

## REPRESENTACIÓN INSUFICIENTE EN ACTOS DE DISPOSICIÓN

MARCELO A. SALEME MURAD y CARLOS H. GIGENA SASIA

### *PONENCIA*

#### *1. Nulidad de los poderes generales amplios para administrar y disponer otorgados a terceros por sociedades comerciales*

Es nuestra ponencia que los poderes generales amplios conferidos a terceros por las sociedades comerciales son nulos de nulidad absoluta; pueden ser revocados en cualquier momento por los socios.

En consecuencia, los actos realizados por estos mandatarios no son imputables a la sociedad, aunque nada obsta al reconocimiento posterior de éstos por los canales legales.

### *FUNDAMENTOS*

#### *1. Sumario*

Para quienes nos desenvolvemos en el diario vivir empresarial, resulta harto común observar que el Directorio confiere poderes generales amplios para administrar y disponer de los bienes societarios a terceras personas ajenas al órgano de administración y/o representación.

Resulta también frecuente advertir que en los estatutos sociales se faculta al directorio para otorgar este tipo de mandato, todo ello en contra del espíritu y la letra de la Ley de Sociedades Comerciales.

#### *2. La organización societaria*

La Ley de Sociedades Comerciales 19.550 incorporó al régimen legal argentino la doctrina organicista.

Dicha doctrina, cuyo expositor argentino fue el recordado Gervasio R. Colombres, se manifestó como "un recurso técnico de la ley" para superar los

obstáculos que la teoría del mandato, que inspiraba al Código de Comercio en este punto, planteaba.

Resulta ya un lugar común el afirmar que los órganos son la sociedad misma, y que en todos los tipos societarios, con sus particularidades, pueden dividirse en cuatro: *representación, administración, fiscalización, y gobierno*.

A su vez, el órgano tiene un elemento objetivo, un elemento subjetivo y, según lo tenemos dicho antes que ahora, un tercer elemento aglutinante: el *rol*.

El elemento objetivo está formado por todas aquellas normas, facultades y atribuciones preestablecidas por el ordenamiento legal y/o contractual.

El elemento subjetivo está encarnado por las personas que integran los órganos.

El rol, a su vez, es un elemento dinámico y funcional integrado por el deber jurídico y la libertad de iniciativa en la elección de los medios para el cumplimiento de la función.

Quede claro que ninguno de los órganos que compone la persona jurídica puede eximir al otro del cumplimiento de los deberes predeterminados por la ley y los estatutos.

Así por ejemplo, la asamblea no podría válidamente autorizar al directorio a evadir impuestos, o violar las leyes aduaneras, o laborales, etc. Esto se entiende puesto que la asamblea, el directorio y los demás componentes de la persona jurídica *son la sociedad misma*.

Resultaría absurdo admitir que una persona pueda válidamente autosobrescarse del castigo por la violación de las leyes.

Sin embargo —y resulta triste decirlo— muchos operadores jurídicos entienden suficiente que la asamblea tome una resolución, para colocarse más allá de lo que el ordenamiento jurídico dispone.

La personalidad jurídica se concede para cumplir con la ley y con el objeto social.

Pasados dichos límites, se produce el desgarramiento del velo societario, con las consecuencias jurídicas que esto acarrea.

### 3. *El poder general amplio para administrar y disponer*

Hemos señalado brevemente que la sociedad se compone de órganos.

El órgano como tal tiene funciones y deberes.

Resulta obvio que la función de administrar corresponde al directorio o a la gerencia; y la de representar, al presidente del directorio o al gerente en su caso.

Por otra parte la Ley de Sociedades en su art. 266 establece que el cargo de director (decimos también de gerente) *es personal e inlegable*. Ello porque la voluntad de la sociedad mediante la elección de los administradores por

su órgano de gobierno (asamblea o reunión de socios) ha sido elegir ésas y no otras personas para ocupar éstos y no otros cargos.

El carácter especial del cargo hace que deba considerársele *intuitu personae*. Así, por tanto, el poder general amplio para administrar y disponer es, según nuestro criterio y el de parte de la doctrina nacional, *nulo y de nulidad absoluta e insanable*.

Opinión compartida por Messineo, que señala: "En los administradores, se exige y se pone en práctica el elemento del *intuitu personae*... hay, por consiguiente, un elemento de confianza, puesta en los administradores por parte de la asamblea".<sup>1</sup>

Asimismo, la calidad de personalísimo del cargo de administrador es válida respecto de los socios y entre los mismos administradores. Esta cualidad se ve burlada por la concesión de poderes generales amplios de administración y disposición. No es difícil imaginar la posición de la minoría en el directorio o en la gerencia, cuando existen apoderados generales que responden a las mayorías; desbalanceando en favor de algunos el equilibrio que debe existir en pro del respeto del derecho de esas minorías a acceder, controlar, y participar activamente en la gestión comercial de la empresa.

Como señalamos, el órgano tiene una función, y una *competencia que es válida exclusivamente para cumplir con la función*.

Es decir que los actos otorgados fuera de la competencia no pueden resultar válidos.

El Dr. Julio Otaegui,<sup>2</sup> en posición compartida con el maestro Halperín,<sup>3</sup> sostiene: "Con relación al mandato otorgado en forma expresa... *no podría ser un mandato general para la totalidad de los actos de administración, porque ello equivaldría a recurrir al mandato como negocio jurídico indirecto ilícito para sustraerse a las pautas de la L.S., art. 268, pero sí para determinadas clases de actos o contratos*" (La cursiva nos pertenece).

En este aspecto, el vicio de competencia del órgano motiva una nulidad absoluta inconfirmable e imprescriptible.<sup>4</sup>

No desconocemos que el órgano de administración, sobre todo en las empresas de mayor envergadura, requiere de colaboradores.

<sup>1</sup> MESSINEO, Francesco: *Derecho Civil y Comercial*, t. V, p. 464, EJEA, Bs. Aires, 1971.

<sup>2</sup> OTAEGUI, Julio C.: *Administración Societaria*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. Aires, 1979, p. 319.

<sup>3</sup> HALPERÍN, I.: *Sociedades Anónimas*, p. 423.

<sup>4</sup> Cfr. OTAEGUI, Julio C.: ob. cit., p. 299.

En este sentido la ley ha contemplado la creación de comités ejecutivos, y la posibilidad de conferir *poderes especiales* para determinados y específicos actos de administración dentro de los límites del objeto social.

Así, por ejemplo, es perfectamente válido el poder especial otorgado a un tercero para operar en una cuenta corriente de la sociedad.

#### **4. Nulidad de la decisión asamblearia en punto al otorgamiento de poderes generales amplios de disposición y administración**

Hemos dicho que nos es dado observar estatutos en los cuales se faculta al órgano de administración para conferir poderes generales amplios de administración y representación a terceros.

También es muy común observar que las escrituras por las que se instrumentan este tipo de poderes refieren que el poderdante se encuentra "suficientemente facultado" para el acto por el estatuto o simplemente por un acta de directorio o de gerencia.

Lo mismo significaría sostener que una persona se encuentra facultada para vender lo que no es de ella; porque, previamente, se ha autorizado a sí misma. Como se ve, esto es absurdo.

Ni la asamblea ni el órgano de administración ni ninguna otra persona, cualquiera sea el cargo o la función que revista puede autorizar la violación de la ley.

Esta práctica es muy utilizada para evadir responsabilidades. Aquí se colocan los famosos "hombres de paja", que asumen riesgos penales intransferibles a quien los nombra.

#### **4.1. Efectos internos**

Las asambleas deciden por mayoría. Estas mayorías se encuentran generalmente coordinadas por el directorio o la gerencia, ya que han sido nombrados por ellas.

Así pues, el órgano de administración se encuentra respaldado por las mayorías de que dispone en las asambleas.

Por tanto, es difícil que esta mayoría deje sin efecto algún acto de la administración; así que es sumamente infrecuente que la sociedad sea quien revoque éstos actos, aunque le compete ese derecho.

Es sabido que toda decisión asamblearia puede ser impugnada por cualquiera de los socios.

El remedio de la impugnación puede ser invocado por cualquiera de los socios que vea afectado cualesquiera de sus derechos, siempre que acredite no haber participado en el acto, o haberse opuesto a él.

Si la nulidad del acto es, como dijimos, absoluta e imprescriptible; la impugnación podrá oponerse en todo tiempo; a pesar de los plazos estipulados por la Ley de Sociedades.

Vale decir que el accionista individual puede perseguir que se deje sin efecto el poder general amplio otorgado, en todos los casos, contra las disposiciones legales que rigen la materia, y cuyo cumplimiento es inexcusable, cualquiera sea la mayoría que lo "aprobó". Podemos decir que tampoco es necesaria la acreditación de haber sufrido un perjuicio, ya que la nulidad absoluta afecta al orden público.

Decimos entonces que el acto es atacable de nulidad por cualquiera de los socios individualmente, vía impugnación de la decisión asamblearia que lo autorice directa o indirectamente.

Como órgano de gobierno, puede también la asamblea dejar sin efecto cualquier poder otorgado por el órgano de administración.

#### 4.2. Efectos respecto de terceros

Desgajamiento de las afirmaciones anteriores resulta que son de ningún efecto los negocios emprendidos, aún útilmente, por el apoderado con poder general amplio de administración y disposición, y por tanto nulo.

Quedará el remedio de la gestión de negocios por actos individuales, sujeta a ratificación por la mandante.

Pero hasta tanto, el tercero contrata con quien no puede hacerlo; y como la ley se presume de todos conocida, sería inexcusable y, por tanto, debería asumir los perjuicios que una eventual falta de reconocimiento por la sociedad le ocasionen.

El tercero contrata con quien *no ejerce la representación* de la sociedad. Esto es definitivo.

Como ejemplo, podríamos decir que una sociedad puede no reconocer un contrato de compraventa de automotor con prenda sobre saldo de precio, adquirido a su nombre por un apoderado con poder general amplio de disposición y administración; y por tanto puede válidamente rechazar el saldo deudor que pretenda cobrarsele; en cuyo caso al tercero sólo le quedará accionar particularmente contra quien alegó el mandato.

Reiteramos que quedan a salvo los apoderados con poder especial, acotado a específicos actos de administración, ya que ello no importa suplantar al director en su cargo y funciones.