

N° 187
AÑO LVIII
ENERO - JUNIO
1990

ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

LA ADMINISTRACION EN LAS SOCIEDADES DE PERSONAS

GABRIEL RIOSECO ENRIQUEZ
Prof. Derecho Comercial
Universidad de Concepción

1. GENERALIDADES

El art. 352 N° 3 del Código de Comercio señala que "la escritura social deberá expresar: 3. los socios encargados de la administración y del uso de la razón social"; a su vez el párrafo 4 del Libro II trata "De la administración de la sociedad colectiva".

La ley 3.918 sobre sociedades de responsabilidad limitada no contiene disposiciones sobre la materia, por lo que con arreglo al art. 4 de dicha ley "en lo no previsto por esta ley o por la escritura social, estas sociedades se regirán por las reglas establecidas para las sociedades colectivas...".

En consecuencia, el análisis que desarrollaremos a continuación es válido para toda clase de sociedades de personas comerciales.

2. NATURALEZA JURIDICA DEL ELEMENTO ADMINISTRACION

Cualquiera que sea la naturaleza jurídica que asignemos en definitiva al elemento funcional administración, no hay duda que se trata de un sistema que regula la expresión de la voluntad de la sociedad.

Bajo otro punto de vista, se trata de un régimen de imputabilidad a un orden jurídico especial, denominado sociedad.

Ahora bien, este sistema o régimen mencionado puede enmarcarse en una doble naturaleza jurídica de la sociedad; por un lado el de una institución que supone un contrato para el nacimiento de ella, pero una vez incorporada a la vida del derecho, surge una persona jurídica que se desenvuelve en el tiempo funcionalmente con una serie de características y efectos propios que por su importancia en la vida social y en particular en la actividad económica, supera el contrato donde tuvo origen que, por su naturaleza es estático, y crea una institución dinámica donde su quehacer es la actuación mediante la expresión de su voluntad en la vida del derecho.

Frente a esta manera de explicar el fenómeno sociedad, la administración es la expresión de la voluntad propia de la sociedad, no de los socios ni tiene su origen en ellos, ya que formada la sociedad surgió la institución como ente complejo que entre otras causas tiene voluntad.

También puede señalarse la existencia de la sociedad sólo como contrato y, paralelamente, el surgimiento de la personalidad jurídica de la misma distinta de los socios in-

dividualmente considerados, explicándose este efecto en la existencia de una ficción legal, que crea una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones.

En esta situación, la sociedad como persona jurídica no adquiere su propia identidad separadamente del contrato, lo que se demuestra en muchos de sus aspectos funcionales, como ocurre claramente con la administración.

Es así como los administradores son mandatarios de la sociedad, sometidos a un régimen de delegación de facultades de los socios, partes del contrato de sociedad.

Como se ve, en esta concepción, se confunden los conceptos involucrados en la sociedad, como contrato y funcionalmente como persona jurídica para atribuir efectos del contrato a la persona jurídica.

A nuestro juicio, si bien nuestra legislación mercantil, que en materia de sociedades de personas es del año 1865, se afilia muy directamente a la noción de persona jurídica ficción y a su identificación con el contrato, lo que nos lleva a considerar a los administradores mandatarios de la sociedad vinculados a los socios, existe la posibilidad, como efecto de la libertad de estipulación sobre la materia, que otorga el art. 384 del Código de Comercio, pactar un sistema de administración que se acerque más a la noción de órgano de la sociedad o, por lo menos, que considere algunas de sus ventajas y efectos para dar curso a una interpretación extensiva.

3. ¿QUE ES LA ADMINISTRACION?

Sólo nos cabe describir la administración como un complejo de actividades materiales, administrativas, económicas y jurídicas conducentes al cumplimiento del objeto social, mediante el ejercicio de funciones normativas, de administración propiamente tal, de representación y de fiscalización o control.

Como se observa de esta definición, la administración se vincula en primer lugar a los fines de la sociedad, que como diremos más adelante determina la idoneidad genérica de la sociedad y, por otra parte, las funciones de la administración son variadas y cada una de ellas con contenido propio.

4. MODERNA REGULACION DE LA GESTION SOCIAL

En efecto nos parece que la teoría del órgano es también aplicable a la expresión de la voluntad de las sociedades dentro del actual régimen del Código de Comercio, que como decíamos sin duda vincula clásicamente la administración al contrato de mandato.

Nos basamos para sostenerlo en que dentro del complejo de elementos que comprende la administración sólo dice relación con el mandato todo lo relacionado con la ejecución de actos y contratos, esto es, su relación con terceros, aun cuando inclusive en esta materia, la técnica contractual del mandato está acotada por un elemento institucional de la sociedad, constituido por el objeto de la misma. En efecto, "se trata de una competencia amplia, general y típica, cuyo límite lo da la misma normativa societaria a través de una apreciación en el cumplimiento de uno de los datos técnicos de ella, al objeto social". (*Curso de Derecho Societario* del Gervasio R. Colombres. Pág. 153).

En nuestro derecho positivo existen expresiones muy claras de esta vinculación entre administración y objeto tales como los arts. 328 N° 1; 387; 397; 402 del Código del Comercio.

Pero al mismo tiempo, no podemos olvidar los otros elementos de la administración

que veremos más adelante como son la parte relativa al gobierno de la sociedad, su función integradora, su facultad de administración interna y, finalmente, su función de control, todos conceptos ligados o propios de una institución funcional que requiere de un órgano social o de una expresión de voluntad propia como persona, con un interés distinto de los socios individualmente considerados, y prolongados en una actividad permanente y duradera en el tiempo, que supera con mucho los términos clásicos del contrato de mandato e inclusive del de sociedad.

Todo ello explica entonces, que sin perjuicio de nuestra normativa jurídica sobre actos de administración tan cerca del contrato de mandato, sea perfectamente sostenible que aun en nuestro ordenamiento positivo, la sociedad pueda concebirse como institución y aceptar la teoría del órgano, cuando más no sea en determinadas acciones societarias y en determinados actos y formas de administración.

Es aquí donde tiene cabida e importancia la autonomía de la voluntad, porque estimamos que no existe inconveniente en darle a la administración la forma objetiva, esto es las facultades propias que corresponden a un órgano societario y subjetiva en cuanto a crear un centro de atribución de competencia genérica.

5. LA ADMINISTRACION NO ES UN ELEMENTO ESENCIAL DE LA SOCIEDAD. IMPORTANCIA

El contrato constitutivo contiene un conjunto de declaraciones de voluntad emanadas de los socios en el sentido que la ley establece, o en otro contrario, cuando ella lo permite. (art. 352 Código de Comercio).

Entre estas declaraciones de voluntad, algunas de ellas son constancias mínimas exigidas por la normativa del negocio y otras relativas a regulaciones adicionales facultativas destinadas a una más completa composición del régimen de la sociedad.

Las primeras son esenciales y constituyen el acto o contrato constitutivo y las segundas no son esenciales, porque generalmente cuentan con un régimen supletorio legal y forman, cuando existe reglamentación estipulada, lo que se denomina el estatuto social.

Es del caso señalar que esta distinción entre acto constitutivo y estatuto no tiene importancia jurídica práctica especial, sino para destacar el carácter esencial o no de las estipulaciones y sus posibles efectos en la validez de la sociedad.

En la sociedad existen los llamados elementos "generales" y "específicos", siendo los primeros propios de un negocio, acto jurídico o contrato societario y los segundos, aquellos que corresponden a la sociedad como contrato plurilateral de organización.

Hoy se tiende a sustituir la presentación tradicional de elementos generales y específicos, por un reconocimiento directo de las notas que configuran el contrato de "organización de sociedad", integrándolo de otros "elementos" o datos técnicos que forman la estructura legal de la sociedad y que le son altamente tipificantes.

Si bien, entonces, la estipulación del art. 352 N° 3 del Código de Comercio referente a los socios encargados de la administración y del uso de la razón social, no es esencial por existir en la misma ley disposiciones supletarias (art. 384 Código de Comercio), su importancia es básica, por una parte, es una información técnica que forma la estructura legal de la sociedad y que le es tipificante por cuanto entre otras cosas configura una expresión de su carácter de sociedad de personas o contrato de confianza, y por otra, su importancia interna y externa relativa al ordenamiento y representación de la sociedad.

De esta manera, en la práctica hoy día, no hay sociedad acogida al régimen supletorio legal, sino que la regla general es el régimen estipulado, de donde su reglamentación

adquiere trascendencia como órgano de la sociedad para ejercer derechos y contraer obligaciones válidamente.

6. FUNCIONES DE LA ADMINISTRACION

Como actividad compleja que es, la administración comprende funciones de distinta naturaleza y que las hemos agrupado en 4 órdenes:

a) Función de gobierno

Se trata de una función normativa, fijación de objetivos, fijación de políticas o líneas generales, directrices de la acción en las distintas áreas que la empresa comprende (operaciones, comerciales, financieras, administrativa, desarrollo, etc.). Junto a esta función está la labor de gobierno e integradora, que consiste en coordinar las distintas realizaciones prácticas ejecutadas por sus órganos en virtud de las políticas y objetivos establecidos.

b) Función de administración propiamente tal

Esta dice relación con la organización interna destinada al cumplimiento del objeto social.

Esta función también tiene relación con la actividad de la sociedad, pero principalmente mira el interior de la empresa, a su organización administrativa para el cumplimiento del objeto social.

c) Función de representación

Es la actividad del órgano en sus relaciones jurídicas con terceros.

En materia de sociedades de personas, esta función de representación se expresa mediante una enumeración de un mayor o menor número de actos jurídicos que el administrador constituido en órgano o mandatario puede realizar y que determina la idoneidad específica del mismo y lo legitima para obligar o no a la sociedad.

d) Función de fiscalización

Se trata del control que realiza la administración que se traduce en el derecho a la información, inspección, etc., por la actuación de sus agentes designados, dependientes o extraños relacionados con la sociedad.

Sobre el particular nada impide que los socios por pacto expreso establezcan un sistema de control o fiscalización de las operaciones sociales internas o externas.

7. ADMINISTRACION Y USO DE LA RAZON SOCIAL

El Código de Comercio trata estos dos elementos funcionales en párrafos distintos.

en los arts. 365 y siguientes el primero y arts. 384 y siguientes el segundo.

Sin embargo, el mismo Código establece una suerte de identificación de los mismos en el art. 393 al decir "... la facultad de administración trae consigo el derecho de usar la firma social".

Pensamos que las cosas no son tan claras como aparece; lo que ocurre es que no podemos olvidar las distintas funciones involucradas en la administración y al formular esta distinción vemos que la identificación mencionada sólo se refiere o alcanza a la ejecución de actos jurídicos con terceros, esto es, de representación de la sociedad, pero sin necesidad de hacer ello extensivo a las funciones de gobierno, de organización interna o control, todo lo que, como dijimos, también es administrar y función del órgano de administración, y en donde no tiene relevancia alguna el uso de la razón social.

Confirma lo anterior el art. 371 del Código de Comercio directamente relacionado con la materia en estudio, sobre el cual volveremos más adelante, que si bien se refiere al surgimiento de la responsabilidad de los socios en la sociedad colectiva, indica también indirectamente, cuándo la sociedad se obliga y señala como elemento de imputabilidad, el uso de la razón social por el administrador.

8. ELEMENTO DE LA ADMINISTRACION

La administración supone dos elementos. Uno objetivo, que son funciones, facultades o atribuciones, y otro subjetivo que son las personas u órgano de administración que la integran y ejercen esas facultades.

El elemento objetivo está vinculado al objeto de la sociedad y son recíprocamente interdependientes, configurando la idoneidad genérica de la sociedad, esto es, la medida y límite de sus funciones. Por este motivo es que tratándose del objeto social, éste debe ser determinado, lo que no significa que puede ser múltiple, por lo que rechazamos fórmulas como "todas aquellas que los socios determinen", etc.

El elemento subjetivo (personas que ejercen la función del órgano) representa los titulares o agentes válidos para actuar vinculados al ejercicio de actividades materiales y de derechos subjetivos, subordinados al elemento objetivo de la administración, que lo legitima.

De esta manera la sociedad tiene una idoneidad genérica, como calidad del sujeto —sociedad— y el órgano de administración tiene competencia o idoneidad específica, o sea, una actuación calificada por la legitimación.

9. REGIMENES DE ADMINISTRACION

Es necesario hacer referencia a diferentes alternativas para estudiar a los administradores de la sociedad, o lo que hemos llamado el órgano de administración.

En primer lugar, es preciso hacer la distinción que señala el art. 384 del Código de Comercio entre un régimen estipulado y un régimen supletario, lo que a su vez nos demuestra que la estipulación sobre la administración que menciona el art. 352 N° 3 no es esencial, ya que existen disposiciones supletorias para el caso de faltar aquéllas.

Del régimen supletorio sólo trataré lo que conceptualmente nos puede interesar, ya que su mecánica de operación por una parte es muy sencilla y, por otra, tiene poca aplicación práctica, ya que lo normal es el régimen pactado.

Lo rescatable de estas disposiciones supletorias (arts. 385 y siguientes) son cuatro ideas básicas:

- a) La administración corresponde de derecho a todos y cada uno de los socios (art. 385).
- b) La existencia de un mandato legal en virtud del cual los socios se confieren recíprocamente la facultad de administrar (art. 386).
- c) En virtud de este mandato legal cada uno de los socios puede hacer válidamente todos los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad o que sean necesarios o conducentes a la consecución de los fines de la sociedad (art. 387).
- d) La existencia de un derecho de oposición entre los socios respecto de actos proyectados.

En estos cuatro conceptos mencionados existe una suerte de relación particular entre la idoneidad genérica de la sociedad y la competencia específica de los socios administradores.

10. REGIMEN ESTIPULADO

Se trata de los administradores sociales y de los mandatarios sociales que, en ambos casos, suponen una estipulación contractual.

A) Los administradores sociales:

Son personas naturales o jurídicas a quienes el estatuto les encomienda la administración.

La estipulación puede tener en esta materia diversos contenidos:

- a) Todos los socios conjuntamente.
- b) Uno o más socios en forma conjunta o separadamente.
- c) Uno o más extraños en forma conjunta o separadamente.

En los dos últimos casos (letras b y c) la ley los llama "delegados" que no corresponden al concepto civil del mandato, sino constituyen una designación del órgano de administración por medio de los socios en la escritura social.

Indudablemente, los tres casos constituyen una estipulación social y, como tal, pertenecen a la estructura de la sociedad que sólo puede ser cambiada por medio de una modificación del contrato, cumpliendo las formalidades legales.

También es del caso mencionar, la posibilidad de estipular el evento de la renuncia o la revocación de los poderes del administrador, materia sobre la que volveremos más adelante.

d) Consejo de Administración o Directorio

La estipulación contractual, puede consistir también en la creación de un consejo de administración o directorio que constituya el órgano de administración.

Esta forma de administración, se refiere a un órgano colectivo de administración que naturalmente debe funcionar como todo ente colegiado, esto es, en sala legalmente constituida y tomar acuerdos por mayoría.

Esta alternativa no tiene reconocimiento expreso en la ley, habiendo sido aceptada

por respeto a la autonomía de la voluntad manifestada en la estipulación contractual societaria.

Sin embargo, hay quienes la han objetado, por cuanto contrariaría el espíritu y naturaleza de las sociedades de personas, que siendo instituciones *intuitu personae*, no se avienen con los regímenes de acuerdo por mayorías.

Personalmente sostuve durante mucho tiempo que esta forma de estipular la administración de las sociedades de personas, era contraria a la naturaleza esencial de este tipo de sociedades.

Todo lo anterior tiene importancia, porque no hay duda que todo lo relativo al Consejo de Administración como la creación, designaciones posteriores, ausencia o falta de un miembro, duración, quorum para sesionar, mayorías para tomar acuerdos, forma de acreditar los acuerdos, sesiones y citación a las mismas, deben ser reglamentadas íntegramente en el contrato de sociedad, ya que, como dijimos, no existen disposiciones supletorias que reemplacen el silencio del estatuto social.

Una forma adecuada de designación, y/o modificación en su caso, del Consejo de Administración, es la estipulación de los socios que acuerdan que los miembros del Consejo de Administración deben ser designados en un solo acto por medio de una declaración hecha por la totalidad o por una mayoría de socios que se determine, reducida a escritura pública y anotada al margen de la inscripción del extracto de la escritura social en el Registro de Comercio respectivo.

El ideal es que esta designación sea hecha por la totalidad de los socios, ya que precisamente la objeción de esta forma de administración radica en que la administración de esta clase de sociedades de personas precisamente corresponde a todos los socios o sus delegados (en virtud de una estipulación concertada) y se contrapone a este último concepto una designación por mayoría, que supone la existencia de una minoría que no está de acuerdo con esos administradores.

Finalmente, como se trata de un ente colegiado que actúa sólo en sala legalmente constituida, no hay duda que este consejo de administración o directorio es un órgano de expresión de la voluntad de la sociedad, el que actúa en sus distintas funciones de administración a través de sus agentes (mandatarios, factores) especialmente designados y con facultades generales o especiales.

e) La administración por otras sociedades

No hay duda que esta alternativa es posible, sea la administradora socia o extraña, conforme a las reglas generales mencionadas.

Lo digno de análisis es otra idea, que naturalmente se relaciona con la administración. Se trata, hasta qué punto dicha sociedad, socia y administradora de otra, tiene capacidad para ser socia de la primera conforme a su objeto, ya que como dijimos antes, la actuación de toda sociedad está enmarcada por su idoneidad genérica que la determina su objeto social.

Otra cosa es que los administradores de la sociedad que administra otra tengan la idoneidad específica conforme a sus propios estatutos para representar en la administración de una tercera sociedad.

B) Mandatarios sociales:

Son personas a quienes los administradores le encargan la ejecución de actos y

contratos determinados a través de un mandato general o especial.

Es la situación de los gerentes, factores, etc.

Esta alternativa es distinta a la prevista en la letra A anterior:

I) Mientras los primeros arrancan su legitimidad del estatuto social, estos últimos lo hacen de los administradores ya designados;

II) Todo lo relativo a revocación y renuncia se regula por las normas del mandato civil;

III) Se trata efectivamente de un mandato mercantil para la sociedad y civil para el mandatario por actuar a nombre de otro conforme al art. 3 N° 4 del Código de Comercio, aun cuando en ciertas materias se regula por las normas de los factores y dependientes previstas en los arts. 325 y siguientes del Código de Comercio;

IV) En un conflicto entre sociedad y gerente o factor, en primer término rigen las normas de los arts. 325 y siguientes del Código de Comercio mencionado y subsidiariamente por el Código Civil.

11. LIMITES AL DERECHO DE ESTIPULAR UN SISTEMA DE ADMINISTRACION

Tratándose de un contrato, como es la sociedad, nuestra legislación privilegia el principio de la autonomía de la voluntad, sin embargo, si aceptamos el carácter de institución de esta organización profesional, debemos pensar en la existencia de límites al derecho de estipular un régimen de administración, esto es, nada que elimine su función normativa e integradora, de administración, de representación, de fiscalización y control.

12. CAMBIO DE ADMINISTRADORES

Tratándose de administradores u órgano de administración designado en el estatuto social, no hay duda que pertenece dicha estipulación a la estructura funcional de la sociedad de personas o *intuitu personae*, lo que le da un carácter de invariabilidad y permanencia que no puede alterarse sino por concurrencia natural de todos los socios (art. 350 inc. 2 Cód. de Comercio). Es el mismo concepto que se repite en el art. 404 N° 3 del Código de Comercio en cuanto se prohíbe a los socios "...hacerse sustituir en el desempeño de las funciones que le corresponden en la administración" salvo "previa autorización de todos los socios", materia sobre la que volveremos más adelante.

En cuanto al contenido de la modificación, ésta puede ser en cualquier sentido o forma que se acuerde, no existiendo limitación alguna al respecto, de modo que todas las alternativas mencionadas anteriormente vuelven a ser válidas.

Por su parte, el cambio de administración o administradores no produce efecto alguno en los derechos y obligaciones de la sociedad, ya que la persona jurídica, sujeto de derecho, es la misma, de modo que los administradores anteriores obligan a la sociedad conforme al estatuto que los regía y los posteriores la obligan conforme al nuevo texto.

Distinto es el caso de los simples mandatarios del órgano administrador, que lógicamente se regulan por las normas del contrato de mandato, sea en cuanto a su designación, renuncia, revocación, etc.

13. RENUNCIA Y REVOCACION DE LOS ADMINISTRADORES

De acuerdo a lo anteriormente expresado, la renuncia y revocación de los administradores, está prohibida en las sociedades que se han contratado por tiempo fijo o para un negocio de duración limitada, por las mismas razones señaladas precedentemente.

Excepcionalmente en las sociedades de duración ilimitada la renuncia está permitida, fundado en que no es posible atar a un socio a una sociedad por toda la vida.

Nada impide en cambio conforme al principio de la autonomía de la voluntad que los socios hubieren previsto y reglamentado la renuncia y/o revocación en el estatuto social.

Sin embargo, esta situación presenta el inconveniente de dejar incierta la existencia y funcionamiento legal del órgano de administración, sobre todo en su función de representación frente a terceros, quienes no podrán imponerse con certeza sobre la situación del actual administrador y si le están afectando o no las causales que configuren en la realidad la renuncia y/o revocación del mismo, con el consiguiente efecto en la vigencia de su designación.

La reglamentación detallada de la renuncia y/o revocación cae necesariamente en una casuística cuya interpretación siempre va a ser objeto de controversias y finalmente una traba para la actuación de la sociedad.

Por este motivo, a nuestro juicio la renuncia y revocación de la administración no es conveniente que sea materia que contemple el estatuto social.

14. REMUNERACION DE LOS ADMINISTRADORES COMO EFECTO DE UN CONTRATO DE TRABAJO

En esta materia también es preciso distinguir situaciones prácticas.

No hay duda que el administrador, en ejercicio de su facultad de órgano de administración, con la plenitud de sus funciones que le son propias, se identifica con la sociedad misma, desde el momento que constituye la expresión de su voluntad.

Siendo así, no puede existir remuneración como efecto de un contrato de trabajo, porque en tal caso, no es posible concebir un vínculo de subordinación y dependencia.

Lo anterior no alcanza a lo que se ha denominado "sueldo patronal" en la Ley de Renta (art. 31 Nº 6 inc. 3) que acepta como gasto para los efectos de esa ley "la remuneración del socio de sociedades de personas que efectivamente trabajen en el negocio o empresa hasta por el monto que hubiere estado afecto a cotizaciones previsionales obligatorias..." ya que se trata de una situación prevista exclusivamente con fines tributarios.

Por otra parte, no existe inconveniente en que un socio desarrolle sólo algunas de las funciones del órgano de administración, como ser la representación de la sociedad frente a terceros o las funciones de organización administrativa interna o de control y, en tal caso, no se ve inconveniente en la existencia de un contrato de trabajo, determinado por la existencia de un vínculo de subordinación y dependencia respecto de la sociedad frente a la suma de las funciones que finalmente corresponderían al órgano de administración.

De más estará señalar que el o los mandatarios propiamente tales de la sociedad son factores o gerentes y como tal sometidos a un contrato de trabajo ordinario.

De esta manera, en la materia que tratamos, es muy importante, a nuestro juicio, la forma de estipular el régimen de administración, ya que la posibilidad de un contrato de

trabajo depende de la cabida natural del vínculo de subordinación y dependencia, requisito principal de dicho contrato. Para nosotros, no es determinante para negar la calidad de empleado, el grado de participación del socio en el capital social ni su participación en las utilidades u otros aspectos del contrato de sociedad, porque son elementos extraños al contrato de trabajo, aun cuando debemos reconocer que pueden servir de medida del vínculo de subordinación y dependencia, para aceptar o negar su presencia pero, esto, sólo en los casos límite, en donde el administrador, formando parte del órgano de administración, se identifica con la sociedad.

15. FACULTAD DE LOS ADMINISTRADORES

A) *Importancia*

Esta es una materia también controvertida porque en ella concurren variadas situaciones que en definitiva interesan por cuanto definen si la sociedad se obliga o no por un acto o contrato de su órgano administrador.

Lo anterior se ve muy claro al analizar el art. 370 del Código de Comercio, disposición que, aun cuando se refiere al efecto de la solidaridad de los socios colectivos, no hay duda que ella es una consecuencia de la obligación de la sociedad, referida a "aquellas legalmente contraídas", entendiéndose por ello precisamente el acto ejecutado dentro de la competencia del administrador, sea legal propiamente tal o emanada del contrato y reconocida su eficacia por la ley. (art. 384 Código de Comercio).

B) *Ambito de acción*

El art. 402 del Código de Comercio señala que el "delegado", esto es, administrador, socio o extraño, tiene la competencia que le señala su mandato y en lo que no estuviere allí determinado tiene sólo las facultades comprendidas en el giro de la sociedad "o que sean necesarias o conducentes a la consecución de los fines que ésta se hubiere propuesto". (art. 387, Código de Comercio).

De aquí desprendemos la regla general, que el administrador tiene sólo la idoneidad para actuar dentro del objeto social o giro ordinario de la misma y además tendrá únicamente las facultades que designe su título (arts. 394 y 397 Código de Comercio y 2077 Código Civil), pero con la limitante en este último caso que en el ejercicio de sus facultades los administradores delegados también deben enmarcarse dentro del mismo objeto social o giro ordinario de la sociedad (art. 352 N° 5 del Código de Comercio), ya que la ley del ramo dispone que la sociedad no es responsable de los documentos suscritos con la razón social cuando las obligaciones que los hubieren causado no le conciernan. (arts. 370; 374; 393; 397 del Código de Comercio).

Este régimen queda acotado, en consecuencia, por dos limitantes: una, las facultades que designe el título, poder o mandato, siendo todo lo que no queda amparado por dicho mandato un exceso que no obliga a la sociedad; y dos, el ejercicio de la gestión administradora, sea mediante facultades otorgadas o sin ellas, siempre debe quedar comprendido en el número de las operaciones que constituyen el giro ordinario de la sociedad.

Lo anterior trae aparejada dificultades en la gestión y eficiencia de la sociedad. Por un lado, representa un análisis de las facultades contenidas en el poder otorgado al ad-

ministrador, esto es, la identificación del acto programado con la facultad específica y, por otro lado, la medida de la correspondencia del acto con el objeto de la sociedad.

Como se ve se trata de un problema de prueba; siendo la solución más fácil para los terceros, desde exigir la facultad específica que habilite al administrador para celebrar el acto, hasta pedir una ampliación del objeto social.

Esta es una de las materias más importantes en la administración, porque por un lado está en juego la inoponibilidad del acto frente a la sociedad y por otro, toda una alternativa de ineficacia de la sociedad.

Pensamos que no debería existir inconveniente, a lo menos, para extender al régimen de administración de las sociedades de personas el contenido del art. 328 del Código de Comercio, que si bien se encuentra ubicado en el contrato de comisión, en las disposiciones comunes a los factores y dependientes de comercio, la naturaleza jurídica de los factores y de los administradores de las sociedades de personas por una parte y, por otra las situaciones que contempla dicha disposición, son semejantes, destacando que ello es posible, con mayor razón, desde el momento que la misma disposición menciona "el establecimiento" que administran y bien sabemos que este último forma parte del objeto social genérico.

El art. 328 señala "... se entenderá que los han ajustado (los contratos) por cuenta de sus comitentes en los siguientes casos:

1. Cuando tal contrato corresponda al giro ordinario del establecimiento que administran;
2. Si hubiere sido celebrado por orden del comitente, aun cuando no esté comprendido en el giro ordinario del establecimiento;
3. Si el comitente hubiere ratificado expresa o tácitamente el contrato, aun cuando se haya celebrado sin su orden;
4. Si el resultado de la negociación se hubiere convertido en provecho del comitente.

De esta manera dar cabida al art. 328 del Código de Comercio, sobre todo en los casos a que se refieren los números 2, 3, y 4 mencionados, significa ampliar el ámbito de acción de los administradores de la sociedad, aun concebidos éstos en los términos clásicos de simples mandatarios de la sociedad.

16. FACULTADES NECESARIAS O CONDUCENTES A LA CONSECUION DE LOS FINES DE LA SOCIEDAD

De acuerdo a lo que hemos expresado, no cabe duda que el administrador de una sociedad de personas se encuentra legitimado como regla general, para ejecutar todos los actos relacionados con el cumplimiento o conducentes al objeto social. Esto que constituye el ámbito de acción del administrador, es también su frontera de actuación ya que debemos entender que todo acto extraño al cumplimiento del objeto social, queda fuera de lo que la ley llama "obligaciones legalmente contraídas".

De esta manera, es importante el criterio que se tenga para definir qué actos están dirigidos al cumplimiento del objeto social y cuáles no.

Puede haber un criterio estricto que relaciona más bien el objeto con los actos de administración interna, organización, operación, finanzas, personal y control y/o con los actos respecto de terceros que directamente configuran el objeto social, dejando afuera todos los actos accesorios o complementarios del mismo. Por ejemplo, una sociedad in-

mobiliaria cuyo objeto es comprar, urbanizar, construir inmuebles por adherencia y venderlas, el administrador estaría facultado para celebrar contratos de compraventa de dichos inmuebles sin necesidad de poder especial, porque tal acto se halla comprendido en el número de las operaciones que constituyen el giro ordinario de la sociedad (art. 397 Código de Comercio), pero se objeta que este mismo administrador pueda celebrar un contrato de cuenta corriente bancaria para el giro de la empresa; girar cheques u otras operaciones de la ley de cheque; o en relación con otros efectos de comercio, girar, aceptar, suscribir, endosar letras de cambio o pagarés respectivamente, etc., o con mayor razón se niega la inclusión dentro del objeto social de la facultad de descontar efectos de comercio; celebrar convenios de sobregiro; contratos de apertura de crédito, etc.

El segundo criterio surge de una crítica del anterior. Es un hecho que en la actividad comercial de las empresas existen hoy día una serie de actos jurídicos y en particular las denominadas "operaciones de Banco", de las que no puede prescindirse dentro de una gestión normal de las mismas, de modo que parece contrario al estado actual del comercio entendido como actividad de las empresas, separar estos actos, como son los que hemos mencionado en el párrafo anterior, del objeto social y conducentes al cumplimiento de sus fines.

Lo peor es que sobre esta materia hemos llegado a extremos, aun cuando ellos no constituyen un error legal. Nuevamente un ejemplo, el administrador en el título de sus facultades las tiene para contratar préstamos pero no aparece la facultad de suscribir pagarés, lo que se traduce en que la empresa no puede operar con el Banco porque bien sabemos que los préstamos bancarios se instrumentalizan en pagarés u otros efectos de comercio. Ya decíamos que no es un error, porque se trata de dos actos jurídicos u operación de naturaleza jurídica distinta, pero indudablemente esto no se aviene con la realidad del comercio de las empresas de hoy día.

Vemos la necesidad entonces de establecer a lo menos en una primera etapa como criterio general que todo acto de las empresas, revestidas bajo el "ropaje" de sociedad y ejecutados a través de sus administradores —a menos que les estén expresamente prohibidos— dicen relación con el cumplimiento o son conducentes al objeto social, dando cabida a lo que hemos llamado administración, como órgano de expresión de voluntad de la sociedad.

A nuestro juicio, los abogados y jueces debemos hacer un esfuerzo en la interpretación para adecuar nuestro criterio y decisiones a la realidad y abrir el paso a una serie de actos y operaciones simplemente accesorias, conexas o complementarias de la actividad de las empresas, como propias o conducentes al cumplimiento del objeto social.

De esta manera haríamos extensiva la idoneidad del administrador dentro del objeto social, lo que sin duda sería, por una parte, darle agilidad a las empresas y, por otra, seguridad a los terceros que no se verían expuestos a alegaciones o excepciones tan extrañas a la realidad comercial actual.

17. LA RATIFICACION POR TODOS LOS SOCIOS

En relación con esta materia, cabe preguntarse si es eficaz y salva toda objeción de inoponibilidad por parte de la sociedad, el hecho que la totalidad de los socios de la sociedad consientan o ratifiquen el acto de que se trata ejecutado sin facultad.

Hay quienes piensan que ello no sería suficiente, por cuanto siendo el título del administrador la medida de sus facultades, los terceros se están a este solo documento para evaluar la idoneidad del administrador con prescindencia de actos extrínsecos, de donde

los terceros pudieran tomar determinadas decisiones prescindiendo de otros actos o contratos ocultos celebrados por la sociedad con la anuencia de todos los socios.

Por nuestra parte, si bien reconocemos el fundamento de objeción anterior, pensamos más bien en la buena posibilidad que otorga este sistema para superar situaciones urgentes y de necesidad de dar jurídicamente una solución.

Creemos que si bien la sociedad es una persona distinta de los socios, individualmente considerados, en materia de administración existe una suerte de identificación, ya que son los socios o sus delegados (terceros o extraños) los que administran, de modo que el consentimiento de todos es el máximo de exigencia en materia de expresión de su voluntad societaria, por lo que dicha actuación convalida el acto y produce todos sus efectos respecto de la sociedad.

En cuanto a los terceros, no vemos tan cierta la posibilidad de un perjuicio, ya que de lo que se trata es de una idoneidad específica para actuar del administrador, que si falta, el beneficiario de la inoponibilidad es la sociedad, pero no los terceros.

Por otra parte, recurriendo nuevamente al art. 328 del Código de Comercio, vemos como se acepta la ratificación expresa o tácita del comitente, extendiéndose sus efectos a este último, en una especie de presunción de actuación por cuenta de su comitente, lo que sería equivalente a la ratificación de los socios y su efecto en la sociedad.

18. REPRESENTACION EN JUICIO

Distinto a todo lo dicho anteriormente es la situación de los administradores en cuanto a su capacidad para representar a la sociedad en juicio.

En efecto, se ha establecido al respecto un régimen legal que no parece derogable por voluntad de las partes en el estatuto social, por tratarse de una materia de orden público, como es la representación procesal. En efecto, los arts. 395 y 398 del Código de Comercio establecen pura y simplemente que los administradores delegados y los administradores tienen la representación legal de la sociedad sea que ella obre como demandante o como demandada, sin perjuicio de que sólo puede comparecer ante los tribunales en la forma que exige la ley procesal.

19. DELEGADA LA ADMINISTRACION, ¿QUE DERECHOS TIENEN LOS OTROS SOCIOS?

Esta es una situación de permanente actualidad en la sociedad. En efecto las dificultades entre los socios, generalmente tienen dos causas vinculadas o no entre sí: una la situación financiera y comercial de la sociedad; y dos, el rechazo, crítica o descontento por la gestión del administrador.

No hay duda que en esta materia también imperan dos principios: el carácter de contrato de confianza en donde la consideración del o de los socios es fundamental en su gestación, siendo una de sus estipulaciones la designación del administrador, de modo que debemos presumir que este último goza de la confianza de los socios y, el segundo principio, es nuevamente la mención de la autonomía de la voluntad, que permite a los socios estipular lo que desean en el contrato y se obligan a respetarlo.

Es así como el art. 392 del Código de Comercio dispone que delegada la facultad de administrar, los demás quedan por este solo hecho inhibidos de toda injerencia en la administración social. La misma idea desarrolla el art. 400 del Código del ramo.

Sin embargo, la ley no ha podido desconocer que la gestión del administrador puede adolecer de vicios o ser simplemente perjudicial.

En el primer caso, se ubican los actos y contratos que puede verificar el administrador adoleciendo de fraude, y en tal caso, la ley permite a los demás socios no administradores la oposición al acto o contrato de que se trate (art. 400 inc. 1).

Debemos entender el concepto de fraude como un engaño en su sentido amplio, esto es, toda maquinación susceptible de desdibujar la verdad. Debemos también entender que esta maquinación debe afectar a los socios, en términos que ellos sean víctimas de la maquinación fraudulenta.

Por otra parte, se trata de un derecho que el artículo 400 inc. 1° establece frente a un acto o contrato programado, ya que si se ejecutó, no cabe hablar de oposición al mismo.

Distinto es el caso, si por la gestión del administrador se produjeran perjuicios manifiestos a la masa común (art. 400 inc. 2), porque en este caso la mayoría de los socios podrá nombrarle un coadministrador o solicitar la disolución de la sociedad.

De esta última normativa cabe destacar algunos aspectos de interés general.

En primer lugar, los perjuicios de que hablaremos a continuación deben ser el resultado de la gestión del administrador en cualquiera de sus expresiones, esto es, normativa e integradora, de administración interna, de representación, de fiscalización y control, siendo lógicamente la más corriente la que deriva de la representación en actos o contratos con terceros, pero no podemos prescindir de los otros efectos de una gestión inadecuada y perjudicial.

Al dejar configuradas estas sanciones por la "gestión" del administrador, estamos prescindiendo de los efectos económicos que puedan tener en la sociedad otras situaciones de origen extrínseco, como ser fenómenos económicos, financieros, alteraciones legales administrativas que afecten la operación de la sociedad, etc.

En segundo lugar, deben existir realmente "perjuicios manifiestos", entendiéndose por perjuicios, para estos efectos, un empobrecimiento indebido de la sociedad, que puede o no revelarse en los resultados de la sociedad. No creemos que el concepto de perjuicio sea igual al de pérdida contable, ya que no siempre esta última significa empobrecimiento indebido.

Pero además, los perjuicios deben ser manifiestos, es decir, ostensibles, reales y efectivos, aun cuando para su verificación sea necesario el auxilio de la técnica contable, informática, etc.

El perjuicio finalmente debe ir dirigido a la masa común, y creemos que esto no es más que la misma sociedad en la complejidad de su patrimonio.

En los casos propuestos, la mayoría de los socios podría nombrar un coadministrador o solicitar la disolución de la sociedad. Esta última alternativa coincide con lo previsto en el art. 2108 del Código Civil que configura como causal de disolución toda "causa grave", de modo que una administración que incurra en situaciones previstas en el art. 400 inc. 2 puede derivar en la terminación de la sociedad.

Indudablemente la disolución supone una declaración judicial en tal sentido, en juicio ordinario o arbitral, en este último caso si se hubiere pactado una cláusula compromisoria para someter las dificultades entre los socios y la sociedad. En dicho juicio tendrá especial importancia la prueba de los supuestos o extremos de la acción, cuyos elementos hemos analizado precedentemente.

20. LA FACULTAD DE ADMINISTRAR ES INTRANSMISIBLE

En las sociedades de personas, la administración es uno de los elementos que la ca-

racterizan, ya que ésta radica en los socios como un signo de la relación de confianza que tipifica estas sociedades.

Por ese motivo, la facultad de administrar, ejercida por los socios o sus delegados, socios o extraños, es intransmisible a los herederos del administrador.

Esta situación es especialmente importante, en el evento que "por el acto constitutivo haya de continuar (la sociedad) entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto..." (art. 2103 Código Civil), lo que deja de manifiesto el carácter de la administración en las sociedades de personas. De esta manera, si el socio administrador designado en el estatuto social fallece y la sociedad continúa (art. 2103 Código Civil), en términos de no poder ser reemplazado el administrador, o ejercido el cargo por otros, según la misma estipulación social, la sociedad se disuelve por "grave motivo" consistente en "la pérdida de un administrador inteligente..." (art. 2108 Código Civil) a menos, naturalmente, de una reforma del estatuto conforme a la voluntad de todos los socios, incluida la sucesión del socio fallecido que se debe incorporar a la sociedad, según lo dispone el art. 350 inc. 2 del Código de Comercio.

Entendemos que lo intransmisible es la administración genérica, esto es, comprendida en la administración la totalidad de sus funciones, normativa, integradora, de administración interna de representación y control.

Semejante es el caso de la muerte de un socio cuyo nombre entra en la composición de la razón social, en donde la ley señala que deberá ser "suprimido de la razón social" (art. 366 del Código de Comercio), esto es, también es intransmisible lo que obliga del mismo modo a una modificación del contrato, también conforme al art. 350 inc. 2 del Código de Comercio.

Lo que ocurre, como se dijo anteriormente, es que la administración en su función de representación trae consigo el uso de la firma social (art. 393 del Código de Comercio) en una suerte de identificación de carácter público e inseparable de ambos elementos característicos de las sociedades de personas, lo que justifica el tratamiento que da la ley, tan parecido a ambas cosas.

21. PROHIBICION DE HACERSE SUSTITUIR EN EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES DE LA ADMINISTRACION

Se trata de la prohibición contemplada en el art. 404 N° 3 del Código de Comercio.

Como se sabe, algunas de estas prohibiciones contempladas en la disposición indicada tienen la importancia de ser tales, pero además, la trascendencia de ser funcionales, ya que dicen relación con la actuación de la sociedad y la validez o no de los actos frente a terceros. Es decir, la prohibición no sólo afecta al contrato de sociedad sino en sus relaciones de imputabilidad de sus actos con quienes contrate.

Los términos legales son sencillos, se prohíbe a los socios "hacerse sustituir en el desempeño de las funciones que le corresponden en la administración". El problema está en definir el alcance de esta prohibición frente a la estipulación contractual que permite al administrador delegar el todo o parte de sus facultades especialmente otorgadas, presentándose especialmente la dificultad cuando el administrador delega la totalidad de sus facultades enumeradas en el contrato.

El problema consiste entonces en qué medida dicha estipulación (delegación convenida) contraviene la prohibición mencionada precedentemente, esto es, si la delegación constituye o no sustitución en la administración.

En apoyo de la validez de dicha estipulación está el respeto al principio de la auto-

nomía de la voluntad, que inspira, como todo contrato, el contrato de sociedad.

Podría pensarse también que la delegación, estipulada entre las facultades del administrador, configura la situación prevista en el inciso 2 del N° 3 del art. 404, consistente en que la sustitución autorizada por todos los socios es válida.

Por nuestra parte, no pensamos de esta manera, creemos que el asunto hay que tratarlo de acuerdo a las funciones comprendidas en toda administración y a que nos hemos referido anteriormente. En efecto, recordemos que la administración comprende funciones de gobierno, integradoras, de administración interna, de representación (administración externa) y de control y fiscalización, no habiendo dudas que la posibilidad de delegación de facultades estipuladas para la ejecución de actos y contratos (mandato) se refiere a la función de representación o administración externa, pudiendo darse el caso entonces de una delegación total autorizada de dichas facultades sin caer en la prohibición del art. 404 N° 3 inc.1 del Código de Comercio.

En cambio, en la administración, que comprende el resto de las funciones mencionadas anteriormente que le son propias, no son facultades sustituibles, sin previa autorización de todos los socios.

Pensamos que respecto de esta autorización, como la ley no distingue y no se trata de un elemento esencial de la sociedad, y tampoco importa a terceros, no es necesario una reforma de estatutos que comprende dicha sustitución, sino que bastará que ella sea otorgada por cualquier medio y probada conforme a las reglas generales.

Ahora bien, la importancia que tiene infringir esta prohibición incide principalmente en la responsabilidad de la sociedad, ya que el efecto de la sustitución prohibida es ser ésta nula y por ende trae aparejada, por una parte, efectos respecto de terceros, ya que la sociedad no se obliga por tratarse de un acto de un administrador no legítimo, esto es, se trata de una obligación que no ha sido legalmente contraída y, por otra, en la responsabilidad de los administradores designados o delegados frente a los demás socios y la sociedad, hasta llegar a ser un "grave motivo" que justifique la disolución social (art. 2108 Código Civil).

22. EFECTOS DEL ACTO VALIDO DE ADMINISTRACION

Todo acto válido de administración obliga civilmente a la sociedad a dar, hacer o no hacer.

Ahora bien, para que se produzca el efecto indicado son necesarias la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Que el acto ejecutado en sí mismo sea válido de acuerdo a su propia naturaleza;
- Que el acto de que se trata sea ejecutado por los titulares o miembros del órgano de administración, es decir, los administradores o agentes que individual o colectivamente integran el órgano;
- Que el que ejecute el acto se encuentre facultado para celebrarlo, esto es, el agente administrador actúe dentro de la esfera de sus atribuciones, con toda la complejidad que dicha afirmación contiene y que fue objeto de nuestro estudio anterior;
- Finalmente, que el administrador haga uso de la razón social.

Así se desprende del artículo 370 del Código de Comercio, que si bien se refiere al efecto de la responsabilidad solidaria de los socios colectivos, ésta es una consecuencia del surgimiento de la obligación de la sociedad cuyos elementos dispositivos dicha disposición señala.

23. CASO EN QUE LA SOCIEDAD NO SE OBLIGA

En primer lugar la sociedad no se obliga cuando faltan los elementos de las obligaciones mencionadas en el número anterior.

En segundo lugar, debemos repetir en esta parte lo expresado en el número 15 de este trabajo, en orden a que la sociedad, por normativa legal expresa "... no es responsable de los documentos suscritos con la razón social cuando las obligaciones que los hubieren causado no le conciernan..." (art. 374).

Como dijimos anteriormente se trata de una disposición importante que vincula estrechamente la responsabilidad de la sociedad por actos de los administradores al objeto social.

No de otra manera se entiende la forma verbal "conciernan", esto es tocar, corresponder o pertenecer a dicho objeto social.

De esta manera, si el administrador de la sociedad en su representación y en ejercicio de facultades otorgadas, contrae obligaciones, absolutamente extrañas, directa o indirectamente, con el objeto social, estas obligaciones son inoponibles a la sociedad; la sociedad no es responsable. Un ejemplo típico es la hipoteca, prenda, fianza, solidaridad, aval que pudiera contraer el administrador por la sociedad para garantizar obligaciones de terceros, sin ninguna vinculación con el objeto de la sociedad.

Una expresión de la importancia de esta materia es la norma establecida en el art. 57 de la ley 18.046 sobre sociedades anónimas, que en los casos de los ejemplos mencionados, los establece como materia de Junta Extraordinaria de accionistas (art. 57 N° 5 ley 18.046), elevando el nivel del consentimiento colectivo al máximo órgano deliberante de la sociedad anónima.

El art. 374 en análisis se refiere a los "documentos suscritos con la razón social...", pudiendo entenderse que se refiere solamente a obligaciones documentadas y con propiedades especiales como son los títulos de crédito, pero no hay ningún antecedente legal para limitarlos en los términos antes señalados y, por el contrario, del contexto de la disposición se desprende que se trata de documentos de cualquier clase que dan cuenta de obligaciones que causen dichos documentos.

Ahora bien, hemos mencionado anteriormente cómo esta disposición puede afectar a una obligación documentada en un efecto de comercio y con aval de una sociedad.

Sin embargo, no podemos prescindir, aun en este caso, de los principios generales de los títulos de crédito que se transmiten a las obligaciones que de ellos emanan, como son la literalidad, autonomía y abstracción, principios que, cuando el efecto de comercio cumple su propio cometido cambiario de entrar a la circulación, dichos principios adquieren toda su eficacia, entre ellos el de la inoponibilidad de excepciones al portador legítimo como efecto del principio de la autonomía.

De esta manera, sería posible —y aún con reservas— la excepción del art. 374 del Código de Comercio que comentamos, sólo mientras el efecto de comercio se mantenga entre deudor y tercero con quien se relacionará directamente el primero, pasando a ser una excepción personal que es oponible, pero ello no sería posible si el instrumento hubiere circulado por endoso, en donde desaparece la posibilidad de invocar excepciones personales de anteriores portadores sin perjuicio de la validez de la misma excepción personal, entre endosante y su respectivo endosatario.

Finalmente, debemos agregar que para que opere la exención de responsabilidad de la sociedad que comentamos, es necesario que "...el tercero los aceptare (los documentos) con conocimiento de esta circunstancia" (que no le conciernan a la sociedad).

Esta condición que constituye una contraexcepción, que vuelve a la regla general de

la sociedad que se obliga, es preciso tener cuidado con ella.

A primera vista, parece que se requiere, para configurar la excepción, una aceptación expresa acerca de que la obligación de que se trata no concierne a la sociedad, ya que la propia ley dice "con conocimiento de esta circunstancia", pero creemos que nada impide una aceptación presunta, esto es, que se desprenda la aceptación como consecuencia de hechos coetáneos a la obligación principal que signifiquen necesariamente el "conocimiento" que la obligación que se contrae con el tercero no concierne a la sociedad.

Como bien se comprenderá, se trata entonces de una cuestión de interpretación de los actos jurídicos de que dan cuenta los documentos de que se trata y de las circunstancias de hecho que rodean dichos actos jurídicos, tendientes a ser demostrativos del conocimiento requerido.

Una situación distinta es el art. 373 del Código de Comercio que confirma que los actos ejecutados por un socio no autorizado para usar la firma social, no obligan a la sociedad pero, continuando con el criterio sustentado por el art. 328 del Código de Comercio (situación de los factores), se *entiende* que el acto se ha celebrado por cuenta de su principal, si el resultado de la negociación se hubiera convertido en provecho de la sociedad.

Esta última es una situación bastante lógica, que a nuestro juicio da a la administración el carácter de órgano funcional de la sociedad y da base para sostener que el hecho de la reiterada referencia al contrato de mandato en materia de administración de sociedades no es óbice para encontrar apoyos legales para desvirtuar la antedicha afirmación.

24. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE DELITOS Y CUASIDELITOS

No hay duda que la sociedad como persona jurídica no es autora de delitos por los cuales pueda ser condenada corporalmente como tal.

Lo anterior no significa que la sociedad no pueda incurrir en infracciones reglamentarias, que si bien no están sancionadas con penas corporales, lo pueden ser con otro tipo de penas, como multas, clausuras, destrucción de lo hecho, etc.

Lo mismo se puede decir respecto de los cuasidelitos.

Otra cosa son los efectos del delito y cuasidelito cometidos por los administradores, factores dependientes de la sociedad, cuya responsabilidad penal es personal, pero la civil se prolonga a la sociedad en virtud de disposiciones legales expresas, tanto en materia delictual como cuasidelictual o extracontractual de acuerdo a los arts. 2314; 2320 y 2329 del Código Civil y 39 del Código de Procedimiento Penal.

25. RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR

Es necesario distinguir la responsabilidad penal por los actos ilícitos cometidos por el administrador sea en perjuicio de los socios, sociedad o terceros, que correspondan a delitos configurados por la ley penal, de los cuales el administrador responde personalmente y puede ser sancionado conforme a la ley general.

En esta materia, también debemos excluir del análisis, por evidente, los actos que constituyen infracción a obligaciones legales de los administradores o a normas estipuladas en el estatuto social, que según su gravedad pueden dar lugar a situaciones previstas

en el art. 400 inc. 2 del Código de Comercio, esto es "... nombrarle un coadministrador o solicitar la disolución de la sociedad".

No hay duda que esta especie o forma de responsabilidad se establece en favor de los socios y la sociedad, ya que se trata de actos ejecutados por el administrador en nombre de la sociedad con terceros que pueden ser perjudiciales para la sociedad y por ende a los socios y como consecuencia de ello, estos últimos tener un interés en ser resarcidos por el administrador que actuó mal.

En el análisis de la medida de esta responsabilidad no podemos olvidar que hoy día la finalidad de la sociedad más que obtener utilidades, como señala el art. 2053 del Código Civil, es ser "eficiente", lo que implica un concepto económico más complejo, en donde influyen no sólo un elemento objetivo como es la utilidad sino una serie de otros elementos relacionados con la empresa (como ser objetivos propuestos, estrategias, metas, políticas, organización y estructura interna, relación con el medio económico en donde ésta se desenvuelve, con el mayor o menor aprovechamiento de los instrumentos legales existentes en beneficio de una actividad, etc.).

Sin duda un elemento muy importante en la eficiencia es el resultado, que dice relación con las utilidades, pero lo que queremos destacar es que estas últimas no pueden evaluarse autónoma o separadamente de otros elementos propios hoy del moderno concepto de empresa.

De esta manera, lo que haga o no el órgano administrador en procura de la eficiencia en los términos antes indicados, es lo que debe analizarse para evaluar el resultado de la gestión.

Dentro de esta medida, los administradores de la sociedad deben obrar con lealtad y con el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios o con el cuidado y diligencia de un buen hombre de negocios.

Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, en su caso, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

En cuanto al alcance que habrá de darle a la expresión "obrar con lealtad" y "con la diligencia de un buen hombre de negocios", se trata de una pauta interpretativa o concepto legal para integrar la norma. La pauta interpretativa no es referida a un empresario sabio, sino a un hombre de negocios normal, susceptible de cometer los errores propios e inevitables de una correcta actuación empresarial.

Son los mismos conceptos empleados por distintas legislaciones como ser "buen desempeño del mandato" o "diligencia de un gerente ordenado y previsor" o diligencia de un "ordenado comerciante".

Por lo demás, es el criterio que sigue nuestra ley mercantil sobre sociedades anónimas (art. 41 ley 18.046) y que tiene su fundamento legal en la institución de la culpa leve propia de los contratos bilaterales concluidos en interés de ambas partes, establecida en el art. 44 inc. 2 del Código Civil.

26. CONCLUSION FINAL

Comprendemos que algunos de los conceptos mencionados no se avienen estrictamente con los criterios legales y tampoco con la interpretación que se ha dado a los mismos, pero nuestro objetivo, que puede ser calificado de audaz e inclusive de erróneo, es abrir una brecha en la interpretación de la normativa sobre administración; pretendemos hacer realidad lo que afirma Gervasio R. Colombres en su obra *Curso de Derecho Societario* en el sentido que la teoría del órgano es aplicable, desde un punto de vista cientí-

fico, a la expresión de la voluntad de las sociedades en el régimen del Código de Comercio, y el efecto de referencia al contrato de mandato no es óbice para desvirtuar la antedicha afirmación.

El sistema proyectado importa una teoría que el propio legislador no imagina.

Pero la ley, una vez sancionada, se independiza del legislador y su formulación puede llegar a ser mucho más sabia de lo que su autor supuso. Se repite aquí la observación de Kant respecto de las ideas, las que una vez formuladas se desprenden de su creador porque aparecen dotadas de múltiples posibilidades, muchas de las cuales escapan de su propio enunciador. No basta, pues, que un legislador cualquiera haya dicho o pensado "quiero esto", para que su voluntad se haya efectivamente introducido e incorporado en el cuerpo dinámico del derecho. Con suma frecuencia ocurre que el sistema jurídico absorbe sólo aparentemente una pretendida novedad, para reducirla a cero, o que la bota como un cuerpo extraño por incompatibilidad sistemática con otros principios jurídicos superiores.

En materia de sociedades desaparece la amorfa sustentación que venía del contrato de mandato y acusa la recepción del concepto de órgano social como centro de atribución de competencia.

Después de analizar diferentes aspectos de la administración de las sociedades de personas como su administración y uso de la razón social; la aceptación del consejo de administración o directorio; el cambio de administradores; la renuncia y revocación, etc., vuelvo a pensar y sostener que aún en nuestro régimen legal es posible y existe apoyo legal para concebir la sociedad como una institución y aceptar que la administración es el órgano de expresión de la voluntad de la sociedad, pasando a ser dicha administración un elemento específico que corresponde a la sociedad como contrato colectivo o pluripersonal de organización. Así la administración es un elemento esencialmente tipificante que forma la estructura legal de la sociedad.

Por ese motivo, creemos que debe ser preocupación de los abogados acercarse en la redacción de los estatutos sociales en virtud de la autonomía de la voluntad, a la sociedad como institución y a la administración, como órgano de expresión de su voluntad, lo que sin duda representará ventajas y seguridad en la operación de la sociedad.