

NATURALEZA JURÍDICA DEL DIRECTORIO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Por PEDRO MARIO GIRALDI

Planteo del problema:

La importancia práctica de determinar con exactitud la naturaleza de una institución jurídica reside en el hecho de que a través de ella suele encontrarse la guía utilizable para la integración de una norma insuficiente u oscura. Recordemos que el derecho positivo no admite lagunas y que es deber ineludible del jurista hallar siempre la regla aplicable al caso (Código Civil, art. 15).

Será motivo de este estudio el tratar de establecer la naturaleza jurídica del directorio de la sociedad anónima o, sea dicho en otras palabras, la índole de las relaciones que existen entre una sociedad anónima y las personas que integran su directorio.

En nuestro país, aparentemente no cabrían dudas al respecto frente a las disposiciones contenidas en los arts. 336, 337, 338 y 346 del Código de Comercio por cuanto hay una indicación explícita en el sentido de que los directores son mandatarios. No obstante ello, se verá que no es así, que la actuación del directorio de una sociedad anónima no encuadra dentro de la figura del mandato, si nos atenemos a una técnica escrupulosa.

Según las reglas tradicionales, una ley clara no debe interpretarse sino ser aplicada en el sentido literal de sus términos, aún cuando la solución aparezca injusta o absurda. Este respeto sagrado que inspiraba el texto de la ley a los antiguos juristas y que se sintetiza en el retumbante "no conosco el derecho civil, sino el código Napoleón" de Bugnet ha sido superado por los autores modernos. Toda ley es susceptible de interpretación y esto implica desentrañar y preclarificar el contenido de la norma jurídica formulada en ella, delimitando su alcance. Sean claras

u oscuras, todas las leyes tienen una significación que el intérprete precisa establecer, aún cuando contraría el texto explícito de las mismas*.

Esto por cuanto en el estado actual de las investigaciones psicológicas sobre los alcances y las limitaciones del lenguaje, se puede afirmar con certeza de que nunca las palabras son la traducción exacta del pensamiento. Hay siempre una divergencia —más o menos grave— entre lo que se piensa y lo que se dice, y esto es aplicable también al quehacer legislativo. Pretender que el legislador haya empleado el término que se ajusta fielmente a una idea, es partir de una base falsa. Por el contrario, la realidad enseña que el redactor de una ley se equivoca frecuentemente. Nuestros códigos son buen ejemplo de ello*.

Por otra parte, aún cuando la redacción de la ley sea clara, la finalidad puede ser ambigua, o darse la situación inversa. De aquí que se haya resuelto que "por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento legal del país. En tal indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenderse rigurosamente a ellas cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere**.

Los límites de actuación de un director en el ejercicio de sus funciones pueden ser fijados diferentemente según se lo considere o no como mandatario, vale decir, según apliquemos rigurosamente el texto legal que nos remite inmediatamente a las reglas del mandato (Código de Comercio, art. 346), o si en cambio posponemos éstas a los principios generales del derecho societario. Diferiría en mucho la solución del caso que se plantearía si un director retuviera bienes o valores de la sociedad anónima que se hallasen a su disposición, se motivo de no haber sido reintegrado de gastos hechos en beneficio de la sociedad anónima (Código Civil, art. 1555), o si delegara sus funciones (Código Civil, art. 1524).

La primera conclusión a que se llegó acerca de la naturaleza jurídica del directorio era de que se trataba de un mandato. Aún cuando a poco se vio que esta figura jurídica resultaba inadecuada, los autores siguieron influidos por la terminología legal común en los códigos inspirados por la legislación francesa. Se desarrollaron posteriormente varias corrientes doctrinarias que se apartaron de la idea del mandato, viendo en el vínculo del directorio con la sociedad ya una representa-

* FONTANARROSA, R. O.: "Derecho Comercial Argentino". Buenos Aires, 1964, pág. 68.

** FONTANARROSA, R. O.: Op. cit., pág. 68.

* Corte Suprema de la Nación, 25 de agosto de 1958; "Revista de Jurisprudencia Argentina"; Tomo 1958-II, pág. 311.

ción, ya una compenetración más íntima, ya un contrato de trabajo, ya una relación equiparable a la que une a los funcionarios públicos con el Estado, etc., etc. Pasaremos revista sucintamente a las más importantes y luego nos ocuparemos de la orientación seguida por la jurisprudencia de esta República.

Teoría del Mandato.

La ley de sociedades por acciones francesa de 1867 (art. 22), el Código de Comercio Italiano de 1882 (art. 121), nuestro Código de Comercio, en las disposiciones precedentemente indicadas, utilizan expresamente los términos "mandato" o "mandatario", aplicando así la doctrina tradicional que ve en los directores mandatarios de la sociedad o de los accionistas (en esto no hay acuerdo completo). Las reglas del mandato son las que determinan las relaciones entre directores y la persona jurídica que administran.

Los textos legales a su vez fundaron las opiniones de muchos tratadistas franceses e italianos y en idéntico sentido se pronunció la doctrina clásica nacional.

Según R. L. Fernández "los directores ejercen un mandato necesario", concepto fundamental que debe tenerse en cuenta a efecto de determinar sus atribuciones, deberes y responsabilidades". Esta categoría de mandato necesario nos resulta algo confusa puesto que supone la obligatoriedad de una figura contractual que como tal está esencialmente fundada en el libre acuerdo de voluntades.

C. C. Malagarriga dice que el precepto contenido en el art. 346 del Código de Comercio es de contenido puramente doctrinario y por lo tanto que pudo ser suprimido por cuanto "aunque no hubiera sido incluido en el código habría que acudir, ante la ausencia de disposiciones legales y de cláusulas estatutarias o de resoluciones de la asamblea

* RAC, F.: "Des Sociétés Commerciales". París, 1905; Tomo II, pág. 333 y siguientes. TRALLER, E.: "Tratado Elemental de Derecho Comercial". París, 1922, pág. 279. VIGARELLI, C.: "Trattato di Diritto Commerciale". Milán, 1936; Tomo II, pág. 399. VIGARI, E.: "Corso di Diritto Commerciale". Milán, 1935; Tomo I, pág. 485 y 491. NARAZANO, U.: "Trattato Elementare di Diritto Commerciale". Milán, 1911, pág. 99. SCOVINA, L.: "Explicación y Crítica, etc.". Buenos Aires, 1892; Tomo I, pág. 360 y siguientes. SANCHEZ, J. B.: "Comentarios del Código de Comercio". Buenos Aires, 1933; Tomo V, pág. 129. CASASSO, M.: "Curso de Derecho Comercial". Buenos Aires, 1924; Tomo I, pág. 340 y 341. CORTIJO, R. S.: "Curso de Derecho Comercial". Buenos Aires, 1935; Tomo III, pág. 235 y apm.

* FERNÁNDEZ, R. L.: "Código de Comercio Comentado". Buenos Aires, 1942; Tomo I, pág. 483. CORTIJO, R. S.: "Tratado de Derecho Comercial Argentino". Buenos Aires, 1938; Tomo II, pág. 429.

de socios... a las reglas del mandato"*. Esta opinión parecería ser abonada por el art. 2392 del actual código italiano donde, no obstante haberse suprimido la calificación de mandatario que aplicaba el derogado código de 1882, ordena que "los administradores deben cumplir los deberes impuestos a ellos por la ley o por el acto de constitución con la diligencia de un mandatario".

La doctrina del mandato hace tiempo que está en descrédito. La imposibilidad de que una sociedad anónima pueda funcionar sin directores es de por sí suficiente para excluirla, ya que no se puede concebir la existencia de un mandato allí donde no hay posibilidad de que exista tal mandato. El mandato, el otorgamiento de facultades especiales por un sujeto de derecho a otro sujeto de derecho, debe ser no solamente voluntario sino también libre, en el sentido de que pueda o no ser hecho¹.

Por otra parte, si bien el mandato es un contrato, el directorio no es nombrado por contrato sino mediante una resolución de la Asamblea. No es ésta la oportunidad de ocuparnos de la naturaleza jurídica de la deliberación/resolución de la asamblea, estudio que se vincula directamente con la doctrina del negocio jurídico y de los actos colegiados. Déganos solamente que, mientras que el contrato es un único negocio que consta de una proposición y una aceptación, la deliberación/resolución es un negocio unilateral destinado a encontrarse con la aceptación por parte del director designado, lo que a su vez constituye otro negocio unilateral.

También difiere la relación directorio-sociedad de la mandatario-mandante en el hecho de que en esta última, el mandante continúa siendo el dueño del negocio, controla la actividad del mandatario y le imparte —de así quererlo— instrucciones a las que éste debe ajustarse obligatoriamente (Código Civil, art. 1905; Código de Comercio, art. 238 por analogía). Por el contrario, el directorio se encuentra frente a la Asamblea en una posición autónoma e independiente que no puede conciliarse con la esencia del mandato². No hay, en un sentido general, ni control permanente ni posibilidad de dar instrucciones, e inclusive, la limitación de las facultades estatutarias del directorio pueden escapar a la voluntad de la asamblea, como ocurriría si ésta no contara con la

* MALAGARRIGA, C. C.: "Tratado Elemental de Derecho Comercial". Buenos Aires, 1958; Tomo I, pág. 434. En el mismo sentido: FIORENTINO, A.: "Gli Organi delle Società di Capitali". Napoli, 1959, pág. 96.

¹ FIORENTINO, A.: Op. cit., pág. 94. GARZÓN, J. y ULLA, R.: "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas". Madrid, 1953; Tomo II, pág. 39.

² FIORENTINO, A.: Loc. cit.

mayoría necesaria para reformar el acto constitutivo (Código de Comercio, art. 354).

De lo expuesto se desprende que la teoría del mandato no es la que corresponde para determinar la esencia de la función que cumple el directorio de una sociedad anónima. No obstante su arraigo y su valor histórico, carece de precisión. Las diferencias entre un mandatario y un director son profundas e infranqueables*, y sólo podría ser admitida la figura del mandato por el prurito de aminorar a la letra de la ley pero a costa de desdibujarla tras un cúmulo de excepciones y agregados**.

Teoría de la representación

Para superar las objeciones provocadas por la teoría del mandato, una corriente doctrinaria se inclina por ver una semejanza entre la función del directorio y la representación necesaria de los incapaces de hecho. Así la sociedad anónima, incapaz de querer y obrar por sí misma, lo haría por intermedio de sus representantes necesarios, asamblea y directorio, tal como un menor impúber lo hace a través de su tutor o un insano declarado en juicio, de su curador**.

Suponer a una persona jurídica como incapaz de hecho dentro del significado jurídico propio de esta expresión, o sea, como consecuencia de la falta de madurez o defecto en las facultades intelectuales o volitivas del sujeto, es forzar gravemente los conceptos. Aquí no se trata de un defecto de facultades sino de un particular y necesario "modo de vivir", "modo de ser" que no podría ser cuestionado si no se pone en tela de juicio el concepto mismo de lo que es una persona jurídica**.

Cualquiera que sea la teoría que se acepte respecto de la naturaleza de personas jurídicas (realidad, ficción, etc.) es innegable que carecen de existencia física, o sea, dicho en otras palabras, que se trata de entes abstractos. De esto se desprende que una persona jurídica no podría vivir en el mundo del derecho, esto es, no podría querer y obrar, sin personas físicas que le suministren, con su voluntad y actividad, los datos concretos de que carece. La persona jurídica, así como tiene una estructura diferente a la de una persona física, así también tiene una forma

* FERRAZZANO, L.: "La Dirección de las Sociedades Anónimas". Buenos Aires, 1961, pág. 28.

** Confirma: DE GAZZANO, A.: "De las Sociedades y de las Asociaciones Profesionales". Buenos Aires, 1959; Tomo I, pág. 214.

*** Rocco, A.: "La Rappresentanza delle Società Commerciali" (nota a lilla) en "Rivista di Diritto Commerciale"; Tomo 1911-I, pág. 378. Gazo, F. J.: "Sociedades Anónimas". Buenos Aires, 1954; Tomo II, pág. 419.

**** FERRAZZANO, A.: Op. cit., págs. 2 y siguientes.

diversa de querer y obrar. En cada persona jurídica existen por lo tanto, y deben necesariamente existir, una o más personas físicas que, según una atribución legislativa o estatutaria de funciones, forman la voluntad del ente, la manifiestan eventualmente ante terceros, y obran en consecuencia; voluntad y actividad que para todos los efectos valen como propias del ente abstracto. No se trata por consiguiente, de una o más personas que quieren y obran por el ente, sino el ente mismo que quiere y actúa¹⁸.

La representación, como el mandato, implican la existencia de dos sujetos: el mandante o representado y el mandatario o representante. Son actos de carácter dualista, mientras que los órganos de una sociedad anónima son de carácter monista¹⁹. Es decir que para que exista representación es necesario que el representante exprese su propia voluntad, pero en nombre de un interés ajeno. El órgano en cambio es el vehículo, el instrumento o el trámite por medio del cual se expresa la voluntad del ente abstracto, persona jurídica, que actúa directamente y en nombre propio²⁰.

No puede haber pues, representación porque no hay entre las personas físicas (directorio) y el ente abstracto (sociedad anónima) una disociación de sujetos. Por el contrario, hay entre ellos una indisoluble compenetración que hace a la esencia misma de la persona jurídica.

Cree mos oportuno hacer notar el peligro de caer en graves errores conceptuales por equiparar instituciones del derecho de familia —tutela, por ejemplo— con figuras exclusivas del derecho societario. Las condiciones especiales propias de un derecho no patrimonial da a la tutela su característica inconfundible que lo incorpora y hace participar del conjunto complejo de derechos y deberes recíprocos que nacen del parentesco. Solamente en forma accesoria puede analizársela con referencia a los bienes del incapaz. Antes que el patrimonio, la ley busca preservar la personalidad o sea la protección del ser humano, en sentido lato. Aceptado lo que antecede, resulta artificiosa la equiparación antedicha y además peligrosa, pues es proclive a la extracción de conclusiones jurídicamente falsas.

Todo lo dicho respecto de la representación no obsta para que un director, individualmente considerado, pueda ser representante de una sociedad anónima. Si tiene facultades para vincular a la sociedad con

¹⁸ FERRERASO, A.: *Loc. cit.*

¹⁹ COLASANTINI, G. R.: "Las Asambleas y el Directorio en las Sociedades Anónimas en Naturaleza Jurídica". "Revista de Jurisprudencia Argentina"; Tomo 1967-III, sec. doc., pág. 136.

²⁰ FERRERASO, R. O.: *Op. cit.*, pág. 323.

terceros, actuando en nombre de la misma, obligándola con su firma, nos encontramos frente a un representante que será o no un mandatario, según cual sea el origen de su poder. Así como un factor (Código de Comercio, art. 138), un dependiente (Código de Comercio, art. 151), o un tercero cualquiera puede en determinadas circunstancias ser mandatario o representante de una sociedad anónima, así también puede serlo un director. De lo que aquí hemos tratado es del directorio en sí, considerado como órgano colegiado¹².

Teoría del Órgano

Al hacer la crítica de la doctrina de la representación, ya hemos esbozado la llamada teoría del órgano. Se funda en el hecho de la necesaria existencia en toda persona jurídica de una o más personas físicas que integren su voluntad, la manifiesten eventualmente ante terceros, y actúen por ella. Pero, como ha quedado dicho, toda esta voluntad y esta actividad deben ser consideradas y valoradas como propias del ente.

Según la definición de Bonelli "Órganos de una unidad patrimonial son los elementos por medio de los cuales la misma quiere y obra, esto es, se comporta como sujeto (término de relación de derecho) en el mundo jurídico"¹³.

La teoría del órgano explica correctamente la naturaleza jurídica del directorio y es la que prevalece triunfalmente entre los autores contemporáneos¹⁴. Ha sido adoptada implícitamente por el código italiano

¹² O unipersonal en el excepcional caso de que así lo fuera (Código de Comercio, art. 335).

¹³ Citado por: de GONZALEZ, A.: Op. cit., pág. 312. Para A. BAUSERRI Órganos de un ente dotado de su propia personalidad son "la persona o el grupo de personas físicas que, por voluntad de la ley, han sido autorizadas para manifestar la voluntad del ente y a desarrollar la actividad jurídica necesaria para el cumplimiento de sus fines" ("Trattato del Diritto delle Società". Milán, 1949. Tomo II, pág. 283).

¹⁴ ROSSI, G.: "Tratado Elemental de Derecho Comercial". Buenos Aires, 1954. Tomo II, pág. 368.

En Italia, entre otros: MARINO, F.: "Manual de Derecho Civil y Comercial". Buenos Aires, 1925; Tomo V, págs. 453, 483 y 666. MOGA, L.: "Derecho Mercantil". Buenos Aires, 1949; Tomo I, pág. 171. ACCIARI, T.: en nota a fallo del Tribunal de Firmas en "Il Foro Italiano"; Tomo 1949-I; págs. 517 a 529. BAUSERRI, A.: "Lezioni sulle Società Commerciali". Padova, 1935, pág. 197. FISSI, G.: "Manuale di Diritto Commerciale". Torino, 1961, pág. 233, etc.

En España: ULA, E.: "Derecho Mercantil". Madrid, 1958, pág. 230. GARRA-CAN, J. y ULA, E.: Op. cit.; Tomo II, págs. 19 y 20. LACORTA, E.: "Manual de Derecho Mercantil Español". Barcelona, 1954; Tomo I, pág.

de 1942 y la ley española de sociedades anónimas de 1951. Tanto uno como la otra hablan de "órganos sociales" al encabezar los capítulos destinados a reglamentar las autoridades de las sociedades anónimas.

Llegando a este punto, se ha planteado el problema de qué es lo que debe considerarse órgano, si la persona física que quiere y obra por la sociedad o las funciones por ella desempeñadas, (el centro de competencia, según la expresión de Fiorentino). Participemos del horror de Scialoja por quienes hacen del estudio teórico del derecho una esfera nebulosa de la cual no puede descender sobre la práctica sino un granizo nocivo, nunca una lluvia benéfica¹¹, y no sigamos los perniciosos de esta polémica que no es más que un alarde de sutileza bizantina. Como lo explica admirablemente Fiorentino, tras calificar de horrible neologismo la expresión "portadores del órgano" con la que los juristas alemanes habrían querido dar su palabra definitiva sobre el tema, todo depende a la postre según sea el punto de vista del que se contemple la cuestión¹².

En Alemania: GROSS, J. Von: "Derecho Comercial y de la Navegación", Buenos Aires, 1953; Tomo I, pág. 435.

Entre nosotros: HALLAM, L.: "Manual de Sociedades Anónimas", Buenos Aires, 1954, págs. 325 y 328. ZAVALA ROSSIGNOL, C. J.: "Código de Comercio Comentado", Buenos Aires, 1953; Tomo I, pág. 423. COLOMBINI, G. R.: Op. cit., pág. 134.

¹¹ Citado por FORTASSANO, R. O.: Op. cit., pág. 73 (en nota).

¹² "Si se considera la persona jurídica como una organización abstracta, esto es, como un complejo de normas abstractas tendientes a ordenar la constitución interna de la persona jurídica, parece indudable que no pueda a su respecto hablarse de órganos, sino referíndose a la función, esto es, a aquellos centros de atribución de funciones o de poderes de los que se alzó más arriba; así, ejemplificando, órganos del ente-sociedad son la asamblea, el directorio, el colegio de síndicos, y no las personas físicas que en un determinado momento puedan materialmente formar parte de los mismos. Si en cambio se considera la persona jurídica bajo el aspecto de una organización concreta, también parece indudable que los órganos adquieren a su vez carácter concreto sólo si al elemento formal se le agrega el elemento material, o sea, si aquellos centros formales de competencia se materializan, por así decirlo, en una o más personas físicas; así, ejemplificando, órganos del ente sociedad son, en este aspecto, la asamblea, el directorio, el colegio de síndicos, considerados como aquellos colegios, más o menos amplios, de personas físicas que en un determinado momento ejercen aquellas funciones o ejercían aquellos poderes, de los cuales el órgano, considerado en forma abstracta, es centro de atribuciones...

Aquellas personas físicas cuando actúan, en officio o qualitate, sirven para suministrar intelecto y voluntad a aquel órgano que sin ellas no sería más que una forma vacía. Es el órgano, que ha llegado así a ser algo concreto, quien de tal modo piensa y quiere y, a través de él, es la persona jurídica que piensa, quiere y actúa" (op. cit., págs. 4 y 5).

Se sostiene también que entre el directorio y la sociedad anónima media un contrato de trabajo. Así lo establece expresamente la ley alemana de sociedades por acciones de 1937 y también ha sido reconocido en nuestro país, al interpretarse los alcances de leyes de jubilaciones, en especial, la ley 11.575 sobre jubilaciones y pensiones bancarias.

No es la oportunidad de considerar en detalle las estipulaciones de la ley alemana cuyo régimen integral —influido fuertemente por el sistema nacionalsocialista— difiere notablemente del seguido por las demás legislaciones. En lo referente al directorio, como en tantos otros puntos, conagra disposiciones novedosas: el directorio es nombrado mediante contrato que celebra con un "consejo de vigilancia", cuerpo que proviene de la elección de la asamblea.

Naturalmente que todo esto es inaplicable entre nosotros. Que en pie, sin embargo, la doctrina de los fallos que reconocen carácter de empleados a los directores de compañías bancarias.

Es nota específica del contrato de trabajo el requisito de la subordinación, que será más o menos rígido según la categoría del trabajador, pero que no puede faltar porque si falta, se está fuera del contrato de trabajo¹¹.

Aquí hay otra cosa: el director integra un directorio; sólo, o en compañía de sus colegas forma parte de los órganos sociales, verdaderos creadores del pensamiento y voluntad de la persona jurídica. No es un dependiente subordinado a la sociedad sino que tiene su propia esfera de competencia. Frente a una decisión de la Asamblea contraria a la ley o a los estatutos, el director no sólo puede sino que debe desacatarla. ¡Cuán lejos esto del concepto de subordinación!

Evidentemente que puede ocurrir —y ocurre frecuentemente— que el director sea a su vez empleado de la sociedad. Este es el problema del director-empleado que tanto ha dado que decir. La licitud del contrato de locación de servicios entre una sociedad anónima y un miembro de su directorio carece de relevancia respecto del problema materia de este estudio. No es la designación por la asamblea la que da al director calidad de dependiente; no resulta empleado por el hecho de su nombramiento como director. Lo será después, o lo habrá sido con anterioridad, pero todo esto es ajeno a la resolución de la asamblea.

¹¹ = Código Civil Suizo: "El proveedor de trabajo subordinado quien se obliga mediante constitución a colaborar en la empresa, prestando el propio trabajo intelectual ó manual en sus dependencias y bajo la dirección del empresario" (art. 2064).

El trust en el derecho angloamericano es una relación fiduciaria en virtud de la cual una persona como titular de ciertos derechos está sometida a obligaciones fundadas en la equity, en beneficio de otra persona, o por un interés de orden general²². La comprensión de esta institución es un poco difícil para los estudiantes argentinos pues por lo general carecen del conocimiento necesario sobre la dualidad del régimen jurídico existente en el derecho anglo-sajón: el common-law y la equity.

Los bienes fiduciarios pertenecen en propiedad a la vez al fiduciario y al beneficiario, al primero según el "common-law", al segundo por la "equity". Esta idea de doble propiedad no es fácil de ser captada inmediatamente por el jurista formado en el derecho romano, aún cuando en Roma se distinguiera entre propiedad quirritaria y hereditaria.

En los Estados Unidos tuvo origen y desarrollo la idea de ver en el directorio de una sociedad anónima un fiduciario. Adaptando la definición del American Law Institute al caso, el directorio estaría constituido a administrar en beneficio de otra persona, ciertos bienes fiduciarios. ¿Cuál sería esta otra persona?, ¿los accionistas, la sociedad o algo mucho más amplio, que llamaremos "comunidad empresaria"?²³

Se ha dicho que aún cuando el nombramiento de los directores provenga de los accionistas, ellos no están sujetos a las órdenes provenientes de la mayoría sino que por el contrario deben actuar con independencia de juicio y en interés de la sociedad²⁴, pero esto hace más a la naturaleza de su función (relación fiduciaria) que a la persona del beneficiario, esui qui trust. En efecto: las facultades del directorio, y la amplitud con que la jurisprudencia ha interpretado las mismas, se acomodan bien con la idea de un trust, como ocurre por ejemplo, con la aprobación de los balances que, en principio, no necesitan la aprobación de la asamblea, con la fre-

²² GOLETSKY, R.: "Trust, Fidei y Simulación". Buenos Aires, 1954, pág. 3.

²³ La expresión está empleada con el sentido que se le da en los Estados Unidos.

En Alemania, tiene un significado más restringido: "comunidad empresaria es la entidad, en un sentido jurídico, que forma el comerciante con sus empleados y obreros" (GIER, J. Von: Op. cit. Tomo I, pág. 11).

²⁴ Como dice G. BALLAUBEN: "Los directores tienen el deber de actuar por la corporación de acuerdo con su mejor criterio, siendo de tal modo incontrolables, ni siquiera por la mayoría de los accionistas, en el ejercicio razonable de su discreción y en el cumplimiento de su obligación para el beneficio de todos los interesados" ("Corporation". Chicago, 1948, pág. 122).

WARR, GEORGE: SMITH, A. P.: "The Society per Arbitri negli Stati Uniti". Milano, 1951, pág. 71.

cuenta delegación que se hace en el directorio del poder de modificar los estatutos, con la falta de consecuencia por los actos ultra vires, etc., etc.

Queda en pie el problema. Si el directorio es un fiduciario, ¿quién es el beneficiario, la sociedad o lo que hemos llamado "comunidad empresarial"?

El punto se vincula estrechamente con un tema de apasionante interés: el análisis de las transformaciones del capitalismo moderno, de la evolución sufrida por la propiedad privada (¿capitalismo sin capitalistas?) y de la influencia que en estos cambios ha tenido y tiene la sociedad anónima actual. La gran compañía anónima ha mucho que habría excedido los moldes previstos por el legislador e irrumpido violentamente en el ámbito del derecho público o, por lo menos, se habría operado una zona crepuscular donde se confundirían derecho público y privado, campo donde se ubicaría a la sociedad anónima moderna, con sus miles y miles de accionistas desconocidos, desprovistos de influencia en el gobierno de la corporación ni preocupados por tenerla, con sus administradores-técnicos que se autoperciben en el manejo de los negocios, con su gran cantidad de dependientes, de clientes, de proveedores, etc., etc.

Los directores deben contemplar tantos intereses en la administración de esta institución cuasi-pública y perpetua que es la sociedad anónima moderna, que resultarían fiduciarios no de los accionistas ni de la sociedad, sino de todos los elementos componentes de la empresa: el personal, la clientela, los proveedores, los distribuidores y el público en general, interesado este último en que la compañía haga su negocio honestamente, funcionando en el interés público y cumpliendo sus obligaciones como debe hacerlo un grande y buen ciudadano¹⁸.

¹⁸ Cassa, J. C.: "La Administración de las Sociedades Anónimas en el Proyecto Neoparkins y en el Anteproyecto Argentino" en "Revista de Jurisprudencia Argentina"; Tomo 1961-V, sec. doc., pág. 108, donde se cita y reproduce parte de la polémica entre Adolf A. Berle y E. Merrick Dodd acerca de si el directorio es fiduciario de los accionistas o de la comunidad empresarial, sosteniendo Berle el punto de vista tradicional aún cuando después reconoció que la razón asistía a Dodd.

Cassa se coloca en una franca postura institucionalista que funda en la distinguida variación que tiene sobre el derecho de las corporaciones en los Estados Unidos: "Aunque claramente aceptado por los juristas norteamericanos, ignorantes de las teorías de Harlow y Beard, y libres de los prejuicios nacidos en los regímenes totalitarios en Europa, el carácter de institución cuasi-pública y perpetua de la gran sociedad anónima, etc." (loc. cit.).

Lo mismo dice en un comentario bibliográfico a "The Corporation in Modern Society", conjunto de varios trabajos editados por la Universidad de Harvard en 1960, cuando se refiere al énfasis que ponen los autores norteamericanos en el carácter cuasi político de sus grandes sociedades anónimas, "en un todo de acuerdo con la exigencia no siempre reconocida del bien público que deben per-

En nuestro país, Luis Ferrerada se muestra firme partidario de apreciar la naturaleza del directorio como se ha expuesto precedentemente, vale decir, considerando al director como un servidor público o cuasi-público y estimando aplicables en esta República, los principios jurídicos que animan el trust del derecho anglosajón¹⁸.

Esta posición audaz, innovadora y sostenida con elocuencia, provoca serios reparos. Si bien se puede aceptar sin dificultad que la sociedad anónima está en pleno proceso de transformación y que si esto se debe a los cambios de estructura en el capitalismo moderno, a su vez el régimen capitalista sufre el impacto de la actividad de la gran compañía, es ir muy lejos afirmar que es fenómeno universal o, por lo menos, que tiene en todas partes la intensidad con que se lo registra en los Estados Unidos. Entre nosotros podría decirse que la gran mayoría de las sociedades todavía desenvuelven sus actividades dentro de los moldes clásicos. Lo mismo en lo que respecta a la traslación de la sociedad anónima del dominio del derecho privado hacia el del derecho público. Esto aún no es cierto aquí, sin que por ello se niegue la posibilidad de que algún día así lo llegue a ser¹⁹.

También resulta difícil la adaptación del trust anglosamericano a nuestro derecho, tal como lo sostiene Ferrerada, quien indica el camino a seguir mediante la extensión de la aplicación del artículo 2662 del Código Civil, disposición que reconoce la existencia del dominio fiduciario.

La inclusión del concepto del fideicomiso dentro del marco de los códigos civiles o comerciales, continuadores de la tradición romanista, es casi imposible²⁰. Se trata —como ya se dijo— de una institución fundada en la dualidad del régimen jurídico anglosajón, situación de hecho que de por sí resulta irritante, sino incomprensible, para los juristas continentales o latinoamericanos. Se ha debatido mucho sobre la naturaleza y autonomía del llamado "negocio fiduciario" de origen romano (fide-

aguir conformes a nuestra ley civil" (Revista Jurídica de Buenos Aires: Tomo 1960-IV, pág. 254).

¹⁸ Op. cit., págs. 52-61.

¹⁹ Las teorías institucionalistas pueden atacarse desde muchos puntos a la vez y son objeto de ardidas controversias, si bien cabe reconocer que generalmente quienes discuten —en pro o en contra— demuestran estar grandemente influenciados por ideas y sentimientos políticos, extra-jurídicos.

De cualquier modo, debemos admitir que la realidad de la vida jurídica y económica norteamericana hace cada día más difícil la posición anti-institucionalista, sobre todo cuando se trata de grandes compañías, como General Motors, American Telephone, United State Steel, Standard Oil, etc., etc.

²⁰ Ensa. F. J.: "El Fideicomiso en el Derecho Angloamericano". Buenos Aires 1964, pág. 52.

cia cum amico; fiducia cum creditore), especialmente por la moderna doctrina italiana", y fue internamente tratado en el Congreso Internacional de Derecho Privado de Roma en 1951.

Como no es esta la oportunidad de referirnos a la cuestión, digámonos tan sólo para terminar con el tema, que no obstante los esfuerzos por simular el trust angloamericano al negocio fiduciario entre vivos, ha sido imposible suprimir algunas diferencias esenciales. Enumeraremos sucintamente algunas: a) el negocio fiduciario presupone únicamente dos personas, fiduciante y fiduciario, por cuanto los derechos del beneficiario sólo pueden ser establecidos con arreglo a la estipulación por otro; el trust exige tres personas: constituyentes, fiduciario y beneficiario aún cuando el constituyente pueda instituirse como beneficiario; b) el negocio fiduciario es creado mediante acuerdo de voluntades; el trust no la requiere; c) en el trust el constituyente no tiene acción contra el fiduciario; d) las reglas de los contratos son inaplicables al trust, etc."

Jurisprudencia

Las decisiones de nuestros tribunales han seguido en forma constante la doctrina que considera a los directores mandatarios de la sociedad, aún cuando en alguna decisión aislada se los haya visto como mandatarios de los accionistas. Esta orientación jurisprudencial que eviden-

** MARIANO, F.: Op. cit.; Tomo II, págs. 455 y siguientes.

** GONZALEZ, R.: Op. cit., págs. 21 y siguientes.

Los esfuerzos para adaptar el trust a las legislaciones de origen romano explican por la admisión que ha despertado "la utilidad práctica del Código más para resolver sin limitación los problemas familiares o comerciales de toda índole" (Elsa, F. J.: Op. cit., pág. 23).

R. M. SALVA considera el artículo 2662 del Código Civil como una interpolación dentro del sistema general de la ley, sin interés práctico ni posibilidad de aplicación, atribuible sólo a una disquisición del codificador ("Tratado de Derecho Civil Argentino - Derechos Reales", Buenos Aires, 1927; Tomo I, págs. 417 y 418).

H. LABAILLE admite la existencia del dominio fiduciario si bien reconoce que "en la práctica, muy poco se aplica... ni siquiera dentro del ámbito restringido que el legislador le reserva" ("Derecho Civil - Tratado de los Derechos Reales", Buenos Aires, 1944; Tomo II, pág. 142).

La afirmación de Labaille concuerda con la experiencia universal respecto de la posibilidad de aplicación del trust fuera de los países de origen británico. En Japón, por ejemplo, existe una ley que data de 1922, no obstante lo cual prácticamente se lo desconoce.

Algo parecido ocurre en la provincia de Quebec donde, dato extraordinariamente significativo, no se utilizó nunca, a casi nunca, por la población de origen francés. Cas para en el vacío, la afirmación de Ferrière sobre cuando refiriéndose al artículo 2662 dice: "Indudablemente la institución se conserva y aplica siempre de los actos entre vivos" (Op. cit., pág. 60).

temente ha obedecido a la influencia de los autores clásicos y a lo explícito de los textos legales, se sintetiza en el siguiente fallo de la Cámara Comercial de la Capital: "Los miembros del directorio de una sociedad anónima tienen carácter de mandatarios y están regidos en sus funciones por sus estatutos sociales, y en subsidio por las reglas generales del mandato"⁴¹.

Esta jurisprudencia resulta anticuada y posiblemente varíe en el futuro de plantearse algún caso concreto sobre la aplicación de las reglas del mandato a los directores, vista la evolución que ha experimentado la doctrina nacional y la existencia de varias resoluciones donde, en forma incidental, los tribunales ya han aceptado la idea del órgano.

En efecto: en repetidas oportunidades, al decidir sobre casos en su mayoría vinculados al siempre candente problema de la intervención en las sociedades, las cortes de justicia han acudido a la tesis del órgano⁴².

Estos fallos se refieren más a la asamblea que al directorio —y repetidos— no han sido pronunciamientos directos sobre el punto, sino referencias hechas de paso al tener que resolver otro tipo de cuestiones. Además, la teoría del órgano cuadra más a la asamblea que al directorio, en el sentido de que tratándose de la asamblea los argumentos son casi

⁴¹ Cámara de Comercio de la Capital, 12 de agosto de 1938. "Revista de Jurisprudencia Argentina": Tomo 21, pág. 1069.

En idéntico sentido, estableciendo que tanto los directores como el síndico son mandatarios: Cámara de Comercio de la Capital, 9 de diciembre de 1940. "Revista de Jurisprudencia Argentina": Tomo 23, pág. 509.

Aplicando el artículo 1929 del Código Civil a los ex-directores: Cámara de Comercio de la Capital, 22 de mayo de 1934. "Revista de Jurisprudencia Argentina": Tomo 46, pág. 723.

= La Cámara Civil y Comercial 2ª de Tucumán, al resolver sobre la procedencia de una intervención en una sociedad anónima dijo que la asamblea es el "órgano superior" (27 de septiembre de 1939. "La Ley": Tomo 100, pág. 625).

El Juez Dr. Castro Walker se había pronunciado anteriormente, en idéntico sentido (22 de septiembre de 1939. "La Ley": Tomo 98, pág. 671).

En un caso en que se trató de la litud de la impugnación de las resoluciones del directorio por parte de uno de los directores, la Cámara Comercial de la Capital dijo que "el directorio de una sociedad anónima es un órgano colegiado" (11 de septiembre de 1937. "La Ley": Tomo 90, pág. 245). El mismo tribunal al resolver sobre un caso de intervención: "La intervención... sólo tiene justificación en los supuestos de que los órganos específicos etc." (11 de mayo de 1931. "La Ley": Tomo 64, pág. 30).

Véase también: pronunciamiento de segunda instancia en el fallo aparecido en "Revista de Jurisprudencia Argentina": Tomo 1934-11, pág. 543. Cámara de Comercio de la Capital: 26 de noviembre de 1948. "La Ley": Tomo 93, pág. 199 (considerando 24º).

incomovibles, mucho más fuertes de que si se aplican al directorio, por cuanto podría argüirse que si bien la asamblea es el órgano de la sociedad, el directorio sólo sería mandatario de la asamblea.

Las reflexiones que anteceden no enervan la afirmación expresada más arriba sobre la posibilidad, casi cierta, de que en la primera oportunidad que se presente, los tribunales dejarán de lado la teoría del mandato y decidirán que el directorio es un órgano de la sociedad anónima con lo que, a nuestro parecer, consagrarán la buena doctrina.