

REPRESENTANTE SOCIETARIO. LÍMITE PARA OBLIGAR A LA SOCIEDAD

OSVALDO SOLARI COSTA

PONENCIA

Se debe mantener la regla general de que la sociedad no puede invocar frente a terceros, limitaciones a la representación. Pero no como una premisa absoluta, sino tomando en cuenta la buena fe diligente del tercero, en cuanto a la posibilidad de conocer la infracción a la actuación. Se propone, por tanto, modificar el art. 58 de la Ley de Sociedades, para que el límite de la imputación del acto a la sociedad no sea ya el objeto social, sino la situación de buena fe del tercero, lo que dependerá de las circunstancias del caso.

FUNDAMENTOS

El art. 58 de nuestra Ley de Sociedades nos da el parámetro de hasta dónde es válida la actuación del representante para obligar a la sociedad: por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. De esta lectura, fuera de cualquier contexto que altere su sentido exegético gramatical, se puede concluir que para determinar la imputación del acto a la sociedad, debemos previamente saber su objeto social.

Una vez conocido el objeto de la sociedad, sólo nos queda por definir qué son actos "notoriamente extraños" a ese objeto, y salvo estos últimos, todos los demás actos se imputan a la sociedad ante la intervención del representante.

En la precedente interpretación, parece pues que para nada influye en la imputación a la sociedad, si el tercero conoce o desconoce las facultades del representante; o si el acto es de aquellos que requieren o no consentimiento o resolución de otro órgano social, o si el acto involucra o no algún derecho irrenunciable de los socios. En otro aspecto —y en el otro lado de la moneda— si se tratara de un aparente representante que no es tal, la sociedad no debería quedar obligada, pues la ley señala que debe tratarse del "representan-

te que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad". Y esto es un error. Un aparente representante puede obligar a la sociedad si el tercero no pudo vencer diligentemente el engaño.¹

Obsérvese que la ley no se refiere expresamente a la posición o situación del tercero contratante, como sí lo hace la segunda parte de este primer párrafo del art. 58, cuando señala que "este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo que el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural"

Por supuesto que el sentido de la norma general es de gran valor: proteger a los terceros contratantes, quienes no se encuentran en condiciones de averiguar sobre las facultades del representante de la sociedad, que con ellos contrata. Como ya lo he afirmado con anterioridad,² es este el sistema clásico del derecho alemán basado en la estructura organizativa —art. 82-1a. AktG—, que ha sido a su vez recepcionado por las directivas europeas y por las leyes de ese continente de mayor influencia. Como es sabido se funda principalmente en la llamada teoría de la "apariencia".³

De mi parte creo que ha llegado el momento de hacer un replanteo en el tema. Concretamente: abandonar el criterio delimitador del objeto y tomar en consideración la postura del tercero contratante, y su buena fe.

Efectivamente, aun en las fuentes de nuestra ley,⁴ no se deja de considerar la buena fe del tercero.⁵ Es que no puede ser de otra forma. Desde los casos

¹ Es el caso de la llamada fuerza vinculativa de los representantes de facto o de los dependientes, o de la teoría de la *Einwilligung* del derecho alemán —arts. 182 a 185 del BGB—, lo que se da cuando un empleado aparenta tener facultades para obligar a la sociedad, creando una razonable presunción en los terceros de que esa representación existe. Es la llamada *agency by estoppel* del derecho estadounidense.

² SOLARI COSTA, O.: "Conveniencia de replantear los límites de la representación societaria", *LL*, 2/12/1994, p. 4.

³ COLOMBRES, Gervasio R.: *Curso de Derecho Societario*, p. 154.

⁴ Ver autores como Mertens, Hans; Kraft, Alfons; Kreutz, Peter; Schimmer, Karl; Reich-Rohrwig, Johannes, en nuestro art. cit. p. 4.

⁵ Así MERTENS, luego de comentar favorablemente el texto del citado art. 82, agrega: "Pero cuando el tercero sabe o debería reconocer aplicando la diligencia usual en la materia, que el miembro del directorio al transgredir su facultad de gestión viola conscientemente los intereses de la sociedad, contraviene al acceder, la buena fe... En aquellos casos en que la otra parte en el negocio reconoció o debió haber reconocido el abuso consciente del poder de representación, la aplicación del art. 242 BGB. lleva a que se le niegue invocar la validez del negocio en forma parcial o total". *Kölner Kommentar zum Aktien Gesetz*, t.1 fas. 3 p.683/4. Para otros autores alemanes como

más absolutos hasta los de mayor candidez, no se puede dejar de tomar en cuenta cuál es el conocimiento de parte del tercero de las facultades del representante, o de acuerdo a las circunstancias, las posibilidades que tiene de verificar si el representante actúa dentro de sus facultades, o las excede.

Veamos algunas situaciones en las cuales el tercero no debe ser protegido —en beneficio de la sociedad:

- connivencia del tercero, con el representante;
- conocimiento efectivo del exceso o abuso de facultades;
- actos societarios que tienen que ser necesariamente resueltos por otros órganos, tales como reformas de estatutos, aumentos o reducciones de capital;⁶
- negligencia grave;
- en ciertos casos buena fe “inocente o naïve”.

Puede perfectamente ocurrir que un acto notoriamente vinculado al objeto social —por decirlo en términos opuestos a notoriamente extraño—, pero no deseado por la sociedad, sea realizado por el representante con la connivencia del tercero o con conocimiento de que extralimita las facultades del representante, o que requiere intervención de otro órgano, etc.; en estos casos la sociedad no debe quedar obligada.

Por el contrario, bien puede ocurrir que un acto notoriamente extraño al objeto social tenga que ser imputable a la sociedad, si de acuerdo a las circunstancias del caso, el tercero contratante es considerado de buena fe.

No entraré aquí a establecer cuándo el tercero es de buena fe;⁷ sólo diré que la buena fe debe ser activa y diligente y no naïve.

Lo dicho, nos lleva de la mano a proponer la modificación del art. 58 en el sentido de eliminar el parámetro de los actos “notoriamente extraños al

Soergel, Schultze, Lasaux, Flume, Larenz, la no vinculación de la sociedad se da ante negligencia grave del tercero. KRAFT y KREUTZ, expresan que el tercero deja de estar protegido cuando conoce las limitaciones internas, o cuando contrata en colusión con el directorio en perjuicio de la sociedad; o cuando debía haber reconocido o percibido el abuso o la infracción —*Missbrauch*— en el poder de representación. *Gesellschaftsrechts*. p. 244, Franckfurt. En igual sentido se expide la doctrina austríaca: Schimmer, Reich-Rohrwig, Kastner, Koziol, Jüngst.

⁶ De la AktG los de los artículos 52.1: *Nachgründung*, o modificaciones del patrimonio luego de la constitución; 112: *Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandmitgliedern*, o representación de la sociedad ante los miembros del directorio; 293: *Zustimmung der Hauptversammlung*, o necesidad de conformidad de la asamblea para contratos de la empresa; 340: *Vorbereitung der Verschmelzung* o preparación de la fusión por parte del directorio; 361: *Vermögensübertragung in andere Weise*, o conformidad de la asamblea para ciertos contratos de transferencia del patrimonio social.

⁷ Remito a mi trabajo citado en nota 2, p. 6.

objeto social” como medida de imputación de actos jurídicos a la sociedad, ante la actuación del representante.⁸

Y tomar como pauta para dicha asignación a la buena fe diligencia del tercero con quien contrata la sociedad.⁹

El objeto social seguirá siendo de utilidad para determinar cuáles son las actividades que deben encarar los administradores, acordes con lo que los socios han querido al constituir la sociedad y al redactar el estatuto social, y también para establecer las responsabilidades que de ello se deriven.

Además servirá para determinar su licitud (arts. 18, 19 y 20, L.S.) y su posibilidad de cumplimiento, o para saber si se ha dado una causal de disolución, ya sea porque se lo ha cumplido, o por la imposibilidad sobreviviente de lograrlo (art. 94, inc. 4, L.S.), o para imponer la necesidad de un tipo social determinado (objetos financieros, de seguros, para efectuar oferta pública de títulos valores, de capitalización y ahorro, de administración de fondos y jubilaciones, etc), o para permitir el derecho de receso ante el cambio fundamental del mismo (art. 244, 160-4º, L.S.). También el objeto social seguirá sirviendo como parámetro para determinar si ciertas actividades de los administradores están prohibidas, como ser si se realizan en competencia desleal, o si son efectuadas con interés contrario en determinada negociación, etc.;¹⁰ o para obtener mejor crédito si quienes toman la decisión evalúan que una sociedad dedicada a tal o cual actividad tiene mejor posibilidad de mejora patrimonial, que otra con diferente objeto.¹¹

La reseña precedente es al solo efecto de demostrar varias implicancias que tiene el objeto en el sistema societario; vemos que su aplicación no se limita a determinar la validez de actuación de los representantes ante terceros.

⁸ Inglaterra, cuna de la doctrina del *ultra vires*, ha acogido la solución de tipo germana, con la reforma de la Companies Act del 16 de noviembre de 1989.

⁹ El art. 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas española de 1989, siguiendo el buen criterio dispone que la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.

¹⁰ ZALDÍVAR, MANÓVIL, RAGAZZI, ROVIRA y SAN MILLÁN: *Cuadernos de derecho societario*. t. I, p. 256.

¹¹ Supongamos que la industria petrolera se encuentra en su apogeo; pues una sociedad con ese objeto probablemente consiga mejor crédito que otra con buen patrimonio neto pero con un alicaído objeto textil. BROSETA PONT, M., señala que el objeto “les procura o puede procurar una apariencia y expectativas de beneficios o de estabilidad de futuro, en atención a las cuales, en alguna medida, conceden o pueden haber concedido crédito a la sociedad”. *Cambio de objeto y ampliación de operaciones sociales en la ley española de S.A.* En estudios jurídicos en homenaje a J. Garrigues. t. 1, p. 48, Tecnos, Madrid.

Creo que la propuesta consigue una mejor cobertura tanto de los terceros —pues podría intervenir un administrador sin representación, o un empleado sin facultades y la sociedad quedaría obligada— como de la sociedad —que evitará connivencias y actitudes de mala fe o negligentes de los terceros—. La sociedad quedará obligada si el tercero de acuerdo a las previsiones habituales fue sorprendido en su buena fe. En este tema el objeto seguirá siendo una referencia, entre otras, para evaluar la buena fe del tercero, pero no el parámetro obligado.¹²

¹² Mayor será la trascendencia del objeto como complemento para calificar la buena fe diligencia del contratante, en los casos de la "contratación calificada" en los que interviene un notario, pues como expresa Vicent CHULIÀ, el funcionario en cumplimiento de su ministerio ha de advertir al tercero contratante que el negocio cae fuera de las facultades representativas del administrador, destruyendo así necesariamente la buena fe de aquél.