

42° Convención Notarial
Colegio de Escribanos Ciudad de Buenos Aires,
6, 7 y 8 de septiembre de 2017

“ADMINISTRACIÒN Y REPRESENTACIÒN Y/O REPRESENTACIÒN DEL
ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.”

Autora: Esc. Solange Jure Ramos

Tel: 351-155156452 - (0351) 4604614

Mail: solangejure@fibertel.com.ar

Tema 4. La nueva sociedad por acciones simplificada, un nuevo tipo social.

Coordinador 1: Esc. Pilar M. Rodríguez Acquarone

Coordinador 2: Esc. Agustín Ceriani Cernadas

Subcoordinadora novel adjunta: Esc. María del Rosario Stoppani

Tema 4:

Título: “ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN Y/O REPRESENTACIÓN DEL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.”

Autora: Esc. Solange Jure Ramos

PONENCIA

- 1) La ley 27.349 toma a la empresa como eje o figura central de su regulación.
- 2) Las normas de la nueva tipología societaria (sociedad por acciones simplificada ó SAS), remiten supletoriamente a la aplicación de las normas de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, y a las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades, conforme lo establecido por los artículos 49 y 33 de la ley 27.349.
- 3) Rige plenamente lo establecido por el artículo 266 de la L.G.S. que establece el principio por el cual el cargo de administrador es personal e indelegable. En consecuencia las personas de los miembros del órgano de administración resulta fundamental ya que es este órgano el encargado de determinar el contenido y formación de la voluntad social, independientemente de la función de representación que detenta el representante legal.
- 4) Resulta contrario a todo el sistema de estructura y responsabilidad del órgano de administración societario, la posibilidad de que el administrador extranjero nombre un representante en la República Argentina.
- 5) De admitirse esta última posibilidad, el mandatario o representante del administrador por aplicación de las normas de representación ajenas a la teoría del órgano (conforme artículos 359, 362, 1320 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación) actuaría con total irresponsabilidad por los actos concluidos, tanto frente al tercero como frente a la propia sociedad.
- 6) El legislador ha hecho una elección entre los conceptos base del derecho mercantil: la de preferir la “celeridad”, antes que la “seguridad” del tráfico negocial, cuando ambas necesidades por razones de índole jurídica no pueden conciliarse frente a un único acto. Mirando la norma desde la función notarial que siempre apunta a la seguridad de los actos jurídicos, disentimos con la posición adoptada por el legislador en relación a la posibilidad de que el administrador extranjero delegue sus funciones como tal.

LA EMPRESA: EJE CENTRAL DE REGULACIÓN DE LA LEY 27.349

La sociedad por acciones simplificada (en adelante SAS) , que nace a partir de la ley 27.349 , está regulada dentro de un marco legal dirigido a fomentar, ayudar, estimular, garantizar y modernizar la actividad productiva y emprendedora como principal objetivo.

Dentro de esta regulación, se da nacimiento a una nueva tipología societaria que intenta plasmar en la ley muchos de los requerimientos de los operadores económicos, a cuyo fin el legislador ha tomado elementos y características de dos de los tipos societarios más utilizados en la actualidad: la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima. De este modo se han “mezclado” en esta tipología los mecanismos de simplificación de una de ellas, más los elementos de agilidad y dinamismo propios de la otra.

Sin perjuicio de todas las dudas que puedan surgir de la lectura e implementación de esta figura y de la ley, nos detendremos sólo en un aspecto: el alcance o naturaleza de la función del administrador y la posibilidad de delegar la referida función en determinados supuestos.

Pero a modo de introducción, y previo al análisis normativo que efectuaremos, entendemos necesario hacer una mínima referencia a algún aspecto establecido en la propia ley.

Regulación de la Empresa

El artículo 2 de la Ley 27.349 en su primera parte dice: **Artículo 2º- Emprendimiento. Emprendedores-** A los efectos de esta ley, se entenderá por: **1.”Emprendimiento“:** a cualquier actividad con o sin fines de lucro desarrollada en la República Argentina por una persona jurídica nueva o cuya fecha de constitución no exceda los siete (7) años. Dentro de la categoría “*Emprendimiento*” se considera “*Emprendimiento Dinámico*” a la actividad productiva con fines de lucro, cuyos Emprendedores originales conserven el control político de la persona jurídica, entendido éste como los votos necesarios para formar la voluntad social, elegir a la mayoría de los miembros del órgano de administración y adoptar decisiones en

cuanto a su gestión. La calidad de “Emprendimiento” se perderá en caso que se deje de cumplir alguno de los requisitos mencionados...”.

Del artículo de referencia surge claramente que la figura central de la ley es indudablemente La Empresa , entendida esta como actividad productiva . Adviértase que incluso, la ley toma el concepto puro de Empresa como “actividad” sin exigir que esa actividad conlleve necesariamente a un fin de lucro, especificando o diferenciando el Emprendimiento puro del Emprendimiento Dinámico que aparecerá recién cuando la actividad tenga fines de lucro. Pero aún cuando no lo hubiera, el marco normativo le resultará aplicable.

Esta es la primera vez que en nuestro ordenamiento jurídico una ley toma a la empresa como protagonista o eje central de la regulación.

El marco legal

Pero el artículo 2 , además de centrarse en la **actividad** como elemento determinante de la existencia de un “emprendimiento” y por ende como condición de aplicación de la ley, establece de manera inmediata dos requisitos de orden jurídico: el primero es que esa actividad sea desarrollada en el territorio de la República Argentina por una PERSONA JURÍDICA nueva o cuya fecha de constitución no exceda los siete años, y además para el caso del emprendimiento dinámico, establece la necesidad de que los emprendedores originales MANTENGAN EL CONTROL POLÍTICO de la persona jurídica, definiendo el mismo como”... los votos necesarios para formar la voluntad social, elegir a la mayoría de los miembros del órgano de administración y adoptar decisiones en cuanto a su gestión ...”. Claramente la ley ha traído como exigencia el mantenimiento por parte de los emprendedores originales (tal como los denomina) del control interno de derecho previsto en el artículo 33 inciso 1. de la Ley General de Sociedades.

De esta manera, se da regulación no sólo a las condiciones que la actividad debe tener para encuadrar en la ley, sino que además regula, a partir del artículo 33 de la ley 27.349 esta nueva tipología societaria a la que se le aplicarán en todo aquello que no esté regulado específicamente en su contrato constitutivo, las normas del tipo social, supletoriamente las normas de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, y las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades , conforme lo establecido por los artículos 49 y 33 de la ley 27.349. En consecuencia las normas y principios de las sociedades primero y de las personas jurídicas después , su estructura y funcionamiento se

aplican , en cuanto sean compatibles, a las SAS, todo en función de lo establecido por el artículo 150 del Código Civil y Comercial de la Nación ¹.

EL ÒRGANO DE ADMINISTRACIÓN

Revisión de la cuestión en nuestro derecho

Es harto sabido que nuestra ley 19.550 (Adla XXXII-B,1706) dispone en su artículo 266, la obligatoriedad para los miembros del órgano de administración, de ejercer el cargo de manera personal e indelegable. Asimismo el artículo 268 de la Ley General de Sociedades, dispone , para el caso de la sociedad anónima, la representación legal en cabeza del presidente del directorio y permite eventualmente organizar la representación convencional incorporando a la ya establecida precedentemente, la designación de uno o mas directores. Diferenciando a la vez, funciones de administración y de representación y permitiendo por razones operativas y de índole netamente prácticas (cómo por ejemplo la complejidad en la organización por el tamaño de la estructura) la delegación de algunas y determinadas funciones específicas ².

Esta delegación de funciones³ puede ser orgánica o no, en el sentido que pueden recaer sobre sujetos insertos en la organización social o pueden recaer en terceros que no reúnen tal carácter. En el primer caso, es permitida por ley, la organización (en el caso de las sociedades anónimas) de un comité ejecutivo formado por miembros del órgano de administración y delegando para con éstos las funciones negociales ordinarias. En el segundo

¹ Artículo 150 C.C.C.N. : Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades.

² Filippi Laura– Jure Ramos Solange: “¿“Seguridad “ o “Celeridad” del Tráfico Mercantil? – La Representación por Apoderado en la Sociedad Anónima . Trabajo en coautoría presentado en las II Jornadas argentino chilenas de Institutos de Derecho Comercial. Mendoza, 19 y 20 de agosto de 1999.

³ Para Nissen R. “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada” Tomo 4 Ed. Abaco Bs.As. 1995 Pag 351, no existe verdadera delegación de facultades ya que sólo los integrantes del directorio pueden formar parte del Comité ejecutivo. En el derecho español en cambio, se habla de administración delegada siempre que se organice una estructura institucional a través de la cual tiene lugar el ejercicio de facultades propias del Consejo por uno o vario de sus miembros Conf. Iglesias Prada “Administración delegada de facultades en la sociedad anónima” Ed. Tecnos Madrid 1971.

caso, es decir no orgánica, pueden delegarse funciones ejecutivas a terceros ya sean éstos designados gerentes⁴, o directamente mandatarios de la sociedad⁵.

En éste orden la decisión de delegación de funciones, en el primer caso referido, debe estar autorizada y eventualmente organizada por el estatuto. En el segundo, en cambio, y según disposiciones normativas expresas, es facultad propia del órgano de administración la decisión y designación de gerentes generales o especiales, cómo así también la designación de uno o más representantes no orgánicos. **Pero cualquiera sea el supuesto, es determinante que tales designaciones y funciones se agregan a la de los directores siendo que nunca podrían funcionar como sustitutas de las mismas**⁶.

El órgano de administración y representación de las SAS

De la redacción del primer párrafo del artículo 51 de la ley 27.349⁷ se infiere la posibilidad de que el órgano de administración de las SAS sea un órgano unipersonal o plural, y en este último supuesto, se establece, al igual que en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada (conforme artículo 157 LGS)⁸, que “...el instrumento constitutivo podrá establecer las funciones de cada Administrador, o disponer que éstas, se ejerzan en forma conjunta o colegiada...”. En este sentido, entendemos que frente al supuesto de un órgano de representación plural, la actuación de los **representantes**, en cuanto a esa función se refiere (faz externa), podrá ser **conjunta** de dos o más de ellos si así se establece contractualmente. Si nada se dice se entiende que podrán actuar de manera indistinta, tal como sucede (y en virtud de la remisión normativa que efectúa la ley) en las sociedades de responsabilidad limitada.

⁴Según las disposiciones del art. 270 LS que permite la designación de gerentes generales y especiales, delegando en ellos funciones ejecutivas de la administración. Sobre el tema V. Alegría H. “La representación societaria” en Revista de Derecho Privado y Comunitario nro 6. Representación Ed. Rubinzal-Culzoni Pag. 255.

⁵ Filippi Laura – Jure Ramos Solange: Ob cit en nota 2.

⁶ Filippi Laura – Jure Ramos Solange: Ob cit en nota 2.

⁷ Funciones del Administrador - Art. 51 Ley 27.349 : Si el órgano de administración fuere plural, el instrumento constitutivo podrá establecer las funciones de cada Administrador o disponer que éstas se ejerzan en forma conjunta o colegiada. Asimismo, al menos uno de sus miembros deberá tener domicilio real en la República Argentina. Los miembros extranjeros deberán contar con CDI y designar representantes en la República Argentina. Además , deberán establecer un domicilio en la República Argentina, donde serán válidas todas las notificaciones que se realicen en tal carácter ...

⁸ Art. 157 Ley 19.550: La administración y representación de la sociedad corresponde a uno o más gerentes, socios o no, designados por tiempo determinado o indeterminado, en el contrato constitutivo o posteriormente. Podrá elegirse suplentes para casos de vacancia.

Gerencia plural: Si la gerencia es plural, el contrato podrá establecer las funciones que a cada gerente compete en la administración o imponer la administración conjunta o colegiada. En caso de silencio se entiende que pueden realizar indistintamente cualquier acto de administración....

Pero frente a la función propia de la **administración** (faz interna), la norma establece también la posibilidad de que la organización sea **colegial**, debiendo en ese supuesto revestir las decisiones del órgano de administración la forma de un acto colegial colectivo, y por lo tanto deberán respetarse las normas de composición, reunión, quorum, mayorías, etcétera propias de esta forma de funcionamiento, pudiendo además frente a tal supuesto determinarse funciones para cada administrador, las que tendrán su reflejo en la limitación de responsabilidad de los mismos, siendo plenamente aplicables los artículos 59 y 157 de la LGS referidos.

Entendemos que es esta y no otra la interpretación que cabe de esta norma, que lo que ha hecho es reiterar el artículo 157 de la LGS que regula la gerencia: pero en el caso de las SAS, a diferencia de las sociedades de responsabilidad limitada en las cuales la gerencia es el único órgano de la sociedad que tiene por definición la administración y representación de la misma, esto parecería no estar tan claro en esta nueva tipología, atento a que luego el cuarto párrafo de la misma norma refiere por separado a la función de representación.

EL CASO DEL ADMINISTRADOR EXTRANJERO.

Pero lo que más nos ha llamado la atención en la regulación del órgano de administración de esta nueva tipología, es la segunda parte del primer párrafo de la norma bajo análisis, la que establece la posibilidad de que sean administradores “miembros extranjeros”, (a los que se le exige contar con CDI - tema impositivo que se introduce y se mezcla a nuestro criterio sin sentido en la ley), a quienes se les permite designar representantes en la República Argentina.

¿Debemos entender entonces que para el caso de un administrador extranjero de una SAS la función de administrador es delegable en contradicción con lo establecido para cualquier administrador societario?

Insistimos en la aplicación de las normas y principios generales de las sociedades a las SAS, y en consecuencia, entendemos que las personas que componen el órgano de administración, como encargado de determinar el contenido y formación de la voluntad social independientemente de la representación legal, es fundamental, siendo el cargo de administrador personal e indelegable (art. 266 L.G.S.) .

Por su parte, y si bien es posible otorgar poderes especiales a terceros para ciertos y determinados actos (recordando que no existe un en nuestro sistema normativo un catálogo de poderes que pueden delegarse) el alcance o límite cualitativo de los mismos, debe analizarse a la luz del principio rector del artículo 268 ya citado, de las estipulaciones contractuales y de los propios límites intrínsecos del órgano de administración⁹.¹⁰

Siguiendo éstos basamentos, y de igual manera el órgano de administración podría encargar a sujetos particulares la realización de un negocio determinado o de varios negocios particulares pero no podría otorgar un poder general de administración y representación permanente, ya que en éste caso estaríamos, por un lado, violando el principio de la “personalidad” e “indelegabilidad” del ejercicio del cargo de administrador y, por otro, la aceptación de tal posibilidad, implicaría estar dando un paso atrás en la superación de la teoría del mandato puesto que los directores no son mandatarios de la sociedad que puedan sustituir el poder que ostentan, otorgado por la ley¹¹.

De este modo, y de manera similar a la postura planteada, -el rechazo a la constante y frecuente utilización del “apoderado general” en las sociedades anónimas-¹², la posibilidad de la delegar las funciones propias de un administrador en un tercero se basan principalmente en dos fundamentos:

El primero surge de la propia ley y es que la detentación por parte de un sujeto de un poder general de representación puede realizarse sólo en la forma típica societaria permitida, siendo ésta la designación de un administrador, mientras que cualquier otro caso o medio utilizado, resulta un acto evidentemente “contra legem”¹³.

El segundo fundamento es netamente práctico y se basa principalmente en el peligro que implica aceptar, sin más, la actuación generalizada de un sujeto que se encuentra instituido para realizar todo tipo de actos en representación de un administrador de la sociedad, que puede ser dado por tiempo indeterminado, y en base a un poder

⁹ Otras legislaciones cómo la Italiana, expresan, al menos, las funciones que no pueden ser delegadas en la faz interna, incluyendo en éstas últimas a) la redacción del balance (art. 2423 CCI), b) la facultad de aumentar el capital social por delegación fuera de las condiciones del art. 2443 CCI, c) aquellas funciones relativas al caso de reducción del capital por pérdidas (art. 2446 y 2447 CCI).

¹⁰ Filippi Laura – Jure Ramos Solange: Ob cit en nota 2.

¹¹ Filippi Laura – Jure Ramos Solange: Ob cit en nota 2.

¹² Aunque no ha tenido mayor desarrollo en la doctrina ni en la jurisprudencia, principalmente porque el efecto directo, sería la inoponibilidad del vicio frente al tercero.

¹³ Filippi Laura – Jure Ramos Solange: Ob cit en nota 2.

general, siendo que éste actúa con total irresponsabilidad por los actos concluidos, tanto frente al tercero como frente a la sociedad¹⁴.

En efecto, los apoderados -y nosotros agregamos- representantes del administrador, según nuestro ordenamiento, y principalmente por el juego de los artículos 359, 362, 1320 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, absuelven al mandatario en forma total, siempre que actúe en los límites del mandato, por los efectos propios del negocio concluido ¹⁵.

En caso de interpretarse literalmente entonces la norma bajo análisis nos llevaría a efectuarnos la siguiente pregunta: ¿es delegable la función de administrador de un miembro extranjero del órgano de administración de una SAS?

A modo de conclusión, diremos entonces que el legislador mirando la actividad productiva, eje central de la novedosa regulación legal, ha hecho una elección entre los conceptos base del derecho mercantil: la de preferir la “celeridad”, antes que la “seguridad” del tráfico negocial, cuando ambas necesidades por razones de índole jurídica no pueden conciliarse frente a un único acto. Mirando la norma desde la función notarial que siempre apunta a la seguridad de los actos jurídicos, disentimos con la posición adoptada por el legislador en relación a la posibilidad de que el administrador extranjero delegue sus funciones como tal.

¹⁴ Filippi Laura – Jure Ramos Solange: Ob cit en nota 2.

¹⁵ Filippi Laura – Jure Ramos Solange: Ob cit en nota 2.

Abreviaturas:

LGS: Ley General de Sociedades

C.C.C.N. : Código Civil y Comercial de la Nación

SAS: Sociedades por Acciones Simplificadas