

ACTOS ILÍCITOS, PROHIBIDOS Y ADMITIDOS EN LA REPRESENTACIÓN SOCIETARIA

Max M. Sandler

“¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras, sencillas y toda la fuerza de la Nación se concentre para defenderlas y ninguna parte de ellas se empeñe en destruirlas. Queréis prevenir los delitos? Haced que las luces acompañen a la libertad” Cesare Beccaria (1764)

I. AMBITO DE LA REPRESENTACIÓN SOCIETARIA

Por ilícitos societarios debemos entender, además de los hechos que provienen de la conducta que infringe la ley o los estatutos por dolo, abuso de facultades o culpa grave, aquellos que emanan de prohibiciones que, sin habérselo propuesto el legislador, promueven la ejecución ilícita en detrimento de la seguridad jurídica en negocios y actos societarios.

Las recomendaciones del maestro Beccaria nos incitan para examinar conductas que, de acuerdo con estrictas previsiones de la ley, pueden parecer ilícitos aunque sus efectos no resulten siempre de una expresión clara de la ley, sino que para su aplicación es menester requerir el aporte doctrinario.

El remanido problema del acto extraño al objeto; la delegación de funciones del directorio por medio de poderes generales; invalidez del voto en la persona de directores, síndicos y empleados y la concentración de negocios en franca violación a la restricción estatutaria, requieren -entre otras normas- la adopción de un lenguaje legislativo que impida el reclamo a la doctrina o dependa de las resultas judiciales.

Privilegiando la protección de quienes contraten con sociedades dentro del intercambio mercantil resultante del Mercado Común del Sur (Mercosur), debe procurarse la adopción de un sistema legislativo uniforme, que en materia de representación la personalidad que los habilite, responda a normas comunes. Forzoso resulta para ello revisar aquellos institutos que, aunque reconocen un exhaustivo trato doctrinario, exige adoptar normas comunes que permitan exhibir instrumentos idóneos para el ejercicio del intercambio regional.

Debemos admitir que la técnica legislativa adoptada en el curso de los últimos veinte años -ello a partir de la sanción del ordenamiento societario- no ha sido sino

la respuesta *neurótica* en socorro de algún requerimiento circunstancial económico o tributario, invadiendo el campo del derecho societario. Es por ello que el mejor homenaje que podemos brindar al conmemorar el 20º aniversario de la sanción legal, será proponer el modelo de derecho societario que requiere una estructura económica y política estable; provista de normas claras y sencillas; admisible de toda clase de pactos que los socios juzguen conveniente establecer dentro de la órbita de la relación privada y como tributo a la autonomía de la voluntad; pero con total rigidez y expresas normas sancionatorias por la inconducta o abuso de facultades en las entidades cuya actividad específica afecte a la comunidad.

Sería injusto suponer que esta *legislación de coyuntura* afecta solamente al derecho societario local como fenómeno exclusivo de los conflictos políticos y económicos padecidos. "*La crisis del derecho societario se advierte en torno del ritmo de reformas por la integración de mercados, sin que esta crisis se sitúe solamente en el nivel de los adelantos técnicos o en el nivel de la adaptación permanente del derecho societario a la evolución de la realidad social-económica, sino -más profundamente- en el corazón de la sociedades; en el nivel de los fundamentos del derecho societario*" (1).

Es en este sentido que propiciamos, como medio de prevenir ilícitos resultantes del indebido cumplimiento de la norma, enmendar aquellos requerimientos exigidos por la representación societaria. Desregulando normas imperativas dentro de la órbita de la relación privada habremos de impedir la colegislación judicial frente a conductas que no resultan expresamente prohibidas.

Y dentro de las denominadas conductas ilícitas, determinar si el acto ejecutado por el representante se encuentra dentro de la órbita del objeto social; si en realidad el acto pretendido por el representante pueda resultar *notoriamente* extraño, validando con ello a los meramente extraños; si se admite por fin, que la asamblea pueda deliberar convalidando las operaciones extrañas al objeto, permitiendo formalizar las transacciones sin riesgo para la seguridad jurídica, resulta la relación normativa que el intérprete puede extraer de los aportes doctrinarios, más que de una clara y sencilla percepción legal. Creemos propicio pronunciarnos respecto de estos comportamientos y sugerir las enmiendas necesarias.

Desde que la propia ley exige consignar en el texto del contrato de sociedad el preciso y determinado objeto en que habrá de activar la empresa (art. 11, inc. 3º LS) queda planteado el problema suscitado en torno de su capacidad que, dotada de personalidad jurídica debe limitar su esfera dentro de la órbita del objeto denunciado en el texto del contrato social para realizar toda clase de actos y negocios en desmedro de los límites impuestos por su propio contrato.

Halperín distinguió al objeto del contrato de sociedad, del objeto perseguido por la sociedad concretamente contratado y explica al objeto de la empresa social

(1) Paillusseau, Jean, *Fundamentos del derecho de sociedades*, R.D.C.O., f. 84, Depalma, p. 81.

propuesta como integrando la causa; como medio concreto para el logro del fin del contrato celebrado ⁽²⁾.

En su opinión, para validar los actos que exceden el marco del objeto, se requiere la reforma de los estatutos. Por su parte Fargosi advierte que, el objeto social "vale también como límite a la esfera del poder de los órganos y no ya solo el directorio sino también la asamblea, en tanto ésta debe obrar con sujeción a la ley, el estatuto y al reglamento, bien entendido entonces que la asamblea no podrá deliberar actos que implicaren operaciones extrañas al objeto social, ni aun cuando cumplieren las mayorías requeridas para la modificación del objeto social". Califica por último como ilegítima "toda práctica que violente la determinación y precisión del objeto" desechando la pretensión de que los medios de información - en el caso los estados contables aprobados por la asamblea o reunión de socios - valde a los actos extraños, ya que de "lo que se trata es de un límite contractual válido que se conecta con la responsabilidad interna y con las relaciones que se establezcan con los terceros" ⁽³⁾.

Por su parte Suárez Anzorena ha sido quien con relevante elocuencia asegurara que no existen en la ley "normas que determinen los actos concretos que la sociedad puede ejercitar". Por consiguiente es de rigor el principio que la sociedad se encuentra capacitada para realizar todos los actos que no le fueren prohibidos explícita o implícitamente conforme con la doctrina de los arts. 35, 41, 42 y ss. del Código Civil. Gozando pues de capacidad para donar, instituir fundaciones, etc. Capacidad general que "no se modifica en razón del objeto social, la cual no puede ser aumentada, pero sí restringida por el propio contrato social, padeciendo limitaciones según resulte del tipo escogido" ⁽⁴⁾.

Será Otaegui quien sostendrá que el objeto delimita la actividad de la sociedad pero no sus actos, admitiendo el ejercicio de actos extraños a saber: 1) Adquisición de bienes de recreo para sus relaciones públicas o donaciones o entidades de bien público; y 2) Realización de actos extraordinarios que no persiguen el logro del objeto social, pero que pueden realizarse de acuerdo con la doctrina del art. 1697 del Cód. Civ. ⁽⁵⁾.

La moderna concepción del derecho societario la explica como expresión jurídica de la empresa y los estatutos imponen dentro de la adopción tipológica escogida, las pautas y límites de comportamiento de sus órganos representativos. De allí puede entenderse la necesidad de protección entre los países miembros de mercados comunes al privilegiar a los terceros acreedores o coasociados, impidiendo que confu-

(2) Halperín, Isaac, *Sociedades anónimas*, Depalma, 1974, p. 79.

(3) Fargosi, Horacio, *Sobre el objeto social y su determinación*, La ley, sec. doc., 10/1/77, p. 662.

(4) Suárez Anzorena, Carlos, *Personalidad de las sociedades*, Cuadernos de derecho societario, Aspectos jurídicos generales, t. 1, p. 150.

(5) Otaegui, Julio, *Invalidez de actos societarios*, Abaco, p. 390.

sas normas del derecho de representación local puedan frustrar el intercambio mercantil.

La norma impuesta por la primera directiva de la Comunidad Económica Europea del 9 de marzo de 1968, proclama la necesidad de armonizar el derecho societario entre los países miembros. Frente al temor de los contratantes de anulación de lo acordado en razón de que la propia sociedad invoque su falta de capacidad para que los administradores la obliguen al reputar inválidos los actos extraños al objeto social, exige la adopción de normas tales que resulten inoponibles a terceros toda limitación de los poderes dados a los dirigentes. De esta manera se descarta la aplicación de la doctrina del *ultra vires*, por cuya virtud los actos realizados en exceso del objeto social se reputan nulos, a pesar del consentimiento que prodiguen sus propios asociados, debilitando el principio de especialidad estatutaria ⁽⁶⁾.

El 25 de julio de 1989, España sanciona su ley 19/1989 de Reforma y Adaptación a la Legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) sobre sociedades y por Real Decreto Legislativo 1564/1989 del 22 de diciembre de 1989, se aprueba el texto refundido de la ley de sociedades anónimas.

Así, en materia de representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, le corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos (art. 128).

En cuanto al ámbito de la representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

No obstante ello, cualquier limitación de las facultades en el Registro Mercantil, será *ineficaz* frente a terceros. Por último la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscriptos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social (art. 129).

II. REPRESENTACIÓN PROHIBIDA RESPECTO DEL CARGO

Veamos uno de los aspectos que conspiran contra la validez de resoluciones asamblearias y traen aparejadas decisiones que habilitan para la representación societaria, en detrimento de los derechos a terceros.

Nos referimos a la prohibición para apoderar a directores, síndicos, integrantes del consejo de vigilancia, gerentes y empleados de la propia sociedad, tal como lo concibe la doctrina del art. 239 de la L.S. No se trata, como vemos, de la abstención en negocios o circunstancias especiales, tal como resulta de los actos de su propia gestión (art. 241) o cuando el accionista o su propio representante tiene, en operación determinada por cuenta propia o ajena, un interés contrario al de la sociedad (art. 248). Sino que el impedimento resulta por el cargo en razón de la persona que ejercerá la representación.

(6) Paillusseau, Jean, ob. cit., p. 410.

Esta prohibición conspira seriamente con la posibilidad que pueden resultar de allí votos en infracción a la ley, por ello creemos que las razones que exigen este tipo de restricciones en ámbito de la representación no se compadecen con los riesgos de ostentar una representación que haría nula las resoluciones que se obtengan.

En efecto, las razones que se esgrimen al imponer este tipo de restricción, respecto de la persona del apoderado, se basan en la circunstancia que de esta manera se "*busca impedir que la dependencia de los mandatarios trabe el ejercicio cabal de sus funciones por la asamblea y que por esta vía se burle la prohibición de votar del art. 241*". Así Halperín citando a Messineo estima que la prohibición se funda en la presunción legal del conflicto de intereses con el mandante, por la función de la asamblea y concluye en que la prohibición emanada del art. 239 no solamente limita al voto, sino a toda la actuación de la asamblea. Concluye con Trimarchi, en que la prohibición se refiere al mandato voluntario, sin alcance respecto de la representación. Caso del hijo bajo patria potestad; el administrador de la sociedad accionista, etc. (7).

Con razonable criterio Otaegui entiende que el incumplimiento del debido "*procedimiento colegial provoca la nulidad del acto*", nulidad relativa por cuanto el acto puede ser confirmado por otra asamblea "*actuante en debida forma*" (8).

Creemos que por más saludables que fueren las razones esgrimidas en pro de la restricción respecto de la persona o del cargo que ésta ejerce en la sociedad, no justifica una prohibición de esta naturaleza. Cuando más que se trata de otorgar validez a ciertos actos colegiados que los terceros no tienen oportunidad de controlar.

Respetuosa del principio de la autonomía de la voluntad, la mencionada ley española establece, en materia de legitimación para la asistencia a las asambleas (juntas), la subordinación a las condiciones que para ello impongan los estatutos. Así, sin que se impida el ejercicio de los derechos que tienen acordados los titulares de acciones nominativas y escriturales, los estatutos pueden fijar libremente las circunstancias de asistencia y de representación.

En tal sentido los arts. 106, 107 y 108 determinan: a) El derecho de todo accionista para hacerse representar por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. Sólo los estatutos pueden limitar esta facultad; b) En el caso de que los propios administradores de la sociedad, soliciten la representación para sí o para otro, siempre que la solicitud se formule en forma pública, el documento hará mención a las instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y el sentido del mismo; c) En los supuestos del cónyuge o ascendiente o descendiente, cuando ostentare poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio del representado, no serán de aplicación restricciones de naturaleza alguna.

(7) Halperín, Isaac, ob. cit., p. 577.

(8) Otaegui, Julio C., ob. cit., p. 405.

III. DELEGACIÓN PERMANENTE DE FACULTADES: EL PODER GENERAL

"No quiero dejar de reiterar que es improcedente la delegación de la administración que incumbe al directorio; se oponen la naturaleza del órgano y las disposiciones de los arts. 255 y 266 y concordantes. De ahí que la práctica utilizada en ciertas actividades, de delegar la administración en otra persona, jurídica o no, es ilícita". De esta manera descalificaba Halperín⁽⁹⁾ la posibilidad de delegar las atribuciones del directorio y por ende invalidaba el otorgamiento de poderes generales que contienen atribuciones propias del directorio.

Es frecuente examinar la enorme gama de atribuciones que las sociedades otorgan, tanto a los propios directores, como a terceros para actuar en ámbitos inmobiliarios, mobiliarios, financieros y judiciales habilitados para ejercer funciones ejecutivas y de administración, tal como expresamente emana el principio del art. 270 de la L.S. Existe consenso unánime en la doctrina, respecto del principio de indelegabilidad de las atribuciones del directorio, de manera que no es del caso reiterar los argumentos sustentados en torno de ello. Pero, creemos llegada la oportunidad de formularnos el interrogante de que, si a mérito de la celeridad de los negocios mercantiles, los derechos de terceros y el tiempo transcurrido desde que la ley planteara, por un lado la indelegabilidad de las funciones y en otro sentido la designación de gerentes *generales* o *especiales* en quienes puede delegar las funciones ejecutivas de la administración, cabe disponer por fin que sean los propios estatutos que dispongan en libre arbitrio admitir la delegación permanente de las atribuciones del directorio, restringiendo aquellas que entienda indelegables tales como serían la rendición de cuentas, presentación de balances, oportunidad de emitir acciones resultantes de aumento del capital, etc.

La actuación de apoderados concita el interés doctrinario en ámbito mercantil, cuando la representación es invocada por cuenta de la sociedad anónima. A diferencia de lo que sucede con los poderes otorgados por personas físicas y aun por otros tipos societarios, la estructura orgánica de sociedades por acciones, en particular la sociedad anónima, exige precisar el límite impuesto entre el atributo exclusivo del órgano de gobierno por su esencia indelegable y la capacidad autónoma del representante voluntario. Ello permite apreciar con particular característica la necesidad de que el representante o apoderado obre al momento de su actuación con suficiente entidad para exteriorizar el negocio por medio de documento emanado del directorio.

Los asuntos que por su esencia revisten trascendencia técnica; negocios que requieren atención sin solución de continuidad, hacen necesario acudir a la elección de expertos que suplen la representación necesaria y al proveerlos de atributos especiales realizan -en la esfera del objeto social- las funciones ejecutivas de

(9) Halperín, Isaac, ob. cit., p. 424.

administración. Así, sin vulnerar el principio de la indelegabilidad de sus atributos, el directorio encomienda a sus apoderados gestiones de índole general o especial, que en la práctica confunde atributos con la personalidad humana y aun la propia LS, haciéndose eco de esa confusión, admite la designación de *gerentes generales o especiales* (art. 270), cuando -en rigor- de lo que se trata es de atributos y no de personas. Siendo el directorio órgano de la administración y traducida su voluntad por la expresión manifiesta del representante necesario, preciso resulta señalar el límite de actuación, dentro de la esfera del objeto social y la aptitud para delegar mediante el apoderamiento.

IV. GERENTES, APODERADOS Y FACTORES

Las funciones ejecutivas de la administración pueden delegarse en gerentes generales o especiales, resultando indiferente si la designación recayera en la persona de los propios directores. De esta manera, el art. 270 de la LS instituye la función de la gerencia que había sido encarada en el art. 344 del Cód. de Comercio y que en ambos casos atribuye solamente para el ejercicio de la parte ejecutiva de la administración.

El requisito de la actuación personal e indelegable para los miembros del directorio constituye la base esencial que concluye con toda discusión acerca de la naturaleza jurídica del cargo. No podemos ya siquiera insinuar la teoría del mandato, la que en antiquísima doctrina mercantil había encontrado adictos y que ha sido superada gracias al arraigado concepto de la representación orgánica y necesaria. Así el directorio no representa a la sociedad, puesto que es órgano de su administración y su misión es aplicar la política estatutaria en todo aquello que no fuere competencia de la asamblea.

De acuerdo con la concepción de los arts. 268, 269 y 270 de la LS, se desprende la posibilidad de elección de los apoderados. El término no fluye claramente de la versión legal. Estos artículos se refieren a la representación que estatutariamente puede autorizarse, amén de la ejercida por el presidente para la *actuación* de uno o de más directores (art. 268).

Otra posibilidad de apoderamiento resulta de la organización del comité ejecutivo que, integrado por directores, únicamente ejercen la gestión de los negocios ordinarios bajo la vigilancia del directorio, quien ejercerá las demás atribuciones legales y estatutarias que les correspondan (art. 269).

Y por último, la designación de gerentes que -como hemos visto- recae sobre gerentes generales o especiales aunque sean directores y que el directorio puede designar y libremente revocar y en quienes el directorio puede *delegar* las funciones ejecutivas de la administración (art. 270). El cargo de apoderado no surge expresamente de la ley, sino que se extrae de la Exposición de Motivos, que al narrar estos artículos estima que así la sociedad tiene amplia libertad de organizar el funciona-

miento del directorio y por más que el cargo es personal e indelegable puede otorgar *poderes generales o especiales* a sus integrantes o terceros.

Parece más feliz la previsión que en el anteproyecto de ley general de sociedades los doctores Malagarriga y Aztiria imponían sobre la designación y actuación de los apoderados. Además de incluir en la versión de la ley al apoderamiento, sentaron el límite entre la competencia indelegable y la que puede resultar de la sola actuación de los apoderados. En efecto, los artículos 32 y siguientes que sirvieron de antecedente al art. 58 de la LS, establecían que la representación y administración de la sociedad "*comprende la gestión de los negocios, sin otras limitaciones que las establecidas en el contrato social o modificaciones del mismo*". A falta de esas limitaciones -prosiguen- la extensión de los poderes de quienes representan o administran la sociedad, se determina por el objeto de la misma y por el fin para el cual fue creada, cualquiera sea la naturaleza de los actos de que se trate. Para no quedar obligada la sociedad por los actos de quienes la representan y administran, se requiere que dichos actos sean notoriamente extraños al objeto de aquélla.

El antecedente puede extraerse del Código de Honduras de 1950, la ley mexicana y en el Código italiano, apartándose los autores de las normas del art. 1694 del Código Civil, por el que la administración societaria se reputa un mandato general que comprende los negocios ordinarios con todas sus consecuencias. Definiendo como tales aquellos para los que la ley no exige poderes especiales y reputando a todos los otros actos como extraordinarios.

Para el anteproyecto de Malagarriga-Aztiria, el cargo de director también reviste el carácter de personal e indelegable, considerando nula toda cláusula o mandato que autorice la sustitución integral. Solamente está autorizado -según el art. 317- el otorgamiento de poderes generales o especiales, siempre que no signifiquen "*el ejercicio de funciones propias del órgano social en el ordenamiento interno*". Como podemos apreciar, a diferencia del texto de la LS, el campo de la capacidad reconoce la limitación por la previsión de la misma ley como atributo o respecto a la necesidad de esclarecimiento de los actos societarios, tendiente ello a impedir el ataque a su validez.

El tránsito de la atribución entre la decisión del directorio a la persona del apoderado queda claramente establecido. Por consiguiente, cuando la representación externa es ejercida por gerentes o apoderados, éstos pueden asignarse atribuciones generales con las restricciones indicadas en el poder, siempre que fueren acordes y con límite al objeto social marcado estatutariamente, sin desnaturalizar la capacidad de la persona jurídica en los actos de exclusiva competencia del directorio.

Por el anteproyecto que comentamos quedaba perfectamente diferenciado el cargo de apoderado con el de gerente. El apoderado se institufa por el art. 317 y el cargo de gerente, por el contrario, resultaba del art. 319, atribuyéndoles facultad de representación y con responsabilidad ante la sociedad y los terceros por el desempeño de sus cargos, al igual que a los directores.

La falta de esta distinción en el texto de la LS y la ausencia de la atribución que el directorio posee en el otorgamiento de poderes, permite señalar la necesidad de interpretar por medio de la coordinación armónica de los artículos referidos la representación y gerencia, en el límite que se impone a la representación cuando ésta se ejerce por quienes no se encuentran investidos del cargo de presidente o directores con uso de la firma social.

Es indudable que la doctrina moderna ha hecho clara distinción entre el cargo del gerente -particularmente instituido en los tipos de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada- con el factor o encargado de negocios, tal como surge respecto de estos últimos del capítulo IV del Código de Comercio. No obstante podemos apreciar la ventaja que ofrece comparar las normas que el ordenamiento mercantil contiene acerca de la capacidad del factor y los límites de su gestión, con las que la LS atribuye a los gerentes y apoderados.

El factor es pues la persona a la que un comerciante encarga para la administración de sus negocios y mediante *autorización* especial -que debe asentarse en el Registro Público de Comercio (art. 133)- hace que produzcan efectos ante terceros. La falta de formalidad de la inscripción produce efectos entre el principal y el factor, pero no respecto de los terceros con quienes haya contratado (art. 134) y así los factores, constituidos con cláusulas generales se entienden autorizados para todos los actos que exige la dirección del establecimiento. El propietario que reduzca estas facultades, deberá expresar en la autorización las restricciones a que haya de sujetarse el factor (art. 135). Los contratos hechos por el factor que notoriamente pertenezcan a persona o sociedad conocida, se entienden celebrados por cuenta del propietario del establecimiento, en tanto tales contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento (art. 138). Los principales no quedarán exonerados de las obligaciones contraídas a nombre de ellos por los factores, aunque se pruebe que procedieron sin orden suya, en negociación determinada, siempre que el factor estuviere autorizado para celebrarla de acuerdo con el "poder en cuya virtud obre y corresponda aquella al giro del establecimiento bajo su dirección" (art. 142). La actuación del gerente emana de una especie de poder representativo, sea general o especial ya previsto en los artículos 1869 y 1870 del Código Civil y 221 y 222 del Cód. de Comercio, relativos al mandato comercial que en cuanto a sus formalidades se rigen de ordinario por el ordenamiento civil.

Creemos necesario reformular el órgano de administración y representación acorde con la realidad económica y en particular para armonizar las legislaciones de los países que integran el Mercado Común del Sur (Mercosur).

En tanto los terceros que contraten con la sociedad hubieran obrado de buena fe y sin culpa grave, el ámbito de la representación se extiende a los actos fuera del objeto delimitado por los estatutos, quedando obligada la sociedad.