

# CONVENIENCIA DE REGULAR LA ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES

LISANDRO A. ALLENDE

## PONENCIA

Se propone agregar a continuación del art. 60 de la Ley de Sociedades Comerciales (en adelante, la "LS"), un nuevo artículo, 60 bis—por ejemplo—, que leyera así:

*"En caso que terceros contratantes con la sociedad demuestren que quien hubiese actuado ante ellos parecía representar a la sociedad, las disposiciones de esta Sección serán íntegramente aplicables a tales administradores de hecho".*

## I. INTRODUCCIÓN

Sea cual fuere el carácter jurídico o naturaleza jurídica que se le atribuya al Directorio de una sociedad anónima o al órgano de administración de cualquiera de los otros tipos sociales, según se adopte la teoría del mandato, o la de la representación, o la de la fiducia, o la del empleo, o la del órgano, o la de la realidad, lo cierto es que el órgano en cuestión da cuenta de sus actos a por lo menos cuatro grupos dis-

tintos de intereses. Así, como en doctrina se ha señalado<sup>1</sup>, el órgano de administración debe responder ante los socios o accionistas, los empleados de la sociedad, quienes contratan con la sociedad y, finalmente, el público (los terceros, en general).<sup>2</sup>

Los actos de los integrantes del órgano de administración interesan a terceros propiamente dichos y a los socios que designaron a tales integrantes (que no dejan de ser terceros respecto de dicho órgano y la sociedad) pero con un interés esencialmente distinto que aquél que detentan quienes no forman parte de la sociedad. Esto ha motivado varios intentos doctrinarios y legislativos tendientes a armonizar los distintos intereses en juego, procurando establecer los parámetros para facilitar tal armonización, sobre todo contemplando cuestiones atinentes a la responsabilidad por tales actos.

## II. REGULACIÓN GENÉRICA DE LA RESPONSABILIDAD

En la LS la responsabilidad de los administradores está regulada en forma genérica, para todos los tipos societarios (art. 59), y de un modo específico (arts. 274/277), con relación a los directores de sociedades anónimas. Aún así, dentro de la normativa específica, el análisis de una serie de circunstancias particulares no puede ser dejado de lado al juzgar la responsabilidad de un director de una sociedad anónima.<sup>3</sup> Tampoco es la misma situación la de un director de asiento y la del que cumple funciones ejecutivas permanentes.<sup>4</sup>

En la actualidad es frecuente que los órganos de administración sean integrados por individuos que no revisten la calidad de socios como es también frecuente que la gestión real y cotidiana de la empresa sea llevada a cabo por terceros sin vínculos formales con los órganos societarios de gobierno y administración. Ahora bien, las cargas legales impuestas a los administradores y la consecuente responsabilidad que se deriva de su infracción, son normas que se vinculan con el correcto y esperado desenvolvimiento de la gestión de la sociedad,

<sup>1</sup> ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, *Derecho de la Empresa*, Ed. Depalma, año 1971, pág. 127, citado en *Qué es el Directorio, su responsabilidad y la remoción del mismo relacionado con la ley 19.550*, por BOLLINI SHAW, Carlos (h), ED, t. 49, punto C, pág. 946.

<sup>2</sup> Aún cuando en el texto se utiliza el término "órgano de administración", debe entenderse que —frente a los terceros— se trata *stricto sensu* del "órgano de representación", ya que el régimen adoptado por la LS diferencia estos conceptos.

<sup>3</sup> ODRIOZOLA, Carlos S., *¿Reforma del régimen de responsabilidad de los directores o necesidad de una adecuada interpretación?*, LL 1982-B, pto. III, pág. 711.

<sup>4</sup> ODRIOZOLA, Carlos S., *op. cit.*, pág. 711.

independientemente de la designación formal del sujeto que ejercita dicha actividad en nombre del ente societario. Allí radica la importancia y validez de la atribución de responsabilidad al administrador de hecho.

La competencia amplia y genérica del órgano de administración reafirma lo expuesto en el párrafo que antecede, toda vez que quien se inserta en la administración y gestión de la empresa no puede quedar inmune por el sólo hecho de no mediar una designación formal: ello sería invertir e ignorar la razón profunda que inspira el régimen de la responsabilidad de los administradores. El órgano de administración que se trate ha sido instituido para la ejecución del contrato social. Por ende, puede sostenerse que quien cumple tal función, aunque sea *de hecho*, debe responder independientemente de la ausencia de nombramiento formal.<sup>5</sup>

### III. LA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL

Más allá de lo que los jueces han entendido y entienden —lo cual constituye una marcada tendencia jurisprudencial— existen en la legislación positiva una serie de supuestos en los cuales participar en la gestión o administración de la empresa implica asumir formas especiales de responsabilidades: así, la responsabilidad de los administradores en las sociedades en comandita, la responsabilidad del comerciante oculto, etcétera. Pero hay más: la propia norma del art. 270 de la LS, en cuanto atribuye a los gerentes de sociedades anónimas una responsabilidad idéntica a la de los directores, supone que la misma proviene del ejercicio de poderes de dirección. Asimismo, en materias ajenas a lo típicamente societario, los administradores asumen graves responsabilidades.

En la jurisprudencia de nuestros tribunales<sup>6</sup>, así como en la

<sup>5</sup> Este ha sido sustancialmente el criterio sostenido por la jurisprudencia en los siguientes pronunciamientos: CNCom., Sala B, 2/12/66, "Frigorífico Setti S.A. s/Quiebra", RDCO, 1970, pág. 255; CSJN, 4/9/68, "Frigorífico Setti S.A. s/Quiebra", RDCO, 1970, pág. 239; CNCom., Sala B, 25/8/77, "Financiera Baires S.A. c/Kuperman", LL, t. 1979-B, pág. 408; CNCom., Sala D, 19/10/87, "Frate c/Cavi S.A.", RDCO, 1988, pág. 610; CNCom., Sala C, 27/2/90, "Balbi de Cevallos c/Salaberry", RDCO, 1990, pág. 776, y CNCom., Sala D, 17/11/94, "Dar S.A. s/Quiebra s/Inc. de nulidad", ERREPAR -DSE- N° 99, febrero/96, t. VII, pág. 766; ST Corrientes, 31/7/98, "Chiappe, Enrique A. c/Promin S.A. y/u otro", publicado en La Ley Litoral, 1999-59.

<sup>6</sup> "El criterio de la ley, al obligar a la sociedad por los actos que no sean "notoriamente extraños al objeto social", es necesariamente amplio porque debe protegerse de eventuales sorpresas a

postura predominante de los doctrinarios locales, se tiende a aceptar la teoría de la apariencia en materia de representación societaria, cuyo efecto práctico es relevar a los terceros contratantes con la sociedad de cualquier comprobación de la debida formación de la voluntad del ente. La diligencia exigible al tercero como contratante alcanza solamente a su concertación con quienes representan a la persona jurídica: éste es, por lo tanto, el único punto que el tercero debe constatar, y es el régimen adoptado por el artículo 58 de la LS, con el límite resultante de las actividades comprendidas en el objeto social.<sup>7</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en pocas ocasiones y tangencialmente respecto del tema en análisis. Así, más allá del ya citado *leading case* de Frigorífico Setti<sup>8</sup>, el supremo tribunal argentino ha interpretado que debe prevalecer la buena fe de

---

los terceros que entran en relación con aquélla. Esos terceros generalmente contratan con ella guiándose por la apariencia que se les ofrece, y se verían defraudados si pudiera oponérselas hipotéticas limitaciones estatutarias a la representación de quien firma por la persona jurídica" (CNCiv., sala E, 22-8-84, "Lens, Ricardo E. c/Alproar S.A. y otro."); "El representante obliga a la sociedad cuando contrató en su nombre desempeñando la función de órgano administrador (art. 5º, ley 19.550) y dentro del marco del objeto social." (C1ºCom. de San Martín, 5-12-74, ED, 64-104.); "En el moderno derecho societario, se advierte un apartamiento de las concepciones rígidas y formalistas, habiéndose viabilizado las denominadas teorías de la apariencia y del riesgo, conforme a las cuales: 1) la legitimación, aún cuando sea en casos de derecho singular, puede nacer de la apariencia; 2) cuando la seguridad de los terceros depende de la publicidad, la nulidad o la inexistencia de las deliberaciones no puede afectar a los terceros de buena fe; 3) el tercero que contrate con la compañía tiene derecho a presumir que se han cumplido todas las regulaciones internas; 4) todos los actos de los funcionarios *de facto* (es decir, cuando se cuestiona la validez de su nombramiento o desempeño) son válidos frente a terceros." (CNCiv., sala E, 22-8-84, "Lens, Ricardo E. c/Alproar S.A. y otro."); "Conforme al principio de la apariencia, la existencia y los alcances del acto con relación a los terceros de buena fe deben ser juzgados sobre la base de su manifestación externa, de modo que esa configuración produzca convicción respecto de su regularidad y realidad." (CNCom., sala C, 22-9-86, "López, Armando c/Club Sportivo Barracas"); "Conforme a la regla sentada por el artículo 58 de la ley 19.550, al que remite el artículo 268 de la citada ley, en cuanto establece que el administrador o representante que de acuerdo al contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, se crea para los terceros la certeza de que los actos realizados son imputables a la sociedad, aún cuando sean violatorios de dispositivos internos del ente o sean realizados sin autorización del directorio." (CNCom., sala B, 11-3-88, Vitivinícola Andina S.A. c/Industrias Frigoríficas Recreo S.A.); "La existencia y los alcances del acto con relación a los terceros de buena fe, deben juzgarse sobre la base de su manifestación externa - forma exterior con la cual sus autores lo han hecho cognoscible - de modo que esta configuración produzca convicción respecto de su regularidad, ya que el art. 58 se funda en la preeminencia del principio jurídico de la apariencia." (CNCom., sala A, 19-3-86, "La Universal Cía. Argentina de Seguros c/Centro Universitario").

<sup>7</sup> Ver GARCÍA CAFFARO, José Luis, *Oponibilidad de la designación y cese de los administradores de sociedades comerciales*, LL, t. 1979-B, punto II, pág. 410, en nota a fallo "CNCom., Sala B - 25/8/77, "Financiera Baires S.A. c/Koperman, Juan C.".

<sup>8</sup> CNCom., Sala B, 2/12/66, "Frigorífico Setti S.A. s/Quebra", RDCO, 1970, pág. 255; CSJN, 4/9/68, "Frigorífico Setti S.A. s/Quebra", RDCO, 1970, pág. 239; CNCom., Sala B, 25/8/77.

los terceros frente a cuestiones de organización interna de una sociedad, las que no pueden oponerse a ellos.<sup>9</sup> También se ha pronunciado la Corte admitiendo a la teoría de la apariencia como fuente de derecho.<sup>10</sup>

Como lo señala nuestra autorizada doctrina, en el derecho anglosajón la cuestión en análisis se halla suficientemente tratada y consolidada a partir de la amplia aceptación de la teoría de la apariencia, en tanto ésta es tomada como un principio general en materia de representación societaria.<sup>11</sup> En el derecho continental europeo la cuestión, naturalmente, ha sido también tratada por jurisconsultos y tribunales en línea parecida.

#### IV. ALGUNAS CONSECUENCIAS PREVISIBLES

Es posible sostener que si se legislara específicamente que los administradores *de facto* son tan responsables como los directores *de jure*, procederían contra aquéllos las acciones sociales de responsabilidad que prevé la LS<sup>12</sup>, en adición a las propias del carácter de hecho.<sup>13</sup>

Se tornarían aplicables también a los directores o administradores de hecho todas aquellas normas emergentes de los regímenes criminales, financieros, aduaneros, impositivos y previsionales en virtud de las cuales sólo los directores o administradores formalmente designados —a juzgar por la letra de las normativas respectivas— son pasibles de sanciones.

Es decir, con el dictado de una norma expresa en este sentido se produciría una ampliación formal e incuestionable del espectro de responsabilidad que no podría sino redundar en beneficio de la seguridad jurídica, los terceros y el público en general. Hoy en día, pese a las lagunas legislativas, se puede llegar a conclusiones similares a través de la interpretación jurisprudencial de las normas vigentes.

<sup>9</sup> CSJN, Fallos: 302:1065; "S.A. Consolidación I.I.C. vs. Yacimientos Petrolíferos Fiscales.

<sup>10</sup> CSJN, Fallos: 300:283, 307:1534, y 315:356.

<sup>11</sup> FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), op. cit., punto 2, pág. 203.

<sup>12</sup> Arts. 276, 277, 278 y 279 de la LS.

<sup>13</sup> Art. 18 de la Ley de Sociedades, cuarto párrafo: "...Responsabilidad de los Administradores y Socios. Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados". Art. 19: "...Los socios que acrediten su buena fe quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto de artículo anterior".

Pero, si bien es cierto que “*el verdadero derecho de un país no está en los códigos y leyes sino en los hombres, magistrados, que hayan de hacerlos jugar y vivir*”<sup>14</sup>, parece ser tiempo ya de evitar cuestionamientos dilatorios, ahorrar dispendio jurisdiccional innecesario y alertar a quienes de hecho desempeñen funciones de administradores societarios acerca de las responsabilidades que asumen por ello.

## V. NORMATIVAS EN BORRADOR

En el proyecto de reformas al régimen societario impulsado por Resolución 465/91 del Ministerio de Justicia de la Nación, se introdujo un segundo apartado al art. 266 de la LS que prevé lo siguiente: “*Director de facto. Tendrán las responsabilidades de los directores aquellas personas físicas o jurídicas, accionistas o no: 1) Según cuyas instrucciones el directorio de la sociedad, haya actuado o tenga que actuar. 2) Quienes ejerzan las facultades que corresponden a los directores de la sociedad o tengan control sobre ese ejercicio*”.

La ubicación de la norma propuesta en la Sección V del Capítulo II de la LS podría ser más efectiva si se la modificara e insertara en la Sección VIII del Capítulo I, que trata en general a los administradores, y no tan sólo a los directores de una sociedad anónima. Es decir, con una muy buena intención, de prosperar la redacción propuesta en el proyecto citado se estaría creando *ab initio* un problema interpretativo, pudiendo subsanarse desde temprano con sólo aguzar un poco más la técnica legislativa.

Asimismo, no parece posible por ahora y en el sistema actual que una persona jurídica pueda atribuirse *de facto* poderes de administración, razón por la cual la primera frase del proyecto de artículo en comentario debiera reformularse o, al menos, eliminar la alusión a personas “*físicas o jurídicas*”, aún previendo que en el futuro puedan ocupar cargos de administradores o directores las personas jurídicas también (como ocurre en el citado Proyecto).

El agregado de “*accionistas o no*” carece de importancia, ya que no alteraría el significado o alcance del precepto legal su eliminación. Tampoco parece tener sentido la frase “*o tenga que actuar*” con la que finaliza el primer apartado del proyectado artículo: en efecto, la

---

<sup>14</sup> ODRIOZOLA, Carlos S., op. cit., pto. IV, pág. 712, citando a COLMO, A., *La Justicia*, pág. 237.

posibilidad o eventualidad de que alguien vaya a actuar siguiendo instrucciones que aún no han sido dadas, no parece ser materia regulable en la ley de sociedades comerciales.

Por fin, la referencia al control sobre el ejercicio de las facultades que corresponden a los directores merece un análisis pormenorizado que excede el alcance de esta ponencia, aún cuando se sabe que existirían suficientes elaboraciones para clarificar eventuales controversias<sup>15</sup>.

## VI. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA “*DÉ LEGE FERENDA*”

Tal vez, en cambio, una simple modificación en la Sección VIII del Capítulo I de la LS ayudaría a obtener el fin perseguido. Podría agregarse a continuación del artículo 60 un nuevo artículo 60 bis — por ejemplo— que leyera así:

*“En caso que terceros contratantes con la sociedad demuestren que quien hubiese actuado ante ellos parecía representar a la sociedad, las disposiciones de esta Sección serán íntegramente aplicables a tales administradores de hecho”.*

En caso de legislarse de tal modo, los intereses de los integrantes de órganos de administración no se verían afectados, ya que su responsabilidad no se habría agravado, a menos que se verificara en un caso concreto que la actuación de un administrador de hecho ha sido posible merced a la negligencia de los administradores de derecho, todo lo cual constituye materia fáctica y, por ende, sujeta a demostración judicial.

---

<sup>15</sup> GAGLIARDO, Mariano, *Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas*, Ed. Abeledo-Perrot., 2<sup>a</sup> edición, 1994, págs. 487/488.