

COMISIÓN II.2: ILÍCITOS SOCIETARIOS

COORDINADOR INTERNACIONAL: *Arturo Díaz Bravo* *

Como tantas veces se ha dicho, una de las más fascinantes y complejas ficciones dentro del campo del derecho es la relativa a la personalidad jurídica de las sociedades; empero, igualmente se ha admitido que en los países de derecho escrito estamos muy lejos todavía de fijar con precisión la medida, alcances y consecuencias de dicha personalidad, una de cuyas consecuencias se relacionan directamente con el tema de los actos ilícitos realizados por las sociedades, de modo especial las comerciales.

En efecto, aunque no toda conducta ilícita acarrea necesariamente daños a terceros, hay que convenir en que la mayoría de ellas sí los producen, sin contar con que algunas trascienden al campo penal, dentro del cual resultan más complicadas todavía las consecuencias, habida cuenta de que, aunque la generalidad de los regímenes jurídicos imputa la responsabilidad criminal al autor físico de la conducta punible, no puede por menos que convenirse en que dicho agente actúa, en muchas ocasiones, compelido por una decisión del órgano administrativo o, tal vez, del órgano supremo de la sociedad, y, por lo mismo, quizás sea éste el momento de pensar en una reestructuración de los textos legales para delinear una corresponsabilidad por parte de las personas físicas que con su voluntad condujeron, en mayor o menor grado, a la comisión del ilícito civil o penal, como ya lo ha prescrito la ley de sociedades comerciales argentina para las sociedades que tengan un objeto ilícito (arts. 18 y 19), así como para las sociedades irregulares (art. 23).

Pero me parece preferible, por un mínimo de cautela ante mi muy escaso dominio de las disciplinas jurídico-penales, y tal vez también por razón de que este foro es de carácter comercial, encauzar las presentes notas al campo del derecho privado, de modo especial el comercial.

Ante todo, conviene recordar que, con arreglo a la hoy por demás difundida teoría orgánica de las sociedades, las mismas están dotadas, a semejanza de las personas físicas, de un órgano pensante que, a lo menos en

* Profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México

teoría, es la autoridad suprema, formado por todos aquellos que aportan sus recursos o esfuerzos para la consecución del fin social, y de otro órgano a quien corresponde, primordialmente, la facultad de ejecutar las decisiones asamblearias, pero también la de gestión, interna y externa, de manera que debe realizar todas las actividades que, en el primer aspecto, propicien la adecuada organización administrativa y, en el segundo, la cabal representación de la sociedad como medio para que pueda llevar adelante su actuación.

De esta suerte, el órgano supremo cumple funciones de cerebro social, vale decir, de órgano sólo deliberante y, por lo mismo, únicamente apto para tomar decisiones y expresar su voluntad respecto de todo lo que atañe a la vida de la sociedad, pero impedido de poner por obra de sus resoluciones, para lo cual dispone de brazos ejecutores que, en funciones de administración, son los que tienen a su alcance de modo exclusivo, como antes se dijo, la gestión interna y la representación de la sociedad frente a terceros.

Por hipótesis, hemos de pensar, por ahora, en una sociedad con un fin lícito y que despliega sus actividades con arreglo a los regímenes legal y estatutario que la rigen. Nuestros cuerpos legales disponen que el órgano de administración debe circunscribir sus actos ante terceros a los que supongan la realización del fin social, pues los que rebasen tal esfera excederían de la capacidad de actuar que la sociedad se autodeterminó estatutariamente. He aquí una primera posibilidad de ilícito social: la configurada por conductas que rebasen los fines autoproclamados estatutariamente y, por ende, las facultades de representación que corresponden a los administradores.

Puesto que nuestras legislaciones ibero-latinoamericanas difieren por lo que hace al tratamiento de los actos ultra-vires, me parece que en este congreso deberíamos analizar esa diversidad de tratamientos y, si es posible, adoptar y recomendar un criterio unificado; mientras algunas codificaciones proclaman la inexistencia de tales actos, otras adoptan el criterio de nulidad, sin faltar algunas para las que son válidos y, por último, no faltan las que ignoran el punto.

Me parece que este foro es por demás adecuado para pronunciarse y, en su caso, formular recomendaciones encaminadas a una posible unificación legislativa sobre este punto, en razón de su trascendencia.

Para ello, y en razón de un amplitud y claridad, sin que ello signifique en modo alguno mi adhesión absoluta, como se verá más adelante, he tomado en calidad de modelo el texto de la ley de sociedades anónimas española, en sus artículos 129, 133, 134 y 135:

a) Facultades de representación: aunque no se me escapan los peligros inherentes, parece adecuado el que se adopte un criterio en el sentido de que los administradores tienen las más amplias facultades de representación para

realizar los actos comprendidos en el objeto social, pese a cualquier limitación, y aunque la misma se inscriba en el registro mercantil; estimo, como el legislador español, que no es razonable exigir a los terceros que se impongan de las inscripciones registrales antes de contratar con la sociedad respectiva. Dejo a salvo, y someto a la discusión de este Congreso, la posibilidad de conductas maliciosas por parte de dichos terceros, eventualmente en conclusión con los administradores.

b) En cambio, me produce cierta intranquilidad el proclamar la plena validez de los actos *ultra vires* cuando el tercero obre de buena fe y sin culpa grave, si atendemos a que el *onus probandi* de la mala fe y culpa grave corresponde a la sociedad afectada; los abogados litigantes bien sabemos de las serias dificultades que plantea una demostración de tal naturaleza.

c) Bien está que los administradores sean responsables, frente a todo el mundo, del daño que causen por los actos ilícitos, antiestatuarios o sin diligencia, que realicen en desempeño de su cargo; también lo está que tal responsabilidad se finque solidariamente a todos los que haya realizado el acto o adoptado el acuerdo respectivo, y que la misma responsabilidad no se haga extensiva a los que no hayan intervenido en su adopción y ejecución, sean desconocedores de su existencia o, en caso de conocerla, hayan actuado para evitar el daño o, a lo menos se hayan opuesto de modo expreso. Mas, como sabemos, a lo menos en nuestros medios los actos que nos ocupan no son realizados por administradores, sino por personas que desempeñan una representación voluntaria, esto es, por apoderados, de cuyas conductas responsables no se ocupa la ley española, y me parece que, independientemente de la persona responsable de dichas conductas, habría necesidad de remitir también las consecuencias al órgano u órganos sociales que hayan propiciado la realización del acto dañino; y cuando me refiero a la pluralidad de órganos sociales, no excluyo a la junta o asamblea general, en la medida en que, como órgano supremo, haya prohijado la actuación por parte de los administradores o de los apoderados últimamente referidos.

ch) Finalmente, por mi parte aplaudo el otorgamiento a terceros acreedores de la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando tal acción no sea ejercitada por la sociedad o por sus accionistas, o cuando el patrimonio social sea insuficiente para cubrir los créditos respectivos, sin perjuicio de la acción individual que compete a dichos terceros directamente en contra de los administradores.

Pero otras conductas ilícitas de las sociedades ameritan un examen más profundo por sus consecuencias patrimonialmente perjudiciales a terceros, sin que importe que tales conductas impliquen o no actos *ultra vires*. De realizarse dentro de razonables criterios jurídicos y financieros, el perjuicio a terceros

ocurrirá, casi siempre, como consecuencia de circunstancias fortuitas o de fuerza mayor y, conforme a la regla general, no implicarán mayores responsabilidades pecuniarias que las asumidas; en el peor de los casos, la situación concursal de la sociedad deudora. Si, en cambio, la actuación se realiza en términos de temeridad o en exceso de facultades, fácilmente nos encontraremos ante un ilícito y, en tal caso, el aspecto que me parece digno de examen es el relativo a las consecuencias pecuniarias para la sociedad.

Un primer punto de la cuestión es el relativo a la posibilidad de que el perjuicio patrimonial resentido por el tercero no pueda satisfacerse con los bienes sociales; ¿habrá de fincarse la responsabilidad solidaria o subsidiaria del ejecutor material del acto?, y ¿qué decir del órgano social, llámese administración o junta o asamblea general, que haya confiado la representación a dicho ejecutor?

Para emitir uno o más criterios sería tal vez aconsejable evocar y atribuir mayores o menores consecuencias a las llamadas *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*, pues parece que no cabe duda sobre la necesidad de atribuir consecuencias al irreflexivo criterio en la designación de administraciones o mandatarios, no menos que al descuido en la vigilancia de su actuación, todo ello con un criterio de equidad protectora de los intereses de terceros y en última instancia, de los socios mismos.

Tengo por recomendable la reflexión sobre estos puntos, ante el agobiante número de ejemplos que, en nuestros países, todos podríamos invocar sobre los fraudes, muchos de ellos de colosales dimensiones y desastrosas consecuencias, que se han cometido y se siguen cometiendo al cobijo de la personalidad jurídica y de la sacrosanta separación jurídica entre el patrimonio social y el de los accionistas y representantes de las sociedades. Y el punto cobra mayor importancia a medida que se medite sobre la creciente magnitud de las concentraciones domésticas de empresas, pero también con efectos internacionales, ante los hoy de moda mercados comunes, tratados de libre comercio y otros esquemas que rebasan los ámbitos domésticos, de cara a los cuales corresponde a los juristas sugerir la adopción de medidas primeramente preventivas, pero también represivas de estos ilícitos societarios.

De este modo, parece que el foro en el que nos desenvolvemos es adecuado para profundizar en torno de la posibilidad de un régimen legal que, en mayor o menor grado, permita rasgar el velo de la personalidad respecto de ciertos ilícitos y propicie, en los casos que lo ameriten, la asunción de responsabilidades patrimoniales por parte de funcionarios, administradores y accionistas de las sociedades, por considerar que un régimen legal de tal naturaleza plantearía un esquema doblemente protector de los intereses de terceros víctimas de los ilícitos que nos ocupan; preventivo, en cuanto

implicaría un especial cuidado por parte de los socios desde el momento de constituir la sociedad, y en el acto de designar administradores y otros funcionarios; correctivo, por manera que contendría un esquema de represión de las conductas ilícitas, que permitiría sanciones trascendentes al patrimonio de todos aquellos que, hasta ahora, han mantenido sus recursos a cubierto de los embates de terceros o, de plano, han permanecido en cierto anonimato.

Por supuesto, no se me oculta que ya la legislación societaria argentina es continente de un dispositivo que en varios supuestos, algunos de ellos antes mencionados, penetra a través del velo de la personalidad para fincar responsabilidades patrimoniales a quienes actúen en nombre de la sociedad, y en ocasiones también a los socios, pero no debemos perder de vista que dicha legislación argentina, y en algunos aspectos la española, son de avanzada, pues en este punto marchan por delante de las de los demás países iberoamericanos, que en muy contados casos, y con evidente timidez, permiten que los terceros ejerciten acciones directas en contra de quienes están del otro lado de la personalidad social.

En otro orden de ideas, tal vez amerite también un pronunciamiento, por parte de este Congreso, la posibilidad de adoptar un específico esquema legal en torno de los poderes conferidos por las sociedades, tema muy ligado al de los ilícitos societarios, puesto que, a lo menos en algunos de nuestros sistemas legales, la regulación de los poderes en general no se ha mostrado eficaz aplicada a las sociedades, y por ello ha sido necesario dictar normas específicas sobre el otorgamiento de poderes por parte de ciertas sociedades, como las bancarias, aseguradoras, bursátiles y otras.

Puedo invocar, como razones por las que el régimen de poderes en general no ha funcionado respecto de las sociedades, las siguientes:

a) La forma en que se regula el mandato en general supone, en la mayoría de los casos, el otorgado directamente por una o más personas físicas que, por escrito privado o ante fedatario público, expresan su voluntad, lo que no puede ocurrir respecto de las sociedades, cuya voluntad genética parte de un órgano social que expresa la decisión de un ente sin existencia física.

b) Los documentos en los que se consignan los poderes regulados por la legislación general son, en la gran mayoría de los casos, de una claridad que no deja lugar a dudas sobre sus alcances y así, por ejemplo, si se otorgan de modo general para actos de dominio, el apoderado puede comprometer el patrimonio del poderdante en todo tipo de actos y contratos; en cambio, como todos sabemos, los poderes que confieren las sociedades, por amplios que sean, participan de la obligada *capitis deminutio* propia del ente social, cuyos representantes legales, y por ende los apoderados, sólo pueden realizar los actos encaminados al cumplimiento de los fines sociales.