

## "POR LOS LINDEROS ENTRE EL DERECHO MERCANTIL Y EL DERECHO LABORAL"

¿COBIJAN LAS LEYES LABORALES COLOMBIANAS AL GERENTE O DIRECTOR DE UNA SOCIEDAD ANONIMA?

Dr. JAIME J. GIL SANCHEZ

En determinada sociedad anónima la junta directiva, cuando faltaban pocos días para caducar su período, celebró un contrato de trabajo con quien venía ejerciendo el cargo de gerente de la compañía, por término de un año más. La nueva junta directiva elegida por la asamblea de accionistas, tan pronto como tomó posesión, decidió hacer uso de su facultad estatutaria al respecto y designó gerente en persona diferente de quien venía actuando. El gerente cuyo mandato había caducado con el de la junta directiva que lo designó invocó el "contrato de trabajo" que según él ligaba a la sociedad por poco menos de un año más, y demandó ante la Jurisdicción del Trabajo el valor de los salarios que hubiera devengado. La sociedad demandada sostuvo, además de otros argumentos, que el gerente de una sociedad anónima no puede vincularse a ella por "contrato de trabajo", porque la relación jurídica de aquél con ésta es de simple mandatario, y no existe allí el elemento de "continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos". Sostuvo subsidiariamente la compañía que "admitiendo que el gerente fuera empleado laboral, la naturaleza de su cargo es esencialmente revocable, y por consiguiente no será válido estipular contrato de trabajo por tiempo fijo, ya que aún designado para período estatutario puede ser revocado en cualquier momento el nombramiento de gerente; y que "en caso de revocación de período fijo válidamente estipulado por estatutos, asamblea de accionistas o junta directiva, podría, talvez, haber pago del salario del tiempo faltante: No cuando, como en el caso pre-

sente, el nombramiento no venía de la junta a quien correspondía designar para período fijo”.

El Tribunal del Trabajo de Medellín, no consideró, ni extensa ni sucintamente, esta argumentación, basándose acaso en las presunciones de los arts. 24 y 25 del actual Código Sustantivo del Trabajo. El autor del presente estudio, quien por razones inherentes a su oficio, prohijó las tesis de la sociedad demandada que atrás se mencionaron, desea ahora afirmarse entusiastamente en ellas, después de haber hecho la revisión de la doctrina nacional y extranjera sobre la fisonomía jurídica de los personeros de las sociedades anónimas.

---

## RELACION JURIDICA ENTRE LA SOCIEDAD ANONIMA Y SU GERENTE O DIRECTOR.

Es de la esencia de la sociedad anónima, y por consiguiente requisito sine qua non de la licitud de su funcionamiento, su administración por MANDATARIOS REVOCABLES — como define el art. 4o. de la Ley 26 de 1922, o sea el art. 550 del Código de Comercio de Colombia—, o MANDATARIOS RESPONSABLES Y REMOVIBLES EN CUALQUIER TIEMPO —como decidió promulgar el Decreto 2521 de 1950, por el cual se reglamentó íntegra la materia de sociedades anónimas en este país.—En diversas disposiciones legales se insiste en el Código de Comercio en la absoluta revocabilidad en cualquier tiempo de un administrador o director de sociedad anónima. Así, la principal de ellas reza así:

“Art. 582. La sociedad anónima es administrada por MANDATARIOS TEMPORALES Y REVOCABLES, asociados o no asociados, asalariados o GRATUITOS, elegidos en la forma que previenen los estatutos de la sociedad.

“Por cada gerente o administrador que se nombre, se elegirán dos suplentes, que reemplacen a aquél, por su orden, en sus faltas.

“SON DE NINGUN EFECTO LAS CLAUSULAS QUE TIENDAN A ESTABLECER LA IRREVOCABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES, aun cuando su nombramiento sea una de las condiciones del contrato social”.

El Decreto 2521 de 1950 repite en sus arts. 123 y 124 el contenido jurídico de la anterior disposición, agregando que los mandatarios de la sociedad anónima “llevarán la representación legal de la compañía”. El artículo 133 del mismo Decreto dice:

“En silencio del estatuto el período del gerente o administrador será de un año, SIN PERJUICIO DE LA REVOCABILIDAD DEL NOMBRAMIENTO”.

Conviene aún transcribir, para una mejor comprensión de la relación jurídica entre la sociedad y su administrador, gerente o director, el art. 128 del Decreto 2521 atrás citado:

“Las Facultades de los gerentes se extenderán a todos los negocios o actos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa, determinados en la cláusula del objeto social, si los estatutos no las limitaren expresamente”.

Y, en cuanto a la responsabilidad, rige esta norma, que es el art. 130 del mismo Decreto y a la vez el art. 583 del Código de Comercio:

“Los gerentes son responsables de la ejecución de su mandato en los términos establecidos en los estatutos y en las leyes.—Es nula toda estipulación tendiente a absolver de esa responsabilidad a los administradores, o a limitarla al importe de las cauciones reales o personales que hayan prestado”.

En acuerdo con las transcritas disposiciones y con las de ellas correlativas en la legislación colombiana, el gerente, administrador o director de una sociedad anónima es, claramente, un **mandatario**. Pero a la vez es un **representante legal**. Aún es algo más: **órgano necesario de la sociedad**, y como tal, al menos para un buen número de teorizantes autorizados, es ante terceros **la sociedad misma**.

“Las personas jurídicas no pueden obrar sino por medio de sus órganos, que son personas naturales; faltando el gerente, la sociedad carece del órgano principal de comunicación, y, en la imposibilidad de ser representada, no puede tener existencia legal, porque no pasaría de la ficción a la realidad” (Prof. Félix Cortés, “Comentarios al Código de Comercio”).

Antes de lanzarnos a una breve colección de opiniones extranjeras sobre este punto, conviene hacer conocer, porque talvez no esté publicada hoy día en edición accesible al público general, la doctrina que la Superintendencia de Sociedades Anónimas tiene sentada en esta materia, a saber:

"El gerente o presidente de una sociedad anónima—con el cual deben nombrarse dos suplentes, según el artículo 582 del Código de Comercio—no puede ser un simple ejecutor de los actos sociales, sino que debe ser **representante de la sociedad**, en el sentido exacto de la expresión.

"No es, pues, un simple contrato de trabajo, o de arrendamiento de servicios, el que vincula al gerente con la sociedad, sino un **mandato**, y no cualquiera, sino un **mandato con representación**, esto es, con facultad para obrar no sólo por cuenta de la empresa y bajo su dirección, sino en nombre suyo y de manera que pueda obligarla con sus actos. Esta conclusión es apenas un corolario del ordinal undécimo del artículo 552 del Código de Comercio, en el que se hacen equivalentes los conceptos de "**gerente**" y **representante legal de la sociedad**", y del artículo 3o. de la Ley 42 de 1898, que dispone expresamente que "los individuos cuyos nombres, como gerente principal y suplentes, se anoten.... donde se registre el extracto (o las actas de nombramiento) serán, en los términos del artículo 1o. de esta Ley (art. 582 del C. de Co.), los representantes legales de la sociedad". Dicha representación tiene, por lo demás, el alcance o valor que le da el artículo 1.505 del Código Civil, con las solas limitaciones que establezcan los estatutos de cada sociedad, o que imponga su asamblea de accionistas. Es decir, que los actos del gerente producen respecto de la sociedad los mismos efectos que habrían de producir si actuara ella misma.

"Y valga la pena anotar que en la legislación colombiana (C. de Co., art. 331; C. C., art. 2.142) el mandato no lleva implícita la facultad de representar, sino las simples facultades de administrar, según los términos del artículo 2.158 del mismo Código. Por eso existe la norma del artículo 2.144 de dicho Código, que somete expresamente "a las reglas del mandato" "los servicios a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona", lo mismo que "los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios". Y por eso se dispone que el mandatario "para todos los actos que salgan de estos límites (los del mismo artículo 2.158 del C. C., en los cuales no se incluye la facultad de representar) necesitará de poder especial".

"Mas no basta que el gerente de una sociedad anónima tenga la facultad de representar, sino que esa facultad y todas las que se le confieren han de ser **temporales y revocables**, esto es, que, aun- que su nombramiento deba hacerse por tiempo o periodo determi-

nados, sea de libre remoción o revocación, para que la temporalidad del cargo no comprometa o menoscabe su revocabilidad. Esta última condición o característica es esencial a dicho cargo y no puede restringirse en virtud de normas estatutarias, ni por decisiones unánimes de los accionistas, porque lo prohíbe expresamente el artículo 582 del Código de Comercio. **Por eso carece de validez toda reglamentación o práctica que directa o indirectamente restrinja la libre revocabilidad del mandato del gerente de una sociedad anónima.** (Se ha subrayado).

"El nombramiento de gerente es una función que ejercen los accionistas por medio de la asamblea general, o por delegación en la junta directiva o consejo de administración, en desarrollo de las facultades inherentes a su calidad de accionistas. Por eso mismo es un acto esencialmente deliberativo y, como tal, esencialmente revocable, como lo es igualmente la elección o nombramiento de las juntas o consejos. Al respecto dijo ya este Despacho en concepto de 16 de Julio de 1948 (oficio No. 03874): "La revocabilidad del poder (mandato) tiende a salvaguardar los intereses de los accionistas y terceros contra una administración defectuosa o que ofrezca pocas garantías a la sociedad. Por tanto, **la cláusula estatutaria que establece un período para los administradores es, por este aspecto, inoperante. Su inclusión, a lo más, puede tener una razón de orden dentro del sistema que rige a la empresa, pero en ningún caso puede primar contra la expresa voluntad del legislador**". (Se ha subrayado).

"El carácter deliberativo que tiene el nombramiento de administradores de una sociedad anónima resulta de especial importancia, no sólo para los efectos de reafirmar su revocabilidad intrínseca, sino también para fijar el criterio práctico que debe presidir su realización. Porque, dentro de este orden de ideas, si es la asamblea la que hace el nombramiento, debe hacerlo en una reunión debidamente convocada y con el "quorum" y la mayoría de votos que señalen los estatutos; y si es la junta directiva o consejo de administración, debe llevarse a cabo en una reunión celebrada con arreglo a las normas estatutarias y reglamentarias que se hayan fijado sobre deliberaciones y votaciones, pero con sujeción, en uno y otro caso, a las disposiciones legales..... (Oficio No. 5/2469, abril 7 de 1949).

En cuanto a la fisonomía jurídica del gerente, administrador o director de la sociedad anónima, pueden enumerarse las siguientes concepciones:

a), órgano necesario de la persona jurídica.—b), mandatario.—c), representante legal.—d), fideicomisario o "trustee".—e), servidor cuasi público bajo relación fiduciaria.—f), asalariado laboral. No todas estas categorías, especialmente en el sistema colombiano, se rechazan entre sí, pues el hecho de que el gerente, administrador o director de la sociedad anónima sea órgano necesario de ésta no excluye su definición como mandatario y representante legal que están en los textos positivos.

a) **El gerente, administrador o director es órgano necesario de la sociedad anónima.**

Ya se vio atrás que para Colombia lo afirma así uno de los más connotados comentadores del Código de Comercio del país, el Dr. Félix Cortés. Es de la esencia de la sociedad anónima que tenga, por lo menos, un gerente principal y dos suplentes, y sin ese requisito no le otorgará permiso de funcionamiento la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

**Órgano**, en la quinta y la sexta acepciones que le concede el Diccionario de la Academia Española, es: "Medio o conducto que pone en comunicación dos cosas" y "Persona o cosa que sirve para la ejecución de un acto o designio". También se ha definido: "Parte de un ser organizado destinada para desempeñar alguna función necesaria para la vida". (Larousse). Cualquiera de dichas definiciones y especialmente la última corresponde a lo que en la sociedad anónima es el gerente, administrador o director: un órgano necesario a la vida y funciones de la persona jurídica.

Oigamos al célebre tratadista alemán Rodolfo Fischer ("Las sociedades anónimas — Su régimen jurídico"):

"Sin órganos, la sociedad anónima no tendría carácter de corporación, pues carecería de capacidad de obrar.

"La existencia del órgano supremo, la junta (o asamblea) general de accionistas, no es suficiente para la intervención constante de la sociedad anónima en la vida jurídica. Normalmente, la junta general sólo se reúne y funciona una vez al año. Aunque no existiesen otras razones, esto la incapacitaría ya para representar a la sociedad y gestionar sus negocios. Y como ésta, como persona que es, no tiene más remedio que estar en condiciones de actuar constantemente y en todos los terrenos, así en el régimen interior como en sus relaciones con terceros, es necesario que al lado de la junta general, órgano de funciones transitorias, exista y funcione un **órgano permanente**: la dirección de la sociedad. Este órgano es el llamado a regir y encauzar todos los asuntos so-

ciales, exteriores e interiores; es el gestor permanente de negocios a cuyo cargo corre la defensa de los intereses de la sociedad y el representante permanente de ésta. **La dirección de la sociedad es un órgano necesario.** Con arreglo a una norma que tiene su raíz en la propia naturaleza de la corporación, la dirección de la sociedad debe existir ya desde el primer momento, o sea en el momento de inscribirse ésta en el Registro....”.

Fischer rechaza expresamente la tesis de que el gerente, administrador o director pueda considerarse simple empleado, apoderado o representante de la sociedad:

“**La dirección es un órgano de la sociedad anónima,** un instrumento de la corporación, por medio del cual ésta exterioriza su voluntad. Las manifestaciones de voluntad de la dirección son manifestaciones de voluntad de la sociedad anónima, ni más ni menos que los acuerdos de la junta general. **Las personas que ocupan puestos en la dirección no son empleados, apoderados de la sociedad, representantes de ésta.** Los actos de un representante son actos suyos propios, cuyos efectos trascienden al representado; es decir, actos que se consideran como si partiesen del poderdante; en cambio, los actos del órgano se confunden con los actos de la propia corporación. **Los actos del órgano que actúa dentro de la corporación son actos propios de la corporación,** a diferencia de lo que ocurre con el representante y el representado, que se enfrentan como dos personas distintas, sin confundirse. Acertadamente, se ha dicho que los actos del órgano tienen un carácter monista, mientras que los del representante son dualistas....”.

A este respecto, se cita a Preuss, quien afirma:

“La persona colectiva (sociedad o asociación) debe necesariamente tener órganos y puede tener representantes; la persona individual sólo puede tener representantes”.

Joaquín Rodríguez, acaso el más célebre y moderno tratadista de Derecho Comercial en Méjico, inicia el capítulo sobre “Administración y Representación de la Sociedad Anónima” de su extenso “Tratado de Sociedades Mercantiles”, así:

“El administrador o el consejo de administración es el **órgano** encargado de la representación y de la gestión de los negocios so-

ciales. El doble carácter de éstos **órganos** se afirma en la legislación mexicana en cuanto el artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles habla de administración y el artículo 149 atribuye a los administradores la facultad de conceder poderes, lo que implica su carácter representativo”.

César Vivante, el tratadista italiano, dice en el tomo segundo de su obra de Derecho Mercantil:

“Los administradores constituyen el **órgano permanente**, al que está confiada la administración social”.

Wieland, por su parte, define:

“**Organos de administración** son los que tienen confiadas exclusivamente la gestión de los negocios corrientes y la representación legal”.

El argentino Miguel Sasat Betes, en su interesante estudio sobre los “Directores de Sociedades Anónimas” (Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Univ. Nacional del Litoral, Santa Fe, Rep. Argentina), escribe:

“...Hay que tener igualmente en cuenta que los directores son mandatarios legales a la par que **órgano necesario de la sociedad** y que, por consiguiente, sus atribuciones deben ser todas las necesarias para que la persona jurídica cuya representación tienen por imperio de la ley y cuya unidad integran como **órgano necesario**, pueda cumplir el fin declarado en sus estatutos, a la par que las obligaciones, derechos y actos propios de su actividad definida a través del objeto social. A todo ello corresponde agregar que siendo la asamblea un órgano social de actuación intermitente—por lo general, y salvo situaciones excepcionales de reunión anual—y el directorio el **órgano permanente de ejecución** de los acuerdos de la asamblea, lógico es que éste esté munido de las atribuciones necesarias para poder actuar como tal **órgano permanente** y en armonía con la continuidad propia de toda actividad comercial.

“En síntesis, pues, y tanto por razones jurídicas como por deducción lógica, ha de aceptarse que los directores tienen de hecho todas las atribuciones o poderes no reservados especialmente a la asamblea de accionistas, por los estatutos o la ley”.

Muchos otros abanderados de la teoría de la **organicidad** pudieran traerse a cuento, con relación a otros países. Pero en gracia de brevedad pue-

de resumirse que en esta teoría, que es la que acoge el autor de este trabajo en lo tocante a la fisonomía jurídica del gerente, administrador o director de una sociedad anónima, los individuos que obran por ésta no se consideran fuera de ella sino, al contrario, partes de la misma, **órganos** de la persona jurídica. La analogía entre la persona física y la jurídica se lleva a su plenitud. Como lo afirmó Vélez Sarsfield, el ilustre comentarador del Código Civil Argentino, en este sistema "los directores están, hacia las corporaciones, en la misma relación que los órganos del cuerpo humano para con la persona física". Ponferrada, quien como veremos no acepta la teoría organicista, expone en su libro "La Dirección de las Sociedades Anónimas" muy gráficamente la posición de los gerentes, administradores o directores en la sociedad anónima al decir:

"... El directorio o los directores vienen a ser como los oídos y la voz de las corporaciones, cuyos poderes consuman en sus proyecciones interna y externa, sin otras cortapisas que el de ejercerlos **intra vires** y con arreglo a las leyes vigentes. En líneas genéricas, diríase que **resumen o encarnan a las compañías en todos los actos vitales, en todos los terrenos y jurisdicciones**".

Desde luego, si se acepta que el director, administrador o gerente de una sociedad anónima es un **órgano necesario** de ésta, ha de concluirse que es algo más que un mandatario, que un representante legal, que un asalariado laboral, que un fideicomisario o "trustee", o que un servidor bajo relación fiduciaria.

b) **El gerente, administrador o director es un mandatario de la sociedad anónima.**

Por definición, lo es en nuestro Código de Comercio, como en la mayor parte de las legislaciones universales, con esenciales caracteres, ya analizados, de revocabilidad y temporalidad.

Tanto quienes propugnan la teoría **organicista**, como quienes ven en la personalidad jurídica de la sociedad una simple ficción y por consiguiente sitúan al gerente, director o administrador en la teoría de la **representación**, admiten en los tiempos modernos que no es la relación corriente del **mandatario** civil o comercial la que corresponde a los personeros de la sociedad anónima.

Joaquín Garrigues, sin duda una de las voces más autorizadas del Derecho Comercial ultramoderno, escribe desde España en su excelente "Tratado de Derecho Mercantil":

“Es indudable que nuestro C. de Comercio, al tratar de los administradores de las sociedades anónimas, ha puesto el acento en el **mandato**. Esta calificación debe aplicarse tanto a los miembros aislados del consejo de administración, como a los administradores delegados del consejo y elegidos de su seno, como a los directores gerentes que no pertenecen al consejo. La razón es que los servicios que estas personas desempeñan son los servicios de índole superior que caracterizan el **mandato**. Por ello, **el mandatario percibe honorarios**, mientras el arrendador de servicios percibe sueldo o salario. Por eso también, aun cuando la expresión “prestar algún servicio” que emplea el art. 1.709 del C. Civil puede interpretarse en el sentido de que se refiere a toda clase de servicios, los servicios característicos del mandatario son aquéllos que impliquen una gestión de los negocios del otro contratante, gestión que puede ser de índole jurídica — cuando va unida a la representación — o de índole puramente económica—cuando no lleva consigo la facultad representativa—. Confirman esta interpretación varios artículos del C. Civil que se refieren al contenido del contrato de **mandato**, por ejemplo, los arts. 1.712 (en que se habla de “negocios” del mandante), 1.713 (en que se habla de “actos de administración”), 1.718 (en que se habla de “acabar el negocio que ya estuviese comenzado”), 1.721 (en que se habla de “la gestión del sustituto”) y 1.737 (en que se habla de “continuar su gestión”). Frente a esta terminología que confiere un rango elevado a los servicios del **mandatario**, como servicios típicos de gestión, destaca el contenido de los artículos 1.583 a 1.587 del Código Civil relativos al contrato de arrendamiento de servicios como contrato de servicios inferiores. Recuérdese que estos preceptos sólo tratan del servicio de criados y trabajadores asalariados....”.

Pero advierte el mismo autor, citando al italiano Fré (“Il rapporto fra l'organo amministratore delle società anonime e la società”):

“La doctrina vacila entre la calificación como órganos de la sociedad y la calificación como **mandatarios**, pero entendiendo que el **mandato** va ligado a una relación de representación. En definitiva, los partidarios de la **teoría de la ficción** en materia de personalidad jurídica de las sociedades se inclinan por la tesis de la representación de los administradores, mientras que los partidarios de la **teoría de la realidad** de las personas jurídicas se inclinan por la tesis de la organicidad. Para los primeros, entre la so-

ciudad y su administrador media una relación contractual, por cuya virtud el administrador se obliga a prestar sus servicios y al propio tiempo a actuar como representante. Hay, pues, una duplicidad de personas: la de la sociedad y la del representante. Para los segundos, entre la sociedad y el administrador hay una perfecta identidad, ya que éste es un órgano de aquélla (si bien se distingue, en un análisis extremado, entre el órgano y la persona portadora de la cualidad de órgano).

La teoría orgánica afirma que así como en las personas físicas se confía a la mano la misión de escribir o a la boca la de hablar, en la persona jurídica la declaración de voluntad se confía al órgano representativo. Según esta teoría, el nombramiento de un administrador en la sociedad anónima no es un acto contractual, sino un acto unilateral de **preposición** que participa de la naturaleza del nombramiento de un tutor o de un albacea testamentario. Para atribuir al administrador la cualidad de **órgano** basta, según los defensores de esta tesis, comprobar que ~~la existencia del órgano administrativo en la sociedad es absolutamente indispensable como único medio de actuación en la esfera contractual.~~ La imposibilidad de que una sociedad anónima llegue a funcionar sin administradores es por sí suficiente para excluir la idea del **mandato**, ya que no se puede concebir la existencia de un **mandato** allí donde no existe la posibilidad de la no existencia del mandato".

Para conciliar la teoría del **mandato** con la del **órgano** de la sociedad, hay que admitir que el director, gerente o administrador de la compañía no es el común mandatario civil o comercial, aunque por sus lineamientos generales se rija por ministerio de la ley, sino un **mandatario sui generis**.

Luis Ponferrada, autor argentino a quien seguimos en este ordenamiento de las diversas posiciones jurídicas en que puede colocarse el gerente director o administrador de la sociedad anónima, destaca las siguientes diferencias esenciales entre esa clase de funcionarios y el mandatario común:

“El mandatario común está sometido al control directo de su mandante, mientras que **los directores no pueden ser controlados por la compañía.**

“Las atribuciones del mandatario común derivan del mandante, al paso que la autoridad y facultades del directorio no emanan simplemente de la entidad social: ejerce sus funciones como un do-

**minus** y, en cierto sentido, posee atribuciones derivadas de la propia legislación.

- c) **El gerente, administrador o director de una sociedad anónima es sólo su representante legal.**

“No se opone esta teoría al carácter de **mandatarios**, pero si niega la categoría de **órganos** de la sociedad a los gerentes, directores y administradores. La figura jurídica de la **representación** se remonta al Derecho Romano. Algunas legislaciones modernas, como la alemana y la suiza le dan autonomía jurídica, y consiste el hecho jurídico de la **representación** en actuar un sujeto “en nombre de otro”. Puede haber mandato sin representación, como en el caso del comisionista, y, más excepcionalmente, puede haber representación sin mandato, como en la agencia oficiosa y en las representaciones de origen legal. Principal sostenedor moderno de esta **teoría de la representación** es el italiano Pipia en su “Tratado de Derecho Comercial”. Encuentra uno bastante contradictorios sus postulados, ya que dicho autor comienza afirmando que ante todo son mandatarios comerciales los administradores de la sociedad anónima, y luego agrega que hay allí un doble orden de relaciones: las de **representación voluntaria** y las de **representación necesaria**, fundada la primera en el mandato y la segunda en la ley. Los razonamientos, no muy claros ni convincentes de Pipia son así:

“Entre el ente colectivo y sus administradores se establece una relación compleja de verdadera representación, merced a la cual se concentra en los administradores el derecho y el deber de representar al ente social, y de estipular determinados negocios jurídicos en nombre y por cuenta del ente representado, de tal modo que los hechos y negocios jurídicos producen inmediatamente sus efectos para con la sociedad representada, como si ella directamente los hubiera realizado. Esa relación tendría un doble fundamento:

“Deriva del imperio de la ley en cuanto a las cargas, deberes e incumbencias que la ley **jure imperii**, por el interés público, exige e impone a los administradores como tales y porque tales. Por el solo hecho de encontrarse determinadas personas físicas en relaciones de mandato hacia una sociedad, por el solo hecho de mediar entre aquéllas y ésta vínculos de mandatarios y mandante, el legislador constituye a los administradores, por razones de orden público, en **representantes necesarios** del ente colectivo, señalán-

doles determinadas y especiales obligaciones, a las cuales no pueden sustraerse ni los representantes ni la representada, y que encuentran el fundamento jurídico de su esencialidad en el precepto legislativo y de su causalidad en el hecho inmediato y directo de las relaciones de mandato que existen frente al ente colectivo.. Deriva la **representación**, en segundo lugar, de la voluntad de la sociedad mandante en cuanto a todas las demás relaciones que no menciona el precepto legislativo y que siendo de índole patrimonial privada, se dejan libradas al consentimiento de los contratantes, a la voluntad privada de los administradores y de la sociedad, puesto que entre ellos surge y se refuerza el vínculo de **mandatarios y mandante**. Tales relaciones que llamaremos de **representación voluntaria** y que encuentran su fundamento únicamente en la voluntad de la representada, emanan del acto constitutivo, del estatuto y de las deliberaciones regulares de "la asamblea general".

En el fondo, hay allí el reconocimiento de que los gerentes, administradores y directores son **mandatarios sui generis**.

d) **El gerente, administrador o director de una sociedad anónima es un fiduciario o "trustee"**.

Es la doctrina norteamericana la que designa "trustee", o sea sujeto a cuya fe se encomienda la administración de ciertos bienes en provecho de otros, al director de una corporación o sociedad anónima, en el campo de los negocios.

Para la finalidad que persigue este estudio no es tan esencial el análisis de esta teoría. De Ponferrada, en cuya obra ya citada aparece desenvuelta, tomamos una objeción que no destruye esencialmente el sistema:

"Los directores no poseen los bienes que administran, ya que titular de la posesión es la compañía misma. En cambio, el fiduciario por lo menos resulta poseedor, con un dominio imperfecto, de los bienes respectivos. De ahí que en rigurosa nomenclatura jurídica la denominación de fiduciario, para el director, no sea enteramente propia, pero ha podido mantenerse hasta ahora por las ideas que suscita.

"Asimismo, el concepto de la relación fiduciaria entre directores y accionistas, ha sido objetada desde el punto de vista de su eficacia práctica y de sus fundamentos filosóficos".

- e) El gerente, administrador o director de una sociedad anónima es un servidor cuasi público bajo relación fiduciaria.

Es el viarias veces citado autor argentino Luis Ponferrada quien promulga esta tesis, en cierta forma variante del "trustee" y a la cual no debe desconocerse interés, ya que encaja dentro de la tendencia cada día más definida a considerar la sociedad anónima como entidad de derecho administrativo (derecho público) más bien que como figura del derecho comercial. Recuérdese que hoy va primando "la sociedad anónima institución" sobre "la sociedad anónima contrato plural del derecho privado". Oigase, si no, a Jean Escarra:

"Hoy estamos lejos de la concepción contractual de la sociedad, y la sociedad anónima se va aceptando más todos los días como una institución. Los administradores no son comerciantes, a diferencia de los gerentes asociados de una sociedad colectiva. Son los representantes de la sociedad y obran como si fuese la sociedad misma la que actuara. Su responsabilidad no viene de sus facultades sino de su omisión. Estos rasgos distinguen a los administradores de los gerentes, y esa es la razón por la cual no se puede decidir a priori si a falta de disposiciones estatutarias concernientes a sus atribuciones, los administradores no tendrían derecho para ejecutar actos de disposición, como si no fuesen sino simples mandatarios".

Luis Ponferrada enuncia su tesis así:

"Por nuestra parte, creemos que los directores pueden ser caracterizados como **servidores cuasi públicos en relación fiduciaria**. Ensayamos una teoría coordinante de las anteriores concepciones, indicando sus bases ideológicas. La noción de "servicio cuasi público" abraza el mandato, el fideicomiso, la representación y el contrato de empleo. Y decimos que los directores son "servidores cuasi públicos", por razón del carácter atribuido a la gran compañía de hoy, que, en su radio y funciones actuales, sale de la esfera privada y penetra en la esfera pública. Luego, como el Código Civil ha contemplado el dominio fiduciario, estimamos que nada se opone al reconocimiento de ciertas situaciones fiduciarias, especialmente de la fiducia de administración con el alcance establecido por el derecho anglonorteamericano. Este criterio permite mirar a diversos interesados en la producción y distribución de riquezas como sujetos activos de la relación fiduciaria y al director como obligado "fiduciariamente" hacia aquéllos.

f) No hay relación laboral entre el gerente, administrador o director de una sociedad anónima y ésta.

Aunque no faltan tratadistas que propugnan que la relación entre la sociedad anónima y su director, administrador o gerente es un **contrato de trabajo o contrato de empleo**, es mayor el número y más denso el razonamiento de quienes sitúan su posición fuera del derecho laboral, llamésele **órgano, mandatario, representante, fiduciario "trustee", o servidor cuasipúblico bajo relación fiduciaria**.

Con relación a la República Argentina dejemos a Osvaldo J. Stratta exponer el pro y el contra del director, administrador o gerente con contrato de trabajo ("El Socio Empleado", Prof. O. J. Stratta, "Revista Trimestral de Derecho Comercial", No. 22/23, Bogotá):

"...En cualquiera de los casos: considerados los directores como mandatarios, como locadores de servicios, o aún como locadores de obras, el carácter que invisten, no sería óbice, en general, para considerar la existencia del contrato de trabajo a que alude Ascarelli.... A este respecto, Deveali señala que no hay completa separación entre el mandato y la locación de servicios por un lado y el contrato de trabajo por otro, puesto que se trata de figuras distintas solamente hasta cierto punto; el concepto del contrato de trabajo resulta para este autor "más amplio que el de la locación de servicios, abarcando también una figura de mandatarios y quizás aún de locadores de obra....". Menores serían las dificultades de considerarse a los directores como **factores**.

"Empero, la solución afirmativa respecto a la posibilidad de considerar al administrador como un empleado de la sociedad anónima, no se abre camino. Típicamente demostrativa es en este punto la opinión del mismo Deveali, quien considera que en nuestro derecho la disposición del art. 336 del cod. de com. es suficiente para excluir la posibilidad de considerar a los directores de una sociedad anónima en cuanto tales, como empleados; y se apoya en estos argumentos: a) el empleo del vocablo **mandato**, en sentido técnico, en la disposición indicada; b) la expresa referencia que se hace en ella a la revocabilidad del mandato, que es carácter típico del mismo y que normalmente está ausente en el contrato de trabajo; c) la exigencia de que sean socios, a diferencia de lo que ocurre respecto a los gerentes en las sociedades de responsabilidad limitada; d) el establecimiento de un plazo máximo de duración del mandato y hasta la prohibición de reelección, salvo dis-

posición contraria de los estatutos, lo que contrasta con principios que rigen el contrato de trabajo, especialmente en cuanto a la continuidad.

“Tal opinión negativa es la que prevalece entre nosotros, como puede verse en el trabajo titulado “Los directores de las sociedades anónimas y el contrato de trabajo”, de Juan Manuel Lynch y también en autores extranjeros tiene sostenedores como De Litala. Nuestra jurisprudencia, registra pronunciamientos en ese sentido, implícitamente, al negar la aplicación del art. 157 del cod. de com., y expresamente **al declarar la incompetencia de la justicia del trabajo en el reclamo de un director, basado en la ley 11.729**”

Nótese que la argumentación de Deveali, transcrita por Strata, es aplicable a Colombia, salvo en los numerales c) y d), que parten de supuestos no existentes en nuestra legislación.

Léase ahora al catedrático de Derecho Mercantil de La Laguna, el mexicano Joaquín Rodríguez Rodríguez:

“La relación jurídica que liga al gerente con la sociedad ha sido configurada de muy diversas maneras. Se habla de contrato de mandato, de prestación de servicios y aún de contrato de trabajo. Esto último ha sido mantenido en México por la Suprema Corte, en diferentes ejecutorias de 1936, 1941 y 1942. Esta tesis nos parece errónea, ya que no tiene en cuenta los múltiples matices que puede tener la compleja figura del gerente. El gerente general de una negociación se encuentra prácticamente a un abismo de distancia de los gerentes especiales encargados de sectores o actividades particulares de aquélla. **Al primero, le faltan todas las notas que la doctrina considera propias de los trabajadores y muy particularmente la de subordinación, ya que es el gerente el que asume el papel de principal o patrono en sentido concreto, que en abstracto corresponde a la sociedad;** en cambio, los segundos, sin duda alguna, sí pueden ser considerados como trabajadores, porque ellos prestan su actividad en una relación de subordinación. Para los primeros puede afirmarse la existencia de un **mandato** y, para unos y otros, la de una relación representativa de carácter convencional, los límites de la cual han de determinarse en la escritura constitutiva o el contrato de gerencia o en los simples apoderamientos que se extienden a favor de los interesados”.

En la magistral discriminación que hace el Profesor Rodríguez Rodríguez del tratamiento jurídico que ha de darse al gerente, director o admi-

nistrador que tiene la representación de la sociedad para todos sus efectos, y los frecuentemente llamados "gerente interno", "director técnico", etc., está sin duda la clave del deslinde entre funcionarios ajenos o sujetos al derecho laboral. Véase si no como en otro país, España, Garrigues, Profesor de derecho mercantil en la Universidad de Madrid, coincide en tal discriminación:

"A diferencia del administrador delegado y del director general, el director técnico no está ligado a la sociedad por un contrato de **mandato**, sino por un contrato de servicios. De aquí derivan consecuencias importantes en cuanto a la permanencia en el cargo (no está sometido el director técnico al límite temporal asignado en los estatutos a la función de consejero, ni está sometido tampoco a la libre revocabilidad por la junta general o por consejo); en cuanto a sus derechos económicos, etc".

Entre múltiples jurisprudencias del Tribunal Supremo de España, que cita Joaquín Garrigues en su "Tratado de Derecho Mercantil", merece mencionarse y reproducirse una que guarda marcada similitud con el caso que dio origen al presente estudio, ya que se trata de la demanda del gerente de una sociedad comercial para que ésta fuera condenada, al ser despedido, a pagarle con la cesantía los sueldos mensuales correspondientes al plazo de su nombramiento:

"La parte demandada opuso las excepciones de novación y rescisión del contrato y la falta de acción y derecho; y habiendo perdido el pleito ante el Tribunal Industrial, recurrió ante el Tribunal Supremo alegando la infracción, entre otros preceptos legales, de los arts. 155 y 156 del C. de Comercio. El Tribunal Supremo casó la sentencia, y sentó la doctrina, que luego hemos de ver reflejada en otros fallos posteriores, de que **los administradores de sociedades anónimas no tienen el concepto de arrendadores de servicios**. He aquí el considerando fundamental de dicha sentencia: "Considerando que si bien se califican de obreros los dependientes del comercio, modalidad de prestación de trabajo manual, constitutiva de un verdadero arrendamiento de servicios, no puede ser comprendido en éstos, a tenor del art. 1o. de la ley última mencionada, el administrador de una sociedad o de un particular: 1o. Porque las funciones que a ese cargo confieren las distintas leyes, tanto civiles como mercantiles, son del todo extrañas a las del obrero manual, que mencionan las sociales; 2o. Porque

desempeña su cargo, y así lo dice expresamente el art. 156 del C. de Comercio, por consecuencia de un **mandato** regido por distintas reglas que el arrendamiento de servicios....'.

Pasando a la Argentina, país respecto al cual se transcribió para el pro y el contra del contrato de trabajo para los directores, administradores o gerentes de sociedades anónimas, conviene mencionar que la Cámara en lo Comercial de la Capital Federal declaró que "no procede legalmente considerar empleado al director de sociedad anónima, ni admitir la coexistencia de una relación contractual de empleo junto a la función directoral".

El varias veces citado autor Luis Ponferrada, para promulgar su teoría del gerente "servidor cuasipúblico con relación fiduciaria" se produce contra la del presunto "contrato de empleo" en estos términos, en su ya referida, erudita e interesante obra "La Dirección de las Sociedades Anónimas":

"Desde luego, suponiendo que la elección de director entrañe una oferta contractual —lo cual no admitimos— se precisaría que la aceptación fuera congruente con aquélla para la existencia de un contrato válido. En nuestro derecho, la elección de directores a lo sumo podría importar, de momento, una propuesta de **mandato** y cualquiera aceptación modificatoria valdría como repulsa. Quien resulte elegido director y acepte, claro es que será director, o bien mandatario, si prefíerese la calificación legal. **No empleado ab initio.**

"El sentido gramatical del vocablo "director" es suficiente base para afirmar que la ley, en principio, les asigna un status ajeno a toda idea de subordinación. Los directores han de ejercer funciones de mando, de donde surge, a falta de disposición contraria de los estatutos, la facultad que tienen de nombrar y contratar discrecionalmente los servicios de empleados u obreros de la compañía. También el uso general atribuye a los directores la calidad de consejeros y de principales, con la misión de orientar, controlar y "dirigir" la empresa. Sin duda nuestro legislador no ha colocado a los directores, de entrada, en un orden de subordinación hacia la compañía. Y de ahí la primera conclusión: por el solo hecho de aceptar el cargo, no se origina una relación de empleo entre el director y la sociedad anónima".

Sería interminable la mención y reproducción de autores destacados universalmente en el derecho laboral o el derecho mercantil contra el pre-

sunto "contrato de empleo" entre la sociedad anónima y su gerente general o director. Aun quienes admiten dicha situación contractual le dan un carácter sui géneris que impide el pacto a término fijo, o, más concretamente, prohíben que el presunto pacto laboral vaya más allá del período estatuario de la junta directiva que elija el gerente, administrador o director general. Hay quienes distinguen, con sutileza jurídica no exenta de fundamento, entre el gerente elegido por asamblea — en quien rechazan toda subordinación y posibilidad contractual— y el que recibe su delegación o mandato de una junta de directores. No he encontrado ninguno que desconozca la esencial temporalidad y revocabilidad, en cualquier momento, del cargo, sea éste o no laboral.

Falta al fin de este estudio enfrentar la enunciada y contundente tesis de que entre la sociedad anónima y su gerente, administrador o director no hay relación jurídica laboral, al Código Sustantivo de Trabajo hoy vigente en Colombia, y particularmente a la sustancia doctrinal de sus artículos 23, 24 y 25. Del cotejo, confiamos sacar victoriosa nuestra tesis.

Entre la sociedad anónima y su gerente o director no existe, de éste respecto a aquélla, "la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono" en la forma que la exige el art. 23 del Código Sustantivo de Trabajo.

A los estudios y conceptos que, en la doctrina ya expuesta de los más prestigiosos tratadistas universales de sociedades anónimas, delinean al gerente, director o administrador de esa especie de compañías como clase sui géneris de mandatarios, parecen oponerse, en opinión de algunos, los perentorios textos del Código Sustantivo del Trabajo hoy vigente en Colombia, a saber:

"Artículo 24.—Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

"Artículo 25.—Aunque el contrato de trabajo se presente involuclado o en concurrencia con otro u otros, no pierde su naturaleza, y le son aplicables, por tanto, las normas de este Código".

También invocarán quienes se encuentren apabullados por la terminante definición que nuestro Código de Comercio, como ya se vio, hace de los directores, administradores o gerentes como mandatarios temporales y revocables, el art. 20 del mismo Código Sustantivo de Trabajo:

"En caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, prefieren aquéllas".

No creo necesario llegar a los últimos extremos en la interpretación que deba darse en cada caso a dichas normas laborales para "lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social". Porque juzgo suficiente enunciar la argumentación que en mi concepto rechaza que el director, gerente o administrador—entendiendo el alcance de funciones de cualquiera de estos nombres del órgano representativo de la sociedad anónima, como lo define el Código de Comercio—carece respecto a la persona jurídica en él concretada físicamente de la "continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato" (letra b) del art. 23 del Código Sustantivo del Trabajo).

Es evidente que la primera de las tres condiciones esenciales requeridas en Colombia para el contrato de trabajo, **la actividad personal**, es también esencial al **mandato** ejercido por directores, gerentes, o administradores de sociedades anónimas.

Es **usual** pero no **esencial**, en cambio, que para el director, gerente o administrador de la sociedad anónima haya "**un salario como retribución del servicio**". Sabido es que el **mandato** puede ser, por definición del Código Civil, gratuito o remunerado, y en esto como en otras cosas se distingue del contrato de trabajo o locación de servicios.

Hay algo más, digno de destacarse a este respecto: No se presume la remuneración de los órganos representativos de la sociedad anónima. Tampoco hay libertad contractual respecto a ella, y de allí que no puedan operar los arts. 38 y 39 del Código Sustantivo del Trabajo.

El primero de éstos exige que el patrono y el trabajador se pongan de acuerdo, para contrato de trabajo verbal, al menos acerca de los siguientes puntos: a) La índole del trabajo y el sitio en donde ha de realizarse;— b) **La cuantía y forma de la remuneración.**—c) La duración del contrato. Es comúnmente la asamblea de accionistas, pero puede ser la junta directiva o un comité especialmente designado al efecto, la entidad que fija para período futuro o vencido la asignación que haya de corresponder al director o gerente. Sería absurdo pensar que el representante orgánico de la sociedad pudiera señalarse a sí mismo la remuneración, o modificar la anteriormente asignada por asamblea o junta. Si se argumenta que al aceptar el cargo, el director o gerente está celebrando verbalmente el contrato de trabajo que se le propuso por elección sujeta en Colombia a normas determinadas y restringidísimas, se llegará muy fácilmente a la conclusión de que, por lo menos, no puede haber contrato

de trabajo escrito o verbal, diferente a las bases que para el régimen de directores o gerentes se tenga indicado en estatutos, asambleas de accionistas o juntas directivas: De allí que, en tal supuesto, sólo podría restringirse la remuneración —como también la duración en el cargo— a las restringidas facultades de esos otros organismos de la sociedad anónima. Pero esta materia presenta por sí misma tan extensas modalidades que requiere su dilucidación estudio complementario, para sustentar el segundo punto de la argumentación enunciada en el epígrafe inicial del presente trabajo.

Quede por el momento claro que tampoco es de la esencia del cargo de gerente o director de la sociedad anónima la existencia de una remuneración. Cuando ella existe, es comúnmente alta, muy por fuera de los límites de salario que el Código de Trabajo aspira a proteger. Económicamente al menos, pudiera decirse que son esas remuneraciones de gerentes o directores **rentas patronales** y no **salarios de trabajadores**. No falta aún quien, más anticapitalistamente, diga **canonjías** donde yo, no tan figuradamente como a primera vista parece, he dicho **rentas**. Pero en realidad, en nuestro mismo medio, hay un buen número de gerentes y directores que no perciben asignación ninguna, debido por lo general a una de estas dos causas: a) Que se trate de sociedades anónimas aliadas o filiales de otras, donde ya tienen remuneración por el servicio que en aquéllas presten.—b) Que sean sociedades civiles, o de familia, o en principio de explotación, o en liquidación, cuyas circunstancias no requieran o no permitan el pago a sus organismos de representación y ejecución.

Para los efectos de la "continuada subordinación o dependencia" y su inexistencia en el caso de director o gerente de sociedad anónima, el autor de estas líneas se acoge a la ya expuesta teoría **organicista**, según la cual el funcionario que tiene misiones representativas y ejecutivas generales de la persona jurídica llamada sociedad anónima, es, para terceros, sean éstos los subordinados de la entidad o personas extrañas, la **sociedad misma en su concepción física**.

Para las relaciones laborales, es, ni más ni menos, el **patrono**. Y, por principio lógico de contradicción, ha de rechazarse que alguien pueda ser subordinado o dependiente de sí mismo, para el efecto de estipular o desarrollar contrato de trabajo. Falta la bilateralidad contractual. El gerente o director no tiene necesariamente funciones continuas, sujetas a "modo, tiempo o cantidad de trabajo", y por eso no tiene que sujetarse necesariamente a horario, como tampoco puede afirmar que fuera de la jornada ordinaria no es gerente o director o representante de la sociedad anónima en él personificada: veinticuatro horas cada día está la sociedad

anónima en él concretada físicamente. Y es que no puede pretenderse que la sociedad anónima pueda por un solo momento, así esté interrumpida su actividad industrial o comercial, carecer de un representante físico que por ella opere por activa o por pasiva.

Se dirá, talvez, que el director o gerente está subordinado en su orden a la junta directiva o a la asamblea de accionistas. En cuanto a la junta directiva, ha de recordarse que ella no es un organismo esencial a la sociedad anónima: Puede existir o no, a voluntad estatutaria; puede gozar de simples facultades consultivas o asesoras, sin que el director o gerente esté, salvo para puntos de excepción, supeditado a ella. En cuanto a la asamblea de accionistas, ella sí órgano necesario y soberano de la sociedad anónima, su actividad es momentánea: el gerente o director está esencialmente supeditado a ella dentro de la materialidad de la reunión, y fuera de ella a la obligatoriedad de sus disposiciones generales; pero no hay que invertir los términos; quien está supeditada a las órdenes de su asamblea de accionistas es la persona jurídica misma, es decir la sociedad materializada en su gerente o director o administrador o liquidador. Son órganos que se complementan recíprocamente el representante legal y la asamblea de accionistas, a la manera de los órganos de la persona física, sin que en verdad pueda decirse verdaderamente que ninguno dependa o domine con relación a los demás.

Es común que los estatutos de las sociedades anónimas—entre ellos los de la que dio lugar a la controversia que dio origen a este estudio—definan que “el gerente tendrá el carácter de **mandatario**” de la junta directiva o de la asamblea de accionistas, según el caso.

Ello no es, en realidad, sino la concreción específica de la delegación del **mandato** que, con la anuencia legal y estatutaria de su **mandante**, hace un órgano **mandatario** en ótro.

Es tan clara en la sociedad la autonomía de funciones de cada órgano de expresión o actuación de la personería jurídica, especialmente del director, gerente o administrador, que es fundada la opinión de que tan genuina cualidad es por ello correlativa de la esencial revocabilidad y temporalidad de esa clase de cargos.

Pero sí, para quien esté bien enterado de las normas y doctrinas del derecho de sociedades, no debe existir duda sobre la falta de continuada subordinación o dependencia del director o gerente respecto a asamblea de accionistas o junta directiva, a quien vaya a apegarse a los textos solos del Código Sustantivo de Trabajo se le podrá replicar simplemente con éstos: Dice el literal b) del art. 23 de dicha obra que el patrono, para que exista continuada subordinación o dependencia, ha de estar facultado para exigir al trabajador: el **cumplimiento de órdenes; en cual-**

quier momento; en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo; cumplimiento de reglamentos; por todo el tiempo de duración del contrato.

a) **Cumplimiento de órdenes.**—Salvo en materias de excepción que se adopten por disposición estatutaria, el director o gerente no recibe para sí mismo órdenes de la sociedad: las da. La propia asamblea, por regla general, se reúne en la fecha y oportunidades que él dispone, y comúnmente es él quien dirige y reglamenta sus debates y decisiones.

b) **En cualquier momento.**—Suponiendo que el gerente o director si recibiera órdenes de la asamblea o de la junta directiva—que no son personas distintas del propio gerente o director, sino como él sólo órganos que ejercen funciones de ordenamiento recíproco—, no las recibiría **en cualquier momento**, puesto que el único órgano que **en cualquier momento** tiene la sociedad anónima es el gerente o director. La asamblea, por lo común, sólo actúa necesariamente una vez en el año, por un lapso de horas, y en materias específicas, normalmente reducidas a aprobación de cuentas, reformas estatutarias y elección de directores y revisores. La junta directiva o asesora, si es que existe, tampoco actúa en sesión permanente, y usualmente se reúne, cuando más pronto, cada semana.

c) **En cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.**— Ya se ha visto que la representación física de la persona jurídica en cuanto a relaciones con terceros no puede estar sujeta a límites ni en el tiempo ni en la cantidad. En lo que toca al modo, son las leyes de cada país las que sientan la norma, y muy poco pueden separarse los estatutos de cada sociedad del modelo legal. Las asambleas y juntas pueden, si acaso, tomar decisiones de detalle sobre los casos concretos. No se olvide que en el moderno derecho de sociedades, cada vez va perdiendo importancia el poderío de las asambleas de accionistas y se va reforzando la amplitud de facultades del director o gerente.

d) **Cumplimiento de reglamentos.**—El gerente o director, en lo tocante a reglamentos internos de la sociedad, es, como ya se dijo el **patrono**, y por consiguiente no es lógico ubicarlo en el otro extremo de la relación laboral. Dígalo, si no, el artículo 32 del propio Código Sustantivo del Trabajo:

“Son representantes del patrono y como tales lo obligan frente a sus trabajadores, además de quienes tienen ese carácter según la ley o los reglamentos de trabajo, las siguientes personas:

“a) Los empleados al servicio del patrono que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores .....

Y no hay que tener temor a la réplica de que allí se define como **empleados** a esos directores, gerentes, administradores, pues bien distinto es, aunque muchos lo ignoren, el significado de la acepción **empleado** respecto a los de **subordinado, dependiente, etc.**

El gerente o director puede ser llamado **empleado**, sin que desaparezca su función no subordinada de **mandatario**, y sin que su relación jurídica haya de ser la del **contrato de trabajo**, que ni siquiera alcanza a confundirse con la de **contrato de empleo**. Este, a más de funcionarios no subordinados de la actividad particular, abarca a quienes actúan en el servicio oficial:

**“Empleado.** Persona destinada por el gobierno al servicio público, o por un particular o corporación al despacho de los negocios de su competencia o interés”. (Diccionario de la Academia Española).

e) **Por todo el tiempo de duración del contrato.**—Quien, por sí solo o conjuntamente, pueda dar órdenes al llamado director, gerente o administrador, no momentáneamente como asamblea o junta, sino “por todo el tiempo de duración del contrato”, es el verdadero director, gerente o administrador: El así llamado, que haya de recibir esas órdenes, está, no más ni menos, inadecuadamente nominado.

## CONCLUSIONES:

Parece, pues, convincente concluir:

1. No hay jurídicamente un conflicto entre las leyes comerciales y las de trabajo en cuanto a la naturaleza de los mandatarios gerentes, directores o administradores de sociedades anónimas que tengan la plenitud de su representación legal. Hay, solamente, un error difundido, una “ley imaginaria”, al admitir sus conflictos con la sociedad a la justicia laboral. El Derecho del Trabajo no ha dicho, en ningún sitio, que sus disposiciones cobijen a los directores o gerentes como sujeto favorecido con las prestaciones sociales de los trabajadores laborales. Al contrario, se contemplan como **cláusulas ineficaces** (art. 43, C. S. T.), las que “sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto”. Y ya se vio, al principio de este estudio, que “son de ningún efecto las cláusulas que tiendan a establecer la irrevocabilidad de los administradores”. (Art. 582, C. de Co., último inciso). De allí que no pueda determinarse, no ya por decisión de junta o asamblea, sino por estatutos, y nunca por un supuesto contrato de tra-

bajo que rechaza esencialmente la naturaleza del órgano físico de la sociedad anónima, término ninguno a la duración del gerente o director en el cargo. Y si no hay término expreso o presunto, no hay contrato de trabajo (arts. 38, 39, 49, C. S. T).

2o. Tampoco hay, para efectos del art. 25 del C. S. T., involucración del contrato de trabajo con otro contrato en la relación jurídica entre sociedad anónima y gerente o director de la misma.

Al aceptarse el cargo, se acepta una relación de **mandato**, expresamente definida así por la ley colombiana, y que no rechaza modalidades de órgano social, o fiduciario, o servidor cuasipúblico, en todo caso más ajenas que el simple **mandato** al **contrato de trabajo**.

3o. La presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, no es una presunción **de derecho** y por lo tanto admite prueba en contrario. Aunque parezca simple el postulado, algún ilustre jurista ha dicho que "cada cosa es lo que es". Por consiguiente, no es otra cosa diferente. Donde hay claramente establecida una relación jurídica de **mandato**, por ejemplo, ya se ha de considerar desvirtuada la presunción. Mayormente, al evidenciarse en determinada relación contractual, que no existe el elemento de subordinación de una persona a otra.

Existe, aunque no suficientemente difundida, doctrina colombiana para diferenciar el **mandato** del **contrato de trabajo**.

El Tribunal Supremo del Trabajo ha dicho, por ejemplo:

"Sintéticamente, se tiene que la doctrina en el derecho laboral considera que la diferencia sustancial que existe entre el contrato de trabajo y el de mandato es la de que los servicios en este último son **deliberativos** y en aquel ejecutivos, es decir, el **mandatario delibera** el negocio jurídico de su mandante, al paso que el trabajador realiza o ejecuta la labor convenida".

Si lo anterior se ha dicho del **mandatario** en general, qué no se diría en el caso del gerente o director de la sociedad anónima, cuya dosis deliberativa es plena y no parcial?... ("Deliberar: Considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de nuestras decisiones, antes de cumplirlas o realizarlas", Dicc. de la Academia Española). Y ya se ha visto que no es ésta la única diferencia sustancial entre mandato y contrato de trabajo, ya que, por ejemplo, éste es por esencia remunerado, mientras aquél puede ser gratuito o no.

Y a este respecto óigase a la Corte Suprema de Justicia:

"Pudiendo ser el mandato remunerado según el artículo 2143 del Código Civil, la circunstancia de coincidir este contrato con el de arrendamiento de servicios en la modalidad de obligarse remuneradamente una persona a hacer cosa para ótra, cosa común a todos los contratos que tienen por objeto un hecho, da lugar a que frecuentemente se confundan dos convenciones o aparezcan combinadas en forma que opone dificultades para su acertada clasificación jurídica. Teóricamente es fácil, sin embargo, su distinción haciendo resaltar los elementos esenciales que entran en la constitución de estos contratos y que los diferencian profundamente. En la locación de servicios el objeto lo constituyen hechos de orden material que corresponden a los trabajadores, quienes los ejecutan en interés del patrono y en situación de dependencia, en función de su oficio, aunque todo el resultado de su labor se traduzca en exclusivo beneficio del arrendador, en tanto que en el mandato el objeto propio e insustituible del contrato lo constituyen actos jurídicos cuyo cumplimiento lleva implícita la representación ya que el mandatario se hace cargo de la gestión por cuenta y riesgo del mandante, como lo dice la definición legal. El mandatario actúa jurídicamente, esto es, interviene con su voluntad para el perfeccionamiento del negocio, presta su consentimiento y de esta manera crea vínculos obligatorios para su representado con prescindencia de su interés personal, como mero intermediario".

Finalmente la Jefatura del Departamento Nacional del Trabajo (V. "Diario Jurídico", No. 63, Junio 9/1953), ha dicho al respecto, para negar la existencia del contrato de trabajo al delinear la configuración legal entre las partes de **mandante y mandatario**:

"Una de las diferencias sustantivas entre el contrato de mandato y el de trabajo estriba en que en el primero se encomienda a otra persona la gestión de negocios, que debe ejecutar por cuenta y riesgo del mandante, en tanto que en el segundo sólo le corresponde la ejecución de determinados actos".

### **¿PODRIA GENERARSE EL DERECHO DE LOS GERENTES A LA CESANTIA EN UNA COSTUMBRE?**

El uso, que en Derecho Comercial es fuente de derecho no siendo contrario a la ley o a derecho ajeno, ha establecido entre nosotros el recono-

cimiento de cesantía y otras prestaciones similares a las de los trabajadores, para los gerentes de las sociedades anónimas, limitadas, colectivas, etc. Debe considerarse que hay allí una verdadera **costumbre** jurídica, digna de acatamiento? O se debe calificar el pasivo adicional que para las sociedades significa como una **corruptela** desechable?... Hay allí tela qué cortar suficiente para otra colcha de retazos como la presente monografía.

Lo que sí afirmo yo categóricamente es que no es invocable la existencia de un **contrato de trabajo** entre la sociedad anónima y su gerente, director o administrador con plenitud de representación legal, para impedir la revocación del mandato a tal funcionario conferido, en cualquier momento, y sin ninguna indemnización de carácter laboral proveniente de tal revocación. Es decir, el ejercicio de un derecho esencial a la sociedad anónima, como es el cambio de sus mandatarios, no puede dar lugar al pago de los llamados comúnmente "salarios caídos" ni a indemnizaciones de perjuicios por vía laboral. Esta última afirmación continuaría en pie, aún admitiendo la existencia de **contrato de trabajo**, por razones que el autor de este estudio se propone exponer en otra oportunidad.