

PRESENTACION

Se publican en este número *ensayos* sobre el Derecho en sus aspectos comerciales, filosóficos, criminológicos, laborales, económicos; y, de contratación administrativa y teoría general.

En la sección de *documentos* se imprime la presentación del libro del Dr. Rodolfo Saborío Valverde efectuada por el jurista Eduardo Ortiz Ortiz.

El director y editor

LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA

III

PODERES DE GESTION Y PODERES DE REPRESENTACION^(*)

*Prof. Dr. Gastón Certad M.
Catedrático de la Universidad de Costa Rica y
de la Universidad Autónoma de Centro América*

- 13 - Limitación de los poderes de los administradores a actos de ordinaria administración.
- 14 - El poder de representación de los administradores. Limitaciones.
 - A. Limitaciones contenidas en el pacto constitutivo (o en las estatutos).
 - B. Administradores con nombramiento único o vitalicio.
 - C. Limitaciones contenidas en el acto de nombramiento.
 - III. Administrador con representación pero sin poder para delictiva (la denominada "disociación entre el poder de representación y el poder de gestión").
 - D. Limitaciones contenidas en el acto de delegación.
 - E. Delegación única o eventual.
 - F. Administrador que presta un servicio exclusivo de junta directiva.

(*) Las partes I y II de esta investigación se publicaron en esta Revista (Nos. 69 y 70 del año 1991).

Sumario

- 10.- Generalidades sobre el tema.
- 11.- Los poderes de gestión de los administradores y el límite natural del objeto social.
- 12.- La imposibilidad de efectuar delegaciones u otorgar mandatos a favor de terceros mediante los cuales se "vacíe" completamente el contenido de los poderes de los administradores.
- 13.- Limitación de los poderes de los administradores a actos de ordinaria administración.
- 14.- El poder de representación de los administradores. Limitaciones
 - A. Limitaciones contenidas en el pacto constitutivo (o en los estatutos).
 - B. Administradores con nombramiento nulo o anulable.
 - C. Limitaciones contenidas en el acto de nombramiento.
 - CH. Administrador con representación pero sin poder para deliberar (la denominada "disociación entre el poder de representación y el poder de gestión").
 - D. Limitaciones contenidas en el acto de delegación.
 - E. Delegación nula o anulable.
 - F. Administrador que ejecuta un acuerdo inválido de junta directiva.
 - G. Limitaciones contenidas en el poder otorgado para la ejecución de actos específicos.

H. Representación conjunta.

I. Conflicto de intereses y otras limitaciones al poder de los administradores.

J. Actos extraños al objeto social.

15.- Representación procesal y legitimación para actuar.

16.- Ratificación.



R
Nº 71
(ENE-ABA)
199210.- *Generalidades sobre el tema*

El poder de gestión es el poder deliberativo (de administración o de decisión) de los administradores. El poder de representación es el poder de manifestar externamente, frente a terceros, la voluntad social. Mientras la ley le atribuye el poder de gestión al órgano administrativo y, así, si ese órgano está compuesto (como en nuestras sociedades anónimas) por una pluralidad de miembros, ese poder le corresponde a todos colegiadamente (arts. 181 y 184)⁽¹⁾, el poder de representación es generalmente atribuido en los estatutos a quien resulte investido de un cargo particular, salvo en nuestro país, en donde dicho poder le es conferido ex lege al presidente del consejo de administración, así como a los demás consejeros que se determinen en la escritura social, con las facultades que allí se les asignen (arts. 18 inciso 12 y 182).

Muy frecuentemente, con la finalidad de darle una rápida ejecución externa a las decisiones tomadas, los accionistas le atribuyen al mismo sujeto el poder de gestión y el poder de representación: esto sucede en todos aquellos casos en que la junta directiva delega, en todo o en parte, sus propias atribuciones en uno o más de sus miembros (consejeros delegados), a quienes de esta manera se les confía, dentro de los límites establecidos por el pacto social y dentro de los límites eventualmente determinados en la delegación misma, la gestión y la representación social⁽²⁾. Aun en estas hipótesis, en donde los

- (1) De ahora en adelante, cuando citemos un artículo sin indicar el código de procedencia, se entenderá que pertenece al código de comercio.
- (2) No obstante que con la Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio # 7201 del 10 de octubre de 1990 –en adelante la “Ley Reguladora”–, al primigenio artículo 182 del Código de Comercio del 64’ se le derogaron, vía su reforma, sus tres últimos párrafos –en donde (concretamente en el segundo) se decía que el concejo podía autorizar a los representantes sociales a delegar sus facultades, total o parcialmente en otros consejeros, si la escritura social lo permitía–, no creemos nosotros que ahora resulte imposible tal delegación de facultades por parte de los representantes sociales, pues resultan de aplicación a la especie las disposiciones generales en tema de mandato civil (aplicables al mandato mercantil gracias al artículo 2), que claramente estipulan que la sustitución (y la revocación también) del mandato es posible sólo cuando al mandante se le hubiere facultado expresamente para ello en el poder (arts. 1264 y 1265 del Código Civil), principio éste que también tiene plena aplicación en el mandato mercantil (art. 277). Así las cosas, al señalarse en el pacto social los alcances de los poderes de los representantes

poderes de gestión y de representación les son confiados por los accionistas al mismo sujeto, es necesario tener bien diferenciados los dos perfiles resaltados (de gestión y de representación), porque no sólo permanecen conceptualmente distintos, sino sobre todo porque la amplitud del poder de gestión puede no coincidir con la amplitud del poder de representación, con las muy relevantes consecuencias que más adelante examinaremos.

11.- Los poderes de gestión de los administradores y el límite natural del objeto social.

La jurisprudencia en forma pacífica y la mayoría de los autores italianos consideran que los poderes de gestión de los administradores en la sociedad anónima se extienden al cumplimiento de todos los actos comprendidos en el objeto social, salvo las limitaciones que resulten de la ley o del pacto constitutivo⁽³⁾.

Este principio parece desprenderse con bastante claridad de lo que establece nuestro artículo 181, en el sentido que “los negocios sociales serán administrados y dirigidos por un consejo...”; y si pensamos que los negocios sociales válidos son aquellos que realiza la sociedad dentro de los límites de

sociales, hoy deberá expresamente indicarse si tienen las facultades de sustituir –y en quién o quienes– y revocar sustituciones; caso contrario, no podrán efectuarlas.

En cuanto a la delegación de las demás facultades del consejo (administrativa y ejecutiva) –hipótesis contemplada en el derogado penúltimo párrafo del repetido 182–, ella nos parece hoy también factible, siempre que se estipule en forma expresa en el pacto social, con base en el inciso 19 del artículo 18.

Sobre la delegación de funciones del consejo de administración véase nuestro trabajo “La administración de la sociedad anónima. I. Composición y funcionamiento del órgano gestor”, en el número tras anterior de esta misma Revista, bajo el numeral 4.

- (3) Para un cuadro sintético de la jurisprudencia italiana, véase Bonelli, Franco, “*Gli amministratori di società per azioni*”, Giuffrè Editore, Milano, 1985, p. 93, nota 14. En cuanto a la doctrina, consúltese Abbadessa, Pietro, “*La gestione dell’ impresa nella società per azioni*”, Giuffrè Editore, 1975, pp. 29 ss., 40 ss.; Allegri, Vincenzo, “*Amministratori e consiglio direttivo*”, en *I Grandi Problemi della S.p.a. nelle Legislazioni Vigenti*, dirigido por Giuseppe Rotondi, C.E.D.A.M., Padova, 1976, pp. 824 ss.; Borgioli, A., “*I direttori generali di società per azioni*”, Giuffrè Editore, 1975, p. 275 s.; Corsi, F., “*Il concetto di amministrazione nel diritto privato*”, Giuffrè Editore, 1974, pp. 131 ss., 240-248; Iglesias Prada, Juan Luis, “*Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*”, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1971, pp. 99 ss.; Weigmann, R., “*Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*”, U.T.E.T., Torino, 1974, pp. 71 ss.

su objeto o actividad social, entonces esto equivale a decir, no otra cosa, que *el poder de gestión de los administradores comprende todo acto incluido dentro de ese objeto social*. Además, es evidente que los administradores al exteriorizar la voluntad social han de estar dotados de la capacidad necesaria para poder desarrollar tal cometido; pero del mismo modo resulta natural que dicha capacidad únicamente tenga un determinado campo de desarrollo constituido por el objeto social o la empresa a ejercer. Con esta expresión del 181, nuestro legislador ha querido inicialmente avocado al desarrollo de la función administradora y depositario de las facultades gestoras.

Algunos autores afirman, sin embargo, que los administradores, teniendo como función administrar la empresa social, tienen poderes deliberativos que, por amplios que sean, permanecen siempre en el ámbito de la gestión, de donde no les estaría permitido “modificar la estructura industrial o financiera de la empresa, ni enajenar un sector de la hacienda social o un paquete accionario o una participación mayoritaria en otra sociedad”⁽⁴⁾. Pero a semejante posición se le objeta que también dichos actos –que con expresión sintética se denominan “actos de organización de la empresa social”– están comprendidos en la actividad de administración que compete a los administradores⁽⁵⁾. Sobre el particular se ha observado además, que mientras la actividad de gestión puede corresponderle también a otros sujetos –como a los gerentes, a los factores, etc.–, la actividad de organización de la empresa social es propia y exclusiva de los administradores⁽⁶⁾.

Lo dicho hasta aquí confirma la opinión, sin lugar a duda preva-
ciente, de que el poder deliberativo de los administradores –que comprende el poder de cumplir actos de gestión en sentido estricto y actos de organización

- (4) Ferri, Giuseppe, “*Le società*”, en *Trattato di Diritto Civile* dirigido por Giorgio Vassalli, U.T.E.T., Torino, 1971, p. 509.
- (5) Abbadessa, op. cit. en nota 3, pp. 139 ss.; Bonelli, op. cit. en nota 3, p. 94; Borgioli, op. cit. en nota 3, pp. 37 ss.; Minervini, Gustavo, “*Gli amministratori di società per azioni*”, Giuffrè Editore, Milano, 1956, pp. 215 y 267 ss.
- (6) Borgioli, op. cit. en nota 3, pp. 85-106. Además, nunca se ha dudado que sean competencia de los administradores algunas actividades típicas relativas a la organización social (y no a la gestión, en sentido estricto, de la actividad social); piénsese en el nombramiento de gerentes, del agente o agentes residentes y en el otorgamiento, aún en favor de terceros, de poderes especiales, generales y generalísimos, que nuestro código se lo endilga a quienes ejercen la representación social (art. 187).

Claro que sobre el particular surge toda una serie de dudas: ¿está comprendida en los poderes de los administradores la instalación de sucursales? ¿Es válida y homologable registralmente la cláusula del pacto social que le atribuya semejante facultad a los administradores? ¿Pueden los administradores revocar la convocatoria a una asamblea?

de la empresa— tiene como único y solitario límite el objeto social: así, los administradores pueden cumplir, válidamente, todos aquellos actos expresamente comprendidos en el objeto social o que sean instrumentales a éste. En síntesis, el objeto social constituye, por ende, el límite, y determina la extensión, tanto del poder de gestión como también del poder de representación de los administradores⁽⁷⁾.

Por lo demás, resulta bastante simple establecer si y cuándo un acto es ajeno o está comprendido en el objeto social. El problema, que ha sido examinado en numerosos estudios por la doctrina italiana⁽⁸⁾, ocasionando múltiples controversias, puede simplificarse teniendo claro que la valoración que debe cumplirse es distinta —y se hace con base en distintos criterios— según que nos refiramos a las relaciones internas (entre los administradores y la sociedad) o a las relaciones externas (entre la sociedad y los terceros).

En las **relaciones internas**, el cumplimiento de actos ajenos al objeto social se valora con referencia a la concreta relación entre el acto singular y el objeto social estatutario, de donde corresponden al objeto social sólo aquellos actos que estén **efectivamente** dirigidos a realizarlo. En el supuesto de que el acto sea extraño al objeto social, y prescindiendo de la validez o invalidez del acto mismo en las relaciones externas, el irrespeto al límite del objeto social puede perfectamente exponer al administrador a una acción social o individual de responsabilidad en su contra (ex. arts. 189 ss.)⁽⁹⁾ o a una causa justa de revocación de su nombramiento⁽¹⁰⁾.

(7) Nótese que algunos actos de organización de la empresa social, y muy particularmente los mencionados por Ferri (v. supra, pág. anterior, nota 4), están comprendidos en los poderes representativos de los administradores, pero pueden perfectamente quedar fuera de sus poderes deliberativos. Esto obedece al hecho de que el límite del objeto social debe valorarse diversamente según que nos estemos refiriendo a las relaciones internas (administradores—sociedad), o a la relación externa de representación.

(8) En Italia existen sobre el tema cuatro monografías específicas: Caselli, G., *“Oggetto sociale ed atti ultra vires”*, C.E.D.A.M., Padova, 1970; Gliozzi, E., *“Gli atti estranei all'oggetto sociale nelle società per azioni”*, Giuffrè Editore, Milano, 1970; La Villa, G., *“L'oggetto sociale”*, Giuffrè Editore, Milano, 1974; Zanelli, Enrico, *“La nozione di oggetto sociale”*, Giuffrè Editore, Milano, 1962. En época más reciente, han tratado ampliamente este tema, Corsi, op. cit. en nota 3, y Minguzzi, *“Gli amministratori di società per azioni. I poteri”*, Rimini, 1980.

(9) En ese sentido, Bonelli, Franco, *“La responsabilità degli amministratori di società per azioni”*, Giuffrè Editore, Milano, 1975, pp. 113 ss.

(10) Sobre la revocación con o sin justa causa, ver Certad Maroto, Gastón, *“La administración de la sociedad anónima. II. Génesis y conclusión de la relación de administración. Retribución de los administradores”*, en el número anterior de esta misma Revista, bajo el numeral 8-A.

En las **relaciones externas**, el objeto social indicado en el acto constitutivo señala implícitamente los límites de los poderes representativos de los administradores, por no tener estos facultades, en su actividad, para ir allende el objeto. Aparte de eso, pueden pactarse expresamente limitaciones particulares. El hecho de exceder los términos del mandato por parte de los representantes sociales se suele denominar como “abuso de la denominación social” y se trata en realidad de un conflicto de intereses entre el representante y la sociedad que consiste, técnicamente, en el ejercicio de la representación de manera tal que se observen formalmente sus límites, pero de forma sustancialmente contraria a su destino, que es la tutela del interés de la sociedad representada. Así, el administrador puede valerse de la denominación social para realizar actos extraños al objeto social o bien actos que, aunque comprendidos en el objeto social, le están vedados por una cláusula expresa del pacto constitutivo. La primera hipótesis dibuja un exceso de los límites del mandato (señalados por el pacto social) debidamente registrado. Es éste un verdadero exceso de poder que, cuando está rigurosamente determinado, produce la invalidez del acto nacido por abuso. En la segunda hipótesis, el abuso se concreta en la violación de los límites puestos convencionalmente a la actividad del representante.

En Italia, de conformidad con una reforma al Codice Civile operada a fines del año 1969, el adicionado artículo 2384 bis precisa que “el carácter ajeno al objeto social de los actos cumplidos por los administradores en nombre de la sociedad es inoponible a terceros de buena fe”. Esto significa que el acto, aunque efectivamente extraño al objeto social, resulta válido y obligatorio para la sociedad, la que (exceptuando los remedios internos frente al administrador), para oponer al tercero dicha circunstancia —es decir, para rechazar el cumplimiento del acto extraño a su propio objeto social— deberá probar que el tercero no era de buena fe. La nueva disciplina introducida en Italia en 1969, no sólo ha declarado inoponible a los terceros de buena fe el carácter extraño al objeto social de los actos cumplidos por los administradores en nombre de la sociedad, sino también las limitaciones estatutarias a los poderes de gestión y de representación y, además, las eventuales casuas de invalidez en el nombramiento de los administradores que tienen la representación de la sociedad. Esa reforma crea un sistema que tiende a hacer recaer sobre las sociedades —en lugar de los terceros contratantes, como sucede en el nuestro—, tanto el riesgo de la invalidez del nombramiento de sus administradores —representantes, cuanto el riesgo de las violaciones cometidas por los administradores que cumplan actos ajenos al objeto social o que excedan de los poderes a ellos conferidos. Nos parece que este nuevo sistema no sólo tutela a los terceros de buena fe, sino que le permite a la sociedad conseguir, a largo plazo, mayores y más importantes ventajas, aunque si bien, en ciertos casos, les impone un sacrificio (exponerse y resultar vinculadas por actos ejecutados por

sus administradores inválidamente nombrados o que hubieren actuado excediéndose de sus facultades): el sistema, brindándole a los terceros de buena fe la seguridad de que la sociedad responderá siempre de los actos ejecutados por sus administradores (sin que pueda oponerles las limitaciones de sus poderes, la invalidez de su nombramiento, ni la circunstancia de ser el acto ejecutado ajeno al objeto social), elimina una rémora al finiquito de los negocios, permitiéndole a las sociedades el mayor desarrollo posible de la contratación y, por ende, una más intensa valoración del capital.

Siempre que se tengan presentes los dos niveles ahora examinados, comprenderemos cómo determinados actos (gratuitos, financiamientos o contribuciones a partidos políticos, venta de la hacienda, etc.), que en realidad no estén efectivamente dirigidos a la realización del objeto social, puedan, en las **relaciones internas**, exponer al administrador a una acción de responsabilidad o a una justa causa de revocación de su nombramiento, y también cómo esos mismos actos puedan, en las **relaciones externas**, resultar o no válidos y obligatorios para la sociedad.

12.— *La imposibilidad de efectuar delegaciones u otorgar mandatos a favor de terceros mediante los cuales se “vacíe” completamente el contenido de los poderes de los administradores.*

Si bien dentro de los amplios poderes de los administradores y representantes sociales está el de conferir, a factores, dependientes o terceros, poderes, (en apariencia) hasta con las más amplias facultades (art. 187)⁽¹¹⁾, debe considerarse, sin embargo, que los administradores no pueden confiarle a terceros la completa dirección de la actividad social, “vaciando” materialmente el contenido de sus propios poderes, con una total abdicación a favor de esos terceros de sus funciones administrativas⁽¹²⁾.

La circunstancia no está en el hecho de que semejante delegación o apoderamiento es extraño al objeto social y, por ende, va más allá de los

(11) Concordes con esto están, entre otros, Abbadessa, op. cit. en nota 3, pp. 76 ss., 96 ss.; Borgioli, op. cit. en nota 3, pp. 20 ss., 107 ss., 168 ss., 226 ss. y en “*Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità dell'imprenditore*”, Giuffrè Editore, Milano, 1968, pp. 110 ss.; Cagnasso, “*Gli organi delegati nelle società per azioni. Profili funzionali*”, U.T.E.T., Torino, 1976, pp. 58 ss.

(12) En este sentido se han pronunciado reiteradamente las Cortes italianas en fallos citados por Bonelli, op. cit. en nota 3, p. 101, nota 32. Comparte este criterio, Abbadessa, op. cit. en nota 3, p. 196 s. y en nota 160; no parece condicionar esta opinión, Borgioli, en su comentario a la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Boloña del 26 de marzo de 1977.

poderes de los administradores, sino en el principio de la **exclusiva e inderogable competencia de los administradores en el ejercicio de la función administrativa** (doctrina del art. 181); principio éste que no puede ser derogado ni por los socios (mediante pactos parasociales que establezcan un conjunto organizativo y funcional del organismo social distinto al establecido por la ley), ni por la asamblea de accionistas (mediante el nombramiento de mandatarios que ostenten todos los poderes de administración), ni siquiera mediante la aprobación de cláusulas estatutarias que le permitan a los administradores subdelegar totalmente a terceros los poderes a ellos delegados, ni, mucho menos, por los mismos administradores (confiándole toda la dirección de la actividad social a sujetos no nombrados por la asamblea de socios).

13.— *Limitación de los poderes de los administradores a actos de ordinaria administración.*

Algunas veces, en el pacto constitutivo o al momento mismo de efectuarse una delegación en pro de uno o varios administradores, se establece que éstos, o los consejeros delegados, ostentan únicamente poderes representativos y/o de gestión limitados a la ordinaria administración. En estos casos enfrentamos el problema de establecer qué debe entenderse por “ordinaria administración”, y cómo debe ésta distinguirse de la “extraordinaria administración”.

El problema subsiste aun cuando, para una mayor claridad de conceptos, el pacto social contenga listas ejemplificativas que indiquen cuáles actos —y, eventualmente, ¿hasta qué montos?— se consideran de ordinaria o, viceversa, de extraordinaria administración. Aun en este supuesto, no pudiendo la lista comprender todos los actos pertenecientes a la categoría descrita, queda el problema de “adivinar” cuál es el criterio a fundamentarse para distinguir unos y otros actos.

En Italia, la jurisprudencia se inclina a considerar como actos de ordinaria administración aquellos tendientes a la conservación del patrimonio administrado, esto es, aquellos que persiguen acrecentar sin riesgos su consistencia; y como actos de extraordinaria administración, amén de los de disposición y enajenación, todos aquellos susceptibles de disminuir la entidad económica del patrimonio administrado⁽¹³⁾.

Entre los autores italianos, no obstante la diversidad de opiniones sostenidas sobre el particular, hay consenso en considerar que el criterio en que se inspira la jurisprudencia (en cuanto a ser los actos de ordinaria

(13) Véase la jurisprudencia citada por Bonelli, op. cit. en nota 3, p. 102, nota 38.

administración aquellos meramente conservativos del patrimonio administrado) es notoriamente inadecuado, porque en la gestión de una sociedad, los diferentes y singulares componentes de la hacienda mercantil están transformándose continuamente (adquisiciones, ventas, transformaciones de materias primas y reventa, etc.).

Los problemas y las divergencias de opinión nacen, en doctrina, cuando se trata de determinar cuál es el criterio discrecional entre los actos de ordinaria y extraordinaria administración en una actividad empresarial. Dejando de lado a algunos autores, quienes consideran que el fenómeno mismo de la empresa es reactio a semejante distinción, negándole así todo valor a la limitación⁽¹⁴⁾, la opinión prevaleciente sostiene que el criterio distintivo se basa en una valoración casuística "de la importancia, de la finalidad, de la excepcionalidad del acto cumplido frente a aquellos otros que pueden considerarse como eventos normales en una empresa del tipo de que se trate"⁽¹⁵⁾. Dentro de este orden de ideas, se considera que son actos de extraordinaria administración, verbigracia, una financiación muy grande respecto al monto del patrimonio social; la apertura o clausura de sucursales o establecimientos; la renovación radical de las instalaciones; el inicio de una actividad productiva distinta a la tradicionalmente ejecutada (cambio de giro), aunque estuviera indicada más o menos específicamente en el objeto social; los actos dirigidos a transformar la hacienda social, a modificar sus elementos constitutivos, a sustituir las instalaciones, a ensanchar su esfera de actividad, a crear nuevas uniones mediante participaciones u otros medios similares, o a asumir empeños financieros para la realización de tales operaciones.

(14) Trabucchi, Alberto, "Amministrazione (atti di)", en Novissimo Digesto Italiano, I, U.T.E.T., Torino, 1957, p. 547. Pero lo cierto es que esta opinión no es convincente, porque si el pacto social le atribuye a los administradores el poder de cumplir sólo actos de ordinaria administración, parece indudable que con ello se pretende limitar sus poderes, de modo que ellos sólo puedan ejecutar una determinada categoría de actos, y no todos aquellos comprendidos en el objeto social, muchos de los cuales bien podrían ser de extraordinaria administración.

(15) Mignoli, Ariberto-Nobili, Raffaele, "Amministratori (di società)", en Enciclopedia del Diritto, II, Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 141. Y es que cuando se le confieren a los administradores poderes de ordinaria administración, se quiere que administren pero no modifiquen las características estructurales de la organización empresarial, lo que implica que cuando se les otorgan poderes de extraordinaria administración, pueden además modificar esas características.

El problema ha sido recientemente objeto en Italia de una amplia elaboración, llegándose a resultados y conclusiones muy similares a la posición de los autores arriba citados; v. Corsi, op. cit. en nota 3, pp. 136 ss., 143 s. y 240 ss.

14.— *El poder de representación de los administradores. Limitaciones.*

Hemos dicho líneas atrás que los administradores con la representación de la sociedad tienen sus poderes limitados, de iure, por el objeto social. Sin embargo, dentro del sistema de nuestro código, que bien podemos denominar clásico, las facultades del (os) administrador (es)—representante(s) pueden serles limitadas en el pacto social, (inválidamente) por los socios en el acto de nombramiento, por el propio administrador delegante en el acto de la delegación o bien por el poderdante al momento de conferir el poder ex. art. 187. Consecuentemente, la sociedad es responsable ante terceros de todos aquellos actos realizados por sus administradores, dentro de los límites del objeto social y de los poderes de representación que tienen atribuidos. Acto seguido trataremos de analizar a la luz de nuestro código y de la legislación italiana, comparativamente, todas las hipótesis de limitaciones que eventualmente pueden ocurrir.

A.— *Limitaciones contenidas en el pacto constitutivo (o en los estatutos).*

De conformidad con nuestra legislación, las limitaciones estatutarias a la representación de sociedades, debidamente inscritas en el Registro Mercantil, son oponibles a terceros, según el principio general de la publicidad registral, y, por lo tanto, el acto del administrador que no cumpla con dichas limitaciones, es nulo e ineficaz y la sociedad no responde por él; independientemente de la sanción, en lo tocante a las relaciones internas administrador-sociedad, a que pueda hacerse acreedor el consejero violador, viable en casi todas las hipótesis que se examinarán, tales como la revocación de su nombramiento por justa causa o el ejercicio en su contra de una acción de responsabilidad ex arts. 189 ss.

Esta situación, que podríamos considerar clásica y presente en la gran mayoría de las legislaciones latinoamericanas y, hasta poco menos de la mitad del presente siglo, en los principales ordenamientos jurídicos europeos, ha llevado a las sociedades a cometer una serie de abusos en perjuicio de terceros. Nuestro sistema se fundamenta en los principios generales de la publicidad registral, los que, en tema de limitaciones al poder representativo de los administradores de sociedades mercantiles, resultan injustos y obsoletos, porque aun en el supuesto normal de que las limitaciones a los poderes de los administradores hayan sido inscritas en el Registro Mercantil, no debe estimarse que por ese simple hecho procede presumir su conocimiento por el tercero, permitiéndose con esto grandes atropellos a sus derechos. Hoy parece

necesario, en estos casos, descargar al tercero de la obligación de una permanente consulta al Registro, y para ello debemos configurar, en forma rígida e ilimitable, el poder representativo de los administradores, creando un sistema de inoponibilidad de limitaciones, salvo en presencia de mala fe. Si es de buena fe, la inscripción registral de las limitaciones no debe afectarle; la falta de buena fe en el tercero debe entonces ser específicamente demostrada, y no presumida al margen del Registro.

Con el d.p.r. # 1127 del 29 de diciembre de 1969, que ejecutaba la resolución # 151 del 9 de marzo de 1968 del Consejo de Ministros del entonces Mercado Común Europeo (hoy Comunidad Económica Europea), Italia —y con ella también los restantes países que integraban dicho Mercado— reformó los números 2283 y 2384 de su Codice Civile y lo adicionó con el número 2384 bis. Según la nueva redacción del 2384 de ese Cuerpo de Leyes, las limitaciones contenidas en el pacto social (o en los estatutos) no son oponibles a terceros, salvo si se demuestra que estos hubieren actuado intencionalmente en perjuicio de la sociedad⁽¹⁶⁾ —para no responder, así, del acto defectuosamente ejecutado por el administrador—. Nótese que, a decir verdad, la sociedad podrá oponerle al tercero esta **exceptio doli** sólo en muy pocos casos, porque difícilmente ella logrará probar que el tercero, cómplice del administrador, intentaba fraudulentamente obtener una ilícita ventaja de la regla de la inoponibilidad aquí comentada⁽¹⁷⁾. Las consecuencias de la comentada reforma, que obedece a una clara idea de las exigencias impuestas por una mayor

seguridad y agilidad del tráfico, son que **el contrato concluido por el administrador con violación de las limitaciones estatutarias es válido y obliga a la sociedad (salvo la exceptio doli), pero el administrador debe responder en las relaciones internas**: su violación será eventualmente relevante como causa justa de revocación de su nombramiento, así como fundamento seguro de una acción social o individual de responsabilidad en su contra.

En síntesis, la tutela de los terceros que ofrece la reforma italiana de comentario ha de entenderse sin detrimento del principio de la buena fe, y éste es incompatible con un efectivo conocimiento por parte del tercero de la existencia de limitaciones. La seguridad del tráfico no puede prevalecer hasta el punto de sacrificar en su beneficio la buena fe que debe presidirlo; por otra parte, la aplicación de la *exceptio doli* no merece ser reputada como instrumento tutelar suficiente y exclusivo.

B. *Administrador con nombramiento nulo o anulable.*

Con fundamento en el estado actual de nuestra legislación privada, no encontramos una disposición expresa, ni siquiera normas de las que pueda desumirse un principio general de apariencia, que nos permitan tutelar a terceros de buena fe ante un acto ejecutado por un administrador con nombramiento inválido. Claro que bien podríamos remitirnos a los principios que tutelan la confianza producto de la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil⁽¹⁸⁾, pero, a fuera de sinceros, nos asaltan enormes dudas sobre la exactitud de tal solución⁽¹⁹⁾. La conclusión no puede ser otra que la oponibilidad al tercero, de buena o mala fe, de la invalidez del nombramiento del administrador y, consecuentemente, la irresponsabilidad social frente al acto ejecutado por el consejero mal designado.

En Italia, y siempre gracias a la comentada reforma del 69, el problema se resuelve expresamente con la letra reformada del número 2383 del Codice Civile que dice que, una vez efectuada la publicidad, las causas de nulidad o anulabilidad del nombramiento de los administradores son inoponibles a terceros, salvo que la sociedad demuestre que los terceros las conocían.

(18) La idea es la de conducir el fundamento de la tutela a los terceros de buena fe al sistema de publicidad registral y a la confianza que de él nace para los terceros; tesis está desarrollada por Romano Pavoni, "Le deliberazioni delle assemblee delle società di capitali", Morano Editore, Napoli, 1950, pp. 102 ss.

(19) Dudas alimentadas por las palabras de Minervini, op. cit. en nota 5, p. 171, que le niega una tutela a los terceros, y las de Pavone La Rosa, Antonio, "Il registro delle imprese", Giuffrè Editore, Milano, 1954, pp. 167 ss., quien afirma que la inscripción en el registro no goza de la fe pública.

(16) No obstante la insistente oposición de la jurisprudencia, el principio es aplicable también cuando las limitaciones, debidamente publicadas, se refieran al poder de asumir obligaciones cambiarias. En ese sentido, véase Galgano, Francesco, "La società per azioni", en Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia, VII, C.E.D.A.M., Padova, 1984, p. 131; Martorano, Federico, "Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari", Morano Editore, Napoli, 1979, p. 277; Pavone La Rosa, Antonio, "La cambiale", en Trattato di Diritto Civile e Commerciale dirigido por Cicu, Messineo y Mengoni, Giuffrè Editore, Milano, 1982, p. 172. Sostienen este mismo criterio autores como Borgioli y D'Alessandro.

(17) En este sentido, Galgano, Francesco, "Diritto commerciale. II. Le società", Bologna, 1984, p. 332 s. Otros, como Cabras y Pubusa, consideran que la sociedad no tiene que demostrar la existencia de un acuerdo fraudulento entre el administrador y el tercero, sino, de un lado, el dolo del tercero, y, del otro, que éste haya querido ocasionarle un daño a la sociedad. Por su parte, Abbadesa, op. cit. en nota 3, pp. 137-145, sostiene que los presupuestos de la oponibilidad al tercero son, por una parte, el daño (aunque potencial) a la sociedad, y, por la otra, la intencionalidad del tercero, entendida no como un simple **animus nocendi** a la sociedad, sino como conciencia del daño, calificada por la colusión con el administrador o por la específica voluntad de causar el daño a la sociedad.

C. *Limitaciones contenidas en el acto de nombramiento.*

En algunas ocasiones se acostumbra que las limitaciones al poder representativo de los administradores se den en el acto mismo de su nombramiento. En nuestra opinión, y con fundamento en los principios de competencia de las asambleas generales de accionistas específicamente señalados por el código (art. 155), dichas limitaciones son inoponibles (por ser inválidas) a terceros, porque reconocerle al acuerdo de nombramiento, tomado por la asamblea general ordinaria, la posibilidad de restringir los poderes representativos de los administradores que están en el pacto social, conlleva una injustificada derogación al principio de que el contenido del pacto constitutivo sólo puede ser modificado mediante acuerdo de la asamblea general extraordinaria (art. 156, inciso a).

En Italia, a pesar de que el problema no es resuelto expresamente por el artículo 2384 c.c., norma que sólo se refiere a las limitaciones que resulten del pacto constitutivo o del estatuto, la doctrina ha considerado a esa norma extensiva a esta hipótesis, sea por la identidad de la *ratio*, sea porque la resolución comunitaria en que la reforma italiana se inspira se refiere a las limitaciones "que resulten del estatuto o de una decisión de los órganos competentes"; sea, por último, por la circunstancia de su invalidez, ahora expuesta.

CH. *Administrador con representación pero sin poder para deliberar (la llamada disociación entre el poder de representación y el poder de gestión)* ⁽²⁰⁾.

En nuestro país, las consecuencias de esta hipótesis son las mismas indicadas sub A: el negocio concluido por el administrador dotado de representación social, pero sin la previa y necesaria deliberación del órgano competente, es nulo y, por ende, no obliga a la sociedad. Nótese que aquí el asunto es mucho más grave, pues los terceros no podrían, ni siquiera controlando el pacto social en el Registro Mercantil, saber si el negocio por ellos concluido con la sociedad es o no válido, pues para cumplir semejante investigación a

cabalidad deberían, en los ejemplos dados (sub nota 20), poder controlar los acuerdos del consejo de administración, control que sólo podrían realizar si fueran socios, mediante el examen del libro de actas de ese órgano ex arts. 26 y 265.

En Italia la mayoría duda de que esta hipótesis esté **expresamente** contemplada por el artículo 2384, que se refiere al poder de representación y no al de gestión. Sin embargo, muchos autores sostienen que a la aplicación de esa norma al sub-examine se llega por vía de interpretación analógica, dada la identidad de *ratio* existente entre las limitaciones a ambos poderes. Además, resulta ilógico pensar que las primeras no sean oponibles a terceros de buena fe y las segundas sí; de ser así, la finalidad de la reforma legislativa italiana introducida por el d.p.r. # 1127 de 1969, que es la de brindarle seguridad a los terceros sobre la validez de los negocios ejecutados por administradores sociales con representación, quedaría totalmente frustrada⁽²¹⁾.

D. *Limitaciones contenidas en el acto de delegación.*

De acuerdo al sistema actual de nuestro Código de Comercio, quienes ejercen la representación de la sociedad pueden delegar sus facultades, total o parcialmente, en otras personas —miembros o no del consejo, según lo que se haya dicho en los estatutos— siempre que el pacto social lo permita (v. supra nota 2). Así las cosas, en el acto de la delegación, pueden establecerse límites al poder representativo delegado; las consecuencias aquí serían las mismas examinadas sub A y CH: el negocio concluido por el administrador delegado en violación a esas limitaciones es nulo, no comprometiendo a la sociedad.

En Italia, una tesis aislada sostiene que esta hipótesis no está contemplada por el número 2384, norma que, según esta posición, se refiere únicamente a los administradores propiamente dichos, esto es, a aquellos administradores a quienes la representación de la sociedad les ha sido atribuida en el pacto social y no al administrador delegado, que ha recibido el poder representativo con la delegación⁽²²⁾. Sin embargo, la mayoría de los autores concuerda en que el caso está comprendido en la citada norma porque, entre otras razones, los administradores delegados son siempre administradores con una representación unida a su posición orgánica y sujeta a publicidad. Nótese que de aceptarse dicho criterio minoritario, sería muy fácil frustrar el fin y la *ratio* de la nueva disciplina simplemente recurriendo a una manera diferente de conferirle la representación a los administradores⁽²³⁾.

(20) Piénsese en un acto de ordinaria administración cumplido por el presidente del consejo de administración, con plena representación social, pero respecto del cual (acto) el pacto social le atribuye el (previo) poder deliberativo al órgano gestor; o bien, en un acto de extraordinaria administración cumplido por el presidente de la junta directiva (o por un consejero delegado), con plena representación social, pero respecto del cual (acto) el pacto social le atribuye el (previo) poder deliberativo al órgano gestor.

(21) Bonelli, op. cit. en nota 3, pp. 110 ss.

(22) Abbadessa, op. cit. en nota 3, pp. 146 ss., 160 ss.

(23) Bonelli, op. cit. en nota 3, pp. 113 s.; Borgioli, op. cit. en nota 3, pp. 182 ss.

E. Delegación nula o anulable

Cuando el administrador delegado ha ejecutado actos sociales con fundamento en un acto de delegación inválido, la solución no puede ser distinta en nuestro sistema societario a la que ya dimos sub B.

En Italia, de conformidad con los artículos 2377 y 2391 c.c., las causas de anulabilidad, de la delegación no son oponibles a aquellos terceros de buena fe que hubieren efectuado actos con el consejero delegado, pues, según dichas normas, "quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe en base a actos cumplidos en ejecución de la delegación".

La solución no cambia ante la nulidad de la delegación, caso al que se aplican, analógicamente, los números 2383 in fine, 2377 y 2381 c.c. Esta solución descende también del principio general de tutela de la confianza de los terceros como consecuencia de la publicidad de la delegación y de principios generales en tema de apariencia⁽²⁴⁾.

F. Administrador que ejecuta un acuerdo inválido de la junta directiva

En nuestro país, la solución es idéntica a la anterior; en Italia, también.

G. Limitaciones contenidas en el poder otorgado para la ejecución de actos específicos

Cuando el poder representativo deriva de un mandato voluntario conferido por el consejo de administración o por el administrador delegado o por el presidente o cualquier otro administrador con representación ex. art. 187, no interesa que el mandatario designado sea un administrador, un dependiente o un tercero: en todos estos casos los principios aplicables son los generales de la representación voluntaria⁽²⁵⁾; pensemos en aquel agente residente, vgr.,

(24) Abbadessa, op. cit. en nota 3, pp. 180 ss.; Bonelli, op. cit. en nota 3, p. 115; y op. cit. en nota 9, en donde se hace un amplio análisis de la representación aparente.

(25) Recordemos que el mandato representativo mercantil —así como sucede con muchos otros contratos mercantiles, como el mandato no representativo o comisión, el transporte, etc.— se encuentra regulando en nuestro Código de Comercio, no en el Libro II de las obligaciones y contratos, sino en el Libro I de Los comerciantes, más específicamente en las normas que regulan la actividad de los factores y de los dependientes.

al que voluntariamente se le ha conferido algún tipo de poder. Por eso, el apoderado nombrado, lejos de tener poderes representativos cuyo ámbito es fijado inderogablemente por la ley, ostenta sólo aquellos poderes que se derivan del mandato que le ha sido conferido, con todas las limitaciones que emergen del texto mismo del poder (y ello aun en el supuesto en que el apoderado sea un miembro del consejo de administración).

En estos casos no existe la necesidad de tutelar la confianza de los terceros de buena fe, porque ellos no se encuentran frente a un sujeto que tenga institucional y orgánicamente poderes representativos, sino ante un sujeto que deriva sus facultades representativas de un mandato, que debe exhibir y de cuyo texto emergen el ámbito y las limitaciones de los poderes a él conferidos⁽²⁶⁾.

H. Representación conjunta

Es universalmente admitido que, en caso de representación conjunta, la sociedad puede oponerle al tercero la invalidez del acto estipulado por un solo administrador, principio que encontramos en nuestro ordenamiento en el párrafo segundo del artículo 1213 del Código Civil.

Esta opinión, sobre la que concuerdan la jurisprudencia y la doctrina italianas⁽²⁷⁾, no constituye, como a primera vista parece, ni una excepción a, ni una contradicción con la inoponibilidad a terceros de buena fe de las limitaciones al poder representativo a que alude el art. 2384 del Codice Civile: dicha oponibilidad concierne el **contenido** de la representación, es decir, la **extensión** de la representación de aquellos administradores a quienes se les atribuye la representación general de la sociedad; la oponibilidad a terceros cuando actúa un solo administrador en una representación conjunta, concierne, por el contrario, a la **conformación** o **titularidad** del poder representativo⁽²⁸⁾.

Más delicado, sin duda, desde el punto de vista de la tutela al tercero de buena fe, es el problema en la hipótesis en que el pacto constitutivo prevea la firma conjunta para ciertos actos y disyunta para otros. Aquí sí parece preferible considerar que la sociedad no pueda oponerle a los terceros la conjuntividad de la actuación en un determinado caso. Ahora bien, ante el silencio de nuestra ley en cuanto al punto, no queda más que aceptar la oponibilidad.

(26) Bonelli, op. cit. en nota 3, p. 116.

(27) V. sentencias italianas citadas por Bonelli, op. cit. en nota 3, p. 117, nota 69; Abbadessa, op. cit. en nota 3, pp. 146 ss.; Ferrara JR., Francesco, "Gli imprenditori e le società", Giuffrè Editore, Milano, 1975, p. 485, nota 12.

(28) En ese sentido Abbadessa y Ferrara JR., op. loc. ult. cit.

I. *Conflicto de intereses y otras limitaciones ex lege al poder de los administradores*

En la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos se legisla sobre el conflicto de intereses en los órganos colegiados de deliberación y gestión de las sociedades anónimas. En lo que nos interesa, esta figura consiste en lo siguiente: el administrador, que en una determinada operación tenga, por cuenta propia o ajena, un interés en conflicto con el interés social, debe denunciarlo así a los restantes administradores (algunos ordenamientos exigen también la notificación al fiscal) y abstenerse de participar en aquellos acuerdos del consejo que, directa o indirectamente, tengan que ver con dicha operación. En caso de inobservancia, el administrador responde personalmente de las pérdidas que se deriven para la sociedad de la ejecución de la operación: además, el acuerdo del consejo, siempre que pueda causarle un daño a la sociedad, puede, dentro de un determinado plazo, generalmente corto, ser impugnado judicialmente —casi siempre en vía sumaria por los administradores ausentes o disidentes (y algunos legisladores legitiman también a los fiscales) siempre que, sin el voto del administrador que debía abstenerse, no se hubiere podido alcanzar la mayoría necesaria. Tenemos entonces, por un lado, una sanción directa al administrador que actúe no obstante el conflicto, consistente en el hecho de tener que asumir las pérdidas generadas por el negocio concluido, y, por el otro, la posibilidad de impugnar el acuerdo del consejo por parte de los administradores ausentes o disidentes, siempre que se den dos supuestos inderogables, que responden al principio general de la “conservación del negocio jurídico”: que el acuerdo pueda perjudicar a la sociedad y que el voto del administrador; en conflicto haya sido **esencial** para alcanzar la mayoría necesaria.

Con lo anterior se demuestra que el conflicto de intereses afecta al poder de representación orgánica del administrador; se presenta como un impedimento para el normal desarrollo de la relación representativa. Quien actúa en conflicto queda privado del ejercicio del poder representativo por incompatibilidad con el fin por el que le ha sido conferido. De ello nace un peligro de daño para el representado, a causa de este ejercicio ilegítimo, peligro que no se determina en relación con las consecuencias patrimoniales del acto por sí mismas, sino con referencia a la ilegitimidad del ejercicio del poder.

Inexplicablemente, nuestro código sólo contempló el conflicto de intereses para el fiscal o fiscales (art. 200) y no para la junta directiva, ni para la asamblea de accionistas.

Ahora bien; nótese que lo que hemos venido exponiendo alude al conflicto de intereses que se suscita, emerge o se manifiesta al momento mismo de la deliberación interna del consejo de administración, es decir, en una fase

necesariamente precedente a aquella en que el administrador con poderes representativos ejecuta el acto o estipula el contrato deliberado. Ahora nos interesa considerar el caso del administrador con poderes representativos, o del administrador delegado, que estipule, en conflicto de intereses, un negocio que no haya sido previamente deliberado por el consejo de administración, o bien, caso de existir previa deliberación del consejo, el acuerdo sea tal que no determine con precisión el contenido del negocio que debe ejecutarse⁽²⁹⁾. Desafortunadamente, nuestro ordenamiento jurídico tampoco tiene, por ninguna parte (ni en el Código de Comercio a propósito de sociedades mercantiles y de mandato representativo factor y dependientes—, ni en el Código Civil en tema de sociedades y de mandato representativo), una solución para este “tipo” de conflicto de intereses. Esta laguna es, sin duda, como la anterior, de enormes dimensiones y para solventarla, se nos ocurre preguntarnos sobre la posibilidad de aplicar, analógicamente, el art. 200 —previsto para el fiscal— al administrador que, encontrándose en conflicto, no se abstiene de actuar. La razón de semejante propuesta la encontramos en el hecho indubitable de que el conflicto de intereses no parece una figura importante a nivel de órgano contralor (y de hecho, la mayoría de las legislaciones no la contemplan) como sí lo es respecto a los restantes órganos de la sociedad anónima; así las cosas, si nuestro legislador lo previó allí donde no era necesaria a mayor razón debe aplicarse allí donde resulta ineludible. Esta solución nos lleva a concluir que no sólo el administrador quedaría obligado a resarcirle a la sociedad los daños y perjuicios ocasionados con su malhadada actitud sino, además, la sociedad podría impugnar aquellos negocios ejecutados por sus administradores en conflicto de intereses. Si así fuere, ¿en qué situación quedarían entonces los terceros de buena fe que hubieren contratado con el administrador en conflicto? Obviamente que en ausencia de una norma que los proteja, quedarían, al igual que en todas las demás hipótesis hasta aquí analizadas, en total desamparo.

De conformidad con nuestro sistema societario, entonces, todas las limitaciones a los poderes representativos de los administradores, sea que resulten de la ley, del pacto constitutivo o se establezcan en el acto de la delegación, así como las hipótesis de disociación entre el poder deliberativo y el poder representativo y también los actos ejecutados por el administrador o

(29) Si el negocio ha sido claramente definido en todos sus extremos por el acuerdo del consejo, de modo que el administrador tenga simplemente que ejecutarlo sin influir en su contenido, no puede existir un conflicto de intereses al momento de su ejecución (y de presentarse un conflicto, sería en el mismo momento de tomarse el acuerdo por el consejo), Minervini, op. cit. en nota 5, p. 174.

delegado con nombramiento o delegación inválidos, son oponibles a terceros y, en consecuencia, el acto del administrador violatorio de la limitación, etc., no obligaría a la sociedad⁽³⁰⁾.

Este mismo principio rige también para aquellas limitaciones que resulten de la ley, pero referidas al "poder deliberativo" del administrador: estamos pensando, por ejemplo, en el inciso b) del art. 191, según el cual la renuncia a la acción social de responsabilidad contra uno, varios o todos los administradores debe ser acordada por la asamblea de socios; así las cosas, en el supuesto de que la renuncia sea efectuada por un administrador con poder representativo, pero sin previo acuerdo de la asamblea, la sociedad puede oponer al tercero la nulidad de esa renuncia y no quedaría comprometida.

Un análisis especial amerita la hipótesis del administrador que efectúa nuevas operaciones (no dirigidas, directa ni indirectamente a la liquidación) después de haberse producido la disolución de la sociedad (art. 208). Como es bien sabido, la disolución de la sociedad limita automáticamente la responsabilidad de los administradores, al verse restringida la propia personalidad jurídica de la sociedad, que sólo puede realizar válidamente actos tendientes a su propia liquidación (art. 209)⁽³¹⁾. Siendo ésta una limitación que se deriva de la ley, en estricto rigor normativo, la sociedad puede oponerle a los terceros dichas limitaciones al poder del administrador y, por lo tanto, negarse a responder de esas operaciones. Pero en la práctica es muy raro que la sociedad se niegue a responder: las causas legales de disolución (art. 201) —con excepción del vencimiento del plazo social, por obvias razones— están sujetas a publicación en el periódico oficial (art. 207) y a inscripción en el Registro Mercantil (art. 206 in fine); de modo que hasta que no se haya cumplido con la publicidad prescrita, en virtud de normas generales de publicidad registral, son inoponibles a terceros (salvo, claro está, el vencimiento del plazo social)⁽³²⁾.

(30) Recordemos que en Italia esta regla sólo es aplicable respecto a las limitaciones al poder representativo (y también al poder deliberativo) que tienen su fundamento en la ley.

(31) Porzio, Mario, "*L'estinzione della società per azioni*", Morano Editore, Napoli, 1959, p. 31 s. En esencia lo que aquí sucede es que la disolución de la sociedad origina una incapacidad o carencia de legitimación de la sociedad al cumplimiento de operaciones que nada tengan que ver, directa ni indirectamente, con su liquidación, como consecuencia de una mutación en el objeto social que se proyecta al poder representativo de los administradores.

(32) Esto sucede normalmente en la hipótesis contemplada bajo el inciso c) del número 201, pues la sociedad, generalmente, continúa su actividad y efectúa nuevas operaciones sin que se cumplan las anunciadas formas de publicidad.

J. Acto extraño al objeto social

Con anterioridad a la década de los setentas, en Italia surgió un enconado debate doctrinal tendiente a determinar la suerte de los actos extraños al objeto social. Era muy controvertido si ellos eran válidos y eficaces para la sociedad, salvo la responsabilidad interna de los administradores, o si debían considerarse nulos o, según otros, simplemente ineficaces⁽³³⁾. Es obvio que, dada la naturaleza de este trabajo, no vamos aquí a desviar la atención del paciente lector hacia un tema tan importante del derecho societario, pero al mismo tiempo, tan diferente al que nos ocupa, tema que sin duda merece a un tratamiento monográfico específico. Consideramos así suficientes las breves acotaciones que, sobre este tópico, hicimos sub. 11.

Sin embargo, nos parece necesario informar que dicha situación de incertidumbre fue resuelta por los italianos mediante el artículo 2384 bis c.c., introducido por el repetido d.p.r. #1127 de 1969, norma que debe interpretarse en el sentido de que frente a terceros de buena fe resultan válidos y obligatorios para la sociedad aquellos actos ejecutados por los administradores que trasciendan el objeto social, pero, en las relaciones internas, entre la sociedad y los administradores, la ejecución de esos actos resulta sin duda relevante como justa causa de revocación del nombramiento o como fundamento de una acción social o individual de responsabilidad (ex. arts. 189 ss.).

15. Representación procesal y legitimación para actuar⁽³⁴⁾

La norma que regula la representación ad procesum de la sociedad anónima es el artículo 102 del Código Procesal Civil, según el cual "...Las personas jurídicas actuarán por medio de sus representantes de conformidad con la ley, sus estatutos o la escritura social".

(33) Véanse los trabajos citados supra en la nota 8.

(34) Antes de entrar a analizar el fondo de este asunto, nos parece conveniente aclarar ciertos conceptos: son **parte** en un proceso, las personas físicas o jurídicas cuyo patrimonio o situación jurídica resultan alteradas por la sentencia, esto es, todos aquellos sujetos que puedan ser actores, demandados o terceros advenidos a la controversia. Son **capaces** para el proceso, las personas físicas o jurídicas en la plenitud del ejercicio de sus derechos; y por las personas jurídicas, actuarán las personas físicas a quienes la ley o sus estatutos encomiendan la representación procesal. Tiene **legitimación procesal** la parte que, de manera indiciaria, demuestre su interés en la contienda. Por último, la

En relación a la **representación procesal activa**, pueden presentarse, de conformidad con el texto transcrito, algunos casos problemáticos:

A. El estatuto prevee que la representación procesal se ejerza previo acuerdo del consejo. En este caso se verifica –a nivel de actividad procesal– una disociación entre el poder de representación procesal (que por ley corresponde al presidente –art. 182– y el poder deliberativo o de gestión (que, por estatuto, corresponde al órgano gestor). Aquí en nuestro país, la sociedad puede oponerle esa limitación a los terceros y, por ende, no quedar obligada procesalmente. Nótese, que al igual que apuntamos sub 14-CH, aquí tampoco los terceros pueden saber si hubo o no un previo acuerdo de la junta directiva que decidiera sobre la ejecución de acciones o actos procesales, cosa que sólo sería factible si fueran socios y procedieran de conformidad con los artículos 26 y 265.

Al no haber en Costa Rica normas que protejan la buena fe de los terceros, permitiéndose que la sociedad pueda oponerle la disociación entre el poder de representación procesal y el poder de gestión, la junta directiva podría intencional y malhadadamente evitar deliberar la actividad procesal o las acciones procesales que intenta plantear, reservándose la posibilidad de oponer la excepción de falta de representación de su presidente (ex art. 298, inciso b del Código Procesal Civil), en caso de prever un resultado negativo de la litis, o de no oponerla, en caso de resultar victoriosa y proceder luego a ratificar lo procesalmente actuado por su personero, evitando así cualquier vicio de invalidez del proceso.

B. El presidente con representación procesal tiene limitaciones a ese poder en el mismo pacto constitutivo; o bien su nombramiento es inválido; o bien es inválido el acuerdo del consejo de administración mediante el cual se le autoriza incoar una

legitimación ad causam es la facultad en virtud de la cual una acción y un derecho pueden y deben ser ejercitados por (activa) o contra una persona (pasiva) y de llevar, gestionar o conducir el proceso, para obtener una sentencia. De lo anterior se desprende que la **legitimación** es la **idoneidad** de una persona para actuar en un juicio inferida, no de sus cualidades personales, sino de su posición respecto al litigio.

determinada acción, etc. Todas estas circunstancias serían oponibles en Costa Rica por la sociedad a los terceros, quedando aquella completamente liberada.

C. Si el pacto constitutivo nada prevee sobre la representación procesal, quien estuviera provisto de la representación sustancial, lo está también de la *procesal*. Este principio no es discutido por los autores⁽³⁵⁾; además, sería muy simpático que el presidente, quien tiene el poder de efectuar, por ejemplo, una venta, no tuviera el poder de actuar en juicio si el comprador no pagare el precio. Un seguro argumento en pro de esta conclusión es la circunstancia de que si el presidente, de conformidad con el art. 187, tiene la potestad de conferir, a quien quiera, poderes o mandatos procesales, es evidente que él mismo está dotado de ese poder representativo procesal que puede otorgar. De todas maneras, esta hipótesis no es posible en Costa Rica, pues el art. 182 le confiere al presidente del consejo de administración la **representación judicial** y extra-judicial de la sociedad, “así como a los consejeros que se determinen en la escritura social, quienes tendrán las facultades que allí se les asignen”.

CH. El pacto constitutivo establece que la representación procesal de la sociedad le corresponde, por ejemplo, al secretario del consejo de administración. En este caso estamos ante una representación procesal concurrente y disyuntiva, tanto del presidente de la junta directiva, a quien por ley le corresponde, cuanto del secretario, a quien toca por norma estatutaria.

D. Un problema muy interesante, que ha dado origen en Italia a muy complejas decisiones judiciales, es el de la representación (activa y pasiva) procesal de la sociedad cuando se encuentre en **conflicto de intereses** con el administrador que debe representarla en juicio⁽³⁶⁾. Sobre el particular, el artículo 78 del Código Procesal Civil italiano establece que se debe proceder al nombramiento de un curador especial. Nuestro Código Procesal

(35) Abbadessa, op. cit. en nota 3, nota 151.

(36) El nombramiento de un curador especial (procesal) es indispensable, por ejemplo, cuando sea el administrador mismo quien solicite la nulidad o anulabilidad de un acuerdo de asamblea.

Civil no contiene una norma como el citado número 78; sin embargo, el artículo 260 dice que:

“en los casos en que los padres del menor sujeto a la patria potestad, o su tutor, si estuviere sujeto a tutela, no pudieran representarlo por estar en **opuesto interés**, se procederá a nombrarle un curador procesal si así lo solicitare.

Lo mismo se hará... con el inhábil si...se hallare en **opuesto interés** con éste (el curador)...” (lo encerrado entre paréntesis, así como lo destacado en negrilla, es nuestro).

En nuestra opinión la norma procesal apenas transcrita puede aplicarse perfectamente al supuesto sub examine, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 ejusdem.

Así las cosas, del susodicho número 260 pueden desumirse, sustancialmente, los siguientes principios: a) el conflicto de intereses priva al padre, tutor o curador (o administrador) de la legitimación para representar en juicio al(a) menor o inhábil (o sociedad)⁽³⁷⁾; b) este(a) último(a) puede ser notificado(a) válidamente en la persona de su representante legal (padre, tutor, curador, administrador o agente residente), porque el conflicto de intereses es normalmente irrelevante en esta fase, manifestándose de manera real y actual sólo con la constitución en juicio del(a) menor o inhábil (o sociedad) demandado(a). Así las cosas, antes de contestar la acción, el representante del menor o inhábil demandado puede solicitar del juez el nombramiento del curador procesal ex. art. 260, pero en el caso de la sociedad, ésta podrá proceder a nombrar un representante especial (que bien puede ser su agente residente), evitando así el surgimiento del conflicto de intereses en el proceso; c) a nuestro criterio, el menor o inhábil (o la sociedad) no podrían ser válidamente notificados en la persona de su representante legal (padre, tutor, curador o administrador o agente residente), si éste es demandado también en nombre propio en el

(37) Este principio descende de nuestro ordenamiento también del artículo 192: cuando la sociedad haya decidido, en asamblea general de socios, ejercer judicialmente contra sus administradores la acción social de responsabilidad, la misma asamblea que acordó el ejercicio de esa acción **deberá designar a la persona que haya de ejecutarla procesalmente**, evidentemente por haber un conflicto de intereses

mismo juicio, como titular de una posición incompatible con la defensa de su representado(a). En este caso, los accionantes deberán acudir al juez pidiendo el nombramiento del curador procesal ex. art. 260; ch) el menor o inhábil (o la sociedad), por su parte, no podrá constituirse en juicio en la persona de su representante (padre, tutor, curador o administrador) en conflicto de intereses, porque de esta manera haría real y actual dicho conflicto; el representante del incapaz deberá, por lo tanto, solicitar al juez que proceda a nombrar el curador procesal ex. art. 260; la sociedad, por su parte, deberá proceder a nombrar un representante especial.

Bajo el imperio del derogado Código de Procedimientos Civiles, la Sala Primera de la Corte (sent. # 34, 9:10 hrs. del 29 de enero de 1980, en Revista Judicial # 22, parágrafo 718) dijo que si se elige un representante para atender una demanda contra una sociedad, él puede atender otro juicio, máxime si es del mismo actor, aunque sea en juzgados diferentes.

En relación a la **representación procesal pasiva**, el artículo 184 del Código Procesal Civil establece que “las personas jurídicas serán notificadas por medio de notificación personal a su representante. De no ser posible, serán notificadas por medio de cédula en el lugar donde está situada su dirección o administración; también donde se encuentre su sucursal o agencia, pero en este caso sólo respecto a obligaciones ejecutadas o celebradas por medio de la sucursal o agencia”. Esta norma resulta complementada, en alguna medida, y limitadamente a las sociedades mercantiles, por la figura del agente residente, a quien el inciso 13 del artículo 18 le confiere facultades suficientes para **atender** (en el sentido de recibir) notificaciones judiciales y administrativas a nombre de la sociedad.

En caso de representación conjunta, los tribunales italianos han venido interpretando que es válida la notificación que se haga a uno solo de los personeros, porque precisamente la conjuntividad en la representación es una limitación que se establece únicamente para actuar, esto es, para hechos activos y no para hechos pasivos, como es una citación o notificación. Hasta donde tenemos conocimiento, semejante tesis, del más puro linaje jurídico, no ha sido acogida por nuestros jueces y lo más que se ha llegado a admitir ha sido la validez de una notificación efectuada a uno solo de los personeros de una sociedad quienes, según los estatutos, si actuaban conjuntamente, tenían facultades de apoderados generalísimos sin límite de suma, y si actuaban separadamente, lo hacían con facultades de apoderados generales (Tribunal Superior

Primero Civil, # 812; 9:30 hrs. del 25 de mayo de 1986, en Revista Judicial # 47, par. 727). Claro que estos problemas resultan hoy superados con la figura del agente residente.

Sólo la sociedad está **legitimada** para hacer valer la falta o el exceso de poder de su propio administrador, pues la normas relativas se han dictado con el fin de tutelar a los socios y a la sociedad misma. Pero, si la carencia de poder se refiere a un acto procesal, y está relacionada a la regular constitución de la litis, no estamos ya ante materia dejada al arbitrio de las partes, y la legitimación para oponerla corresponde también al tercero, e incluso puede el juez declararla de oficio (doctrina del art. 299 c.p.c.).

16. Ratificación

El acto cumplido por el administrador en todos los supuestos hasta aquí analizados, puede ser ratificado por la sociedad. La ratificación por parte de la sociedad de las actuaciones ilícitas de sus administradores, tiene concreta relevancia **en las relaciones externas** en todos aquellos casos en que la sociedad puede oponerle al tercero la carencia de facultades de sus administradores; y **en las relaciones internas**, sirve para excluir la responsabilidad del administrador y las demás consecuencias que pudieren derivarse de haber actuado éste sin facultades legales para hacerlo (como la causa justa de revocación de su nombramiento, por ejemplo).

La ratificación puede ser expresa o tácita; también el silencio, mantenido en caso de conocimiento de abuso de poder por parte del representante, puede determinar una ratificación. Ella puede referirse también a actos procesales.

Por último, nos parecen aplicables a esta materia los principios generales en tema de "contemplatio domini ex rebus o ex facti", en todos aquellos casos en que el administrador cumpla un acto que está comprendido en el objeto social, sin indicar que actúa en nombre de la sociedad⁽³⁸⁾: nótese que las sociedades desarrollan su actividad necesariamente a través de personas físicas, de modo que cuando estas últimas efectúan actos comprendidos en la actividad normal de ente, sin indicar expresamente que lo hacen en su representación, existe cuando menos una presunción de que el acto ha sido cumplido en el ámbito de la actividad desarrollada por la sociedad, con efectos directos sobre su esfera jurídica.

(38) Sobre el particular puede consultarse el trabajo de DIEZ-PICAZO, Luis, "Notas sobre la actuación representativa", en Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garríquez, II, Edit. Tecnos S. A., Madrid, 1971, pp. 188 ss.

POSIBILIDAD Y ESENCIA DEL DERECHO NATURAL EN HELMUT COING

Prof. Luis Alberto Varela Quirós
 Profesor Asociado de Derecho Internacional Público
 Facultad de Derecho—Universidad de Costa Rica