

EL REPRESENTANTE DEL ADMINISTRADOR EXTRANJERO EN LA SAS. EJERCICIO DEL MANDATO Y RESPONSABILIDAD

Tomás J. Arecha y Laura Filippi

PONENCIA

El representante del administrador extranjero puede -en el ejercicio de su mandato- cumplir funciones meramente orgánicas o bien realizar funciones ejecutivas y de gestión. En este segundo supuesto, entendemos que en virtud de la regulación del administrador de hecho -art. 52 LACE- y los principios de indelegabilidad del régimen societario general, el régimen de responsabilidad de los administradores se extiende al representante del administrador extranjero designado.



Hasta la sanción de la Ley del Emprendedores, el régimen del derecho societario argentino se organizaba bajo un sistema que estructuraba a las sociedades con limitación de la responsabilidad bajo una regulación con preeminencia de normas imperativas con principios indisponibles, como es el caso del principio de indelegabilidad del cargo de los miembros del órgano de administración.

Como bien lo explica Pérez Hualde ¹, contrario al régimen general, la ley 27.349 respeta en mayor medida la autonomía de la voluntad en diferentes planos. La primera percepción en tal sentido está dada no sólo por la letra de la ley, sino también por el hecho de que con esta fuerte impronta privatista, antepone su texto con escasas normas imperativas, y la consecuente libertad a los socios para su instrumentación, a la propia Ley General de Sociedades (arts. 33 y 36), la que además será de aplicación en tanto sus normas “...se concilien con las de esta ley” (art. 33, in fine). De este modo la ley no sólo tiene un margen mínimo de injerencia, sino que hace de ello una nota distintiva tipificante.

¹ PEREZ HUALDE, Fernando, “La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la Sociedad por Acciones Simplificada”, La Ley, 3/11/2017.

En lo que respecta al órgano de administración la ley 27.349 no asigna un régimen denominativo y funcional típico al órgano de administración de la S.A.S., por lo que los socios pueden escogerlo, denominarlo y estructurarlo como deseen ².

En este orden, el art. 49 de la Ley establece que los socios determinaran la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales. El órgano de administración funcionará de conformidad a las normas previstas en la Ley de Emprendedores, en el instrumento constitutivo, y supletoriamente, por las de la sociedad de responsabilidad limitada y las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades.

La Ley de Emprendedores que incorpora el nuevo tipo social solo establece que la administración y representación estará a cargo de una o más personas humanas, socios o no, designados por plazo determinado o indeterminado en el instrumento constitutivo o posteriormente, debiendo designarse al menos un suplente, en caso de que se prescinda del órgano de fiscalización.

Pues bien, el funcionamiento del órgano de administración se regirá entonces por las reglas de la ley especial (Nº 27.349), que como se puede apreciar contiene normas mínimas de funcionamiento, las estipulaciones estatutarias que incorporen los socios al contrato constitutivo, y supletoriamente por las normas aplicables al órgano de administración de la sociedad de responsabilidad limitada, la gerencia.

En lo que al tema en tratamiento se refiere, es importante destacar que el art. 51 de la LACE dispone que cuando el órgano sea plural, al menos uno de los miembros deberá tener domicilio en el país. Respecto a los miembros extranjeros del órgano de administración se establece que deberán fijar domicilio en la República y designar una representante.

Recordemos que la Ley General de Sociedades dispone que en el resto de los tipos sociales la mayoría de los miembros del órgano de administración deberán tener domicilio real en el país -art. 256 LGS-, por lo que dentro de la flexibilización que importó la sanción del nuevo tipo, la exigencia a que solo uno de los miembros del órgano de la SAS tenga domicilio en la República se enmarca en dicho principio.

Surge además la figura legal del representante del administrador extranjero, absolutamente novedosa en lo que al derecho societario argentino se refiere. En este orden, debe destacarse que la Ley General dispone como principio general la indelegabilidad del cargo y el ejercicio personal del mismo conforme lo dispo-

² VITOLLO, Daniel R., “La Sociedad Anónima Simplificada (SAS), La Ley, 5/10/2016.

ne el art. 266 LGS. En este orden, se prohíbe el voto por correspondencia y solo se permite en caso de ausencia otorgar autorización a otro director a votar en su nombre, siempre que existiere quorum.

En términos de la naturaleza jurídica del representante del administrador, entendemos que nos encontramos ante una relación de mandato, y que bajo tales parámetros deberá analizarse la figura. Sin embargo y a pesar de la determinación de la relación jurídica de esta relación, esta nueva figura no se encuentra exenta de diversas problemáticas que queremos analizar.

En primer lugar analizaremos las funciones que podrá desempeñar el representante legal del administrador. De acuerdo con la normativa de la Ley General de sociedades es posible distinguir dos clases de directores de sociedades anónimas: a) aquellos que además del cargo orgánico desempeñan comisiones especiales o funciones técnico-administrativa de carácter permanente (art. 261) los que suelen denominarse directores *ejecutivos*; y, b) los que solo tienen la administración de la sociedad a tenor de los arts. 255 y ss. concordantes, como funcionario social, necesario y orgánico, denominados por la doctrina directores *de asiento*. En estos términos, y por no expresar la LACE disposición alguna sobre la materia y en el marco de la flexibilidad del nuevo tipo social, consideramos que la clasificación señalada es también aplicable a los administradores de la SAS.

La norma del art. 51 LACE no limita la actuación del representante del administrador extranjero, por lo que entendemos que la actuación del representante legal no se circunscribe únicamente al desarrollo de funciones estrictamente orgánicas o de asiento, sino que también podrá -en ejercicio del mandato otorgado- realizar actos de gestión ordinaria o ejecutivos.

Sin embargo, el régimen de responsabilidad aplicable al mandatario por los actos realizados dependerá del alcance de las funciones efectivamente realizadas. En este orden consideramos que si la función se circunscribe a la asistencia a las reuniones del órgano de administración para expresar el sentido del voto que le fuera instruido por su mandante, el administrador extranjero, el régimen de responsabilidad aplicable será el del mandato, por lo que el representante legal no será responsable por los actos celebrados en nombre e interés del administrador extranjero.

Distinta aparece la solución en el caso de que el representante del administrador extranjero realice en ejercicio del mandato actos de gestión en la sociedad. En este supuesto, el régimen de responsabilidad aplicable al administrador extranjero parecería que se extiende al mandatario.

Sostenemos esta posición en función del régimen del administrador de hecho que prevé el propio ordenamiento de la SAS en su artículo 52. Es así que la norma dispone que el régimen de responsabilidad de los administradores de la

SAS se extiende a cualquier persona humana o jurídica que intervenga en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad cuando, sin ser administrador, su actuación administrativa fuere habitual. Es así que los caracteres estipulados por la norma de la Ley de Emprendedores para definir la figura del administrador de hecho se manifiestan en aquel representante del administrador extranjero que en el ejercicio del mandato lleve a cabo actos de gestión en la sociedad de manera habitual.

Se destaca además que conforme lo dispone la normativa de la Ley de Emprendedores, el art. 49 establece que los socios determinaran la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales. El órgano de administración funcionará de conformidad a las normas previstas en la Ley de Emprendedores, en el instrumento constitutivo, y supletoriamente, por las de la sociedad de responsabilidad limitada y las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades. Por ende, a los administradores de la SAS se le aplica supletoriamente el régimen de responsabilidad de los gerentes de la sociedad de responsabilidad limitada, el que más allá de algunas especiales características determinadas por el art. 157 LGS responde al régimen de responsabilidad de los arts. 59 y 274.

En este orden y conforme al régimen de la Ley General, cualquier acto de delegación en sus funciones que realice el director, ya sea en un comité ejecutivo o en un gerente, importa la extensión de sus funciones al sujeto delegado -art. 270 LGS-. La realización de actos ordinarios de gestión en forma habitual por parte del representante del administrador extranjero podría fácilmente subsumirse en una delegación de facultades, por lo que también bajo esta entelequia, podría aplicarse la extensión de responsabilidad al representante del administrador extranjero, en el caso, como sujeto delegado.