

LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA

I

COMPOSICION Y FUNCIONAMIENTO DEL ORGANO GESTOR

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

INSTITUTO VENEZOLANO DE DERECHO

## SUMARIO

### Introducción

1. La relación administradores–asamblea.
  - A. La administración de la sociedad, ¿es competencia exclusiva de los administradores?
  - B. Las directrices de la asamblea de accionistas en materia de gestión no son vinculantes para los administradores.
  - C. Relevancia de los acuerdos de asamblea en materia de administración.
2. Administrador único y consejo de administración o junta directiva. El principio de “colegiatura” y los poderes “individuales” de los miembros del consejo.
3. Impugnación de acuerdos del consejo de administración.
4. La delegación de funciones del consejo de administración y de quienes ejercen la representación social.

## INTRODUCCION

La función administrativa en cuanto tal, es esencial en la vida de una sociedad; sin embargo, no se puede decir lo mismo, bajo el ámbito de la lógica, del órgano administrativo, es decir, de aquel órgano cuya competencia específica es, precisamente, administrar la sociedad: y en realidad de verdad, la función administrativa podría atribuírsele íntegramente a la asamblea de socios o a cada uno de ellos aisladamente, sin necesidad de recurrir a la creación de un órgano específico, pues, desde el punto de vista estrictamente teórico, ninguna dificultad impediría semejante solución.

Pero la cada vez más compleja organización de las sociedades, y, por ende, evidentes razones de oportunidad práctica, llevaron al hombre, desde hace tiempo —el mérito se le atribuye a los holandeses—, a efectuar una más neta distinción entre asamblea de socios y *gubernatores* y, por lo tanto, a la atribución —con carácter exclusivo— de las funciones administrativas a un restringido grupo de sujetos, según un proceso histórico en constante desarrollo que ve crecer con ímpetu las funciones y los poderes de los administradores, fenómeno correspondiente a aquel siempre más evidente de la separación entre el riesgo y el control de la riqueza.<sup>(1)</sup>

Y en verdad, la gestión de la sociedad, especialmente cuando la empresa es de notables dimensiones, debe serle confiada a sujetos con particular experiencia y ser ejercida según criterios de celeridad, elasticidad y tecnicismo, lo que mal se concilia con la atribución de esa actividad a la colectividad de los socios, frecuentemente muy numerosos, ayunos de los conocimientos necesarios y que casi siempre operan en base a normas que necesitan un notable período de tiempo antes de que se logre cualquier acuerdo.

Por eso, en la vida de las sociedades podemos individualizar funciones deliberativas, de particular importancia, asignadas a la

(1) Sobre la evolución del concepto de propiedad operada por la sociedad anónima, ver Certad M., Gastón, *La influencia de la sociedad anónima en la evolución del derecho de propiedad*, y Gómez R., Carlos-Gutiérrez C., Alfonso, *Un nuevo concepto de propiedad en el derecho societario*, ambos en “La propiedad. Ensayos”, Ed. Juricentro, San José, Costa Rica, 1983, pp. 505–522 y 421–433, respectivamente.

competencia colectiva de los socios (tales como las modificaciones al pacto constitutivo, la aprobación del balance, la distribución de las utilidades y de las pérdidas, el nombramiento de los administradores y fiscales, etc.), que se distinguen netamente de la función de gestión o administración de la sociedad en sentido propio, dirigida a la consecución y logro del objeto social.

Esta distinción apenas efectuada entre función deliberativa y función administrativa, no está siempre claramente delineada en el derecho positivo, ni exige siempre la constitución de órganos distintos en el ámbito de la sociedad.

La función administrativa constituye siempre, para quien la ostente, socio o tercero, un deber conexo al ejercicio de aquellos especiales poderes propios de toda actividad jurídica idónea a determinar efectos en una esfera de intereses distinta, total o parcialmente, a la del sujeto agente.

En lo tocante a estas relaciones entre los administradores y la sociedad, se discute si a los primeros corresponde la condición de órganos, o bien la de mandatarios de la sociedad. Se ha dudado últimamente que los administradores sean mandatarios sociales sobre todo con fundamento en dos razones: en las sociedades de personas, caso de que los administradores sean socios (y especialmente, socios nombrados en el pacto constitutivo); y en las sociedades de capital, en las cuales parece que el calificativo de mandatarios resulta absorbido por la noción de órganos del ente.

La verdad es que hoy, la teoría orgánica prevalece tanto en la doctrina como en la jurisprudencia; y aun aquellos que de ella discienden, no siempre recurren a la figura del mandatario, sino que prefieren más bien considerar a los administradores como figuras autónomas e independientes. Ahora bien; dentro de los seguidores de la teoría del órgano, hay quienes sostienen que la relación administradores-sociedad no es de naturaleza estrictamente contractual, pues tiene origen en un acto unilateral de preposición.

La principal consecuencia de la adopción de una u otra de las teorías suscitadas se da en materia de responsabilidad extra-contractual de la sociedad: quienes atribuyen a los administradores la naturaleza de órgano, sostienen que la responsabilidad de la sociedad por actos ilícitos de sus administradores es directa, mientras que, en estricto rigor, la responsabilidad de la sociedad por los actos efectuados por sus mandatarios debería ser tan solo indirecta.

Otro problema de carácter general frecuentemente debatido es si existe o no una relación de subordinación de los administradores ante la asamblea, problema que, como se verá, nos parece que debe resolverse en sentido negativo (salvo, naturalmente, el poder de la asamblea de socios de revocar sus nombramientos, o de limitar sus poderes, eventualmente mediante una modificación al pacto constitutivo).

La función administrativa en sentido lato ha sido distinguida en deliberativa, ejecutiva y representativa: la primera comprende el poder, dentro de ciertos límites discrecionales, de decidir sobre el cumplimiento de los negocios sociales; la segunda, está dirigida a ejecutar las decisiones de los socios en asamblea y de los propios administradores en el consejo; y la tercera, está destinada a realizar, frente a terceros, actos estipulados a nombre y por cuenta de la sociedad, y como tales, directamente productores de efectos que inciden en su esfera jurídica y patrimonial.

#### 1. *La relación administradores-sociedad.*

##### A. *La administración de la sociedad, ¿es competencia exclusiva de los administradores?*

Los administradores son el órgano al que, institucional y legalmente, compete la administración de la sociedad; con dicho objetivo, se les atribuyen los siguientes poderes:

- a) De decisión y de representación, cuyo ámbito exacto examinaremos más adelante;
- b) De iniciativa, correspondiéndoles las convocatorias de las asambleas de accionistas cuando en el pacto constitutivo no se hubiere designado otro órgano o funcionario social (art. 158, párrafo primero del Código de Comercio)<sup>(2) (3)</sup> y en las hipótesis contempladas en los artículos 159 y 160; la correlativa determinación del orden del día (art. 163 in fine); y, además, la redacción del proyecto de balance que

(2) Somos de la opinión, frente a lo dispuesto por esta norma, que la circunstancia de que el pacto social no indique el órgano o funcionario encargado de convocar a los socios es suficiente, registralmente hablando, para no autorizar la inscripción de la sociedad; cosa distinta sucede si lo que se omite en el pacto es la forma de la convocatoria, porque aquí la ley sí supe el silencio de los socios ("por aviso publicado en La Gaceta"). Ahora bien; caso de que se inscribiera una compañía con la primera omisión apuntada, lo lógico y lícito es que la convocatoria a los socios corresponda al órgano gestor, a la junta directiva, pues se trata de una función típicamente administrativa.

(3) De ahora en adelante, cuando citemos un artículo sin indicar el Código de procedencia, se entenderá que pertenece al Código de Comercio.

- deben someter a la aprobación de la asamblea de socios (art. 155, inc. a); y
- c) De ejecución, pues deben ejecutar los acuerdos de las asambleas de socios.<sup>(4)</sup>

Nos parece necesario detenernos sobre esta última afirmación. Muy generalizada entre nuestros operadores del derecho es la tesis de que la asamblea de accionistas es un órgano *todopoderoso y omnímodo*; tal vez esta errónea conclusión se origine en la supremacía de este órgano pregonada (pero malinterpretada) por el párrafo primero del artículo 152; pero decir que la asamblea es “el órgano supremo” no significa, ni puede significar, que ella pueda tomar cualquier tipo de acuerdo, aun irrespetando el principio de las competencias de los órganos sociales. No hay duda que, de un ligero examen del código se desprende que nuestra sociedad anónima está compuesta por órganos (la asamblea de accionistas en la Sección V; la junta directiva en la en la Sección IV; y el fiscal o fiscales en la Sección VII, todas del Capítulo VII del Título I del Libro I), los cuales no otra cosa son que esferas de competencia y, en ese sentido, todo órgano es soberano *en materias de su competencia*. Es importante también recordar que el sistema de la sociedad anónima en el Código está estructurado confiriéndole determinadas facultades ex lege al órgano gestor, otras distintas, también ex lege, al órgano contralor y estableciendo, para el órgano deliberativo, una *competencia residual*, de donde, todas aquellas materias o asuntos que la ley o la escritura social<sup>(5)</sup> no hayan atribuido a los otros dos órganos, son competencia de la asamblea de accionistas (art. 152 in fine). Desde este punto de vista y en estricto respeto a este principio inderogable, a un órgano

(4) En este sentido, Bonelli, Franco, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Ed., Milano, 1985, p. 2; Ferri, Giuseppe, *Le società*, en “Trattato di Diritto Civile italiano”, dirigido por Giorgio Vassalli, UTET, Torino, 1971, . 509; Galgano, Francesco, *Diritto Commerciale. II. Le società*, Zanichelli Ed., Bologna, 1984, p. 320, nota 1 e infra notas 7 y 23; en el derecho español, muy genéricamente; Garríguez, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa S. A., México, 1977, p. 496 s. Esta facultad se desprende, implícitamente, de cuanto establece el artículo 157.

(5) No somos partidarios de la tesis del legislador del '64 de dejar “en manos de los socios” la distribución de los asuntos que competen o puedan competir a los distintos órganos sociales. Por razones lógicas y de orden consideramos ésta una labor propia y exclusiva del legislador, quien debe velar, a través de las normas jurídicas, por el buen comportamiento y desempeño de la sociedad a través de sus órganos.

le está vedado inmiscuirse en asuntos o materias propias de otro órgano, salvo que la propia ley o la escritura social lo faculte. Hecha esta aclaración, debemos decir que la doctrina no sólo somete a duda que los administradores estén obligados a ejecutar acuerdos de asamblea en tema de gestión, sino que, más generalmente, ha dudado que la asamblea tenga cualquier tipo de competencia administrativa:<sup>(6)</sup> semejante competencia, se ha dicho, contrasta con la autonomía que la ley reconoce a los administradores, y terminaría con irresponsabilizar la gestión de las sociedades (no olvidemos que la asamblea de socios es un órgano irresponsable, de modo que, en caso de decisiones que puedan exponer a los administradores a algún tipo de responsabilidad civil —social o individual—, bastaría, para excluirla, hacer que la asamblea tome el acuerdo respectivo).<sup>(7)</sup>

La tesis, en los términos absolutos en que está planteada, no puede ser acogida. Para nosotros es indudable que la asamblea de accionistas tiene competencia en materia de administración. Veamos:

- a) Preliminarmente debemos hacer notar que —aunque si bien esto sucede fuera de la *oficialidad* de la asamblea—, en el seno de la sociedad frecuentemente se instauran relaciones, más o menos estrechas, entre socios y administradores, y más propiamente entre los socios titulares del capital que gobierna y los administradores.<sup>(8)</sup> Claro que esto es aún mucho más frecuente y evidente en las llamadas

(6) Entre las contribuciones más importantes a tan debatido tema, podemos señalar las de Abbadessa, Pietro, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. profili organizzativi*, Giuffrè Ed., Milano, 1975, pp. 45-70 y 80-90; Cagnasso, Oreste, *Gli organi delegati nelle società per azioni*, UTET, Torino, 1976, pp. 125-132 y 170-177; Calandra Buonauro, *Gestione della impresa e competenza dell'assemblea nella società per azioni*, Modena, 1984. En general, sobre la importancia que ha venido adquiriendo el órgano gestor dentro de la sociedad anónima y la llamada “revolución gerencial”, no deben dejar de consultarse los trabajos de Mason, Edward S., *La sociedad anónima en la sociedad moderna. Introducción* y de Rostow, Eugene V., *¿Ante quiénes y con qué fines son responsables las gerencias de las sociedades anónimas?*, ambos en *La sociedad anónima en la sociedad moderna*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, pp. 16-40 y 69-105, respectivamente.

(7) Weigman, Renato, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, UTET, Torino, 1974, pp. 214 ss.

(8) En el ámbito de tales relaciones confidenciales, los socios pueden hacerle a los administradores indicaciones o sugerencias y darles hasta verdaderas y propias directrices o instrucciones de gestión.

sociedades anónimas a estructura familiar o cerradas, que constituyen, hasta ahora, el prototipo de la sociedad anónima costarricense.<sup>(9)</sup>

- b) Además, verdaderos vínculos jurídicos pueden derivarse para los administradores de una delimitación del objeto social; sin embargo, los socios, aun cuando estén facultados para limitar el objeto social, no pueden llegar a imponerle a los administradores actos específicos de gestión; de donde la escogencia de actos de gestión idóneos al logro del objeto social (por más limitado que éste sea), no puede ser predeterminada en una cláusula del pacto constitutivo, y el acto o actos administrativos señalados permanecerán siempre de exclusiva competencia de los administradores.
- c) En determinados supuestos, excepcional y específicamente señalados por la ley, la asamblea está investida de la competencia de deliberar sobre determinados actos de administración; piénsese, vgr., en la proposición y renuncia (y, analógicamente, en el desistimiento y en la transacción) de la acción social de responsabilidad contra sus administradores (arts. 191 inc. b y 192); en la solicitud de quiebra de la propia sociedad (art. 855); no sin excluir algunas otras decisiones muy relevantes en torno a la gestión financiera de la sociedad, tales como la aprobación o improbación del informe sobre los resultados del ejercicio anual que presenten los administradores (art. 155 inc. a); el destino que deba dársele a los dividendos —y a las pérdidas— (art. 155 inc. b); la emisión de obligaciones (arts. 156 inc. b y 155 de la Ley Reguladora); el aumento y la disminución del capital social (art. 156 inc. a); y la fusión con otra u otras sociedades (art. 221).
- ch) Una competencia de la asamblea en materia de administración está prevista, sobre todo, en el inciso d) del artículo 155, según el cual la asamblea general ordinaria podrá ocuparse de “los demás (asuntos) de carácter ordinario que determine la escritura social”.<sup>(10)</sup>

(9) Ahora, la Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio N° 7201 del 10 de octubre de 1990 (en adelante la “Ley Reguladora”) ha venido a crear, en su capítulo VIII, las denominadas sociedades anónimas de capital abierto, que se rigen por la normativa allí expuesta y, supletoriamente, por las normas de las sociedades anónimas del Código del '64 las que, por exclusión, deben ser consideradas como sociedades anónimas de capital cerrado, esto es, de estructura familiar.

(10) En las sociedades anónimas de pequeñas dimensiones es frecuente que sus pactos constitutivos reserven a la asamblea determinadas decisiones, generalmente relativas a la llamada “extraordinaria administración”, con el fin de permitirle a los socios ejercer un control sobre los más importantes actos de gestión.

Más adelante veremos si los acuerdos tomados por la asamblea sobre actos de gestión específicos son o no vinculantes para los administradores. Por el momento sólo nos interesa resaltar que reconocer la existencia de una competencia de la asamblea en materia de administración, no afecta la afirmación de que la ejecución de sus decisiones sobre gestión le corresponde, inderogable y exclusivamente, a los administradores.<sup>(11)</sup>

Se reintroduce de esta manera, en el momento ejecutivo de los acuerdos de las asambleas, el control y la apreciación de los administradores, esto es, del órgano responsable. Según algunos, por el contrario, no sólo la ejecución, sino también la iniciativa —o poder propulsor— de los acuerdos de asamblea, sería competencia exclusiva de los administradores, porque es a ellos a quienes corresponde llevar los asuntos a conocimiento de la asamblea, en la medida en que a ellos toca —como órgano o en forma individual—, generalmente, convocar la asamblea y establecer el orden del día.

En conclusión: si bien ciertas decisiones relativas a la administración de la sociedad, como hemos visto, pueden ser tomadas por la asamblea de accionistas, la ejecución (y, además, la iniciativa) de cada uno de los específicos actos de gestión corresponde siempre y exclusivamente a los administradores. En este sentido podemos afirmar que a los administradores, y sólo a ellos, corresponde la *exclusiva e inderogable competencia de administrar la sociedad*, principio que se desprende, con meridiana claridad, del artículo 181; esto en armonía con la evolución doctrinaria —y en algunos países, como en Italia, hasta legislativa—, que ha visto a los administradores transformarse de simples “mandatarios” de los socios en verdaderos “órganos” de la sociedad, cuyos poderes se derivan directamente de la ley, en primer término (art. 181), y de la escritura social in fine (art. 152 párrafo segundo).<sup>(12)</sup>

(11) Abbadessa (op. cit. en nota 6, pp. 63 ss, nota 3) distingue netamente entre actividad decisoria y actividad ejecutiva, indicando que sólo respecto a esta última existe una competencia inderogable (y exclusiva) de los administradores. En igual sentido Weigmann, op. cit., en nota 7, pp. 71 ss., nota 3; véase también Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pp. 242 s.

(12) Esta última afirmación nos conduce necesariamente a considerar a los administradores, ya no obligados, sino libres de ejecutar o no los acuerdos que la asamblea haya tomado en tema de administración

B. *Las directrices de la asamblea en materia de gestión no son vinculantes para los administradores*

Nos corresponde ahora delimitar cuál es, en concreto, la posición que deben asumir los administradores cuando la asamblea de socios —de conformidad con el inciso d) del artículo 155— tome acuerdos en relación a uno o más actos de gestión:

- a) Evidentemente ningún problema surge cuando, ante un acuerdo válido del que no pueda derivarse ningún daño para la sociedad, los administradores, condivdiéndolo, lo ejecuten.
- b) Tampoco surgen problemas cuando, ante determinado acuerdo, los administradores se hallan en conflicto de intereses con la sociedad,<sup>(13)</sup> pues en este caso ellos dejan de ser, automáticamente, los necesarios ejecutores del acuerdo. El ejemplo más claro y frecuente es el del acuerdo sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra todos, algunos o algún administrador, pues aunque el administrador o administradores endilgados no hayan sido revocados, no pudiendo él o ellos actuar contra sí mismo(s) en representación de la sociedad, la acción debe ser ejercida, de conformidad con la ley, por la persona designada al efecto por la misma asamblea (art. 192).<sup>(14)</sup>
- (c) Muy delicado es, por el contrario, el caso en que los administradores, estando de acuerdo con una decisión de la asamblea, o simplemente estando conformes en ejecutarla, de ella se derive (o pueda derivarse

(13) Inexplicablemente nuestro Código no contempla (ni la Ley Reguladora tampoco) esta figura al interno del órgano deliberativo, ni del órgano gestor, aunque sí lo hace en relación al órgano contralor (art. 200), que es tal vez en donde es menos relevante.

En general se presenta este instituto cuando un socio, un administrador (o el fiscal) se hallan, frente a un determinado acuerdo de asamblea o del propio consejo, o frente a un determinado negocio social, por cuenta propia o ajena, en conflicto con el interés de la sociedad.

(14) Ferri, *op. cit.* en nota 4, p. 528, nota 1; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 320, nota 1. En caso de que la asamblea haya acordado la perfección de un contrato con respecto al cual los administradores con representación estén en conflicto con el interés social, a la asamblea no le queda otra vía que designar uno o más ejecutores especiales de dicho acuerdo, a tenor del artículo 157, norma que, como se verá más adelante (nota 24), es únicamente en estos casos que se aplica.

un daño para la sociedad (como, por ej., un acuerdo que favorece al socio mayoritario o a un socio o varios pertenecientes al “grupo de control”). En esta hipótesis, si los administradores ejecutaran el acuerdo, no serían responsables ante la propia sociedad (porque la voluntad de los socios expresada en asamblea los exonera de toda responsabilidad, de conformidad con el inciso c) del artículo 191), pero sí responden penal —si su conducta calificara como delictiva— y civilmente, frente a los acreedores sociales, los socios individualmente considerados o terceros (artículo 1045 del Código Civil).<sup>(15)</sup>

- ch) Aún más delicado es el caso en que los administradores no quieren ejecutar las instrucciones o acuerdos de la asamblea en materia de gestión, bien porque consideren que el acuerdo está viciado de invalidez, o porque, al estar en conflicto con el interés social, temen resultar responsables en la medida en que lo ejecuten, o simplemente porque no conviden, en el mérito, la operación deliberada por la asamblea. La opinión que aquí prevalece en doctrina es contraria a las dos posibles soluciones extremas: por una parte, se excluye que los administradores estén obligados a ejecutar las instrucciones o acuerdos de la asamblea en materia administrativa, en cuanto ellos no pueden estar constreñidos a ejecutar acuerdos no queridos o no convididos y, contemporáneamente, resultar responsables por haberlos ejecutado;<sup>(16)</sup> por otra parte, se excluye también que los administradores estén, en todo caso, liberados de no aplicar discrecionalmente los acuerdos de la asamblea en materia de administración.<sup>(17)</sup>

Desechadas las dos posiciones radicales suscintamente expuestas, la orientación prevaleciente considera que la posibilidad (se trataría, más bien, de una obligación) de desaplicar los acuerdos de asamblea en tema de gestión por parte de los administradores, sólo se daría en los casos en que tales acuerdos sean nulos,<sup>(18)</sup> o bien cuando, al momento de la ejecución,

(15) Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 7.

(16) Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, p. 63, nota 3; Weigmann, *op. cit.* en nota 7, p. 71, nota 3.

(17) Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, p. 61 ss.

(18) Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, pp. 80-90; Minervini, Gustavo, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Ed., Milano, 1956, pp. 186 ss.

hubieren sobrevenido nuevas circunstancias que la desaconsejen,<sup>(19)</sup> o cuando la asamblea hubiere deliberado sin conocer toda la información necesaria,<sup>(20)</sup> o cuando la ejecución del acuerdo pueda exponer a los administradores a algún tipo de responsabilidad.<sup>(21)</sup>

Pero la verdad es que esta posición no nos parece convincente. Ella, permitiéndole a los administradores desapplicar los acuerdos de asamblea de socios en tema de gestión aun en ausencia de una formal suspensión de su ejecución, termina en realidad con *someter a la apreciación de los mismos administradores la decisión de ejecutar o no el acuerdo mismo*. Es cierto que la tesis bajo examen insiste en que los administradores no pueden ejecutar ciertos acuerdos sólo en presencia de determinadas situaciones (invalidez del acuerdo, riesgo de responsabilidad en caso de ejecución, etc.), pero dejando de lado la variabilidad y lo genérico de tales situaciones, resulta claro que, si existiera la obligación para los directores de ejecutar los acuerdos de las asambleas en tema de gestión, tal obligación desaparecería sólo porque los administradores crean que el acuerdo es nulo<sup>(22)</sup> o que, eventualmente, podría generarles algún tipo de responsabilidad, etc. En síntesis, el hecho de que el acuerdo sea inválido o generador de responsabilidad para los consejeros, etc., no son elementos que pueden degradar la ejecución de los acuerdos de asamblea en materia administrativa —si es que fuera obligatoria para ellos— a meramente facultativa. Por último, podemos agregar que la constatación de la existencia de las situaciones contempladas por la tesis arriba expuesta, es sumamente complicada y terminaríamos imponiéndole a los administradores el riesgo de eventuales e inculpables errores relativos a arduas valoraciones jurídicas: si los administradores consideraran, vgr., que un acuerdo es nulo y no lo ejecutan, ellos resultarían responsables ante la sociedad si el proceso por ésta promovido contra ellos concluyera que el acuerdo era válido y, por lo tanto, —según la tesis en examen— vinculante para ellos; por el contrario, si los administradores creyeran que un acuerdo es válido y lo ejecutan, ellos resultarían responsables frente a la sociedad, si en juicio se demostrara la invalidez del acuerdo.

(19) Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, p. 62, nota 123; Weigmann, *op. cit.* en nota 7, pp. 83 ss.; Minervini, *op. cit.* en nota anterior, pp. 184 s.

(20) Abbadessa, *op. loc.* últ. cit.

(21) Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 125 ss., 131 ss.; Weigmann, *op. cit.* en nota 7, pp. 83 ss.

(22) Lo cierto es que el acuerdo hasta que no haya sido anulado por la autoridad judicial competente (art. 179), expresa siempre la voluntad y el interés social.

Por todas estas razones, debemos reconocer, en asocio a una gran parte de la doctrina, que las *decisiones administrativas que la asamblea pueda tomar, de conformidad con el inciso d) del artículo 155, no vinculan a los administradores, y no pueden incidir jamás directamente sobre la actuación de quien administra.*<sup>(23)</sup>

Semejante conclusión queda confirmada:

- a) Por la circunstancia, ya apuntada, de que los administradores no pueden estar obligados a ejecutar las instrucciones de la asamblea sobre administración y, contemporáneamente, resultar responsables, civil y/o penalmente, por haberlas ejecutado;<sup>(24)</sup>
- b) De la práctica inexistencia de medios jurídicos eficaces con los cuales la asamblea pueda constreñir a los administradores a cumplir o a emprender ciertas operaciones;<sup>(25)</sup> y
- c) Del principio hoy unánimemente convalidado, según el cual los administradores se han transformado de simples *mandatarios* de los socios en *órganos autónomos* de la sociedad, que reciben sus facultades directamente de la ley o de la escritura social (art. 152 in fine) (de modo que no pueden estar vinculados a seguir las instrucciones de los socios).<sup>(26)</sup>

(23) Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 10; Calandra Buonauro, *op. cit.* en nota 6, p. 89; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 199.

(24) El hecho de que los administradores sean los únicos sujetos responsables de la gestión social justifica además la afirmación, prácticamente pacífica en doctrina, de que la asamblea no pueda ejecutar directamente sus propios acuerdos nombrando un representante especial (excepto en caso de conflicto de intereses en los administradores), pues los verdaderos administradores quedarían desautorizados y se encontrarían en la injusta situación de tener que responder objetivamente de las actuaciones de semejante mandatario. Esta afirmación resulta interesante a la luz de nuestro artículo 157 que, frente a lo dispuesto en el numeral 189, debe ser interpretado en sentido restrictivo, esto es, que el nombramiento de ejecutores especiales para uno o más acuerdos de asamblea, por el propio órgano deliberativo, no es discrecional y sólo es posible ante conflicto de intereses de los administradores de la sociedad.

(25) Se nos ocurre pensar en las amenazas de revocar sus nombramientos o de ejercer contra ellos la acción social de responsabilidad.

(26) V. *supra*, nota 12.

### C. Relevancia de los acuerdos de asamblea en materia de administración

El hecho de que hayamos concluido de que no existe una obligación de los administradores de ejecutar las instrucciones ni los acuerdos de la asamblea de socios en materia de gestión, nos conlleva, irremediamente, a una pérdida de significado del inciso d) del artículo 155 (norma que prevé la posibilidad para la asamblea de incursionar en asuntos administrativos).

Lo cierto es que, caso de que la asamblea tome un acuerdo en materia administrativa y los administradores lo ejecuten, *la voluntad de los socios sirve para exonerarlos de responsabilidad ante la propia sociedad* (art. 191 inc. c), efecto éste cuya importancia no puede ser minimizada.

En conclusión, ante el supuesto de que la asamblea tome un acuerdo ex. artículo 155 inciso d), en relación a una específica operación administrativa, los administradores pueden:

- a) Ejecutar el acuerdo, en cuyo caso no serían responsables ante la propia sociedad de los daños y perjuicios que para ella se derivaren como consecuencia de la ejecución de ese acuerdo; y
- b) No ejecutar el acuerdo, en cuyo caso la asamblea no podría, ni imponerles la obligación de ejecutarlo, ni darle directamente ejecución ella misma nombrando uno o más ejecutores especiales (salvo conflicto de intereses de los propios administradores). Pero como debe permanecer una relación fiduciaria entre socios y administradores, la asamblea podrá valorar si esa conducta de los administradores integra los extremos de una justa causa de revocación del nombramiento; y es en tal caso que puede asumir relevancia valorar si el comportamiento contrastante asumido por los administradores frente al acuerdo no ejecutado, era o no razonable, esto es, si se justificaba por una eventual invalidez del acuerdo mismo, por el surgimiento de nuevas circunstancias sobrevenidas, o por la necesidad de evitarse para sí responsabilidades personales o porque la asamblea lo tomó sin conocer toda la información sobre el tema.

### 2. Administrador único o consejo de administración o junta directiva. El principio de colegiatura y los poderes "individuales" de los miembros del consejo

Algunas legislaciones permiten que el órgano administrativo de la sociedad anónima esté integrado por una sola persona (administrador único) o por varias que componen un consejo de administración o junta directiva.<sup>(27)</sup> Nuestro Código sólo contempla la hipótesis del órgano gestor plurimembre, que denomina junta directiva o consejo de administración<sup>(28)</sup>, fijando en tres el número mínimo de integrantes (art. 181), número que no puede ser disminuido por los socios en el pacto social; no indica nuestra ley un número máximo, que bien podría ser señalado en los estatutos (art. 18, inc. 19).

La ley prevé expresamente las figuras del *presidente* (arts. 182, 184 y 168), del *secretario* (arts. 182, 168 y 253) y del *tesorero* (art. 253) de la junta directiva, atribuyéndole al primero las funciones de representar judicial y extrajudicialmente a la sociedad frente a terceros (función ésta que bien pueden los socios extender, en el pacto social, a otros consejeros, para que actúen conjunta o separadamente —art. 182—); de ejercer, en las sesiones del Consejo, el voto de calidad en caso de empate (art. 184, párrafo segundo); de presidir las asambleas de accionistas (art. 168); de firmar las actas de las asambleas de socios (art. 172) y las del propio Consejo (art. 260 in fine); y de nombrar funcionarios administrativos, apoderados o agentes para atender los negocios sociales o aspectos especiales de estos (art. 187). Pero aparte de esas funciones, el Código no le señala al presidente otras atribuciones específicas; sin embargo, generalmente se considera que a él corresponde, además, convocar al Consejo a sesiones y dirigir sus reuniones.<sup>(29)</sup> Al secretario se le endilgan las funciones de servir como tal en las asambleas de socios (art. 168); de firmar las actas de las asambleas (art. 172) y las del propio Consejo (art. 260 in fine) y de ser depositario de los libros de actas de Asamblea y del Consejo y del registro de socios (art. 253);

(27) Es el caso de Italia (art. 2380 del Codice Civile); de Honduras (art. 201 del Código de Comercio); de El Salvador (art. 254 del Código de Comercio); de Guatemala (art. 162 del Código de Comercio), entre muchas otras.

(28) Siempre nos ha parecido hartamente criticable, por alejada de la realidad, la intransigente posición de nuestro Código que se olvida así, tanto de la sociedad cerrada o familiar, como de la unimembre (art. 202), sociedades anónimas que, en nuestro medio, son las más difundidas.

(29) No sin reconocer que la jurisprudencia que existe en nuestro país en materia de órgano gestor es paupérrima, nos parece importante destacar que la Sección Primera del Tribunal Superior Contencioso Administrativo (sent. N° 6321 de las 17:05 hrs del 10 de agosto de 1983, en Rev. Jud. N° 36, pág. 1646) ha dicho que no puede haber en una misma sociedad anónima dos presidentes.

al tesorero se le atribuye la obligación de ser el depositario de los libros contables y del registro de obligacionistas (art. 253).

La circunstancia que de nuestra ley disponga en el (nuevo) artículo 2, que es el presidente quien deberá ejercer la representación social, significa, a nuestro criterio, que los poderes representativos han sido trasladados, ex lege, del Consejo —al que por competencia generalmente corresponden— al presidente.<sup>(30)</sup>

Si bien es opinión importante y prácticamente pacífica que el Consejo de Administración actúa colegiadamente,<sup>(31)</sup> se discute entre los autores cuál es la función del método colegiado, su esencialidad y obligatoriedad en el funcionamiento del Consejo, y sobre las conveniencias prácticas que pueden derivarse.

En relación a *función del método colegiado* se admite, generalmente, que no ha sido previsto para tutelar a las minorías (ni para componer ni defender los intereses de la mayoría y la minoría)<sup>(32)</sup> y esto porque en el

1) Nótese que de conformidad al viejo texto del número 182 esta conclusión no era, ni podía ser la misma, pues para que el presidente pudiera delegar sus facultades representativas, no sólo se lo debía permitir expresamente la escritura social, sino que lo debía autorizar el propio consejo (ex párrafo segundo), como titular que era de ese poder, de conformidad con el párrafo tercero de esa misma ex norma (“la delegación de *funciones* no priva al consejo de sus *facultades*, ni lo exime de sus obligaciones y responsabilidades”).

La situación después de la reforma del '90 es tal que nos lleva a preguntarnos ¿no será el presidente un nuevo *órgano* de la sociedad anónima cuya esfera de competencia es, precisa y limitadamente, la representación judicial y extrajudicial de la sociedad?

1) Ferri, *op. cit.* en nota 4, p. 504; Fré, Gian Carlo, *Società per azioni*, (artt. 2325-2461), en Commentario del Codice Civile dirigido por Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 431; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 326; Garríguez, *op. cit.* en nota 4, p. 477; Graziani, Alessandro, *Diritto delle società*, Morano Ed., Napoli, 1963, p. 377; Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, Ed. Porrúa S. A., México, 1979, p. 401; Minervini, *op. cit.* en nota 18, pp. 385 ss. Algunas dudas presenta, en relación a la colegiatura, la deliberación hecha con votación por medio de carta, telegrama, telefax o télex, o bien por medio de conferencia telefónica, como se acostumbra y permite en el Estado de Delaware, E. U. A

2) Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, pp. 100-108; Allegri, Vincenzo, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Giuffrè Ed., Milano, 1979, pp. 198-204; Weigmann, *op. cit.* en nota 7, pp. 87 ss.

Consejo generalmente no hay administradores que representen a las minorías<sup>(33)</sup> y porque dicho órgano, mediante acuerdo tomado por simple mayoría, puede delegar sus atribuciones —no obstante la reciente reforma al número 182, como se verá— en uno solo de sus miembros.<sup>(34)</sup>

Mucha incertidumbre subsiste entre los autores al establecer cuál es, positivamente, la función del método colegiado, considerándose, a veces, que sirve para mejorar la ponderación y meditación de las decisiones,<sup>(35)</sup> particularmente para permitir la colaboración de las distintas competencias de los distintos consejeros,<sup>(36)</sup> o bien para determinar, de manera unitaria y no contradictoria, la voluntad del órgano administrativo,<sup>(37)</sup> o para determinar una administración más responsabilizada y, por ende, mejor.<sup>(38)</sup>

Alguna incertidumbre existe en relación a la *obligatoriedad del método colegiado*, pues mientras algunos afirman su inderogabilidad, aun si la justifican y limitan de distintas maneras,<sup>(39)</sup> otros sostienen lo contrario.<sup>(40)</sup>

La afirmación del carácter obligatorio e inderogable del método colegiado en el funcionamiento del Consejo de Administración, ha sido

(33) El nuevo texto del artículo 181, con el fin de darle a la minoría representatividad en el órgano gestor, fijó, como sistema de votación en la elección del directorio, el voto acumulativo, sistema que resulta *obligatorio* para las sociedades anónimas de capital abierto (art. 155 de la Ley Reguladora), pero que es derogable en la escritura social para las que no lo son. Ello no obstante, la afirmación del texto sigue siendo válida para la gran mayoría de las sociedades anónimas en nuestro país.

(34) Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 25.

(35) Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, pp. 100-108; Allegri, *op. cit.* en nota 32, p. 204; Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 402; Weigmann, *op. cit.* en nota 7, p. 87 ss.

(36) Allegri, *op. loc.* ult. cit.

(37) Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 25.

(38) Allegri, *op. cit.* en nota 32, pp. ss. y 205 ss.

(39) Para Calandra Buonauro (*op. cit.* en nota 6, pp. 105 ss.) falta “un interés, jurídicamente tutelable, tendiente a la modificación de las formas típicas de organización previstas por la ley”; en otras palabras, este autor sostiene esa posición porque, caso de pluralidad de administradores, considera que con una delegación disyuntiva a favor de todos ellos —delegación pacíficamente admitida por la doctrina— se puede llegar al mismo resultado que se conseguiría con un sistema de administración disyuntiva, que él considera inadmisibles.

También la jurisprudencia italiana está mayoritariamente orientada hacia la tesis de la obligatoriedad del método colegiado en la administración pluripersonal de la sociedad por acciones.

(40) Allegri, *op. cit.* en nota 32, p. 194; Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 27.

utilizada por muchos autores para resolver problemas concretos y muy importantes, tales como:

- a) Afirmar la nulidad de cláusulas estatutarias que predispongan un sistema de administración pluripersonal no colegiado, es decir, para negar la admisibilidad de un sistema de administración plurimembre disyuntiva o conjuntiva;<sup>(41)</sup>
- b) Negar la existencia de poderes "individuales" de los consejeros;<sup>(42)</sup>

(41) Jurisprudencia reiterada del Tribunal de Milán, con fundamento en esta posición, ha considerado inadmisibles un sistema de administración disyuntiva.

Con argumentos análogos, ese mismo Tribunal declaró nulos aquellos acuerdos de asamblea mediante los cuales se nombran apoderados generalísimos (o directores generales) que tuvieran en realidad idénticos poderes y posición que los administradores de la sociedad; pero la verdad es que, en esta última hipótesis, la invalidez deriva de la imposibilidad de "vaciarle" el contenido al poder de los administradores, más que de la contemporánea subsistencia de varios sujetos dotados de autónomos poderes de administración; argumento este interesante si lo enfrentamos a cuanto dispone nuestro artículo 187, que bien podría considerarse limitativo a lo estipulado en esa norma.

Por su parte, también se ha negado la admisibilidad de un sistema de administración conjuntiva fundado en la unanimidad de los administradores, pues contrastaría con el principio, también considerado inderogable, de la "facilidad en la deliberación" (Calandra Buonauro, *op. cit.* en nota 6, pp. 49 ss.); posición ésta que parece contrastar con lo dispuesto en el párrafo segundo de nuestro artículo 184, que implícitamente admite la derogabilidad estatutaria *in plus* de los quórum de constitución y votación del órgano gestor allí establecidos.

Por último, también se ha rechazado la admisibilidad de un sistema de administración conjuntiva fundado en la *mayoría* de los administradores, pues semejante especie violaría la necesidad de "asegurar una extensión general de la responsabilidad a todos los miembros del órgano gestor, que descende de la aplicación del principio de la solidaridad en la gestión colegiada", pues con una administración de este tipo no podría considerarse responsables a los administradores "disidentes o que no han sido ni siquiera consultados" (Calandra Buonauro, *op. cit.* en nota 6, p. 51), argumento éste totalmente inaplicable en nuestro medio, en donde la circunstancia apuntada es claro eximente de responsabilidad (art. 190)

(42) Sólo muy recientemente la doctrina italiana ha puesto su atención al problema de ver si y cuáles poderes (de control, de información, de vigilancia, etc.), les corresponden singularmente a los consejeros, y, en caso positivo, cuáles sean las modalidades de ejercicio de esos poderes. Niegan la existencia de dichos poderes, entre otros, Chiomenti, De Vescovi y Minervini; admite un limitado poder individual de vigilancia, Grassetti; reconocen, por el contrario, la existencia de amplios poderes individuales, Abbadessa, Cagnasso, Dalmartello-Portale, Galgano y Libonati.

- c) Negar que los administradores puedan, individualmente, convocar la asamblea, cuando la convocatoria corresponda (porque así lo estableció el pacto social, o en los casos de los artículos 159 y 160) al Consejo de Administración,<sup>(43)</sup> o impugnar acuerdos sociales o del Consejo de Administración considerados inválidos;<sup>(44)</sup>
- ch) Negarle legitimidad a aquellos acuerdos del Consejo de Administración tomados por la mayoría de los administradores sin que algunos de ellos hayan sido convocados,<sup>(45)</sup> o bien tomados por todos los administradores pero sin haberse reunido;<sup>(46)</sup> y
- d) Afirmar que ni siquiera todos los administradores pueden renunciar al método colegiado y subdividirse internamente las funciones del Consejo.<sup>(47)</sup>

Nos parece preferible, después de haber analizado todas las tesis expuestas, acoger la opinión de la derogabilidad del método colegiado, no sólo porque —como se verá y no obstante la reciente reforma del artículo 182— es posible delegar los poderes de gestión en un consejero delegado (quien evidentemente actuaría sin respetar el método colegiado), sino porque y sobre todo, como veremos más adelante, determinados poderes y deberes les corresponden a los administradores individual y no colegiadamente.

(43) La jurisprudencia y la doctrina italiana más recientes se han orientado en este sentido, salvo en hipótesis de urgencia. Es importante hacer notar que los acuerdos tomados por una asamblea inválidamente convocada, son considerados inválidos por los tribunales italianos.

(44) Esto en caso de anulabilidad, en donde los tribunales italianos han dicho que la impugnación corresponde al consejo como un todo (salvo cuando el acuerdo afecte intereses personales del administrador y cuando pretende introducir en el pacto social la cláusula "simul stabunt, simul cadent"), no así en caso de nulidad, pues aquí resulta legitimado cualquier interesado.

Autores como Frè, Minervini, Oppo y Trimarchi consideran que, de previo a impugnar un acuerdo de asamblea, los administradores deben señalarle el vicio a la asamblea para que ésta lo sustituya o lo revoque.

Por su parte, Cagnasso considera que la facultad que tienen los administradores de impugnar los acuerdos de asamblea es delegable.

(45) Grippo, *Deliberazione e collegialità nelle società per azioni*, en Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 25, Milano, 1979, pp. 150 ss., cit. por Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 31, nota 56.

(46) Grippo, *op. cit.* en nota anterior, pp. 160 ss.

(47) Grippo, *op. cit.* en nota 45, pp. 154 ss.

### 3. Impugnación de acuerdos del Consejo de Administración

Nuestro Código no regula satisfactoriamente el *iter* procedimental para la formación de los acuerdos del Consejo de Administración. Particularmente poco dice en cuanto a la *convocatoria* y al *lugar de reunión*, limitándose a expresar que “la escritura social o los estratos determinarán la forma de convocatoria del Consejo, el lugar de reunión, ...” (art. 184, penúltimo párrafo). Debido a que la ley hace uso de la forma imperativa (“determinarán”) y nada estipula en caso de silencio sobre el particular en la escritura social, opinamos que, caso de presentarse dichas omisiones, el documento no debe ser homologado por el registrador mercantil hasta tanto no se colmen esas lagunas. Ahora bien y limitadamente a la convocatoria, en el supuesto de que el documento se inscribiera no obstante la omisión, hay autores que le atribuyen esa facultad únicamente al presidente, y otros quienes, por el contrario, se la extienden a cualquier otro consejero, en caso de que el presidente no la efectúe.<sup>(48)</sup> Si la omisión fuere en lo tocante al lugar de reunión, opinamos que el Consejo deberá reunirse, al igual que la asamblea de accionistas (art. 162), en el domicilio social.<sup>(49)</sup> Cosa distinta sucede si lo que se omite en la escritura social es “la forma en que se llevarán las actas” del Consejo, pues aquí la ley sí suple el silencio del instrumento (art. 260).<sup>(50)</sup>

(48) En el primer sentido, Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 400 y Salanitro, Niccolò, *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, Giuffrè Ed., Milano, 1965, p. 194; en el segundo sentido, Fré, *op. cit.* en nota 31, p. 478.

(49) La Ley Reguladora, al reformar el artículo 182 del Código de Comercio, derogó el párrafo in fine de esa norma que establecía que “el consejo de administración se reuniría en el domicilio social pero la escritura podrá estipular otro sitio de reunión, dentro o fuera del país”. Con esa norma, el silencio de los socios en cuanto a este tema era colmado por el legislador, de donde la no indicación del lugar de reunión del Consejo no afectaba la inscripción del documento.

(50) La jurisprudencia italiana, mayoritariamente, considera que el acta tiene una función meramente certificatoria, y no constituye requisito de validez del acuerdo, posición compartida por Azzone, *La forme delle deliberazioni del consiglio di amministrazione delle società per azioni*, en *Giustizia Civile*, 1958, I, pp. 1765 ss., cit. por Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 34, nota 63.

Por el contrario, la mayoría de los autores se inclina por la tesis jurisprudencial de minoría: Mignoli, Ariberto-Nobili, Raffaele, *Amministratori di società*, voce, en *Enciclopedia del Diritto*, II, Giuffrè Ed., Milano, 1958, p. 139; Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 193; Miseroocchi, *La verbalizzazione nelle società per azioni*, CEDAM, Padova, 1969, pp. 257; Salanitro, *op. cit.* en nota 48, pp. 222 ss. y 235 ss.

La junta directiva se constituye válidamente con la presencia de la mayoría de los consejeros. Los acuerdos del Consejo —de los cuales se excluye el voto por representación (art. 183)— deben ser tomados por mayoría absoluta de los directores presentes (art. 184, párrafo segundo).<sup>(51)</sup>

De conformidad con el inciso g) del artículo 197, el fiscal o fiscales deben o pueden (?) asistir a las sesiones del Consejo con motivo de la presentación y discusión de sus informes (?), con voz pero sin voto. Consideramos que la asistencia del contralor o contralores a las reuniones de la junta debe ser obligatoria porque, caso contrario, ¿cómo puede ejercerse eficientemente la función de vigilancia?

La impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración no está prevista en el Código, que se limita a decir que “las irregularidades en el funcionamiento del Consejo, no perjudicarán a terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad de los consejeros ante la sociedad” (art. 184 in fine). La jurisprudencia italiana prevaeciente y una parte de la doctrina (el Codice Civile, en este tema es igual a nuestro) se orientan en el sentido de que los acuerdos del Consejo son inimpugnables —salvo en caso de conflicto de intereses de los administradores, situación ésta que el Codice Civile sí regula expresamente en el artículo 2391—, tesis que se basa, esencialmente, en la inexistencia de una norma que autorice la impugnación —en otros casos distintos al conflicto de intereses— y sobre la inaplicabilidad, a esta materia, de las normas que regulan la invalidez de los acuerdos de asambleas de socios. La justificación de semejante posición la encontramos en la necesidad de evitar la paralización de la actividad social que podría ser provocada por impugnaciones infundadas con el solo fin de disturbar, y con fundamento en el interés a la certeza de las relaciones jurídicas, aun si concluidas como consecuencia de un acuerdo viciado. En conclusión y siempre de conformidad con esta tesis, las violaciones a normas legales o estatutarias (tales como composiciones irregulares del Consejo, irregularidad en la convocatoria, fecha y lugar falso en el acta, falta de quórum constitutivo o de votación, exceso de poder o ilicitud del acuerdo, error en la formación de la voluntad del órgano, etc.) no conllevan a una invalidez de los acuerdos del Consejo, y sólo podrían determinar —si se

(51) Estos quórum se consideran en doctrina mínimos legales y la mayoría admite que pueden ser *aumentados* en el pacto social.

Nótese, sin embargo, que el quórum de constitución o formación es requerido por la ley “para que el consejo funcione legalmente”, de modo que la mayoría de los directores es requerida no sólo para iniciar válidamente la reunión, sino también al momento de la votación, según lo expone con gran agudeza Minervini (*op. cit.* en nota 18, p. 389).

dieran los supuestos— una responsabilidad de los administradores por los daños actuales o potenciales eventualmente derivados a la sociedad (acción social de responsabilidad ex. art. 192); una justa causa de remoción de los administradores; o bien motivo de simple denuncia ante el órgano contralor, a tenor del inciso j) del artículo 197.<sup>(52)</sup>

Contrariamente, algunas sentencias de los tribunales italianos y una parte de la doctrina han sostenido que una norma (como la del párrafo segundo de nuestro art. 184) que pone como condición, para que el Consejo *funcione legalmente*, la presencia de determinados *quórum constitutivos* y *de votación*, no tendría ningún significado si la invalidez del acuerdo no pudiese hacerse valer. Más bien, según esta otra orientación, de conformidad con el artículo 189, se hace obligatoria para los administradores la impugnación de los acuerdos del Consejo viciados de invalidez, siendo éste el medio más eficaz y rápido para evitarle daños y perjuicios a la sociedad. Ahora bien; como la ley no indica cuáles son los medios para impugnar los acuerdos viciados del Consejo, debe recurrirse, forzosamente a los principios dictados en tema de impugnación de acuerdos de asamblea (arts. 176 a 179), normas que no serían así excepcionales y que constituirían la disciplina especial de impugnación de todos los acuerdos viciados tomados por los órganos colegiados en materia de sociedades de capital (colocándose a la par, y no como antítesis, de los remedios previstos en tema de invalidez de los negocios jurídicos en general).<sup>(53)</sup> También para los seguidores de esta corriente el acto ejecutado como consecuencia del acuerdo nulo es *eficaz* frente a terceros de buena fe. Por ello, cualquiera que sea la tesis que se siga, y cualquiera que sea el motivo de impugnación, la anulación del acuerdo del Consejo no determina, frente a terceros de buena fe, la invalidez del acto ejecutado con fundamento en el acuerdo viciado.

La impugnación y la anulación de los acuerdos de la junta directiva no es, sin embargo, inútil, ni está privada de interés: ante todo, en algunos casos puede ser posible para la sociedad demostrar que el tercero, en cuanto conocedor de la invalidez del acuerdo, no era de buena fe (y así la sociedad podría invalidar el acto efectuado en ejecución del acuerdo viciado); aparte del hecho de que existen acuerdos de la junta denominados “self-executing”, que inciden *directamente* sobre un socio, un administrador o un tercero

(52) Allegri, *op. cit.* en nota 32, pp. 198 ss.; Weigmann, *op. cit.* en nota 7, pp. 87 ss.

(53) Cottino, Gastone, *Diritto commerciale*, I, CEDAM, Padova, 1976, p. 670; Ferri, *op. cit.* en nota 4, pp. 508 ss.; Mignoli-Nobili, *op. cit.* en nota 50, pp. 149 ss.; Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 423 s. Posiciones particulares han asumido al respecto autores como Greco, Grippo y Salanito.

(como, p. ej., las denegatorias del agrado en la trasmisión de acciones —art. 138— y de la inscripción del endosatario de acción nominativa en el libro de registro de socios que debe llevar la sociedad —arts. 137 inciso c) y 261—; los nombramientos internos ex art. 187, etc.); en estos casos, en donde los acuerdos del Consejo no son el presupuesto de un sucesivo acto externo, sino que por sí solos producen directamente el efecto buscado, la nulidad de esos acuerdos del Consejo les remueve inmediatamente sus efectos, permitiendo la obtención de resultados concretos imposibles de lograr de otra manera.<sup>(54)</sup>

Nosotros creemos que la tesis más acorde con nuestra legislación es, precisamente, esta última, sobre todo ante lo dispuesto por el inciso a) del artículo 984, norma que establece un plazo de prescripción (extraordinaria) —aunque más bien se trata de una caducidad— de un año para “*las acciones de nulidad de los acuerdos tomados por (los) ... Consejos de Administración de sociedades comerciales...*”.

#### 4. *La delegación de funciones del Consejo de Administración y de quienes ejercen la representación social*

En la medida en que la ley no lo prohíbe, la junta directiva puede delegar sus propias atribuciones (administrativas y ejecutivas) en algunos de sus miembros (comité ejecutivo) o en uno solo o varios de ellos (consejero o consejeros delegados), *siempre que el pacto constitutivo expresamente la faculte*. En cuanto al poder representativo, también el presidente, y quienes además de él lo ostenten, pueden delegarlo, si así lo prevé el estatuto.

Es cierto que el artículo 182 fue modificado por la Ley Reguladora del '90, consistiendo esa modificación en la derogación de sus tres últimos párrafos, precisamente en donde se hablaba de la delegación de funciones del Consejo (párrafo tercero) y de la facultad representativa (párrafo segundo). Pero dicha derogatoria —a nuestro modo de ver inconscientemente operada por el legislador del '90— no debe interpretarse como una prohibición, para el Consejo y para quienes ejercen la representación social, de delegar sus facultades, siempre que la escritura constitutiva así lo determine: en cuanto a las funciones propias del Consejo de Administración (administrar y ejecutar), la delegación de las mismas nos parece factible si aplicamos un claro principio de nuestra legislación mercantil en materia de mandato (no representativo), que establece que el

(54) Véase en este sentido a Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, pp. 70 ss.

mandatario ("comisionista") no podrá sustituir el mandato "si para ello no está expresamente autorizado" (art. 277). A mayor abundamiento y limitadamente a la función representativa, resultan de aplicación a la especie los artículos 1264, 1265 y 1266 del Código Civil, normas que, concebidas para el mandato representativo civil, resultan aplicables, vía artículo 2, al mandato representativo mercantil, en cuanto no aparece excluida expresamente su aplicación en el Código de Comercio (no olvidemos que el mandato representativo mercantil aparece regulado en este Código en las normas que disciplinan la actividad del factor). En apoyo de semejante interpretación acudimos a la letra del nuevo 189, que establece, en su primer párrafo, que "los consejeros... deben cumplir los deberes que les imponen la ley y los estatutos con la diligencia del *mandatario*...": más clara no puede ser la remisión que nuestro legislador hace a las normas del mandato.

Y es que por medio de la delegación el Consejo se *desvincula del principio de colegiatura* —que, como vimos, no parece obligatorio—, y adopta, en las materias delegadas, un sistema administrativo que satisface el interés a una más rápida ejecutividad.<sup>(55)</sup> Sin embargo, la junta directiva *no pierde sus poderes* —no obstante la delegación— y conserva una concurrente competencia para administrar y/o ejecutar, competencia que permanece íntegra y más bien superpuesta (jerárquicamente) a la de los órganos delegados, a los que puede sustituir en el cumplimiento de actos inherentes a las funciones delegadas; atribución que se desprende de la letra del segundo párrafo del artículo 189, cuando afirma que los consejeros deben hacer lo posible por impedir la realización de actos (administrativos) perjudiciales para la sociedad y eliminar o atenuar sus consecuencias, norma que presupone también, indirectamente, la facultad de instruir a los delegados.<sup>(56)</sup> Pero la verdad es que en la práctica, con frecuencia el órgano delegado, y muy especialmente si es plurimembre (comité ejecutivo), está

(55) Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, pp. 100 ss.; Cagnasso (*op. cit.* en nota 6, pp. 7 ss., 26 ss. y 30 ss), luego de un exhaustivo análisis histórico, concluye que, con la disciplina de la delegación, el legislador ha querido satisfacer el interés a la racionalización del poder administrativo, permitiendo sectorizaciones y especializaciones; Mantilla Molina, *op. cit.* en nota 31, p. 410. Un trabajo monográfico importante en la doctrina mercantilista española sobre este tema es el de Iglesias Prada, Juan Luis, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971.

(56) Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 120 ss. y 131 ss.; Cottino, *op. cit.* en nota 53, p. 662; Fanelli, Giuseppe, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Giuffrè Ed. Milano, 1952, p. 18; Ferrara Jr., Francesco, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè Ed., Milano, 1975, p. 436; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 330; Graziani, *op. cit.* en nota 31, p. 383; Minervini, *op. cit.* en nota 18, pp. 40 ss.

compuesto por las personas más calificadas del grupo o grupos que controlan la sociedad, de modo que es muy extraño que el Consejo de Administración haga subalterno suyo al órgano delegado.

La delegación *excluye la responsabilidad solidaria* de los consejeros delegantes por la inobservancia de los deberes relativos al ejercicio de las atribuciones delegadas (doctrina del párrafo primero del art. 189). En consecuencia, aparte de la responsabilidad —que evidentemente permanece— respecto a las funciones no delegadas, los delegantes responden sólo por la falta de vigilancia sobre el andamiento general de la gestión delegada, y por no haber hecho lo posible por impedir el cumplimiento de actos u omisiones perjudiciales.<sup>(57)</sup> La diferencia entre la hipótesis del *Comité Ejecutivo* y la de la *pluralidad de consejeros delegados* está en que el primero es, a su vez, un órgano colegiado,<sup>(58)</sup> que funciona de acuerdo a las reglas establecidas por los socios en el pacto constitutivo<sup>(59)</sup> o, caso de silencio aplicando analógicamente las normas reguladoras del funcionamiento del Consejo de Administración;<sup>(60)</sup> los otros están, por el contrario, desvinculados del método colegiado y actúan, según que se haya establecido en el pacto social o en el acto de nombramiento, disyuntiva o conjuntamente.<sup>(61)</sup>

(57) Allegri, *op. cit.* en nota 32, pp. 196 ss. y 230 ss.; Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 43; Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 345 ss.

(58) Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 63 ss., 70 ss. y 78 ss.; Cottino, *op. cit.* en nota 53, p. 663; Fré, *op. cit.* en nota 31, p. 444; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 323; para Greco (Paolo, *Le società nel sistema legislativo italiano*, UTET, Torino, 1959, p. 301) la delegación al comité ejecutivo puede ser también conjuntiva y no necesariamente colegiada; Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 456.

(59) Algunos autores consideran que para los acuerdos del comité ejecutivo el *iter* procedimental y el principio de colegiatura no son tan rígidos como en el consejo de administración, admitiendo la validez de cláusulas estatutarias que autoricen al comité ejecutivo a votar sin reunión y mediante voto epistolar, telegráfico y hasta telefónico; entre ellos Ferri, *op. cit.* en nota 4, p. 501; Pesce, *Amministrazione e delega dei poteri amministrativi delle società per azioni*, Giuffrè Ed., Milano, 1969, pp. 125 ss.

(60) Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 103 ss.

(61) No dudán sobre la procedencia de una delegación disyuntiva, Calandra Buonauro, *op. cit.* en nota 6, p. 84 ss.; Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, p. 6 ss. y 76 ss.; Fanelli, *op. cit.* en nota 56, pp. 42 ss.; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 329.

Admiten la delegación conjuntiva, Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, p. 70 ss. y 76.; y Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 454, aunque si bien con algunas dudas; la excluyen, Mignoli-Nobili, *op. cit.* en nota 50, p. 141.

Generalmente se admite la posible coexistencia, en el ámbito de una misma sociedad, de un comité ejecutivo y de uno o más administradores delegados,<sup>(62)</sup> pero excluyendo una superposición del comité ejecutivo sobre los consejeros delegados, por tratarse de órganos paritarios que derivan sus poderes de una misma fuente, el Consejo de Administración.<sup>(63)</sup>

Según la opinión prevaleciente, la delegación da origen a un nuevo órgano social, ligado a la compañía por una relación de naturaleza orgánica y al Consejo de Administración por una relación inter-orgánica.<sup>(64)</sup>

El nombramiento (y, obviamente, la revocación del mismo) de los integrantes del comité ejecutivo y del consejero o consejeros delegados, y la determinación de los límites de la delegación, son competencia del Consejo de Administración; sin embargo, muy controversial es el tema sobre la exclusividad o no de la competencia del Consejo: la incertidumbre subsiste no tanto en relación a las cláusulas estatutarias que establecen (o le atribuyen a la asamblea de accionistas la fijación del) el tipo de órgano delegado (comité ejecutivo o consejero o consejeros delegados), el número de integrantes y los poderes delegables, dejando en libertad al Consejo de darle o no curso a la delegación, sino más bien en relación a la validez de aquellas cláusulas estatutarias que consideran obligatoria la delegación<sup>(65)</sup> o le

---

Si el pacto social o los estatutos prevén la delegación a favor de varios administradores pero sin precisar el tipo de órgano que se pretende instituir, Cagnasso (*op. cit.* en nota 6, pp. 73 ss.) sostiene que debe presumirse una delegación a favor de un comité ejecutivo y, si esto debiera excluirse, de una delegación disyuntiva.

- (62) Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 18 y 72 ss.; Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 149 ss.
- (63) Por esta misma razón, el comité ejecutivo no tiene poderes de intervención sobre los administradores delegados, ni mucho menos facultades para nombrarlos, ni para revocar sus nombramientos, Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 136 ss. y 177 ss.
- (64) Calandra Buonauro, *op. cit.* en nota 6, pp. 96 ss.; Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 29 ss.; Cottino, *op. cit.* en nota 53, p. 663; Fanelli, *op. cit.* en nota 56, pp. 20 ss.; Ferri, *op. cit.* en nota 4, p. 501; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 329; Pesce, *op. cit.* en nota 59, pp. 91 ss.
- (65) Nosotros creemos que puede perfectamente sostenerse en nuestro país la validez de semejante cláusula, porque toca a los socios establecer el tipo de estructura administrativa que consideren más adecuado (art. 18, inc. 11) —vgr., un sistema de decisiones más rápidas, en lugar de uno menos expedito como es el colegiado—; además, por más obligatoria que sea la delegación para la junta directiva, siempre conservaría la facultad de nombrar y remover a los delegados, así como la de intervenir en la gestión con competencia concurrente y jerárquica; en este mismo sentido, Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p.

reservan a la asamblea el nombramiento de los delegados y la fijación de sus poderes.<sup>(66)</sup>

Si en el pacto constitutivo o en el acto de nombramiento no aparece ninguna limitación, la delegación debe considerarse comprensiva de todos los poderes del Consejo,<sup>(67)</sup> salvo, según la doctrina, la facultad atribuida por la Asamblea al Consejo de Administración de efectuar aumentos y/o disminuciones al capital social hasta el límite por ella misma fijado (el llamado capital autorizado) a tenor del párrafo segundo del artículo 106<sup>(68)</sup> y cualquier otra función que la propia ley haya declarado indelegable. Por lo tanto, toda la gestión social normal quedaría dentro de la competencia del órgano delegado, que se constituiría así en el órgano que verdaderamente cuenta dentro de la sociedad (aun si, como hemos dicho, existe una competencia concurrente y jerárquica del propio Consejo).

El Consejo puede, en cualquier momento y por cualquier razón, revocar tanto la delegación como a los delegados;<sup>(69)</sup> esta facultad puede también ser ejercida por la asamblea de accionistas, no sólo en la hipótesis, hartamente discutida —como se vió—, de que el nombramiento y la revocación del delegado le hayan sido endilgadas en el pacto social, sino además —cuando el nombramiento y la revocación corresponden al Consejo— mediante la eliminación expresa del consentimiento de los socios a la

---

47, nota 89; Calandra Buonauro, *op. cit.* en nota 6, pp. 91 ss. y 98 ss.; Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 165 ss.; en contra, Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 160 ss.

- (66) Propugnan por la validez de semejantes cláusulas, Calandra Buonauro, *op. loc. ult. cit.* e Iglesias Prada, *op. loc. ult. cit.*; en contra, Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 162 ss., 165 ss. y 172 ss. En nuestro país, la letra del art. 187 en relación con el número 152 in fine, pone en duda la validez de esta cláusula por falta de competencia de la asamblea.
- (67) Para Cagnasso (*op. cit.* en nota 6, pp. 58-61) si no se establece plazo para la delegación al momento del nombramiento, éste será igual al de la relación administrativa (pp. 115 ss.); Cottino, *op. cit.* en nota 53, p. 662; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 329; Graziani, *op. cit.* en nota 31, p. 382; Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 461; Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 193 ss.
- (68) La indelegabilidad de funciones es considerada en doctrina como una excepción, Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, p. 40 ss. Sobre las limitaciones legales y voluntarias, véase ampliamente, Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 198 ss.
- (69) Facultad que le corresponde como corolario de su competencia (exclusiva) de delegar y de nombrar a los delegados, Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 112 ss.; Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 238 ss.

delegación (reformando el pacto social) o, en forma indirecta, revocando el nombramiento del miembro del Consejo investido de las atribuciones delegadas.<sup>(70)</sup>

Es dudoso si la *modificación de la integración del Consejo* afecte la delegación; la jurisprudencia italiana se ha orientado en el sentido de que el cambio de un cierto número —cuantitativamente indeterminado— de administradores (delegantes) determina la desaparición de la delegación; la doctrina prevaleciente por el contrario, reconoce este efecto sólo a la cesación del entero Consejo.<sup>(71)</sup>

Se considera que la revocación de la delegación es un acto de organización no sindicable y, por lo tanto, a diferencia de cuanto sucede en la revocación de los administradores, como se verá, la revocación sin justa causa de la delegación no da derecho al delegado removido al resarcimiento de daños.<sup>(72)</sup>

Por último es importante destacar que nuestra legislación contempla dos procedimientos distintos para articular el órgano gestor: indirectamente al no prohibirla y siempre que el pacto social la faculte, la *delegación* y, además, el *apoderamiento* (art. 187). Con fundamento en el primero, como hemos visto, se pueden crear las figuras del comité ejecutivo y del consejero o consejeros delegados, mientras que con base en el segundo es posible dar vida a una amplia gama de figuras que abarca desde el director o gerente general hasta el simple apoderado singular para un negocio concreto. En síntesis, ambos procedimientos consisten en atribuir a determinadas personas una esfera de competencia integrada por funciones que en principio corresponden al órgano administrativo en sentido estricto (administrativa y ejecutiva)<sup>(73)</sup> o a quienes ejercen la representación social (representativa). Así

(70) Es pacífico en doctrina el punto de que si el administrador delegado es cesado en el ejercicio de sus funciones, desaparece también la relación de delegación; Cottino, *op. cit.* en nota 53, p. 663; Ferri, *op. cit.* en nota 4, p. 503; Fré, *op. cit.* en nota 31, p. 439; Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 259 s.; Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 257; Pesce, *op. cit.* en nota 59, pp. 123 ss.

(71) Ferri, *op. cit.* ult. cit.; Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 264 ss.; Minervini, *op. cit.* ult. cit.

(72) En este sentido la jurisprudencia mayoritaria italiana y Cottino, *op. cit.* en nota 53, p. 663; Ferri, *op. cit.* en nota 4, p. 504; en contra, Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 115 ss.

(73) Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 126 ss.; Rodríguez Artigas, Fernando, *Notas sobre el régimen jurídico del director general de la sociedad anónima*, en "Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues", III. Ed. Tecnos,

las cosas, el instituto de la delegación, en virtud del cual se designa un comité ejecutivo o un consejero o consejeros delegados, *quienes deben ser necesariamente miembros del Consejo de Administración*, es típico del derecho de sociedades anónimas; por el contrario, la posibilidad de conferir apoderamientos, no es sino la confirmación, para la sociedad anónima, de la facultad que tienen todos los empresarios —tanto personas físicas como personas jurídicas individuales y sociales— de servirse de auxiliares en el ejercicio de su actividad.<sup>(74)</sup>

Madrid, 1971, 118; Rubio, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1964, p. 237.

(74) Rodríguez Artigas, *op. cit.* en nota anterior, p. 119.