BONELLI, F., “La responsabilità degli amministratori” en *Tratatto delle società per azioni*, Ed. Utet, pág. 405.

¹⁹ El ejercicio personal del cargo de administrador -art. 266- no se impone al “administrador de hecho” como conducta debida, toda vez que es el presupuesto de considerar al sujeto que gestiona los negocios sociales como *administrador de hecho*.

específico caso de las sociedades por acciones- la inhabilitación para votar dispuesta por el art. 241, y para representar a socios en las asambleas -art. 239-; la obligación de redactar los estados contables anuales -art. 234 inc. 1- y de convocar a asamblea -art. 236-. También rigen las obligaciones de constituir domicilio en la República y prestar la caución debidamente establecida por el estatuto según lo establece el art. 256 L.S.C. y de participar y actuar como órgano colegiado según el caso (art. 267 L.S.C.).

Asimismo, son aplicables al “*administrador de hecho*” la normas relativas a la prohibición de contratar con la sociedad fuera de las condiciones de mercado o sin la respectiva ratificación por parte de la asamblea -art. 271 L.S.C.- la abstención de participación y voto en caso de interés contrario dispuesta por el art. 273 y la prohibición de realizar actos en competencia salvo aprobación expresa por parte de la asamblea.

Sin entrar a analizar más específicamente las obligaciones que atañen al administrador de derecho, las que han sido tratadas en forma abundante por la doctrina y, por lo tanto, del “*administrador de hecho*”, puede resumirse la idea expresando que el “*administrador de hecho*” tiene las mismas facultades, atribuciones, prohibiciones, incompatibilidades y obligaciones que la ley ha previsto para el administrador de derecho.

VIII.6. Responsabilidad del administrador de hecho. Introducción

Si bien la equiparación entre administrador de derecho y de hecho, teniendo en cuenta la conducta del sujeto y no su vínculo formal con la sociedad, es causa suficiente para aplicar al sujeto que actúa sin designación alguna o con vicios en su designación las facultades, atribuciones y deberes del administrador de derecho, el tema se complica cuando se intenta explicar la naturaleza de su responsabilidad.

Aquí es necesario realizar una diferenciación: el sujeto que actúa con vicios en su designación y hasta la declaración de nulidad del nombramiento, es un administrador de derecho y, por lo tanto, le serían aplicables -mientras no sea declarada la nulidad de la designación- las normas previstas en los arts. 274, 276 y 279 de la ley 19.550.

Caso distinto es el del sujeto que actúa sin designación alguna, toda vez que nuestro sistema conserva aún la división en la naturaleza y efec-

tos de la responsabilidad, dependiendo si dicha responsabilidad es contractual o extracontractual.

A modo de síntesis y con relación a lo que aquí interesa, se puede mencionar -siguiendo a Alterini²⁰- que las diferencias entre los ámbitos contractual o extracontractual residen en: a) la diferencia de génesis entre las dos órbitas. La primera nace a partir de una voluntad proyectada como acto jurídico contractual y, la segunda, a partir del deber general de no dañar a otro; b) La responsabilidad contractual, también en cuanto a su génesis, se genera a partir del incumplimiento de un deber impuesto por una obligación voluntaria y lícita y la extracontractual, nace a partir del hecho ilícito; c) Frente a la responsabilidad contractual el sujeto responde objetivamente, sin necesidad del elemento subjetivo -en principio, art. 1113 C.C.- mientras que en la órbita extracontractual, la responsabilidad se genera a partir de la culpabilidad del agente; d) La carga de la prueba en la eximición de responsabilidad contractual está impuesta sobre el deudor, mientras que en la responsabilidad extracontractual el damnificado es el que tiene que probar la culpabilidad del agente; e) En cuanto a la prescripción de la acción contractual se aplica en el ámbito civil el art. 4023, el que determina la prescripción decenal y, en el ámbito comercial, el art. 848 dispone la prescripción trienal -para las acciones que se deriven del contrato de sociedad- mientras que por aplicación del art. 4037 C.C., la prescripción de la acción en la órbita contractual es siempre bienal; f) Por último y en cuanto a la extensión del resarcimiento, la responsabilidad contractual alcanza a las consecuencias inmediatas -salvo que degeneren en delitos del derecho criminal- y la responsabilidad extracontractual alcanza a las consecuencias inmediatas, mediatas y previsibles.

Con base en esta distinción -que aún permanece en nuestro ordenamiento, pero que es casi única entre las legislaciones comparadas- la doctrina nacional se ha debatido entre la responsabilidad contractual o extracontractual del administrador de derecho, tema éste directamente relacionado con el tema a tratar -esto es, la naturaleza de la responsabilidad del “*administrador de hecho*”- y al que corresponde referirse previamente.

²⁰ ALTERINI, A., *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, pág. 28 y ss..

VIII.6.1. Naturaleza de la responsabilidad del administrador de derecho

Partiendo de la premisa que el sistema societario no tiene un esquema de responsabilidad propio, sino que se aplica el sistema regulado por el derecho común ²¹, uno de los temas que más ha preocupado a la doctrina desde siempre, es el de la naturaleza de la responsabilidad de los miembros del órgano de administración. En este tema -relacionado directamente a la naturaleza del cargo y a la relación asamblea-directorio- se han sostenido diferentes posturas, todas sustentadas por calificada y autorizada doctrina postulándose diversamente que dicha naturaleza es contractual ²²; extracontractual ²³; mixta -en el sentido que es contractual en el ámbito interno societario y extracontractual para con terceros- ²⁴ asimilable a la del funcionario ²⁵; parte de un sistema profesional o disciplinario ²⁶ y más modernamente se ha puesto énfasis en la disminución de la importancia que tendría la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual ²⁷, persistiendo los sostenedores de una y otra postura.

²¹ Para JUNYENT BAS, F., *La responsabilidad civil de los administradores*, Córdoba, Advocatus, 1998, pág. 160 y ss.; los arts. 59 y 274 generan una responsabilidad profesional específica y diferenciada de la responsabilidad genérica del Código Civil.

²² HALPERÍN, I., *Sociedades comerciales*, Buenos Aires, Depalma, 1966, pág. 451.

²³ OTAEGUI, J., *Administración societaria*, Buenos Aires, Abaco, pág. 368 y ss.; ZALDIVAR Y OTROS, E., *Cuadernos de derecho societario*, ob. cit., vol. III, pág. 655.

²⁴ FERNÁNDEZ, R., *Código de Comercio Comentado*, t. I, pág. 502; JUNYENT BAS, F., y RODRÍGUEZ DE LA PUENTE, L., “Responsabilidad de los administradores societarios” en *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, t. II, pág. 709 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima” en *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, t. II, pág. 168 y ss.; LORENTE, J., y VANASCO, C., “Responsabilidad de los directores en la sociedad anónima” en II Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial, Uruguay, 1997.

²⁵ OTAEGUI, J., *Administración societaria*, ob. cit., pág. 381.

²⁶ JUNYENT BAS, F., *La responsabilidad civil de los administradores*, ob. cit., pág. 163 y ss..

²⁷ También alguna jurisprudencia se ha hecho eco de este postulado. La CNCom, Sala C, en autos: “Raitman, Mario O. c/ Feller, Marcos”, E.D., 82-171, ha expresado: “Los terceros a los efectos de la responsabilidad de los directores a que se refieren los arts. 274 y 279 de la ley de sociedades, son todas las personas extrañas al contrato que vincula la sociedad con sus dirigentes. (...) En la doctrina moderna se ha puesto énfasis en la disminución de la importancia entre la responsabilidad contractual y extrancontractual, tratándose de

Por su parte, debe tenerse en cuenta que en este trabajo ya se ha tratado (Capítulo III.2.1. d), al que remitimos) y adoptado una particular postura respecto de la naturaleza de la designación y la aceptación por parte del administrador, habiéndose concluido que el acto de nombramiento es un acto unilateral como toda otra manifestación de la asamblea, pero que la necesidad de la aceptación por parte del sujeto nombrado no puede considerarse ni otro acto unilateral que permanece ajeno al hecho de su nombramiento, ni un contrato donde deben coexistir los elementos de causa, objeto y forma. Siendo ello así, en la relación que caracteriza a los administradores con la sociedad existe necesariamente un principio “negocial” que no participa de la naturaleza propia de los actos unilaterales ni tampoco, en su totalidad, de los elementos de los contratos típicos. La característica “negocial” del acto impone sostener que la designación de los administradores y su naturaleza participa de una categoría más amplia de negocios bilaterales convencionales.

Ello lleva a participar de la postura que considera, en principio, el carácter contractual de la responsabilidad interna de los administradores, siempre que su vinculación con la sociedad nace a partir de una convención voluntaria y negocial. Sus funciones, obligaciones y responsabilidades nacen a partir de la aceptación de la designación, aceptación ésta que implica asimismo aceptar todas las condiciones que forman parte de la convención, esto es, no sólo las propias del contrato de sociedad, sino también las impuestas legalmente que implícitamente y por disposición legal forman parte de ese contrato de sociedad ²⁸.

una acción tendiente a perseguir la que incumbe a los directores por el mal desempeño de su cargo, siquiera en lo que concierne a la necesidad de que, en todos los caos, se pruebe la culpa de los administradores”.

²⁸ La jurisprudencia se ha manifestado en este sentido entendiendo que “... el art. 168 L.C. (175, ley actual) se refiere a las acciones de responsabilidad de tipo societario, contempladas en el art. 278 de la ley de sociedades, comprensivas de la responsabilidad contractual, derivadas del incumplimiento de las funciones propias de los órganos de administración y fiscalización; en tanto la responsabilidad contractual no comprende tan sólo casos producidos por el incumplimiento de un contrato sino que se hace extensiva a las obligaciones emergentes de la ley...” del dictamen del fiscal que la sala hace suyos en autos “El Peregrino S.A. s/ quiebra s/ acción de responsabilidad promovida por la sindicatura”, CNCom., Sala E, del 27/11/01 (R.S.C. N° 14, pág. 103).

En otras palabras, el administrador al aceptar el cargo, acepta el cúmulo de obligaciones derechos, facultades y responsabilidades dispuestas en el contrato social y en los demás ordenamientos legales ²⁹, siendo que estas últimas participan como elementos mínimos, generales pero disponibles por los socios ³⁰ y, en definitiva, se incorporan implícitamente en todo acuerdo negocial con el administrador.

VIII.6.2. Naturaleza de la responsabilidad del “administrador de hecho” que actúa sin designación

Ya se ha adelantado, que si bien la identificación en la conducta del “administrador de hecho” con el de derecho puede ser causa suficiente para aplicar a este último las facultades, deberes, atribuciones y responsabilidades dispuestas para el administrador de derecho, el hecho se complica a partir de tener que adoptar una postura respecto a qué tipo de responsabilidad -contractual o extracontractual- vincula al “administrador de hecho” con la sociedad. En este orden, la diferenciación de órbitas dispuestas por nuestra legislación implica realizar un análisis detenido sobre la naturaleza de la responsabilidad del administrador de hecho, principalmente para determinar los demás efectos.

Tomándose como elemento relevante la diferente génesis de las órbitas contractuales y extracontractuales, a primera vista pareciera ser que la responsabilidad que le cabe al sujeto que sin vinculación jurídica alguna con la sociedad actúa y genera un daño a la misma, viola la conducta genérica de no dañar a otro dispuesta por el art. 1109 C.C., encua-

²⁹ También comparte esta postura, ALLENDE, L., *El administrador de hecho*, ob. cit., pág. 293.

³⁰ Disponibles en el sentido que si dentro de las condiciones de aceptación del cargo la sociedad libera al administrador de responder por culpa (art. 274 L.S.), dicha liberación sería plenamente eficaz. También sería operativa una disposición que liberara al administrador frente a terceros de su responsabilidad, aunque inoponible frente a aquellos. Este es el parámetro que utiliza la ley 19.550 cuando dispone que los socios de la sociedad colectiva responden en forma subsidiaria, solidaria e ilimitada frente a terceros, pero autoriza pacto en contrario internamente aunque inoponible frente a terceros (art. 125 L.S.C. segundo párrafo).

drándose así la responsabilidad de dicho sujeto -reiteramos preliminarmente- en la de carácter extracontractual.

Pero esta posición, principalmente, por sus consecuencias -prescripción, subjetividad, etc.- y porque implicaría reconocer responsabilidad contractual a los administradores de derecho y extracontractual a los de hecho ³¹, no parece la más acertada. En efecto, de adoptarse sin más la posición de la responsabilidad extracontractual del “*administrador de hecho*” que actúa sin nombramiento, se estaría beneficiando al sujeto que sin designación alguna gestiona los negocios sociales ³². A modo de premio, la acción de responsabilidad contra él prescribiría a los dos años y la sociedad tendría la carga de la prueba del acto dañoso así como la obligación de acreditar la culpa o dolo del actuar del administrador no designado.

Por ello se considera que es necesario buscar una interpretación más adecuada a la hora de justificar la relación “*administrador de hecho*” y sociedad. Ya se ha adelantado que el conflicto se genera frente al sujeto sin designación alguna y no para el caso del administrador designado viciadamente, ya que para este último son plenamente aplicables, hasta la decisión de nulidad, los principios dispuestos para el administrador de derecho, incluyendo la naturaleza de su responsabilidad.

a. Aplicación analógica de la relación negocial

Partiendo de la base que no existe vinculación jurídica alguna entre el “*administrador de hecho*” y la sociedad, podría generarse -como primera hipótesis de solución- una adecuación de los principios expuestos sosteniéndose que la vinculación negocial surge a partir de la apro-

³¹ Si bien ésta podría ser una solución, parecería que el administrador de derecho quien cumple con las normas dispuestas fielmente, se encontraría en desventaja frente al de hecho, pudiendo aprovecharse este último de dicha situación. En el derecho comparado, ha sido sostenedor de esta postura, Lo Cascio, G., *La responsabilità dell'amministratore ...*, ob. cit., pág. 193.

³² Caso distinto configura el “*administrador de hecho*” que actúa con vicios en su designación toda vez que, es asimilable completamente al administrador de derecho aún cuando falten alguno de los requisitos de la designación.

bación tácita o expresa por parte de la sociedad -no de sus coadministradores- de la actuación de ese sujeto *extraneus* a aquella. En otras palabras, conforme se adelantó (Capítulo VII.4.2.) es necesario para la configuración del “*administrador de hecho*” que actúa sin designación alguna, la tolerancia de la sociedad y los demás órganos sociales. Siguiendo esta línea de pensamiento podría sostenerse que la relación negocial surgiría a partir de la exteriorización de dicha tolerancia, conformándose así la necesaria relación convencional que explicaría la naturaleza contractual de su responsabilidad.

Pero esta posibilidad tiene dos inconvenientes: por un lado y hasta la exteriorización de la tolerancia -cuyo momento preciso sería muy difícil de determinar- el sujeto que actúa sin designación respondería extracontractualmente y recién luego de dicha exteriorización, podría aplicarse la responsabilidad contractual, lo que visto desde el punto de vista lógico jurídico es incoherente ya que no podrían aplicarse a un mismo sujeto y por una misma conducta órbitas distintas de responsabilidad.

Por otra parte, la tolerancia en este caso debería provenir directamente de la sociedad o más concretamente del órgano de gobierno, ya que nuestro sistema no prevé la cooptación, como generadora de vínculo jurídico para el órgano de administración.

De lo expuesto surge que esta primera hipótesis no parecería ser la más adecuada para aplicar la naturaleza contractual de la responsabilidad del administrador de hecho.

b. El “administrador de hecho” como gestor de negocios

La figura del “gestor de negocios” parece ser la que más se asimila a la relación del “*administrador de hecho*” que actúa sin designación alguna con la sociedad. La interpretación propuesta parte de la base de considerar a la figura de la “gestión de negocios” como una figura donde la “... *indeterminación legal de sus presupuestos, las dudas sobre su naturaleza jurídica y la riqueza de sus efectos positivos, ofrecen la posibilidad de convertirla en un instrumento especialmente flexible de técnica jurídica, capaz de llegar donde no llegan otras instituciones de nuestro ordenamiento, permitiéndole operar de muy diversos modos, diferentes de aquellos que común y tradicionalmente se pien-*

san como propios de la misma y ofreciéndole una nueva virtualidad que de otro modo le sería negada” ³³.

En este orden, el art. 2288 C.C., conceptualiza al gestor como “toda persona capaz de contratar, que se encarga sin mandato de la gestión de un negocio que directa o indirectamente se refiere al patrimonio de otro, sea que el dueño del negocio tenga conocimiento de la gestión, sea que la ignore, se somete a todas las obligaciones que la aceptación de un mandato importa al mandatario”.

Respecto de esta figura, se ha dicho ³⁴ que la gestión no comporta un acuerdo de voluntades en cuya virtud una persona confiere a otra el poder para realizar un acto jurídico o varios actos de esta naturaleza por cuenta de otro y contempla tan sólo las hipótesis de que alguien se inmiscuya en asuntos ajenos, sin mediar contrato expreso ni tácito ³⁵.

La gestión realizada por el “*administrador de hecho*” cumplirá con los requisitos configuradores de la figura del gestor existiendo concordancia en: a) una persona que se encarga de uno o varios negocios de otra; b) en forma espontánea -en el sentido que no existe autorización ni designación previa a tal fin- y c) con intención de obligar “al dueño” del negocio, en este caso, a la sociedad ³⁶.

³³ PASQUAU LIAÑO, M., “Gestión de negocios ajenos. Beneficios indirectos derivados de la actuación ajena. Servidumbre de paso de luz eléctrica” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, Civitas, septiembre de 1990, N° 24, pág. 905, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “La gestión de negocios en la jurisprudencia argentina”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 6, *Representación*, pág. 120.

³⁴ LAFAILLE, H., *Curso de contratos*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, t. III, pág. 150.

³⁵ Sin que sea tema específico de relevancia para el punto, puede mencionarse que la doctrina ha clasificado las formas de actuación del gestor en tres: a) el gestor de negocios, gestiona para otro; b) gestiona y lleva el negocio a sabiendas como propio y c) lleva el negocio ajeno como propio. En cada caso, los efectos internos y externos de la relación serán diferentes (conf. ENNECCERUS, L.,; KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de derecho civil*, t. II Bosch, trad. José Puig Brutau, Barcelona, 2ª ed., pág. 353.

³⁶ COMPAGNUCCI DE CASO, R., “La gestión de negocios y el principio de la no injerencia”, L.L., 1998-E-867, entiende que los presupuestos de la gestión son los siguientes: a) Actos voluntarios con intención de gestionar intereses ajenos; b) la utilidad de la tarea; c) ausencia de oposición del *dominus*; d) la capacidad del gerente y del dueño y e) la cualidad de los actos gestionados: licitud, no personalísimos, etc..

En la gestión de negocios, la regla general es que el negocio a realizar sea objetivamente ajeno, en el sentido que el acto jurídico realizado por el gestor pertenece al círculo de intereses ajenos y no propios de quien lo realiza. Es por ello que el art. 2289, parte final, C.C. descarta la figura de la gestión cuando el negocio responde a un interés personal del gestor. Ello no implica sostener que no puedan coexistir ambos intereses, es decir que además del interés propio del *dominus* exista un interés particular del que realiza la conducta.

Respecto a la realización de uno o varios negocios por parte del gestor de negocios de otro, la doctrina ha considerado que la gestión puede tener como objeto la totalidad del patrimonio de otra persona ³⁷, entendiéndose en ese caso que la gestión es única con objeto múltiple. Vale la pena aclarar que la actuación del gestor de negocios, en el ámbito de tratamiento, tienen naturaleza intrínsecamente comercial (art. 8° inc. 6 C.Com.) ya que el dueño del negocio y su esfera de interés es siempre comercial.

El presupuesto de espontaneidad exigida por el art. 2288 ha sido flexibilizado por la doctrina atribuyéndose cierta elasticidad a ésta. En este orden, la espontaneidad implica la falta de mandato expreso o tácito o de otra obligación contractual -locación de servicios o de obra- otorgado por el *dominus* en favor del gestor de negocios, o de una obligación legal -tutela, patria potestad-. Sin perjuicio de ello, la creencia por parte del gestor de existir obligación de actuar en nombre e interés del *dominus* no excluye los efectos de la gestión. Tampoco se excluyen los efectos de la gestión si existe algún tipo de relación contractual con el dueño del negocio pero la actuación del gestor excede el objeto de la relación originaria ³⁸. A su vez, dicha espontaneidad acarrea consigo como contrapartida, la imposibilidad o ausencia del *dominus* de hacerse cargo personalmente de la gestión. Pero conforme autorizada doctrina ³⁹ “la ausencia o imposibilidad del *dominus* debe entenderse en un sentido amplio. Así el hecho de que haya dejado un mandatario encargado de sus negocios no impide la existencia de la gestión

³⁷ PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, Par161s, Ed. Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1912, t. X, pág. 710 y ss..

³⁸ MESSINEO, F., *Derecho civil y comercial*, ob. cit., t. IV, pág. 446.

³⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *La gestión de negocios...*, ob. cit., pág. 134.

si éste descuida el cumplimiento de sus obligaciones; igualmente, el hecho de que el *dominus* ignore las circunstancias particulares del caso puede ser considerado como una imposibilidad de obrar”.

De lo brevemente expuesto, puede decirse que, en principio y conforme los presupuestos de la gestión, esta última figura sería plenamente aplicable al “*administrador de hecho*” que actúa sin designación alguna, toda vez que el “*administrador de hecho*” realiza uno o varios actos espontáneamente y en interés de la sociedad (quien se encuentra imposibilitada de actuar, aun cuando existan uno o varios administradores de derecho, conforme se señaló). Lo principal de la gestión y su asimilación al “*administrador de hecho*” reside en los efectos entre el dueño del negocio y el gestor -entiéndase entre la sociedad y el “*administrador de hecho*”- donde las reglas aplicables son según el derecho positivo asimilables a las del mandato ⁴⁰, no sólo por las disposiciones del art. 2288 C.C., sino también por las del art. 1870 inc. 5 del mismo cuerpo.

La actuación del gestor de negocios da origen a una “relación directa” del *dominus* contra el gestor y, a otra “acción contraria” del gestor para con el *dominus*.

En referencia a los efectos de la “relación directa”, según se adelantó, el art. 2288 hace referencia a las reglas del mandato y el art. 2297 explícitamente establece que “... Toda persona,... cuyos negocios hayan sido atendidos o administrados por un tercero a quien ella no hubiese dado

⁴⁰ La afirmación se realiza sin desconocer las distintas posturas sobre la naturaleza jurídica de la figura de la gestión. Siguiendo el desarrollo de COMPAGNUCCI DE CASO, R., “La gestión de negocios y el principio de no injerencia” cit., pág. 875, resumidamente puede decirse que un sector importante de la doctrina ha descartado la aplicación de las reglas del contrato a la figura del gestor de negocios (LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Ed. R.D.P., t. II, pág. 361; LÓPEZ DE ZAVALÍA, “*Teoría de los contratos. Parte General*, Zavallia, 1984, pág. 329; JOSSEERAND, L., *Derecho civil*, t. II, pág. 186, todos citados por COMPAGNUCCI DE CASO), así como otro sector que calificaba a la misma como cuasi-contrato, ha sido objeto de las críticas de los diversos autores (BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*, t. II, pág. 35; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría ...*, ob. cit., pág. 321). Pese a ello, COMPAGNUCCI, R., DE CASO se asimila a dicha postura sosteniendo que esa ha sido la calificación del codificador que se plasma en la nota del art. 2288. En el derecho italiano, permanece aún la posición de Messineo quien sostiene que existe una representación sin poder, ya que el gestor carece de obligación contractual en el cuidado de los negocios de otro y, de su actividad surgen los mismos efectos de la representación

mandato al efecto, queda sometida a las obligaciones que la ejecución del mandato impone al mandante, con tal que el negocio haya sido útilmente conducido, aunque por circunstancias imprevistas no se haya realizado la ventaja que debía resultar, o que ella hubiese cesado”.

La utilidad, por su parte, puede no implicar una ventaja para el *dominus* por eventos o acontecimientos extraños al gestor, lo que sí se considera necesario es que al inicio de la gestión -y no necesariamente al finalizar la misma- exista una intención del gestor de obtener una ventaja para el dueño del negocio, residiendo allí la contención legal que autoriza la intervención en la esfera ajena ⁴¹. La ventaja desde el estricto punto de vista de la administración de la sociedad, no residiría en la *utilidad* concebida ésta como el incremento patrimonial o la falta de pérdida de esa calidad, sino en la actividad misma del sujeto que exterioriza la voluntad del ente que de otra forma no podría actuar en el ámbito mercantil.

Desde el punto de vista de la responsabilidad del gestor, la consecuencia de la imposición normativa de una conducta diligente, asimilable al “buen padre de familia” y en el ámbito específico “al buen hombre de negocios”, el gestor responde frente al *dominus* “a toda culpa” en el ejercicio de su función (art. 2291 C.C.), así como en “caso fortuito” si ha realizado operaciones arriesgadas, si ha obrado más en interés propio que en interés ajeno, si no tenía las aptitudes necesarias para el negocio, o si por su intervención privó que se encargara del negocio otra persona más apta.

En consecuencia, mientras el gestor actúe sin ratificación del dueño del negocio -caso en que los efectos de retrotraen al momento de la iniciación de la gestión- las responsabilidades y consecuencias de la actuación del gestor para con el *dominus*, se asimilan a la representación, aplicándose, en consecuencia, la prescripción ordinaria decenal.

En lo que aquí interesa, podría concluirse sosteniendo que el “*administrador de hecho*” que actúa sin nombramiento alguno, y hasta la ratificación tácita o expresa de dicha actuación, podría calificarse como un gestor de negocios. El *dominus* o dueño del negocio es la sociedad, quien mientras no exista ratificación, podrá demandar la responsabilidad al administrador de hecho, quien habiendo emprendido uno o varios negocios

⁴¹ MESSINEO, F., *Manual de derecho ...*, ob. cit., t. VI, pág. 445 y ss..

útiles (con el alcance mencionado) para la sociedad, responderá por su culpa (art. 512 C.C.). Dicha acción prescribirá a los diez años (art. 846 C.Com.) cuyo plazo empezará a correr desde que se inició la gestión.

Ratificada la gestión -en forma expresa o tácita según se expuso en el Cap. VII.4.2.- y a partir de dicho momento existe designación al menos tácita del administrador lo que impondrá las consecuencias previstas por la ley 19.550, arts. 274, 276 y 279, asimilándolo al “*administrador de hecho*” que actúa con vicios en su designación y las consecuencias ya tratadas. Ello de manera alguna revertirá las responsabilidades del “*administrador de hecho*” por la actuación anterior, su naturaleza y prescripción.

Por su parte y, frente a terceros es evidente que la responsabilidad del administrador, tanto de hecho como de derecho es extracontractual (arts. 1109 C.C. y 279 ley de sociedades).

VIII.7. Responsabilidad de los coadministradores de derecho

Por último, falta hacer referencia a la responsabilidad de los administradores de derecho que frente a la actuación del “*administrador de hecho*” se apartan de la gestión social y si éstos podrían eximirse de la responsabilidad que les cabe conforme a la ley.

En primer lugar, vale la pena recordar que ya se ha adelantado que no es requisito de configuración del administrador de hecho, la existencia de uno o más administradores de derecho. En otras palabras, el órgano de administración puede estar compuesto sólo por un administrador de hecho. En segundo lugar, también es dable aclarar que si el administrador de derecho actúa en forma conjunta o indistinta con el administrador de hecho, al primero, le caben las responsabilidades personales y colectivas dispuestas por los arts. 274 a 279 L.S.C..

El supuesto que aquí se intenta dilucidar es si el administrador de derecho que tiene por ley responsabilidad solidaria e ilimitada con -en este caso, el “*administrador de hecho*” u otros de hecho y derecho- puede eximirse de responsabilidad alegando la no injerencia en los negocios sociales.

La respuesta debe ser negativa por los siguientes fundamentos:

a) Toda vez que los administradores tienen como norma de conducta la de obrar con lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios -art. 59

L.S.C.- respondiendo por los daños y perjuicios por el incumplimiento a sus obligaciones ya sea por acción u omisión, la pasividad de su conducta frente a la actuación de un tercero que en definitiva, puede producir daños a la sociedad y a quienes con ella contraten, viola dicha norma ⁴²;

b) El art. 274 L.S.C. sólo autoriza la eximición de responsabilidad del administrador, frente a la conducta positiva de votar en contra de la respectiva decisión que genera responsabilidad y dar aviso al síndico de la sociedad, antes que la responsabilidad sea denunciada ⁴³; y

c) Al administrador de derecho le cabría además -por una interpretación amplia- la responsabilidad por culpa *in vigilando*, dispuesta por el Código Civil, art. 1113 ⁴⁴.

⁴² La jurisprudencia comercial de la Capital Federal, ha sostenido que “La responsabilidad de los administradores no resulta excusable por la injerencia que consintieron a un tercero en los negocios sociales (...) Y ciertamente que lo dicho es válido para quienes pretenden exculparse sobre la base de haber consentido la designación en el directorio por complacencia hacia terceros o para la ocultación de éstos, pues si así lo hicieron procedieron con torpeza y ésta no resulta invocable para sustraerse del ámbito del art. 274 de la ley de sociedades” (CNCom., Sala C, del 21/10/82, en autos: “Amuchástegui, Aldo c/ Producciones Publicitarias S.A.”, E.D., 102-734).

⁴³ En este orden, los administradores que no hayan manifestado su voluntad contraria a la actuación del representante de facto no podrían volver sobre sus propios actos intentando liberarse de la responsabilidad cuando han sistemáticamente adherido a la actuación del representante de hecho. En este sentido, puede verse MOSSA, L., “Rappresentanza statutaria e di fatto della società anónima” en *Riv. Dir. Comm.*, vol. XXXVI, pág. 389 y ss..

⁴⁴ Vale la pena mencionar que específicamente el art. 2392 2º párrafo C.C.I., dispone que los administradores son solidariamente responsables si no han vigilado en forma general el ejercicio de la gestión o si, estando en conocimiento de actos perjudiciales no han hecho cuanto podían para impedir el cumplimiento o eliminar o atenuar las consecuencias dañosas, sancionando así en forma específica al administrador de derecho por culpa *in vigilando*. La jurisprudencia italiana ha tenido oportunidad de expresarse en este sentido, sentenciado que “La contextual presencia de un sujeto que había ejercitado de facto los actos de administrador de una sociedad en quiebra y de un segundo sujeto, investido del nombramiento oficial de administrador de la misma sociedad, que se ha prestado como prestanombre para cubrir la actividad oculta, no exime de responsabilidad sobre el simple acto que se ha mantenido extraño a la administración en inerte comportamiento”. La casación ha entendido que ha incumplido con su obligación de vigilar y, por lo tanto, había consentido la conducta de los demás administradores o, de las personas que de facto habían administrador cometiendo delitos (en *Le società*, 1993, pág. 61 y ss., con comentario de CANTELE, V.).

En conclusión, la responsabilidad del administrador de facto no excluye aquella del administrador de derecho, sino que se suma a ella, siendo que este último debe responder por los daños ocasionados al patrimonio social o directamente a los socios y a los terceros no solamente por los actos comisivos a él imputados sino también por aquellos omisivos en violación con sus deberes de diligencia y lealtad.

CAPÍTULO IX

CONCLUSIONES

En el análisis de la hipótesis propuesta, hemos afirmado la tesis conclusiva, en las siguientes aseveraciones:

1. El estudio de la figura del “*administrador de hecho*” demuestra una vez más que el sistema normativo de las relaciones de cambio o de los negocios jurídicos bilaterales se muestra incompatible por un lado e insuficiente por otro, para ser aplicado lisa y llanamente a las relaciones de organización y aportar soluciones adecuadas a los problemas que éstas plantean. De las relaciones de organización participan la mayoría de las relaciones societarias internas, evidenciándose esa incompatibilidad especialmente en lo que a la administración y representación societaria incumbe.

2. La figura del “administrador de hecho” puede ser analizada desde dos perspectivas. Por un lado y, desde el punto de vista estricto, la locución “*administrador de hecho*” refiere al sujeto que efectivamente actúa en la administración y representación societaria con vicios en su designación o sin designación alguna. Desde el punto de vista amplio, “*administrador de hecho*” es tanto el sujeto que actúa personal o efectivamente como administrador y representante de una sociedad comercial, como aquél que sin designación alguna, imparte directivas, instrucciones o fija el contenido de la gestión y bajo cuyas instrucciones actúa el administrador de derecho o de hecho de una sociedad comercial. En este último sentido, las situaciones más características se dan en las relaciones de control, donde los administradores de la controlante imponen la situación de domi-

nio a las sociedades controladas, a través de los administradores de esta última. Este supuesto, contiene diferencias notables con el “*administrador de hecho*” objeto de esta investigación, residiendo esas diferencias en la tipificación de las conductas, los presupuestos responsabilizatorios, las vías de imputación de esa responsabilidad y su extensión. Estas diferencias implican que ambos conceptos no pueden ser confundidos, sin perjuicio de lo cual se entiende que el conflicto puede provenir de la utilización de una terminología común.

3. La figura del “*administrador de hecho*” ha sido objeto de estudio y tratamiento específico por la doctrina y jurisprudencia a partir del siglo XIX particularmente en el derecho italiano y alemán. La modificación y actualización de diversos ordenamientos normativos, principalmente en el ámbito penal, ha traído consigo la incorporación normativa de la figura del “*administrador de hecho*” como sujeto responsable frente a la sociedad y los terceros en la mayoría de las legislaciones del derecho continental europeo. Así ha sucedido con el derecho francés, el español, el italiano y el alemán. El derecho nacional, por su parte, no contiene -salvo algunas normas aisladas que podrían ser aplicadas extensivamente como son los arts. 18 y 19 de la ley de sociedades y el art. 173 de la ley de concursos y quiebras- normas expresas, aun cuando se han detectado casos jurisprudenciales que -si bien bajo otra denominación- han comenzado a vislumbrar la situación como problema. La mayoría de esos casos refiere exclusivamente al ámbito externo de actuación del “*administrador de hecho*” y las consecuencias para con los terceros de buena fe, basándose principalmente en la teoría de la “apariencia del negocio jurídico”. La doctrina nacional, por su parte, ha comenzado a detectar el problema, existiendo trabajos aislados que abarcan algunos aspectos particulares de la figura.

4. La “teoría del órgano” que superó a la aplicación de la “teoría del mandato” y que explica la relación interna entre administrador y sociedad, se muestra hoy insuficiente para abarcar el cúmulo de relaciones entre la sociedad y el administrador, si bien es útil para explicar la relación de éstos con los terceros. En la actualidad existe una tendencia a calificar la relación jurídica en forma unitaria. Se considera que dicha calificación jurídica unitaria es en esencia una relación negocial -*sui generis*- donde existe una

manifestación de voluntad colegial por parte del órgano de gobierno y una aceptación por parte de los sujetos designados, también manifestación jurídica voluntaria, necesarias ambas relaciones para generar efectos regulares.

5. Estrictamente, el administrador de una sociedad que tiene a su cargo su actuación externa no es un “representante” de ésta ya que la “representación” en el sentido tradicional, presupone la existencia de dos sujetos, sino que es substancialmente la misma sociedad.

6. La actuación de administradores legalmente designados o de derecho, fuera de sus atribuciones legales o contractuales, acarrea consecuencias imputativas del acto realizado pero esta situación no configura un supuesto de administrador de hecho. Por su parte, la delegación interna de funciones legales o estatutarias propias de la administración puede realizarse siempre y cuando se respeten los límites de su competencia, siendo obligatorias para los administradores las decisiones delegadas al órgano de gobierno. La delegación externa -en el sentido de a terceros extraños a la organización- se encuentra limitada a que sea realizada orgánicamente y que el contenido de la delegación sólo consista en actos, a la vez que delegables, particulares y específicos, no siendo autorizada legal ni axiológicamente la delegación de poderes generales amplios de administración y representación a un tercero ajeno a la organización interna societaria.

7. El administrador elegido a través de un procedimiento viciado configura el primer supuesto de administrador de hecho. Su actuación es oponible a la sociedad aun antes de dictada la sentencia de nulidad -en caso de existir- por los terceros de buena fe, ya que por un lado, el uso desviado del sistema, impuesto en beneficio de quién lo utiliza no puede perjudicar a quien no lo ha elegido y beneficiar a quien usufructúa desviadamente del mismo y, por otro, el tercero se relaciona directamente con la persona jurídica y no con su organización interna.

8. La oponibilidad del acto realizado por el administrador de hecho, a la sociedad, como principio, tiene excepciones. La primera reside en la

inmediatez del contenido del acto viciado con el negocio jurídico concluido por el administrador de hecho. En este caso, el tercero tiene a su cargo una mínima diligencia la cual consiste en cerciorarse de la validez de los antecedentes del “título”. La segunda excepción se encuentra directamente relacionada a la “calidad” del tercero con quien la sociedad contrata. Si el tercero es un comerciante profesional, como podría ser una entidad financiera o bancaria, la profesionalidad y diligencia exigida y a la que se encuentra sometida, no puede relevar a dicho tercero del mínimo deber de verificación en los términos de los arts. 902 y 909 C.C..

9. El sujeto que actúa administrando o representando a la sociedad sin designación alguna, es considerado “*administrador de hecho*” siempre y cuando actúe en forma permanente y medie tolerancia activa u omisiva de los demás órganos sociales y, en definitiva, de la sociedad.

10. El “apoderado general” así como el socio mayoritario que tenga un poder amplio de administración y representación, pueden ser considerados administradores de hecho de la sociedad que gestionan, dependiendo del grado de injerencia, permanencia y utilización del poder, cabiéndole, en consecuencia, todas las responsabilidades propias de un administrador de derecho.

11. La imputación de los actos realizados por los administradores de hecho a la sociedad se basa no en su regular relación con ésta sino por el efectivo y personal ejercicio del cargo. La mencionada conducta es la razón de las obligaciones y responsabilidades correspondientes por “el hecho de la administración”.

12. El “*administrador de hecho*” que actúa con vicios en su designación responde, frente al hecho dañoso para con la sociedad en los términos de los arts. 59, 274 a 276 de la ley 19.550 y frente a los terceros en los términos de los arts. 59, 274 y 279 de la ley 19.550.

13. El “*administrador de hecho*” que actúa sin designación alguna y hasta su “ratificación” expresa o tácita por la sociedad, responderá

como un gestor de negocios, siendo la prescripción de la acción de responsabilidad de diez años desde que se produjo el hecho dañoso. Luego de la ratificación, responde frente a la sociedad en los términos de los arts. 59, 274 a 276 de la ley 19.550 y frente a los terceros en los términos de los arts. 59, 274 y 279 de la ley 19.550.

14. En ningún caso es excusable la responsabilidad del (co) administrador de derecho cuya responsabilidad es solidaria e ilimitada con el administrador de hecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBADESSA, P., "I gruppi di società nel diritto italiano" en *I gruppi di società*, Bologna, 1982.
- "Potere deliberativo e potere di rappresentanza nella società per azioni", *Riv. Dir. Com.*, 1970, I, 164.
 - *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milán, 1975.
- ABRIANI, N., "Gli amministratori di fatto delle società di capitali", *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milán, Giuffrè, N° 182.
- ADROGUÉ, M. y GARCÍA CUERVA, H., "La publicidad registral de la constitución y disolución de las sociedades comerciales y de las modificaciones al contrato social", L.L., 1987-D-1035.
- ADROGUÉ, M., "Irregularidad e invalidez en la constitución de sociedad" en *Cuadernos de la Universidad Austral* N° 4.
- AGLIANO, H., "Clasificación de las nulidades", L.L., 88-876.
- AGUINIS, A., "El derecho de información de los accionistas", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1978.
- ALBALADEJO, M., *Derecho civil II*, Barcelona, Bosch, 1997.
- *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958.
- ALEGRÍA, H., "Elección de directores por clase o categoría de acciones", L.L., 1980-C-864.
- "La representación societaria", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 6, Representación, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A., "Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades" en *Jurisprudencia práctica* N° 115, Madrid, Tecnos, 1996.
- ALSINA ATIENZA, D., *Efectos jurídicos de la buena fe*, Buenos Aires, Talleres Gráficos, 1935.
- ALSINA, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Ediar, 1957.
- ALTERINI, A., *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.

- ALLENDE, L., “Administradores de hecho” en *El directorio en las sociedades anónimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- “Conveniencia de regular la actuación de los administradores de hecho en las sociedades comerciales”, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, Univ. Nacional de Rosario, 2001.
- ANAYA, J., “El derecho de información del accionista y sus límites”, E.D., 132-367.
- “La norma penal en la ley comercial”, E.D., 7/4/92.
- ANDORNO, L., “La teoría de la apariencia”, E.D., 116-931.
- ANTOLISEI, F., *Manual di diritto penale. Leggi complementari*, Milán, Giuffrè, 1997.
- ARÁUZ CASTEX, M., *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974.
- ARAYA, M., “Responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima”, *Derechos patrimoniales* en Homenaje al Prof. Efraín Hugo Richard, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.
- ARECHA, M., “El derecho de la minoría que contempla el art. 236...” en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, U.N.R. Rosario, 2001.
- BAIGÚN, D. y BERGEL, S., *El fraude en la administración societaria. El artículo 173 inc. 7mo del Código Penal en la órbita de las sociedades comerciales*, Buenos Aires, Depalma, 1988.
- BARREIRO, R., “Invalidez de las decisiones del directorio”, en *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, t. I.
- BELTRÁN, E., “Los instrumentos de financiación: las categorías de acciones” en *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, dirigido por Abbadessa P. y Rojo A., Milán, Giuffrè, 1993.
- BELLUSCIO, A. y ZANNONI, E., *Código Civil y leyes complementarias. Comentado anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1988.
- BÉRGAMO LLABRÉS, A., “La protección de la apariencia en el derecho español”, Curso de conferencias de 1945 en el ICN de Valencia, 1946.
- BETTI, E., *Teoría generale del negozio giuridico*, Ristampa corretta della II edizione, Nápoles, Scientifiche Italiane, 1994.
- BOLAFFI, R., “Annullamento di deliberazione sociale e buona fede”, en *Riv. Dir. Comm.*, vol XXXVI, 2ª par., 1938.
- “Le teorie sull’apparenza giuridica”, *Riv. Dir. Comm.*, vol. XXXII.
- BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

- BOLLINI SHAW, C., “La creación del consejo de vigilancia como forma de alterar el sistema previsto por el artículo 263 de la ley 19.550”, E.D., 101-353.
- BONELLI, F., *Gli Amministratori di società per azioni*, Milán, Giuffrè, 1985.
- “La prima sentenza della Cassazione civile sull’amministratore di fatto”, *Giur. Comm.*, 1985, 182.
 - “La responsabilità degli amministratori” en *Trattato delle società per azioni*, dirigido por Colombo y Portale Utet
 - “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *Giur. Comm.*, 1984, I.
 - “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *Giur. Comm.*, 1978, II.
 - “Le direttive dell’assemblea agli amministratori di società per azioni (art. 2364, n. 4, c.c.) en *Giurisp. Comm.*, anno XI, 1984.
 - “Responsabilità dell’amministratore per violazioni successive alla cessazione della carica”, *Giur. Comm.*, 1977, II.
- BORDA, G., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1976.
- BORGIOLO, A., “Amministratori di fatto e direttori generali”, *Giur. Comm.*, 1975.
- “Dirección unitaria y responsabilidad en la administración extraordinaria”, RDCO, 1986.
 - “L’amministratore “di fatto” non fallisce”, *Giur. Comm.*, 1978.
 - “La delega di attribuzioni amministrative”, *Rev. delle Società*, 1981.
- BOYLE, A. y BIRDS, J., “Company Law”, 3^{er}d. Jordans GB, 1995.
- BREBBIA, R., *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1979.
- BRIZUELA, C. y RICHARD, E., “Asamblea unánime”, Primer Congreso de Derecho Societario”, La Cumbre 1977, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. II.
- BRUGI, B., “Ratifica di atti annullabili e rappresentanza”, *Riv. Dir. Comm.*, 1905.
- BRUNETTI, A., *Tratado del derecho de las sociedades II. Sociedades por acciones*, trad. de Felipe Solá Cañizares, Buenos Aires, Uteha, 1960.
- BUERES, A. y MAYO, J., “Algunas ideas básicas para una teoría de la representación” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 6.
- BURLANDO DE ACUÑA, F., “El interlocking en el directorio (sobre directores comunes a dos o más sociedades)” en *El directorio en las sociedades anónimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.

- BUSTAMANTE, E., “Suspensión de las decisiones asamblearias que aprueban los estados contables” en *La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- BUTELER CÁCERES, J., *Manual de derecho civil*, Buenos Aires, Abaco, 1984.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho societario. Parte general, Los órganos societarios*, Buenos Aires, Heliasta, 1996.
- “Los vicios en la constitución de sociedades”, RDCO, 1994.
 - “Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades”, *Derecho societario. Parte general*, Buenos Aires, Heliasta, 1996.
- CAFURE DE BATTISTELLI, M. y GAVIER, E., “Ilícitos económicos”, *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. II.
- CÁMARA, H. y ESPINOSA, C., “Asamblea unánime”, Primer Congreso de Derecho Societario”, La Cumbre 1977, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. II.
- CAMPOBASSO, G., “Il sistema giurídico italiano”, *Diritto commerciale*, t. 2, *Diritto delle società*, 2da. ed., Torino, Utet, 1993.
- CANTELE, V., nota a la Cass, *Le società*, 1993.
- CARLO, A., *Il contratto plurilaterale associativo*, Napoli, Ed. Dott. Eugenio Jovene, 1967.
- CASELLI, G., “Problemi in tema di nomina degli amministratori di società per azioni” en *Contrato e impresa*, 1- 1989.
- *Trattato delle società per azioni*, t. 4 Amministratori Direttore generale, Torino, Utet, 1991.
- CASSI Y MATERIALI DI DIRITTO COMMERCIALE, Milán, Giuffrè, 1974.
- CERRAI A. y MAZZONI A., “La tutela del socio e delle minoranze” en *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, A cura de Abbadessa y Rojo, Milán, Giuffrè, 1993.
- COLOMBRES, G., *Curso de derecho societario. Parte general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972.
- “Anteproyecto de ley de sociedades comerciales. Su análisis”, RDCO, 1968.
- COMPAGNUCCI DE CASO, R., “La gestión de negocios y el principio de la no injerencia” L.L. 1998, E-867.
- *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- CORDEZ, A. y JUÁREZ, M., “Sobre el régimen de nulidad en la ley de sociedades”, *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, t. I.

- COTTINO, G., *Diritto commerciale*, t. II, “La Società”, Bologna, Zanichelli, 1984.
- CRACOGNA, D., “Las personas jurídicas como integrantes del directorio” en J.A., número especial, 15/10/97.
- CURA, J., “El olvidado artículo 266 de la ley de sociedades”, L.L., 1996-C-247.
- CUSHNIR, A., “Directores de facto y teoría de la apariencia”, RDCO N° 2.
- CHAMORRO HERNÁNDEZ, A., “Alcance de las convocatorias a asambleas generales por el órgano de contralor” en *La sociedad comercial ante el tercer milenio*, Buenos Aires, Uade, 1998, t. II.
- D’AMELIO, M., “La apariencia del derecho”, L.L., t. 2, 16.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., “Carácter temporal del cargo de administrador”, *Rev. de Derecho Mercantil* N° 6, 1979.
- DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1970, t. I.
- *La representación en el derecho privado*, reimpresión, Madrid, Civitas, 1992.
- EMBID IRUJO, M., “Grupos de sociedades y gobierno corporativo” en *La sociedad comercial ante el tercer milenio*, Buenos Aires, Uade, 1998, t. II.
- ENNECCERUS, L.; KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de derecho civil*, 2ª ed, trad. José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, t. II.
- ESCUTI, I., “Conservación de la empresa, nulidad societaria y criterio interpretativo”, E.D., 143-949.
- “Nulidad e impugnación de balance”, *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. II.
 - “El derecho a la información societaria y la actuación judicial”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2000-1:78.
- ESTEBAN VELASCO, G., “El poder de decisión en las sociedades anónimas”, Madrid, Civitas, 1982.
- ETCHEVERRY, R., “Análisis del sistema de invalidez e ineficacia en la ley de Sociedades comerciales”, L.L., 150-1101.
- FARGOSI, H., “Notas preliminares sobre la responsabilidad de los directores y la dirección unitaria en el grupo de sociedades”, E.D., 145-843.
- “Consideraciones sobre el directorio en la ley de sociedades comerciales”, L.L., 148-913.

- FARGOSI, H. y FARGOSI, A., “Nota sobre los directores de hecho”, L.L., 1987-E-580.
- FARGOSI, H. y ROMANELLO, E., “Facultades gestorias de la asamblea y responsabilidad de los directores”, L.L., 1986-E-1126.
- FATTORI, A., “Attibuzione della qualifica de amministratore di fatto e conseguente responsabilita”, *Le società*, 1995.
- FAVIER DUBOIS, E. (h), *Derecho societario registral*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994.
- *El Registro Público de Comercio y las inscripciones societarias*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
 - “La responsabilidad de la sociedad de los socios y de los administradores sociales después del cese”, *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, t. I.
 - “El representante de hecho y la apariencia en la actuación societaria”, *Doctrina societaria y concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 105.
 - “La representación por apoderado en la sociedad anónima”, *Negocios societarios*, libro en homenaje a Max Sandler, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
 - “Las relaciones intergrupales y la representación social”, en las V Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Rosario, 1997.
- FERNÁNDEZ, R., *Código de Comercio comentado*, Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina, 1943.
- FERRARA, F., *Gli imprenditori e le società*, Milán, Giuffrè, 1975.
- *Gli imprenditori e le società*, Milán, Giuffrè, 1952.
- FERRARA, F. y CORSI, F., *Gli imprenditori e le società*, Settima Edizione, Milán, Giuffrè, 1987.
- FERRI, G., *Diritto commerciale*, Torino, Utet, 1998.
- FILIPPI, L., “Efectos del incumplimiento del requisito de prestar garantía por parte de los directores electos”, *Negocios societarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- “La administración controlada no es un supuesto de administración de hecho”, Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Societario, Valencia, 2001 (en imprenta).
 - “La renuncia al cargo de director y su aceptación”, VI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial”, San Martín de los Andes, 1998.
 - “Voto acumulativo. Imposibilidad de su sumatoria”, J.A., número especial, Sociedad Anónima y relaciones de organización.

- FILIPPI, L. y JURE RAMOS, S., “¿Seguridad” o “celeridad” del tráfico mercantil?”. La representación por apoderado en la sociedad anónima” en *Negocios societarios, concursales y de la integración de Argentina y Chile*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- FILIPPI, L. y PARDINI, M., “El derecho de información de los directores” en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, octubre 2001.
- FLETCHER, W., “Cyclopedia of the law of private corporations” (Perm Ed.), Illinois, Callaghan & Company, 1969.
- FONTANARROSA, R., *Derecho comercial argentino*, 2ª ed., Buenos Aires, Zavalía, 1969.
- FORUM EUROPAEUM DERECHO DE GRUPOS, *Revista de Derecho Mercantil* N° 332, abril-junio de 1999.
- FRÈ, G., “Società per azioni” (artt 2325-2461) in Comm. del Cod. Civ. a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982.
- GAGLIARDO, M., “Voto acumulativo y protección de las minorías”, J.A., 1987-IV-335.
- “Reformas al directorio de la sociedad anónima (Resolución M.J. 465/91)”, E.D., del 19/5/94.
 - “Voto acumulativo y elección de directores suplentes”, E.D., 123-180.
- GAIBISSO, C. y NISSEN, R., “Registración de administradores. Análisis del art. 60 de la ley de sociedades”, E.D., 84-135.
- GALGANO, F., *Diritto commerciale, Le società*, Bologna, 1984.
- *Diritto commerciale, Le società*, Bologna, Znghelli, 1997.
 - “El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas”, *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, Fundación Profesor Manuel Broseta, 1995.
 - *El negocio jurídico*, trad. Blasco Gascó F y Prats Albentosa L., Valencia, Tiránt lo Blanch, 1992.
 - *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Francesco Galgano, vol. VII, La società per azioni, Padova, Cedam, 1984.
- GALLARDO, M., “La buena fe diligente en el tercero contratante como presupuesto para aplicar la apariencia prevista por el artículo 58, ley 19.550”, L.L., 2/7/02.
- GARCÍA CAFFARO, J., “Oponibilidad de la designación y cese de los administradores de sociedades comerciales”, L.L., 1979-B-410.

- GARCÍA CAVERO, P., *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, Barcelona, Bosch, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, Civitas, 1996.
- GARCÍA, O., “Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital” en *Revista de las Sociedades y Concursos* N° 2.
- *Control y responsabilidad*, Tesina, Universidad Austral, 1995, inédita.
 - “Impugnación de decisiones del directorio” en II Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial, Uruguay, 1997.
 - “Grupo de sociedades. Apariencia. Responsabilidad” en *Conflictos actuales en sociedades y concursos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.
- GARIBOTO, J., “Notas sobre representación y apariencia”, E.D., 144-808.
- GARRETA SUCH, J., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- GARRIGUES, J., *Tratado de derecho mercantil*, t. I-2, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1942.
- “Nulidad e impugnabilidad de los acuerdos de la junta general de la sociedad anónima”, R.D.M., 1946, II.
- GARRIGUES, J. y URÍA, R., *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1976, t. II.
- GAUTHIER, T., *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, París, Litec, 2000.
- GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades. Parte general*, Madrid, GT, 1976, t. I.
- GOLDENBERG, I., *La voluntad unilateral*, La Plata, Librería Editora Platense, 1975.
- GORDILLO, A., *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978.
- GOTTHEIL, D., “Sobre la necesidad de crear nuevos tipos penales que castiguen conductas ilícitas en el marco societario”, *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. II.
- GOWER, L., *Gower's Principles of Modern Company Law*, London, 1992.
- GREGORINI CLUSELLAS, E., “Las decisiones del directorio. Su impugnación y legitimación”, L.L., 1996-D-636.
- GRIFFI, E., “Algo más sobre la elección por voto acumulativo”, *Doctrina societaria y concursal*, Errepar, mayo 1989.
- GUILLÉN, H., “Nulidad y apariencia”, L.L., 1984-A-772.

- GULMINELLI, R., "Propuesta de *lege ferenda* para dar coherencia al sistema de responsabilidad de los administradores", *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, t. I.
- HALPERÍN I., *Curso de derecho comercial*, 4ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1978, vol. I.
- *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1974.
- HIGHTON, F., "La representación, el mandato y el órgano de la persona jurídica (aspectos prácticos)", L.L., 1978-A-458.
- IGLESIAS PRADA, J., *Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima*, Madrid, Tecnos, 1971.
- JACHIA, G., nota a la Cass., Civ. del 21/11/83 en *Giur. Comm.*, 1984, 2ª parte.
- JAEGER, P., "Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori", *Rev. Soc.*, 1985.
- "La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo", *Giur. Comm.*, 1981, I.
- JAEGER, P. y DENOZZA, F., *Appunti di diritto commerciale*, Impresa e società, 4ª ed., Milán, Giuffrè, 1997.
- JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, Civitas, 1994.
- JUÁREZ, M., "Convocatoria a asamblea" en *La sociedad comercial ante el tercer milenio*, Buenos Aires, Uade, 1998, t. II.
- JUNYENT BAS, F., *La responsabilidad civil de los administradores*, Córdoba, Advocatus, 1998.
- "Impugnación de actos del directorio", separata RDCO, 1997.
- JUNYENT BAS, F. y FILIPPI, L., "La antijuridicidad en el ámbito societario y la factibilidad de una regulación autónoma de índole contravencional", *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. II.
- JUNYENT BAS, F. y RODRÍGUEZ DE LA PUENTE, L., "Responsabilidad de los administradores societarios", *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, t. II.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1997.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La gestión de negocios en la Jurisprudencia Argentina", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 6, Representación.
- LAFAILLE, H., *Curso de contratos*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, t. III.

- LATELLA, D., "La rappresentanza nelle società di capitali: La Procura generale conferita a terzi dagli amministratori" en *Giur. Comm.*, 2000, I.
- LEVENEUR, L., "Situations de fait et droit privé" en *Bibliothèque de droit privé*, París, LGDJ, 1990, t. 212
- LO CASCIO, G., "La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali", *Giur. Comm.*, 1986.
- LÓPEZ DE MEDRANO, F., *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, Barcelona, Bosch, 1986.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., *Teoría de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, Zavallía, 1975.
- LÓPEZ TILLI, A., *Las asambleas de accionistas*, Buenos Aires, Abaco, 2001.
- LORENTE, J. y VANASCO, C., "Responsabilidad de los directores en la sociedad anónima" en II Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial, Uruguay, 1997.
- LORENZETTI, R., "La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza", L.L., 2000-D-1168.
- LOSICER, J., "Impugnación de las resoluciones del directorio" en *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. I, pág. 162.
- LUCHÍA PUIG, H. y MATTA Y TREJO, G., "Asamblea unánime. Citación de directores, síndicos y gerentes generales", Primer Congreso de Derecho Societario, Buenos Aires, Depalma, 1977, t. II.
- LLAMBÍAS, J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1973.
- LLOVERAS DE RESK, M., *Tratado teórico-práctico de las nulidades*, Buenos Aires, Depalma, 1991.
- MAFFÍA, J., *Manual de derecho sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1987.
- MALDONADO, C., "Impugnación de decisiones del órgano de administración" en *Derechos patrimoniales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.
- MANÓVIL, R., "El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art. 251 L.S. en un fallo que marca un hito", E.D., 168- 545.
- *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
 - "Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias de normas de orden público y de normas imperativas: una imprescindible distinción" en *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. II.

- MARTÍNEZ BOSQUE, M., “Sustitución de directores electos por el sistema del voto acumulativo”, J.A., 1992-IV, Secc. Doctrina.
- MARTÍNEZ PRIETO, J., “Los fallidos no pueden ser directores de sociedades anónimas debido a que el art. 264 inc. 2º de la ley 19.550 continúa inhabilitándolos” en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, t. II.
- MARTORELL, E., “Los directores de las sociedades anónimas y el fenómeno del poder (Apuntes para un análisis de la cuestión)”, L.L., 1989-C, Sección Doctrina.
- MATA Y MARTÍN, R., “Los delitos societarios en el Código Penal de 1995” en *Revista de Derecho de Sociedades*, 1995.
- MATTA Y TREJO, G., “El sistema de elección por voto acumulativo en la ley de sociedades comerciales”, E.D., 78-274.
- “Normatividad societaria, orden público e impugnación de decisiones asamblearias” en *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. II.
- MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Sentís Melendo, S., Buenos Aires, E.J.E.A., 1971, t. I.
- MIGLIARDI, F., “Acotación sobre la función del presidente del directorio”, L.L., 1981-D-189.
- MIGUEL, J., “El régimen de invalidez de la sociedad comercial (aspectos específicos)”, E.D., 132-986.
- MINERVINI, G., “Alcune riflessioni sulla teoría degli organi delle persone giuridiche private”, RTDPC, 1953.
- *Gli amministratori di società per azioni*, Milán, Giuffrè, 1956.
 - “Note in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni (arts. 2394 e 2395 C.C.)”, Riv. Dir. Comm., 1954.
- MINGUZZI, I., “Gli amministratori di società per azioni”, *I poteri*, Rimini, 1980.
- MOSSA, L., “Abuso della procura”, *Riv. Dir. Comm.*, 1935.
- “L'inefficacia della deliberazione dell'assamlea nelle società per azioni” en Riv. Dir. Comm, vol. XIII, 1915.
 - “Rappresentanza statutaria e di fatto della società anónima” en *Riv. Dir. Comm.*, vol. XXXVI.
- NEGRI, J., “Afectación de los derechos de la minoría insuficiente por la vía de la violación estatutaria”, E.D., 122-140.
- “El derecho a la información del accionista, la obligación de informar de los administradores y el deber de confidencialidad” en *Derechos*

- patrimoniales* en Homenaje al Prof. Efraín Hugo Richard, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.
- NIETO BLANC, E., “Consideraciones sobre el concepto de invalidez (nulidad) de los actos jurídicos”, L.L., 104-1014.
- NISSEN, R., *Impugnación judicial de actos y decisiones assemblearias*, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- *Ley de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Abaco, 1997.
- NISSEN, R., y PARDINI, M., “La ejecución de las decisiones assemblearias que aprueban los estados contables y la susceptibilidad de suspensión provisoria” en *La sociedad comercial ante el tercer milenio*, Buenos Aires, Uade, 1998, t. II.
- NISSEN, R. y VÍTOLO, D., “La impugnación de decisiones del directorio”, L.L., 1990-B-966.
- ORGAZ, A., *El daño resarcible*, Buenos Aires, Depalma, 1967.
- OTAEGUI, J., “Acto social constitutivo y persona societaria. Esquema de su naturaleza”, RDCO, 1975.
- *Administración societaria*, Buenos Aires, Abaco, 1979.
 - *Concentración societaria*, Buenos Aires, Abaco, 1984.
 - *Invalidez de actos societarios*, Buenos Aires, Abaco, 1978.
 - “Sobre la legitimación de los accionistas y la impugnación de las resoluciones directoriales”, E.D., 168-47.
- PARRELLA, F., “Rassegna di diritto societario”, *Rivista delle Società*, 1990.
- PASQUAU LIAÑO, M., “Gestión de negocios ajenos. Beneficios indirectos derivados de la actuación ajena. Servidumbre de paso de luz eléctrica” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* N° 24, Madrid, Civitas.
- PAVONE LA ROSA, A., “La responsabilità da “controllo” nei gruppi di società”, *Riv. Soc.*, 1984.
- PERASSI, M., “Sull’opponibilità ai terzi della dissociazione fra potere deliberativo e rappresentativo nella amministrazione della s.p.a.”, *Giur. Comm.*, 1988.
- PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, París, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1912, t. X.
- POLO, E., “Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Uría R. Menéndez A y Olivencia M., t. VI, Madrid, Civitas, 1992.
- PONFERRADA, L., “La posición jurídica de los directores de sociedades anónimas”, L.L., 38-1003.

- PRIMER SEMINARIO SOBRE ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA, *Doctrina y estrategias societarias*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- PROYECTO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DEL AÑO 1991, Buenos Aires, Astrea, 1993.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima” en *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, t. II.
- RACCIATTI, H. y ROMANO, A., “Nulidades societarias y mecanismos de subsanación”, *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, t. I.
- RAFFO BENEGAS, P., “Régimen de las nulidades en el Código Civil y en la reforma”, *Revista del Notariado* N° 713.
- RAGUSA, V., *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, Milán, Giuffrè, 1992.
- RANGUGNI, D., “Representación, mandato y apariencia”, L.L., 1988-D-1.
- RICHARD E., “Actividad ilícita de sociedades”, *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. II.
- “Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, vol. XXIV, Córdoba, 2000.
 - “¿Nulidad absoluta de sociedad?” en *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, t. I.
- RICHARD, E. y ESCUTI I., “La sociedad comercial y las modificaciones no inscriptas”, RDCO, 1978.
- RICHARD, E. y MUIÑO, O., *Derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- RIPERT, G. y ROBLOT, R., *Traité de droit commercial*, 14^a ed., París, t. 1, 1991.
- RIVAROLA, M., *Tratado de derecho comercial argentino*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1939, t. III.
- RIVES LANGES, J., “La notion de dirigeant de fait au regard de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le reglement judiciaire et la liquidation des biens, in *Rec. Dalloz*, 1975.
- ROCCA, N., “Reflexiones acerca de la acción de impugnación de decisiones del directorio”, L.L., 11/12/00.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., *Tratado de sociedades mercantiles*, México, Porrúa, 1947.
- ROITMAN, H., “Representación en la sociedad anónima”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 6.

- ROMERO, J., "Las sociedades irregulares y la reforma de la ley 22.903" en RDCO, 1984.
- RUBÍN, M. y otros, "Ilícitos societarios", *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. II.
- SALAFIA, V., "Amministratori, limitazioni al potere di rappresentanza e opponibilità ai terzi", *Le società*, 1995.
- SALERNO, M., "El régimen de invalidez de la sociedad comercial", E.D., 132-986.
- "Ineficacia societaria", J.A., 1996-IV-724.
- SALVOCHEA, R., "Responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales por deudas impositivas", L.L., 24/9/02.
- SÁNCHEZ ALVARES, M., "Los delitos societarios", *Derecho de sociedades*, Monografía, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- SÁNCHEZ CALERO, F., "Instituciones de derecho mercantil", *Revista de Derecho Privado*, 18ª ed.
- SÁNCHEZ URITE, E., *Mandato y representación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot., 1986.
- SASOT BETES, M. y SASOT, M., *Sociedad anónima. El órgano de administración*, Buenos Aires, Abaco, 1980.
- *Sociedades anónimas. Las asambleas*, Buenos Aires, Abaco, 1978.
- SAUX, E., "Digresiones elementales sobre la ineficacia de los actos jurídicos", L.L., 1985-A-863.
- "La representación en los actos jurídicos", RDCO, 1995-B-192.
- SCHAFFEL DE POLIAK, S. y NUTA, A., "Representación de sociedades, inscripción y sus implicancias en la contestación con terceros", L.L., 150-1083.
- SEGAL, R. y GAGO, C., "Asamblea unánime", Primer Congreso de Derecho Societario", La Cumbre 1977, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1977.
- SILBERSTEIN, I., "Invalidez de la deliberación que designa directores de sociedad anónima y derechos de los terceros", RDCO, 1969.
- Soprano, E., *L'assemblea generale degli azionisti*, Milán, Vallardi, 1914.
- SORIA FERRANDO, J., "Consideraciones sobre la eficacia de los acuerdos sociales declarados nulos", RDM, 1982, N^{ros}. 165-166.
- STARCK, BORIS; ROLAND, H.; BOYER, L., *Obligations 2*, Contrat, París, Litec, 1995.
- STRATTA, A., "Efectos jurídicos de la apariencia", E.D., 116-939.
- SUÁREZ ANZORENA, C., *La vacancia del director y la reintegración del directorio*, Buenos Aires, Cangallo, 1970.

- SUÁREZ ANZORENA, C. y otros, “En procura de una más precisa delimitación de la competencia del directorio de la Sociedad Anónima Nacional”, RDCO, 1982.
- TRIMARCHI, P., *Invalidità delle deliberazioni de assemblea delle società per azioni*, Milán, 1958.
- VALERIO, E., *Una svolta giurisprudenziale in tema di amministratori di fatto?*, *La Società*, 1999.
- VANASCO, C., “La acción de impugnación de los actos del directorio”, *El directorio en las sociedades anónimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- VÍTOLO, D., “Director renunciante, inscripción y responsabilidad”, *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. 2.
- “Director renunciante y responsabilidad”, L.L., 1989-C-576.
- VIVANTE, C., *Trattato di diritto commerciale*, Milán, Vallardi, 1923.
- VON GIERKE, O., “Casi e materiali di diritto commerciale”, *Società per azioni*, Milán, Giuffrè, 1974.
- WATHELET, J., “La representación legal de la sociedad anónima y la protección de los terceros”, RDCO, 1968.
- WINIZKY, I., “Asamblea unánime”, Primer Congreso de Derecho Societario, La Cumbre 1977, Buenos Aires, Depalma, 1977, t. II.
- YMAZ, E., “Efectos de las nulidades”, L.L., 143-1971.
- ZALDÍVAR, E. y NEGRI, C., “Infracciones a la legislación societaria. Necesidad de normas represivas específicas”, *Derecho societario y de la empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. II.
- ZALDÍVAR, E.; MANÓVIL, R.; RAGAZZI, G. y ROVIRA, A., *Cuadernos de derecho societario*, t. II, *Sociedades por acciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.
- ZANNONI, E., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- ZAVALA RODRÍGUEZ, C., *Código de Comercio y leyes complementarias*, Buenos Aires, Depalma, 1964.

ABREVIATURAS

AktG:	Aktiengesetz (Ley de Sociedades Anónimas Alemana).
App.:	Appello.
Art.; art.:	artículo.
BGB:	Buergerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán).
c/:	contra.
C.Com.:	Código de Comercio argentino.
C1CC:	Cámara Primera Civil y Comercial.
C2CC:	Cámara Segunda Civil y Comercial.
C.A:	Cour d'appel
Cap.:	Capítulo.
C.C.:	Código Civil argentino.
C.C.I.:	Código Civil Italiano.
C.E.E.:	Comunidad Económica Europea.
Cit.; cit.:	Citado/a.
CNCiv. y Com.:	Cámara Nacional Civil y Comercial.
CNCiv.:	Cámara Nacional Civil de la Capital Federal.
CNCom.:	Cámara Nacional Comercial de la Capital Federal.
CNTab.:	Cámara Nacional del Trabajo.
C.Com.:	Código de Comercio Argentino.
Conf., conf.:	Conforme.
C.P.:	Código Penal
Doc. Soc.:	Doctrina Societaria y Concursal.
E.D.:	El Derecho.

etc.:	etcétera.
Giur. Comm.:	Giurisprudenza Commerciale.
Giur. It.:	Giurisprudenza Italiana.
HGB:	Handelsgesetzbuch (Corte Suprema Alemana)
J.A.:	Jurisprudencia Argentina.
L.C.Q.:	Ley de concursos y quiebras argentina.
L.S.C.:	Ley de sociedades comerciales argentina.
L.S.E.:	Ley de sociedades anónimas española.
L.L.:	La Ley.
Nº:	número.
ob. cit.:	obra citada.
pág./s:	página/s
RTDPC:	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
RDCO:	Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones.
RDM:	Revista de Derecho Mercantil.
Res. Gral.:	Resolución General.
Rev. sociètès:	Reveu des Sociètès.
Rev. Trim. de	
Droit. Comm.:	Revue Trimestriel de Droit Commercial.
Riv. dir. comm.:	Rivista del Diritto Commerciale.
Riv. Lè Società:	Rivista Lè Società.
Riv. Soc.:	Rivista delle Società.
RSC:	Revista de las Sociedades y Concursos.
S.A.:	Sociedad Anónima.
Sent. Cass.:	Sentenza Cassazione.
ss.:	siguientes.
STGB:	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
t.:	tomo.
Trib.:	Tribunale.
V.:	Vid.

INDICE GENERAL

Agradecimientos	13
Prólogo	15

Capítulo I

Concepto y lineamientos generales en el derecho nacional y comparado de la figura del administrador de hecho

I.1. Introducción	17
I.2. Las relaciones de cambio y las relaciones de organización	18
I.2.1. Relaciones de cambio	19
I.2.1.1. La representación y sus efectos	19
a. Elementos y requisitos de la representación convencional propia	20
b. Los posibles defectos en el negocio jurídico de representación	22
c. Distinción entre mandato y representación. Efectos del mandato	26
I.2.2. Breve referencia a las relaciones de organización	27
I.2.3. Primeras conclusiones	29
I.3. Delimitación de la investigación	30
I.3.1. Concepción amplia y estricta de “administrador de hecho”. Aproximación al tema	30

I.4. Concepción amplia	31
I.5. Administración de hecho y control	33
1.5.1. Diferencias entre administración de hecho y administración controlada	35
a. Las conductas	35
b. Presupuestos para la imputación de responsabilidad	37
c. Las tendencias en el derecho nacional. Crítica.....	40
I.6. Administración de hecho y abuso de poder del administrador de derecho	42
I.7. “Administrador de hecho” y socio mayoritario	43
I.8. Concepción estricta de “administrador de hecho”	44
I.9. El “ <i>administrador de hecho</i> ” en el derecho comparado	45
I.9.1. El derecho italiano	46
I.9.2. El derecho alemán	48
I.9.3. El “administrador de hecho” en la jurisprudencia de Estados Unidos	50
I.10. El “administrador de hecho” en la realidad jurídica nacional	54
I.10.1. Ambito comercial	54
I.10.2. Ambito penal	59

Capítulo II

La administración societaria. Aspectos generales

II. 1. Naturaleza del cargo de los directores	63
II.1.2. El director como mandatario de la sociedad	63
II.1.3. Contrato de trabajo u otro <i>sui generis</i>	67
II.1.4. Teoría del órgano	68
II.1.5. El post organicismo y la relación negocial entre administrador y sociedad	70
II.2. Naturaleza de sus poderes. Poderes originarios o derivados	75
II.2.1. El poder “soberano” de la asamblea y su evolución	76
II.2.2. La teoría del mandato y su evolución	77

a. La evolución del derecho comparado	77
b. El derecho nacional	79

Capítulo III

Designación de administradores en las sociedades anónimas

III.1. Naturaleza de las deliberaciones asamblearias	83
III.1.1. Aclaraciones previas	84
III.1.1.1. Las concepciones clásicas	85
a. La singular postura de Francesco Galgano	88
b. El derecho nacional	89
III.2. El particular caso de la designación de los administradores	93
III.2.1. Designación y aceptación. Naturaleza	93
a. La designación y aceptación como contrato	95
b. La designación y aceptación como actos unilaterales	97
c. El acto unilateral como fuente de obligaciones	98
d. La fuente “negocial” en la designación y aceptación	100
III.3. Características de la designación. Importancia	102
III.4. Momentos para la designación	103
III.4.1. Designación en el acto constitutivo	104
III.4.2. Designación posterior al acto constitutivo	105
III.4.3. Los sistemas de designación	106
III.5. Organos facultados para designarlos	109
III.5.1. La asamblea de accionistas. Generalidades	109
III.5.2. Designación por el consejo de vigilancia	114
III.5.3. Designación por la sindicatura	115
III.5.4. La cooptación	118
III.6. Designación por clases de acciones	119
III.6.1. Omisión de designación por clases. Aplicabilidad subsidiaria del art. 255 L.S.C.	122
III.7. Otros supuestos de designación	123

Capítulo IV

Actuación de los administradores en la sociedad anónima

IV.1. Actuación fuera de las atribuciones designadas o legales. Introducción	127
IV.2. Relación asamblea-directorio. La distribución de poder entre el órgano de gobierno y el de administración	127
IV.2.1. División de competencias entre administración y gobierno	130
IV.3. Las facultades de gestión y su delegación	132
IV.4. Facultades de gestión delegadas legalmente	134
IV.4.1. Facultades de gestión delegadas legalmente a la asamblea	134
a. Período fundacional	134
b. Durante la vida de la sociedad	134
IV.4.2. Facultades gestorias delegadas a los socios	135
IV.4.3. Facultades gestorias legales delegadas al consejo de vigilancia	136
IV.5. Facultades de gestión delegadas estatutariamente	136
IV.5.1. Limitaciones estatutarias que afectan la actuación externa y sus efectos. Limitaciones a la representación	137
IV.5.2. Limitaciones estatutarias que afectan la actuación interna y sus efectos. Limitaciones internas (o contractuales) relativas a la desviación del poder de gestión	143
IV.5.3. Limitaciones a la competencia del directorio y sus efectos intrasocietarios. Fundamento de los efectos vinculantes	149

Capítulo V

Administración con nombramiento irregular o nulo

V.1. Ineficacia e invalidez de los negocios jurídicos: aspectos generales	151
V.2. Actos nulos y anulables. Nulidad absoluta y relativa	155
V.3. Efectos de las nulidades	157

V.3.1. Distinción de los efectos entre partes y frente	
a terceros	157
a. Entre las partes	158
b. Frente a terceros	158
V.4. El sistema de nulidades societarias. Introducción	160
V.4.1. Elementos diferenciadores del sistema común:	
contrato plurilateral de organización y persona jurídica	161
V.4.2. Los efectos de las nulidades societarias en general	163
V.4.3. Las nulidades societarias, tentativa de clasificación	164
a. Ineficacia estructural	164
b. Ineficacia funcional	165
V.5. Las decisiones asamblearias y su impugnación. Remisión.	165
V.6. Efectos de las decisiones declaradas nulas.	166
V.6.1. Efectos internos de la declaración de nulidad	171
V.6.2. Efectos externos de la declaración de nulidad.	173
V.6.2.1. Introducción. Principios a considerar.	173
a. La apariencia del acto	175
b. El principio de buena fe	180
V.6.3. El especial sistema societario. Nuestra opinión	182
V.7. Efectos de las decisiones asamblearias de designación de	
representante declaradas nulas	187
V.7.1. Aplicación de los principios expuestos. Algunos	
aspectos particulares	187

Capítulo VI

Administración con nombramiento irregular o nulo

(Continuación)

VI.1. Primeras causas que originan la configuración del	
“administrador de hecho”	191
VI.2. Sujeto sobre quién puede recaer el nombramiento	192

VI.3. Breve referencia a la capacidad para ser director	193
VI.4. Prohibiciones e incompatibilidades	193
VI.5. Efectos internos y externos del administrador inhabilitado	196
VI.6. Vicios en el procedimiento de designación	199
VI.7. Procedimiento de designación de los administradores	200
VI.7.1. Convocatoria y publicidad	200
VI.7.2. <i>Quorum</i> y mayorías	202
VI.7.3. Aceptación	202
VI.7.4. Publicidad e inscripción	203
VI.8. Vicios en el procedimiento de designación	204
VI.8.1. Vicios en la convocatoria y en la publicidad de la convocatoria	204
VI.8.2. Vicios en el <i>quorum</i> y las mayorías necesarias	209
VI.8.3. El incumplimiento de los demás requisitos	210
VI.8.4. Publicidad e inscripción	211
VI.9. Efectos internos y externos del incumplimiento de los pasos para su nombramiento	214
VI.10. Vicios en el nombramiento. Supuestos particulares	216
VI.10.1. Adopción del acuerdo incumpliendo una prohibición estatutaria o violación de las condiciones impuestas estatutariamente	216
VI.11. El incumplimiento de las cargas u obligaciones no configura un supuesto de “administrador de hecho”	217
VI.11.1. Domicilio	218
VI.11.2. Garantía	218
VI.12. Administrador con nombramiento caduco y cesado	220
VI.12.1. Introducción. Breve reseña al sistema legal vigente	220
VI.12.2. Causas de cesación del cargo y efectos	223

Capítulo VII

Administración sin nombramiento. Realización de funciones directivas

VII.1. Realización de funciones directivas	229
VII.2. Principios de la administración sin nombramiento en el derecho comparado	231
VII.3. El administrador sin nombramiento en la realidad jurídica argentina	234
VII.4. Requisitos para la configuración de “administrador de hecho” sin nombramiento	235
VII.4.1. Realización de funciones directivas en forma permanente	236
VII.4.2. Tolerancia de los demás órganos y la sociedad	238
VII.5. El apoderado general como “administrador de hecho”	241
VII.5.1. Encuadramiento normativo	241
VII.5.2. El apoderado general. Los límites de su actuación	243
VII.5.3. El socio mayoritario como “administrador de hecho” ...	248

Capítulo VIII

Las especiales relaciones entre el administrador de hecho y la sociedad

VIII.1. Causa y naturaleza de la relación entre el “administrador de hecho” y la sociedad	251
VIII.1.1. Presupuestos	251
a. El daño	252
b. La oponibilidad de la actuación del “administrador de hecho”	253
VIII.2. La relación “administrador de hecho” y sociedad	254
VIII.3. La conducta como presupuesto de la relación. El derecho comparado	256

VIII.4. Conclusiones. Previsiones del derecho positivo nacional	260
VIII.5. Efectos de la conducta en el derecho argentino.	
Aplicación al “administrador de hecho” de las normas que regulan la actuación del administrador de derecho	262
VIII.5.1. Facultades, atribuciones, deberes y obligaciones del administrador de hecho	262
VIII.6. Responsabilidad del administrador de hecho. Introducción ...	263
VIII.6.1. Naturaleza de la responsabilidad del administrador de derecho	265
VIII.6.2. Naturaleza de la responsabilidad del “administrador de hecho” que actúa sin designación	267
a. Aplicación analógica de la relación negocial	268
b. El “administrador de hecho” como gestor de negocios	269
VIII.7. Responsabilidad de los coadministradores de derecho	274

Capítulo IX

Conclusiones	277
Bibliografía	283
Abreviaturas	299

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Duarte Quirós 511,
en el mes de marzo de 2006

