

Citación sugerida: RDCO, nº 222, enero/febrero 2007, p.123.

LA TEORIA DEL ORGANO Y LA PARTICULAR NATURALEZA DE LA VINCULACION DEL ADMINISTRADOR CON LA SOCIEDAD.

Diego Duprat*

1. Disociación entre propiedad y control y conflictos de agencia. 2. Justificación y aplicación de la teoría del órgano. 3. Breve panorama de la doctrina argentina sobre la relación de los administradores con la sociedad. 4. Carácter contractual de la relación entre administrador y sociedad. Insuficiencia de la teoría orgánica para explicar tal relación. 5. Problema de la "autocontratación". 6. Conclusión.

La naturaleza del vínculo entre administrador y sociedad anónima es de carácter contractual. La aplicación de la teoría del órgano, adoptada para explicar la representación societaria, no solo no obsta a la conclusión arribada, sino que deviene irrelevante para definir, en todas sus facetas, la relación interna entre administrador y sociedad.

Se expondrán –críticamente- las soluciones y opiniones brindadas por la doctrina argentina sobre el punto en análisis.

1. Disociación entre propiedad y control y conflictos de agencia.

En las sociedades anónimas abiertas, donde se ha desarrollado al máximo la especialización de las funciones gerenciales, se verifica una separación entre la propiedad y el control de la sociedad en manos de accionistas y administradores, respectivamente. Esta brecha tiende a aumentar en tanto ambas partes pretenden maximizar sus beneficios y priorizar sus intereses. Y aquí es donde se origina un conflicto de intereses entre ambas, porque, en definitiva, y sin importar si se adscribe a la teoría del órgano o del mandato, los administradores deciden sobre bienes ajenos (de la sociedad, en forma directa, pero también de los accionistas, de manera indirecta). Este cuadro de situación se agrava cuando el accionariado es numeroso y disperso, debido a que los incentivos para controlar a los administradores son débiles, ya que es mucho el esfuerzo y costo que se debería empeñar en la tarea de supervisión y poco lo que se sacaría a cambio.

* Profesor Adjunto ordinario de Derecho Societario, Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, www.uns.edu.ar.

Surgen, así, los denominados problemas o conflictos de agencia entre accionistas y administradores¹.

Podrá decirse que estos conflictos no pueden darse en el derecho argentino porque desde hace mucho tiempo se ha superado la aplicación de las reglas del mandato para explicar la relación entre administradores y sociedad, al adoptarse la teoría del órgano.

Esto no es así, a pesar de que gran parte de la doctrina argentina suele obstaculizar el análisis de los temas de agencia y de los mecanismos tendientes a alinear los intereses de administradores y sociedad/accionistas, por lo menos a través de dos conceptos utilizados en forma dogmática: a) que la teoría del órgano explica satisfactoriamente, y en todos sus aspectos, la relación entre sociedad y administrador y b) que el administrador no está vinculado contractualmente con la sociedad.

2. Justificación y aplicación de la teoría del órgano.

La construcción doctrinaria de la teoría del órgano nace –como sostuvo Girón Tena- de la necesidad derivada de la insuficiencia del concepto de representación en las personas jurídicas. La representación orgánica superó el dilema impuesto por la representación clásica que necesariamente requería dos sujetos diferenciados (el mandante y el mandatario), “mientras que las personas jurídicas que cuentan con órganos no hay más que uno, cuya voluntad se expresa por el órgano, dentro de la esfera de su competencia.”²

¹ El derecho norteamericano define la relación de agencia como un contrato bajo cuyas cláusulas una o más personas (el principal/es) contratan a otra persona (el agente) para que realice determinado servicio en su nombre, lo que implica cierto grado de delegación de autoridad en el agente. Si ambos contratantes (principal y agente) son maximizadores de utilidad, existen buenas razones para sostener que el agente no actuará siempre en el mejor provecho del principal. Los esfuerzos por alinear los intereses del agente a aquellos del principal, generan un costo, conocido como costo de agencia (Estos costos incluyen: a) gastos de control por parte del principal; b) gastos de garantía de fidelidad del agente y c) pérdida residual (que es el equivalente en dinero de la reducción en el bienestar del principal ocasionada en la divergencia de intereses con el agente y que, muchas veces, no vale –en términos económicos- la pena subsanar, porque el costo de detectarlo, evitarlo o controlarlo sería superior a los eventuales perjuicios). Ver JENSEN, Michael y MECKLING, William; “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure”, *The Journal of Financial Economics*, 3; 305.).

² GIRON TENA, J.; *Derecho de Sociedades*, T.I, Madrid, 1975, p. 303. Esta idea fue adoptada por la jurisprudencia al sostener: “La teoría del órgano, admitida generalmente por la moderna doctrina jurídica lleva como ínsito presupuesto la negación de todo tipo de diferenciación de sujetos jurídicos en la relación funcional órgano-sociedad. En virtud de ella, el órgano de administración y representación no es mandatario del ente social, sino que es la sociedad misma la que actúa mediante la actividad concreta de una persona física.” (CNCom., Sala A, 30-12-1976, ED 74-702) y en similares precedentes, como “Kraft S.A. , Guillermo” (CNCom., Sala A, 4-8-1977, LL 1978-A-456, con comentario de HIGHTON, Federico R.; “La representación, el

La representación orgánica se constituyó, así, en una forma más satisfactoria y coherente de explicar la manera en que las personas jurídicas expresan su voluntad y son “representadas” por las personas físicas, que la que surgía de la aplicación de las reglas del mandato³.

Esta relación monista entre sociedad y representante necesitaba, a su vez, un andamiaje técnico-teórico que se enraizara en el propio sistema de sociedades y que justificara tal representación orgánica, lo que se logró mediante el diseño de una estructura compuesta por órganos con atribuciones y competencias específicas e indisponibles por las partes, asignándole a uno de ellos la facultad de representar al ente⁴.

Por ello, la teoría del órgano si bien hace referencia a la distribución interna de competencias, está destinada, en manera principal y directa, a justificar la particular forma de representación, o mejor dicho de manifestación de la voluntad del ente societario. Aunque, como sabemos, tal representación orgánica no excluya otras posibilidades de representación, como la emergente de un contrato de mandato (apoderados) o la que ejercen ciertas personas que no son ni órganos ni mandatarios, pero cuyos actos se imputan a la sociedad en virtud de la apariencia creada (caso de los empleados que firman remitos, recibos, facturas, etc.)⁵. Porque, como aclara Cabanellas, “toda la estructura de representación societaria se apoya, en definitiva, en representaciones orgánicas”⁶, ya que tal representación orgánica es la condición necesaria para que se originen y convaliden las demás formas de representación convencional (ya sean expresas o tácitas). En igual sentido se manifestaron Aranguren Urriza y Fernández-Tresguerres García al distinguir entre apoderamiento, el que es siempre posible y voluntario, y el *poder de representación* (o representación orgánica)

mandato y el órgano de la persona jurídica (aspectos prácticos)”) y “Banco Tornquist S.A. c/ Teneza S.C.A.” (CNCom., Sala A, 12-8-1976).

³ COLOMBRES, Gervasio R.; La teoría del órgano en la sociedad anónima, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1964, p. 47 define al órgano como “la estructura normativa que determina cuándo y de qué manera la voluntad o el hecho de un individuo o la de varios serán imputados en sus efectos a un grupo de individuos vinculados en un orden jurídico especial”.

⁴ RAMELLA, Ermanno; Amministratori di società, Collana delle Società, Edizioni Consulente delle aziende, Milán, 1968 (“L’ente societario per raggiungere tali finalità non può tuttavia servirsi occasionalmente ed in modo discontinuo di un numero imprecisato di persone fisiche, ché altrimenti verrebbe meno la consecutività logica e giuridica nei suoi rapporti con gli altri soggetti; è necessario invece che l’ente «organizzi» queste persone, conferendo loro individualmente o colegialmente una certa identità di funzioni, destinata a protarsi per un determinato periodo di tempo, in modo da consentire una stabilità di poteri e di responsabilità.”)

⁵ CABANELLAS, Guillermo (h); “Los órganos de representación societaria”, RDCO, 1991-A, Año24, p. 27. Ver también SOLARI COSTA, Osvaldo, op. cit., p. 140 y ALEGRIA, Héctor, “La representación societaria”, Revista de Derecho privado y Comunitario, T.6, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 253/255.

⁶ CABANELLAS, Guillermo (h), op. cit., p. 32.

el que es esencial a la sociedad y, además, necesario para hacer efectivo tal apoderamiento⁷.

Sin perjuicio de lo expuesto, planteamos algunas reservas sobre que la teoría del órgano constituya el argumento definitivo y excluyente para explicar la representación societaria. Siguiendo a Otaegui⁸, creemos que la función de obligar a un sujeto de derecho mediante la voluntad intermediaria de otro que no es mandatario, no es propio ni exclusivo de la teoría del órgano, como así tampoco que la existencia de funciones y deberes impuestos, en su gran mayoría, por la ley cambie la naturaleza de la función de representación. Por ejemplo, el padre del menor en ejercicio de la patria potestad es su representante legal y tiene funciones impuestas por la ley y, además, obliga directamente al menor, constituyendo un supuesto de representación obligatoria y permanente, que de ninguna manera permite asimilarlo con la teoría orgánica, ni – tampoco- vincularla a la figura del mandato⁹. Por ello, para justificar la representación de la sociedad bastaba con la institución de la representación legal y no era necesario apelar a la construcción de la teoría del órgano, cuando no es de la esencia del “organicismo” las facultades representativas del ente. Téngase en cuenta que la representación legal viene impuesta en diversos y disímiles casos, sin que importe si el sujeto a representar tenga, o no, una organización orgánica. La representación legal no es propia y exclusiva de todo sistema orgánico u organicista, ya que puede haber órganos sin representación legal¹⁰.

⁷ ARANGUREN URRIZA, Francisco J. Y FERNANDEZ-TRESGUERRES GARCIA, Ana; “La representación de la sociedad anónima”, en Estudios sobre la sociedad anónima, dirigido por Víctor Manuel Garrido de Palma, Edit. Civitas, Madrid, 1991, p. 161.

⁸ OTAEGUI, Julio C.; Administración societaria, Ed. Abaco, Bs. As., 1979, p. 48, a cuyo análisis adherimos y que sostuvo: “...no es el organicismo la doctrina más adecuada para sustentar el proceso de imputabilidad jurídica del sujeto de derecho, lo que no significa que la teoría del órgano sea irrelevante en materia societaria”.

⁹ La figura de la representación directa o propia, y necesaria de fuente legal, aplicable al representante societario, no es necesariamente tributaria de la teoría del órgano. Adscribamos o no a tal teoría, se trata de una representación impuesta por la ley y necesaria para el desenvolvimiento de la persona jurídica y para permitir que ésta se relacione jurídicamente con terceros. Por el contrario, tal representación societaria sí excluiría la aplicación de la figura del mandato, ya que no podría darse una relación de mandato entre la misma persona, como tampoco podría tolerarse que un órgano de la sociedad dé mandato a otro órgano de la misma sociedad debido a que, dada la indisponibilidad imperativa de la distribución de competencias de los órganos societarios, ninguno de ellos podría otorgar a otro facultades o delegar funciones que no les son propias. En este caso, las atribuciones de representación, al venir determinadas legalmente con carácter imperativo, desplazan la posibilidad del mandato, salvo que la representación no la ejerzan las personas determinadas por la ley y el estatuto, sino otra u otras (apoderados). En otras palabras, puede haber representación sin mandato y, también, sin teoría del órgano que la explique.

¹⁰ OTAEGUI, Julio C.; Administración societaria, Edit. Abaco, Bs. As., p. 47.

A esta altura podemos sugerir un primer postulado provisorio: el diseño de una estructura basada en órganos y la asignación legal de las potestades de representación del ente al Presidente del directorio, supone que entre sociedad y representante no exista una relación contractual, como tampoco existen entre la sociedad y sus demás órganos. Toda persona que llegue al directorio y sea designada Presidente del mismo tendrá facultades de representación, sin necesidad de celebrar contrato alguno.

Aclarado este punto, cabe adentrarnos, entonces, en lo que nos ocupa: la relación entre la sociedad y los administradores.

3. Breve panorama de la doctrina argentina sobre la relación de los administradores con la sociedad.

El problema que se advierte en las distintas interpretaciones doctrinarias es que las conclusiones a las que habilitaba la teoría del órgano referidas a la representación de la sociedad, especialmente la superación de la figura del mandato, fueron trasladadas –dogmáticamente- a las relaciones internas del ente, especialmente a la relación existente entre administradores y órganos, negándole carácter contractual a la misma.

Así se desarrollaron explicaciones insatisfactorias e incompletas que, lejos de aclarar el carácter de la relación bajo estudio, confundieron su análisis al sostener, por ejemplo, que las personas físicas que integran un órgano son el órgano mismo¹¹; que al no verificarse una relación de mandato entre la sociedad y su representante, no puede admitirse una vinculación contractual entre administradores y sociedad, lo que fundamentan en la condición de “funcionario” del administrador y en el régimen imperativo de su regulación legal.

Veamos que dijo la doctrina nacional.

¹¹ Se ha sostenido “que las personas que desempeñan las funciones de administración son órganos sociales; ...” (ZALDIVAR, Enrique et al; Cuadernos de Derecho Societario, Vol. I, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1978, p. 288. Esta afirmación tuvo su correspondiente eco en la jurisprudencia; ver al respecto el voto del Dr. Silva en CNCom., Sala A, 30-12-1976, ED 74-702). También FERNANDEZ MADRID, Juan C.; Tratado práctico de derecho del trabajo, T.I, La Ley, p. 898 sostiene “...los directores de una sociedad anónima, al investir este cargo, constituyen órganos de la sociedad ...”. Este argumento, que no compartimos, conforma una de las causas que, a nuestro criterio, ha colaborado con una incorrecta interpretación de la teoría del órgano. Los administradores son integrantes del órgano, pero no el órgano mismo (En este sentido, MATTA y TREJO, Guillermo E.; “La remuneración de los directores de Sociedades Anónimas. Necesidad de un replanteo normativo y doctrinario”, ED, 3-9-2002, p. 5.), salvo el caso de “directorio unipersonal” admitido por la ley argentina (art. 255, Ley de Sociedades Comerciales). El órgano se integra con los administradores y funciona en la forma y modo que lo señala la ley y, complementariamente, de acuerdo a lo dispuesto por el estatuto y reglamento, única manera en que su funcionamiento sea considerado orgánico y sus decisiones válidas.

Las teorías denominadas tradicionalistas¹², organicistas o institucionalistas¹³, presuponiendo que los administradores son funcionarios de la sociedad y que éstos son los que están en mejores condiciones para determinar e interpretar el interés social, que vinculan –y, a veces, hasta asimilan- al interés de la empresa, invocan la teoría del órgano como superadora de la relación de mandato, sin dar mayores precisiones ni fundamentos y sin definir los límites y ámbito de aplicación de la misma.

Esto último sucede con particular énfasis en la República Argentina, donde la doctrina mercantil mayoritaria adhiere, muchas veces dogmáticamente, a la teoría organicista, no solo para explicar la representación societaria hacia terceros, lo que – con las reservas señaladas- podemos llegar a compartir, sino para justificar la especial naturaleza de la relación existente entre sociedad y administradores, en un análisis que consideramos incompleto y superficial¹⁴ y al que, por supuesto, no adherimos.

Las posiciones de la doctrina mercantilista argentina sobre el punto pueden agruparse en dos categorías principales. Por supuesto que las posturas de cada autor, existentes dentro de cada categoría, reconocen matices diferenciales entre sí.

La posición mayoritaria, haciendo una interpretación extensiva y deformada de la teoría del órgano sostiene que el administrador es un funcionario (social, público, semipúblico, administrativo, etc. según las distintas opiniones) y que tal condición resulta antagónica a una vinculación de naturaleza contractual con la sociedad¹⁵.

¹² SOLOMON, Lewis D. y PALMITER, Alan R.; Corporations, 3era. edic., Aspen Law & Business, p. 6.

¹³ Ver VILLEGAS, Carlos G.; Sociedades Comerciales, T.I, p. 62, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997.

¹⁴ Superada la figura del mandato, entonces no se trataría de una relación contractual.

¹⁵ “[Los integrantes del órgano de administración] no son mandatarios de la sociedad, sino funcionarios a quienes la ley y el contrato les conceden la facultad de administrarla dentro de su objeto social y conforme a la competencia otorgada al órgano ...”, VANASCO, Carlos Augusto; Manual de sociedades comerciales, Astrea, Bs. As., 2001, p. 165. En el mismo sentido se manifiestan: FARGOSI, Horacio P.; “El vínculo director-sociedad anónima”, La Ley, 7-2-2001, p. 2; FARGOSI, Horacio P. Y ROMANELLO, Eduardo R.; “Facultades gestorias de la asamblea y responsabilidad de los directores”, La Ley, 1986-E, p. 1126 y ARECHA, Martín y GARCIA CUERVA, Héctor; Sociedades comerciales, 2da. edic., p. 375/376, citado por FARGOSI, Horacio P.; op. cit., p. 2. Negando la existencia de un arelación contractual entre administradores y sociedad también se ha manifestado FARINA, Juan M.; Sociedades anónimas, Zeus Edit., Rosario, 1873, p. 205. GAGLIARDO, Mariano; Responsabilidad de los directores de sociedades anónima; Abeledo-Perrot, Bs.As., 1994, p. 111, quién adscribe a la figura del funcionario para explicar la posición del administrador respecto de la sociedad, al decir “la posición más sencilla de la postura orgánica es aquella que sostiene que los individuos (directores) que integran el órgano directorial deben ser considerados como partes constitutivas, es decir, como órganos del ente, por lo que los administradores son finalmente funcionarios”, aunque luego manifiesta que la responsabilidad de los administradores es contractual por tener su origen en una “obligación preconstituida”. MARTORELL, Ernesto Eduardo; “El directorio de la sociedad anónima: necesidad de un replanteo sobre la naturaleza y alcances de su función”, La Ley, 1987-A, p. 1031 y 1032 define a los administradores como: “funcionarios [que] son órganos sociales designados por acto unilateral” y rechaza expresamente la existencia de una relación contractual

En el otro extremo, en una posición actualmente minoritaria, se encuentran quienes defienden la naturaleza contractual de la vinculación entre los administradores y la sociedad, sin perjuicio de sostener que aquellos, en tanto integrantes de un órgano social con atribuciones y funciones propias, pueden ser llamados funcionarios sociales¹⁶.

entre el administrador y la sociedad. SASOT BETES, Miguel A. y SASOT, Miguel P.; El órgano de administración, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1980, p. 99 y 524 admiten que el acto de designación del director es de naturaleza unilateral y, cuando se refieren a la responsabilidad del administrador, no dudan en afirmar que "sería más la responsabilidad de un funcionario, por ser el director el instrumento que posibilita la función del órgano de administración". Dentro de similar posición, pero con diferencias de matices, Ponferrada sostiene que a los directores debe tenérselos por servidores cuasipúblicos en relación fiduciaria con la sociedad, los accionistas, los acreedores, los trabajadores, los clientes y el Estado, PONFERRADA, Luis; La dirección de las sociedades anónimas, Depalma, Bs. As., 1951, p. 54 . MASCHERONI, Fernando H., Manual de Sociedades Anónimas, Edit. Cangallo, Bs. As., 1977, p. 313 sostiene, citando a Salvador Perrotta, que la noción de "órgano legal" explica la "naturaleza del nexo jurídico entre sociedad y administradores". WATHELET, José M.; "La representación legal de la sociedad anónima y la protección de terceros", RDCO, 1968, Año 1, p. 751 sostiene: "La gestión de los directores no puede circunscribirse a un mero esquema contractual. Además no es dable ubicarlos, fuera del ámbito de la sociedad, ligados con ésta a través de un negocio jurídico. Ello equivaldría a considerarlos como terceros, lo que es a todas luces absurdo." VILLEGAS, Carlos G.; Sociedades comerciales, T.II, p.403 "Para las leyes que adoptan la tesis organicista, como la ley argentina, los administradores no son mandatarios sino funcionarios de la sociedad, de manera que no son terceros los que actúan sino la sociedad misma". También ARGERI, Saúl A.; Diccionario de derecho comercial y de la empresa, Astrea, p. 35 rechaza el origen contractual de tal relación.

¹⁶ "En síntesis, nos hallamos ante una vinculación contractual de locación de servicios que tiene notas de: 1) autonomía, 2) subordinación, 3) mandato, 4) representación legal.", HALPERIN, Isaac; Curso de derecho comercial, Vol. II, Edic. Depalma, p. 307 y 308 #19 y Sociedades Anónimas, Depalma, Bs. As., 1974, p. 399/400. "... debe tenerse en cuenta que si bien el vínculo entre sociedad y administrador es convencional porque requiere nombramiento y aceptación, la regulación de tal vínculo no es convencional sino legal, y no podría alterarse sin incurrir en atipicidad", OTAEGUI, Julio C.; "Administración Societaria, Edit. Abaco, Bs. As., 1979, p. 380. "La naturaleza del vínculo que se crea entre el director y la sociedad es la de un contrato de locación de servicios, sin relación de dependencia o subordinación, pudiéndoselo reputar al director, entonces, funcionario social que integra el órgano de administración con atribuciones y funciones propias aún frente a los demás órganos", VERON, Alberto Víctor; Sociedades anónimas de familia, T.II, Edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs.As., 1979, p. 640 (a pesar de que en el Nuevo régimen de sociedades comerciales, Astrea, Bs. As., 1973, p. 250, considera superada la existencia de una doble relación jurídica entre sociedad y administrador (se refiere a la relación mandataria por un lado, y a los "representantes necesarios u órgano esencial") por la "teoría organicista"). RICHARD, Efraín H. y MUIÑO, Orlando M.; Derecho societario, Astrea, Bs. As., 1998, p. 213 admiten la posibilidad de formalizar contratos de administración. GRIFFI, Eugenio H.J.; "El director empleado", en El directorio en las sociedades anónimas, homenaje al Prof. Consulto Dr. Odriozola; Ad-Hoc, Bs. As., 1999, p.234, reconoce que el director se encuentra vinculado a la sociedad por un "negocio jurídico bilateral" que no excluye notas características del contrato laboral. En autos: "Cámara Económica de Tres Arroyos c/ López Barbeito, Manuel y otros", Expte. 68.393, del 1-3-1982, la Cám. Apel. Civ. y Com. 1ª de Bahía Blanca, Sala II, sostuvo: "La relación jurídica existente entre la asociación y sus órganos de administración, determina un vínculo de la persona ideal con las personas físicas que constituyen sus órganos, de neto corte contractual, regido por las reglas generales que gobiernan el mandato ... diferente a sus relaciones con terceros, donde los administradores no se vinculan personalmente, puesto que su actividad es la de la sociedad que personifican, quedando como sujetos individuales ajenos a los efectos de los contratos que concluyen."

Proponiendo la aplicación subsidiaria de las normas del mandato, Nissen también integra, a nuestro criterio, ésta última categoría¹⁷.

En general, las dos posturas utilizan el término “funcionario” para definir el status del administrador de la sociedad de capital, pero con significado diverso. La primera lo invoca para descartar una eventual relación contractual; mientras que la segunda lo utiliza para definir a la persona que lleva adelante las funciones asignadas a un órgano¹⁸, sin utilizarlo en relación con el vínculo que une al administrador con la sociedad.

Por lo tanto, la calificación de los administradores como funcionarios nada nos aclara sobre la naturaleza del vínculo existente entre la sociedad y sus administradores, pero pareciera que es la designación que guarda mayor empatía con la denominada teoría de la institución que reconoce sus orígenes en las obras de René Worms (*Organisme et société*) y de Paul de Lilienfeld (*La pathologie sociale*), pasando por el “krausismo” y que, parcialmente, llevada de la mano de las doctrinas administrativistas encabezadas, en Francia, por Hariou (*La théorie de l’institution et de la fondation*) y Renard (*La théorie de l’institution*), colaboró en el desarrollo de las teorías institucionalistas en el ámbito de las sociedades.

De todas maneras, la circunstancia de que los administradores ejerzan una función esencial de las sociedades, sean necesarios para tales fines, tengan funciones y deberes impuestos por la ley y formen parte de un órgano societario con

(publicado parcialmente en NAM, Adriana C. y PARDINI, Marta; Ley de Sociedades Comerciales, Ad-Hoc, Bs. As., 1991, p. 132.). También en este sentido VILLEGAS, Marcelo; “El «corporate governance», los «deberes fiduciarios» de los administradores y el principio de «creación de valor para los accionistas». La regla del «juicio de los negocios».”, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, Libro de Ponencias, T.III, Rosario, 2001, p. 775 manifiesta que: la función de los administradores, “aún cuando está enmarcada en una especial relación de administración, es de naturaleza contractual e integrada por un contenido legal imperativo y otro de tipo voluntario”; VAN THIENEN, Pablo A.; La remuneración del director en la sociedad anónima y el régimen de participación en las anancias (Nuevas reflexiones en torno al art. 261 de la LSC), ED 207-971, nota a pie de pág. 23, “Entre sociedad y director hay un contrato de administración donde el director se obliga a realizar una determinada actividad por cuenta de la otra y, ésta se obliga en contraprestación a pagar una retribución.”; y ACHAVAL, Andrés L.; “Oposición del cinco por ciento del capital social como límite de la extinción de la responsabilidad funcional de los directores”, JA 1997-IV-773, Lexis N° 0003/000897, quién sostiene la naturaleza contractual del vínculo, equiparándolo a una locación de servicios, lo que reitera en “Remuneración de los integrantes del órgano de administración en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, JA 2000-II-999, Lexis N° 0003/007671.

¹⁷ Los administradores “no son mandatarios sino funcionarios de la sociedad”, pero no descarta la aplicación de las normas del mandato en lo que fuera compatible, “... que es la figura contractual prevista legalmente que permite, con la mayor aproximación, cubrir las lagunas que en la práctica ofrece frecuentemente la teoría orgánica”; NISSEN, Ricardo A.; Ley de sociedades comerciales, T. 4, Edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1995, p. 231/232.

¹⁸ OTAEGUI, Julio César; “Responsabilidad civil de los directores”, R.D.C.O., Nro. 11, año 1978, p. 1304 y 1035 caracteriza a los administradores como funcionarios, definiendo a éstos como aquellas personas que ejercen las atribuciones propias del órgano.

competencias indisponibles por las partes, puede llevarnos a llamarlos funcionarios, término neutro que, como ya se adelantó, deviene irrelevante al momento de determinar el vínculo administrador-sociedad.

4. Carácter contractual de la relación entre administrador y sociedad. Insuficiencia de la teoría orgánica para explicar tal relación.

Planteada, sintéticamente, la posición de la doctrina nacional, nos adentramos en el análisis concreto de la naturaleza de la relación entre sociedad y administrador.

En primer lugar, precisemos algunas cuestiones para ir desbrozando el objeto de estudio.

Estamos de acuerdo en que la teoría del órgano supone que la estructura de la sociedad anónima está compuesta por órganos con competencias delimitadas legalmente con carácter imperativo. Como se dijo, la estructura orgánica es la que “justificaría” la atribución a un órgano de la sociedad –o, con mayor precisión, al presidente del mismo- de las facultades de representación del ente.

También coincidimos en que la relación entre sociedad y órgano no es contractual, sino legal. Las partes no pueden disponer de la distribución de competencias de cada órgano societario que la ley impuso con carácter imperativo. Cada órgano tiene su función específica y todos, en conjunto, funcionan –en armonía dinámica- con el objeto de garantizar la eficiencia del sistema societario y su apego a la ley.

Convenimos, asimismo, en que los administradores no son órganos societarios, sino integrantes del órgano de administración. La estructura de la sociedad anónima se asienta sobre la base de órganos. Cada órgano con facultades y objetivos diferentes, pero complementarios entre sí, en un sistema complejo en equilibrio. Las competencias asignadas por la ley a cada órgano no se trasladan a las personas que lo integran, menos aún cuando el órgano deba funcionar en *collegium* y, por tanto, cumplir una serie de formalidades y procedimientos para que sea válida su voluntad y actividad. El individuo que conforma un órgano no puede atribuirse las funciones propias del órgano; ni siquiera la totalidad de los miembros que lo integran pueden hacerlo, si funcionan a-orgánicamente (si se nos permite la expresión). Así, ni los accionistas, en definitiva propietarios de la empresa, pueden, aún actuando en forma unánime, sustituirse en las funciones y facultades del órgano asambleario ni asumir funciones de otros órganos. No

debemos confundir la persona que integra el órgano con el órgano mismo, sea que éste funcione en forma unipersonal o colegiada¹⁹.

Coincidimos, igualmente, en que el presidente del directorio no actúa como mandatario de la persona jurídica, sino como si fuera la persona jurídica misma²⁰ (ficción organicista) y que la teoría orgánica pueda explicar, mejor que la relación mandataria, la representación societaria hacia terceros. Aunque, como ya se sostuvo, tal representación societaria (directa e impuesta por la ley) no sea una derivación necesaria de la teoría del órgano.

En lo que definitivamente no estamos de acuerdo es en la afirmación de que la teoría del órgano pueda explicar, satisfactoria y acabadamente, la relación existente entre administradores y sociedad. El valerse de tal teoría para definir la vinculación administrador/sociedad trajo confusión y dio lugar a soluciones desatinadas que constituyeron un retroceso en el análisis y comprensión de la estructura de las sociedades de capital.

Desarrollaremos el punto con más detalle.

Como se dijo al principio, la teoría del órgano fue diseñada para dar coherencia al sistema de representación de las sociedades y superar la relación de mandato entre sociedad y representante que se evidenciaba insuficiente y “forzada”.

Este aspecto externo, tuvo que contar –necesariamente– con una estructura interna que, a su vez, justificara la existencia de un órgano al que la ley le asignara funciones de representación, sin necesidad de ningún contrato adicional o complementario.

Colombres ubicaba la cuestión en su correcta posición, cuando decía que el organicismo “es el sistema que regula la expresión de la voluntad en las sociedades. O dicho de una manera más precisa, es el régimen de imputabilidad al orden jurídico especial denominado sociedad”²¹.

Por lo tanto, un correcto planteo del tema analizado impone, en primer lugar, distinguir la representación societaria (relación externa), donde sí puede justificarse la

¹⁹ “El directorio es un órgano colegiado, que actúa en consejo: fuera de tal colegio, sus integrantes no representan a la sociedad ni pueden actuar por ella, salvo disposición del estatuto”, voto del Dr. Isaac HALPERIN, in re: “Miranda, Luis M. y otros c/ Ram S.A. y otros”, CNCom., Sala B, 11-9-1957, LL 90-443.

²⁰ Cuando los administradores se relacionan con terceros ostentan la representación *orgánica* de la sociedad y no son meros mandatarios (PAZ ARES, Cándido y ALFARO AGUILA-REAL, Jesús; Manual de derecho mercantil).

²¹ COLOMBRES, Gervasio R.; Curso de derecho societario, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, p. 143. En este sentido también SOLARI COSTA, Osvaldo; “Delegación de facultades en la administración y representación de la sociedad”, en El directorio en las sociedades anónimas, Estudios en homenaje al Dr. Carlos S. Odriozola, Ad-Hoc, Bs. As., 1999, p. 123.

aplicación de la teoría del órgano, de la vinculación existente entre administrador y sociedad (relación interna), en la cual tal teoría nada aporta, sino confusión.

Dejando de lado, a los fines del presente trabajo, la relación sociedad-órganos y la de los órganos entre sí (ambas de origen legal e indisponibles), como así también la relación sociedad-representante (también legal e indisponible, pero no exclusiva), detengámonos en la relación sociedad-administradores. O sea, en la vinculación que la sociedad mantiene con las personas que integran el órgano de administración.

La imposición de órganos a los entes societarios viene conferida legalmente, como parte esencial de la estructura societaria de la anónima. Pero para que la sociedad elija, designe e integre el órgano de administración con personas físicas (o bien jurídicas) debe haber un acto de voluntad expreso, tanto de parte de la sociedad, como de la persona que integrará el directorio.

Y en este punto nos preguntamos: si, en el ámbito del derecho privado, nadie obliga a una persona a desempeñar la función de administrador, y ésta solo comienza con la voluntad concurrente del administrador y de la sociedad que lo designa por resolución de su órgano asambleario, cuál sería la naturaleza de tal vínculo, sino contractual?.

Aún dentro del derecho administrativo, la tesis "unilateralista", es decir aquella que niega el carácter contractual de la relación de función o empleo público, y que sostiene que el solo acto de nombramiento o designación emanado de la Administración Pública, basta para tener por nombrado al funcionario o empleado públicos, cuya voluntad no integra aquel acto, ha sido superada. Para que una persona pertenezca a la Administración Pública, sea en calidad de funcionario o empleado, debe aceptar el nombramiento, naciendo sus deberes y derechos desde la toma de posesión del cargo²². Se verifica un doble acto voluntario de designación y aceptación.

Además, el carácter contractual de la relación entre la sociedad y los administradores²³, no se desvirtuaría ni se vería afectado por el cúmulo de deberes y competencias impuestos imperativamente por la ley a éstos últimos. La naturaleza contractual del vínculo viene dada, precisamente, por el acto consensual de designación y de aceptación de la función de administrador²⁴ y no en el mayor o menor

²² MARIENHOFF, Miguel S.; Tratado de Derecho Administrativo, 1998, Lexis N° 2205/001081, # 924.

²³ Locación de servicios según nuestro ordenamiento positivo, o contrato de administración, según otros.

²⁴ OTAEGUI, Julio C.; Administración societaria, Edit. Abaco, Bs. As., p. 380, donde afirma que el vínculo entre la sociedad y el administrador es convencional porque requiere nombramiento y aceptación.

nivel de intervención de la autonomía de la voluntad en la determinación del plexo de deberes y derechos del administrador²⁵.

¿O puede afirmarse válidamente que el acto de designación y el de aceptación no constituye un contrato privado?²⁶ Si así no se lo considerara, bajo qué figura se enmarcarían las pautas tomadas en común sobre salvaguardias en caso de fusión, honorarios, retribución a través de *stock options*, otros esquemas de compensación, premios por rentabilidad, uso de bienes sociales, deberes de confidencialidad, obligaciones de respetar las oportunidades de negocios de la sociedad, de no utilizar información a la que se accedió en función del cargo, la dedicación parcial o exclusiva, el pacto sobre servicios y tareas afectados a una instancia determinada de la gestión, pacto sobre cláusulas de indemnidad, salvaguardias en caso de cese de sus funciones o tomas hostiles, para señalar solo algunas²⁷.

En virtud de tal esquema bifronte, la actividad del administrador está regulada por la ley (que impone pautas tanto para el administrador individual como para el órgano de administración), por el estatuto, por el reglamento y por el contrato particular que se haya celebrado entre la sociedad y el administrador, el cuál, obviamente, no podrá disponer sobre las normas que, con carácter imperativo, impone el régimen societario.

5. Problema de la “autocontratación”.

Reconocemos, no obstante, que existe una dificultad en cuanto al encuadramiento jurídico del acto de contratación de los administradores, dado que, como sostienen Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, en tanto “son los administradores los que representan y actúan por cuenta de la sociedad, también habrían de hacerlo cuando se trata de negociar o ejecutar el contrato entre la sociedad y el administrador” (problemas de autocontratación)²⁸.

Esta dificultad fue señalada por Farina al descartar la existencia de una relación contractual entre sociedad y administradores con el argumento de que si existiera un contrato se requeriría la concurrencia de las manifestaciones de voluntad de las dos partes, situación que no se podría verificar porque la sociedad manifiesta su voluntad

²⁵ Que según OTAEGUI, op, cit. en nota anterior, permite inferir que la “regulación” de tal vínculo no es convencional sino legal.

²⁶ Sostener, como hace MARTORELL y tantos otros, que el acto de designación se trata de “un doble acto unilateral” y no de un contrato, nos resulta, por lo menos, insatisfactorio, por los motivos ya expuestos.

²⁷ Ver al respecto CABANELLAS, Guillermo (h); “Contratos relativos a la administración societaria”, RDCO, 1990-B, Año 23, p. 525.

²⁸ PAZ ARES, Cándido y ALFARO AGUILA-REAL, Jesús; Manual de derecho mercantil.

frente a terceros por intermedio del presidente del directorio, quien es la persona que debiera celebrar el contrato con los directores, inclusive con él mismo. Agrega que es la asamblea quien los designa en un acto de gestión interna, precisamente, porque dicho órgano carece de representación societaria externa²⁹. Se ha dicho que el acto de designación de un administrador por parte de la sociedad es “un acto unilateral de proposición o nombramiento”, asimilable al nombramiento de un tutor o de un albacea testamentario, confundándose, nuevamente, al administrador con el órgano de administración³⁰.

Estos impedimentos son solo formales y pueden ser superados si la ley societaria regulara el contrato que la sociedad celebra con el administrador, sobre todo en lo relacionado a legitimación, consentimiento, validez y resolución. En este sentido, sería conveniente otorgar a un órgano determinado la competencia para celebrar los contratos con los administradores y evitar los problemas de la “autocontratación”.

Toda la regulación societaria parte de que la sociedad es una creación legal, un instrumento jurídico, que da forma y organiza un ente formado por varios individuos pero con una personalidad jurídica diferenciada de éstos. Partiendo de esta premisa, el régimen de sociedades ya ideó mecanismos de funcionamiento que permiten el mantenimiento y desarrollo de tal ente, y que difieren, por supuesto, de los propios de las personas físicas. Véase, como ejemplo, la regulación de los contratos de los directores con la propia sociedad, o las soluciones del Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales presentado –en su versión preliminar- en marzo de 2005, sobre el funcionamiento de las sociedades de un solo socio, o lo que es más indicativo, la particular forma de representación societaria que parte de una ficción que permite afirmar que el representante actúa como si fuera la persona jurídica misma, aunque en los hechos se verifique la interposición de una persona física distinta. No es el organismo el que impone la representación societaria, como si fuera una derivación lógica de sus premisas, sino la ley la que discrimina como se manifestará –jurídicamente- determinada persona, se trate de persona física o jurídica o, dentro de éstas de aquellas con estructura orgánica o no.

²⁹ FARINA, Juan M.; Sociedades anónimas, Zeus Edit., Rosario, 1973, p. 205/206. Concibe la relación entre director y sociedad como un acto unilateral de proposición o nombramiento.

³⁰ URÍA, Rodrigo; Derecho Mercantil, 19º edic., Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 334 y MARTORELL, Ernesto Eduardo; Los directores de sociedades anónimas, Depalma, Bs. As., 1990, p. 104 y 105 y MARTORELL, Ernesto Eduardo, “El directorio de la sociedad anónima: necesidad de un replanteo sobre la naturaleza y alcances de su función”, La Ley, 1987-A, p. 1031 y 1032.

Bien podría, entonces, regularse la forma y modo de contratación de los administradores para con la sociedad, de manera de armonizarlo con las demás disposiciones societarias³¹.

6. Conclusión.

En síntesis, el régimen legal societario regula, por un lado, la estructura orgánica, determinando las competencias y funcionamiento del órgano de administración y, por otro, las funciones, condiciones, deberes y responsabilidad de los individuos que integran dicho órgano. Pero, más allá de estos dos niveles regulatorios que conviven necesariamente yuxtapuestos, la ley societaria permite la regulación contractual de la relación existente entre sociedad y administradores.

Por lo tanto, los administradores societarios tienen una doble vinculación con la sociedad. Una de carácter orgánico, al ser integrantes de un órgano de la sociedad y, la otra, de carácter contractual.

Y agregamos: la asunción de una vinculación de naturaleza contractual entre sociedad y administrador resulta, entonces, un presupuesto necesario para desarrollar los medios de supervisión y de alineación de intereses entre accionistas y administradores, que garanticen el cumplimiento del objeto económico de la sociedad y el respeto al interés social. El retorno a una concepción institucionalista que se asiente en el desconocimiento del carácter contractual de la relación existente entre administradores y sociedad, no solo afectaría la funcionalidad de la estructura de la sociedad anónima, sino que tendría efectos negativos para los accionistas, especialmente para aquellos minoritarios.

Por último, y para completar la presente conclusión, reiteramos -con las reservas expuestas- que la teoría del órgano ha sido de utilidad para explicar el régimen de representación de la sociedad hacia terceros al contemplar la unicidad de la persona jurídica y las personas físicas que manifiestan su voluntad, pero resulta impotente para dar cuenta del carácter de la vinculación entre administrador y sociedad que, según nuestra opinión, fundamentada en los argumentos expuestos, es de naturaleza contractual.

³¹ Situación similar a la contratación de los administradores es la determinación de sus honorarios. El art. 261 de la Ley de Sociedades argentina, en ausencia de previsión estatutaria, faculta a la asamblea y, eventualmente, al consejo de vigilancia a fijar –y, deduzco, pactar- con los administradores sus honorarios. Por otra parte, el art. 259 de la Ley de Sociedades argentina dispone que la renuncia del director deberá ser aceptada por el directorio. Ambas disposiciones están regulando la forma de celebrar un convenio entre administradores y sociedad, remunerativo, el primero y resolutorio, el segundo.