



## “REPRESENTACION SOCIETARIA: APLICACIÓN Y CONTENIDO DE LA EXCEPCIÓN FUNDADA EN EL CONOCIMIENTO *EFFECTIVO* DE LA RESTRICCIÓN ESTATUTARIA EN LA DOCTRINA DE LA CORTE.”.

**Eduardo M. FAVIER DUBOIS (PATER)**  
**Eduardo M. FAVIER DUBOIS (H).**

### FALLO:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, 18-11-08, “GRUPO REPUBLICA S.A. C/TERMINALES PORTUARIAS ARGENTINAS S.A. S/EJECUTIVO”.

### SUMARIO:

-EL ART. 58 DE LA LEY 19.550 CONSAGRA LA TEORIA DE LA APARIENCIA EN LA REPRESENTACION Y NO EXIGE LA BUENA FE DEL TERCERO COMO “CONDITIO IURIS” PERO ADMITE UNA EXCEPCION CONSISTENTE EN LA DEMOSTRACION DEL “CONOCIMIENTO EFFECTIVO” DEL TERCERO SOBRE LA VIOLACIÓN DE LA RESTRICCIÓN ESTATUTARIA.

-EL CONOCIMIENTO “EFFECTIVO” QUE EXIGE EL ART. 58 L.S. NO PUEDE SER PRESUMIDO SINO QUE EXIGE PRUEBA CABAL A CARGO DE LA SOCIEDAD, Y NO PUEDE SER ASIMILADO A LA NEGLIGENCIA DEL TERCERO EN CONOCER NI TAMPOCO AL CASO EN QUE UN BANCO, POR SU PROFESIONALIDAD Y MONTO DEL TITULO, DEBIENDO HABER CONOCIDO, NO CONOCIO.

### COMENTARIO AL FALLO.

#### 1.-El caso analizado por la Corte.

Se trataba de un pagaré librado a favor del ex Banco República S.A. (en adelante el Banco) y avalado por la sociedad Terminales Portuarias Argentinas S.A.(en adelante la sociedad)

El aval había sido firmado por un director de la sociedad con un poder que le había extendido el presidente, sin acta de directorio y sin cumplir la disposición estatutaria que exigía una previa asamblea extraordinaria con una mayoría del 74%.



### 1.1.-La sentencia de primera Instancia.

Ejecutado el pagaré contra la avalista, en primera instancia, con fecha 15 de mayo de 2002, se rechazó la excepción opuesta por la sociedad y se mandó llevar adelante la ejecución con fundamento en que en la escritura de poder la escribana había dejado constancia que el presidente contaba con facultades suficientes por lo que la infracción no podía serle opuesta al Banco tratándose de una representación orgánica.

### 1.2.-La decisión de la Cámara Comercial.

La sociedad apeló la resolución invocando que el Banco tenía "efectivo" conocimiento de la infracción en tanto conocía los estatutos por tener abierta una cuenta bancaria de la sociedad en esa entidad y por la larga relación comercial que los unía, por lo que el Banco debió verificar las facultades suficientes mediante el estudio del poder.

El Banco pidió el rechazo del recurso arguyendo que el aval, pese a la limitación estatutaria, le era oponible a la sociedad por aplicación de la teoría de la apariencia, lo que no se afectaba por el conocimiento del estatuto del sector cuentas corrientes del banco, y se corroboraba por el envío de una nota de la sociedad al banco informando sobre la vigencia del poder del director que había firmado el aval.

La Cámara Comercial, Sala A, con fecha 31-10-03, revocó la sentencia de primera instancia y rechazó la ejecución sosteniendo que tratándose la actora de un Banco la apariencia creada no podría haber sorprendido su buena fe y que debió asegurarse de la existencia de la representatividad, máxime en atención al monto por el que había sido otorgado el pagaré (u\$s 500.000).-

### 1.3.-El fallo de la Corte Suprema.

Más de cinco años después, la Corte Suprema abre la queja planteada por el Banco al entender: a) que debía asignarse carácter de sentencia definitiva a la sentencia ejecutiva porque se trataba de materia que no podía ser objeto de juicio ordinario posterior; b) que es arbitraria la sentencia que pone en cabeza del ejecutante la carga de la prueba sobre la existencia de un aval cambiario cuando la normativa vigente y sus fundamentos disponen lo contrario.

En cuanto al fondo, la Corte dejó sin efecto la sentencia de la Cámara y ordenó dictar nuevo pronunciamiento con los siguientes fundamentos:

- a) La ley adopta claramente el principio de la apariencia jurídica imputando a la sociedad los actos de sus representantes legales o estatutarios, salvo que sean notoriamente extraños al objeto social, lo que no se planteó en el caso.
- b) El art. 58 de la ley 19.550 fija, en cuanto a la representación social, una excepción y no una condición "iuris" para la producción del efecto que establece, no siendo la buena fe del tercero requisito de la fuerza vinculante del acto para la sociedad.



- c) No incumbe al tercero la carga de la prueba de su buena fe sino que es a la sociedad a la que corresponde la carga de la prueba del conocimiento "efectivo" del tercero respecto de la restricción estatutaria a la representación, el que no se puede presumir.
- d) Es distinto al conocimiento "efectivo" que requiere el art. 58 L.S de la exigencia de que el tercero ejecutante, por su profesionalidad (Banco), no haya sido negligente en la adquisición del conocimiento acerca de la infracción a la representación, por lo que no corresponde admitir la excepción de inhabilidad de título.

### 3.-La Teoría de la Apariencia.

La teoría de la apariencia jurídica busca tutelar la situación de terceros de buena fe.<sup>1</sup>

El aspecto ostensible o manifestación muchas veces engañosa de la realidad lleva, por un imperativo ético, a reconocer primacía a la apariencia sobre la realidad en algunos casos.<sup>2</sup>

Para el funcionamiento de la teoría en materia de representación hacen falta tres requisitos: a) una situación objetiva de apariencia de representación capaz de afectar a cualquiera; b) la creencia subjetiva del tercero co-contratante sobre la existencia de representación actuando con diligencia razonable; y c) la negligencia del falso representado en haber permitido que se creara la situación de apariencia.<sup>3</sup>

Los efectos son que el acto se imputa al titular como si existiera una representación regular.

Ahora bien, en materia societaria el art. 58 L.S. implica una *reglamentación especial de la apariencia sujeta a sus propias reglas*.

En la ratio legis del art. 58 se percibe presente la tesis que proclama la disociación de los poderes de ejercicio de los de deliberación, fundamentada en el propósito de tutelar a todo tercero que se relaciones con la actividad jurídica desplegada por la sociedad, salvaguardando su legítima expectativa acerca de la validez del acto del representante social y no a proporcionar una ulterior posibilidad de invalidar el acto.<sup>4</sup>

Por ello en el régimen del art. 58 sólo es necesario, para que exista vinculación válida de la sociedad con terceros, la actuación externa, es decir la intervención legitimada de quienes por disposición de la ley o del contrato ejerciten el rango de la representación.

<sup>1</sup> Ver D Amelio, Mariano "La apariencia del Derecho", en La Ley t. 2, p.16.; Cusnir, Ana R. "Directores de Facto y Teoría de la Apariencia" en RDCO, 1970, pag. 239.

<sup>2</sup> Favier Dubois (p), E.M. "Representación societaria y apariencia", en Errepar, DSE, nro. 156, noviembre 2000, t.XII, pag.364.

<sup>3</sup> Favier Dubois (h), E.M. "El representante de hecho y la apariencia en la actuación societaria" en Errepar, DSE, nro.105, Agosto 96, t.VIII pag. 202.

<sup>4</sup> Minervini, G., Gli amministratori di societa per azioni, Milán, 1956, p. 154; Wathelet, José María, "La representación legal de la sociedad anónima y la protección de los terceros", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 1968, p. 752.



### 3.-El régimen general de representación societaria (art. 58 ley 19.550).

La ley 19.550 ha establecido un régimen general de imputación de actos a la sociedad, coadyuvando a producir el desenvolvimiento de la personalidad jurídica reconocida a través de la disposición del art. 58.

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 cumplir el objeto social, decidiendo en tal sentido e internamente la voluntad del ente; b) la representación, por medio de la cual se transmiten esas decisiones a los terceros en general.<sup>5</sup>

La ley 19.500 en varias oportunidades emplea la acepción administrador o representante (art. 58), en otras solamente administrador (art. 127 a 130), en otras administración y representación (art. 136, 143, 157), mientras que en otra sección distingue la administración (art. 255) y la representación (art. 268).

En realidad la terminología empleada no revela la existencia de una sinonimia; de ninguna manera debe interpretarse que ello sea así, sino que en ciertos casos la facultad de administrar lleva consigo la de representar, mientras que en otros opera una real distinción de tales funciones. Ello ha llevado a decir a algunos autores que la representación otorgada al presidente del directorio significa un desprendimiento y no una delegación de la competencia administradora.<sup>6</sup>

Sea como fuere, en este sentido la ley ha preferido calificar al órgano de representación en el art. 268, individualizando su caracterización sin atribuir tal calidad a la totalidad de los directores o al directorio como tal, y remitiéndose en forma expresa al régimen de imputación de actos estatuido en el art. 58. Esta norma legal dice en su primera parte:

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

La disposición distingue el administrador del representante, siendo coherente con todo lo expuesto, ya que en algunos casos la función administradora llevará consigo la de representar (como en las sociedades por interés y las de cuotas que no opten por una gerencia colegiada), mientras que en las sociedades anónimas impera por excelencia la separación de ambas funciones. Por ello, la regla del art. 58 solamente se aplicará a los representantes y a los administradores que de acuerdo con la ley o el contrato tengan además la función de representar. Amén de ello, no existe otra norma dentro de la ley 19.550 que regule el régimen legal forzoso de imputación de actos de 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.

<sup>5</sup> Perrotta, S. R.; Benseñor, N R., “Representación de las sociedades mercantiles”, Aporte a la XXII Jornada Notarial Bonaerense.

<sup>6</sup> Suárez Anzorena, C. y otros, op. Cit., p. 827.



Queda por supuesto a salvo la posibilidad de imputar un acto extraño al objeto social mediante la correspondiente decisión asamblearia (“imputación voluntaria”), habida cuenta que la capacidad de la sociedad no se encuentra limitada por el objeto.<sup>7</sup>

#### 4.-La cuestión sobre la aplicación de la excepción de “conocimiento efectivo” en materia de restricciones estatutarias.

El art. 58 establece expresamente la inoponibilidad a los terceros de dos situaciones derivadas de la organización societaria, y que pueden afectar la contratación.

La primera consiste en la inoponibilidad de cualquier infracción a la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios (art.58, primer párrafo, segunda parte)

La segunda consagra la inoponibilidad de cualquier restricción interna contractual a las facultades legales de los administradores o representantes respecto de terceros (art.58, segundo párrafo)

Ahora bien, la inoponibilidad derivada de la infracción al régimen de organización plural cesa cuando se acredite que el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural (art. 58, primer párrafo, segunda parte in fine).

Pero como el art. 58 no contiene norma similar para el caso de que existan restricciones internas a las facultades de los administradores se plantea la cuestión de si es o no aplicable la excepción de conocimiento efectivo en dicho caso.

Para una postura doctrinal es forzoso concluir que aun cuando el tercero tuviera conocimiento efectivo de que las facultades legales de los representantes estuvieren sometidas a restricciones internas (y dejando a salvo el supuesto de connivencia dolosa entre el tercero y el representante), tal conocimiento no sería óbice alguno para que la sociedad igualmente resultare obligada, porque precisamente no existe sobre este particular ninguna dispensa expresa, puesto que la única mencionada por la ley es aplicable a los supuestos de representación plural.<sup>8</sup>

Zaldivar<sup>9</sup>también sostiene que no es posible que el contrato social o el estatuto limiten la competencia del órgano, y siempre que éste actúe en la esfera que le compete los Actos son imputables a la sociedad.

También se ha sostenido que la decisión del directorio, sea autorizando, sea rechazando la realización del negocio o el requisito de su pronunciamiento, es inoponible a los terceros.<sup>10</sup>Los terceros no deben

<sup>7</sup> Ver Favier Dubois (h), E.M. y Vázquez Ponce, H. O., “Imputación de actos a la sociedad anónima en formación”. Ponencia presentada a las II Jornadas Nacionales de Derecho Societario, Buenos Aires, Septiembre de 1981

<sup>8</sup> Benseñor, Norberto y Favier Dubois (h), EM “La representación orgánica en las sociedades anónimas (art. 58 ley 19.550) y el contenido de la calificación notarial”, en Revista del Notariado, nro.795, pag. 631.

<sup>9</sup> Zaldivar, E. y otros, Cuadernos de derecho societario, t. II, 2º parte, p. 297.

<sup>10</sup> Halperín, I., Sociedades anónimas, p.437



preocuparse de la regularidad de las decisiones de los órganos sociales, ni de las limitaciones estatutarias a la representación del presidente que solo genera responsabilidad.<sup>11</sup>

Aun antes de la sanción de la ley 19.550, la jurisprudencia llegó a desestimar la pretensión de que la organización colegiada de la administración de la sociedad anónima, y la existencia de cláusulas estatutarias que impongan la deliberación y decisión previas a la actuación del presidente, fueran oponibles a los terceros contratantes.<sup>12</sup>

Sin embargo, existen otras posiciones que entienden que la excepción de conocimiento efectivo funciona en todos los casos para preservar a la sociedad de la mala fe del tercero.<sup>13</sup>

#### 5.-El caso de la actuación societaria por apoderado.

Cuando, como en el caso fallado, la S.A. confiere un poder a un mandatario para realizar determinado acto (aval), las figuras del órgano y del mandato se presentan en forma simultánea y concatenadas, con un primer acto (poder del presidente al mandatario) regido por el art. 58 L.S. y un segundo acto (otorgamiento de fianza por el mandatario a favor del tercero), regido por las reglas del mandato (art. 1869 cod.civil).

Se ha sostenido que, en tal caso, el acto celebrado por el apoderado cuyo poder fue otorgado por el presidente obliga a la S.A. siempre y cuando:

- a) el acto no sea notoriamente extraño al objeto social.
- b) el poder contenga facultades suficientes para el acto.

En consecuencia, resultan irrelevantes:

- a) la ausencia de decisión (acta) de directorio resolviendo otorgar el poder.
- b) la ausencia de decisión (acta) de directorio resolviendo la celebración del acto con el tercero.
- c) la existencia de una restricción estatutaria que condicione o subordine la validez del acto a la decisión de la asamblea, del directorio, o a la firma directa del presidente o directores.<sup>14</sup>

#### 6.-Los ejes del sistema de representación societaria.

En definitiva, y conforme con la ley, el sistema tendría los siguientes ejes:

Primero: si quien contrata en nombre de la sociedad es su representante legal o estatutario y no hay infracción a la representación plural, aquella queda obligada sin otra condición de que no se trate de un acto notoriamente extraño al objeto social sin que interese la eventual trasgresión de limitaciones internas.

<sup>11</sup> Nissen, R., Ley de sociedades comerciales, t. II, p. 660.

<sup>12</sup> Halperín, I., Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, por Sup. Corte de Justicia, Revista de Derecho Comercial, t. 3, p. 255, Pueyrredón Construcciones S.A. c/Confederación General de Empleados de Comercio, 28/4/71, ídem; Frigorífico Setti s/quiebra, Incom., Sala B, 2/12/67, ídem.

<sup>13</sup> Vanasco, Carlos "Sociedades Comerciales", Ed. Astrea, Bs.As. 2006, t.I pag.213. Perrotta, Salvador, "Breves Estudios", LL 1976-C-655 citado por Verón en "Sociedades comerciales", tomo I, Ed.Astrea, Bs.As., 1990, pag.452.

<sup>14</sup> Favier Dubois (h), E.M. "La representación por apoderado en la S.A." en Benseñor-Masri "Negocios Societarios, libro en homenaje a Max Mauricio Sandler", Bs.As., 1998, Ed. Ad Hoc, pag. 229.



Segundo: si hay infracción a la representación plural, la sociedad no queda obligada salvo que se trate de títulos valores, contratos entre ausentes, de adhesión o por formularios, y siempre que el tercero no tuviere un “conocimiento efectivo” de la infracción.

Tercero: ambos casos de imputación no afectan la validez interna de las restricciones contractuales ni la responsabilidad por su infracción.

Cuarto: se discute si la excepción de conocimiento efectivo por parte del tercero se aplica también para las restricciones estatutarias que no consisten en una infracción a la representación plural.

Quinto: el sistema funciona también, para alguna doctrina, bajo las mismas premisas, aún cuando actúe un apoderado designado por el presidente mientras tenga facultades suficientes en el instrumento de poder.

#### 7.-La aplicación de la excepción de “conocimiento efectivo” en la doctrina de la Corte.

La Corte Suprema en su fallo considera aplicable la excepción del “conocimiento efectivo” a un caso que no era de infracción a representación plural sino a una limitación estatutaria (decisión asamblearia previa), aun cuando, en definitiva, rechazo la excepción por falta de prueba de tal conocimiento calificado aportada por la demandada.

O sea que, para la Corte, el conocimiento efectivo funciona como excepción a la imputación no solo en materia de infracción a la representación plural sino también en caso de violación de restricciones estatutarias.

#### 8.-El contenido del “conocimiento efectivo” en la doctrina de la Corte.

La Corte exige en su fallo un “conocimiento efectivo” distinguiéndolo de otras formas de conocimiento ficto como serían las emanadas de la inscripción registral, o las resultantes de la posibilidad o del deber de conocer, el denominado conocimiento “etico” (arg. Art. 929 del código civil), que se manifiesta en el ámbito de las acciones revocatorias concursales en los términos del art. 119 de la ley 24.522.

Recordemos, en el punto, que en materia concursal existen dos posturas respecto del conocimiento de la cesación de pagos: una que exige el conocimiento efectivo y otra que solo requiere la “cognoscibilidad” del hecho<sup>15</sup>, habiéndose también asimilado el caso de la ignorancia voluntaria e indebida de la cesación de pagos del deudor por parte de un Banco.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Grillo, Horacio Augusto “Período de sospecha en la legislación concursal. Efectos retroactivos de la quiebra”, Ed. Astrea, Bs.As. 2001, pag.190.

<sup>16</sup> C.N.Com., Sala D, “Establecimiento Metalúrgico Pecú S.A. c/Permanente S.A.Cía.Financiera”28-4-88, ED 132, 302 con comentario de Labanca “La ignorancia voluntaria e indebida como presupuesto de la revocatoria concursal”, ED 132, 829.



La justificación de tal diferencia encuentra razonable apoyatura en la diversa normativa en tanto el art. 58 L.S. se refiere textualmente al “conocimiento efectivo” de la infracción a la representación mientras que el art. 119 LCQ hace alusión solo al “conocimiento” del estado de cesación de pagos.

#### 9.-¿Cuándo hay conocimiento “efectivo” de una infracción por parte de una sociedad comercial?

Entendemos que el fallo es útil para reflexionar sobre el conocimiento que respecto de algún hecho pueda tener una sociedad comercial en tanto se trata de un sujeto de derecho de carácter ideal que carece de una estructura psicológica propia.

Como regla general rige el principio de identidad del ente frente a los cambios de las personas físicas que ocupan los diversos órganos sociales, lo que surge de la calidad de sujeto de derecho del ente (art. 2º L.S.) y resulta corroborado por el régimen procesal.

En efecto, en dicho ámbito, el nuevo representante societario no podrá válidamente invocar su desconocimiento de hechos, documentos o comunicaciones recibidas antes de su gestión en tanto no se trata de un “sucesor a título universal” (arg. art. 356 inc. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Adviértase que el mismo código procesal diferencia la situación del mandatario, que solo está obligado a absolver posiciones por hechos ocurridos durante la vigencia del mandato (art. 405 inc.2º), del representante societario, que no tiene ese límite (idem, inc.3º), y que solo puede excusarse de absolver posiciones si ofrece otro representante con conocimiento “personal” o “directo” de los hechos (art. 406, incisos 1 y 2).

Vale decir que, emplazada una sociedad, la ignorancia de los hechos por el representante legal, invocando no haber tenido conocimiento personal o directo de los mismos, no se justifica e implica su confesión sobre los mismos (art. 406, último párrafo).

O sea que el “conocimiento” sobre ciertos hechos que pueda tener una sociedad comercial surgirá no solo de la “memoria psicológica” de las concretas personas que integran sus órganos que puedan declarar sino también de su “memoria objetiva”, resultante de los datos que surjan de sus libros, documentos y archivos que puedan consultarse.

Siendo ello así entendemos que, en lo que a este punto se refiere, el caso no habría sido bien resuelto ya que del fallo de la Corte surge que el Banco había admitido expresamente “el conocimiento del Estatuto por el sector cuentas corrientes del Banco” (resultando 5º, cuarto párrafo).

#### 10.-Conclusiones.

De conformidad con lo señalado precedentemente y sujetas al juego dialéctico del pensamiento, proponemos las siguientes conclusiones sobre el tema y sobre el fallo:

- Corresponde asignar carácter de sentencia definitiva para la apreciación del recurso extraordinaria a la sentencia ejecutiva que resuelve materia que no podra ser objeto de juicio ordinario posterior





- En materia de representación societaria se encuentra controvertido si la excepción de “conocimiento efectivo” por parte del tercero (art. 58, primer párrafo, segunda parte in fine) juega en los casos de restricciones estatutarias que sean distintas y no impliquen infracción a la representación plural (art. 58, primer párrafo, primera parte, y segundo párrafo).
- En el caso comentado, la Corte consideró aplicable la excepción de “conocimiento efectivo” a un supuesto de violación de restricciones estatutarias como eran la ausencia de una asamblea que aprobara el acto con mayorías calificadas y la falta de acta de directorio.
- No obstante ello, la Corte rechazó la excepción por sostener que el “conocimiento efectivo” requerido por el art. 58 de la ley 19.550 para hacer oponible las restricciones internas al tercero co-contratante no equivale al “deber de conocer” que pesa sobre el Banco derivado de su profesionalidad y que sí es relevante en otras materias, como en el caso de la revocatoria concursal del art. 119 de la ley 24.522.
- Por nuestra parte, consideramos que cuando el tercero co-contratante es una sociedad comercial su efectivo conocimiento resulta no solo de la memoria de las personas físicas integrantes de sus órganos sino de lo que tenga registrado en sus libros, documentos y archivos.
- En consecuencia, y dado que el estatuto social continente de las limitaciones incumplidas estaba en poder del Banco con anterioridad al aval, a nuestro juicio hubiera correspondido tener por configurado el “conocimiento efectivo”.

**FINIS CORONAT OPUS.**