

Segunda parte

CAPÍTULO VIII

LA REPRESENTACIÓN DE LAS SOCIEDADES

38.	Concepto	145
39.	Naturaleza de la representación de sociedades	146
40.	Carácter necesario de la representación de sociedades	147
41.	Naturaleza legal de la representación de sociedades	148
42.	Características de la representación de sociedades	149
43.	Facultades y deberes indelegables del órgano de administración	149
44.	La administración de sociedades	150
45.	El órgano de administración	152
46.	Órganos y representantes sociales	154
47.	Designación de administradores y apoderados	155
48.	Facultades del órgano de administración, de los miembros de éste y de los representantes sociales	156
49.	Noción de órgano	160
50.	Representación y órgano: semejanzas y diferencias	164
51.	Representación de los integrantes del órgano	170
52.	Director general y gerente general, facultades	174
53.	Elementos del órgano	176
54.	Teoría del órgano	179
55.	Naturaleza jurídica del negocio de administración	180
56.	Imputación a la sociedad de los actos de los administradores	184
57.	Representación de sociedades en asuntos judiciales	186

SEGUNDA PARTE

LA REPRESENTACIÓN DE LAS SOCIEDADES

CAPÍTULO VIII

LA REPRESENTACIÓN DE LAS SOCIEDADES

38. *Concepto*

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.³⁴² 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.³⁴³ Uno de los puntos más controvertidos de la doctrina, afirma Mortati,³⁴⁴ 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.”

No aceptamos la tesis que niega la relación de representación y que distingue esta institución de la relación orgánica y del órgano mismo;³⁴⁵ 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*

³⁴² Ver por ejemplo Neppi, *ob. cit.*, p. 93.

³⁴³ Véanse, entre otros, Comba, *Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi con particolare riguardo al Diritto Pubblico*, Turín, 1931, pp. 7 y ss.; Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 2ª ed., Padua, 1952, pp. 136 y ss.; Popesco Ramniceano, *ob. cit.*, p. 413.

³⁴⁴ *Istituzioni...* *cit.*, p. 135.

³⁴⁵ 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, pp. 384 y ss. (quien, sin embargo, sostiene la utilidad y en cierto sentido la necesidad del concepto de órgano); Ferrara, *Le persone giuridiche*, en el *Trattato de Diritto Civile Italiano*, t. II, vol. II, 2ª ed., Turín, 1956, núm. 35, p. 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, p. 110; De Marsico, *ob. cit.*, p. 93; Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milán, 1939, p. 171.

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 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.

39. *Naturaleza de la representación de sociedades*

A semejanza de la que corresponde a menores e incapacitados, la representación de sociedades es de carácter *necesario*, ya que tanto el ente como el incapaz y el menor sólo a través de un representante pueden obrar.³⁴⁶ 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 (artículo 2, párrafo 3º de la Ley General de Sociedades Mercantiles) o que obtenga su inscripción en el Registro (artículo 2, párrafo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles); 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 (artículo 242, fracción VI de la Ley General de Sociedades Mercantiles). Frè,³⁴⁷ va más allá de lo que

³⁴⁶ Vivante, *La rappresentanza delle Società per Azioni*, en RDC, 1932, II, pp. 282 y ss.; Rocco, *La rappresentanza delle Società Commerciali nel Giudizio di Cassazione*, en *Studi di Diritto Commerciale*, vol. I, p. 381, y Mossa, *La rappresentanza degli amministratori delle Società per Azioni*, en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale*, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale, 1955, n. 204, que habla de una representación social, orgánica, propia de las personas jurídicas; Minervini, *Gli amministratori delle Società*, cit., pp. 6 y ss. y en p. 24 sostiene que sería causa de disolución la no designación de administradores, por constituir ello una "imposibilidad de cumplir la finalidad del ente".

³⁴⁷ *L'organo amministrativo... cit.*, pp. 26 y ss.

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; ver infra núm. 40), ni la existencia de órganos depende, de la personalidad, dado que hay instituciones jurídicas sin personalidad y que operan a base de órganos (verbigracia la quiebra, ver infra núm. 45).

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,³⁴⁸ 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.³⁴⁹

40. *Carácter necesario de la representación de sociedades*

En contra del carácter necesario y constante de la representación de las sociedades, podría argumentarse que puesto que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles permite (artículo 8º) que se omita en la escritura constitutiva de cualquier sociedad, tanto la manera conforme a la cual haya de administrarse y las facultades de los administradores (artículo 6º, fracción viii), como el nombramiento de estos y la designación de los que han de llevar la firma social (fracción ix, ibídem), es posible que exista y se constituya una sociedad que carezca —transitoriamente al menos— de representación.³⁵⁰ Sin embargo, tal posibilidad no existe, ya que si se trata de sociedades regular-

³⁴⁸ 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 Frè, *cit.*, pp. 26 y ss.

³⁴⁹ Ver Mortati, *cit.*, p. 136.

³⁵⁰ El derecho italiano afirma el carácter no esencial del órgano, pero sí el de la representación, Frè, *ob. cit.*, pp. 26 y ss., 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.

mente constituidas y ellas son colectivas, comanditas simples o de responsabilidad limitada, la ley atribuye la representación a todos y cada uno de los socios (artículos 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, artículo 91, fracción v) de designar provisionalmente a los administradores (artículos 155, fracción II interpretada por analogía y 208).³⁵¹

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, artículo 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 designaran 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-artículos 2, párrafos 4º, 5º y 6º y artículo 7 párrafo 3º), en el caso de que la escritura o el pacto social sean omisos respecto al nombramiento de administradores (o de comisarios).

41. *Naturaleza legal de la representación de sociedades*

Se trata, por otra parte, de una representación *legal*, que la ley atribuye al administrador o administradores (artículo 10) designados ex-profeso, o a todos los socios si no se hace designación de aquéllos y se trata de una sociedad personal (artículo 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 (artículo 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, y por la otra, éstos, 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 fueron 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” (artículo 154). Lo que constituye el reconocimiento del carácter necesario y permanente de la representación en las sociedades, así como su naturaleza contractual.

³⁵¹ Para las sociedades cooperativas, el art. 3º frac. VIII del Reglamento de la LGSC (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.

42. *Características de la representación de sociedades*

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 y que actúe a través de la persona o personas que designe para que la representen; ni que los terceros que con la sociedad se ligen estén impedidos “de actuar judicialmente para constreñirla al cumplimiento de sus obligaciones”;³⁵² 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 (al 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 que la asamblea de socios o de accionistas asuma dichas facultades; 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.

43. *Facultades y deberes indelegables del órgano de administración*

Los deberes y responsabilidades consiguientes del órgano de administración consistentes en no repartir utilidades cuando no las arroje el balance (artículo 19), constituir la reserva legal (artículos 20 y 21), responder por los actos realizados a nombre de sociedades irregulares (artículo 2, párrafo 5º), vigilar y comprobar la realidad de las aportaciones hechas por los socios, la existencia y regularidad de los libros sociales y de contabilidad y el exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas (artículo 158); son todos ellos indelegables a representantes, funcionarios u órganos secundarios como puede ser un comité técnico.³⁵³

Entre otras, las siguientes son facultades indelegables del órgano de administración (o del o los administradores de las sociedades personales) que no pueden atribuirse a otro órgano, ni conferirse a apoderados o mandatarios; la formación y presentación de los proyectos de balance a las asambleas (artículos 173 y 242, fracción v), aunque evidentemente, gerentes, contadores y otros empleados intervienen y colaboran con los administradores en la preparación

³⁵² Vivante, *ob. ult. cit.*, pp. 282 y ss. Impedimento habría, por ejemplo, en el caso de renunciadas simuladas, fraudulentas o extemporáneas de administradores o representantes (ver *supra* núms. 32 y 33).

³⁵³ *Cfr.* sobre esta materia de deberes indelegables, Rocco, *ob. cit.*, pp. 316 y ss.

de dichos documentos; la firma de bonos de fundador, de certificados provisionales y de títulos definitivos de acciones (artículos 108, fracción VI y 125, fracción VIII); la autorización a que se someta la transmisión de acciones (artículo 130); la conservación de libros y papeles de la sociedad, por los liquidadores, durante los diez años posteriores a la liquidación (artículo 245); la decisión de empates en el Consejo de Administración, precisamente por su Presidente, mediante la emisión del voto de calidad; ³⁵⁴ la dirección general de la empresa (pueden delegarse ciertas y concretas funciones directivas, puede inclusive designarse director general; en uno y otro casos, sin embargo, corresponde al órgano de administración la dirección general y puede él restringir, anular facultades y revocar nombramientos); la función ejecutiva de la voluntad social expresada en la asamblea (cabe, igualmente, que la asamblea o el propio órgano de administración, señale a un delegado especial para la ejecución de actos concretos —artículo 148 de la Ley General de Sociedades Mercantiles—, pero no sería lícita la delegación de esta facultad ejecutiva del órgano, así como las funciones de representación de la sociedad, respecto a las cuales también es posible, evidentemente, el otorgamiento de poderes generales o especiales; pero sin que tal función general se pierda y sin que por ello se restrinjan las facultades del administrador o del consejo) (artículo 150).

44. *La administración de sociedades*

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 los ele-

³⁵⁴ Si bien indelegable a otros miembros del Consejo, a terceros y a socios, apoderados o gerentes, considero que de este derecho al voto de calidad puedan los estatutos privar al Presidente y, evidentemente, puede el Presidente no ejercitarlo en el caso concreto. Sobre la "competencia inderogable" de ciertas funciones del órgano de administración de las sociedades anónimas, ver Graziani, *Diritto delle Società*, Nápoles, 1962, p. 367.

mentos 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.³⁵⁵

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.³⁵⁶ De tal manera que tanto aquéllas como éstas pueden realizar todos los actos y negocios del comercio jurídico, con excepción de los que estuvieren vedados, para una y otras, por el ordenamiento positivo o por la escritura social. 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.³⁵⁷

³⁵⁵ Sobre esta distinción, aclarando que se trata de expresiones relativas, metafóricas, ver Delmartello, *I rapporti giuridici interni nelle Società Commerciali*, Milán, 1937, pp. 11 y 145.

³⁵⁶ Igual en el derecho italiano, según Ferrara, *ob. cit.*, núm. 83, pp. 301 y ss. Ver también Minervini, *cit.*, núm. 50, p. 168 y Graziani, *Se una società per azioni possa prestare garanzie per altra società qualora tale prestazione non sia prevista nell'oggetto sociale*, en Riv. Dir. Civ., 1956, II, pp. 36 y ss.

³⁵⁷ No obsta a la afirmación del texto ni el art. 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ni el art. 26 del Código Civil del 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 pueden ratificar (o autorizar previamente) cualquier acto en exceso del objeto social realizado por el administrador. Tampoco el artículo 26 del Código Civil puede interpretarse en el sentido de otorgar una "capacidad funcional" exclusiva a las sociedades; sino que dicha norma en consonancia con otras del propio Código Civil (v. gr. artículo 2716) debe también interpretarse como límite impuesto al órgano de administración. Sobre esta materia, ver el estudio y la bibliografía citada por Graziani, *cit.*, 39.

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 físicas³⁵⁸ 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.

45. El órgano de administración

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”,³⁵⁹ 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 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 artículo 2546 del Código Civil, ni dicha actividad se realiza bajo la dirección del patrón —sociedad— (artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo), 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 típica aunque no exclusivamente 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.³⁶⁰ Éste, en efecto, se integra de la personalidad jurídica que nuestro

³⁵⁸ Falzea, *ob. cit.*, p. 168. Ver también Comba, *ob. cit.*, pp. 32 y ss. y De Valles, *Teoria Giuridica della organizzazione dello Stato*, Padua, 1931, I, p. 93.

³⁵⁹ Según la terminología de Betti, *ob. cit.*, p. 358.

³⁶⁰ La doctrina prevaliente sobre la naturaleza del órgano afirma esta dualidad de elementos, véanse, en efecto, Alessi, *cit.*, pp. 385 y ss.; Zangara, *cit.*, pp. 157 y ss.; Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, pp. 157 y ss.; De Valles, *cit.*, pp. 101 y ss. Para otros autores, el órgano es, exclusivamente, la persona o personas

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, 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.³⁶¹

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, verbigracia la quiebra y la herencia yacente en el derecho privado, y diversos entes en el derecho internacional.³⁶² 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 (verbigracia síndico, 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 a 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 reflejan a la actividad interna de organización dentro de la propia sociedad (verbigracia, el análisis periódico de la actividad de la empresa —producción, ventas, créditos, cobran-

que lo integran, así, Frè, *cit.*, núm. 9, p. 37; Arangio Ruiz, *Gli enti... cit.*, 1, p. 158; Ferrara, *Le persone giuridiche... cit.*, núm. 35, p. 111 en nota, citados estos dos últimos por Zangara, *cit.*, pp. 146 y ss. (para la crítica de esta tesis, ver Minervini, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private in Studi in Onore de Giuseppe Valeri*, II, pp. 60 y ss.). Por último, también hay quienes afirman que el concepto de "uffici", (el fin o la función, la esfera de competencia) es lo que caracteriza y define al órgano: Ver De Marsico, *cit.*, pp. 94 y ss.; Falzea, *cit.*, pp. 173 y ss.; Berr, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, París, 1961, p. 270 (La crítica a esta tesis en Zangara, *cit.*, p. 154).

³⁶¹ Sobre esta materia, véanse, Comba, *ob. cit.*, pp. 11 y ss. En la doctrina, se han sostenido puntos de vista contradictorios sobre la personalidad del órgano; mientras Esposito, Mortati, Zanobini, etcétera, la afirman, Valles, Jellinek, Michoud, Santi Romano, la niegan. (Para el análisis del punto y referencias bibliográficas, ver Zangara, *cit.*, pp. 145 y ss.; Michoud, *cit.*, pp. 146 y ss.; Santi Romano, *cit.*, pp. 160 y ss.) Mortati, *cit.*, p. 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. Ver en este sentido, Minervini, *Alcune riflessioni... cit.*, p. 63.

³⁶² A este respecto véanse, Santi Romano, *cit.*, pp. 150 y ss.

zas—; 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, etcétera); 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.³⁶³

El contrato de prestación de servicios tampoco agota el contenido de la actividad del órgano de administración, ni 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 inclusive es discutible que exista en el administrador individualmente considerado, que más que estar sometido a la sociedad, la dirige y la guía.³⁶⁴

46. Órganos y representantes sociales

Si bien la representación y la gestión del ente corresponden *ex lege* e indrogablemente, al órgano de administración, ello no significa que la sociedad esté impedida de atribuir dichas facultades a apoderados, factores y gerentes.³⁶⁵ 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 de sus miembros o a cada miembro aislado de él (ver *infra* núm. 50 b), iv) y 51), y en tal caso —que seguramente 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 (de la sociedad, no del órgano) para ejecutar actos y para celebrar convenios y contratos. Además, aun en el caso de un administrador único, 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.³⁶⁶

El carácter y la naturaleza jurídica de la relación que liga a gerentes, directores y apoderados con la sociedad son las mismas que ellas tienen en relación

³⁶³ Ver en este sentido, Santi Romano, *cit.*, p. 167; Mortati, *cit.*, p. 136. En contra Alessi, *cit.*, p. 381.

³⁶⁴ La discusión de este tema en *infra* núm. 55 y notas.

³⁶⁵ Ver Santi Romano, *cit.*, pp. 168 y ss.

³⁶⁶ A este respecto, véase, Falzea, *cit.*, p. 174.

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 Código de Comercio (artículos 309 y siguientes), 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 (artículo 152 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) 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.

47. Designación de administradores y apoderados

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 (artículos 181, 236; y 182 a contrario). Excepcionalmente, como ya vimos (*supra* núm. 40), y meramente con carácter provisional, puede el órgano de vigilancia designar consejeros o administradores, en caso de revocación, muerte, incapacidad o falta de nombramiento original (artículo 155); no es lícito, en cambio, que la designación de uno o varios administradores se haga por terceros, así se trate de acreedores de la sociedad o personas o instituciones a las que los socios acudieran para la designación de árbitros o amigables componedores. Nuestro sistema corporativo tampoco acepta el principio de la co-optación, o sea, la posibilidad de que los miembros activos del Consejo nombren a los faltantes,³⁶⁷ sí, es legítimo, en cambio, atribuir a los distintos grupos de socios o accionistas que integren la sociedad, el derecho exclusivo 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.³⁶⁸

La designación de directores, gerentes, apoderados (generales y especiales) puede corresponder a la asamblea y al órgano de administración (unitario o colegiado) (artículo 145), pero los estatutos pueden privar de tal facultad

³⁶⁷ Para el derecho italiano, ver Minervini, *Gli amministratori... cit.*, pp. 29 y ss.; Fiorentino, *Gli organi delle Società di capitali*, Nápoles, 1950, núm. 56, p. 97; Graziani, *ob. cit.*, pp. 375 y ss., quienes sostienen la misma opinión.

³⁶⁸ 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, pp. 516 y ss. En contra Minervini, *Gli amministratori... cit.*, p. 18.

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.

48. *Facultades del órgano de administración, de los miembros de éste y de los representantes sociales*

Por lo que toca al ámbito de las facultades que corresponden 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 (verbigracia 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 legales (verbigracia para las sociedades anónimas y en comandita por acciones, adquirir, poseer o administrar fincas rústicas; o a toda clase de sociedades que no contengan la cláusula de exclusión de extranjeros, adquirir bienes inmuebles en las "zonas prohibidas"), o que 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 de los actos *ultra vires*, del derecho norteamericano.³⁶⁹

b) A las juntas y asambleas de socios y a éstos individualmente les corresponde la dirección y administración en las sociedades colectivas, comanditas (sólo a los comanditados) y de responsabilidad limitada (artículos 40 y siguientes, 54, 74 y siguientes). 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

³⁶⁹ A este problema nos referimos con mayor amplitud en el inciso d) de este número.

asamblea; como también es posible que, a pesar de tratarse del “órgano supremo” (artículo 178) se prive a la asamblea de ciertas facultades representativas o de gestión, que se atribuyan exclusivamente al órgano de administración.³⁷⁰

c) Al órgano de administración corresponden las facultades que deriven —directa e indirectamente— del objeto o finalidad de la sociedad, establecido obligatoriamente (artículo 6º, fracción II) en los estatutos (artículo 10), y que la ley no atribuya como facultad exclusiva a 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, etcétera). En consecuencia, dicha finalidad constituye un valladar para el órgano de administración, de tal manera, que el violar tal objeto y excederse de 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;³⁷¹ 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.³⁷²

d) 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 como también puede ratificar y aprobar aquellos actos cometidos por el representante que se exceda de sus facultades (ex. art. 2716 del Código Civil). En ambos casos, los actos realizados a nombre de la sociedad obligan a ésta.³⁷³

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

³⁷⁰ Para el derecho francés no parece haber duda alguna, ver Berr, *cit.*, p. 159.

³⁷¹ En este sentido, Minervini, *ob. ult. cit.*, pp. 166 y ss. Ver infra inciso d).

³⁷² Conforme, Minervini, *ob. ult. cit.*, p. 135.

³⁷³ Mantilla Molina, núm. 254 bis, pp. 189 y ss., para quien la responsabilidad social por estos actos sería la de una sociedad irregular (art. 2º pfo. v de la Ley). En ausencia de disposición legal al respecto, no creemos que el sistema de las sociedades irregulares, que se refiere a falta de inscripción en el Registro de Comercio y que impone responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada de “representantes y mandatarios”, sea aplicable.

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.³⁷⁴ 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.

e) En cuanto a las facultades y poderes que corresponden a los miembros del consejo de administración, ya decíamos (supra núm. 40) que salvo al presidente del consejo a quien la ley otorga facultad de ejecutar actos concretos en caso de falta de designación de un delegado especial (artículo 148), aisladamente no les corresponde ninguna facultad representativa la cual se otorga al consejo mismo, como órgano colegiado. Pero, *quid iuris* respecto a la posibilidad legal de limitar las facultades y poderes de alguno o de algunos de los miembros del consejo, como tales miembros, partes de un todo? Es decir, ¿cabe la posibilidad de restringir las facultades de algún administrador para que por ejemplo, tenga derecho de voto solamente respecto a determinados asuntos (verbigracia los de naturaleza técnica o financiera, o contable, o legal) o en relación a determinadas situaciones (por ejemplo, que sólo vote en ocasión de la transmisión de acciones para la cual se requiera el acuerdo del consejo; o en relación a la discusión de un contrato, o a su terminación; o en casos de empate en las votaciones de los demás miembros del consejo ya sea porque se haya negado al presidente del consejo el voto de calidad, o porque éste no lo quiera o no lo pueda ejercitar —verbigracia, en caso de conflicto de intereses—)? La ley es omisa, pero al hablar de que los administradores son mandatarios (artículo 142), nos parece lícito admitir que pueda conferírseles un mandato o un poder limitado o especial a alguno o algunos de los miembros del cuerpo colegiado; además, cuando al establecer los requisitos de la escritura constitutiva de una sociedad comercial cualquiera, la fracción viii del artículo 6º indica que se fijen las facultades de los administradores, y la fracción ix requiere que se designe aquel o aquellos administradores que han de llevar la firma social, claramente admite, por una parte, que haya administradores que gocen de facultades —uso de la firma social— que se niega a otros, y por otra parte que el problema de las facultades que correspondan a los miembros del órgano, es sólo un problema convencional que deriva de las cláusulas estatutarias.³⁷⁵

³⁷⁴ 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, ver supra núm. 43.

³⁷⁵ La admisión de limitaciones o restricciones que se impongan a cierto administrador va ligada muchas veces con el problema de su designación y de la terminación de su cargo o de sus facultades. Por ejemplo, si lo que se trata es de designar un administrador que desempate una votación —especie de árbitro— será porque dicho empate tampoco puede resolverse en la asamblea de accionistas, dado que en

En todo caso, sin embargo, tenemos que admitir ciertas restricciones a tal facultad de limitar los poderes de los administradores; en efecto, no debe impedirse, a través de ella, el ejercicio normal de las funciones de administración y de representación del órgano; ni tampoco debe hacerse nugatorio el carácter colegiado del órgano, que se debe regir por el principio mayoritario (lo que se conseguiría distribuyendo individualmente funciones de la administración social); igualmente, no se deben restringir las facultades de aquellos administradores que representen a la minoría, sin que en forma igual se restrinjan las de la mayoría (ex-artículo 144 *in fine*). La cláusula estatutaria que en violación de tales normas y principios de orden público regulara la administración o impusiera restricciones a uno o más administradores, sería nula.

f) Por lo que se refiere a gerentes o directores, 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 e indiquen en los documentos en que conste su designación y su poder. Sin embargo, tratándose de gerentes el artículo 146 les atribuye “las más amplias facultades de representación y ejecución dentro de la órbita de facultades que les hayan asignado”; o sea, que tratándose de gerentes generales, les corresponderá la representación general de la sociedad. La terminología del artículo 146, para no ser contradictoria, debe interpretarse, como bien dice Mantilla Molina,³⁷⁸ en el sentido de que

ella pudieran estar también representados paritariamente los distintos grupos de accionistas en conflicto. Los grupos de socios, en este caso, podrían convenir en la designación del administrador-tercero en discordia, en el seno por supuesto de la asamblea ordinaria, y creemos que, inclusive, dicha designación pueda restringirse sólo al acto y al voto de desempate, para que automáticamente después el consejero deje de serlo, y se entienda terminada su designación. Esto nos lleva a afirmar, así sea incidentalmente, que el cargo de administrador, no sólo termina por revocación y renuncia, sino también como es obvio, por muerte, y por transcurso del término para el que fue designado (art. 142), por inhabilitación e interdicción así como por cumplimiento del acto para el que fue otorgado. En la doctrina, en este sentido, ver el interesante estudio de Dalmartello, *Validità e invalidità della clausola «simul stabunt simul cadent» nella nomina degli amministratori di Società per Azioni*, en Rivista Diritto Fallimentare, 1956, II, pp. 156 y ss.; en el que a propósito de una cláusula estatutaria que establecía la automática terminación del cargo de los demás consejeros por la renuncia o revocación de uno de ellos (*simul stabunt, simul cadent*), admite la plena validez de dicha cláusula en contra de tal principio, pero admitiendo otras causas de terminación, Frè, *La clausola “simul stabunt, simul cadent” nella nomina degli amministratori di società per azioni*, en La Società per azioni alla metà del secolo XX, *Studi in memoria di Angelo Sraffa*, Padua, 1962, vol. I, pp. 265 y ss. Ver también, Minervini, *Gli amministratori...* cit., pp. 480 y ss.: “no existe un principio o una norma que imponga un *numerus clausus* de las causas de extinción de la relación de administración...”, y Rubino, *Le Associazioni non riconosciute*, Milán, 1940, p. 114, quien admite como causa de terminación, además de la revocación, la renuncia y el abandono del cargo, el cumplimiento de la condición a la que se hubiera sometido el cargo.

³⁷⁸ Ob. cit., núm. 582, p. 397.

las facultades asignadas deriven del nombramiento que expresamente se atribuya al gerente, es decir, de que sea general o especial. Si fuera general, su representación sería amplísima (aunque no se especificara así en el nombramiento), sin más limitaciones que las del objeto social. En cambio, si el gerente es especial, sus facultades sí dependerán de las atribuciones que se fijen en el acto de su nombramiento (ver supra núm. 47). Se trata, pues, de un régimen de nombramiento expreso y de facultades legales, si se trata de gerentes generales (como es el caso de la asamblea, o del consejo cuando los estatutos no privan a este órgano de las facultades relativas); o bien, de facultades convencionales —estatutarias o que deriven de acuerdos de juntas y asambleas— conferidas a quienes los designen, si se trata de gerentes especiales. Igualmente, tratándose de apoderados, el mero nombramiento no basta, sino que se requerirá que expresamente se fijen sus atribuciones y facultades.

49. *Noción de órgano*

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 Ley General de Sociedades Mercantiles se refiere al “órgano” al tratar de la asamblea de socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada (artículo 77) y de asamblea de accionistas en la anónima (artículo 178), y cuidadosamente evita usar tal término para referirse a las funciones y a los encargados de la administración y de la vigilancia; la Exposición de Motivos de nuestra ley y la doctrina mexicana, en cambio, sí utilizan tal concepto y la expresión relativa.³⁷⁷

Contrariamente, la Ley en forma expresa establece que “el Consejo de Administración será el *órgano ejecutivo* de la asamblea y tendrá la representación de la sociedad y la firma social” (artículo 28); atribuyéndole, en consecuencia, funciones meramente de representación y ejecución de actos jurídicos sin concederle las de dirección y gestión que más que las anteriores son administrativas.

A pesar de que la Ley no califique expresamente a la administración y a la vigilancia como órganos,³⁷⁸ tal calificación es implícita y muy clara cuando en los mencionados artículos 77 y 178 se establece que las asambleas de ambos

³⁷⁷ Véanse, Mantilla Molina, *cit.*, núms. 339, 376, 427, 569, etcétera; Rodríguez Rodríguez, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, 2ª ed., México, 1959, t. II, pp. 1 y ss., 83, 139; Galindo Garfias, *Sociedad Anónima. Responsabilidad Civil de los Administradores*, México, 1957, pp. 39 y ss.

³⁷⁸ 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.

tipos sociales (Sociedad de Responsabilidad Limitada y Sociedad Anónima) 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, atribuyéndole distintas facultades de gestión, de dirección y de representación de la sociedad.³⁷⁹

El concepto de órgano, como tantos otros en materia de sociedades, se propuso y se aplicó al derecho público —constitucional e internacional— y de dicho campo fue trasplantado al derecho mercantil.³⁸⁰

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, la capacidad de obrar, dice Santi Romano, se requería proveerlo de órganos, es decir, de elementos que no se limitaran a actuar por él, sino que lo hicieran actuar, concediéndole la posibilidad de hacer propia, jurídicamente hablando, la voluntad y la acción de individuos que no fuesen extraños sino incorporados a su estructura.”³⁸¹

En el Derecho Internacional Público y en el Derecho Canónico, igualmente, se acudió al órgano para explicar el funcionamiento y la finalidad de ciertos entes internacionales y de la Iglesia Católica, que desde el Vaticano hasta las Vicarías y Curatos funciona a 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;³⁸² b) Fin y función específica de cada órgano dentro del ente;³⁸³ c) Como consecuencia de lo anterior, atribución por el ordenamiento jurídico de una

³⁷⁹ En la doctrina, diversos autores sostienen que en definitiva la adopción de la teoría del órgano es una cuestión meramente de derecho positivo: ver Minervini, *Alcune riflessioni...* cit., p. 63; Mortati, cit., p. 136, y sobre todo De Marsico, cit., pp. 79 y ss.

³⁸⁰ Santi Romano, cit., pp. 148 y ss. Otro ejemplo en una situación semejante, es la teoría del abuso del derecho —mayorías vs. minorías— aplicada a sociedades; ver Berr, cit., pp. 275 y ss.

³⁸¹ Ob. cit., p. 148; Falzea, cit., pp. 177 y ss., habla de “inherencia y absorción” del órgano al ente. Ver también, Mortati, cit., p. 136 y para el derecho privado Greco, *Il direttore tecnico di un' anonima e la rappresentanza delle società*, RDC, 1932, II, pp. 47 y ss.

³⁸² Véanse Arangio-Ruiz, cit., pp. 121 y ss.; Santi Romano, cit., p. 160; Zangara, cit., p. 145 y la amplia bibliografía que cita; Jeilinek cit. por Michoud, y este mismo autor, ob. cit., pp. 136 y ss.; este problema, también depende, como dice Mortati, cit., p. 143, del derecho positivo.

³⁸³ Al respecto, ver De Marsico, cit., pp. 79 y ss. y 93 y ss.; Falzea, cit., p. 173.

“esfera de competencia” —*affizi*— distinta para cada órgano;³⁸⁴ d) Nombramiento y designación de agentes y funcionarios —personas físicas— que forman parte del ente y que actúan como titulares del órgano,³⁸⁵ 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*.³⁸⁶

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 una 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;³⁸⁷ por otra parte, del cúmulo de facultades concedidas al órgano, las que notoriamente exceden a la representación;³⁸⁸ 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 de ellos de una función principal y específica que, sin embargo, se concede a los otros órganos de manera secundaria.³⁸⁹

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

³⁸⁴ Santi Romano, *cit.*, pp. 162 y ss. “La pertenencia necesaria e indestructible de una función a un *quid especial* dice De Marsico, *cit.*, p. 86, convierte en órgano a este *quid*.”

³⁸⁵ Santi Romano, *cit.*, pp. 154 y ss.

³⁸⁶ Baldo, *cit.* por Alessi y este autor en *Sul fondamento de... cit.*, p. 385 y Zangara, *cit.*, p. 160.

³⁸⁷ De Marsico, *cit.*, p. 80.

³⁸⁸ Para la explicación de la administración social en relación a la institución de la representación ver Comba, *cit.*, pp. 23, 30 y 34 y ss.

³⁸⁹ 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 de los administradores, pero tal función también se ejerce por estos dos órganos respecto a los actos de la 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.

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.³⁹⁰ 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 dicho 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 típica 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",³⁹¹ también resulta innegable que tales relaciones no se identifican con las que se establecen entre representado y representante, ya que en aquéllas, o ambos agentes serían representantes desapareciendo el representado, o ninguno de ellos actuaría como tal representante, y en ambos casos, evidentemente, se excluye la idea de la representación.³⁹²

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,³⁹³ y en las relaciones entre padres e hijos o patrones 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.³⁹⁴

³⁹⁰ Al respecto, en el derecho público véase Mortati, *cit.*, pp. 150 y ss.; Zangara, *cit.*, p. 151; Falzea, *cit.*, pp. 171 y ss. En contra, Dalmartello, *ob. ult. cit.*, pp. 139 y ss.

³⁹¹ Mortati, *cit.*, p. 137.

³⁹² Ver Santi Romano, *cit.*, pp. 163 y ss. En contra, Dalmartello, *ob. ult. cit.*, p. 145.

³⁹³ En este sentido, ver Minervini, *Gli amministratori... cit.*, p. 2. Solución contraria a la que predica Mantilla Molina, núm. 254 bis, pp. 189 y ss. Respecto a los actos *ultra vires*. (V. supra nota 373).

³⁹⁴ Ver Alessi, *cit.*, p. 392; Minervini, *Alcune riflessioni... cit.*, p. 69 y Mortati, *cit.*, p. 136.

50. Representación y órgano: semejanzas y diferencias

Analicemos y comparemos más a fondo los conceptos de representación y de órgano.

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 funcionamiento, por lo que, en el mejor de los casos, deberíamos hablar de una representación especial, de una *representación orgánica* en materia de entes colectivos y personas morales.³⁹⁵

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 dimanar directamente de la ley y de la estructura misma del ente. Este, exige la presencia del órgano, y un mínimo de facultades representativas y de gestión y dirección que se le concedan; 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.

Ahora bien, debemos distinguir dicha representación del órgano u orgánica, de la que se atribuya a gestores,³⁹⁶ gerentes y apoderados, la cual, como ya vimos (supra núm. 40), 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;³⁹⁷ éste es irrelevante, y las fuentes son varias sin que por ello se cambie la estructura de la representación.

³⁹⁵ Así, Mossa, *ob. cit.*, p. 204; Santi Romano, *cit.*, p. 168; Alessi, *cit.*, p. 390; Frè, *cit.*, núm. 8, pp. 32 y ss.; Zangara, *passim* y p. 258, quien prefiere llamarla representación institucional; Greco, *ob. cit.*, p. 27, que afirma el carácter necesario de la representación de sociedades.

³⁹⁶ 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 periodo de organización, sobre todo en la forma de constitución sucesiva de las anónimas. En este sentido, véanse, Minervini, *Gli amministratori...*, *cit.*, p. 74 quien cita a Scialoja, Auletta y Graziani.

³⁹⁷ Vivante, *Trattato...*, *cit.*, vol. I, núm. 250, p. 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."

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 a través del órgano de administración. No puede existir representación, según Ferrara,³⁹⁸ 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 (artículos 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 (artículo 142), del gerente único en la sociedad de responsabilidad limitada (artículo 74), o por último el de un solo socio (persona física) en las sociedades colectiva y en comandita simple (artículo 40), independientemente de las otras facultades que le corresponden como tal órgano de administración, la representación que le conceda la ley (artículo 10) como efecto y consecuencia necesaria del acto constitutivo,³⁹⁹ 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*),⁴⁰⁰ 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

³⁹⁸ Cit. por Comba, *cit.*, p. 18.

³⁹⁹ Minervini, *Gli amministratori... cit.*, p. 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.

⁴⁰⁰ No aceptamos la tesis de Michoud, que atribuye a la persona física titular o portador del órgano —*Organträger* que dice Jellinek— derechos subjetivos como tal titular. Los tiene, como representante, director, gerente, etcétera; el órgano, singular o plural, carece de personalidad. En la doctrina, ver Comba, *cit.*, pp. 14 y ss.

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 (artículos 147 y 208), y no prohibido, y por tanto permitido para la sociedad colectiva, la sociedad en comandita y la sociedad de responsabilidad limitada (artículos 40 y 74 *in fine*, en relación con el 6º, fracción I),⁴⁰¹ plantea, en todo caso, problemas 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 aquella por su negligencia o mala fe al escoger sustituto, o por la insolvencia de éste, artículo 2575 del Código Civil), como entre aquella 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, si bien, los efectos de los actos celebrados por el agente a nombre de la sociedad representada recaen íntegramente en ésta. 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 (artículo 2576 del Código Civil).

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,

⁴⁰¹ 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) Ley General de Sociedades Comerciales.

conjunta o conjuntiva,⁴⁰² 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 el principio mayoritario, artículo 75) (infra núm. 50),⁴⁰³ y a la liquidación de los cinco tipos de sociedades reglamentados en la Ley General de Sociedades Mercantiles (artículo 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 artículos 75 y 239⁴⁰⁴ de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, distingue, en efecto, la representación colegial —que también es plural o colectiva— de esta conjuntiva que analizamos; la cual no está expresamente prevista para los negocios representativos regulados en el Código Civil (mandato artículos 2546 y siguientes; contrato(s) de prestación de servicios artículos 2605 y siguientes; obligaciones conjuntivas artículos 1961 y siguientes) ni en el Código de Comercio (comisión, artículos 273 y siguientes).⁴⁰⁵

Creemos que en la representación conjunta, “todos los representantes deben, necesariamente, prestar su consentimiento respecto a cada acto”; “... la utilidad de la representación conjunta está en el hecho de que cada uno de los

⁴⁰² “*Procura congiuntiva*”, la denomina Caputo, *La procura colectiva*, cit., pp. 52 y ss.

⁴⁰³ Las sociedades colectivas, comanditas y cooperativas se rigen, en este caso de representación plural, por el principio de mayoría de votos (arts. 45 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y 30 de la Ley General de Sociedades Cooperativas y 37 Regl. Ley General de Sociedades Cooperativas); 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 constituirá un consejo, como el propio art. 143 establece.

⁴⁰⁴ Este último, tiene su antecedente en los párrafos 150 y 298 del Código de Comercio alemán de 1897; ver al respecto, Caputo, cit., pp. 42 y ss.

⁴⁰⁵ Sí prevé, en cambio, el Código Civil (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, etcétera (Ver infra núm. 57 nota 511). Excepciones de tal norma son los arts. 75 y 239 de la Ley General de Sociedades Mercantiles 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, ver Vivante, cit., núm. 260, p. 279). sino por mayoría de votos (y por unanimidad en los casos de excepción que analizamos).

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".⁴⁰⁶

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 conjunta, en cuanto que, salvo pacto en contrario, la representación no se otorga aislada o separadamente a cada uno de los miembros del órgano,⁴⁰⁷ 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 (artículos 45, 75 y 143), y no a la unanimidad de sus componentes, salvo también que la escritura social exija el voto unánime de los miembros del consejo (sobre el principio de la mayoría, ver *infra* núm. 57).

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 éstos, 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.

Además y como consecuencia de dicha actuación, mientras que el consejo requiere una actuación colegial, o sea, la reunión de sus miembros en juntas debidamente convocadas, la deliberación en ellas de los asuntos listados en las convocatorias y la decisión (unánime o mayoritaria) de los asuntos considerados, y mientras, igualmente, se exige del consejo que sus miembros concurren 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;⁴⁰⁸ el órgano plural conjuntivo, no requiere reunión alguna de colegio, ni deliberación de sus miembros en una junta *ad hoc*, ni expresión de voluntad de todos y cada uno por medio y a través de las formalidades del voto, sino que

⁴⁰⁶ Caputo, *cit.*, pp. 56 y ss., quien llega a la conclusión lógica de que la invalidez de la declaración de uno de los representantes invalida la representación colectiva, pp. 70 y ss. Ver también, Vivante, *cit.*, pp. 278 y ss.

⁴⁰⁷ Lo contrario sucede en el derecho francés, según dispone el art. 1857 del Código Civil; pero igual solución adopta la ley de sociedades anónimas recientemente derogada por la que entró en vigor el 1º de febrero de 1967, según Berr, *ob. cit.*, p. 112.

⁴⁰⁸ Cfr. Graziani, *Diritto delle...* *cit.*, pp. 377 y ss.; Greco, *Le società...* *cit.*, p. 299 y Galgano, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padua, 1960, pp. 8 y ss.

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.⁴⁰⁹ Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles recoge esta distinción cuando exige la constitución de un consejo en el caso de pluralidad de administradores de sociedades anónimas (artículo 143), y no en los casos de pluralidad de liquidadores (artículo 235), o de gerentes de sociedades de responsabilidad limitada (artículo 74).

Consecuencias, pues, de la distinción anterior son que mientras es válido y vinculatorio un acuerdo mayoritario (salvo que el contrato social requiera unanimidad),⁴¹⁰ adoptado debidamente por y en el seno de un consejo de administración de la sociedad anónima, se requiere la unanimidad en el caso de los liquidadores (artículo 239) y de los gerentes de la Sociedad de Responsabilidad Limitada cuando el contrato social exija que ellos obren conjuntamente (artículo 75). Además, dado que el acuerdo del consejo requiere la reunión de la junta, la deliberación y la resolución, no serían válidos los actos ejecutados por los administradores fuera del consejo, es decir, sin junta previa, aunque en ellos apareciera el consentimiento y la firma de todos los miembros del consejo (porque no habría la actuación colegiada ni la unanimidad —o la mayoría— se obtendrían como efecto de una deliberación previa); en cambio, tratándose de un simple órgano plural, no colegiado, el acuerdo unánime tanto puede obtenerse aisladamente de cada administrador, como en una reunión especial a que fueran convocados todos ellos.

c) Otra diferencia que los autores señalan entre representación y órgano se hace consistir en que mientras en aquélla existe la voluntad del representado y del representante, con capacidad de obrar y de querer en ambos, tratándose del órgano, en una persona moral, no existe voluntad ni capacidad de obrar de ésta;⁴¹¹ 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 (*Organtträger*) forman a éste;⁴¹² y que es precisamente a través de ellos que la persona

⁴⁰⁹ 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.*, núm. 18, p. 58.

⁴¹⁰ Sobre la validez de este pacto, con opiniones también afirmativas de Minervini y Vendetti; ver Greco, *ob. ult. cit.*, *loc. cit.*

⁴¹¹ Ver a este respecto, Comba, *cit.*, pp. 5 y ss.

⁴¹² Para la crítica de esta teoría atribuida a Ranelletti, ver Comba, *cit.*, pp. 15 y ss. quien a su vez, cae en la tesis opuesta, aún menos aceptable: "órganos de la personalidad jurídica deben considerarse los individuos... La falta de éstos no provoca

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, si no es por y 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*,⁴¹³ o como Zangara prefiere llamarla, *representación institucional*.⁴¹⁴

51. Representación de los integrantes del órgano

Después de analizar el carácter representativo del órgano de administración, debemos estudiar las facultades de representación que atribuyen nuestras leyes a los integrantes de dicho órgano.

a) Tratándose de la administración de las sociedades personales, todos y cada uno de los socios son representantes generales⁴¹⁵ (salvo disposición en contrario de los estatutos, artículo 44), pero las decisiones se tomarán en colegio, por mayoría de votos (artículo 45). Si no hay una designación especial, todos los socios concurren en la administración (artículo 40, que también se aplica a la Sociedad de Responsabilidad Limitada y sólo a los comanditados en la Sociedad en Comandita), por lo que en este caso se confunden las funciones correspondientes a la junta de socios y las de la administración, y no se integra propiamente este órgano;⁴¹⁶ sin embargo, tanto en estas sociedades

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 las 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, etcétera, 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.

⁴¹³ Santi Romano, *cit.*, p. 168; Alessi, *cit.*, p. 390; Frè, *cit.*, pp. 32 y ss.; Mossa, *cit.*, p. 204; Falzea, *cit.*, p. 180, sostiene la opinión criticada en el texto: "hacia el exterior, el órgano no se ostenta con una subjetividad propia, como sí sucede en cambio con la representación".

⁴¹⁴ Ob. *cit.*, p. 258.

⁴¹⁵ Así en el derecho italiano anterior, ver Dalmartello, *I rapporti... cit.*, pp. 128 y ss., para el nuevo derecho, con variantes, ver Ferri, *Delle società*, en el Commentario de Scialoja e Branca, Roma, 1960, p. 99.

⁴¹⁶ Cfr. Ferri. *Delle società*, pp. 96 y ss.

como en cualesquiera otras, los estatutos pueden excluir a los socios de la administración, o al contrario, exigir la calidad de tales para ser administradores;⁴¹⁷ y si se trata de sociedades que sean socios, salvo en la anónima que prohíbe que ellas sean administradores, las personas designadas para representarlas actuarían como administradores.⁴¹⁸

El ámbito de las facultades de los administradores —socios o no socios— en estas sociedades, como también en los otros tipos, lo fija, como repetidamente hemos dicho, el objeto de la sociedad (artículo 10), tomado este término de manera amplia, para referirse a la actividad económica de la empresa.⁴¹⁹ Cualquier limitación a estas facultades debe ser expresa y derivar de los estatutos o de un acuerdo de la junta o asamblea, el cual debe ser conocido de terceros para que les sea oponible.⁴²⁰

b) En la Sociedad de Responsabilidad Limitada, si hay designación de varios administradores⁴²¹ —gerentes— ellos actúan en colegio, por mayoría de votos,⁴²² o en forma conjunta, unánimemente. En ambos casos, todos y cada uno de los gerentes son representantes generales, según dispone el artículo 86 que remite al artículo 44 antes citado.⁴²³

c) En materia de sociedades anónimas y comandita por acciones (sólo para los socios comanditados) si la administración es plural, recae siempre en un consejo, que como decíamos, actúa mediante deliberación y por mayoría de votos. A diferencia, sin embargo, de las otras sociedades, la representación no se otorga aisladamente a los miembros del consejo, sino a éste actuando en forma colegiada,⁴²⁴ sin que los vicios o defectos de la integración del órgano, de su convocatoria y reunión, o del acuerdo tomado, sean oponibles a terceros de buena fe.⁴²⁵ Excepcionalmente, respecto a actos concretos y siempre que

⁴¹⁷ Para este último supuesto, ver Minervini, *Gli amministratori... cit.*, pp. 99 y ss.

⁴¹⁸ Minervini, *cit.*, p. 93.

⁴¹⁹ Mossa, *La rappresentanza... cit.*, pp. 205 y ss.

⁴²⁰ Cfr. para sociedades personales, Ferri, *Delle... cit.*, pp. 105 y ss.

⁴²¹ En el tipo especial de Sociedad de Responsabilidad Limitada de Interés Público, siempre se requiere un Consejo de Administración "compuesto de tres socios por lo menos" (art. 10 de la Ley relativa).

⁴²² Nada obsta para que la escritura social exija unanimidad en la actuación del colegio, o para ciertos asuntos que se le sometan; en todo caso, a diferencia de la actuación conjunta, se requerirá la junta, la deliberación y el voto.

⁴²³ El gerente de la SRL reglamentada en la ley francesa de 2 de marzo de 1925 es representante general sin limitaciones. "*La Société à responsabilité limitée* —dice Ripert (*cit.*, por Berr, *cit.*, p. 72)— *vaut ce que vaut le gérant.*"

⁴²⁴ Así, para el derecho francés, Berr, *cit.*, p. 119; en la ley de 1867, sin embargo, regia el principio del art. 1857 del Código Civil que a falta de designación concede la representación a cada uno de los miembros del consejo.

⁴²⁵ Al respecto, ver Minervini, *Gli amministratori... cit.*, pp. 170 y ss.; Mossa, *La rappresentanza... cit.*, p. 208 quien invoca la teoría de la apariencia.

el órgano de administración (o la asamblea de accionistas) no hubiera designado a uno de los miembros como delegado especial, recae en el presidente del Consejo de Administración la representación para la ejecución de dichos actos concretos.⁴²⁶ Así pues, en nuestro sistema, a semejanza del derecho italiano,⁴²⁷ no corresponde al presidente del Consejo la representación general, y sólo la especial indicada (artículo 148); tampoco corresponde al presidente la dirección de la sociedad, como sí sucede, en cambio, en el derecho francés, de acuerdo con el artículo 2º de la ley de 16 de noviembre de 1940,⁴²⁸ que atribuye la dirección general al Presidente-Director, y la administración al Consejo,⁴²⁹ diferenciando así ambas funciones que tradicionalmente (en Francia, según la ley de 1867, y fuera de Francia) se confundían, o cuando menos se atribuían al mismo órgano de administración.

¿Qué debemos entender por actos concretos? A mi juicio, sólo aquellos que han sido sometidos a una deliberación y han sido acordados por el órgano competente (consejo o asamblea); de tal manera que no basta que el acto relativo esté previsto, expresa o implícitamente, directa o indirectamente, en el objeto o finalidad de la sociedad, sino que se requiere *concretizar* dicha finalidad abstracta mediante el acuerdo respectivo.

Ahora bien, si a los integrantes del consejo no corresponden *ex lege* facultades representativas, éstas sí pueden serles atribuidas por el pacto social o por acuerdo del propio órgano de administración, o de la asamblea de accionistas; e inclusive, cabe que a uno o a algunos de los integrantes del órgano se concedan en los estatutos poderes o facultades especiales, que no se atribuyan a los demás miembros; con tal que esto no impida ni estorbe la actuación colegiada del órgano, ni el cumplimiento de las funciones administrativas que

⁴²⁶ Y sólo para éstos; ni siquiera tendría la representación procesal pasiva (art. 45 del Código Procesal Civil del D. F.), ni aquella para recibir notificaciones (art. 116 ib). (Sobre representación de las Sociedades en materia procesal, ver infra núm. 57.) Al respecto, ver Mossa, *La rappresentanza... cit.*, pp. 206 y ss., y Minervini, *Gli amministratori... cit.*, p. 146; sin embargo, ambos autores conceden, en el derecho italiano, la representación pasiva a cada miembro del Consejo tratándose de órgano plural no colegiado (Minervini, *ob. cit.*, p. 147 y Mossa, *Trattato... cit.*, t. 1, p. 518; ver también, Tamburrino, *cit.*, p. 278). En cambio, si al administrador o a los administradores se ha concedido la representación general de la sociedad, les corresponderá la ejecución de todos los actos propios del objeto social, inclusive todos los de naturaleza procesal (Cfr. Rocco, *La rappresentanza... cit.*, t. 1, pp. 379 y ss.), con excepción de aquellos que requieran cláusula especial, si ésta no se incluye expresamente dentro de las facultades concedidas, o en el poder que se otorgue (v. gr. desistirse del juicio de amparo, art. 14 Ley de Amparo; articular posiciones, art. 310 del Código Procesal Civil).

⁴²⁷ Ver Minervini, *Gli amministratori... cit.*, pp. 145 y ss. y Mossa, *La rappresentanza... cit.*, p. 206.

⁴²⁸ Cfr. Berr, *cit.*, núm. 183, pp. 126 y ss. Igual dispone el art. 113 de la nueva Ley núm. 66-537 del 24 de julio de 1966 (que entró en vigor el 1º de febrero de 1967) sobre las Sociedades Comerciales.

⁴²⁹ *Ibidem*, núms. 185 y ss., pp. 127 y ss.

corresponden a éste (ver supra núm. 50). Si dichas facultades representativas se refieren a un acto concreto, el miembro del consejo a que se atribuyan actúa como *delegado*, en los términos del artículo 148 antes citado⁴³⁰ y le corresponderán todas las facultades necesarias para la ejecución del acto concreto.

Puede igualmente otorgarse representación a uno o varios miembros del consejo, ya sea mediante cláusula especial en los estatutos, o bien a través de un poder especial o general (apoderados), o designación como director o gerentes generales o especiales, y en estos casos la ley exige que el órgano que los designa, o los estatutos de la sociedad, indiquen las facultades que se les confieren (artículo 146).

d) Respecto a las sociedades cooperativas, la administración y representación siempre recae en un consejo (artículo 28 de la Ley General de Sociedades Cooperativas), que actúa por mayoría de votos (artículos 30 ibídem y 37 Reglamento de esta Ley), o por unanimidad si así lo requieren las bases constitutivas; no corresponde la representación a los miembros del órgano, aunque en uno de ellos debe recaer la representación para asuntos judiciales (artículo 36, fracción VI), y ninguno de ellos puede ser designado gerente (fracción VII). Además, la representación del órgano de administración tiene ciertas limitaciones legales (ver artículo 36, fracción XVII Reglamento de la Ley General de Sociedades Cooperativas).

e) Por último, con excepción de las cooperativas y la Sociedad de Responsabilidad Limitada de Interés Público, la administración de las sociedades puede recaer por disposición estatutaria en una sola persona —administrador único— caso en el cual, a él corresponderá la representación general de la empresa, sin más limitaciones que las que deriven del pacto social, del acuerdo de la junta de socios o asamblea que lo designe, y del objeto o fin de la sociedad (artículo 10).⁴³¹ El administrador único no requiere de apoderamiento expreso, de poder notarial especial, ni de las formalidades que nuestro Código Civil exige para los poderes generales o especiales (artículos 2554 y siguientes). La mera designación, acompañada de la aceptación y protesta del cargo, y el otorgamiento de garantía (artículo 152), basta para conferir la representación general; en cambio, respec-

⁴³⁰ Rodríguez Rodríguez, *Tratado... cit.*, II, pp. 122 y ss., y Mantilla Molina, *cit.*, núm. 581, pp. 396 y ss., indican que en la práctica corporativa mexicana se nombran *consejeros delegados* con funciones de representación general, que se les debe atribuir expresamente. En rigor, más que delegados dichos consejeros son apoderados generales o son gerentes (arts. 146 y 149) designados por la asamblea o por el propio consejo. Nada obsta, sin embargo, a mantener la terminología en boga, pero debe insistirse que se requiere el otorgamiento expreso de la representación, por lo que no basta la designación o el nombramiento como *delegado del Consejo*, salvo el caso especial del art. 148.

⁴³¹ Minervini, *Gli amministratori... cit.*, p. 149.

to a las limitaciones que se le impongan, se requiere su conocimiento o su inscripción en el Registro de Comercio para ser oponibles a terceros.⁴³²

52. Director general y gerente general, facultades

¿Qué naturaleza tienen el director y el gerente generales y cuáles son las facultades de representación que les corresponden? Se debate en la doctrina si el director general o el gerente general son órganos o meramente representantes, con una amplitud mayor o menor en sus facultades representativas.

En sistemas como el alemán en que se distingue el consejo de administración del consejo de dirección (párrafo 90 de la Ley sobre Sociedades de 30 de enero de 1937), y se atribuyen a aquél funciones de vigilancia (párrafo 95) y a éste de representación de la sociedad (párrafos 71 y 97), puede admitirse la existencia de dos órganos con funciones y atribuciones propias y características. En ese derecho, además, el "consejo" puede ser singular (párrafo 70) y en tal caso la designación y el carácter de órgano recae sobre su único miembro; y debe tenerse en cuenta, asimismo, el papel preponderante del Presidente del consejo (*Führer-prinzip*) para admitir y justificar que se le atribuya, junto al consejo de administración, el carácter de órgano social.

Puede admitirse, igualmente, que el director general, que es el que guía y dirige a la sociedad anónima según la nueva ley francesa, sea también un órgano, en cuanto le corresponda una determinada competencia y cierta posición de superioridad jerárquica, inclusive frente al consejo.

En otros sistemas, como el italiano, en que se reconoce al director general una representación más amplia y responsabilidad frente a la sociedad, a los socios y a terceros por el cumplimiento de sus deberes y obligaciones sociales (artículo 2396 del Código Civil italiano que deriva del artículo 148 del derogado Código de Comercio), puede hablarse de una representación orgánica que se atribuye al director,⁴³³ o de un órgano, por corresponderle "la vigilancia en general y la observancia de los estatutos y de la ley".⁴³⁴ Esta tesis, empero, ha sido combatida por Frè, por la doble consideración —que a mi juicio es definitiva— de que el director general no integra la capacidad de obrar del ente y de que sólo es un empleado subordinado al consejo y a la asamblea.⁴³⁵

Quid juris en el derecho mexicano? Al gerente general de las sociedades anónimas —no al de la Sociedad de Responsabilidad limitada porque en ellas el

⁴³² Cfr. Mossa, *La rappresentanza... cit.*, p. 211.

⁴³³ Greco, *Il direttore tecnico de... cit.*, pp. 480 y ss.

⁴³⁴ Ver Margheri, *La direzione degli affari nelle anonime*, en *Studi per Vivante*, II, p. 13.

⁴³⁵ Frè, *L'organo amministrativo... cit.*, pp. 198 y ss. Entre nosotros, en el mismo sentido, Galindo Garfías, *Sociedad Anónima... cit.*, p. 104.

gerente (si sólo es uno el nombrado) sería administrador único, que sí es órgano— aunque le corresponde la representación general de la sociedad, dado su carácter de gerente o factor (al que nuestro Código de Comercio considera como representante general de la empresa —artículo 309—, y al calificativo de *general* con que se le designa),⁴³⁶ y con frecuencia le es atribuida la dirección de la empresa, no puede considerarse como un órgano tanto por no ser esencial o necesario, cuanto porque está subordinado al órgano de administración.

Nuestra ley se separó de sus modelos, o sea, el Código de Comercio italiano (artículo 148), que a su vez, según Greco,⁴³⁷ deriva del artículo 22 de la ley francesa de 24 de julio de 1867; el Código de Comercio alemán (párrafo 235), e inclusive el Proyecto Vivante (artículo 198) que proponía al lado del consejo de administración de un comité ejecutivo (artículo 193) al que la Relación de su co-autor, Antonio Scialoja, concedía naturaleza de órgano deliberante y ejecutivo;⁴³⁸ no hay entre nosotros ningún representante, miembro o funcionario que actúe en posición intermedia entre la asamblea de accionistas y el órgano de administración; estos órganos son insustituibles y forzosos, el gerente no, puesto que puede faltar, o bien, puede no designarse gerente general y sí, en cambio, uno o varios gerentes especiales, para quienes el artículo 146 establece que sólo les corresponden las facultades de representación que les atribuyan los estatutos, o el órgano (consejo o asamblea) que los designe, así como la facultad de ejecutar los acuerdos de dichos órganos.

Ahora bien, de que al gerente general corresponda la representación de la sociedad no se sigue que se trata de un órgano secundario, como afirma Man-

⁴³⁶ Ver supra núm. 48 f). En contra de esta afirmación, Rodríguez Rodríguez, *Tratado... cit.*, II, p. 103; Sotelo Regil, *La gerencia de las sociedades anónimas*, tesis, México, 1943, pp. 47 y ss.; Galindo Garfias, *cit.*, p. 102. Mantilla Molina, *cit.*, núm. 582, p. 397 opina que basta el nombramiento para que “el nombrado disfrute de amplias facultades dentro del campo que expresamente se le haya asignado”. A su juicio, el art. 146 debe interpretarse en el sentido de exigir la expresión del carácter y la órbita de atribuciones del gerente, y no la expresión de las facultades que se le confieren. Aceptamos esta opinión sólo respecto al gerente general, por su carácter de factor; no así, respecto a los gerentes especiales. Subgerentes, para quienes no rigen los principios del factor (art. 309 del Código de Comercio), no son representantes generales y sí se aplica el texto del art. 146 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. No basta, pues, la designación de un gerente especial o de un sub-gerente sino que, como en el caso de los administradores, miembros del Consejo de una sociedad anónima, dichos gerentes requieren de apoderamiento y de facultades expresas, por lo que el mero nombramiento sin fijar atribuciones, no les concedería facultades de representación o de gestión.

⁴³⁷ Ob. ult. cit., p. 482.

⁴³⁸ Ver *Progetto preliminare per il Nuovo Codice di Commercio, con la Relazione dei professori* Ageo Arcangeli, Alberto Asquini, Leone Bolaffio, Gustavo Bonelli, Ullisse Gobbi, Umberto Navarrini, Antonio Scialoja, Giuseppe Valeri, Cesare Vivante, Milán, 1922, p. 260.

tilla Molina,⁴³⁹⁻⁴⁴⁰ y ello, porque ni tiene una competencia propia, fija y determinada, distinta o ajena a la que corresponda al administrador o al consejo,⁴⁴¹ ni goza de una posición autónoma frente al órgano de administración, ni la ley le atribuye la *dirección* de la empresa (aunque se designe al lado o en lugar del gerente, un *director*, figura sobre la cual nuestra ley es omisa) como en el derecho francés o el alemán, o una responsabilidad semejante a la de los administradores (artículos 157 y 158 que al establecer la responsabilidad sólo se refieren a los administradores), como en el derecho italiano; y porque, además, es un empleado de la sociedad⁴⁴² que está subordinado jerárquicamente a la asamblea y al consejo, los que libremente pueden revocarlo; y sobre todo, sus facultades son variables y contingentes, por depender de lo que establezcan los estatutos, o lo que decida la asamblea o el órgano de administración que lo designe, pudiendo prescindirse inclusive de gerente general o de director general, por no ser figura esencial ni siquiera necesaria en nuestra sociedad anónima.⁴⁴³

53. Elementos del órgano

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.

Contrariamente a la opinión de autores tan eminentes como Ferrara, que desprecia el concepto por considerarlo “un detritus ideológico de una posición superada”,⁴⁴⁴ 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,⁴⁴⁵ nosotros consideramos, en primer lugar, que el

⁴³⁹⁻⁴⁴⁰ *Ob. cit.*, núms. 581 y ss., pp. 396 y ss., ver en el mismo sentido Sotelo Regil, *cit.*, p. 68.

⁴⁴¹ Según la doctrina del órgano que hemos adoptado y que sostiene, por ejemplo, Santi Romano, *Frammenti...* *cit.*, pp. 162 y ss., características de él son su propia competencia —*uffizi*— y la persona que lo desempeña.

⁴⁴² Así también, para el derecho francés derogado —art. 22 de la ley de 1867— Lyon Caen et Renault *cit.* por Fré, *cit.*, p. 199, quienes afirmaban que el director era un “empleado superior de la sociedad”.

⁴⁴³ De acuerdo, Sotelo Regil, *cit.*, p. 27. No corresponde, pues, a uno o a otro, un fin propio intransferible, que es la característica, según De Marsico, *cit.*, pp. 79 y ss., de los órganos mayores o menores; primarios o secundarios.

⁴⁴⁴ *Le persone giuridiche...* *cit.*, p. 89 y núm. 35, p. 111.

⁴⁴⁵ Minervini, *Alcune riflessioni...* *cit.*, p. 66. Ver también, Alessi, *cit.*, p. 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”.

conjunto de facultades conferidas a los administradores constituye un elemento y un factor que es esencial y necesario a la sociedad;⁴⁴⁶ en segundo lugar, que el órgano de administración constituye el medio o vehículo para integrar la voluntad y la capacidad de obrar de ente, aunque dichas notas se manifiesten a virtud de la actuación de personas físicas (administradores o delegados);⁴⁴⁷ 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.

El órgano deriva de la constitución misma de la sociedad⁴⁴⁸ y antecede a cualquier actividad representativa,⁴⁴⁹ 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;⁴⁵⁰ por otra parte, durante la vida 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.⁴⁵¹

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.⁴⁵²

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;⁴⁵³ 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 fun-

⁴⁴⁶ Falzea, *cit.*, pp. 177 y ss.; De Marsico, *cit.*, p. 95; Santi Romano, *cit.*, p. 147.

⁴⁴⁷ Así Arangio Ruiz, *cit.*, p. 158; Minervini, *Alcune riflessioni... cit.*, p. 62; Santi Romano, *cit.*, p. 146; De Marsico, *cit.*, p. 96.

⁴⁴⁸ Michoud, *cit.*, p. 134.

⁴⁴⁹ Falzea, *cit.*, p. 179.

⁴⁵⁰ Greco, *cit.*, pp. 479 y ss.; Santi Romano, *cit.*, p. 158; Mortati, *cit.*, p. 136.

⁴⁵¹ Ver Mortati, *cit.*, pp. 148 y ss.

⁴⁵² Así en la doctrina, Falzea, *cit.*, p. 175; Zangara, *cit.*, p. 169; Minervini, *Alcune riflessioni... cit.*, p. 64.

⁴⁵³ Así, Michoud, *cit.*, núm. 64 bis, p. 151; Santi Romano, *cit.*, pp. 162 y ss.; Ferrara, *cit.*, p. 115; Comba, *cit.*, p. 13.

ciones correspondan a éste. "A diferencia de la persona física, dice De Marsico,⁴⁵⁴ que puede nombrar tantos representantes cuantos sean los derechos o los intereses que pretenda ejercitar o actuar... en los entes abstractos hay tantos órganos cuantas funciones."⁴⁵⁵

Por otra parte, el ente, la sociedad, puede tener varios órganos, y a mayor complejidad mayor número de éstos, 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 canónico por lo que se refiere a la Iglesia Católica, el derecho corporativo con referencia a asociaciones y sociedades privadas, fija y atribuye distintas esferas de competencia a cada órgano, y limita y circunscribe su actuación para impedir interferencias y conflictos de unos con otros, y en definitiva para permitir que el ente moral o colectivo cumpla sus fines y funciones.⁴⁵⁶

Los titulares o miembros del órgano, es decir, los funcionarios, los administradores, los agentes de la sociedad que individual o colectivamente integran al órgano, constituyen el medio y el instrumento imprescindible para poner en funciones la esfera de competencia, para actualizar y ejercitar las facultades y las atribuciones asignadas y referidas a cada órgano; en suma, las personas que constituyen al 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.⁴⁵⁷ Ni ésta sin la persona del funcionario o del agente, como quisieran Ferrara, Minervini y Ranelletti,⁴⁵⁸ ni tampoco el titular sin funciones, o al margen de éstas, como sostienen Comba y Arangio Ruiz.⁴⁵⁹

No lo primero, porque entonces el concepto del órgano sería "un conjunto mecánico inerte, sin posibilidad de acción"⁴⁶⁰ que nada agregaría al concepto

⁴⁵⁴ *Ob. cit.*, p. 95.

⁴⁵⁵ *Ob. cit.*, *loc. cit.* 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."

⁴⁵⁶ Este elemento del fin o la función del ente se utiliza por algunos autores para caracterizar al órgano; véanse, De Marsico, *cit.*, pp. 79 y ss. y 93 y ss.; Ferrara, *cit.*, p. 385; Falzea, *cit.*, p. 173.

⁴⁵⁷ Ver principalmente Zangara, *cit.*, p. 155; Falzea, *cit.*, p. 173; De Valles, *cit.*, pp. 101 y ss.; Alessi, *cit.*, p. 385.

⁴⁵⁸ Ferrara, *Le persone giuridiche... cit.*, p. 117; Minervini, *Alcune riflessioni... cit.*, p. 60 (en contra de la opinión de Minervini, ver Zangara, *cit.*, p. 154 y Arangio Ruiz, *cit.*, pp. 153 y ss.) y Ranelletti *cit.* por Comba, *cit.*, p. 15. La crítica a Ranelletti en Zangara, *cit.*, pp. 154 y 157 y ss.

⁴⁵⁹ Comba, *ob. cit.*, p. 16; Arangio Ruiz, *cit.*, p. 158. Ver también De Valles, *cit.*, p. 94. La crítica de esta posición en Zangara, *cit.*, pp. 146 y ss.

⁴⁶⁰ Zangara, *cit.*, p. 155.

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,⁴⁶¹ 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 público—⁴⁶² un concepto complejo, es decir, el *oficio* que a través de la acción del agente realiza una función del Estado.”

34. Teoría del órgano

Varias son las teorías propuestas en la doctrina para explicar la naturaleza jurídica del órgano. “La historia del concepto de órgano, indica Santi Romano,⁴⁶³ de sus desviaciones e inclusive de sus aberraciones, puede servir para demostrar con cuánta 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.⁴⁶⁴ Una tendencia contraria, representada por Falzea en el derecho privado, por Zanobini, Ranelletti, Mortati⁴⁶⁵ 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

⁴⁶¹ A este respecto ver Alessi, *cit.*, pp. 385 y ss.

⁴⁶² *Ob. cit.*, p. 104.

⁴⁶³ *Ob. cit.*, p. 166.

⁴⁶⁴ A este respecto, ver Alessi, *cit.*, pp. 382 y ss.; Dalmartello, *cit.*, núms. 63 y ss., pp. 137 y ss.

⁴⁶⁵ Ver De Valles, *cit.*, p. 93; Mortati, *cit.*, p. 136; Minervini, *Alcune riflessioni...* *cit.*, p. 66.

180 LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA EN DERECHO PRIVADO

subjetivo propio, cercano a la personalidad misma,⁴⁶⁶ “figura híbrida, dice Santi Romano, equívoca y nebulosa que no encuentra base en ningún ordenamiento positivo”.⁴⁶⁷

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 en el Estado),⁴⁶⁸ con funciones representativas y no representativas, las cuales, sin embargo, tienen características propias que se distinguen tanto del carácter de los negocios representativos, como de otras formas de representación legal,⁴⁶⁹ por lo que se habla con toda propiedad, de una *representación orgánica*.⁴⁷⁰

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,⁴⁷¹ 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 periodos de organización o liquidación;⁴⁷² no hay duda, en cambio, que en las sociedades de capitales, las “sociedades de estructura compleja” como las califica Dalmartello,⁴⁷³ en que las funciones se distribuyen entre asamblea de socios, administradores y comisarios, y en que a cada uno de éstos corresponde una función específica, propia y compleja, el concepto de órgano es insustituible.

55. 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 uno o de dos actos unilaterales,⁴⁷⁴ o

⁴⁶⁶ Falzea, *cit.*, p. 170. De Valles, *cit.*, p. 104 habla de “una manifestación particular de la subjetividad del ente”.

⁴⁶⁷ Santi Romano, *cit.*, p. 161.

⁴⁶⁸ Ver por ejemplo, De Marsico, *cit.*, p. 86.

⁴⁶⁹ Sobre estas semejanzas y diferencias, véanse, entre otros Arangio Ruiz, *cit.*, p. 164; Santi Romano, *cit.*, pp. 159 y 167; Michoud, *cit.*, núms. 60 y 64, pp. 134 y 144; Dalmartello, *ob. ult. cit.*, p. 141 (que habla de *rappresentanza qualificata*); Falzea, *cit.*, p. 175; Minervini, *Alcune riflessioni... cit.*, p. 68 y ss.; Mortati, *cit.*, pp. 135 y ss.

⁴⁷⁰ Supra núm. 59.

⁴⁷¹ Al respecto ver Falzea, *cit.*, p. 174.

⁴⁷² El que dichas instituciones asociativas funcionen o no a base de órganos, es cuestión del derecho positivo, ver Minervini, *Alcune riflessioni... cit.*, p. 63.

⁴⁷³ *Ob. cit.*, p. 135, a las personales las denomina “sociedades de estructura primaria” (p. 130).

⁴⁷⁴ De dos actos unilaterales recepticios, el de nombramiento por la sociedad y el de aceptación por el administrador, hablan Frè, *L'organo amministrativo... cit.*, p. 28 y Fiorentino, *Gli organi... cit.*, p. 101. La crítica a esta postura, en Rocco, *Le società... cit.*, pp. 289 y 291: “dos distintos negocios unilaterales, concepción que además de ser errónea en el caso concreto, constituye una inútil complicación constructiva”.

de un contrato, y en este último caso sí es un mandato, como indica nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles (artículos 142, 157) e inclusive su antecedente el Código de Comercio (artículos 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 aquel otro en que haya un nombramiento o una designación (que de ambas formas habla la Ley General de Sociedades Mercantiles, artículos 6, fracción IX, 37, 74, 100, fracción IV, etcétera).

En el primer caso, que corresponde a las sociedades personales (artículo 40) y a la Sociedad de Responsabilidad Limitada (artículo 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 artículos 10, 44, 57, 86, aunque no puede obrar aisladamente, sino conjuntamente con los demás socios y de acuerdo con el principio mayoritario (artículos 45, 75). En este caso, debemos reconocer que no estamos en presencia de una representación voluntaria, sino legal, dado que ella se atribuye *ex lege* y es inherente a la calidad de socio.⁴⁷⁵

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 Ley General de Sociedades Mercantiles 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 artículo 152, que colocado en el capítulo de la sociedad anónima se aplica a otras sociedades.

⁴⁷⁵ Ver supra núm. 1. En contra Rocco, *cit.*, p. 288 quien también en este caso afirma la naturaleza contractual, no autónoma, de la relación, que derivaría del carácter contractual del negocio constitutivo de la sociedad. No admitimos esta tesis, no sólo por referir la naturaleza del negocio a otro problema tan discutido como el de la naturaleza del negocio constitutivo de la sociedad, sino porque, sobre todo, es evidente que del "contrato social" deriven —y en él se plasman— relaciones no contractuales, como por ejemplo, las relativas a deliberaciones, votación, etcétera, en el seno de las asambleas.

Las exigencias de otorgar una garantía, que es requisito para inscribir el nombramiento de los administradores en el Registro Público de Comercio (artículo 153) y por cuyo cumplimiento debe velar el comisario (artículo 166, fr. I), y la de tomar posesión del cargo para sustituir al administrador o administradores anteriores (artículos 154 y 237, que también consideramos aplicables a cualquier tipo de sociedad), así como la referencia que hace la Ley General de Sociedades Mercantiles al mandato (artículos 142 y 157) en el caso de la anónima y a gerentes en la sociedad de responsabilidad limitada (artículos 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 (artículo 157) y al comisario en el caso de las sociedades anónimas (artículo 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.⁴⁷⁶ 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 no hay dos partes interesadas equivale a prescindir de la perso-

⁴⁷⁶ Esta parece ser la tesis de Mantilla Molina, *ob. cit.*, núm. 569, p. 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.

nalidad jurídica de la sociedad, o peor aún, de la 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 sociedad y administrador; aquélla obra y actúa por resolución del órgano respectivo —asamblea de socios—, y éste, acepta 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 (verbigracia 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 formalidades 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 juristas⁴⁷⁷ y sostenida por otros no menos ilustres,⁴⁷⁸ vuelve ahora por sus fueros por obra principalmente de Fanelli,⁴⁷⁹ según indica otro autor que también sigue la tesis del contrato, o sea, Minervini;⁴⁸⁰ sin embargo, la afirmación de tratarse de un contrato de mandato —como lo afirma el artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles— siguiendo la tradición francesa,⁴⁸¹ sí está en franca derrota.

Se trata, de un contrato típico que se inicia con una designación y suele terminar, por renuncia o por revocación; y evidentemente aquella nota o característica no es propia del contrato de mandato, ni siquiera del de prestación

⁴⁷⁷ Candian, *L'azione di responsabilità contra gli amministratori di Società Anonime*, en *Saggi di Diritto*, Padua, 1935, II, pp. 140 y ss.; Frè, *cit.*, núm. 6, p. 25, y del mismo autor, *Società per Azioni*, en el *Commentario del Codice Civile* de Scialoja y Branca, Roma, 1951, pp. 322 y ss.; Fiorentino, *Gli organi delle... cit.*, núm. 59, p. 101; Brunetti, *Trattato del Diritto delle Società*, Milán, 1948, II, núm. 593, p. 335. En la doctrina española Garrigues, en Garrigues-Uría, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1953, II, p. 19 y entre nosotros, Galindo Garfias, *Sociedad Anónima... cit.*, pp. 68 y ss.

⁴⁷⁸ Vivante, *Trattato... cit.*, II, núms. 372, 551, 781 que considera a los administradores y liquidadores como mandatarios y también, *La rappresentanza... cit.*, p. 283; Dalmartello, *I rapporti... cit.*, p. 153; Ascarelli, *Appunti di Diritto Commerciale*, 2ª ed., Roma, 1933, II, p. 249, quien habla de contrato de arrendamiento de obra; Graziani, *Diritto delle... cit.*, núm. 109, p. 371; Greco, *Le società nel sistema-legislativo italiano*, Turín, 1959, núm. 81, p. 291 con amplia bibliografía; Minervini, *Gli amministratori... cit.*, núm. 19, p. 56; y en la doctrina española, Girón, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, p. 339.

⁴⁷⁹ La delega di potere amministrativo nella *Società per Azioni*, Milán, 1952, núm. 18, pp. 95 y ss.

⁴⁸⁰ Ob. *ult. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁸¹ Al respecto, ver Berr, *L'exercice du pouvoir... cit.*, p. 130.

de servicios estrictamente considerado. Es un *contrato especial de administración*, como lo califica Minervini,⁴⁸² que es propio (aunque no exclusivo) de las sociedades de capitales, y que corresponde en el derecho público al contrato de empleo de los trabajadores de la administración pública.⁴⁸³ Sus características principales son, el ser oneroso (artículo 181, fracción III de la Ley General de Sociedades Mercantiles), 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 transcripción del acuerdo y de la aceptación en el libro de las asambleas de socios y accionistas.⁴⁸⁴ El contenido del contrato, no sólo estriba en la ejecución de actos jurídicos —como en el caso del mandato, artículo 2546 del Código Civil— aunque dicha ejecución 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.⁴⁸⁵ 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.⁴⁸⁶

Por esta situación y porque la subordinación de 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.⁴⁸⁷

56. *Imputación a la sociedad de los actos de los administradores*

Se ha pretendido distinguir la actuación del o los administradores que forman al órgano, de la actividad del representante, al afirmar que mientras en la representación el acto realizado por el representante le es imputado a éste

⁴⁸² Ob. *ult. cit.*, núm. 21, pp. 66 y ss.; Fanelli, *cit.*, pp. 90 y ss., lo denomina *contrato de preposición orgánica*, que pertenecería a un género más amplio, que incluiría también la “preposición” gestoria, y la institoria.

⁴⁸³ Ver al respecto, Fanelli, *cit.*, núm. 16, pp. 81 y ss.

⁴⁸⁴ Ver Minervini, *cit.*, p. 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.

⁴⁸⁵ Ver al respecto, Mantilla Molina, *ob. cit.*, núms. 557, 569, pp. 385 y 389; Minervini, *ob. ult. cit.*, núm. 21, p. 67.

⁴⁸⁶ Ver por ejemplo, Minervini, *cit.*, p. 70.

⁴⁸⁷ Barassi, *Il diritto del lavoro*, Milán, 1949, I, pp. 290 y ss., quien plantea la duda de que exista una relación real de subordinación y habla de una relación fiduciaria; ver también, Minervini, *cit.*, pp. 68 y ss.

y solamente los efectos del acto son atribuidos 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.⁴⁸⁸ 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,⁴⁸⁹ 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,⁴⁹⁰ ha sido criticada y puede afirmarse que está en decadencia,⁴⁹¹ porque prescinde de la actuación real, inevitable de las personas físicas, exactamente como sucede en el caso de la representación.⁴⁹²

Nuestro derecho, a semejanza del italiano por ejemplo,⁴⁹³ no prescinde de la actuación ni de la voluntad del 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 se asimila la administración a la representación: en ambas figuras existe una persona física que al actuar frente a terceros manifiesta su propia voluntad, si bien, los efectos del acto se atribuyen jurídicamente a otra persona.⁴⁹⁴

También en materia de sociedades, el actuar del agente en violación de las facultades que le corresponden y le son propias, o la actuación en contra de las limitaciones (legales o estatutarias) que le hubieran sido impuestas, es inoponible a la sociedad, como pasa respecto a la representación;⁴⁹⁵ pero dicha inoponibilidad no implica, ni significa, falta de responsabilidad de la sociedad por los actos —lícitos e ilícitos— cometidos por el administrador en cumplimiento de su cargo

⁴⁸⁸ Cfr. Michoud, *cit.*, p. 145; Falzea, *cit.*, pp. 177 y ss.; Berr, *cit.*, p. 41. En contra, Santi Romano, *cit.*, p. 159; Minervini, *Alcune riflessioni... cit.*, pp. 64 y ss. y *Gli amministratori... cit.*, p. 2; Mortati, *cit.*, p. 151.

⁴⁸⁹ Alessi, *cit.*, pp. 378 y ss. y Arangio Ruiz, *cit.*, p. 132.

⁴⁹⁰ De Valles, *cit.*, p. 98.

⁴⁹¹ Ver principalmente, Arangio Ruiz, *cit.*, pp. 132 y ss. y Minervini, *Alcune riflessioni... cit.*, p. 66.

⁴⁹² Alessi, *cit.*, pp. 381 y ss.

⁴⁹³ Santi Romano, *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁹⁴ "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.*, p. 136.

⁴⁹⁵ Minervini, *Gli amministratori... cit.*, pp. 166 y ss.: "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."

y como consecuencia de la actividad que se le ha confiado.⁴⁹⁶ Inoponibles a la sociedad son los actos lícitos o ilícitos que el administrador ejecuta en exceso del objeto social (artículo 10),⁴⁹⁷ 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 la sociedad (representado) a través de la actuación de su órgano supremo, o sea la junta o asamblea de socios.

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.⁴⁹⁸

57. Representación de sociedades en asuntos judiciales

Las diferentes leyes procesales federales (Código Federal de Procedimientos Civiles artículo 276, fracción I; Código de Comercio, artículo 1061, fracción I; Ley de Amparo, artículos 8º y 14 —supra nota 426), así como el Código de Procedimientos Civiles, D. F. (artículo 45) y el Código Civil (artículo 27, que se aplica supletoriamente en materia comercial, fiscal, laboral, artículos 2º del Código de Comercio; 11 del Código Fiscal de la Federación; 459 de la Ley Federal del Trabajo) ⁴⁹⁹ reconocen que las corporaciones y personas morales

⁴⁹⁶ Alessi, *cit.*, p. 394.

⁴⁹⁷ Alessi, *cit.*, p. 396.

⁴⁹⁸ Cfr., para las sociedades personales, pero el principio es el mismo, Ferri, *Delle Società... cit.*, pp. 306 y ss. 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 a 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.*, pp. 392 y ss.).

⁴⁹⁹ La LFT, reconoce expresamente la representación de patrones de "directores, gerentes, administradores, capitanes de barco y, en general, de las personas que en nombre de otro, ejerzan funciones de dirección o de administración" (art. 4º). Esta norma, sin embargo, no se aplica en materia de juicios y litigios, no sólo porque para tal materia hay norma expresa —el art. 459— sino también porque ella parece limitarse a las relaciones normales que a virtud del contrato de trabajo surgen entre un patrón y sus trabajadores; además, algunos de dichos "representantes" pueden en realidad carecer totalmente de representación en materia procesal, como por ejemplo, los que ejerzan funciones de dirección o de administración. Y no creo que este art. 4º, *per se*, pueda conceder tales facultades en dicha materia. Los "representantes" designados en este precepto, se rigen por las disposiciones del derecho común (arts. 469 y 16), por lo que se aplica lo dispuesto por los arts. 27 del Código Civil y 45 del Código Procesal Civil.

pueden intervenir en asuntos judiciales a través de sus órganos y representantes legales o legítimos, o bien, de procuradores o apoderados.⁵⁰⁰

Tratándose de sociedades extranjeras capacitadas para ejercer el comercio en México, ellas se rigen por lo dispuesto en el artículo 2737, fracción II del Código Civil —aplicable supletoriamente en materia comercial— el cual exige la designación de un representante a quien se le atribuyan facultades “para responder de las obligaciones que contraigan las mencionadas personas morales”.⁵⁰¹ Es decir, en el caso de las sociedades extranjeras, a pesar de que la legislación comercial reconoce expresamente personalidad moral a las de este carácter (artículo 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), debe exigirse la designación de un representante especial para sus actividades en México, que esté domiciliado en el lugar donde la sociedad deba operar, y que goce de facultades expresas para actuar en materia judicial. No se reconoce, pues, para ellas, la representación general de su administrador o de su órgano de administración que pueden estar regidos por principios distintos en el país de origen de la sociedad, independientemente de que el administrador o los administradores radiquen por lo general en el extranjero y no tengan capacidad para actuar en México en los términos del artículo 14 del Código de Comercio y de las disposiciones migratorias aplicables.

Respecto a sociedades extranjeras que no ejercen el comercio en nuestro país, pero sí realizan actos aislados (verbigracia compras, ventas, contratos de suministro o de servicios, inscripción de patentes y marcas, contratos de uso de ellas, etcétera), su administrador o administradores en el país de origen no podrían comparecer por ellas en México, sino que se requiere que dichas sociedades otorguen poder especial, otorgado ante notario (o cónsul mexicano en el extranjero que actúe como notario), el cual generalmente debe ser legalizado por la Secretaría de Relaciones.

De la regla indicada en el párrafo primero de este apartado, se desprende que cualquier sociedad mexicana (y en materia de amparo, sólo aquellas con personalidad jurídica) puede intervenir en juicio a través del órgano, o bien, de la persona a la que la ley atribuya y confiera la representación. Tratándose de sociedades mercantiles, el artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, como ya vimos, confiere dicha representación “a su administrador o administradores”; y de manera más general, para toda clase de personas mo-

⁵⁰⁰ En el mismo sentido, Rocco, *Le società commerciali...* cit., núm. 82, p. 111.

⁵⁰¹ El art. 290 frac. III del Proyecto de Código de Comercio Mexicano (1948) también exigía que la sociedad extranjera tenga “cuando menos un representante ampliamente facultado para realizar los actos que hayan de celebrarse o surtir efectos en el territorio nacional”; y al comentar este precepto, Siqueiros Prieto, *Las sociedades extranjeras en México*, México, 1953, pp. 114 y ss., indica que dicho requisito se establece para que la sociedad “pueda dirigir sus acciones a través de su representante en la República”.

rales (salvo las extranjeras) el Código Civil confiere la representación —capacidad de obrar y obligarse— “a los órganos que la representen”, o sea, a su administrador o administradores, tanto si son sociedades mercantiles, como civiles (artículo 2709).

Ahora bien, en las sociedades civiles y mercantiles —con excepción de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público y las cooperativas—, la administración puede recaer en un solo administrador, o gerente⁵⁰² a quien le corresponderá la representación general de la sociedad —y desde luego aquella que corresponda a materia procesal— a virtud meramente de su nombramiento, de la aceptación de su cargo y de las garantías que por éste otorgue (artículos 27 y 2712 del Código Civil; artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). Por tanto, no se requerirá el poder o procura especial a que se refiere el artículo 2554, primer párrafo del Código Civil, y el cual sí se exige (artículos 1061 fracción II del Código de Comercio y 95 párrafo 1º del Código de Procedimientos Civiles) para *procuradores* o apoderados de sociedades a las que no representen sus administradores o “representantes legales”; dicho administrador, socio o gerente —según sea el caso— debe exhibir el documento en que conste su designación como tal.

El administrador único y el gerente general gozarán, además, de todas las facultades que según la legislación civil, requieren cláusula especial tratándose de apoderados⁵⁰³ y la de desistirse del juicio de amparo.⁵⁰⁴

Por lo que se refiere a sociedades en liquidación, ésta puede recaer o estar a cargo de uno o varios liquidadores, tanto si se trata de sociedades civiles (artículo 2727 del Código Civil) como mercantiles (artículo 235 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).⁵⁰⁵ En aquéllas, sin embargo, la regla es que la liquidación se lleve a cabo “por todos los socios”, pero en ambos casos la escritura social o el acuerdo de los socios puede designar uno o más liquida-

⁵⁰² Arts. 2709 del Código Civil para sociedades civiles; 36 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, para sociedades colectivas y en comandita simple (art. 57); 74 para la SRL y 142 y 146 para la S.A., y la sociedad en comandita por acciones (art. 208). Las cooperativas y la SRL de Interés Público exigen un órgano colegiado, no individual, que actúa por mayoría o por unanimidad de votos arts. 10 Ley SRL y 21b, 28 y 30 de la Ley General de Sociedades Cooperativas.

⁵⁰³ Las enumeradas en el art. 2587, y otras exigidas por leyes especiales, v. gr. la de suscribir títulos de crédito art. 9º LTOC; la de absolver y articular posiciones, art. 1216 del Código de Comercio, que sólo restringe esta facultad al abogado respecto a hechos de su cliente y al *procurador* —no al representante legal o administrador a que alude el art. 1061 frac. I— a quien no se le hubiera atribuido expresamente tal facultad especial.

⁵⁰⁴ Art. 14, Ley de Amparo, que también restringe esta facultad sólo para los “mandatarios”, es decir, para los apoderados, pero no respecto a los representantes legales a que alude el art. 276 frac. I del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicable supletoriamente.

⁵⁰⁵ No así para las sociedades cooperativas que exigen una comisión liquidadora, art. 47 de la Ley General de Sociedades Cooperativas.

dores; este acuerdo según dispone el artículo 236 de la Ley General de Sociedades Mercantiles tratándose de sociedades colectivas y comanditas simples, si requiere modificación estatutaria (es decir, cualquiera que sea el motivo de disolución, salvo el vencimiento del plazo que opera *ope legis*) que debe ser unánime a no ser que los estatutos permitan la mayoría (artículos 34 y 57); y en materia de Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Anónima y Sociedad en Comandita por acciones, inversamente, debe ser mayoritario, salvo que los estatutos exijan la unanimidad (artículo 83, que para la Sociedad de Responsabilidad Limitada exige una mayoría calificada).

Ahora bien, el liquidador es el representante general de la sociedad, si bien sólo para dicho fin de liquidación; en consecuencia, goza de la representación general de la empresa (artículo 235 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) y puede obrar por ella en materia de juicios y procesos sin más limitaciones que dicha finalidad.⁵⁰⁶

Si las sociedades, o mejor dicho, la administración o el órgano de administración de ellas no es unipersonal, sino plural o colegiado, la representación corresponde, en general, no a cada miembro o administrador, sino al conjunto de los socios (sociedad colectiva), de los gerentes (Sociedad de Responsabilidad Limitada), de los liquidadores (sociedad en liquidación), o al consejo, que actuará por mayoría de votos, tratándose de sociedades por acciones (Sociedad Anónima y Sociedad en Comandita por acciones), cooperativas y Sociedad de Responsabilidad Limitada de Interés Público (artículo 10 ley relativa).

En efecto, tratándose de sociedades civiles, dicho principio mayoritario está establecido por el artículo 2719 del Código Civil; y en las sociedades mercantiles, igualmente, los artículos (Ley General de Sociedades Mercantiles) 45 para sociedades colectivas y para los socios comanditados o administradores de la sociedad en comandita (artículo 57); 75 para la Sociedad de Responsabilidad Limitada (salvo que el estatuto exija unanimidad); 143 *in fine* para la Sociedad Anónima y la Sociedad en Comandita por acciones; 30 (Ley General de Sociedades Cooperativas) y 37 (Reglamento de la Ley General de Sociedades Cooperativas) para las sociedades cooperativas,⁵⁰⁷ fijan la norma de la representación conjunta mayoritaria.⁵⁰⁸

Sin embargo, el artículo 45, que rige para las sociedades colectivas y en comandita simple permite que tratándose de actos urgentes cuya omisión perjudique a la sociedad, pueda decidir un administrador en ausencia de los otros,

⁵⁰⁶ Cfr., Rocco, *Le società commerciali... cit.*, núms. 96 y ss., pp. 125 y ss.

⁵⁰⁷ Estos dos últimos artículos no establecen el mismo principio, puesto que aquél habla de "mayoría o unanimidad", en tanto que el 37 sólo de mayoría. Dado que la Ley no establece cuándo se requiere unanimidad, el principio de la mayoría es el aplicable, salvo que las Bases Constitutivas exijan unanimidad.

⁵⁰⁸ Cfr. en el mismo sentido Rocco, *ob. cit.*, pp. 111 y 112.

o cuando éstos estén en la imposibilidad, aun momentánea, de resolver sobre los actos de la administración. Este principio (que también rige en materia de sociedades civiles, artículos 2714 y 2715 del Código Civil) podría aplicarse para cualquier actuación o intervención judicial que tuviera que realizarse o desahogarse dentro de un término breve —acto urgente— (verbigracia contestar demandas, absolver posiciones, interponer amparos, recursos, etcétera) pero siempre que se den los otros supuestos de la norma, a saber, ausencia del o de los otros administradores —necesarios para integrar el quorum mayoritario—⁵⁰⁹ o imposibilidad de resolver entre ellos (verbigracia, cuando haya un empate que no pueda resolverse).⁵¹⁰

Ahora bien, la mayoría de votos requerida (y en su caso, la unanimidad) debe adoptarse y tomarse en reunión o junta especial que se celebre y en la que se cumplan los requisitos y formalidades exigidos por la ley (artículos 75, 143, 156, 159 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; 30 de la Ley General de Sociedades Cooperativas que excluye de los acuerdos del consejo a los “asuntos de trámite o de poca trascendencia”; 37 Reglamento de la Ley General de Sociedades Cooperativas). Este principio mayoritario⁵¹¹ que rige a los cuerpos colegiados con y sin personalidad jurídica (verbigracia, artículos 946 y 947 del Código Civil, para la mera copropiedad; 1682 y 1706 ibídem, en materia de sucesiones *mortis causa*; 2713 para sociedades civiles; 753 del Código de Procedimientos Civiles en materia de concurso civil y 79 y 315 de la Ley de Quiebras), cuyos integrantes tienen derechos iguales,⁵¹² supone que la voluntad del grupo no es meramente la suma o agregado de las voluntades que lo inte-

⁵⁰⁹ Dicha ausencia sería de difícil o de imposible prueba en el juicio, sobre todo, al comparecer el representante a nombre de la sociedad; bastaría, en mi opinión, que dicho apoderado manifestara al juez “bajo protesta de decir verdad” la ausencia de los demás administradores, independientemente de que la contraparte en el juicio probara la falsedad de la afirmación.

⁵¹⁰ Esta “imposibilidad” no existiría en el caso, por ejemplo, de que iniciado ya un litigio contra una sociedad de este tipo, ella diera poder especial a una persona para contestar la demanda, pero que no incluyera actos como interponer recursos o el juicio de amparo. Es evidente que en este caso la sociedad fue negligente o se reservó tal facultad y en cualquier caso, ella y sólo ella debe responder por estas omisiones.

⁵¹¹ Sobre el principio de la mayoría (ver supra nota 405), como manifestación de voluntad en los actos jurídicos plurisubjetivos véanse, Betti, *Teoria generale del negozio... cit.*, núm. 38, pp. 188 y ss.; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico... cit.*, núm. 46, pp. 156 y ss.; Ascarelli, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, en RDC, 1950, 1, pp. 170 y ss.; Barassi, *El Principio Mayoritario en el Derecho Privado*, trad. esp., en Revista JUS, núm. 105, México, 1947, pp. 311 y ss.; Venditti, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Nápoles, 1955, *passim* pero sobre todo, pp. 28 y ss.; Galgano, *Il principio di maggioranza... cit.*, *passim*, pero sobre todo, pp. 11, 31 y ss., 61 y ss. Entre nosotros, Rodríguez Rodríguez, *Tratado... cit.*, 1, p. 471.

⁵¹² Cuando los componentes tienen derechos desiguales en razón de la cuantía, del privilegio, o del tiempo en que el crédito se hubiera constituido, rigen principios distintos; v. gr., en la quiebra, en razón del privilegio fundamentalmente; en la copropiedad en razón de la cuantía de sus cuotas, etcétera.

gran, y se forma mediante un procedimiento de cooperación, de reunión, de discusión y de voto,⁵¹³ lo que impide que la voluntad aislada de todos o de la mayor parte de los miembros, supla la manifestación del grupo mediante la reunión y el acuerdo, e impide también que dicha voluntad colectiva —mayoritaria o unánime— se supla a través de una reunión irregular o ficticia, ni de reuniones y acuerdos inexistentes o simulados.⁵¹⁴ Por lo demás, la voluntad colectiva de la mayoría, expresada dentro del grupo mediante la deliberación y el voto, obliga a todos los miembros de él, “incluso a los ausentes y a los disidentes” (artículo 200 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).⁵¹⁵

⁵¹³ Venditti, *cit.*, pp. 4 y ss.

⁵¹⁴ Venditti, *cit.*, p. 19.

⁵¹⁵ Venditti, *cit.*, p. 23 con una interesante nota sobre los antecedentes de esta regla en el derecho romano y en el canónico, en el que realmente nace.