

## **JORNADA NOTARIAL ARGENTINA 2016**

*Tema III. Ley General de Sociedades. Impacto de la reforma introducida en la ley 19.550. Unipersonalidad*

### **ANALISIS CRÍTICO DE PODERES GENERALES DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES SOCIALES**

**Maria Acquarone**

**Titular Registro 475 CABA**

#### **PONENCIA**

El otorgamiento por parte de las personas jurídicas de poderes ya sea especiales para un acto o generales para todos los actos comprendidos en el objeto son válidos y eficaces, no tergiversan la estructura orgánica de formación y expresión de la voluntad. Sustituyen la función de representación pero no la de administración por lo que para el otorgamiento del acto jurídico siempre se va a requerir la decisión del órgano correspondiente.

## Concepto de REPRESENTACIÓN

La representación implica un desplazamiento de los efectos jurídicos del acto, de la esfera jurídica de la persona que realiza el acto a la esfera jurídica de otra. Este desplazamiento de efectos solamente se produce cuando la ley lo dispone. Esto nos permite distinguir el fenómeno de la representación como propio de las ciencias jurídicas a diferencia de las ciencias de la naturaleza ya que en este último campo tenemos causas físicas y consecuencias naturales mientras que en las primeras solo ocurre si está amparado por el sistema jurídico

En la naturaleza, tenemos siempre una relación de causa a efecto. Si yo dejo caer un objeto éste se cae. Hay una relación entre mi accionar y el efecto que se produce. En una materia regida por el sistema jurídico, como la materia de representación, no es así. El actuar de una persona no produce efectos jurídicos en su propia esfera, sí tenemos un nexo de representación.

Este desplazamiento de los efectos, admitido por la ley, puede tener tres causas. Puede ser **voluntaria** –convencional o no convencional pero, dentro de lo convencional, en rigor, tiene que ser voluntaria–; es decir, una persona *quiere* ser representada (vamos a terminar de redondear esta idea al final, cuando hablemos de la representación societaria). Puede ser **necesaria**, que es el tipo de representación que tienen los incapaces de hecho, con los representantes que la ley les asigna (el caso de los padres, los tutores o los curadores). Por último tenemos la representación **orgánica**; ¿qué es la representación orgánica?: la que tienen todas las personas jurídicas de existencia ideal; porque tienen una estructura normativa que les permite ser sujetos de derecho, pero no tienen la posibilidad de expresar la voluntad, porque no son personas físicas.

Este concepto es el que recoge el Código Civil y Comercial en su artículo 358 cuando expresa que la representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando proviene de una regla de derecho y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica

## **REPRESENTACION ORGANICA**

Esta representación orgánica tiene caracteres especiales. Pero también decimos que hay un desplazamiento de efectos, porque en el caso de la contratación hecha por una persona sin desplazamiento jurídico, tenemos que A se vincula con B, y se produce el acto jurídico, el contrato, etc. Cuando hay representación, y en virtud de este desplazamiento de efectos que se produce, tenemos que A se vincula con B, pero a través de la actuación de C. Entonces, el desplazamiento es porque C actúa en nombre de A, y los efectos del acto no se producen en la esfera jurídica de C, sino en la esfera jurídica de B.

Ahora, ¿cómo ocurre esto en materia societaria? En materia societaria, tenemos que A se vincula con B. No tenemos una tercera persona que interfiera, que sería C, pero sí hay desplazamiento de efectos porque A, que es la persona jurídica se vincula con el tercero en el acto jurídico a realizar, y el desplazamiento de los efectos se va a producir respecto de quienes componen la persona jurídica. Entonces, ese desplazamiento se va a producir respecto de los socios o asociados, porque puede tratarse de una sociedad o de una asociación, y todo lo que realice el representante orgánico, va a tener una consecuencia en el patrimonio de quienes componen la persona jurídica, de acuerdo al orden jurídico general en el cual participa esa persona jurídica, y en el orden jurídico particular, que es el propio estatuto de la sociedad.

La representación orgánica, entonces, es la que tienen las personas jurídicas de existencia ideal. No hay dos partes, un representado y un representante, sino que es la propia persona que expresa su voluntad a través de la estructura orgánica. Tenemos así que las personas jurídicas pueden ser sociedades comerciales, sociedades civiles, asociaciones civiles, fundaciones, y hay muchas más.

Estas personas jurídicas que tienen muchas diferencias en su estructura así en las sociedades comerciales, tenemos la estructura típica. Esta estructura típica es esencial –porque si no, no hay sociedad típica; podremos tener sujeto de derechos, pero no una sociedad típica regular

La regularidad y la tipicidad se adquieren con la inscripción en el Registro Público de Comercio (no la persona jurídica, pero sí la tipicidad). A su

vez, la estructura orgánica es parte esencial de la tipicidad, por eso es inconcebible una sociedad anónima sin directorio, sin asambleas, etc.

Hoy en la ley general de sociedades tenemos la sustitución de la sociedad civil, las sociedades irregulares y las sociedades de hecho con una regulación en los artículos 21 al 26 de la sociedad simple o llamada de la sección IV y en este caso tenemos una estructura amplia, que permite el ordenamiento. Ya no tenemos mas la diferencia entre las sociedades civiles y las comerciales que se distinguían según desarrollaran una actividad civil o mercantil pero básicamente en la sociedad civil había una amplia libertad de pactar su estructura que no estaba permitido en la sociedad comercial

La ley de sociedades mantiene la estructura orgánica en las sociedades típicas Es imposible estructurar una sociedad de responsabilidad limitada sin gerente ni una sociedad anónima sin director. Con la tipicidad surge la sociedad regular desde su inscripción, y cada tipo se caracteriza por el conjunto de elementos que lo componen.

La imputación de efectos en la actuación orgánica se produce según la estructura jurídica particular que se debe insertar en el orden jurídico general que se refiere a las cuestiones esenciales que debe tener cada tipo societario La Ley de Sociedades está impregnada de una normativa de orden público, de allí que no podamos apartarnos de la estructura orgánica. Por eso decimos que no hay distinción entre la sociedad y el orden que la regula. Pero también porque esto implica una base *ius filosófica* para el análisis societario.

## **CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA**

La persona jurídica es un centro de imputación normativa. La persona jurídica no existiría si el orden jurídico no permite que haya un centro de imputación normativa. Eso no quiere decir que la persona sea nada más que un orden jurídico, pero desde el punto de vista societario, la sociedad es una estructura jurídica. No es un súper hombre, no es un robot que nosotros

creamos a través del contrato plurilateral de organización, sino que es una estructura jurídica abstracta, que tiene su nacimiento en el contrato.<sup>1</sup>

Este concepto, que tuvo una larga evolución doctrinaria, no existía en el derecho romano. En el derecho romano no había un concepto como este de la persona jurídica que naciera del contrato societario. El contrato de sociedad era un contrato que se formulaba entre las personas, que creaba derechos y obligaciones, pero no surgía un sujeto derecho, porque no existía esta idea abstracta de que una estructura jurídica voluntaria pudiera surgir un sujeto de derecho.

No existía esta idea, como tampoco existía la idea de la representación convencional. Existía el contrato de mandato, pero la persona actuaba por ella y para ella, no en representación de otra. O sea que esta idea del desplazamiento es bastante evolucionada en materia del derecho.

La idea de persona jurídica nace en la concepción del Estado,<sup>1</sup> porque el Estado, como nación, si se la consideraba como persona jurídica. Entonces, hay una larga evolución doctrinaria, en la cual se agrupan por un lado las teorías llamadas ficticias, que ven a la persona jurídica como una ficción legal que tienen como inspirador a Savigny, y por el otro se agrupan las doctrinas que encuentran la solución en el reconocimiento a las sociedades de “una personalidad real” . La ley 19.550 adopta en la exposición de motivos, la orientación que sostiene que la persona jurídica no es una ficción ni legal ni doctrinal sino por el contrario una realidad innegable no filosófica ni orgánica ni psíquica sino jurídica un sujeto ideal que pertenece a la realidad dotando de la necesaria aptitud para relacionarse jurídicamente para ser titular de derechos y obligaciones<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> MARSILI, Maria Celia en RDCO 1971 pag 3 desarrolla todas las teorías referentes a la personalidad jurídica de las sociedades comerciales

<sup>2</sup> Ley 19550 Exposición de motivos “En este particular se adopta la mas evolucionada posición en punto a personalidad jurídica y de este modo como lo señalara e otra oportunidad uno de los co redactores la sociedad resulta así no solo una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente una actividad económica sino que constituye una realidad jurídica, esto es ni una ficción de la ley reñida con la titularidad de un patrimonio y demás atributos propios de la personalidad- como el domicilio, el nombre, la capacidad- ni una realidad física en pugna con una ciencia

Ese ordenamiento intermedio podía ser esa persona jurídica, que se circunscribía a ciertas instituciones. Hasta que se llega a la idea de que el acuerdo entre varias partes podía producir un sujeto de derecho. Pero este acuerdo tenía particulares características, porque se diferenciaba del contrato de cambio, de la compraventa, en que en los contratos de cambio hay intereses contrapuestos. Hay una parte que quiere algo que no quiere la contraria; si no, no podría haber acuerdo. Mientras que en el contrato de sociedad, todas las partes quieren lo mismo.

Entonces, hay una finalidad común, esto que también se llama *afectio societatis*, que no es más que la finalidad común de las partes. Esta finalidad común hizo que la caracterización del contrato fuera diferente. Entonces, se llega a la idea del contrato plurilateral, que tiene diferencias respecto del contrato bilateral, porque en el contrato plurilateral, si se anula uno de los vínculos –se va uno de los socios por, por ejemplo, falta de capacidad, no se anula el contrato, mientras que si estamos en una compraventa, si una de las partes no tiene capacidad, es nulo el contrato.

Hoy el concepto de contrato plurilateral de organización se encuentra revisado por la sociedad unipersonal, diríamos sustituido por el de acto jurídico del que va a surgir un sujeto de derecho. Aun cuando la sociedad legislada no cubra las necesidades de las PYMES al legislarse sobre la posibilidad de constituir una sociedad con una sola persona ya no podemos hablar de contrato

Sigue sin solución el caso en que el empresario sin socio desea constituir una sociedad para limitar la responsabilidad en su patrimonio y debemos recurrir a los mismos artilugios anteriores constituyendo sociedades con socios que al decir de los comercialistas son “hombre de paja”.<sup>3</sup>

---

de valores. Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone”

<sup>3</sup> In extenso sobre el tema”MALAGARRIGA Juan Carlos “Sociedades de un solo socio”, Abeledo Perrot 1965

En la doctrina hay una larga evolución sobre el concepto de sujeto de derecho, pero cuando se llega a este concepto surgen las teorías de la inoponibilidad del sujeto de derecho, o teoría de la penetración o del levantamiento del velo también llamada “*disregard of legal entity*” y ya en el artículo 2 de la ley 19550, se dice que se crea un sujeto, pero **con el alcance de la ley**.. Ahora está contemplado en el artículo 54 de la Ley 19550: si el sujeto de derecho se extralimita de la causalidad que le dio origen, y lo hace con fines extra-societarios, entonces, tampoco nos sirve el sujeto de derechos, porque al sujeto de derecho lo vamos a dejar de lado para ver cuál es el sustrato empresarial. La difusión de esta teoría desde la doctrina es autoría de Rolf Serick, que la elabora después de la Segunda Guerra Mundial en Alemania, y los bienes de las empresas que en ese momento estaban en la actividad productiva.<sup>4</sup> Así dice que “Las opiniones sostenidas por la doctrina alcanzan desde la más precavida afirmación de la posibilidad de adoptar medidas que afecten a los hombres que se hallan detrás de la persona jurídica en casos excepcionales hasta la más decidida recusación de la sutil separación entre la sociedad y los socios”

## **FUNCIONES DE LA PERSONA JURIDICA**

La imputación de efectos que se produce a través de la persona jurídica, se hace en virtud de ese orden jurídico particular, que es el estatuto o contrato social. Para que se produzca esta imputación diferenciada de efectos, la actuación debe estar dentro de la estructura.

Estas estructuras tienen funciones, que pueden estar expresadas en órganos o pueden estar realizadas por los propios socios. Estas funciones son las siguientes

**Función de gobierno**, que hace a todo lo que se refiere a la estructura propia del sujeto de derecho. Esta función tiene una conexión directa con la constitución, de modo tal que cuando hay una estructura en la constitución que requiere algún cambio, tenemos que apelar a la función de gobierno.

---

<sup>4</sup> SERICK Rolf Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica Ed Ariel Bancelona 1958

**Función de administración**, que es la que delibera y resuelve acerca del desarrollo de la actividad descrita en el objeto, le corresponde cumplir con el mismo la función de administración es la que delibera y posteriormente ejecuta la decisión tomada. Comprende actos de administración o de mera conservación y de disposición porque administración societaria es ejecutar el objeto con los actos necesarios para ello

### **Función de representación**

Es la que tiene a su cargo vincular a la sociedad con terceros. Una vez que la sociedad decidio el acto, para su ejecución muchas veces se tiene que vincular en diferentes actos jurídicos con terceros y lo hace ejerciendo esta función.

### **Función de fiscalización**

Toda sociedad necesita que los que son propietarios de las participaciones sociales puedan controlar las decisiones que toma el órgano a cargo de la administración y la ejecución por parte del representante. Generalmente en las PYMES esta función esta a cargo de los mismos socios pero también puede estar a cargo de un órgano societario como es el síndico

Enseña Norberto Benseñor que :

“1. Reiterando lo que hemos señalado en otras oportunidades, existen dos condiciones principales para la validez y eficacia del acto representativo societario.

A) Que la sociedad actúe por intermedio del representante societario debido.

B ) Que el acto de que se trate no sea notoriamente extraño al objeto social.

2. Es representante societario debido quien de acuerdo con la ley o el contrato tiene la representación legal de la sociedad (art. 58 Ley 19.550).

La calidad de representante societario surge en todos los casos de ordenamientos normativos, sean de primer grado (la ley) o de segundo orden (el contrato o estatuto) en cuyo caso sus disposiciones se combinan respetando la respectiva jerarquía entre ambas.

3. En las sociedades que no dispongan de un órgano colegiado para la función de administración, ésta última comprende también la representación (ver arts. 127, 128, 136, 143, 157 y 318). En la sociedad anónima donde siempre el órgano administrador es de carácter colegiado se observa claramente la diferenciación objetiva de ambas funciones, confiando la administración al directorio (art. 255) y la representación al Presidente o a quien autorice el estatuto (art. 268).<sup>5</sup>

Es importante que distingamos la función de administración de la de representación. Dentro del directorio de una sociedad anónima la función de administración la tienen los directores y esta es la función que resulta indelegable según lo establece el art 266 de la ley de sociedades. El órgano de representación es el presidente cuyas funciones se encuentran en el art 268 de la ley de sociedades. El directorio podrá deliberar todo lo que quiera, pero el directorio no vincula a la sociedad con terceros, resuelve lo que la sociedad va a actuar, pero no es la que vincula.

Estas funciones son las que tienen todas las sociedades van a estar ejercidas por los propios socios, o van a tener un organicismo diferenciado, cuando hay un órgano para cada una pero en el caso que no lo haya igualmente existe la función.<sup>6</sup>

### **ORGANOS DE LA PERSONA JURIDICA**

Dice Colombres que es uno de los componentes técnicos del derecho societario que establece el régimen de imputabilidad al orden jurídico especial denominado sociedad.<sup>7</sup>

El órgano de administración va a tener una competencia, que es la que le da la ley. Por eso, cuando la ley dice que el presidente del directorio representa, establecemos ello como principio rector e imperativo por lo cual se pueden nombrar otros representantes pero no se puede eludir la representación del presidente quien va a tener, además, un orden jurídico

---

<sup>5</sup> BENSEÑOR Norberto Seminario 1995 5 y 6 de octubre XXXI Laureano Moreira Academia Nacional del Notariado

<sup>6</sup> COLOMBRES Gervasio "Curso de Derecho societario" Abeledo Perrot 1972 pag 143 y ss

<sup>7</sup> COLOMBRES Gervasio ob cit

particular. Esto trae consecuencias respecto del tema de las restricciones internas que no rigen para la vinculación con los terceros pero sí sirven para la responsabilidad de los directores, para la responsabilidad de quien está ejecutando el acto.

La competencia se diferencia de la capacidad en que la competencia pertenece al orden jurídico. Ese orden jurídico puede ser el orden jurídico general o el orden jurídico particular, que es el estatuto que regula la actuación del órgano. Y la competencia va a tener una función, que es la de administración, y otra función, que es la de representación. Estas dos funciones se pueden disociar y en esa disociación se puede otorgar un poder sustituyendo la función de representación por un representante convencional

Es decir un aspecto del órgano va a ejercer la función deliberativa que es interna, pero el órgano tiene otro aspecto que ejerce otra función que va a ser la de vinculación con terceros o de representación. El órgano de administración, a través de alguno de sus miembros, si es colegiado ejerce ambas funciones y si no es colegiado será la misma persona que ejerce las dos funciones. Pero son dos funciones diferentes, y las tenemos que distinguir.

La función de administración no se puede delegar siendo el principio rector el del art 266 para el cargo de director pero aplicable por analogía a los demás tipos societarios. La posibilidad de vincular externamente a la sociedad se puede sustituir y realizar a través de un apoderado, ya sea especial para el acto o general para todos los actos que comprenden la actividad de la sociedad

Esto significa que los poderes tanto especiales como generales son válidos y compatibles con la estructura orgánica de las sociedades que no se modifica en virtud de esta actuación. Se trata de apoderamiento voluntario y la actuación del apoderado no supe de ninguna manera la decisión que debe ser tomada por el órgano que tiene la función de administración. Este requisito puede ser suplido cuando se trata de un poder especial ya que la decisión del acto esta insita en el otorgamiento del poder