

LA REPRESENTACION DE LA SOCIEDAD EN NOMBRE COLECTIVO

I. PRINCIPIOS GENERALES.

A. Definición. Conceptos de representación, administración y gestión. Teorías organicista y de la representación.

Todas las manifestaciones de la actividad jurídica de la sociedad, en general, por el aspecto de sus relaciones externas, se producen en función de la representación, vale decir, por razón de sus relaciones frente a los terceros que con ella contratan y de la responsabilidad consiguiente de la sociedad para con estos.

En cambio, en el concepto de administración se concentran las relaciones internas de la organización social y sus consecuencias respecto de los socios. Si bien es cierto que en la práctica llegan a confundirse, por el aspecto de funciones y de responsabilidad, las nociones de representante y administrador.

Mientras que el concepto de gestión de los negocios abarca un ámbito tan amplio que comprende a la vez funciones administrativas y de representación que cubren, al propio tiempo, las actividades sociales que se reflejan en las relaciones internas y externas de la sociedad, respecto de los socios y en relación con los terceros. En este amplísimo concepto se incluyen, pues, simultáneamente, los actos y



facultades de conservación, administración y disposición que, al decir de Trasbot, pueden definirse, en su orden, como actos de “salvaguardia necesaria, de valorización normal y de pleno señorío”.

La representación de la sociedad corresponde a las personas que han sido investidas de expresas facultades de dirigir y concluir los negocios propios del giro u objeto social, según la “extensión y comprensión de su capacidad”, con efectos de vinculación para todos los socios. De ahí que la representación va unida a la función administradora y existe la presunción legal de que todo administrador es representante de la sociedad, a falta de disposición en contrario.

Entre nosotros se ha confundido la representación con el mandato, si bien, a partir de Laband, la doctrina y la jurisprudencia se fueron orientando en el sentido de distinguir las dos instituciones.

Las normas sobre la representación han venido a erigirse como inderogables, por su proyección hacia los terceros, y esa inderogabilidad se manifiesta en el doble aspecto de su trascendencia en el ordenamiento de la sociedad y por la necesidad de la tutela de los terceros con quienes la sociedad establece contacto.

“Aunque la sociedad de nombre colectivo no tenga una personalidad propia, al decir de Antonio Brunetti, la genuina expresión de su autonomía patrimonial está en la razón social constituida con el nombre de uno o más socios y la indicación del vínculo social. En esta forma, la sociedad ejercita derechos en nombre propio, asume obligaciones, adquiere propiedades y derechos reales sobre inmuebles, acciona y es demandada en juicio”, o sea, la llamada representación orgánica del derecho italiano, donde no se distingue entre gestión o administración interna, propiamente tal, de la sociedad y su representación orgánica en las relaciones con terceros, en su acepción más exacta.

Siendo, por consiguiente, la sociedad una persona jurídica que obra y actúa por medio de sus representantes y no por conducto de órganos sociales, se destacan en ella dos especies de sujetos: un representado, la persona jurídica, y un representante, la persona natural o jurídica que debe actuar en nombre del representado. De ahí que éste tiene pleno derecho a que su representante le rinda cuentas de su gestión o administración, y de esa suerte las diversas situaciones jurídicas que como consecuencia de ello se presenten, podrán regularse en debida forma, cosa que sería prácticamente imposible en presen-

cia de órganos sociales investidos de facultades representativas, que implicarían la coexistencia de una dualidad de personas que impide, en un momento dado, definir y situar la responsabilidad de los actos que conllevan.

Esta la razón por la cual el nuevo Proyecto del Código de Comercio acoge, como la teoría más lógica y adecuada, la de la representación de la sociedad, sustentada en los fundamentos y principios que arrancan de nuestro Código Civil, desechando al propio tiempo la teoría organicista propugnada, como se dijo ya, por los tratadistas italianos, en general, y aplicada en su legislación, donde tienen preeminencia la noción y el concepto de administración por medio de órganos sociales.

Dentro de este orden de ideas, con fundamento puede establecerse, como se observa en el artículo 344 del Proyecto en mención, que si bien “la representación de la sociedad en nombre colectivo corresponderá a todos y a cada uno de los socios”, éstos “podrán delegarla en otros, sean socios o extraños”. Y, como obligado corolario del precepto anterior, también puede preverse, en estricta lógica, que “la representación de la sociedad llevará implícita la facultad de usar la firma social y de celebrar todas las operaciones comprendidas dentro del giro ordinario de los negocios sociales” (art. 345, *ibidem*).

Otra conclusión necesaria que se deriva de lo anterior consiste en que si, según se dijo ya, todo administrador se presume representante de la sociedad, en general, de no haber estipulación en contrario, y si a todos y cada uno de los socios de la colectiva corresponde por derecho la representación de la misma, todos los socios podrán ser directamente gestores de la empresa social y podrán, por ende, “comprometer a la sociedad dentro de los límites del giro ordinario” de sus negocios, “si otra cosa no se pacta en el contrato”, con lo cual se conserva el régimen vigente para este tipo de compañías. Mas, si se trata de operaciones que no correspondan a dicho giro, será menester el asentimiento de todos los socios, a falta de cláusula contractual en contrario (Art. 346, *ibid.*).

Como lo observa Salandra (“Sociedad Comercial”, N° 33, página 134), “en las relaciones con terceros, la representación de la sociedad, dentro de los límites del objeto social, corresponde a las personas a quienes el acto constitutivo atribuye la firma social, esto es, el poder actuar en nombre de la sociedad haciendo uso de la razón social... Los límites de los poderes de representación han de quedar

establecidos en el acto constitutivo y publicados en debida forma. A falta de ello se debe entender que comprenden todos los actos que puedan ser necesarios para la consecución del objeto social y que son normales en los poderes de administración de la sociedad”.

Esta es, precisamente, la finalidad de la innovación traída por el artículo 349 del Proyecto, en beneficio de los terceros que contratan con la sociedad, de producir la publicidad adecuada de toda variación que ocurra en el sistema de la administración, respecto de las personas que conforme al contrato hayan de cumplirla, al prevenir dicha norma que no habiéndose estipulado en la escritura de constitución la delegación de funciones de representar a la sociedad, debe hacerse en la forma prevista para las reformas, y que de igual suerte debe hacerse la renovación de tal delegación o el cambio de la persona de los delegados. De otra forma, será más que imposible que los terceros puedan conocer, en un determinado momento, cualquiera modificación en el sistema administrativo de la sociedad, o en los nombres de las personas que lleven la representación de la misma, en cualquier negocio, acto o contrato que pretendan realizar con la sociedad.

B. Representación de la sociedad, en función del mandato.

Por su origen, la representación se distingue en legal, judicial y voluntaria, según que provenga de la misma Ley, como sucede respecto del menor impúber, del no emancipado; o que sea señalada por el juez competente, para la guarda de los incapaces; o que se halle prevista en normas contractuales, como ocurre en los pactos sociales.

En los dos primeros casos, no pueden ser considerados los representantes como mandatarios; solamente en el evento de la representación voluntaria o contractual se contempla, en su estructura y consecuencias, la institución del mandato, civil o comercial, y tiene vigencia la teoría de la delegación de poderes, de clásica aplicación en el contrato de sociedad, con la salvedad ya hecha de que no puede confundirse la representación, prevista en el artículo 1.505 del C. Civil, con el mandato, definido por los artículos 2.142 de la misma obra y 381 del C. de Comercio.

Tan cierto es ello que el primero de dichos Códigos, en su artículo 2.177, contempla el mandato sin representación, al paso que el primero de los expresados preceptos establece que “lo que una perso-

na ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la Ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”, principio este ya enunciado en el Derecho Romano con el aforismo “Qui mandat ipse facisse videtur”; el artículo 2.177 previene, por su parte, que “el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar en su propio nombre o en el del mandante; si contrata en su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante”.

En nuestro derecho, como se ha afirmado a veces, el mandato no es esencialmente representativo, como ocurre en otras legislaciones, en que el mandatario es imagen y expresión fiel del mandante. En el derecho civil como en el mercantil, con arreglo al ya citado artículo 2.177 del C. C. y a los artículos 356 y 361 del C. de Comercio vigente, se admite el mandato no representativo, por cuanto tales normas autorizan al mandatario para contratar en su propio nombre y radicar en cabeza suya todas las obligaciones emanadas del vínculo contractual, sin perder dicha calidad.

El mandato representativo —ha dicho la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de julio de 1936—, implica un acto oculto que es el convenio o acuerdo de voluntades entre mandante y mandatario, que no trasciende al público, o, lo que es lo mismo, existe un mandato sin representación y un acto ostensible y manifiesto, que viene a ser la actuación del mandatario como si no lo fuese. Son dos actitudes que las partes asumen en el mandato no representativo: una secreta, en cuanto a los términos mismos del mandato, y otra aparente, externa, la del mandatario que actúa en su propio nombre. El acto oculto es perfectamente válido, siempre que tenga objeto y causa lícitos y no vaya en fraude y detrimento del fisco, ni lesione intereses de terceros, al tenor del ordenamiento jurídico así enunciado: “*Res inter alios acta aliis nocere numquam potest*”. Naturalmente, contra tales terceros no puede ser oponible ese acto, toda vez que son de cargo del mandatario las responsabilidades del contrato, y los terceros no tienen por qué conocer en dicho evento los pactos secretos que rigen el mandato.

Conviene al efecto recordar algunos presupuestos que sintetizan el régimen institucional del mandato en nuestro derecho mercantil, expuestos por la Superintendencia de Sociedades Anónimas según ponencia que correspondió al suscrito:

“Es bien sabido que el mandato es un contrato por el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace

cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, como dice el artículo 2.141 del Código Civil. Cuando comprende precisamente la administración de un establecimiento mercantil o fabril toma el nombre de "preposición", de que tratan los artículos 435 y siguientes del C. de Co".

"Es evidente que las relaciones jurídicas entre una sociedad comercial cualquiera y sus socios, de una parte, y los gestores o administradores, de la otra, las coloca el legislador en el terreno del mandato. Así, por ejemplo, los artículos 511 y 512 del C. de Comercio prevén que cuando en el contrato social no se designan administradores, "se entiende que los socios se confieren recíprocamente la facultad de administrar y obligar solidariamente la responsabilidad de todos sin su noticia y consentimiento", lo que significa que, en virtud de dicha omisión permitida, los socios se confieren recíprocamente un mandato para administrar los negocios sociales, mandato que tiene la extensión indicada en el artículo 512 cuando expresa que "en virtud del mandato legal cada uno de los socios puede celebrar válidamente los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad, o que sean necesarios o conducentes al logro de los fines que esta se hubiere propuesto". La expresión "mandato legal" aquí consignada no significa "disposición o norma legal", sino que corresponde exactamente a la relación que nace de un mandato o poder para representar un socio a los demás conforme a la Ley, ya que a continuación señala la extensión de los poderes de los mandatarios en orden al cumplimiento de su encargo, al precisar cuáles son los actos o contratos para cuya realización o celebración tienen personería suficiente".

"El artículo 518 establece que quien sea administrador tiene el uso de la firma social, es decir, que goza de la facultad de obrar a nombre de la sociedad, y de aquí que el 520 prevea que los administradores delegados representan judicial y extrajudicialmente a la compañía precisando que son los únicos que pueden obrar a su nombre frente a terceros, configurándose así un mandato con representación. En cuanto a sus facultades gestoras, dispone el 519 que el delegado tendrá únicamente las facultades que designe su título, que en este caso está constituido por las cláusulas del contrato social en donde se expresan dichas facultades, cuya violación compromete su responsabilidad frente a la sociedad y a sus socios. Mas si en el contrato no se determinan las facultades del delegado, sólo tendrá las necesarias para ejecutar los actos o contratos enunciados en el artículo 512, es decir, los comprendidos en el giro ordinario de los negocios

sociales y los necesarios o conducentes al mismo fin, siendo de su cargo las obligaciones y responsabilidades propias de un simple mandatario. Finalmente, el artículo 528 impone a todo administrador la obligación de llevar los libros que debe tener todo comerciante y de exhibirlos a cualquiera de los socios que al efecto lo requiera, ya que como mandatario pesa sobre él la obligación de rendir cuentas de su gestión y éstas deben obrar en los libros que la Ley exige a todo comerciante. (Tomo 28 de la Revista de la Superintendencia, páginas 302 y siguientes, oficio N° 5-6778, de 19 de octubre de 1956).

Estas normas y principios que rigen en nuestro derecho mercantil, en cuanto se refiere a la índole del mandato comercial, obligaciones, funciones y responsabilidades de los gestores, administradores, delegados y mandatarios, conformes con las tesis sustentadas por los más destacados tratadistas de derecho comercial y acordes, en general, con la doctrina y la jurisprudencia, precisamente aplicables a la sociedad de nombre colectivo, a su régimen y tratamiento, han sido conservadas en el nuevo Proyecto de Código de Comercio, con unas pocas adiciones de que se hará mérito más adelante y son de suma trascendencia para inferir las consecuencias lógicas respecto de la responsabilidad de los administradores, delegados, representantes o mandatarios de la sociedad, lo que será materia de un capítulo subsiguiente del estudio que nos ocupa.

De ahí fluirán las acciones posibles que la sociedad, los socios y los terceros tienen contra quienes ejerzan a nombre de la sociedad y de los socios esos poderes legales y contractuales, como sujeto pasivo de la relación jurídica o de la acción judicial correspondiente, como los únicos a quienes puede atribuirse el incumplimiento de las obligaciones contraídas como mandatarios y como responsables de los perjuicios causados a la sociedad y a los socios, así como a los terceros que con ella establecieron contrato o contrataron. Es la lógica previsión contenida en el artículo 519 del C. de Co., cuando impone a los delegados la obligación de responder a la sociedad "de todos los daños y perjuicios que le sobrevengan", responsabilidad extensiva frente a los socios y a terceros lesionados, por cualquier exceso que cometan tales representantes en ejercicio de las atribuciones, funciones y facultades que su encargo les haya conferido.

C. Responsabilidad por los negocios de la sociedad.

Limitada como está la responsabilidad de la sociedad por razón del objeto, según se dijo, las obligaciones que ella puede contraer lógicamente están circunscritas al ámbito demarcado por el giro de

los negocios sociales, al campo patrimonial, como lo anota Ferrara, y en ese terreno las compañías comerciales comprometen su responsabilidad. Por eso, en el código italiano y en el Proyecto de la Comisión Revisora en Colombia se afirma que los aportes se hacen “para el desarrollo de una actividad económica” y que “en desarrollo de la empresa social” la sociedad, persona jurídica distinta de los socios, puede adquirir derechos, contraer obligaciones y ser representada judicial y extrajudicialmente.

De esa suerte, la sociedad sólo responde por las operaciones y actos realizados en desarrollo de su objeto y hasta concurrencia del patrimonio afecto a la empresa social, que es la prenda común de quienes contratan con la sociedad. De ahí por qué el artículo 487 del C. de Comercio previene que “los socios colectivos indicados en la escritura social... son responsables solidariamente de todas las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social” y por ello, no obstante tal responsabilidad, “la quiebra de una sociedad colectiva o en que haya socios colectivos no implica la de los socios, aunque los acreedores sociales tienen acción directa contra ellos” (Artículo 20 del Decreto N° 750 de 1940).

Dentro de ese preciso marco, está consagrada por el artículo 346 del Proyecto la responsabilidad de la sociedad en nombre colectivo, en que cada uno de los socios podrá comprometerla “dentro de los límites del giro ordinario de los negocios sociales, si otra cosa no se pacta en el contrato” y “para las operaciones que no correspondan a dicho giro, será necesaria la autorización de todos los socios, si otra cosa no se prevé en el contrato”.

Con base en el mismo criterio, hallándose prevista por el artículo 352 del Proyecto la facultad que tienen los socios o sus delegados de “oponerse a los negocios propuestos por otro socio o delegado”, establece el artículo 353 que “si no obstante la oposición de la mayoría de los socios o de los delegados, según el caso, se lleva a cabo un negocio proyectado y vetado, éste comprometerá la responsabilidad de la sociedad; pero si de ello se le deduce algún perjuicio, deberá ser indemnizado por quien haya obrado a pesar de la oposición de los demás socios o delegados”.

Principios son estos en un todo acordes con las tesis sobre responsabilidad civil por razón del contrato y en función de la delegación de poderes en la sociedad de nombre colectivo, y en razón de la asimilación que existe en el derecho vigente de la persona jurídica a la

relativamente incapaz, que no puede ejercer su capacidad de goce sino por ministerio o con autorización de otra persona, en lo cual consiste la incapacidad (artículo 1.502 del C. Civil).

Como consecuencia de ello, los actos o contratos ajenos al objeto social están viciados de una nulidad relativa que, como tal, solo puede ser alegada por la misma sociedad y es saneable por ratificación de ésta o mediante la prescripción de ocho años, contados a partir de la fecha del acto o contrato nulo (artículos 1743 y 1750 del C. Civil). Como lo anota el Dr. J. Gabino Pinzón, contra la sana lógica, el simple transcurso del tiempo viene a producir así una especie de prórroga o ampliación de la capacidad de la sociedad.

D. *La delegación de poderes y sus efectos.*

En esta materia, viene muy al caso el principio traído por el tratadista Guy Flattet, en su obra “Los contratos por cuenta de otro”, enunciado así: “Cuando una persona ejecuta un acto cuyos efectos recaen directamente sobre una persona que no ha estado presente en la conclusión de dicho acto, se dice generalmente que hay representación; el que obra reemplaza a la persona ausente, esto es, la hace presente, la representa”. O, según afirma César Vivante, en su “Tratado de Derecho Comercial”, t. I, N° 250: “El efecto característico de la representación radica en que el negocio verificado por el representante pertenece al principal. El representante no adquiere en las operaciones que realiza como tal ni derechos ni obligaciones frente a terceros; dichos derechos y obligaciones, pasando sobre su cabeza, van a caer definitivamente en el patrimonio del principal. En éste quedan, activa y pasivamente, los efectos de los negocios hechos por el representante, como si hubiera contratado él mismo”. Es la aplicación del aforismo ya citado: “Qui mandat ipse fecisse videtur”.

El representante, pues, como persona distinta de la sociedad, aunque obra en nombre de ella, puede ser sujeto de derechos y obligaciones respecto de la persona representada: puede percibir una remuneración por su gestión, que es propia, pero ejercida en interés de la sociedad; y si abusa de sus facultades de representación, o se desvía de las funciones que le fueron encomendadas, puede ser obligado a indemnizar al representado, y está obligado a rendir cuentas de su gestión ante la misma sociedad, no propiamente ante los socios individualmente considerados, con obligación de responder por los

perjuicios que a aquella le hubiere ocasionado por su negligencia o descuido.

Es la teoría acentuada en el derecho moderno, al decir de algún tratadista, orgánica de la gestión de los negocios sociales, que pertenece al concepto de la sociedad-institución, en oposición a la sociedad-contrato; a la de la sociedad-realidad jurídica, en contraposición a la de la sociedad-ficción legal, y que aun llega a colocar dicha responsabilidad dentro del marco del derecho penal, por lo demás sin fundamento ni asidero en el derecho y la legislación vigentes, que solamente se inspiran en la idea simple y escueta de la representación. De ahí por qué la comisión revisora del Código de Comercio habla de manera explícita de la representación de la sociedad, para armar sobre tal concepción todo el sistema de la gestión de los negocios sociales y regular con ese criterio las relaciones entre la sociedad persona jurídica y sus gestores o representantes. (J. Gabino Pinzón, en el t. 2º de su obra sobre Sociedades).

II. GESTION DE LOS NEGOCIOS SOCIALES EN LA SOCIEDAD COLECTIVA.

Conforme al criterio antes expuesto, mediante la personificación jurídica de la sociedad, se deslinda en derecho la actividad social de la individual de cada uno de los asociados, de tal manera que cualquier acto propio de la actividad social debe ser ejecutado en nombre de la persona jurídica, sujeto de tal actividad, y si aquel no se celebra directamente en nombre de la sociedad, sino en el propio del agente, comisionista o dependiente de comercio, deberá ser confirmado o aceptado por quien tenga la facultad de representar a la sociedad, y solo así nace la vinculación jurídica de los terceros que con ella contratan, y solo así, también, es posible el ejercicio de las acciones contra el patrimonio social, por los negocios que se celebren de suerte que solo las obligaciones así contraídas comprometen la responsabilidad de las personas asociadas. De ahí por qué el proyecto de la Comisión prevé que los socios gozan de las mismas excepciones que puedan proponerse en nombre de la sociedad contra los terceros (artículo 350), como consecuencia de la teoría de la ficción de la personalidad jurídica en el contrato de sociedad.

En tal virtud, es inexacta la previsión contenida en el artículo 511 del Código mercantil vigente, al afirmar que “cuando el contrato social no designa la persona del administrador, se entiende que los socios se confieren recíprocamente la facultad de administrar y obli-

gar solidariamente la responsabilidad de todos sin su noticia y consentimiento”. La inexactitud de tal principio, que corre parejas con el que traía el artículo 482 del Anteproyecto de la Comisión, del “mandato recíproco que se confieren los socios para tratar y obligarse ante terceros”, radica en que la sociedad se obliga ante éstos en razón de la capacidad que les es propia como persona jurídica, y los socios se obligan con ella en razón del contrato social, del cual es modalidad sustancial esa responsabilidad solidaria e ilimitada. Por donde se concluye que la noción del mandato, además de resultar extraña para explicar la responsabilidad de la sociedad y de los socios, es la más inadecuada, ya que la Ley impone dicha responsabilidad como una modalidad esencial de la forma colectiva de asociación comercial que los socios no pueden alterar en modo alguno.

Distinguen los tratadistas tres formas de gestión de los negocios sociales, a saber: 1) por todos los socios; 2) por uno o varios socios, con exclusión de los demás, y 3) por uno o varios extraños.

A. *Gestión por todos los socios.*

Siendo el sistema que mejor consulta la índole de la sociedad en nombre colectivo, en virtud de la responsabilidad solidaria e ilimitada inherente a este tipo de asociación, se justifica plenamente la ingerencia de todos y cada uno de los socios en los negocios sociales: todos y cada uno son gestores de la empresa, ya sea que la administren por sí o por sus delegados, y mientras no haya una delegación expresa, todos son gestores, por la índole de tal forma de asociación, sin que se trate de una gestión colectiva, ejercida en conjunto por los socios, puesto que cada uno de ellos puede representar a la sociedad, separadamente de los demás y obligarla dentro del giro ordinario de su objeto, si explícitamente no se ha pactado un sistema distinto de gestión.

Tal es la razón de que el artículo 346 del Proyecto prevea que “cada uno de los socios podrá comprometer a la sociedad dentro de los límites del giro ordinario de los negocios sociales, si otra cosa no se pacta en el contrato. Para las operaciones que no correspondan a dicho giro (vale decir, para las de carácter extraordinario) será necesaria la autorización de todos los socios, si otra no se prevé en el contrato”.

Con fundamento en lo que antecede, para el evento de que cada uno de los socios asuma la representación de la sociedad y comprometa el patrimonio de la empresa, deben tenerse en cuenta ciertas normas que consulten una acertada regulación del contrato social, a falta de explícita reglamentación contractual.

a) Cada uno de los socios tienen derecho a oponerse a los negocios proyectados por otro socio y esa oposición suspende el negocio prospectado, mientras se decide por mayoría de votos: es la facultad consagrada en los artículos 513 y 514 del Código actual, contemplada en el artículo 352 del Proyecto, por la cual se garantiza el derecho de cada socio a intervenir en los actos de la administración y se consagra una regla de lealtad entre los socios al esperar, para ciertos casos, la decisión mayoritaria, cuando un socio se opone al acto proyectado por uno de los asociados.

b) El acuerdo mayoritario no obliga a la minoría sino cuando el acto o contrato proyectado encaja dentro del objeto social, dado que éste limita la capacidad de la persona jurídica y la facultad de obrar a nombre de la sociedad solo puede extenderse hasta donde ella puede ser obligada válidamente. Esta norma, que constituye en el Proyecto un principio general de aplicación a todas las formas de sociedad comercial, sobra, ya que no puede haber actos de representación de la sociedad fuera de su objeto y tales actos no obligan a la sociedad ni a los socios, quedando a salvo los derechos de terceros informados como están de la extensión del objeto y de la comprensión de la capacidad de la sociedad.

c) Si el acto o contrato se efectúa a espaldas de los socios o contrariando el querer de la mayoría, la sociedad y los socios quedan obligados, si tal negocio corresponde al giro social; mas las respectivas obligaciones solo se producen en relación con los terceros de buena fe, y los socios tienen derecho a ser indemnizados por los perjuicios que se deriven de la conducta del socio que infrinja dichas normas: tal es el criterio consagrado por los artículos 516 del C. de Comercio vigente y 353 del Proyecto de la Comisión Revisora.

Los actos así realizados son sociales, por provenir de un socio que tiene facultad para representar a la persona jurídica, y obligan a ésta y con ella a los socios, no obstante la posición de algunos de éstos; pero solo comprometen a la sociedad frente a terceros de buena fe y, en sana justicia, los demás socios tienen derecho a indemnizarse de los perjuicios que les sobrevengan por actos realizados en semejantes circunstancias.

B. *Gestión por uno o varios socios, con exclusión de los demás.*

Este es ya un caso de delegación de la facultad de representar a la sociedad, en el cual, como lo prevén los artículos 520 del C. de Comercio y 347 del Proyecto, es aplicable el principio de que “los administradores delegados representan a la sociedad judicial y extrajudicialmente”. Los socios delegados obran entonces en su doble condición de socios y de representantes de la sociedad; intervienen en la gestión de los negocios todos los asociados, si bien solamente alguno o algunos llevan la representación directa de la persona jurídica, y los demás lo hacen por medio de delegados; los delegados no pierden el derecho que delegan, pero sí quedan inhibidos de toda ingerencia directa en la administración de los negocios sociales (artículos 517 del C. de Co. y 348 del Proyecto).

En el evento propuesto, tienen aplicación las normas que en seguida se expresan:

a) La delegación puede tener lugar en el acto constitutivo de la sociedad o por medio de un acuerdo posterior de los socios: si lo primero, hace parte del contrato y se cumple mientras este no sea reformado válidamente y los terceros están notificados de ello por los medios de publicidad previstos en la ley; en el segundo supuesto, se produce con la delegación posteriormente acordada, una modificación del contrato, que debe dotarse de publicidad y autenticidad, en interés de terceros (artículo 349 del Proyecto).

b) Los administradores delegados representan a la sociedad en juicio y fuera de él, como lo establece el artículo 520 del C. de Comercio, y lo previó el 487 del Proyecto primitivo, norma que el artículo 347 del nuevo Proyecto reproduce como aplicable, en general, a los representantes delegados.

La administración ejercida en virtud de delegación, lleva implícita la facultad de representar a la empresa, facultad que no es compartida simplemente por los socios con sus delegados, sino que se confiere expresamente a los administradores. Según lo previenen los artículos 517 del Código y 348 del Proyecto, “delegada la facultad —dice éste— de representar a la sociedad, los delegantes quedarán inhibidos de toda gestión en los negocios sociales”, y destituidos del derecho de hacer uso de la razón o firma social. El artículo 517 citado y el artículo 438 del Anteproyecto, hablan de “facultad de administrar” y de “administración”, en general. En la forma antedicha

queda a salvo el orden interno de la compañía y se protege su vida de relación con terceros.

Aquí salta a la vista una innovación fundamental del nuevo Proyecto que se comenta, pues al paso que el Código de Comercio vigente y el artículo 438 del Anteproyecto contemplaban —según se dijo— la delegación para *administrar* en uno o más socios, el expresado artículo 348 generalizó la delegación de la representación, para ser conferida a socios y a extraños, y prescindió del concepto específico de administración, para sustituirlo por el genérico y más amplio de la simple representación, con sus resultados y consecuencias peculiares, conservando en esa forma la noción del mandato con representación, tesis que, como ya se dijo, es discutida entre los modernos tratadistas y comentaristas del derecho mercantil. Son los conceptos sintetizados al comienzo de este estudio dentro de las teorías organicistas de los italianos, en que predomina el criterio de administración por los órganos sociales, y la de la administración, o mejor, la representación delegada, con base en los principios del mandato y la delegación del mismo, más comunmente conocida bajo el aspecto de la delegación de poderes, extendida ya a socios y extraños.

c) A menos que se prevean limitaciones especiales, los administradores delegados tienen, en principio, todas las facultades necesarias y suficientes para el normal desarrollo de la empresa social, al tenor del principio impuesto por el artículo 519 del C. de Comercio de que “el delegado tendrá únicamente las facultades que designe su título”; mas previene el artículo 527 de la misma obra que “si al hacer el nombramiento de administrador los socios no hubieren determinado la extensión de los poderes que le confieren, el delegado será considerado como simple mandatario, y no tendrá otras facultades que las necesarias para ejecutar los actos y contratos”, “comprendidos en el giro ordinario de la sociedad, o que sean necesarios o conducentes al logro de los fines que ésta se hubiere propuesto”. Ello con la sola excepción de los actos que tengan por objeto enajenar, gravar o alterar los bienes inmuebles, intervenir en los juicios en que se discuta su propiedad, o transigir en los negocios sociales, en cuyo caso se requiere un poder especial conferido a los administradores.

d) Si los administradores son varios, se estará a los principios generales que rigen para tales casos, según que sean dos o más, y hayan de obrar de consuno, en el primer caso, o de acuerdo con el

querer mayoritario, en el segundo, y exista oposición de uno de ellos, o de la mayoría, respectivamente (artículos 524 del C. de Comercio y 353 del Proyecto). Los conflictos que ocurran entre los varios delegados, o entre los socios, no pueden trascender al orden externo de la vida social, sino frente a los terceros que no obren de buena fe.

e) Los administradores delegados pueden ser removidos por los socios, en cualquier momento, ya sea que la delegación se haya otorgado por tiempo indefinido, por período fijo, o mientras dure la sociedad. Esta facultad se deriva del principio general de que la administración corresponde por derechos a todos los asociados, como corolario de los postulados del derecho común sobre gestión de negocios ajenos y de la legislación mercantil general que regula el funcionamiento de las sociedades, y como consecuencia de la asimilación al mandato de todas las formas de gestión de los negocios sociales.

Y si al ser removidos los delegados, los socios reasumen todos los poderes de representación social y administración, desaparece el sistema de administración delegada; no sucede así si se delegan dichas facultades en otros socios que antes no actuaban como delegados, en cuyo caso subsiste el sistema y solo hay un simple cambio de administradores. En ambas hipótesis se modifica el contrato y tal reforma debe revestirse de autenticidad y publicidad, conforme lo prevé el artículo 349 del Proyecto, como una conveniente innovación al sistema vigente. Consecuencia de tal innovación es la traída por el artículo 350 del mismo Proyecto, o sea la que consiste en hacer inoponibles a terceros las limitaciones de las facultades de los administradores que no se hagan constar en la escritura social o en los poderes inscritos que se les confieran.

f) Finalmente, los administradores delegados están obligados a rendir cuentas de su gestión y responden ante la sociedad por los perjuicios que sobrevengan de cualquier actuación culposa o dolosa de su parte. Es esta una previsión consiguiente a la condición y funciones de quienes administran en representación y a nombre de otro, contemplada en el artículo 182 de nuestro Código de Comercio, como obligación implícita en la naturaleza del encargo recibido, en razón del mandato, señalada por el artículo 2.106 del Código Civil, que lleva aparejada la responsabilidad correspondiente a todo gestor, mandatario o delegado, y que de modo especial la consagra, para los delegados, sean socios o extraños, al final de cada ejercicio social, el artículo 354 del Proyecto que se ha venido comentando. Es

una norma que, como lo afirman autorizados comentaristas, tiene el carácter de imperativa y no admite modificación ni excepción alguna, por pactos que pudieran eximir de tal obligación, y que se actualiza de modo preferente mediante la inspección de los libros, actas y documentos sociales, cual lo prevé expresamente el artículo 356 del mencionado Proyecto.

Al ser delegada la administración en una persona determinada, el mismo Proyecto previene, en su artículo 355, como otra de sus destacadas innovaciones, que cuando el delegado abusa de sus funciones o acusa negligencia en el cumplimiento de su encargo, en cuyo evento, como asimismo lo prevé el Código en vigencia, pueden los socios designar un coadministrador que obre de común acuerdo con el ya nombrado, o poner la compañía en estado de liquidación. Norma esta aplicable, no solamente cuando la delegación se hace en la escritura social, sino cuando la delegación es condición esencial del contrato, a fuer de ser el "intuitus personae" el motivo determinante de la formación de la sociedad.

C. *Gestión por uno o varios extraños.*

No obstante este criterio dominante en la sociedad de nombre colectivo, del "intuitus personae", la delegación de las funciones de administración puede hacerse también en extraños, no reglamentada especialmente, más sí prevista en los artículos 490 y 510 del C. de Comercio y 344 del Proyecto.

En este supuesto, los socios quedan inhibidos para inmiscuirse en la administración de la empresa, al tenor de los postulados ya expuestos, a los cuales se conforman las mutuas relaciones entre la sociedad y los terceros, así como la consiguiente responsabilidad de los administradores delegados. De igual suerte que anteriormente se ha hecho, pueden aquí sentarse las siguientes normas aplicables a este último caso, que son las mismas ya enunciadas en relación con la gestión por algunos socios, con exclusión de los demás.

a) En primer término, si en el mismo acto en que se delega la administración no se señalan las atribuciones correspondientes al delegado o delegados extraños, ni la forma de ejercerlas, deberán aplicarse las normas generales que regulan la gestión o administración por delegados asociados a la empresa.

b) El administrador extraño "deberá indicar, en los documentos públicos y privados, que firma por poder" (V. artículo 490 del actual C. de Comercio). Puede decirse que esta es la única regla establecida en esta materia, a fin de que los terceros que contratan con la sociedad sepan que quien así obra en su nombre no es socio y no compromete, por ende, su responsabilidad por los actos que autoriza o por los negocios que celebra, ya que si el delegado fuera socio, como se ha dicho, además de la facultad de administrar, responde solidariamente por las obligaciones que celebre y con ellas compromete tanto a los demás socios como a la sociedad. Como sanción, tiene obligación de pagar los efectos de comercio que hubiere puesto en circulación, toda vez que la omisión de la antefirma induzca en error acerca de la calidad de los terceros que los hubieren aceptado (Art. 94 del C. de Comercio).

c) Finalmente, para resolver las dificultades que se susciten en razón de la administración delegada, cuya solución no sea posible con base en los principios expuestos, se aplicarán las normas que rigen el contrato de preposición. (Artículos 435 y siguientes de la misma obra).

Se aplica entonces el criterio de analogía, prescindiendo de considerar la delegación bajo la forma de mandato comercial, según la concepción más moderna del concepto de administración y representación social.

III. CONCLUSIONES

1ª. Como se ha visto, en materia de representación de la sociedad en nombre colectivo, con las escasas innovaciones que han quedado apuntadas en el estudio que antecede, siguen en vigencia en el cuerpo del capítulo comentado del nuevo Proyecto del Código de Comercio, el criterio general y los principios o postulados que derivan, más que de la Ley mercantil, de las normas fundamentales de nuestro derecho civil, por lo cual no se perfila de modo imperioso la urgencia de añadir nuevas normas a la legislación que rige en esta materia y a las pocas reformas propuestas por la Comisión, ni de hacer innovaciones adicionales a éstas, en el preciso plano en el que nos hemos venido ocupando.

2. Cabe, sí, para dar remate al presente estudio, destacar la innovación fundamental del Proyecto de la Comisión Revisora, sobre el Anteproyecto inicialmente elaborado, consistente en la prescin-

dencia total del criterio organicista y de la noción general de administración por los órganos sociales, a cambio de sostener el concepto fundamental de la *delegación de la representación*, conferible tanto a los socios como a los extraños, que se confunde con la noción amplísima y genérica de la simple *representación delegada*, desechando así el aspecto específico y concreto de *administración*, acogido, según se dijo en su oportunidad, en principio, por la Comisión.

Lo cual incide, de manera esencial, en el tratamiento, resultados y consecuencias de la delegación de la función simplemente representativa, con arreglo y adecuación a los diversos postulados que rigen la institución del mandato, inspirados en la concepción chilena y, en último término, en la francesa, que sirvieron de cimiento a la formación y evolución de nuestro derecho sustantivo. Esta es, como también se anotó a su debido tiempo, la explicación de que en el capítulo comentado del Proyecto se borró el vocablo "administración", para hablar solamente de "representantes", delegados o mandatarios, así como de representados, delegantes y mandantes.

No está por demás recordar estos conceptos del tratadista Antonio Brunetti, en su Tratado del Derecho de las Sociedades, t. III. pág. 203 y ss. (Ed. Uteha, Argentina, 1960):

"El nombramiento (de los administradores) es un acto de la vida social, necesario para el funcionamiento de la corporación, en cuya virtud puede manifestar y conservar la capacidad de querer y de actuar tanto en lo interno como en lo externo. Como expresión de la voluntad corporativa el nombramiento es un negocio jurídico unilateral, no un contrato entre la sociedad y los administradores y por consiguiente *ni tan siquiera un mandato* (se subraya), aunque la Ley diga que estos últimos han de cumplir sus deberes con la diligencia del mandatario. Después del nombramiento y de su aceptación, los administradores pasan a ser el único instrumento de manifestación de la voluntad (social) al exterior, por lo que la acción del órgano es también la acción de la sociedad; el interés y la voluntad del representado son al mismo tiempo el interés y la voluntad del representante. El nombramiento no confiere, por lo tanto, ningún mandato, como se decía impropriadamente en el artículo 121 del Código de Comercio, porque sin el órgano la sociedad no existe. La llamada representación orgánica no supone la existencia de un negocio que la crea (de mandato, etc.) como en la representación voluntaria: la acción del órgano responde a una concepción monista, la del mandatario-representante a una concepción dual".

Más adelante, el mismo autor reitera su apreciación concorde con la tesis organicista, pero inclinándose a aceptar, sin embargo, la relación proveniente del mandato representativo, cuando afirma: "La doctrina, desde hace mucho tiempo, sostiene que el nombramiento (de los administradores), como acto del derecho social, por el que la persona jurídica crea el órgano, es un negocio unilateral, abstracto, no recepticio, que rechaza todo carácter contractual, pero que con él *se enlaza un contrato accesorio*. causal, individual, de empleo (o de trabajo) formado por un *mandato representativo*. Estas dos relaciones se funden en la dirección de la sociedad, manteniéndose el externo, caracterizado por el poder de representación negocial y judicial, y el interno, de la obligación de administración, susceptible de múltiples limitaciones, mientras que el primero carece de límites".

"Aun negando toda referencia al mandato, aceptaba esta tesis Ascarelli diciendo que por lo que respecta al trabajo que han de prestar los administradores, más que de mandato, debería hablarse de arrendamiento de servicios: en la base de la relación se encuentra, bajo este aspecto, un verdadero contrato de trabajo entre sociedad y administradores. A tal contrato tendería, por parte de la sociedad, un acto unilateral, análogo al mandato, con el que los administradores quedan investidos de la facultad de concurrir con sus decisiones a formar voluntad social y manifestarla a los terceros. Pero, eliminada la relación con el mandato, y elaborados, junto con la persona jurídica, los conceptos de órgano y organicidad, el indicado dualismo no tiene hoy razón de ser, porque si con el nombramiento por parte de la asamblea se crea el órgano, su función está regulada, en todas sus partes y aspectos, por la Ley y el acto constitutivo".

Con fundamento en estos conceptos, bien valdría la pena de insistir en la necesidad de volver sobre los pasos recorridos por la Comisión en su etapa inicial revisora, cuando acogió de plano la tesis italiana denominada organicista, la que, como dijimos, quedó formulada en el anterior articulado de este capítulo del proyecto y normas concordantes, o si, de acuerdo con el mismo Proyecto hoy variado, deberá persistir en sostenerse la trajinada teoría de la representación con base en el mandato y en armonía con la delegación de poderes en la sociedad de nombre colectivo.