

mente si el administrador administró con diligencia y sin conflicto de intereses;

b. que el error en la gestión, si bien de por sí no determina la responsabilidad del administrador, puede ser —entre más grave e injustificado sea— índice o presunción de la violación de los deberes de administrar con diligencia y ponderación y sin conflicto de intereses; y

c. que la ley, estableciendo que los administradores deben cumplir sus obligaciones "con la diligencia del mandatario", ha hecho referencia a la diligencia del "bonus pater familiae", que es un criterio abstracto, típico y objetivo, que prescinde del grado de diligencia del administrador individual y toma en consideración la naturaleza de la actividad ejercida y todas las particularidades del caso concreto.

De todo lo que hasta aquí se ha dicho, emerge la notable dificultad de determinar qué debe entenderse por "obligación de administrar con diligencia".

El artículo 181 de nuestro Código de Comercio establece que "los negocios sociales serán administrados y dirigidos por un consejo de administración o una junta directiva..." Administrar la sociedad significa ser (quienes administran) titulares de un "droit-fonction" (poder-deber), porque administrar no es únicamente ejercer un poder, sino también y sobre todo cumplir con un deber. Y dentro del obvio margen de discrecionalidad que compete a quien administra, debe siempre respetarse un límite: el del objeto social; y debe además perseguirse un fin: el del interés social, entendido como interés común o colectivo de los socios. Porque si el objeto social es la actividad lícita ejercida por la sociedad, dicha actividad determina el ámbito general de las atribuciones de aquellos sujetos que a la gestión de dicha actividad han sido expresamente encargados. Así las cosas, la ejecución de actos comprendidos en el objeto social se nos presenta como un importante ingrediente del contenido típico de los deberes de los administradores; porque objeto de la sociedad es el ejercicio de la empresa social y tal ejercicio es de competencia exclusiva, y forma parte de la obligación, de los administradores. Y cuando la norma legal o una cláusula del pacto social o una norma es-

tatutaria o reglamentaria o, eventualmente, un acuerdo de asamblea no le hayan impuesto a los administradores obligaciones precisas o determinadas o, al menos, no hayan trazado una directriz, no por ello el administrador puede comportarse a su mero arbitrio; en tal caso, él debe adoptar el metro del objetivo interés social, que se convierte en el elemento guía al que debe ceñirse el administrador para ejercer los poderes que se le han conferido en su función de administrar la sociedad. En síntesis, el contrato de sociedad es un contrato con fin común, típico, constante, uniforme, de lucro; la actividad lícita ejercida (objeto) es un medio respecto a ese fin lucrativo; y por último está el interés, que es la tendencia al fin común y la adecuación de los medios necesarios para su consecución.

Tradicionalmente las obligaciones del administrador se han identificado con las del mandatario; así lo hace expresamente nuestro Código de Comercio (después de la reforma del noventa) en su artículo 189. Sin embargo, con anterioridad a esa reforma, nuestro Código era de suyo parco en sus disposiciones. Harto ilustrativas nos parecen al respecto las disposiciones sobre administración a propósito de la sociedad civil (obviamente contenidas en el Código Civil) que son, dentro de nuestro sistema de Derecho Privado, materia supletoria de la mercantil (art. 2 C. de C.): los administradores "deben ceñirse a los términos de su mandato; y en lo que éste callare se entenderá que no le es permitido contraer a nombre de la sociedad otras obligaciones ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones que las comprendidas en el giro ordinario de ella" (art. 1214); y deben "cuidar de la reparación y mejora de los objetos que constituyen el capital fijo de la sociedad..." (art. 1215). Tenemos así que la remisión a las obligaciones del mandatario respecto de los administradores de sociedades, no era extraña en nuestra legislación aun antes de la reforma del noventa.

Dentro de las obligaciones del mandatario destacan las siguientes:

a. debe ceñirse a los términos del mandato (arts. 1261 y 1267 C.C., 279, 280, 281, 282, 315, 318, 369, 371 y 372 C. de C.);

b. debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución fuere manifiestamente perjudicial al mandante (arts. 1262 C.C., 279, 282 y 320 C. de C.);

c. la prohibición de autoentrada (arts. 1263 C.C., 290 y 317 C. de C.);

ch. la prohibición de sustituir o delegar el mandato (arts. 1265 y 1266 C.C., 277 y 374 C. de C.); y

d. debe dar cuenta (periódica y final) de su administración (arts. 1269 C.C. y 294 C. de C.).

De lo anterior se desprende, con meridiana claridad, que los administradores de sociedades tienen la genérica obligación de vigilar el manejo general de los negocios sociales y, si conocieren de la existencia de actos perjudiciales, la obligación de hacer lo posible para impedir su ejecución o atenuar sus dañinas consecuencias (inciso 1 del reformado art. 189 C. de C. y párrafo segundo del actual 189). Todas estas normas citadas pueden ser perfectamente encuadradas en el metro de la normal diligencia del buen padre de familia. Así, p. ej., corresponde a la normal diligencia de un admi-

nistrador que conozca la existencia de actos perjudiciales para la sociedad, hacer lo posible por impedirlos o para eliminar o disminuir sus malos efectos; no se trata de una diligencia mayor que se le exige al administrador, sino de la diligencia normal, dentro del criterio del buen padre de familia, ante una situación como esa. Tenemos así que los deberes de vigilancia y de intervención no son obligaciones nuevas, propias y exclusivas de los administradores de sociedades, sino las distintas composturas que asume la misma obligación genérica de administrar con diligencia en las particulares situaciones a las que se refiere el juicio de diligencia.

En síntesis, según nuestra legislación, dentro de la diligencia que debe observar el administrador de sociedad están, claramente determinados, el deber de vigilar y el deber de intervenir.

Y la verdad es que el problema central está constituido por el *contenido* de estos deberes, tarea que corresponde, fundamentalmente, a la jurisprudencia y a la doctrina.²⁴

24. La doctrina señala en forma unánime la responsabilidad de los administradores puramente formales, que no se ocupen de hecho de la gestión social, señalando que la circunstancia de que un administrador afirme que no haber participado en la administración de la sociedad, lejos de conllevar a la exclusión de su responsabilidad, constituye confesión de su incumplimiento de la obligación de vigilancia (v. BONELLI, *op. cit.* en nota 1, p. 217).

Algunos endilgan responsabilidad a los administradores por haberse ausentado, injustificadamente, a las reuniones del consejo de administración o por haberse retirado de la sesión habiendo dejado al consejo con un número de miembros inferior al mínimo legal necesario para que éste sesione válidamente (v. ALLEGRI, *op. cit.* en nota 3, pp. 211 ss.; CAGNASSO, Oreste, "Gli organi delegati nelle società per azioni. Profili istituzionali", UTET, Torino, 1976, pp. 91 ss.). Por el contrario, si la ausencia es justificada, sobre el administrador permanecen las obligaciones de vigilancia e intervención, teniendo entonces el deber de informarse de los acuerdos tomados e intervenir en relación con los actos perjudiciales deliberados. Resulta dudoso si el administrador ausente tenga la obligación, para sustraerse de la responsabilidad solidaria, de cumplir la doble indicación contenida en el artículo 189 (v. en sentido negativo, FRÉ, *op. cit.* en nota 2, pp. 507 ss.; en sentido afirmativo, MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, p. 431).

El administrador que suceda a otros administradores es responsable si omite señalar y poner coto a irregularidades cometidas por sus predecesores; y no se exime de ella si sólo se limita a renunciar sin tomar medidas para la regularización de la situación (v. ALLEGRI, *op. cit.*, pp. 213 ss.; BORGIOLO, Alessandro, "L'amministrazione delegata", Firenze, 1982, p. 273).

Por último, constituye un problema ampliamente conocido el determinar si los administradores tienen o no la obligación de impugnar los acuerdos de asamblea y/o del consejo viciados de nulidad. Nosotros siempre hemos sostenido la posición de que los administradores no están obligados a ejecutar los acuerdos de las asambleas de socios en materia de gestión, de donde, para ser consecuentes, debemos afirmar que respecto a dichas deliberaciones, los administradores no están obligados a impugnarlas cuando contengan defectos de nulidad. ¿Pero qué sucede con los restantes acuerdos de asamblea y los del consejo de administración? Pues mientras algunos sostienen que sí están obligados —descendiendo dicha obligación del deber de intervención, esto es, de impedir la realización de actos perjudiciales— (v. ALLEGRI, *op. cit.*, pp. 215 ss.), otros afirman que no, por considerarlo excesivo e injustificado.

6. RESPONSABILIDAD POR PERSECUCIÓN DE INTERESES EXTRASOCIALES

La mayoría de la doctrina es conteste en considerar que los administradores tienen la obligación de perseguir el interés social.²⁵

La fuente de esta obligación es, sin embargo, bastante insegura, porque la ley no la prevé expresamente; ello no obstante, la doctrina la da por descontada, sin haber profundizado suficientemente el problema, encontrándose aún menos explicaciones en la jurisprudencia.

Además de la dificultad de establecer cuál es la fuente de esta obligación del administrador, tenemos, y es mucho más arduo, el colateral problema de determinar cuál es el contenido de semejante deber. Sobre la noción de interés social se han sostenido en doctrina las más variadas y diversas tesis, y estamos todavía bien lejos de obtener resultados definitivos o, cuando menos, relativamente seguros; y la verdad es que cada solución propuesta no sólo está sometida a duras críticas, sino que generalmente resulta expresada en términos tan generales, que impiden la posibilidad de determinar cuáles son los comportamientos que los administradores deben adoptar para que su accionar pueda ser calificado como funcionalmente dirigido a realizar el objeto social.²⁶ Y no sólo esto, pues según recientes estudios, la actual definición de "interés social" debe tomar en cuenta la denominada "crisis del fin de lucro", esto es, el hecho de que las sociedades

anónimas se han convertido hoy en instrumentos fungibles y neutros que pueden ser utilizados para las más diversas finalidades; así como el surgimiento de nuevos intereses (de los trabajadores, de los financistas, de los ahorrantes, de la continuación de la empresa, etc.) reconocidos, en muchos casos, a nivel legislativo. Por lo tanto, está resultando siempre más arduo centrar una noción de interés social porque, aun frente a comportamientos de los administradores que sean gravemente perjudiciales para la sociedad, resulta cada día más difícil e incierto afirmar que el administrador ha violado su obligación de perseguir el interés social.

La incertidumbre es aún mayor si tomamos en consideración que la misma doctrina societaria que reconoce la obligación de los administradores de perseguir el interés social, les reconoce una discrecionalidad en la escogencia de los medios más idóneos para alcanzar el fin perseguido (esto es la denominada "Business Judgement Rule").²⁷ Consecuentemente resulta muy incierto establecer en cuáles casos el administrador ha violado la obligación de comentario, porque frente a una determinada operación que se haya revelado dañina para la sociedad, es casi imposible determinar si el administrador violó dicho deber genérico o, más simplemente, persiguiendo el interés social, escogió un medio inoportuno o que resultó inconveniente o dañino para la sociedad.

25. ALLEGRI, *op. cit.* en nota 3, pp. 111 ss. y 131 ss.; WEIGMANN, *op. cit.* en nota 1, pp. 107 y 122; con algunas dudas, BONELLI, *op. cit.* en nota 1, pp. 221 ss.; en contra BORGIOI, *op. cit.* en nota anterior, pp. 272 s., para quien esta obligación coincide y se confunde con la obligación de no actuar en conflicto de intereses; PATRONI GRIFFI, *op. cit.* en nota 6, pp. 267 s., nota 234.

26. Para una panorámica de las muy variadas tesis sostenidas en cuanto a la noción de "interés social", v. JAEGER, Pier Giusto, *L'interesse sociale*, Giuffrè Editore, Milano, 1962.

27. JAEGER, *op. cit.* en nota anterior, p. 205; WEIGMANN, *op. cit.* en nota 1, p. 143.

7. LOS SUJETOS RESPONSABLES

La responsabilidad incide no sólo sobre el sujeto (administrador) que ha cometido el incumplimiento del que se deriva un daño al patrimonio social sino, además, sobre los otros miembros del consejo de administración, sobre los denominados administradores de hecho (aquellos que, independientemente de toda investidura, se entremeten en la administración de la sociedad, ejerciendo de hecho, los poderes que competen a los administradores regularmente nombrados y aquellos que hubieren sido designados con fundamento en un acuerdo de asamblea irregular o sólo tácito o implícito), sobre los administradores de la sociedad matriz ("holding"), en los casos de sociedades coligadas, y sobre el denominado director general, más conocido en nuestro medio como gerente general.

A. La responsabilidad solidaria de los miembros del consejo de administración.

a. Responsabilidad por culpa y por hecho propio.

Un sector doctrinario ha sostenido recientemente que la responsabilidad solidaria de los administradores prevista por el artículo 189 es una responsabilidad sin culpa y hecho ajeno:²⁸ la solidaridad sería el instrumento para extender la responsabilidad a los demás administradores que carecen de culpa y que no han incurrido en ningún incumplimiento.

Pero la verdad es que esta posición no nos convence porque no sólo no resulta de la ley una derogación tan radical de los principios que rigen la responsabilidad contractual,²⁹ sino porque la confirmación de que la responsabi-

dad de los administradores es una (normal) responsabilidad por culpa emerge:

i. de la expresa referencia en el párrafo primero del artículo 189 a la diligencia como criterio de responsabilidad, pues el legislador ha unido la responsabilidad no al hecho de que los administradores no hayan (objetivamente) cumplido sus obligaciones, sino que las hayan cumplido "con diligencia";³⁰

ii. del penúltimo párrafo del artículo 189, el cual le permite al administrador eximirse de responsabilidad si prueba que estaba "inmune de culpa";

iii. de la circunstancia de que, si los administradores tienen la obligación fundamental de administrar con diligencia (v. *supra*, n. 5) y esta diligencia se pone, indudablemente, como criterio de responsabilidad (los administradores responden si han sido "negligentes"), no sería coherente que, refiriéndonos a las obligaciones especificadas por la ley o por el pacto social (v. *supra*, n. 4), los administradores tuvieran una responsabilidad "objetiva"; y

iv. del hecho que, venida a menos la función resarcitoria de las acciones de responsabilidad (debido a las limitaciones patrimoniales de los administradores en relación con la gravedad de los daños que ellos pueden provocar), la responsabilidad ha venido adquiriendo una siempre mayor función de impulso a los administradores para evitar, o tratar de evitar, la violación de sus deberes, lo que implica un sistema de responsabilidad por culpa y no un sistema de responsabilidad objetiva.³¹

La conclusión no puede ser otra que la responsabilidad solidaria de los administradores es una responsabilidad por hecho propio y

28. BORGIOLO, *op. cit.* en nota 24, p. 273; WEIGMANN, *op. cit.* en nota 1, pp. 193 ss.

29. La doctrina en forma pacífica reconoce que la responsabilidad que surge del incumplimiento de las obligaciones de los administradores de sociedades debe ser indiscutiblemente calificada como responsabilidad contractual.

30. ALLEGRI, *op. cit.* en nota 3, pp. 121 y 142 ss.; BONELLI, *op. cit.* en nota 1, p. 243.

31. ALLEGRI, *op. cit.* en nota 3, pp. 118 ss.; BONELLI, *op. cit.* en nota 1, p. 244; VIVANTE, Cesare, "Trattato di Diritto Commerciale", II, Milano, 1929, p. 348.

por culpa propia, pues "la solidaridad subsiste solo entre los administradores culpables, estén en culpa por haber cometido el acto ilegítimo, estén en culpa por no haberlo prevenido con una buena escogencia de los empleados o con una diligente vigilancia. Sin culpa no hay solidaridad, de otra manera se golpearía a los que cumplieron con sus deberes, a aquellos que a la par de los accionistas fueron víctimas inocentes de los fraudes y de las culpas de otros administradores".³²

b. La carga de la prueba y la exoneración de la responsabilidad solidaria.

Quien resultó perjudicado debe sólo demostrar el incumplimiento de un deber (legal o contractual) al que los administradores estaban obligados para que de él se genere la responsabilidad de los administradores incumplientes —y de cada uno de ellos— por todo el daño causado por su incumplimiento. Esta no es más que una consecuencia que se deriva de los principios generales que regulan los incumplimientos contractuales y que no implica, en medida alguna, que la responsabilidad solidaria, como han sostenido algunos, sea una responsabilidad objetiva ni, mucho menos, una responsabilidad por hecho ajeno. La mención a la solidaridad contenida en el artículo 189 sirve para aclarar sólo que, cuando los administradores sean responsables (con fundamento en los principios generales en materia de incumplimiento), ellos lo son solidariamente.

Ahora bien; como se trata de una responsabilidad culposa, producto de un ilícito propio y no de un ilícito ajeno, se hace necesario distinguir la hipótesis en que la actividad social es ejercida por el consejo de administración, de aquella en que la actividad es delegada, bien en un comité ejecutivo, bien en un solo administrador:

i. En el caso de administración pluripersonal sin delegación, todos los administradores

responden solidariamente por el ilícito contenido en el acto colegiado del consejo.

Sin embargo, puede suceder que resulten violadas obligaciones que —si bien previstas por el pacto social para todos los administradores, en el caso concreto— se refieran sólo a determinados administradores (p. ej. la prohibición de competencia). En este caso la responsabilidad de tal violación incide (solidariamente) sólo sobre los administradores que han incumplido (esto es, que se encontraban en situación de competencia), y ello aunque hubiere mediado un acuerdo del consejo: la responsabilidad incide entonces sólo sobre aquellos administradores que, en relación con ese determinado acuerdo, se encontraban en situación de competencia. Claro que los demás administradores, o alguno o algunos de ellos, pueden resultar responsables si se demuestra cuál es el incumplimiento en que incurrieron (por lo general se tratará de la violación de los deberes de vigilancia e intervención ex. art. 189, por no haberse dado cuenta del incumplimiento de los demás administradores, o por no haber hecho lo posible por impedirlo o eliminar o atenuar sus dañinas consecuencias); pero no obstante tratarse de la violación de una obligación distinta (art. 189) respecto a la violada por los administradores en situación de competencia, el daño es solidariamente resarcible por todos los administradores, porque cuando varios sujetos, aunque con hechos y medidas diversas y aunque violando obligaciones distintas, han concurrido a determinar un único evento dañino, ellos responden, cada uno por la totalidad, es decir, en sólido con los otros copartícipes.

ii. Cuando la administración pluripersonal se ejerza al través de una delegación,³³ es necesario distinguir:

—Si se trata de obligaciones referidas a materias indelegables o no delegadas o a materias que, aunque delegadas, el órgano delegado haya considerado someter a la decisión

32. VIVANTE, *op. cit.* en nota anterior, p. 348, nota 179.

33. Sobre la situación actual de nuestra legislación en relación con la delegación de funciones del consejo de administración después de la reforma del noventa, véase CERTAD M., Gastón, "La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor", en *Revista de Ciencias Jurídicas* # 69, San José, mayo-agosto 1991, # 4.

del consejo de administración, vale cuanto hemos dicho supra bajo el literal anterior.

—Si por el contrario se trata de obligaciones relativas a materias delegadas, mientras respecto al órgano delegado vale lo dicho en el literal anterior, a los administradores delegantes les quedan sólo las obligaciones de vigilancia e intervención; por lo tanto éstos podrán ser responsables —por omisa vigilancia o falta de intervención— de los incumplimientos del administrador o administradores delegados, pero violando aquéllos una obligación distinta a la violada por éste o éstos.

En cuanto a lo que los administradores están obligados para exonerarse de la responsabilidad solidaria, éstos deberán demostrar que son "inmunes de culpa" en relación con los incumplimientos que se les endilguen. Los casos que han sido objeto de mayor discusión entre los autores son los del administrador ausente en las reuniones del consejo y del administrador subentrante en una gestión irregular.

c. Los administradores solidariamente responsables y "la acción de repetición" entre codeudores responsables.

La acción (social o individual), conforme a los principios en tema de responsabilidad solidaria, puede ser opuesta contra todos o sólo contra alguno o algunos de los administradores responsables (arts. 637, 640 y 1046 Código Civil).

Así las cosas, el administrador que, como responsable solidario, haya resarcido todo el daño causado, tiene derecho de repetir frente a los otros codeudores responsables por partes iguales, a menos que hubiere pacto en contrario (arts. 649, 650 y 651 C.C.).

B. La responsabilidad del administrador "de hecho".

La expresión "administrador de hecho" se usa, dentro del Derecho Comercial, con referencia a dos situaciones distintas:

i. la de aquel que, independientemente de cualquier investidura, se inmiscuya en la administración de una sociedad, ejerciendo de hecho los poderes que corresponden a los administradores regularmente designados; e

ii. la de aquel que fue nombrado administrador con fundamento en un acuerdo "irregular" (no inscrito en el Registro Mercantil, p. ej.) o tan sólo "tácito" (cuando el nombramiento se desuma de manifestaciones positivas de los socios, de tal manera que permita presumir que con anterioridad ha habido un acuerdo informal de nombramiento) o "implícito" (cuando el nombramiento constituye un presupuesto implícito, pero indudable, de un acuerdo de asamblea).³⁴

En cuanto a la responsabilidad de este seudofuncionario social, la opinión tradicional establece que, en el primer supuesto, no estamos en presencia de un verdadero "administrador de hecho" y no deben entonces aplicarse las normas sobre responsabilidad contenidas en los artículos 189 y siguientes; mientras que es sólo en el segundo supuesto en donde debe hablarse de "administrador de hecho" y, por ende, aplicarse las susodichas normas, debiendo dicho "administrador" observar las obligaciones y los vínculos impuestos por la ley y el pacto social a los administradores (de derecho). Y la verdad es que la mayor parte de las obligaciones contempladas por la ley para los administradores, más que cumplimientos previstos para determinados sujetos con una determinada investidura formal, son reglas que regulan el correcto desarrollo de la actividad de gestión de la sociedad, independientemente de la calificación formal del sujeto que ejecuta la actividad (sea él un administrador de derecho regularmente designado y en el pleno ejercicio de sus funciones o un sujeto sin nombramiento o con nombramiento irregular o nulo o bien debidamente nombrado pero cesado; etc.). En síntesis, esas obligaciones legales no son otra cosa que la forma de expresar el legislador de

34. FERRARA Jr., Francesco, "Gli imprenditori e le società", Giuffrè Editore, Milano, 1975, p. 471, nota 2; MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, p. 109.

cómo debe ser el correcto ejercicio de la actividad de administración, independientemente de la calificación formal del sujeto que ejerce tal actividad.

C. La responsabilidad de los administradores de la sociedad "matriz" (holding) en los casos de sociedades coligadas.

Nuestro legislador mercantil no se ha preocupado en regular la situación de los grupos de sociedades; las únicas normas que el Código del sesenta y cuatro contiene —y esto gracias a la reforma del noventa— son los párrafos antepenúltimo y penúltimo del artículo 30, en donde el primero prohíbe las denominadas participaciones cruzadas —expediente muy utilizado por las sociedades coligadas para efectuar aumentos (ficticios o de papel) a sus capitales sociales— y el segundo le prohíbe a las sociedades controladas invertir, total o parcialmente, su propio capital social en participaciones sociales de la sociedad controlante o de otras sociedades sometidas al mismo control. Ninguna regulación existe, entonces, de la responsabilidad de los administradores de la "holding".

En Italia, la denominada "Legge Prodi" (# 95 del 3 de abril de 1979) establece, en su artículo 3, en lo que aquí nos interesa, que "en los casos de sociedades coligadas a norma del párrafo primero del presente artículo, si se verificara la hipótesis de una dirección unitaria, los administradores de las sociedades que han ejercido tal dirección responden solidariamente con los administradores de la sociedad en administración extraordinaria por los daños por éstos causados a la sociedad misma".

La doctrina mayoritaria ha llegado a concluir que se trata de una responsabilidad por culpa y hecho propios, interpretando que dirección unitaria significa "que las sociedades controladas son utilizadas como instrumento de la política empresarial de la sociedad controlante

o que el grupo es administrado como si se tratara de una sola empresa, como si estuviéramos en presencia de una unidad empresarial que supera el velo de la persona jurídica rompiendo la barrera formal de las autonomías societarias; además se ha establecido que la naturaleza de la responsabilidad de los administradores de la sociedad controlante es contractual.³⁵

CH. La responsabilidad del denominado "director o gerente general".

Esta figura, además de gozar de una amplia tradición en la historia de las sociedades anónimas, constituye en la actualidad una de las piezas claves en la organización de la administración de la sociedad anónima. Ello no obstante, no ha sido objeto de la atención que se merece por parte de nuestro legislador —ni siquiera en la reforma del noventa— que, en el Código de Comercio, ha prescindido de un tratamiento específico del gerente general.

En efecto, sólo el artículo 187 hace una breve alusión a "los gerentes". Claro que esta parca disposición dificulta en extremo la tarea de perfilar la figura del gerente general y, con la finalidad de integrar su régimen jurídico, nos obliga a acudir a otras normas del Ordenamiento de las cuales pueda subsumirse esa figura.

Dentro del proceso evolutivo experimentado por la sociedad anónima desde su aparición en el tráfico a los albores del siglo XVII, es hoy un lugar común afirmar —a pesar de la normativa de nuestro Código, de clara orientación napoleónica— que el régimen democrático de la s.a. ha dejado paso en la actualidad a un sistema oligárquico en el que el centro de poder en la sociedad se traslada al órgano gestor con detrimento del poder de la asamblea. Pero, en forma simultánea, comienza a abrirse paso en nuestro medio una idea —de origen norteamericano— que, bajo el sugestivo título de "revo-

35. Sobre el tema de la responsabilidad de los administradores en grupos de sociedades y las distintas opiniones sobre el particular, véase ABBADESSA, Pietro, *"I gruppi di società nel Diritto italiano"*, en *Gruppi di Società*, bajo la dirección de Antonio Pavone La Rosa, Bologna, 1982; ALLEGRI, *op. cit.* en nota 3, pp. 185 ss.; BONELLI, *op. cit.* en nota 1, pp. 262-282; BORGIOLO, *op. cit.* en nota 23, pp. 340 ss.; CERRAI, Alessandro, *"I gruppi di società nel Diritto Comunitario"*, en *Gruppi di Società cit.*; LIBONATI, Bernardino, *"Il gruppo insolvente"*, Firenze, 1981; LO CASCIO, Giovanni, *"La responsabilità degli amministratori nei gruppi di imprese"*, en *Le società*, 1982; etc.

lución de los directores", aboga por la existencia de una tecnocracia neutral independiente, tanto de las grandes masas de accionistas que pretenden actuar desde la asamblea general, como también de los grandes grupos de intereses representados en el consejo de administración. La causa de esta pretendida "revolución" parece radicar en la creciente racionalización de las organizaciones productivas, que tienden a hacer gravitar la vida de la sociedad sobre uno o más expertos profesionales detentadores de amplios conocimientos técnicos especializados.³⁶

Lo trascendente es que nuestro legislador, al igual que en otros Ordenamientos, fue consciente de que aunque la administración de la s.a. se confíe a un órgano colegiado, resulta imprescindible llevar a cabo una descentralización de funciones a través de una especialización de las tareas de gestión (párrafos segundo y tercero del recientemente reformado artículo 182 —en donde aparecía el denominado procedimiento de delegación—³⁷ y artículo 187 —en donde aparece el llamado procedimiento de apoderamiento—); y ello porque el consejo de administración, que tropieza, además, con las dificultades inherentes a su carácter colegiado, no puede atender por sí mismo y en forma diligente las tareas que integran el llamado proceso de gestión, en razón del número ciertamente elevado de las mismas y de su indudable y creciente complejidad.

Dentro de este orden de ideas podemos afirmar que el instituto de la delegación, en virtud del cual el órgano gestor designa un comité ejecutivo o uno o más consejeros dele-

gados —quienes generalmente son miembros del consejo de administración—,³⁸ es típico del derecho de las sociedades anónimas y sólo utilizable, dadas sus especiales características, cuando estamos ante un órgano gestor colegiado; mientras que la posibilidad de otorgar apoderamientos, contemplada por nuestro 187, no es sino la confirmación para la s.a. de la facultad que tienen todos los empresarios —individuales y colectivos— de servirse de colaboradores en el ejercicio de su actividad, figura a la que puede recurrir la s.a. independientemente de que esté o no administrada por un órgano colegiado.³⁹

Parece entonces que la figura del gerente general puede encuadrarse, en una primera aproximación, dentro del tema de los auxiliares del empresario, en la medida en que se trata de una persona que colabora en la tarea de gestionar la sociedad con base en el poder que en ese sentido se le ha conferido y en el que se da, en cierto modo y como más adelante trataremos de demostrar, la nota de subordinación que caracteriza a aquéllos.⁴⁰

El nombramiento del gerente general es una tarea que, como todas las relativas a la organización de la actividad de gestión, corresponde al órgano administrativo; de ahí que nuestra ley establezca (art. 187) que su nombramiento lo haga la junta directiva o —con una directriz mucho menos feliz— quienes ejerzan la representación social. Esta atribución resulta perfectamente coherente con la esencia del llamado "sistema normativo", en virtud del cual la administración se confía, por ley, a un órgano —el consejo de administración o junta directi-

36. GALGANO, Francesco, *"Storia del Diritto Commerciale"*, Società editrice Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 115-135; MASON, Edward S., *"Introducción"*, en la sociedad anónima en la sociedad moderna, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, pp. 16-40; VICENTE GELLA, Agustín, *"La anónima del romanticismo a la hora presente"*, en Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, I, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, pp. 449 ss.

37. La reforma del noventa modificó el artículo 182 dejándolo únicamente con el primer párrafo, sin que esté ahora regulada, expresamente, la delegación de funciones del órgano gestor; sobre el particular v. CERTAD, *op. cit.* en nota 33, # 4.

38. El viejo texto del artículo 182 así lo exigía en su párrafo segundo.

39. RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, *"Notas sobre el régimen jurídico del director general de la s.a."*, en Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, III, cit. en nota 34, p. 119.

40. Sobre los auxiliares mercantiles en general, v. CERTAD M., Gastón, *"Auxiliares mercantiles"*, en Temas de Derecho Comercial, Editorial Alma Mater, San Pedro de Montes de Oca, 1988, pp. 67-78.

va—, el cual es plenamente responsable de la misma; y puesto que la tarea de organizar la actividad de gestión, que implica el reparto de poderes y responsabilidades entre distintos centros de decisión y la ordenación de las relaciones entre ellos, constituye una de las funciones esenciales de la administración, parece que dicha tarea debe corresponder al órgano que, de acuerdo con la ley, es responsable de esa administración.

Algunos admiten la posibilidad de que tanto el gerente general como los demás funcionarios a que se refiere el repetido 187, *si el pacto social así lo establece de manera expresa* (pues de lo contrario y en virtud del principio de competencia de los órganos sociales, la asamblea no podría hacer la designación impidiéndoselo, precisamente, el repetido 187),⁴¹ por la asamblea general de socios.⁴² Ciertamente que este nombramiento supone un fortalecimiento de la posición del gerente general respecto al órgano administrativo, pero sin que ello llegue a suponer su total independencia respecto de éste, ya que de otro modo nos encontraríamos, al menos en teoría, de hecho ante una sociedad con dos órganos administrativos actuando independientemente, lo que rompería la unidad que necesariamente, y en aras de la eficiencia, debe inspirar el proceso de la gestión social.

La persona (física)⁴³ sobre la que recae el nombramiento para desempeñar el cargo de gerente general debe reunir los requisitos mínimos exigidos legalmente para cualquier auxiliar del empresario en cuanto a capacidad y otros extremos; pero a diferencia de lo que sucede normalmente con la delegación, la persona designada no debe ser necesariamen-

te consejero de la misma sociedad, aunque nada impide que lo sea (situación que, a lo sumo, dificultaría su distinción con la figura del consejero delegado).

Determinar el contenido exacto del poder en virtud del cual actúa el gerente general resulta casi imposible, ya que las modalidades que ofrece la práctica son muy variadas; de ahí que nos limitaremos a poner de manifiesto las características principales y "normales" de la función que desempeña este funcionario social, así como el contenido de las relaciones que se originan con motivo del ejercicio de dicha función.

Como nota más destacada cabe señalar que el poder conferido al gerente general es, en la mayoría de los casos, un poder general que le habilita para realizar todos los actos relativos al giro o tráfico de la empresa social. Esta característica lo aproxima, sin lugar a dudas, a la figura del factor (arts. 314 a 322), quien está subordinado al empresario; cuando el poder conferido es generalísimo (con o sin limitación de suma) este funcionario se asemeja más a la figura del consejero delegado, prevista en los párrafos segundo y tercero del reformado artículo 182, hoy derogados.

Tenemos entonces, que al gerente general tipo (dotado, como dijimos, de poder general) le corresponde, dentro de la organización de la administración de la s.a. y según la mejor doctrina, la función de dirigir la empresa social, que supone la puesta en marcha, aplicación y vigilancia de la política general y de los planes de gestión aprobados por el órgano administrativo y, en determinados casos concretos, por la propia asamblea general de socios, función que se extiende a la esfera interna y externa de

41. Recordemos que de conformidad con el sistema de nuestro Código de Comercio, la asamblea de accionistas está dotada de lo que la doctrina denomina "competencia residual", esto es, que son competencia exclusiva del órgano deliberativo todas aquellas facultades que la propia ley o la escritura constitutiva no atribuyan a los demás órganos de la sociedad (art. 152 in fine).

42. FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 439; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.* en nota 39, p. 121; URÍA, "Derecho Mercantil", Madrid, 1970, p. 267.

43. Parece ser éste el sentido limitativo que se desprende de la sentencia # 362-90 de las 10:35 hrs. del 30 de mayo de 1990 de la Sección Primera de nuestro Tribunal Superior Contencioso Administrativo (v. Iustitia, # 3, San José, julio 1990).

la sociedad. Por el contrario, a la junta directiva toca la más trascendental tarea relativa a la organización de la sociedad, tarea que se extiende también a los consejeros delegados.⁴⁴

De lo anterior podemos deducir que el gerente general, por la extensión de su función, es normalmente único en cada sociedad; sin embargo, en ocasiones se acostumbra denominar en nuestro medio "gerentes" a personas que tienen a su cargo un sector específico de la empresa (producción, ventas, personal, etc.) y que normalmente carecen del poder amplio que distingue al director general.

Llegados a este punto, se hace necesario analizar el contenido de las relaciones que median normalmente entre el gerente general y la junta directiva.

Así las cosas se dice que es función propia del gerente general dirigir la actividad de gestión que se contrapone, como ya se dijo, a la función de administración en sentido estricto, que es competencia del consejo de administración; esto es, a la junta directiva toca la tarea de elaborar o, cuando menos, ratificar la política general de la sociedad y los planes generales de gestión (esto es, administrar), mientras que la función del director general consiste en dirigir la aplicación y la ejecución de esos planes fijados por el órgano gestor (esto es, dirigir). Como lógica consecuencia de todo esto, la junta directiva, titular de la función de "administrar", que equivale al poder de decisión que caracteriza al empresario, goza de un poder de control sobre los restantes elementos de la organización creados en virtud de la descentralización, control que tiende a asegurar el correcto ejercicio de la actividad de gestión de la cual es responsable en última instancia este órgano; resulta así garantizada la unidad que, no obstante la descentralización, es indispensable en el proceso de gestión. Esta facultad

contralora lleva implícita la posibilidad de impartir instrucciones para una correcta aplicación de la política general y, como complemento de esto, de vigilar la actuación del director general a través, especialmente, de la información que, periódicamente, éste debe suministrarle. Paralelamente, el gerente general está obligado a acatar las instrucciones que reciba de los consejeros y a brindarles la información necesaria sobre la marcha de los negocios sociales. *Parece evidente, entonces, que el gerente general se encuentra en una posición de subordinación con respecto al consejo de administración.*⁴⁵

Sin embargo, en la práctica esta relación de subordinación queda considerablemente desdibujada y, con ella, la función contralora que, en sus distintas manifestaciones, corresponde a la junta directiva: la verdad es que este órgano se reúne muy esporádicamente y, por lo general, sus integrantes carecen de los conocimientos necesarios para fiscalizar la labor del gerente general. Por ello no nos parece arriesgado afirmar que, salvo en muy contadas ocasiones de excepcional importancia, el consejo se limita a ratificar la actuación del director general, quien además participa activamente, por su experiencia y presuntos conocimientos, en la elaboración de la política general de la sociedad y de los planes de gestión, lo que disminuye aún más las distancias que teóricamente pueden existir entre ambos niveles de administración. Este asunto es particularmente más agudo en aquellas hipótesis en que el director general está dotado de poder generalísimo (con o sin limitación de suma), lo que nos permite afirmar que más que una estricta relación de subordinación entre él y la junta directiva de la sociedad, tenemos que hablar de una cooperación, en la medida en que juntos, y en muchas ocasiones, sólo el

44. FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 438; MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, pp. 183 ss. y 205 ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.* en nota 39, p. 127; RUBIO, "Curso de Derecho de Sociedades Anónimas", Madrid, 1964, p. 189.

45. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.* en nota 39, p. 128.

gerente, puede decidir acerca de cuestiones de gran trascendencia para la marcha de la gestión social.

Luego, en línea descendente dentro de la organización de la administración social, el gerente general, como titular de la dirección de la empresa, tiene bajo su dependencia a todo el personal de la misma, que está obligado a acatar sus instrucciones y a proporcionarle periódica información acerca de sus respectivas actividades.

Tenemos entonces que se presentan, en este funcionario del que venimos discutiendo, las principales notas caracterizantes de los auxiliares del empresario: colaboración con el empresario, poder de representación de éste, estabilidad y subordinación. Así, y dadas sus amplias facultades, el gerente general puede ser considerado como un factor, que es un apoderado del empresario colocado al frente de la empresa para realizar todos los actos relativos al giro o tráfico de la misma. De ahí que la relación jurídica que media entre él y la sociedad, abandonadas hoy las tesis del mandato y el arrendamiento de servicios, es una relación laboral basada en un contrato de trabajo.⁴⁶

A diferencia de otros Ordenamientos,⁴⁷ nuestro Código de Comercio, con anterioridad a la reforma del noventa —ya que ahora la situación es muy clara, al referirse el artículo 189 a "los consejeros y demás administradores"— no se ocupaba de regular la delicada cuestión

de la responsabilidad del gerente general —nótese que el viejo texto del citado 189 aludía sólo a los consejeros— por los actos realizados en el ejercicio de su cargo.

Sin embargo, consideramos que la amplitud de las atribuciones del gerente general, unida a su especial significación dentro de la s.a., a las semejanzas que vimos que existen con el cargo de consejero y a la circunstancia de que nuestro Código, tanto antes de la reforma del noventa como sobre todo después de ella, en los artículos 191 y 192 no se refiere ya simplemente a los consejeros sino que utiliza el más amplio término de administradores —aunque la doctrina tienda a llamar así a los integrantes del órgano gestor, esto es, a los consejeros— permiten aplicarle a este funcionario las normas sobre responsabilidad de quienes integran el órgano gestor. En el peor de los casos, siempre queda el recurso de acudir a las normas del Código de Comercio sobre responsabilidad del factor y, de ser necesario, a las normas del mandato civil.

Por lo demás, existe la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores —al comité ejecutivo y al consejero delegado— por los actos dañinos cometidos por el gerente general, con base en las disposiciones del artículo 189, en donde se les impone el deber de desempeñar el encargo con la diligencia del mandatario, esto es, de vigilar e intervenir como ha quedado debidamente explicado líneas atrás.

46. FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 438; MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, pp. 204 ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.* en nota 39, p. 132.

47. Por ejemplo, el artículo 2396 del Codice Civile equipara al director general con los administradores en lo que respecta a la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad de estos últimos. Lo mismo es sostenido por la doctrina suiza.