

La representación societaria y la apariencia jurídica

Los directores electos en asambleas irregularmente celebradas*

María Cesaretti y Oscar Daniel Cesaretti

RdN 916

RESUMEN

Si realizando una maniobra fraudulenta, sin contar con la presencia de los reales accionistas, se asientan en los libros las actas necesarias para la venta de un inmueble y dicho inmueble es adquirido por un tercero sin relación con la sociedad y que abona por el bien el valor de mercado, cabe concluir que los vicios originados en instrumentos de representación societaria, mediando o no inscripción registral, no afectarán los actos celebrados por los directores "aparentes" cuando el tercero actúe de buena fe. No corresponde al escribano verificar la autenticidad de lo asentado en los libros rubricados.

Sumario: **1.** Introducción. **2.** La representación societaria. La sociedad anónima. **3.** La inscripción del artículo 60 de la Ley 19.550. **4.** Protección a la seguridad del tráfico. **5.** Conclusiones.

1. Introducción

En la *Revista del Notariado* n° 913 se publicó el comentario realizado por Osvaldo Solari Costa¹ al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial –Sala E– dictado en autos “Achinelli, Alberto Pedro c/ Agropecuaria Los Remolinos SA y otro s/ ordinario” el 12 de octubre de 2012. Analiza el caso de una sociedad anónima de dos socios, en la que uno de ellos procede a fraguar una asamblea, a la que reviste del carácter de unánime y en la que se procede a reemplazar al directorio, haciendo

* Los autores agradecen a Eduardo M. Favier Dubois la jurisprudencia facilitada.

1. SOLARI COSTA, Osvaldo, “Nulidad de asamblea, de la venta de un inmueble y de la escritura”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 913, julio-septiembre 2013, pp. 236-254.

comparecer falsamente al socio restante. En base a los directores electos, mediante un acta de directorio, se enajena un establecimiento agropecuario que constituía el único bien inmueble de la sociedad; resulta adquirente, justamente, el socio responsable del fraude.

La Sala declaró la nulidad de la escritura traslativa de dominio, en base al carácter irregular del acta de elección de autoridades. Uno de los jueces alegó el carácter de acto nulo del acta y el otro calificó el acto como inexistente; ambos llegaron a igual resultado respecto de la nulidad de la asamblea de elección del directorio y, en consecuencia, del acto notarial de transferencia dominial.

Analicemos un supuesto en el que hubiera mediado una maniobra similar, en el sentido de que el acta de elección de autoridades no contara con la presencia de los accionistas reales, que ésta fuera inscrita en la Inspección General de Justicia –de conformidad con la normativa del artículo 60 de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales (LSC)– y que mediara una asamblea ordinaria debidamente convocada para autorizar la venta del establecimiento² –habida cuenta de que fuera la base económica de la actividad social– y que el adquirente fuera un tercero. Este tercero no tiene relación alguna con la sociedad, no es proveedor, ni pariente de los accionistas ni de los directores; se ha interesado en la operación por medio de un corredor inmobiliario –debidamente matriculado– y abona por el bien el valor de mercado. El escribano del adquirente tiene delante de sí los respectivos documentos habilitantes en originales, el título de propiedad del bien y ha realizado el correspondiente estudio del título.

¿El tercero correrá la misma suerte que la determinada en el juicio relacionado?

2. La representación societaria. La sociedad anónima

De acuerdo con el artículo 58 de la LSC

El administrador o el representante que, de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley, tenga la representación de la sociedad obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

El sentido de esta norma es dotar al representante legal de plenas facultades de obligar a la sociedad frente a terceros, sin necesidad de que su actuación requiera autorización previa del directorio o de la asamblea, y tornar inoponibles a terceros las limitaciones internas que pudiera tener la actuación del presidente. Así, la doctrina ha diferenciado claramente la faz interna y externa de la sociedad:

... la formación y exteriorización de la voluntad social requiere distinguir dos sectores distintos e independientes entre sí: a) la administración, que atiende a la tarea de

2. Ídem, p. 250.

cumplir el objeto social, decidiendo en tal sentido e internamente la voluntad del ente; b) la representación, por medio de la cual se transmiten las decisiones a los terceros en general.³

Y ha aclarado expresamente que la LSC da prevalencia al acto de representación:

El criterio legal expuesto a través del contenido del artículo 58 es que el acto celebrado por el representante dentro del marco de competencia establecido en dicho artículo obliga a la sociedad, ya que la actuación interna de la administración no puede ser opuesta a terceros, frente a quienes solamente importa el acto externo de representación.⁴

En el mismo sentido, se ha fallado que

Conforme a la regla sentada por el artículo 58 de la Ley 19.550, al que remite el artículo 268 de la citada ley, en cuanto establece que el administrador o representante que, de acuerdo al contrato o por disposición de la ley, tenga la representación de la sociedad obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, se crea para terceros la certeza de que los actos realizados son imputables a la sociedad, aun cuando sean violatorios de dispositivos internos del ente o sean realizados sin autorización del directorio.⁵

Es sustancial recordar que el artículo 58 se aplica a toda contratación que efectúe la sociedad:

... no existe dentro de la Ley 19.550 otra norma que regule el régimen legal y forzoso de imputación de actos a la sociedad, por lo que la aplicación del art. 58 cabe efectuarla imperativamente frente a cualquier situación en que se produzca la contratación de la sociedad frente a terceros.⁶

Esta disposición legal ha sido expresamente aplicada por la jurisprudencia civil en materia de compraventa de inmuebles:

Habiéndose invocado que los firmantes del boleto de compraventa de un inmueble carecían de facultades para obligar a la sociedad demandada, cabe tener en cuenta que el ordenamiento societario, a través de su art. 58, no ha venido a otorgar al representante facultades decisorias, sino, más bien, a consagrar (en exclusiva protección de terceros)

3. BENSEÑOR, Norberto R. y WEISVEIN, Marta J., "La representación orgánica en el ámbito notarial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1998-E, p. 1087.

4. BENSEÑOR, Norberto R., "Actuación notarial del representante de la sociedad anónima. Art. 58 Ley 19.550", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 783, mayo-junio 1982, pp. 643-651. Ver CNCom., Sala C, "Carrano, Mario c/ Catequil SA", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 12, p. 576.

5. CNCom., Sala B, 11/3/1988, "Vitivinícola Andina SA c/ Industrias Frigoríficas Recreo SA".

6. BENSEÑOR, Norberto R. y WEISVEIN, Marta J., ob. cit. [cfr. nota 3], p. 1087.

una suerte de convalidación legal de los actos que éste lleva a cabo sin la debida autorización, limitándose a imputar directamente a la sociedad representada todos los actos celebrados por aquél que no sean notoriamente extraños a su objeto social". Con ello, queda vedado para la sociedad la posibilidad de desconocer eficacia a los vínculos negociales creados por su representante en uso de la firma social, so pretexto de violación a su régimen decisorio interno [...] Además, otra razón más que abrevia en la buena fe creencia del adquirente consiste en que el mismo razonablemente pudo estimar que contrataba con quien se encontraba en facultades suficientes para ello, en virtud del conocimiento anterior de los estatutos de la sociedad [...] Siendo evidente que el boleto de compraventa fue integrado con una certificación de firma realizada por un escribano mediante actuación notarial, quien no solo se limitó a certificar la firma de la vendedora, sino que relevó el carácter de presidente del otorgante, lógico es concluir que la falta de autenticidad atribuida al documento referido no puede ser admitida [...] Tratándose de una sociedad inmobiliaria, la compraventa de inmuebles constituye un acto de administración, dado que se trata de un acto de enajenación que está dentro de su objeto social. Por consiguiente, el tercero que contrata se ve protegido por la apariencia que ejerce el contratante que ha desplegado una conducta idónea para crear una apariencia de atribución de facultades de representación.⁷

3. La inscripción del artículo 60 de la Ley 19.550

En el caso hipotético planteado, la sociedad ha procedido a inscribir su directorio. Es ampliamente aceptada en la doctrina la concepción de que la inscripción reviste el carácter meramente declarativo, pudiendo el tercero alegarla contra la sociedad sin mediar las excepciones que determina el artículo 12 LSC.

Ahora bien, ¿qué efectos produce la inscripción una vez cumplida? Por un lado, la sociedad queda obligada por el acto inscripto si no mediere una resolución asamblearia en sentido contrario. Respecto de terceros, la designación inscripta produce los efectos propios de los actos registrados, es decir, la oponibilidad *erga omnes* del documento, siempre que dichos terceros no hayan tomado conocimiento de una decisión asamblearia que la revoque.

Al respecto, la jurisprudencia ha expresado:

Según el principio de la apariencia, la existencia y alcance de un acto debe juzgarse sobre la base de su manifestación exterior o forma externa con la cual sus autores lo han hecho conocido, de modo que produzcan convicción respecto de su regularidad y realidad.⁸

7. Cám.Civ.yCom. 4ª Córdoba, 22/12/2005, "Mercado, Camila Alejandra c/ CACI SA s/ ordinario-escrituración".

8. CNCom., Sala F, 16/7/2010, "Helmbold, Daniel Alberto c/ Orbis Cía. Argentina de Seguros SA y otros s/ ordinario", en DIEGUES, Jorge A., "Doctrina de la apariencia", *La Ley*, 6/3/2012.

Continuando con el planteo hipotético: al tercero adquirente, quien no es parte de la sociedad y no tiene vínculos con sus accionistas ni directores, se le presenta un sujeto con su designación como presidente de la sociedad; sin lugar a dudas, se encuentra frente a una realidad, ese sujeto es presidente de tal sociedad. Puede ser que esa realidad que se le presente al tercero sea producto de un acto viciado, es decir, es una realidad formal pero no sustancial.

Así también, es inadmisibles que se suponga existente –o aún en vigor– a una norma inexistente (ya no más en vigor o no aún en vigor). Por lo tanto, es inadmisibles el concepto de apariencia de derecho objetivo, mientras que, por el contrario, es legítimo el concepto de apariencia del derecho subjetivo.

Puede darse en el plano del ejercicio de un derecho que sea ejercitado y hecho valer por quien no es el titular, sea o no autorizado a hacerlo. Tal situación se llama legitimación, entendiéndola a esta última en sentido sustancial y no procesal. La legitimación, en el sentido expuesto, significa además que alguien está investido del poder de ejercitar un derecho, o sea, que está cualificado para ejercitar el derecho. Se habla entonces de vicio o de defecto de legitimación para indicar la carencia de la legitimación.

En el campo del derecho societario, la apariencia campea por sus fueros, siendo aplicable, en general, cuando se ha creado una apariencia jurídica frente a un tercero que, de buena fe, se ha relacionado con una sociedad, en base a esa apariencia. Así se ha puesto, como particular ejemplo en doctrina, el caso de un contrato de sociedad que presenta vicios esenciales y, no obstante ello, ha sido inscripta en el Registro Público de Comercio: se está en presencia de una apariencia de una sociedad que, en vez, es nula. En este caso, se interpretaba que la nulidad de la sociedad no tenía influencia sobre la eficacia de los negocios cumplidos con terceros en nombre de la sociedad.

Este, con la debida transposición, es un caso que encontramos en nuestro derecho societario; por ejemplo, los supuestos de la sociedades de objeto ilícito (art. 18 LSC), de objeto lícito y actividad ilícita (art. 19 LSC) y objeto prohibido (art. 19 LSC), sociedades nulas de nulidad absoluta, pero cuya existencia puede ser opuesta a los socios –no obstante su nulidad absoluta– por los terceros de buena fe (en este caso, para la protección de estos terceros de buena fe, la nulidad tiene efectos para el futuro, es decir *ex nunc*). Pero donde la teoría de la apariencia cobra singular fuerza y relevancia es en el campo de la representación societaria.

En este sentido, puede decirse que cuando quien actúa (o dice actuar) por una sociedad –su representante, administrador, funcionario, mandatario, empleado– genera en los terceros de buena fe que contratan con él la apariencia de la legitimidad de su actuación, queda prisionero de ella, esto es, que esa apariencia vincula a la sociedad, no pudiendo entonces alegarse que quien actuó por la sociedad no tenía facultades para obligarla.

Un autor que ha indagado sobre este tema sostiene que esta teoría de la apariencia tiene su justa aplicación para proteger a los diligentes. Para él, la teoría de la

apariencia consiste en que aquél –la sociedad–, que a través de sus funcionarios o empleados genera en los terceros que contratan con ellos la sensación legítima de que están contratando con quien tiene las facultades para ello no pueden luego ser sorprendidos invocándoseles que dicho aparente funcionario o empleado no tenía facultades suficientes para obligar al principal. Quien crea esa apariencia debe asumir las consecuencias. Naturalmente, el tercero ha de ser de buena fe. Y esto, sea como sea que se defina la buena fe: si actuar genuina y honestamente en las circunstancias del caso, como lo ha entendido la jurisprudencia de los tribunales ingleses, o que la buena fe en los contratos consiste en que éstos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de acuerdo a lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (criterio del art. 1198 del Código Civil), o, como lo expone el *Diccionario de la lengua española*, actuar con rectitud y honradez. Los terceros de buena fe quedan protegidos por la apariencia de legitimidad, precisamente porque actúan de buena fe, tanto en el sentido de buena fe probidad como en el buena fe diligencia. Es decir que tienen que darse ambos aspectos de la buena fe para que el tercero quede protegido.⁹

Siguiendo a Favier Dubois¹⁰

Podemos definir al director “aparente” como aquel sujeto que aparece en la posición jurídica de director, es decir, que ha sido designado formalmente como tal, pero que o bien resulta un mero “prestannombres” o bien presenta un vicio en su designación derivado de que existe algún defecto en el acto de nombramiento, como puede ser la nulidad de la asamblea que designa al presidente de una sociedad anónima.

4. Protección a la seguridad del tráfico

Conforme a Garrigues¹¹

... al adquirente de un derecho ha de concederle la certidumbre de que no será más tarde perturbado en el ejercicio de ese derecho y en el goce del bien económico con él adquirido, aunque concurren circunstancias adecuadas para hacer fracasar la adquisición de aquel derecho [...] En el conflicto que en tales casos se produce entre la seguridad del tráfico y seguridad del derecho, vence la protección a la primera [...] El alcance práctico del principio protector de la seguridad del tráfico, que es característico del derecho mercantil y se traduce en la subordinación de la realidad a la apariencia jurídica...

9. MOGLIA CLIPS, Guillermo A., “Algunas reflexiones sobre la teoría de la apariencia” [web], en *Revista Aequitas Virtual*, Buenos Aires, Universidad del Salvador-Facultad de Ciencias Jurídicas, n° 1, 2006.

10. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “El representante ‘de hecho’ y la apariencia en la actuación societaria”, en *Doctrina Societaria*, Buenos Aires, Errepar, n° 105, agosto 1996, t. 8, p. 202. Ver SASOT, Miguel P. y SASOT BETES, Miguel A., *Sociedades anónimas. El órgano de administración*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 73.

11. GARRIGUES, Joaquín, *Temas de derecho vivo*, Madrid, Tecnos, 1978, p. 47.

Concordantemente, la jurisprudencia ha dicho que

En el tráfico mercantil moderno, en innumerables ocasiones, las soluciones encuentran su debido cauce a través de la aplicación de las teorías de la apariencia, privilegiando la buena fe de los terceros que celebran acuerdos con quienes aparecen revestidos de facultades para representar a la sociedad. El ordenamiento jurídico protege, por imperio del principio de la buena fe, la aceptación de las consecuencias derivadas de un estado jurídico que se basa no sólo en una declaración de voluntad, sino en la apariencia de una situación jurídica.¹²

La doctrina del director aparente ha sido recogida igualmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case* “Frigorífico Setti SACIA s/ convocatoria, hoy quiebra”, en el que sentó que

No puede perderse de vista el fundamento relativo a la necesidad de tener en cuenta los imperativos de la seguridad jurídica y contemplar el interés de terceros de buena fe, como son los acreedores, a quienes no puede exigirse un constante examen sobre los antecedentes relativos a la forma de elegirse las autoridades de la sociedad anónima.¹³

El fuero civil se ha expresado con igual criterio:

... en el moderno derecho societario, se advierte un apartamiento de las concepciones rígidas y formalistas, habiéndose viabilizadas las denominadas teorías de la apariencia y del riesgo, conforme a las cuales: 1) la legitimación, aun cuando sea en casos de derecho singular, puede nacer de la apariencia; 2) cuando la seguridad de los terceros depende de la publicidad, la nulidad o la inexistencia de las deliberaciones no puede afectar a los terceros de buena fe; 3) el tercero que contrate con la compañía tiene derecho a presumir que se han cumplido todas las regulaciones internas; 4) todos los actos de los funcionarios de facto (es decir, cuando se cuestiona la validez de su nombramiento o desempeño) son válidos frente a terceros.¹⁴

5. Conclusiones

- 1) Cabe distinguir plenamente el rol del adquirente en la operación. Si éste ha actuado con buena fe probada y con buena fe diligencia, no existiendo una relación fraudulenta entre las partes en perjuicio de terceros, el adquirente se encuentra amparado por el criterio de la seguridad del tráfico y la teoría de la apariencia jurídica.

12. CNCom., Sala B, 27/5/2005, “Chaya, Elías c/ Valmed SA”.

13. CSJN, 4/12/1968, “Frigorífico Setti SACIA s/ convocatoria, hoy quiebra”, en *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, 1970, p. 239.

14. CNCiv., Sala E, 22/8/1984, “Lens, Ricardo E. c/ Alproar SA y otro”.

- 2) Los vicios originados en los instrumentos de representación societaria, median-do o no su inscripción registral (art. 60 Ley 19.550), no afectarán los actos celebrados por los directores aparentes cuando mediare el presupuesto de actuación del tercero anteriormente consignado.
- 3) Compartimos las conclusiones de Solari Costa en cuanto a que “la nulidad de la asamblea tiene origen en un vicio del acto jurídico y no de la escritura. La nulidad de un acto jurídico no provoca per se la nulidad del instrumento que contiene dicho acto –y viceversa–”.
- 4) Igualmente, adherimos a lo expuesto por Solari Costa cuando expresa que “el escribano no es responsable de verificar la autenticidad de lo que se ha asentado en los libros rubricados, ni si quienes asistieron a la asamblea son los socios o si las firmas son realmente de ellos”.
- 5) En caso de duda en relación a si se trata de un acto de administración extraordinaria¹⁵ o no, se debe estar por la validez del acto –conforme al criterio del artículo 58 LSC–, siempre que éste no sea notoriamente extraño al objeto social. La determinación por parte del tercero si el acto reviste el carácter de administración extraordinaria.

15. Con relación al criterio de un sector de la doctrina que, ante la enajenación de un inmueble que constituya el único activo sustancial de la sociedad, requerir una asamblea –que deberá ser ordinaria, conforme al art. 234 inc. 1 LSC– para cubrir la buena fe diligencia del tercero.