

# LA REPRESENTACIÓN

Por JORGE BARRERA GRAF,  
Titular Derecho Mercantil, UNAM.

1.—La figura jurídica de la representación de las sociedades, plantea algunas variantes y ciertas diferencias respecto a la representación voluntaria y legal de las personas físicas.

En la doctrina, existen autores que niegan la aplicación del concepto de representación a la administración de las sociedades, y que afirman que sólo una figura distinta puede explicar este fenómeno de la manifestación, o mejor dicho, de la creación de voluntad de la persona jurídica (1). GIERKE y PREUSS, en el derecho alemán, propusieron la teoría del órgano en sustitución de la representación que, a su vez, había sido propuesta por SAVIGNY, autor de la teoría de la ficción para explicar la naturaleza de las personas colectivas (2). Uno de los puntos más controvertidos de la doctrina, afirma MORTATI (3), estriba en la determinación “de la naturaleza jurídica de la relación que liga a la persona física que ejecuta la actividad que se imputa al ente... las dos tesis contradictorias son la que configura la relación como representación y la que la considera como una relación orgánica”.

(1) V. por ejemplo NEPPI, *La rappresentanza nel Diritto Privato Moderno*, Bologna, 1930, pág. 93.

(2) Véanse, entre otros, COMBA, *Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi con particolare riguardo al Diritto Pubblico*, Turín, 1931, págs. 7 y s.; MORTATI, *Istituzioni de Diritto Pubblico*, 2ª ed., Padua, 1952, págs. 136 y s.; POPESCO RAMICEANO, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, París, 1927, pág. 413.

(3) *Istituzioni*... cit., pág. 135.

No aceptamos la tesis que niega la relación de representación y que distingue esta institución de la relación orgánica y del órgano mismo (4); para nosotros ambas figuras se combinan y concilian, porque si bien es cierto que la administración de las sociedades no consiste solamente en una función representativa, que la naturaleza de la administración no se agota con la institución de la representación, sino que se requiere, en efecto, acudir a la teoría del órgano, para explicar la función y la actividad de los administradores y de la sociedad misma y, por último, que la representación de las sociedades tiene notas propias y características peculiares que la distinguen de la representación de los individuos; también es cierto que las principales notas y características de esta representación, es decir, tanto de la representación voluntaria como de aquella legal que corresponde a los menores e incapacitados, como son la interposición realizada por personas físicas, el actuar a nombre de otro (el representado) y la atribución al representado de los efectos de los actos ejecutados por el representante, se aplican íntegramente a la representación de sociedades, es decir, a la representación que legalmente se concede al llamado órgano de administración y que se ejerce a través de las personas físicas que lo integran o de delegados nombrados por él.

Analicemos y comparemos las notas de la representación en general con la representación de sociedades.

2.—A semejanza de la que corresponde a menores e incapacitados, la representación de sociedades es de carácter

(4) En la doctrina, afirman el carácter y la naturaleza representativa del órgano, ALESSI, *Sul fondamento di una responsabilità "diretta" delle persone giuridiche*, en *Studi in Onore di GIUSEPPE PACCHIONI*, Milán, 1939, págs. 384 y s. (quien, sin embargo, sostiene la utilidad y en cierto sentido la necesidad del concepto de órgano); FERRARA, *Le persone giuridiche*, n. 35, pág. 111 (aunque declara que el concepto de órgano "tiene un valor jurídicamente nulo"). Niegan tal carácter, para configurar una institución distinta de la representación, ROMANO, *Corso de Diritto Amministrativo*, Padua, 1930, pág. 110; DE MARSICO, *La rappresentanza nel Diritto Processuale Penale*, Milán, 1915, pág. 95. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milán, 1939, pág. 171.

necesario, ya que tanto el ente como el incapaz y el menor sólo a través de un representante pueden obrar (5). Sin embargo, a diferencia de la de estos sujetos, la representación de la sociedad es permanente; desde que la sociedad nace —inclusive antes de cumplir con todas las formalidades exigidas por la ley y con anterioridad también a su inscripción en el Registro de Comercio— hasta que muere, ella se manifiesta, obra y se relaciona a virtud y por medio de sus representantes. Nace y adquiere personalidad propia de sociedad, en función de los actos de sus administradores (representantes) que hacen que ella se exteriorice ante terceros (art. 2, pfo. 3º LGSM) o que obtenga su inscripción en el Registro (art. 2, pfo. 1º LGSM); y muere y se extingue jurídicamente cuando el último acto de liquidación es ejercitado por su representante (liquidador), a saber, la cancelación de la inscripción del contrato social (art. 242, frac. VIº). FRE (6) va más allá de lo que aquí sostenemos; afirma que el reconocimiento de la personalidad jurídica —de la Sociedad Anónima— está subordinado a la existencia de los órganos. En el derecho mexicano no es así: ni la personalidad depende de la existencia o de la actuación del órgano de administración, ya que éste puede no estar constituido, o puede no actuar (sí, en cambio, los representantes legales o voluntarios de la sociedad v. infra n. 3), ni la existencia de órganos depende de la personalidad, dado que hay instituciones jurídicas sin personalidad y que operan a base de órganos (v.gr. la quiebra, v. infra n. 8).

(5) VIVANTE, *La rappresentanza delle Società per Azioni*, en *Rivista de Diritto Commerciale*, 1932, II, págs. 282 y s.; ROCCO, *La rappresentanza delle Società Commerciali nel Giudizio di Cassazione*, en *Studi di Diritto Commerciale*, vol. I, pág. 381, y MOSSA, *La rappresentanza degli amministratori della Società per Azioni*, en *Nuova Revista de Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, 1955, pág. 204, que habla de una representación social, orgánica, propia de las personas jurídicas; MINERVINI, *Gli amministratori delle Società per Azioni*, Milán, 1956, págs. 6 y s. y en pág. 24 sostiene que sería causa de disolución la no designación de administradores, por constituir ello una "imposibilidad de cumplir la finalidad del ente".

\* La falta de mención de la ley que sea aplicable, supone referencia a la Ley Mexicana de Sociedades Mercantiles.

(6) *L'organo amministrativo nella Società Anonime*, Roma, 1938, págs. 26 y s.

Por otra parte, en tanto que la representación del menor es transitoria e irregular, ya que sólo perdura en cuanto subsiste la minoridad, y la del incapaz es anómala e irregular, porque subsiste solamente mientras dura la interdicción, y en tanto que la representación de menores e interdictos supone la incapacidad de obrar de ellos, la de las personas morales es, por una parte consustancial, orgánica y propia de dicha figura, de tal manera, que todas las sociedades deben tener siempre personas físicas que las representen, y sólo mediante la actividad de ellas (socios, administradores, gerentes, apoderados), actúan ante terceros (7), y por otra parte, dicha representación supone la capacidad de la sociedad para la ejecución y celebración de actos y negocios, inclusive para imputarle directamente los efectos de los actos ilícitos cometidos por sus representantes (8).

3.—En contra del carácter necesario y constante de la representación de las sociedades, podría argumentarse que puesto que nuestra LGSM permite (art. 8º) que se omitan en la escritura constitutiva de cualquier sociedad, tanto la manera conforme a la cual haya de administrarse y las facultades de los administradores (art. 6º, frac. VIII), como el nombramiento de estos y la designación de los que han de llevar la firma social (frac. IX, *ibidem*), es posible que exista y se constituya una sociedad que carezca —transitoriamente al menos— de representación (9). Sin embargo, tal posibilidad no existe, ya que si se trata de sociedades regularmente constituidas y ellas son colectivas, comanditas simples o de responsabilidad limi-

(7) El órgano de administración, en cambio, no es esencial, según DE GREGORIO, "porque en ciertos casos sería suficiente la Asamblea para expresar la voluntad del ente, salvo el nombramiento de un mandatario cuando se requiera, para la estipulación de actos singulares", *Cit.* por FRE, *cit.*, págs. 26 y s.

(8) V. MORTATI, *cit.* pág. 136.

(9) Así el derecho italiano afirma el carácter no esencial del órgano, pero sí el de la representación, FRE *ob. cit.*, págs. 26 y s., quien cita en igual sentido a DE GREGORIO. Evidentemente, en las sociedades de hecho por ejemplo, no existe el órgano de administración pero sí existen representantes; y en las sociedades personales, la administración se confía a los socios.

tada, la ley atribuye la representación a todos y cada uno de los socios (arts. 40, 57, 74), y si anónimas o en comandita por acciones, se concede facultad al o a los comisarios (que siempre deben nombrarse en la escritura, art. 91, frac. V) de designar provisionalmente a los administradores (arts. 155, frac. II interpretado por analogía y 208) (10).

Si se trata, en cambio, de sociedades irregulares (o sea, las que no cumplen cualquiera de los requisitos de forma exigidos legalmente, o no se inscriben en el Registro de Comercio, art. 2º) o de sociedades regulares que en algún momento incidan en una situación irregular (como sería el caso, por ejemplo, de una anónima en la que no se designaren administradores y en la que el o los comisarios tampoco hicieran la designación), quienes celebren operaciones a nombre de la sociedad se considerarán como sus representantes (ex arts. 2º pfos. 4º 5º y 6º y art. 7º pfo. 3º), en el caso de que la escritura o el pacto social sean omisos respecto al nombramiento de administradores (o de comisarios).

4.—Se trata, por otra parte, de una representación legal, que la ley atribuye al administrador o administradores (art. 10) designados ex-profeso, o a todos los socios si no se hace designación de aquéllos y se trata de una sociedad personal (art. 40); pero a diferencia de otros casos de tal representación, la ley misma limita el ámbito y el alcance de las facultades de los representantes al objeto o finalidad de la sociedad, y permite que la sociedad representada, imponga otras limitaciones (art. 10). A diferencia también de la representación legal de las personas físicas, la representación social es, además, voluntaria, no en contraposición a necesaria, que ya vimos que lo es, sino en cuanto que, por una parte, la sociedad elige y revoca libremente a sus administradores representantes,

(10) Para las sociedades cooperativas, el art. 3º frac. VIII del Reglamento de la LGSM (Ley General de Sociedades Cooperativas) exige que las bases constitutivas de dichas sociedades indiquen la composición del Consejo de Administración y las facultades de los consejeros.

y por la otra, estos, también libremente, aceptan o rechazan su nombramiento y la subsistencia y continuidad de su cargo, salvo que, si renuncian o concluye el plazo para el que fueren designados, la ley les impone que continúen en el desempeño de sus funciones, “mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión de sus cargos” (art. 154). Lo que constituye el reconocimiento del carácter necesario y permanente de la representación en las sociedades, así como de su naturaleza contractual.

5.—Consecuencias del carácter legal y necesario de la representación social, son las siguientes: a) que las limitaciones legales, estatutarias o corporativas (o sea, las impuestas por resolución de juntas y asambleas de socios) que se establezcan a los administradores y representantes, no deben impedir que la sociedad cumpla su finalidad propia a través de la persona o personas que designe para que la represente, ni que los terceros que con la sociedad se liguén “tengan manera de actuar judicialmente para constreñirla al cumplimiento de sus obligaciones” (11); b) que dichas limitaciones que se impongan no desvirtúen ni menos anulen el carácter eminentemente representativo de los administradores, ni tampoco trastroquen o modifiquen la estructura legal del tipo de sociedad de que se trate, para atribuir las facultades representativas a un órgano distinto al que correspondan (el de administración en las sociedades por acciones, en la de responsabilidad limitada y en las cooperativas), como sería el órgano de vigilancia, o para pretender asumirlas la asamblea de socios o de accionistas; c) que tales restricciones no supriman ciertas facultades de la administración que son insustituibles e indelegables y que tampoco pueden atribuirse a las asambleas y juntas de socios.

6.—Entre otras muchas, las siguientes son facultades exclusivas del órgano de administración (o del o los admi-

(11) VIVANTE, *ob. cit.*, t. II., pgs. 282 y 3.

nistradores de las sociedades personales) que no pueden atribuirse a otro órgano, ni conferirse a apoderados o mandatarios: la formación de los proyectos de balance que se sometan a la aprobación de las asambleas (arts. 173 y 242 frac. V), aunque evidentemente, gerentes, contadores y otros empleados intervienen y colaboran con los administradores en la preparación de dichos documentos: la firma de bonos de fundador, de certificados provisionales y de títulos definitivos de acciones (arts. 108 frac. VI y 12, frac. VIII); la autorización a que se someta la transmisión de acciones (art. 130); la conservación de libros y papeles de la sociedad, por los liquidadores, durante los diez años posteriores a la liquidación (art. 245); la decisión de empates en el Consejo de Administración, por su Presidente, mediante la emisión del voto de calidad (12).

7.—La representación que la ley otorga al administrador o administradores de las sociedades, o sea, la **representación social típica**, también se distingue de otras figuras representativas en cuanto que el órgano al que se atribuye tiene otras facultades tan importantes como las de representación, como son las de dirección y gestión de la sociedad. Al conjunto de actividades propias atribuidas al órgano respectivo se denomina **administración**, y así se califica al órgano (individual o colectivo) que tiene a su cargo dichas tareas sociales.

La administración de las sociedades, por otra parte, no sólo se ejerce y manifiesta exteriormente frente a terceros, sino también internamente, respecto a los socios, al personal (que también son terceros) y a los bienes de la empresa-sociedad. Las funciones del o de los administradores no se agotan en la celebración de actos y negocios con terceros ajenos a la empresa, sino que también comprenden una actividad de organización y explotación de

(12) Si bien indelegable a otros miembros del Consejo o a terceros —socios, apoderados, gerentes— considero que de este derecho al voto de calidad puedan los estatutos privar al Presidente y, evidentemente, puede el Presidente *ad libitum* no ejercerlo en el caso concreto.

los elementos de la empresa, tanto personales (trabajadores, empleados, funcionarios) como reales (patrimonio o hacienda de la negociación). Internamente, al órgano de administración compete el aviamiento, la organización de la empresa. Se trata, en síntesis, de relaciones externas de la sociedad —predominantemente representativas, y relaciones internas de ella— preferentemente de dirección y de gestión (13).

Debemos tener en cuenta, asimismo, que la sociedad constituye una persona moral que requiere de personas físicas, de individuos, para exteriorizarse y manifestarse ante terceros. Cualquiera que sea el concepto y la doctrina que se acoja para explicar la personalidad jurídica de los entes colectivos, lo cierto es que estamos en presencia de un concepto estrictamente jurídico, de una abstracción legal, en cuanto la persona moral carece de los atributos fisiológicos y psíquicos de la persona física, aunque también sea cierto que el concepto mismo de persona sólo constituya un dato y sólo evoque una idea de carácter jurídico.

Desde este punto de vista, el derecho reconoce a las sociedades los mismos derechos y obligaciones de contenido patrimonial que concede y reconoce a los individuos: los hace sujetos de unos y otras y les concede igual o parecida legitimación para exigir el cumplimiento de aquéllos y para que se les pueda demandar el cumplimiento de éstas. Inclusive, nuestro sistema legal, a diferencia del anglosajón por ejemplo, reconoce a las sociedades la capacidad general que también atribuye a las personas físicas (14), de tal manera que aquéllas como éstas pueden realizar

(13) Sobre esta distinción, aclarando que se trata de expresiones relativas, metafóricas, v. DALMARTELLO, *I rapporti giuridici interni nelle Società Commerciali*, Milán, 1937, págs. 11 y 145.

(14) Igual en el derecho italiano, según FERRARA, *Le persone giuridiche* en el *Trattato de Diritto Civile Italiano*, vol. II, t. II, 2ª ed., Turín 1959, n. 83, págs. 301 y s. V. también MINERVINI, *cit.*, n. 50, pág. 168 y GRAZIANI, *Se una società per azioni possa prestare garanzie per altra società qualora tale prestazione non sia prevista nell'oggetto sociale*, en *Rivista de Diritto Civile*, 1959, II, págs. 36 y s.



todos los actos y negocios del comercio jurídico, con excepción de los que para unas y otras estuvieren vedados por el ordenamiento positivo. Rige, pues, para las personas físicas y para las sociedades el principio general de que no sólo pueden hacer lo expresamente permitido, sino todo lo que no esté específicamente prohibido (15).

Sin embargo, por sus carencias físicas y psicológicas, por ser meramente, como dice FALZEA, "entes inertes", y "hechos de derecho", las sociedades requieren imprescindiblemente de las personas físicas (16) para todas aquellas actividades que exigen la acción y la voluntad individuales, es decir, para la prestación de servicios, la ejecución de obras y trabajos; para actos de gestión, para manifestaciones de voluntad; en suma, para la ejecución de las funciones de dirección y de representación de la sociedad.

8.—De que la sociedad necesite de personas físicas para que la representen y la dirijan, y de que correspondan al órgano otras "actividades de interposición gestoria" (17), además de las representativas, se deriva, por un lado, que dichas personas físicas —administradores— constituyan un elemento imprescindible de toda sociedad, y que sus funciones de representación y de gestión sean necesarias, constantes, permanentes dentro de la sociedad; y por otro lado, que ese conjunto de funciones, que se comprenden dentro del concepto genérico de prestación

(15) No obsta a la afirmación del texto ni el art. 10 LGSM, ni el 26 C. Civ. D. F. No el primero, porque si dicha norma alguna limitación contiene ella sólo puede referirse a sus administradores, pero no a las Juntas y Asambleas que evidentemente pueden ratificar (o autorizar previamente) cualquier acto en exceso del objeto social realizado por el administrador. Tampoco el art. 26 C. Civ., puede interpretarse en el sentido de otorgar una "capacidad funcional" exclusiva a las sociedades; sino que dicha norma en consonancia con otras del propio C. Civ. (v.gr. art. 2716) debe también interpretarse como límite impuesto al órgano de administración. Sobre esta materia, v. el estudio y la bibliografía citada por GRAZIANI, *cit.*, pág. 39.

(16) FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, *cit.*, pág. 168. V. también COMBA, *ob cit.*, págs. 32 y s. y DE VALLES, *Teoria Giuridica della organizzazione dello Stato*, Padua, 1931, I, pág. 93.

(17) Según la terminología de BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Turin, 1943, pág. 358.

de servicios, no constituyan una relación contractual de mandato o de trabajo (*strictu sensu*) porque la actividad del sujeto no se concreta a la ejecución de actos jurídicos que el mandante le encarga, según la definición del art. 2546 C. Civ., ni dicha actividad se realiza bajo la dirección del patrono —sociedad— (art. LFT), ni se subordina a las órdenes de éste, sino que es el administrador quien dirige a la sociedad, y más bien la sociedad aparece subordinada a los dictados, a la dirección y a la gestión del administrador, que éste a aquélla.

Se sigue también de dichas notas, es decir, del carácter necesario de la administración y de lo complejo de sus funciones, la existencia y la integración de una figura típicamente social —es decir, propia de las personas colectivas, tanto de las privadas, como de las públicas (como el Estado, los organismos administrativos), los entes nacionales e internacionales), que es el **órgano**, el cual, según veremos, se forma de personas (agentes, funcionarios) y de fines, actividades o funciones (de una esfera de competencias —*uffizi* en la doctrina italiana—), y sólo constituye una parte del ente mismo (18). Este, en efecto, se integra de la personalidad jurídica que el ordenamiento le reconoce y de los distintos órganos formados por individuos y a los que se atribuyen esferas de competencia; y ambos elementos, la persona y sus órganos, se complementan.

(18) La doctrina prevaleciente sobre la naturaleza del órgano afirma esta dualidad de elementos, véanse, en efecto, ALESSI, *cit.*, págs. 385 y s.; ZANGARA, *La rappresentanza istituzionale*, 2ª ed., Padua, 1952, págs. 157 y s.; SANTI ROMANO, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, págs. 157 y s.; DE VALLES, *cit.*, págs. 101 y s.

Para otros autores, el órgano es, exclusivamente, la persona o personas que lo integran, así, FRE, *cit.*, n. 9, pág. 37; ARANGIO RUIZ, *Gli enti soggetti dell'Ordinamento Internazionale*, Milán, 1951, I, pág. 158; FERRARA, *Le persone giuridiche*, *cit.*, n. 35, pág. 111 en nota, citados estos dos últimos por ZANGARA, *cit.*, págs. 146 y s. (para la crítica de esta tesis, v. MINERVINI, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private in Studi in Onore de GIUSEPPE VALERI*, II, págs. 60 y s.). Por último, también hay quienes afirman que el concepto de "uffizi", (en fin o la función, la esfera de competencia) es lo que caracteriza y define al órgano: V. DE MARSICO, *cit.*, págs. 94 y s.; FALZEA, *cit.*, págs. 173 y s.; BERR, *L'exercice du pouvoir dans*, pág. 270 (La crítica a esta tesis en ZANGARA, *cit.*, pág. 154).

tan, sin que se requiera, ni se exija, ni se justifique, el dotar de personalidad jurídica a los órganos, que constituyen los medios e instrumentos necesarios para la manifestación de dicha personalidad de la sociedad (19).

De lo dicho anteriormente parecería que el o los órganos siempre están ligados y forman parte de una persona jurídica; sin embargo, ello depende del derecho positivo, que puede constituir y reconocer órganos a instituciones que no tengan personalidad, v.gr. la quiebra y la herencia yacente en el derecho privado, y diversos entes en el derecho internacional (20). La existencia de órganos en estos casos supone una finalidad concreta de la institución y el carácter unitario y transitorio de su patrimonio (en las instituciones de derecho privado), y requiere la atribución y deslinde de esferas de competencia a los órganos y el nombramiento de personas físicas como titulares (v.gr. síndico, juez, albacea).

En mi opinión, la figura jurídica de la representación no basta para explicar toda la actividad que corresponde al órgano de administración de la sociedad; y dicha actividad tampoco puede explicarse al través y en función de un contrato de prestación de servicios. No aquello, porque las funciones del administrador no se restringen a un obrar frente a terceros por cuenta y a nombre de la sociedad; multitud de actos del administrador no se realizan ni se proyectan frente a terceros, sino que se refieren y se refle-

(19) Sobre esta materia, véanse, COMBA, *ob. cit.*, págs. 11 y s. En la doctrina, se han sostenido puntos de vista contradictorios sobre la personalidad del órgano; mientras ESPOSITO, MORTATI, ZANOBINI, etc., la afirman, VALLES, JELLINEK, MICHOD, SANTI ROMANO la niegan. (Para el análisis del punto y referencias bibliográficas, v. ZANGARA, págs. 145 y s.; MICHOD, pág. 146 y s. SANTI ROMANO, págs. 160 y s.). MORTATI, *cit.*, págs. 143 indica con razón que no caben soluciones absolutas, ya que el derecho positivo puede conferir, y en ocasiones confiere, personalidad jurídica a ciertos órganos. La existencia misma de los órganos en la sociedad depende también del derecho positivo, el cual, inclusive, puede conferir a los fundadores el derecho de optar entre órganos o administradores. V. en este sentido, MINERVINI, *Alcune riflessioni . . . cit.*, pág. 63.

(20) A este respecto véanse SANTI ROMANO, págs. 150 y s.

jan a la actividad interna de organización dentro de la propia sociedad (v.gr., el análisis periódico de la actividad de la empresa —producción, ventas, créditos, cobranzas—; la formulación de balances; la discusión y la ejecución de una política de compras y de ventas; la jerarquización del personal de la empresa; el control y vigilancia del personal, etc.); e inclusive, se cuestiona y se discute si el obrar del administrador frente a terceros sea el de un alter ego (representante, estrictamente) del sujeto interesado (o sea, la propia sociedad), o bien, el de la propia sociedad que actúa a través de una de sus partes, como es el órgano de administración (21).

El contrato de prestación de servicios tampoco agota el contenido de la actividad del órgano de administración, ni de la naturaleza jurídica de éste, porque tanto en la figura genérica de la prestación de servicios, como en la del contrato específico de trabajo, se plantea una sujeción y una correlación respecto a otro sujeto, la cual no existe en el órgano de administración, e incluso, es discutible que exista en el administrador individualmente considerado, que más que estar sometido a la sociedad, la dirige y la guía (22). (Volvemos sobre este punto en infra N° 16).

9.—Si bien la representación y la gestión del ente corresponden *ex lege* e inderogablemente, al órgano de administración, ello no significa que la sociedad esté impedida de atribuir dichas facultades a apoderados, factores y gerentes (23). Por el contrario, cuando el órgano de administración de las sociedades anónimas es plural o colectivo (Consejo de Administración), las funciones representativas y de dirección se conceden al órgano mismo, como unidad, y no a algunos o a cada miembro aislado de él (v. infra n. 13 b) IV), y en tal caso —que segura-

(21) V. en este sentido, SANTI ROMANO, *cit.*, pág. 167; MORTATI, *cit.*, pág. 136. En contra, ALESSI, *cit.*, pág. 381.

(22) La discusión de este tema en infra n. 16 y notas 102 y 103.

(23) V. SANTI ROMANO, *cit.*, págs. 168 y s.

mente es más frecuente que el de constitución de un órgano singular de administración (administrador único)— el Consejo, a su vez, tiene que valerse de apoderados para ejecutar actos y para celebrar convenios y contratos. Además, aún en el caso de un Administrador Unico, o de que se atribuya la representación de la sociedad al Presidente del Consejo por ejemplo, es normal que la sociedad nombre directores, gerentes y apoderados con facultades más o menos generales de gestión y representación. Es indispensable, en este caso, la actividad de un órgano social (Asamblea de accionistas, Junta de Consejo) para la designación de representantes (24).

El carácter y la naturaleza jurídica de la relación que liga a gerentes, directores y apoderados con la sociedad son las mismas que dichas figuras tienen en relación a la persona física; es decir, el gerente general o el director general están ligados al principal por una relación institoria y por un contrato típico —el de factoría— regulada por el C. Co. (arts. 309 y s.), y el apoderado, por un acto unilateral —el poder o procura— del poderdante que es la sociedad. Aquéllos, gerente o director, necesitan aceptar su cargo y garantizar su manejo (art. 152) para perfeccionar la relación contractual que los liga a la sociedad; los apoderados, en cambio, son nombrados unilateralmente por la sociedad y nada agrega a su designación y a sus facultades el que ellos acepten o ejerzan las funciones conferidas. Antes de la aceptación y del ejercicio ya son apoderados.

10.—El nombramiento y la designación de los administradores y liquidadores de las sociedades anónimas corresponde al órgano supremo, o sea, la Asamblea de accionistas, y ella debe ser, precisamente, una asamblea ordinaria (arts. 181, 236; y 182 a contrario). Excepcionalmente, como ya vimos (supra n. 1), y meramente con carácter provisional, puede el órgano de vigilancia desig-

(24) A este respecto, véase, FALZEA, pág. 174.

nar consejeros o administradores, en caso de revocación, muerte, incapacidad o falta de nombramiento original (art. 155). Nuestro sistema corporativo no acepta el principio de la co-optación, o sea, la posibilidad de que los miembros activos del Consejo nombren a los faltantes (25); sí, es legítimo, en cambio, atribuir a los distintos grupos de socios o accionistas que integren la sociedad, el derecho de proponer a la Asamblea los consejeros o administradores que representen a dichos grupos en el Consejo; en otras palabras, es una práctica lícita —y que cada vez se generaliza más— la integración del Consejo proporcionalmente a la del capital social (26).

La designación de directores, gerentes, apoderados (generales y especiales) puede corresponder a la asamblea y al órgano de administración (unitario o colegiado) (art. 145), pero los estatutos pueden privar de tal facultad a uno o a otro de dichos dos órganos, para atribuírsela exclusivamente a la Asamblea o al Consejo. Si el pacto social es omiso, dicha facultad debe considerarse implícita, y en consecuencia, corresponderá a ambos órganos; en cambio, no sería válida la cláusula que niegue a los dos órganos el derecho de designar representantes; en tal caso, no el órgano de administración pero sí la Asamblea, como órgano supremo, gozaría de tal facultad.

Por último, la designación de apoderados puede también atribuirse a los gerentes, directores e inclusive a otros apoderados; esto dependerá de la facultad de delegación que se hubiere concedido a dichos apoderados, directores o gerentes.

(25) Para el derecho italiano, V. MINERVINI, *Gli amministratori . . . cit.*, págs. 29 y s.; y FLORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Nápoles, 1950, n. 56, pág. 97. V. quienes sostienen la misma opinión.

(26) Conformes, PLAISANT. Nota a Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 17 de diciembre de 1954, cit. por MENGONI, y este mismo autor en *Rassegna di dottrina italiana e straniera* (1955), en *Rivista delle Società*, 1956, págs. 516 y s. En contra MINERVINI, *Gli amministratori . . . cit.*, pág. 18.

11.—Por lo que toca al ámbito de las facultades que correspondan a la sociedad, al órgano de administración y a los distintos representantes sociales, podemos sentar las siguientes reglas:

a) A la sociedad corresponde una capacidad general, no restringida por su finalidad u objeto, y sólo limitada por las prohibiciones que el ordenamiento legal (derecho positivo, usos) puede imponer (v.gr. actividades forestales para la sociedad anónima; ejercicio de la banca, de seguros, de fianzas, para sociedades que no sean anónimas), o por las restricciones y prohibiciones que claramente se hayan establecido en el pacto social. Consecuencia de tales limitaciones estatutarias serían que la sociedad no pudiera, ni siquiera por acuerdo de Asamblea (salvo, por supuesto, modificación de los estatutos), violar las prohibiciones y ejecutar actos que estén vedados a la sociedad. Este sería el único caso de aplicación en derecho mexicano, de la llamada teoría de los actos *ultra vires*, del derecho norteamericano (27).

b) A las Juntas y Asambleas de socios y a estos individualmente les corresponde la dirección y administración en las sociedades colectivas, comanditas (sólo a los comanditados) y de responsabilidad limitada (arts. 40 y s., 54, 74 y s.). En las sociedades anónimas, normalmente las asambleas de accionistas no ejercen las facultades de dirección y administración que se dejan al órgano de administración; es posible, sin embargo, que ciertas facultades de éste —ni todas ni las principales— se reserven a la Asamblea; como también es posible que, a pesar de tratarse del “órgano supremo” (art. 178) se prive a la Asamblea de ciertas facultades representativas o de gestión, que se atribuyan exclusivamente al órgano de administración (28).

c) Al órgano de administración corresponden las facultades que deriven —directa e indirectamente— del

(27) A este problema nos referimos con mayor amplitud en *infra n.*

(28) Para el derecho francés no parece haber duda alguna v. BERR, *cit.*, pág. 159.

objeto o finalidad de la sociedad, establecido obligatoriamente (art. 6º frac. II) en los estatutos (art. 10), y que la Ley no atribuya como facultad exclusiva de las Asambleas (por ejemplo, la aprobación del balance; el acuerdo de distribuir dividendos, el nombramiento de administradores y comisarios, la venta o enajenación del patrimonio social, la emisión de obligaciones, etc. (29). En consecuencia, dicha finalidad constituye un valladar para el órgano de administración, de tal manera que el violar tal objeto y excederse en las funciones de gestión y representación plantea un problema igual al del exceso de facultades de cualquier otro representante: el acto o contrato relativo no es oponible frente a la sociedad y de él sólo responde el representante que se ha excedido (30); y si se trata de un acto que no corresponda al órgano de administración, sino a la Asamblea, el acto estará viciado de nulidad relativa, que puede reclamar la sociedad misma, aunque también puede ser convalidado por ella; por último, tratándose de un acto reservado al Consejo de Administración, y respecto a cuya adopción por tal órgano no se hubieran cumplido los requisitos y formalidades legales de la convocatoria y deliberación, los vicios y defectos sólo serán oponibles a terceros cuando estos sean de mala fe, es decir, cuando hayan sabido o debido saber de los requisitos omitidos (31).

No obstante el objeto o finalidad social, establecido en la cláusula relativa, el órgano supremo, o sea, la Junta y Asamblea de socios y accionistas, puede autorizar al representante la ejecución de actos que rebasen el objeto (pero no que violen prohibiciones expresas, o tácitas pero claramente impuestas), como también puede modificar la escritura ampliando el objeto social. En ambos casos, los actos realizados a nombre de la sociedad obligan a ésta.

(29) MINERVINI, *L'amministratori . . . cit.*, pág. 149.

(30) En este sentido MINERVINI, *ob. ult. cit.*, págs. 166 y s.; v. *Infra.* n. 17.

(31) Conforme, MINERVINI, *ob. ult. cit.*, pág. 135.



Pueden también restringirse y limitarse los poderes y facultades del órgano de administración, independientemente del objeto; es decir, las facultades concedidas a los administradores pueden ser menos —nunca más como ya vimos— de las que deriven de la finalidad social. Esto sucederá si la escritura social o el acuerdo de la Junta o Asamblea restringen dichas facultades (32). En tal caso, como ya dijimos, las restricciones y limitaciones impuestas al órgano de administración no pueden llegar a desnaturalizar a éste, ni a impedir que la sociedad cumpla su objeto.

d) Por lo que se refiere a gerentes, directores y apoderados, las facultades de que gocen dependerán tanto de las que correspondan al órgano o al funcionario que los designe, cuanto de las que se les otorguen y que de manera expresa se indiquen en los documentos notariales en que conste su designación y su poder. Se trata, pues, de un régimen de apoderamiento expreso y facultades legales (como es el caso de la Asamblea, o del Consejo cuando los estatutos no privan a este órgano de las facultades relativas), estatutarias o que deriven de acuerdos de Juntas y Asambleas, conferidas a quienes los designen.

12.—Volvamos a la noción de órgano que se ha propuesto en la doctrina para explicar el concepto, las atribuciones y el papel que desempeñan dentro de la sociedad la administración y el administrador o administradores. Nuestra LGSM se refiere al “órgano” al tratar de la Asamblea de socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada (art. 77) y de accionistas en la anónima (art. 178), y cuidadosamente evita usar tal término para referirse a las funciones y a las personas de la administración y de la

(32) Si la restricción deriva de acuerdo, y no consta en la escritura social —constitutiva o posterior— tal acuerdo y la limitación relativa no puede ser oponible a terceros de buena fe v. infra n. 17.

vigilancia; la Exposición de Motivos de nuestra ley y la doctrina mexicana, en cambio, sí utilizan tal concepto y la expresión relativa (33).

Contrariamente, la LGSM expresamente establece que "el Consejo de Administración será el órgano ejecutivo de la asamblea y tendrá la representación de la sociedad y la firma social" (art. 28); atribuyéndole, en consecuencia, funciones meramente de representación y ejecución de actos jurídicos a la administración, sin concederle las de dirección y gestión que más que las anteriores son administrativas.

A pesar de que la LGSM no califique expresamente a la administración y a la vigilancia como órganos (34), tal calificación es implícita y muy clara cuando en los mencionados arts. 77 y 178 se establece que las asambleas de ambos tipos sociales (SRL y SA) son "el órgano supremo"; porque, si hay uno supremo hay otro u otros subordinados o inferiores que serían el órgano de administración y el de vigilancia.

Podemos, pues, afirmar que nuestro derecho positivo sí acoge la teoría del órgano, y regula acto de administración atribuyéndole distintas facultades de gestión, de dirección y de representación de la sociedad (35).

El concepto de órgano como tantos otros en materia de sociedades, se propuso y se aplicó al derecho público

(33) Véanse, ROBERTO L. MANTILLA MOLINA, *Derecho Mercantil*, 4ª ed., México, 1959, ns. 339, 376, 427, 569, etc.; RODRIGUEZ RODRIGUEZ, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, 2ª ed., México, 1959, t. II, págs. 1 y s., 83, 139; GALINDO GARFIAS, *Sociedad Anónima. Responsabilidad Civil de los Administradores*, México, 1957, págs. 39 y s.

(34) El Proyecto de Código de Comercio sigue la pauta de nuestra ley; véanse arts. 80 y 83 para la SRL y 171, 204 y 234 para las anónimas.

(35) En la doctrina, diversos autores sostienen que en definitiva la adopción de la teoría del órgano es una cuestión meramente de derecho positivo; v. MINERVINI, *Alcune riflessioni*, cit., pág. 63; MORTATI, pág. 136, y sobre todo DE MARSICO, págs. 79 y s.

—constitucional e internacional— y de dicho campo fue trasplantado al derecho mercantil (36).

En el derecho constitucional, se aplicó la teoría del órgano para explicar en la organización del Estado, la distribución de funciones y competencias en dependencias, ministerios y agencias de éste, así como el ejercicio de dichas actividades por funcionarios que actuarían como titulares del órgano pero refiriendo sus actos directamente al Estado. "Para darle la capacidad de ~~derecho~~ capacidad de obrar, dice SANTI ROMANO, *no requirió* proveerlo de órganos, es decir de elementos *que no se* limitaran a actuar por él, sino que lo hicieron ~~hablando~~ concediéndole la posibilidad de hacer propia, ~~judicialmente~~ hablando, la voluntad y la acción de individuos que no fuesen extraños sino incorporados a su estructura" (37).

En el derecho internacional público y ~~en el~~ *en el derecho* canónico, igualmente, se acudió al órgano ~~para~~ *para extraer* el funcionamiento y la finalidad de ciertos ~~entes~~ *entes y* nacionales y de la Iglesia Católica, que desde el ~~Estado~~ hasta las Vicarías y Curatos funciona al través de órganos. En todos los casos, se explica y estructura al órgano en función de las siguientes notas principales: a) Personalidad jurídica del ente —Estado, Municipio, Iglesia— pero no de los órganos (38); b) Fin y función específica de cada órgano dentro del ente (39); c) Como consecuen-

(36) SANTI ROMANO, *cit.*, págs. 148 y s. Otro ejemplo en una situación semejante, es la teoría del abuso del derecho —mayorías vs. minorías— aplicada a sociedades; v. BERR, *cit.*, págs. 275 y s.

(37) *Ob. cit.*, pág. 148; FALZEA, *cit.*, págs. 177 y s., habla de "inherencia y absorción" del órgano al ente. V. también, MORTATI, *cit.*, pág. 136 y para el derecho privado GRECO, *Il direttore tecnico de un'anomina e la rappresentanza delle società*, RDC, 1932, II, págs. 47 y s.

(38) Vease GAETANO ARANGIO-RUIZ, *cit.*, págs. 121 y s.; SANTI ROMANO, *cit.*, pág. 160; ZANGARA, *cit.*, pág. 145 y la amplia bibliografía que cita; JELLINEK, cit. por MICHOU, y este mismo autor, *ob. cit.*, págs. 136 y s.; este problema, también depende, como dice MORTATI, *cit.*, pág. 143, del derecho positivo.

(39) Al respecto, v. DE MARSICO, *cit.*, págs. 79 y s. y 93 y s.; FALZEA, *cit.*, pág. 173.

cia de lo anterior, atribución por el ordenamiento jurídico de una "esfera de competencia" —*uffizi*— distinta para cada órgano (40); d) Nombramiento y designación de agentes y funcionarios —personas físicas— que forman parte del ente y que actúan como titulares del órgano (41), quienes, a diferencia de la función y de la competencia que es fija y permanente —aunque naturalmente puede ampliarse o reducirse— son transitorios y fungibles: **Imperator in persona mori potest, sed ipsa dignitas officium imperatoris est immortale** (42).

Pero ni en el derecho público ni en el privado los autores modernos están de acuerdo sobre la necesidad o la conveniencia de acudir al concepto de órgano, y diferenciar tal concepto y la competencia y facultades que a él y a sus miembros se atribuyen, de la institución jurídica de la representación. Haremos breve referencia a los argumentos que se aducen para criticar la idea del órgano y sus diferencias con la representación, pero adelantamos nuestra opinión favorable a la distinción entre ambas instituciones que deriva, por un parte, de "la pertenencia necesaria e indestructible de la función del ente al órgano", en tanto que la representación (no la legal), supone la libertad y la discreción del representado (43); por otra parte, del cúmulo de facultades concedidas al órgano, las que notoriamente exceden a la representación (44); en tercer lugar, la diferencia resalta ante la existencia de diversos órganos dentro de las sociedades (sobre todo, en la anónima, que es el tipo social más evolucionado), la relación jerárquica entre ellos y la atribución a cada uno

(40) SANTI ROMANO, *cit.*, págs. 162 y s. "La pertenencia necesaria e indestructible de una función a un *quid special* dice DE MARSICO, *cit.*, pág. 86, convierte en órgano a este *quid*".

(41) SANTI ROMANO, *cit.*, págs. 154 y s.

(42) BALDO, *cit.* por ALESSI y este autor en *Sul fondamento de una . . . cit.*, pág. 385 y ZANGARA, *cit.*, pág. 160.

(43) DE MARSICO, *cit.*, pág. 80.

(44) Para la explicación de la administración social en relación a la institución de la representación v. COMBA, *cit.*, págs. 23, 30 y 34 y s.

de ellos de una función principal y específica que, sin embargo, se concede a los otros órganos de manera secundaria (45).

En mi opinión, las distintas y tan variadas funciones de la administración de las sociedades y la organización jerárquica de ellas a base de distintos órganos y en función de las facultades que la ley y el pacto les atribuye, exige acudir a una figura distinta a la de representación que es, precisamente la del órgano (46). Sin embargo es pertinente y oportuno señalar que si bien el órgano de administración no es sólo un concepto o una aplicación de la institución jurídica denominada representación, es decir, si bien las facultades que corresponden a cada órgano no se explican, todas ellas, por y con el concepto de la representación, también es cierto que, como veremos, las funciones y facultades del órgano consistentes en la ejecución de actos jurídicos frente a terceros son funciones típicas y predominantemente representativas.

No pueden explicarse ciertamente con la idea de la representación las relaciones que se establecen entre los distintos órganos de la misma persona jurídica, porque, si bien es cierto que dichas relaciones se plantean entre los agentes o titulares de los órganos y, por tanto, son también relaciones "inter-subjetivas" (47), también resulta innegable que tales relaciones no se identifican con las que se establecen entre representado y representante, ya

(45) Así, por ejemplo, corresponde primordialmente al órgano de administración, la representación de la sociedad pero la Asamblea puede asumir tales funciones —incluso limitando su ejercicio a los administradores— y nombrar directamente delegados para la ejecución de actos concretos, o bien, designar ella, y no el órgano de administración, apoderados; a los comisarios les corresponde la vigilancia de los actos de las asambleas y los administradores, pero tal función también se ejerce por estos dos órganos respecto a los actos de administración o de los comisarios mismos; el nombramiento de administradores es facultad de la Asamblea de accionistas pero excepcionalmente también se otorga a los comisarios; y los ejemplos podrían multiplicarse.

(46) Al respecto, en el derecho público véase MORTATI, *cit.*, págs. 150 y s.; ZANGARA, *cit.*, pág. 151; FALZEA, *cit.*, págs. 171 y s. En contra, DAL-  
MARTELLO, *cit.*, págs. 139 y s.

(47) MORTATI, *cit.*, pág. 137.

que en aquéllas, o ambos agentes serían representantes despareciendo el representado, o ninguno de ellos actuaría como tal representante, y en ambos casos, evidentemente, se excluye la idea de la representación (48).

Se afirma también por la doctrina que mientras en la representación el acto jurídico realizado por el representante se imputa directamente a éste y sólo sus efectos se atribuyen por el derecho al representado, en la actuación del órgano, en cambio, es el acto mismo y sus efectos los que se imputan al ente, y no al agente; esto trae como principal consecuencia que el acto ilícito realizado por el titular del órgano se atribuya a la sociedad, que responde de él en forma directa; como hecho propio ejecutado por ella; contrariamente en la relación de representación de los actos ilícitos responde directamente el agente e indirectamente el representado (49) y en las relaciones entre padres e hijos o patronos y trabajadores, la ejecución de actos ilícitos acarrea la responsabilidad indirecta (responsabilidad vicaria) de los representantes a virtud de la obligación de vigilancia y custodia que la ley les impone (50).

13.—Analicemos y comparemos más a fondo los conceptos de representación y de órgano. *Análisis del artículo 182 CCo.*

Se ha sostenido en la doctrina que la institución de la representación voluntaria, o sea, la que deriva del poder o procura —acto unilateral— o de un contrato especial (factoría, comisión, mandato), no se aplica a la representación de sociedades, ni por la fuente de que dimana, ni por los atributos de la institución misma, ni por su alcance y su funcionamiento, por lo que, en el mejor de los casos, deberíamos hablar de una representación especial, de una

(48) V. SANTI ROMANO, *cit.*, págs. 163 y s. En contra, DALMARTELLO, *cit.*, pág. 145.

(49) En este sentido, v. MINERVINI, *Gli amministratori, cit.*, pág. 2.

(50) V. ALESSI, *cit.*, pág. 392; MINERVINI, *Alcune riflessioni, cit.*, pág. 69 y MORTATI, *cit.*, pág. 136. V. *infra* n. 17.

representación orgánica en materia de entes colectivos y personas morales (51).

a) Por lo que toca a su fuente, es cierto que normalmente, las facultades que corresponden al órgano de administración no derivan de un acto voluntario del representado (la sociedad), sino que dimanán directamente de la ley y de la estructura misma del ente. Esta, exige la presencia del órgano, y un mínimo de facultades representativas y de gestión y dirección que se le concedan; y a mayor complejidad de la sociedad, mayor necesidad de configurar un órgano especial y de proveerlo de la competencia necesaria para cumplir la finalidad del ente. Desde este punto de vista, podemos admitir el calificativo de representación orgánica para referirnos a la que corresponde a la administración de la sociedad, aunque el calificativo nada agregue ni nada cambie al contenido mismo de la representación.

Ahora bien, debemos distinguir dicha representación del órgano u orgánica, de la que se atribuya a gestores (52), gerentes y apoderados, la cual, como ya vimos (supra n. 9), tiene igual naturaleza a la representación voluntaria proveniente de ratificación, de procura o de contrato. Ambas, obviamente, proceden de fuente distinta; sin embargo, con VIVANTE creemos que para construir y ofrecer una teoría total y completa de la representación hay que prescindir del problema de sus fuentes (53), este

(51) Así, MOSSA, *ob. cit.*, pág. 204; SANTI ROMANO, *cit.*, pág. 168; ALESSI, *cit.*, pág. 390; FRE, *cit.*, n. 8, págs. 32 y s.; ZANGARA, *passim* y pág. 258, quien prefiere llamarla representación institucional.

(52) De gestor y de gestión de negocios hablamos para referirnos a la representación que ejercen los socios fundadores y los apoderados de hecho que actúan por la sociedad en período de organización, sobre todo en la forma de constitución sucesiva de las anónimas. En este sentido, véanse, MINERVINI, *Gli amministratori*, *cit.*, pág. 74 quien cita a SCIALOJA, AULETTA y GRAZIANI.

(53) VIVANTE, *Trattato del Diritto Commerciale*, 5ª ed., Milán, 1929, vol. I, n. 250, pág. 265: "Se debe dejar a un lado —dice— el examen del acto del que se origina la representación, si se quiere exponer una disciplina única . . . (por el contrario) si se tiene en cuenta el papel que el principal asume en la constitución de la representación, toda construcción autónoma de esta institución resulta imposible".

es irrelevante, y las fuentes son varias sin que por ello se cambie la estructura de la representación.

b) Se afirma que a diferencia de cualquier especie de representación voluntaria o legal, en el caso del órgano no se plantea la relación bilateral interna, representado-representante, ni la externa entre representante-tercero; sino que la relación se establece directamente entre la sociedad (supuesto representado) y los terceros que con ella contratan al través del órgano de administración. No puede existir representación según FERRARA (54), en donde no hay relación entre dos sujetos, sino entre el sujeto y sus funciones.

Negamos tal diferencia. El órgano, ciertamente, se forma e integra de funciones, pero también de agentes —personas físicas— y son éstos quienes entran en relación con los terceros, a nombre del ente. Las facultades de representación que corresponden al órgano, y que nuestra ley expresa y reiteradamente le atribuye (arts. 10, 149, 235), plantean las mismas relaciones internas y externas con el representante, que las que existen en cualquier otro negocio representativo. Es cierto que a dicho órgano corresponden funciones ajenas a las de representación, y que su estructura y su funcionamiento son distintas a las que corresponden a tal negocio, por lo cual no se puede ni se debe identificar al órgano de administración con la representación, ni sus facultades y atributos se agotan en la función representativa, pero, insistimos, en la actuación del administrador a nombre de la sociedad sólo vemos la figura tradicional y clásica de la representación.

I) Efectivamente, cuando el órgano es singular, es decir, cuando está formado por un solo individuo, como el caso del administrador único en materia de sociedades anónimas (art. 142), del gerente único en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 74) o por último el de un solo socio (persona física) en las sociedades colectiva y

(54) Cit. por COMBA, *cit.*, pág. 18.



en comandita simple (art. 40), independientemente de las otras facultades que le corresponden como tal órgano de administración, la representación que le concede la ley (art. 10) como efecto y consecuencia necesaria del acto constitutivo (55), se ejerce a través de su actividad personal frente a terceros (relación externa en la que siempre y necesariamente se da la nota propia de la representación, o sea, la *contemplatio domini*) (56), y en relación y contacto con el ente mismo que le otorga la facultad de obrar a su nombre (relación interna). También aquí, como en cualquier negocio representativo, estamos en presencia de relaciones inter-subjetivas, de un obrar personal del administrador-representante a nombre y por cuenta de su representada (la sociedad), y también aquí existen las limitaciones que legal o contractualmente se fijan al agente para su actuación frente a terceros, cuya violación acarrea la responsabilidad directa que él contrae frente a la sociedad o frente al tercero, tanto por los actos cometidos en exceso de sus facultades como por la transgresión de las prohibiciones y limitaciones que se le hubieran impuesto.

II) A conclusión semejante se llega en el caso de que el órgano singular lo integre una sociedad; es decir, cuando se trate de un administrador que sea socio, y dicho socio sea una persona moral, una sociedad. Tal supuesto, prohibido para las sociedades por acciones (arts. 147 y 208), y no prohibido, y por tanto permitido para la sociedad colectiva, la sociedad en comandita y la sociedad de responsabilidad limitada (arts. 40 y 74 in fine, en relación con el 6º frac I) (57), plantea, en todo caso, problemas

(55) MINERVINI, *Gli amministratori . . . cit.*, pág. 6; efecto que no se da, dice este autor, cuando estamos en presencia de una pluralidad de administradores, porque entonces la representación *puede* no corresponder a ninguno de ellos.

(56) No aceptamos la tesis de MICHOU, que atribuye a la persona física titular o portador del órgano —*Organträger* que dice JELLINEK— derechos subjetivos como tal titular. Lo tiene, como representante, director, gerente, etc.; el órgano, singular o plural, carece de personalidad. En la doctrina, v. COMBA, *cit.*, págs. 14 y s.

(57) No así para las cooperativas cuyo órgano de administración siempre es plural, es decir, está formado por dos o más miembros, art. 21 inciso b) LGSM.

semejantes a los que se dan en materia de un negocio representativo (poder, comisión, mandato), cuando la representación se confiere a una sociedad; pero ello, de manera alguna desvirtúa la relación de representación. Es decir, la sociedad-representante tiene que nombrar una persona física, como sustituto o delegado, para ejercitar y llevar a cabo su función representativa, para contratar con los terceros. Internamente, la relación se plantea tanto entre sociedad representada y sociedad representante (que respondería frente a aquélla por su negligencia o mala fe al escoger sustituto, o por la insolvencia de éste, (art. 2575 C. Civ.), como entre aquélla y el sustituto, que estaría ligado por los términos de la representación conferida; y externamente, la relación se plantearía entre el agente designado por la sociedad-representante —que delega su representación en dicho agente— y el tercero contratante. Las limitaciones a la representación que la sociedad-representada hubiese impuesto, evidentemente se aplican y se oponen al delegado-representante; y las violaciones cometidas por éste a sus atribuciones y facultades dan lugar a la misma responsabilidad en que incurriría el representante originalmente designado (art. 2576 C. Civ.).

III) Distinto a los dos casos anteriores de representación singular (a favor de un individuo o de una sociedad), es el caso de la representación plural, conjunta o conjuntiva (58), que se otorga al órgano de administración formado por varias personas, las cuales no constituyen colegio ni están facultadas para obrar de acuerdo con el principio mayoritario.

La hipótesis que examinamos, aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada cuando el contrato exija la actuación conjunta (ya que en el caso contrario se aplica

(58) "Procura congiuntiva", la denomina CAPUTO, *La procura collectiva*, Roma, 1934, págs. 52 y s.

el principio mayoritario, (art. 75) (59), y a la liquidación de los cinco tipos de sociedades reglamentados en la LGSM (art. 239), requiere la participación y colaboración de todos y cada uno de los representantes en los actos de administración y de liquidación que se acuerden y se realicen; en consecuencia, las relaciones internas y externas de la sociedad se plantean directamente con todos los integrantes del órgano, que concurren colectivamente al ejercicio de sus funciones respecto a la sociedad y frente a los terceros. El obrar "conjuntamente", que se indica de manera excepcional en los mencionados arts. 75 y 239 (60) de nuestra LGSM, distingue, en efecto, la representación colectiva—que también es plural o colectiva— de esta conjunta que analizamos; la cual no está expresamente previsto por los negocios representativos regulados en el C. Civ. (mandato arts. 2546 y s.; contrato(s) de prestación de servicios arts. 2605 y s.; obligaciones conjuntivas arts. 1961 y s.) ni en el C. Co. (comisión, arts. 273 y s.) (61).

*me parece*  
 [ Creemos que en la representación conjunta, "los representantes deben, necesariamente, prestar su consentimiento respecto a cada acto"; "...la utilidad de la

(59) Las sociedades colectivas, comanditas y cooperativas se rigen, en este caso de representación plural, por el principio de mayoría de votos (arts. 45 LGSM y 30 LGSM y 37 Regl. LGSM); sin embargo, el pacto social puede exigir unanimidad, en cuyo caso, estaremos ante una representación conjunta, pero no colegial. A su vez, la S. A. también se rige por el principio mayoritario (art. 143), pero aunque para ella se pacte la unanimidad—hipótesis posible y válida— no estaríamos en presencia de un órgano plural meramente, sino colegiado, ya que dicho órgano plural siempre constituiría un consejo, como el propio art. 143 establece.

(60) Este último, tiene su antecedente en los arts. 150 y 298 del Código de Comercio alemán de 1897; v. al respecto, CAPUTO, *cit.*, págs. 42 y s.

(61) Si prevé, en cambio, el C. Civ. (art. 2719) el principio mayoritario, en el caso de pluralidad de administradores en la sociedad civil. Creemos que esta norma debe aplicarse por analogía a todos los casos de negocios colectivos (representativos o no representativos), no sólo del Derecho Civil, sino del Mercantil, Procesal, Laboral, etc. Excepciones de tal norma son los arts. 75 y 239 LGSM que examinamos. Lo interesante de la regla general del Ordenamiento civil es que sienta la presunción de que los representantes de las sociedades no pueden obrar separadamente, como es el caso en los derechos francés e italiano. (Para ambos, v. VIVANTE, *cit.*, n. 260, pág. 279), sino por mayoría de votos (y por unanimidad en los casos de excepción que analizamos).

representación conjunta está en el hecho de que cada uno de los representantes puede, con igual valor, oponer su opinión a la de los demás... (y) su oposición bastará para impedir el cumplimiento del acto y, en su caso, el ejercicio total de la procura" (62).

IV) Quid juris en el caso de representación colectiva conferida a favor de un órgano de administración colegiado? Ocurre lo mismo que en el caso del órgano de administración conjuntiva, en cuanto que, salvo pacto en contrario, la representación no se otorga aislada o separadamente a cada uno de los miembros del órgano (63), pero a diferencia de este último caso, en el supuesto de un Colegio o Consejo de Administración, la representación se otorga al cuerpo mismo, al Consejo, que está regido por el principio de la mayoría (arts. 45, 75 y 143), y no a la unanimidad de sus componentes.

Otras diferencias entre la actuación colegiada y conjunta del órgano de administración y la simple representación plural conjuntiva es que mientras el Consejo siempre actúa mediante un delegado (persona física) —representante a su vez y no nuncio— quien se encarga de ostentar la representación frente a terceros, y a través del cual se plantean las relaciones internas y externas de la sociedad, el órgano plural, no colegiado, no necesita de delegados y normalmente excluye la actuación de estos, puesto que todos sus miembros deben concurrir y participar en los actos y negocios que se celebren con los terceros, por una parte, y por la otra se exige que la actuación de los miembros sea personal e indelegable.

(62) CAPUTO, *cit.*, págs. 56 y s., quien llega a la conclusión lógica de que la invalidez de la declaración de uno de los representantes invalida la representación colectiva, págs. 70 y s. V. también, VIVANTE, *cit.*, págs. 278. y s.

(63) Lo contrario sucede en el derecho francés, según dispone el art. 1857 C. Civ.; pero igual solución adopta la actual ley de sociedades anónimas, según BERR, *ob. cit.*, pág. 112.

Además y como consecuencia de dicha actuación, mientras que el Consejo requiere que sus miembros concurran contemporáneamente a la discusión y resolución de los asuntos, y que participen al mismo tiempo y en el mismo acto en la aprobación o desaprobación del acto, el órgano plural conjuntivo, no requiere reunión alguna del Colegio, ni deliberación de sus miembros en una junta ad-hoc, ni expresión de voluntad de todos y cada uno por medio y al través de las formalidades del voto, sino que el acuerdo y la voluntad de todos sus componentes pueden expresarse en un mismo acto, o sucesivamente, adhiriéndose o separándose del sentir expresado por los otros miembros (64). Nuestra LGSM recoge esta distinción cuando exige la constitución de un Consejo en el caso de pluralidad de administradores de sociedades anónimas (art. 143), y no en los casos de pluralidad de liquidadores (art. 235), o de gerentes de sociedades de responsabilidad limitada (art. 74).

c) Otra diferencia que los autores señalan entre representación y órgano se hace consistir en la presencia en aquélla de la voluntad del representado y del representante, con capacidad de obrar y de querer en ambos, frente a la falta de voluntad y capacidad de obrar del ente (65); sin embargo, esta postura, hoy superada gracias a la crítica de autores como ARANGIO RUIZ, en el derecho público, y MINERVINI en el privado, parece basarse en la identificación del órgano con uno solo de sus elementos, o sea, la esfera de competencia, el ámbito de facultades propias del ente, sin considerar que también los agentes, los portadores o titulares del órgano (Organ-

(64) VIVANTE, *ob. cit.*, *loc. cit.*, dice: "Es necesario que todos los representantes otorguen su consentimiento respecto al negocio, pero no se requiere que lo den contemporáneamente. Uno puede darlo por escrito, los demás pueden adherirse verbal o tácitamente..." y CAPUTO, *cit.*, n. 18, pág. 58.

(65) V a este respecto, COMBA, *cit.*, págs. 5 y s.

träger) forman a éste (66); y que es precisamente a través de ellos que la persona moral se exterioriza y se ostenta ante terceros; contrariamente a la enseñanza de los autores que pretenden diferenciar órgano y representación, aquél es incapaz de exteriorizarse, como la sociedad misma de la que forma parte, sino es a través de las personas físicas y a virtud, precisamente, de la representación. Se trata, en consecuencia, del mismo fenómeno aunque visto desde diferentes puntos de vista: el de organización e integración del ente, y el de representación o posibilidad de relaciones de éste con terceros. Todo ello es el órgano, y muchas de sus funciones se explican por la institución jurídica de la representación; estamos en presencia de un órgano representativo y también de una representación orgánica (67), o como ZANGARA prefiere llamarla, representación institucional (68).

14.—Para entender mejor la función de la administración en las sociedades, y para explicar mejor las actividades de representación del órgano de administración, creemos necesario analizar más a fondo el concepto del órgano, así como hacer breve referencia a las principales teorías que se han propuesto en la doctrina jurídica para explicar su naturaleza.

(66) Para la crítica de esta teoría atribuida a RANELLETTI, v. COMBA, *cit.*, págs. 15 y s., quien a su vez, cae en la tesis opuesta, aún menos aceptable: "órganos de la personalidad jurídica deben considerarse los individuos... La falta de estos no provoca que la función venga a menos, sino el órgano mismo, entendido como instrumento para la aplicación y la actuación de la voluntad del ente". Ambas tesis extremas son falsas, ni las atribuciones sin una persona que los ejerza, ni ésta sin una esfera de competencia que le sea propia y esencial. El individuo, el titular, puede faltar, por muerte, renuncia, revocación, terminación de su cargo, etc., la función permanece; hay en tal caso vacancia, suspensión del ejercicio, pero no extinción o terminación del órgano; la esfera de competencia puede variar, ampliarse o reducirse por voluntad del ente, pero no desaparecer ni suprimirse.

(67) SANTI ROMANO, *cit.*, pág. 168; ALESSI, *cit.*, pág. 390; FRE, *cit.*, págs. 32 y s.; MOSSA, *cit.*, pág. 204; FALZEA, *cit.*, pág. 180, sostiene la opinión criticada en el texto: "hacia el exterior, el órgano no se ostenta con una subjetividad propia, como si sucede en cambio con la representación".

(68) *Ob. cit.*, pág. 258.

Contrariamente a la opinión de autores tan eminentes como FERRARA, que desprecia el concepto por considerarlo "un detribus ideológico de una posición superada" (69), o de ARANGIO RUIZ y MINERVINI para quienes la idea de representación basta para explicar las funciones y atribuciones de la administración de las personas colectivas (70), nosotros consideramos, en primer lugar, que el conjunto de facultades conferidas a los administradores constituye un elemento y un factor que es esencial y necesario a la sociedad (71); en segundo lugar, que el órgano de administración constituye el medio o vehículo para integrar la voluntad y la capacidad de obrar del ente, aunque dichas notas se manifiesten a virtud de la actuación de personas físicas (administradores o delegados) (72); por último, sostenemos que la idea, el concepto, la institución de la representación no basta para explicar todas las facultades del órgano de administración, ni toda la actividad que los administradores y el órgano mismo deben cumplir y que exige la organización y el funcionamiento de un ente colectivo. (72)

El órgano deriva de la constitución misma de la sociedad (73) y antecede a cualquier actividad representativa (74), pero es en virtud de las actividades externas del órgano, o sea, de funciones y actos eminentemente representativos que la sociedad adquiere personalidad y manifiesta su capacidad (75); por otra parte, durante la vida

(69) *La persona giuridiche*, pág. 89 y n. 35, pág. 111. V. también ALESSI, *cit.*, pág. 384 para quien en la actualidad "se asiste al revivir de la teoría de la representación . . . único sustituto capaz de explicar jurídicamente y de manera satisfactoria las relaciones entre el ente y el funcionario y el fenómeno de la imputación al primero de la voluntad del segundo".

(70) MINERVINI, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi*, pág. 66.

(71) FALZEA, *cit.*, págs. 177 y s.; DE MARSICO, *cit.*, pág. 95; SANTI ROMANO, *cit.*, pág. 147.

(72) Así ARANGIO RUIZ, *cit.*, pág. 158; MINERVINI, *Teoria degli organi*, pág. 62; SANTI ROMANO, *cit.*, pág. 146; DE MARSICO, *cit.*, pág. 96.

(73) MICHOU, *cit.*, pág. 134.

(74) FALZEA, *cit.*, pág. 179.

(75) GRECO, *cit.*, págs. 479 y s.; SANTI ROMANO, *cit.*, pág. 158; MORTATI, *cit.*, pág. 136.

del ente, además de las relaciones (representativas) que se establecen entre la sociedad y los terceros, también existen relaciones internas de organización de la compañía y relaciones inter-orgánicas, que no se explican en función de la representación, aunque también se trate de relaciones jurídicas (76).

En cambio, reiteramos que la doctrina de la representación sí es suficiente para explicar la actividad que a nombre y por cuenta de la sociedad realizan los agentes y delegados del órgano quienes establecen relaciones jurídicas, y a nombre de la sociedad ejecutan actos y celebran contratos con los terceros.

Ahora bien, el órgano se integra de dos elementos, uno objetivo que al propio tiempo es estrictamente jurídico y que está constituido por el conjunto de facultades, funciones y atribuciones que el ordenamiento legal y el pacto de las partes le atribuye; y el otro, subjetivo, o sea, la persona o personas que lo integran y que ejercen, aplican y usan de dichas facultades, funciones y atribuciones (77).

Aquel elemento, constituye el contenido y la materia del órgano, que no otorga ni atribuye a éste capacidad ni derechos subjetivos, los que sólo corresponden a la sociedad de la que el órgano forma parte (78); además, en dicho conjunto de facultades estriba la competencia del órgano, o sea la medida y el límite de sus funciones; y habrá tantos órganos del ente colectivo como funciones correspondan a este. "A diferencia de la persona física, dice DE MARSICO (79), que puede nombrar tantos repre-

(76) V. MORTATI, *cit.*, págs. 148 y s.

(77) Así en la doctrina, FALZEA, *cit.*, pág. 175; ZANGARA, *cit.*, pág. 169; MINERVINI, *Teoria degli organi*, pág. 64.

(78) Así, MICHOD, *cit.*, n. 64 bis, pág. 151; SANTI ROMANO, *cit.*, págs. 162 y s.; FERRARA, *cit.*, pág. 115; COMBA, *cit.*, pág. 13.

(79) *Ob. cit.*, pág. 95.



sentantes cuantos sean los derechos o los intereses que pretenda ejercitar o actuar... en los entes abstractos hay tantos órganos cuantas funciones" (80).

Por otra parte, el ente, la sociedad, puede tener varios órganos, y a mayor complejidad mayor número de estos, como sucede con el ente supremo que es el Estado, y en tal caso, el ordenamiento legal, el derecho constitucional en el caso del Estado, el internacional tratándose de las relaciones entre Estados, el derecho corporativo con referencia a asociaciones y sociedades privadas, fija y circunscribe distintas esferas de competencia a cada órgano y circunscribe su actuación para impedir que sobre otros, y en definitiva para permitir que el ente o colectivo cumpla fines y funciones (81).

Los titulares o miembros del órgano, es decir, los funcionarios, los administradores, los agentes de la sociedad que individual o colectivamente integran el órgano constituyen el medio y el instrumento imprescindible para poner en funciones la esfera de competencia, para realizar y ejercitar las facultades y las atribuciones y referidas a cada órgano; en suma, las personas que constituyen el órgano son el vehículo necesario para atribuir al ente los actos que ejecuten y realicen, y para imputarle los efectos de tales actos.

Por otra parte, el órgano no se concibe sin la concurrencia de ambos elementos: el titular o miembro y el contenido, o sea la materia o la esfera de atribuciones que le corresponden (82). Ni ésta sin la persona del funcio-

(80) *Ob. cit.*, pág. 95. y continúa este autor: "A todo órgano corresponde un fin jurídico-social especializado respecto al ente...; en consecuencia, a todo ente corresponde un órgano al menos (que puede ser colegial —con paridad o no de atribuciones a los miembros del colegio— o bien individual); e inversamente, comprobada la existencia de un órgano se necesita admitir y encontrar la existencia del ente relativo".

(81) Este elemento del fin o la función del ente se utiliza por algunos autores para caracterizar al órgano; véanse, DE MARSICO, *cit.*, págs. 79 y s. y 93 y s.; FERRARA, *cit.*, pág. 385; FALZEA, *cit.*, pág. 173.

(82) V. principalmente ZANGARA, *cit.*, pág. 155 FALZEA, *cit.*, pág. 173; DE VALLES, *cit.*, págs. 101 y s.; ALESSI, *cit.*, pág. 385.

nario o del agente, como quisieran FERRARA (83), MINERVINI (84) y RANELETTI (85), ni tampoco el titular sin funciones, o al margen de éstas, como sostienen COMBA y ARANGIO RUIZ (86).

No lo primero, porque entonces el concepto del órgano sería “un conjunto mecánico inerte sin posibilidad de acción” (87) que nada agregaría al concepto abstracto, impersonal, meramente jurídico del ente colectivo al que pertenece; un cúmulo de atribuciones, un conjunto de facultades, en suma, una esfera de competencia como medida de las funciones de la sociedad y como fin de ésta, pero sin la concurrencia de individuos que usen y ejerzan dichas atribuciones y facultades, o sólo repite el concepto mismo y la naturaleza de la sociedad, y entonces constituiría una superfetación estéril, o bien, integraría una propia persona que se agregaría inútilmente a la personalidad del ente. Tampoco es admisible el titular, el funcionario sin funciones, no sólo por la eminente fungibilidad de la persona frente a la permanencia y estabilidad de la función (88), sino también por la presencia y el funcionamiento de varios órganos dentro de una misma persona colectiva, que impone el atribuir a cada titular de órgano distinto, diferentes atribuciones y facultades, respecto a su actuación frente a terceros, y en las relaciones entre ellos, es decir, en las relaciones inter-orgánicas.

En suma, el órgano es la suma y conjunción de ambos elementos; “indica —dice DE VALLES para el derecho

(83) *Le persone giuridiche . . . cit.*, pág. 117.

(84) *Teoria degli organi*, pág. 60; en contra ZANGARA, *cit.*, pág. 154 y ARANGIO RUIZ, *cit.*, págs. 153 y s.

(85) *Cit.* por COMBA, *cit.*, pág. 15. La crítica de esta postura en ZANGARA, *cit.*, págs. 154 y 157 y s.

(86) COMBA, *ob. cit.*, pág. 16; ARANGIO RUIZ, *cit.*, pág. 158. V. también DE VALLES, *cit.*, pág. 94. La crítica de esta posición en ZANGARA, *cit.*, págs. 146 y s.

(87) ZANGARA, *cit.*, pág. 155.

(88) A este respecto v. ALESSI, *cit.*, págs. 385 y s.

público (89)— un concepto complejo, i.e., el oficio que a través de la acción del agente, realiza una función del Estado”.

15.—Varias son las teorías propuestas en la doctrina para explicar la naturaleza jurídica del órgano. “La historia del concepto de órgano, indica SANTI ROMANO (90), de sus desviaciones e inclusive de sus aberraciones, puede servir para demostrar con cuanta fatiga y lentitud llega una categoría jurídica a su más clara y exacta definición”.

Autores tan eminentes como FERRARA, DALMARTELLO, MINERVINI rechazan la necesidad y la conveniencia de acudir a un concepto y a una institución artificiosa y falsa, que sólo constituye una supervivencia o un resabio de la teoría orgánica, hoy superada, que se propuso para explicar la naturaleza de las personas colectivas (91). Una tendencia contraria, representada por FALZEA en el derecho privado, por ZANOBINI, RANELLETTI, MORTATI (92) en el público, afirma la necesidad de contar con la idea del órgano, para explicar la formación de la voluntad del ente y la intervención directa de éste en los actos realizados por los titulares del órgano; inclusive, se llega a atribuir al órgano un carácter subjetivo propio, cercano a la personalidad misma (93), “figura híbrida dice SANTI ROMANO, equívoca y nebulosa que no encuentra base en ningún ordenamiento positivo” (94).

Por último, una tendencia intermedia sostenida y afirmada por la mayoría de los autores indica la existencia necesaria del órgano en las personas colectivas (sobre todo

(89) *Ob. cit.*, pág. 104.

(90) *Ob. cit.*, pág. 166.

(91) A este respecto, v. ALESSI, *cit.*, págs. 382 y s.; DALMARTELLO, *cit.*, ns. 63 y s., págs. 137 y s.

(92) V. DE VALLES, *cit.*, pág. 93; MORTATI, *cit.*, pág. 136; MINERVINI, *Teoria degli organi . . . cit.*, pág. 66.

(93) FALZEA, *cit.*, pág. —; DE VALLES, *cit.*, pág. 104 habla de “una manifestación particular de la subjetividad del ente”.

(94) SANTI ROMANO, *cit.*, pág. 161.

en el Estado) (95), con funciones representativas y no representativas, las cuales, sin embargo, tiene características propias que se distinguen tanto del carácter de los negocios representativos, como de otras formas de representación legal (96), por lo que se habla con toda propiedad, de una **representación orgánica** (97).

La existencia, la actividad, las funciones propias y distintas de los órganos son realidades que no pueden ser negadas, y si bien se discute si los órganos deben existir en fenómenos colectivos primarios como las copropiedades y las comunidades (98), en asociaciones y sociedades personalistas en las que el ordenamiento jurídico no configura ni atribuye esferas propias y distintas de competencia y de atribuciones, o en sociedades de hecho y en períodos de organización o liquidación (99); no hay duda, en cambio, que en las sociedades de capitales, las "sociedades de estructura compleja" como las califica DALMARTELLO (100), en que las funciones se distribuyen entre asambleas de socios, administradores y comisarios, y en que a cada uno de estos corresponde una función específica, propia y compleja, el concepto de órgano es insustituible.

16.—Veamos ahora la naturaleza jurídica del negocio de administración. Para determinar la naturaleza del vínculo que existe entre la sociedad y el administrador, es decir, si se trata de un acto unilateral, o de un contrato, y en este último caso si es un mandato, como repetida-

- (95) V. por ejemplo, DE MARSICO, *cit.*, pág. 86.
- (96) Sobre estas semejanzas y diferencias, véanse, entre otros ARANGIO RUIZ, *cit.*, pág. 164; SANTI ROMANO, *cit.*, págs. 159 y 167; MICHOU, *cit.*, ns. 60 y 64, págs. 134 y 144; DALMARTELLO, *cit.*, pág. 141 (que habla de *rapresentanza qualificata*); FALZEA, *cit.*, pág. 175; MINERVINI, en *Teoria degli organi . . . cit.*, págs. 68 y s.; MORTATI, *cit.*, págs. 135 y s.
- (97) *Supra*.
- (98) Al respecto v. FALZEA, *cit.*, pág. 174.
- (99) El que dichas instituciones asociativas funcionen o no a base de órganos, es cuestión del derecho positivo, v. MINERVINI, *Teoria degli organi . . . cit.*, pág. 63.
- (100) *Ob. cit.*, pág. 135, a las personales las denomina "sociedades de estructura primaria", pág. 130.

mente indica nuestra LGSM (arts. 142, 157) e inclusive su antecedente el C. Co. (arts. 187, 195, 218), o se trata de un convenio distinto, necesitamos distinguir el caso de que la administración (en sus dos aspectos, gestión y administración) corresponda *ex lege* a los socios, de aquél otro en que haya un nombramiento o una designación (que de ambas formas habla la LGSM, arts. 6º frac. IX, 37, 74, 100, frac. IV, etc.).

En el primer caso, que corresponde a las sociedades personales (arts. 40) y a la SRL (74 *in fine*), cuando no se hace designación o nombramiento a favor de persona alguna, no existe, evidentemente, acto unilateral o contrato, ya que no interviene ningún acto de voluntad, ni menos acuerdo inter-partes, ni tampoco aceptación ni otorgamiento de garantía por parte del socio-administrador. Al socio, por ser tal, le corresponde la administración y la puede ejercer con carácter general, es decir, dentro de los límites del objeto social, según indican los arts. 10, 44, 57, 86, aunque no puede obrar aisladamente, sino conjuntamente con los demás socios y de acuerdo con el principio mayoritario (arts. 45, 75).

En cambio, si el carácter de administrador deriva de un nombramiento o de una designación del órgano competente de la sociedad, que es la Junta o Asamblea de socios o accionistas en cualquier tipo de sociedad, estaremos en presencia de un contrato o de un acto unilateral, según que la ley requiera o no, en los diferentes tipos sociales, la aceptación del cargo del administrador para su ejercicio y para entrar en funciones.

Ahora bien, la LGSM no exige en ningún caso, de manera expresa, la aceptación de sus cargos por los administradores; la costumbre, sin embargo, en las sociedades anónimas y en las de responsabilidad limitada cuando menos, sí impone la aceptación, junto con la protesta del fiel o diligente desempeño de las funciones respectivas, así como la prestación de la garantía a que alude el art. 152,

que colocado en el Capítulo de la Sociedad Anónima se aplica a otras sociedades. ]

Las exigencias de otorgar una garantía, que es requisito para inscribir el nombramiento de los administradores en el Registro Público de Comercio (art. 153) y por cuyo cumplimiento debe velar el comisario (art. 1661), y la de tomar posesión del cargo para sustituir al administrador o administradores anteriores (arts. 154 y 237, que también consideramos aplicables a cualquier tipo de sociedad), así como la referencia que hace la LGSM al mandato (arts. 142 y 157) en el caso de la anónima y a gerentes en la sociedad de responsabilidad limitada (arts. 74 y 75), nos convence que estamos en presencia de un acto bilateral, de un contrato.

No obstante, es posible pensar en el funcionamiento de un administrador o de un Consejo de Administración a pesar de no cumplirse los requisitos de aceptación, protesta del cargo y prestación de garantía. El caso se da cuando el nombramiento se hace en la propia escritura constitutiva y se omiten tales requisitos, sin que el Juez, el Ministerio Público y el Registrador paren mientes en las omisiones respectivas. En este caso, que desde luego es irregular y que haría incurrir en responsabilidad al administrador o administradores omisos (art. 157) y al comisario en el caso de las sociedades anónimas (art. 169), estaríamos en presencia de un acto unilateral —la designación o nombramiento— que no requeriría, consecuentemente, de aceptación alguna y que, a semejanza del poder o la procura, otorgaría al administrador facultades de representación, así como de gestión y dirección sociales. Pero, repetimos, sería este un negocio irregular que tendría que sanarse ulteriormente con la aceptación y la prestación de la garantía.

En contra del carácter contractual de la relación o del negocio de administración podría aducirse que el o los administradores, es decir, la administración de la sociedad,

es una parte integrante de ésta, uno de los órganos que constituye la sociedad, por lo que en la relación respectiva de administración no existen las dos partes que necesariamente intervienen en un contrato (101). Esta tesis, no puede admitirse porque confunde al órgano con uno de sus elementos, a saber, su esfera de competencia, las facultades y atribuciones de cada órgano; y prescinde en cambio del otro elemento, o sea, de los titulares, los individuos a cuyo cargo están las funciones y la competencia. Es claro y es evidente que esos individuos, los administradores, están ligados a la sociedad por un vínculo y por un negocio jurídico, y que sostener que en ese negocio intervienen dos partes interesadas equivale a prescindir de la personalidad jurídica de la sociedad, o peor aún, de los individuos, los administradores cuya personalidad, competencia, capacidad no se confunden obviamente con la sociedad a la que sirven.

El vínculo contractual se celebra, pues, entre la sociedad y el administrador; aquélla obra y actúa por medio del órgano respectivo —asamblea de socios—, y éste, en el cargo y lo desempeña como cualquier otro representante o mandatario. Para efectuar el nombramiento, la sociedad no requiere de quien la represente, o sea, de una persona física que celebre el contrato con el administrador, ya que el nombramiento es facultad reservada a las Juntas y Asambleas de socios y basta para ello el acuerdo interno del órgano; pero si tal nombramiento debiera acompañarse de actos externos (v.gr. protocolización, registro) la representación para realizarlos se otorga por la propia asamblea a un tercero, que obraría como delegado especial, o al propio administrador o consejero nombrado, porque no hay inconveniente alguno para que el cumplimiento de forma-

(101) Esta parecería ser la tesis de MANTILLA MOLINA, *ob. cit.*, n. 569, pág. 389 cuando se pregunta "quién representa a la sociedad para conferir mandato a los administradores, si justamente éstos son quienes representan a la sociedad". Sin embargo, la crítica de dicho autor más parece dirigida a la calificación legal del contrato, como mandato, que a la naturaleza contractual del vínculo.

lidades se atribuya al propio representante, tal como sucede con el poder que una persona otorga a otra, encargándola que lo inscriba en el Registro de Comercio.

La tesis contractualista, combatida por muchos juristas (102) y sostenida por otros no menos ilustres (103), vuelve ahora por sus fueros por obra principalmente de FANELLI (104), según indica otro autor que también sigue la tesis del contrato, o sea, MINERVINI (105); sin embargo, la afirmación de tratarse de un contrato de mandato —como lo afirma el art. 142 LGSM— siguiendo la tradición francesa (106), sí está en franca derrota.

Se trata de un contrato especial de administración, como lo califica MINERVINI (107), que es propio (aunque no exclusivo) de las sociedades de capitales, y que corresponde en el derecho público al contrato de empleo de los empleados de la administración (108). Sus carac-

- (102) CANDIAN, *L'azione di responsabilità contra gli amministratori di Società Anonime*, en *Saggi di Diritto*, Padua, 1935, II, págs. 140 y s.; FRE, *cit.*, n. 6, pág. 25, y del mismo autor, *Società per Azioni*, en el *Commentario del Codice Civile* de SCIALOJA y BRANCA, Roma, 1951, págs. 322 y s.; FIQURENTINO, *Gli organi delle Società di Capitali*, Nápoles, 1950, n. 59, pág. 101; BRUNETTI, *Trattato del Diritto delle Società*, Milán, 1948, II, n. 593, pág. 335. En la doctrina española GARRIGUES, en GARRIGUES-URIA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1953, II, pág. 19 y entre nosotros, GALINDO GARFIAS, *Sociedad Anónima. Responsabilidad Civil de los Administradores*, México, 1957, págs. 68 y s.
- (103) VIVANTE, *Trattato . . . cit.*, II, ns. 372, 551, 781 que considera a los administradores y liquidadores como mandatarios y también, *La rappresentanza . . . cit.*, pág. 283; DALMARTELLO, *I rapporti . . . cit.*, pág. 153; ASCARELLI, *Appunti di Diritto Commerciale*, 2ª ed., Roma, 1933, II, pág. 249, quien habla de contrato de arrendamiento de obra; GRAZIANI, *Diritto delle Società*, Nápoles, 1962, n. 109, pág. 371; GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Turín, 1959, n. 81, pág. 291 con amplia bibliografía; MINERVINI, *Gli amministratori . . . cit.*, n. 19, pág. 56; y en la doctrina española, GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 339.
- (104) *La delega di potere amministrativo nella Società per Azioni*, Milán, 1952, n. 18, págs. 95 y s.
- (105) *Ob. ult. cit.*, *loc. cit.*
- (106) Al respecto, v. BERR, *L'exercice du pouvoir . . . cit.*, pág. 130 y GIRON.
- (107) *Ob. ult. cit.*, n. 21, págs. 66 y s.; FANELLI, *cit.*, págs. 90 y s.; lo denomina *contrato de preposición orgánica*, que pertenecería a un género más amplio, el cual incluiría también la preposición de gestión, y la institoria.
- (108) V. al respecto, FANELLI, *cit.*, n. 16, págs. 81 y s.



terísticas principales son, el ser oneroso (art. 181, frac. III LGSM), conmutativo, de ejecución personal y tracto sucesivo, que requiere para su validez del acuerdo de la Asamblea, y que normalmente no exige más formalidades que las propias de la trascipción del acuerdo y de la aceptación en el libro de las asambleas de socios y accionistas (109). El contenido del contrato, no sólo estriba en la ejecución de actos jurídicos —como en el caso del mandato, art. 2546 C. Civ.— aunque ésta constituya su principal objeto, sino también de otros actos de gestión y dirección de la empresa, que pueden no ser estrictamente jurídicos, ni exigir el ejercicio de la representación que corresponde al administrador (110). Además, es una especie del contrato de prestación de servicios en el que teórica, normal y legalmente existe una subordinación al órgano supremo que es la Asamblea de socios y accionistas, pero que en la práctica de muchas sociedades modernas, sobre todo anónimas, y según la corriente moderna del derecho corporativo, tal subordinación se invierte, para quedar sometidos al administrador los demás órganos, y ser él quien establezca la actividad y dicte la política que rija a la empresa (111).

Por esta situación y porque la subordinación a las Asambleas cuando existe, es muy laxa y más de contenido jurídico que económico, no se trata de un contrato de trabajo, sino de un contrato típico que liga al funcionario (administrador, gerente) con la sociedad (112).

- (109) V. MINERVINI, *cit.*, pág. 111. Excepcionalmente, para los liquidadores —que son administradores en la etapa de liquidación— se requiere la inscripción de su nombramiento en el Registro de Comercio, art. 237.
- (110) V. al respecto, MANTILLA MOLINA, *ob. cit.*, ns. 557, 569, págs. 385 y 389; MINERVINI, *ob. ult. cit.*, n. 21, pág. 67.
- (111) V. por ejemplo, MINERVINI, *cit.*, pág. 70.
- (112) BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milán, 1949, I, págs. 290 y s.; quien plantea la duda de que exista una relación real de subordinación y habla de una relación fiduciaria; v. también MINERVINI, *cit.*, págs. 68 y s.

17.—Se ha pretendido distinguir la actuación del o los administradores que forman al órgano de la actividad del representante, afirmando que mientras en la representación el acto realizado por el representante le es imputado a éste y solamente los efectos del acto al representado, en la actuación del titular del órgano el acto y los efectos le son imputados directamente al ente de que el órgano forma parte (113). Es esta la llamada teoría de la imputación (*Zurechnung*) atribuida a KELSEN, en la que la voluntad de la persona física se imputaría a la persona moral (114), por lo que se considera que ésta realiza los actos y a ella se le atribuye la responsabilidad directa de sus efectos, y no meramente la responsabilidad indirecta que le correspondería si se tratara de una representación.

Esta teoría, que asimila el órgano a la persona colectiva, es decir, que considera que el órgano, a semejanza de lo que sucede con la persona física, es sólo una parte de ella, y que la voluntad del agente (administrador) no tiene valor ni trascendencia como voluntad propia sino que se refiere a la persona jurídica como sujeto (115), ha sido criticada y puede afirmarse que está en derrota (116), porque prescinde de la actuación real, inevitable de las personas físicas, exactamente como sucede en el caso de la representación (117).

Nuestro derecho, a semejanza del italiano por ejemplo (118), no prescinde de la actuación ni de la voluntad del

(113) Cfr. MICHOD, *cit.*, pág. 145; FALZEA, *cit.*, págs. 177 y s.; BERR, *cit.*, pág. 41. En contra, SANTI ROMANO, *cit.*, pág. 159; MINERVINI, *Alcune riflessioni . . . cit.*, págs. 64 y s.; y *Gli amministratori . . . cit.*, pág. 2; MORTATI, *cit.*, pág. 151.

(114) ALESSI, *cit.*, págs. 378 y s. y ARANGIO RUIZ, *cit.*, pág. 132.

(115) DE VALLES, *cit.*, pág. 98.

(116) Véanse, principalmente, ARANGIO RUIZ, *cit.*, págs. 132 y s. y MINERVINI, *Alcune riflessioni . . . cit.*, pág. 66.

(117) ALESSI, *cit.*, págs. 381 y s.

(118) SANTI ROMANO, *ob. cit.*, *loc. cit.*

administrador —portador del órgano— en los casos del obrar del ente frente a terceros por lo que rechazamos la distinción propuesta. También, pues, desde este punto de vista es asimilada la administración a la representación: en ambas figuras existe una persona física que al actuar frente a terceros manifiesta su propia e indelegable voluntad, si bien, los efectos del acto se atribuyen jurídicamente a otra persona (119).

También en materia de sociedades, el actuar del administrador en violación de las facultades que le corresponden propias, o en contra de las limitaciones (legales o estatutarias) que le hubieran sido impuestas, es inoponible a la sociedad, como pasa respecto a la representación (120); pero dicha inoponibilidad no implica, ni significa responsabilidad de la sociedad por los actos —ilícitos— cometidos por el administrador en cumplimiento de su cargo y como consecuencia de la actividad que le ha confiado (121). Inoponibles a la sociedad son los actos lícitos o ilícitos que el administrador ejecuta en exceso del objeto social (art. 10) (122), o en contra de prohibiciones o limitaciones que hubieran fijado el ordenamiento legal, los estatutos o los acuerdos de asambleas y del órgano de administración; salvo que de manera expresa los hubiera consentido, autorizado o ratificado el órgano social supremo.

(119) "No hay imputación jurídica de hechos del agente a la sociedad, sino mera atribución por el derecho, a la sociedad, de los efectos o consecuencias del acto ejecutado por el agente" ARANGIO RUIZ, *cit.*, pág. 136.

(120) MINERVINI, *Gli amministratori . . . cit.*, págs. 166 y s.: "El acto ejecutado por el administrador privado de poder representativo, que . . . le compete *ex lege* o por voluntad de la sociedad expresada en el acto constitutivo . . . como cualquier acto realizado por un representante sin poderes, o en exceso de los límites de sus poderes, no produce efectos frente a la sociedad".

(121) ALESSI, *cit.*, pág. 394.

(122) ALESSI, *cit.*, pág. 396.

En cambio, existe responsabilidad de la sociedad por los actos (lícitos e ilícitos) que el administrador o el representante ejecuten dentro de su actividad normal y en cumplimiento del objeto social; en este caso, se trata de una **responsabilidad directa**, por tratarse de hechos propios, es decir, de hechos realizados por el representante y que el derecho atribuye a la sociedad representada (123).

(123) A diferencia de esta *responsabilidad directa* atribuible a la sociedad, existe la *responsabilidad indirecta o vicaria*, "cuando no es el hecho de un sujeto distinto el que se atribuye a uno, sino su culpa o negligencia en cuanto a la elección (*culpa in eligendo*) o la vigilancia (*culpa in vigilando*) en virtud de una relación de servicio. En el caso de la representación orgánica, la responsabilidad es directa" (ALESSI, *cit.*, págs. 392 y s.).