

EL ESTADO NACIONAL COMO ACCIONISTA MINORITARIO. EL INTERÉS SOCIAL Y EL INTERÉS DEL ESTADO. UNA MIRADA DESDE EL DERECHO SOCIETARIO ARGENTINO

Daniel Alejandro Casella¹

SUMARIO

La derogación del régimen de administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones (AFJPs) unificó el sistema previsional en un régimen de reparto único. Por ello las acciones y títulos que anteriormente pertenecían a las AFJPs fueron transferidas al Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto que administra la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS).

Estas tenencias otorgan al fondo de garantía mencionado los derechos políticos, sociales y económicos que les corresponde en su carácter de accionista, incluyendo el derecho de votar la designación de directores y síndicos en estas sociedades. En algunos casos, el fondo en cuestión tiene mayoría suficiente para designar uno o más directores y/o síndicos.

El 25 de julio de 2012 el Poder Ejecutivo Nacional sancionó el Decreto 1278/2012 (el “Decreto”) que tiene por objetivo ordenar la administración de las tenencias accionarias del Estado en estas sociedades y crear un reglamento especial para los representantes y directores designados por el Estado Nacional en las mismas.

Esta ponencia intentará poner una visión crítica sobre la validez del citado decreto pues a entender del autor deroga disposiciones de la ley de

¹ Abogado, Master en Leyes, Tulane University School of Law (EEUU), profesor Adjunto Ordinario de Sociedades Civiles y Comerciales, Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Las opiniones vertidas en el presente trabajo son exclusiva responsabilidad del autor, y no reflejan la opinión de la UADE.

sociedades, tales como la incompatibilidad de los funcionarios públicos para ser directores, y el régimen de responsabilidad y remuneración de los directores.

Esta ponencia intentará acercar una visión crítica a la manto de indemnidad que el decreto proporciona a los administradores nombrados por el Estado, quienes curiosamente pueden ser funcionarios públicos. La ponencia sostiene que los administradores societarios deben proteger siempre el interés social por encima de cualquier otro interés particular o grupal. Este principio se aplica incluso cuando el Estado Nacional —a través de la ANSES— participa en forma minoritaria, pues no existe en este caso un interés superior extrasocial. El Estado es un accionista minoritario de una sociedad comercial y debe ajustarse por ello a lo dispuesto por la Ley de Sociedades Comerciales.



1. Antecedentes. La participación minoritaria del Estado en sociedades comerciales

En el año 2008 por ley 26.425 el Estado Nacional derogó el régimen de administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones (AFJPs) y unificó el sistema previsional en un régimen de reparto único. Las acciones y títulos que anteriormente pertenecían a las AFJPs fueron transferidas al Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto (el “Fondo”) que administra la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES).

De este modo la ANSES devino accionista de Aluar (9,51%); Banco Hipotecario (donde ya tenía la mayoría accionaria, sin gerenciamiento, y ahora recibió un 4,87% adicional); Banco Francés (6,44%); Grupo Financiero Galicia (15,26%); Banco Macro (26,62%); Banco Patagonia (14,66%); Endesa Costanera (13,4%); Edenor (25,27%); Emdersa (20,96%); Pampa Holding (19,35%); Transener (18,78%); Grupo Concesionario del Oeste (21,56%); Consultatio (26,62%); Distribuidora de Gas Cuyana (26,12%); Camuzzi Gas Pampeana (12,65%); Gas Natural Ban (26,63%); MetroGas (7,34%); TGS (22,04%); Juan Minetti (11,31%); Euromayor (9,35%); Cítricos San Miguel (26,96%); Quickfood (8,97%); Molinos Río de la Plata (19,92%); Metrovías (8,55%); S.A. Imp. y Exp. de la Patagonia (Supermercados La Anónima, 20,24%); Siderar (25,97%); Solvay Indupa (16,71%); Socotherm

Americas (18,79%); Mirgor (21,54%); CAPEX (10,73%); Petrobras Energía Participaciones (9,29%); Petrobras Energía (0,95%); Grupo Clarín (9%); Telecom (18,78%) y otros donde la participación recibida de las AFJP es inferior al 5% en cada caso: IRSA, Central Puerto, CRESUD, TENARIS, Alto Palermo, TGN, Ledesma, Telefónica, YPF y Alpargatas.

Estas tenencias otorgan al Fondo los derechos políticos, sociales y económicos que les corresponde en su carácter de accionista, incluyendo el derecho de votar la designación de directores y síndicos en estas sociedades. En algunos casos, el Fondo tiene mayoría suficiente para designar uno o más directores y/o síndicos.

Esta situación no es novedosa. En nuestro régimen nacional se ha admitido que el Estado o sus entidades descentralizadas puedan constituir o formar parte de empresas o sociedades que tengan por objeto la realización de actividades económicas (industriales o comerciales).

El fenómeno del “Estado empresario”, es decir, la asunción por parte del sector público de actividades comerciales o industriales propias de la iniciativa privada, ha dado lugar a la creación de diversas formas societarias, tales como las empresas del Estado (reguladas por la ley 13.653 y modifs.), las “sociedades del Estado” (ley 20.705), “sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria” (arts. 308 a 314, Ley de Sociedades Comerciales 19.550) y “sociedades de economía mixta” (decreto ley 15.349/1946, ratificado por la ley 12.962). Todas ellas fueron frecuentemente utilizadas por el Estado Nacional para el cumplimiento de ese rol.

Los tipos societarios mencionados, si bien admiten coparticipación patrimonial estatal y no estatal, se caracterizan por reservar casi siempre al sector público la participación mayoritaria y el control y gobierno de la sociedad, tal como ocurre en los casos de las sociedades con participación estatal mayoritaria o las sociedades de economía mixta.

En el caso del Fondo, no obstante las importantes porciones accionarias transferidas a ese organismo previsional, en ningún caso importaron otorgarle la mayoría del capital social, ni implicó la modificación del estatus jurídico de sociedades comerciales anónimas que revestían las empresas en cuestión.

Es por ello que en esos casos no se puede incluir a estas empresas dentro del ámbito de la Administración Pública descentralizada, con todas las consecuencias que se derivan de ello, a saber: i) están ajenas al

régimen de administración financiera y sistemas de control del sector público nacional regulados en la ley 24.156, que incluyen a las empresas y sociedades del Estado; y ii) siguen sujetas un régimen de derecho privada, excluyéndose la aplicación de las leyes administrativas, tales como la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549.

La mera transferencia de estas acciones al Fondo no implica la transformación de tales empresas en “sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria” o “sociedades de economía mixta”, ni en ninguno de los otros tipos societarios expresamente previstos para la canalización del “Estado empresario”. Para que se produzca una transformación de esta índole debe mediar un acto jurídico expreso en ese sentido, cumpliéndose los requisitos establecidos para cada uno de estos tipos societarios. Nada de ello ha ocurrido.

Las empresas siguen siendo, entonces, sociedades anónimas con oferta pública de sus acciones, con la única peculiaridad de contar, precisamente por ser de capital abierto, con una participación estatal minoritaria, lo cual no importa sustraer a dichas sociedades del régimen común previsto en la Ley de Sociedades Comerciales 19550. Mientras la participación continúe siendo minoritaria, y no otorgue el control al Estado, la sociedad anónima no estará incluida dentro del concepto de sector público nacional definido en el art. 8° de la ley 24.156.

Cuando el Estado utiliza las formas jurídicas de derecho privado debe despojarse de las prerrogativas de poder público que no guardan correspondencia ni resultan necesarias para el objeto de actividades económicas que se propone realizar.

En consecuencia, tratándose de participaciones minoritarias, y en las concretas circunstancias en las que se produce la participación del Fondo en estas sociedades, la interferencia del derecho administrativo es mínima, pues se limita a la relación jurídica que se establece entre el Estado y sus representantes en la asamblea. No incluye la relación del Estado con directores designados por éste en la sociedad en cuestión.

2. El Decreto 1278/2012 y el interés social

El 25 de julio de 2012 el Poder Ejecutivo Nacional sancionó el Decreto 1278/2012 (el “Decreto”) que tiene por objetivo ordenar la administración de las tenencias accionarias del Estado en estas sociedades y crear un re-

glamento especial para los representantes y directores designados por el Estado Nacional en las mismas.

El Decreto centraliza la administración de estos activos en la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (la "Secretaría"). El Decreto dispone que la Secretaría tendrá a su cargo la ejecución de políticas y acciones que hacen al ejercicio de los derechos societarios de las participaciones accionarias o de capital de empresas donde el Estado Nacional sea socio minoritario, como así también en aquellas sociedades en donde el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas posea tenencias accionarias o de capital. Asimismo, la Secretaría tendrá a su cargo el ejercicio de todos los derechos políticos inherentes a las acciones que integran la cartera del Fondo.

El Decreto aprueba un Reglamento de Representantes y Directores designados por o a propuesta del Estado Nacional (el "Reglamento"). El Reglamento crea un régimen especial que difiere del régimen legal que aplica a los restantes directores y representantes bajo las normas de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y sus modificatorias.

Entre las funciones que deberán cumplir los representantes del Estado Nacional (los "Representantes") se encuentran las de asistir a las asambleas o reuniones de socios y votar cada uno de los puntos del Orden del Día conforme a las instrucciones impartidas por la Secretaría.

El Reglamento establece que los directores designados o propuestos por el Estado Nacional son funcionarios públicos. Los directores deben asumir las responsabilidades propias de su carácter de funcionarios públicos, así como aquellas que surgen de la Ley de Sociedades. No obstante, a su vez el Decreto limita la responsabilidad de los directores dado que dispone que el Estado Nacional garantizará la indemnidad de los mismos siempre que su actuación se haya basado en las Directivas y Recomendaciones impartidas por la Secretaría.

Entre los deberes de los directores se encuentra la obligación del representante de velar porque las acciones que se lleven a cabo contemplen las Directivas y Recomendaciones que imparta la Secretaría, de modo tal que la realización del interés societario se lleve a cabo en resguardo del interés público comprometido.

El Decreto contradice varias disposiciones de la Ley de Sociedades. Siendo un decreto, podría cuestionarse su validez dado que no podría derogar una norma de rango superior como es una ley.

El Decreto establece que los directores designados no estarán alcanzados por las disposiciones del artículo 264, inciso 4° de la Ley de Sociedades Comerciales que prohíbe expresamente ser designados directores a los funcionarios de la Administración Pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad.

En efecto, el Decreto dispone que (i) los directores designados por la Secretaría son “funcionarios públicos” (artículo 4 del Reglamento), (ii) no se les aplica el artículo 264, inc. 4 de la Ley de Sociedades (artículo 12 del Reglamento) y (iii) que *“en caso de tratarse un tema en el directorio social vinculado a la competencia funcional directa del director como funcionario público deberá hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación”* (artículo 12 del Reglamento). Nótese que sólo se refiere a una abstención a intervenir en la deliberación, sin hacerse referencia a una abstención de votar.

El Decreto parece adoptar para las sociedades comerciales en las que el Estado tiene participación minoritaria un sistema de organización del directorio similar (sino idéntico) al de las sociedades en las que el Estado tiene mayoría o a las sociedades de economía mixta.

A diferencia que en las sociedades con participación estatal mayoritaria donde la sociedad se constituye por un interés superior del Estado, y no por un fin de lucro, las sociedades en las que el Estado participa a través del Fondo son sociedades comerciales de carácter privado.

La disposición del Decreto que obliga a los directores a cumplir las instrucciones de la Secretaría les impediría a éstos aplicar criterios propios de administración y podría llevarlos a actuar en contradicción con el interés social de la sociedad que administran. Simplemente deben obedecer lo que la Secretaría les instruya sin que los demás accionistas de la sociedad en cuestión puedan iniciar acción legal alguna contra el cuestionado administrador por los daños que a la sociedad o a los socios haya provocado con su accionar u omisión.

Ello es así pues el Decreto prevé que a los directores se les garantiza indemnidad siempre que su actuación se haya basado en las Directivas y Recomendaciones impartidas por la Secretaría, lo cual difiere con el régimen de responsabilidad previsto por la Ley de Sociedades.

El régimen de responsabilidad de los administradores sociales está presidido por los principios generales del art. 59 de la LSC, conforme

el cual los directores deben obrar con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, bajo apercibimiento de responsabilidad solidaria e ilimitada por daños y perjuicios resultantes de acción u omisión (art. 274 LSC). El sistema responde a la concepción del Código de Comercio de 1862, mantenida en 1889 y obviamente su derogación mediante un Decreto es inconstitucional.

La pregunta es la siguiente: ¿Es comparable el interés social que debe observar el director cuando el Estado es controlante (v.g., con mayoría estatal, arts. 308 ss.) y cuando es accionista minoritario? En el primer caso el interés público es extrasocial, porque es un interés del ente superior o distinto del particular del socio (el del Estado es un interés público, propio de él, incluso divergente o reñido con el del ente). En el segundo caso resulta evidente que la ley 19.550 dispone que los directores deben actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios y teniendo en miras el interés social de la sociedad que administran.

Los administradores deben ser diligentes en el cumplimiento del objeto del vínculo obligacional que los une con la sociedad y los socios. Es por ello que el director ve limitada su discrecionalidad en el ejercicio de la función a la consecución y respeto inmanente e intangible de la actividad constitutiva del objeto social, precedente necesario del logro del interés social.

El interés social no es el interés de la mayoría; sino simplemente el de la sociedad. Como dijera un destacado autor, la sociedad debe ser vista como un instrumento de los socios para lograr su finalidad común, no como una herramienta para oprimirlos o para privarlos de sus derechos. Cuando se hace referencia a los socios, esto los comprende a todos sin excepción, y no solo a una parte de ellos, aunque sean mayoría en número o en capital².

El abuso o exceso de poder en las mayorías sociales se configura cuando, si bien la decisión ha sido obtenida en un acto regular y formal, atiende solo al beneficio o interés particular de quienes contribuyeron con su voto a la conformación de la voluntad social. No basta el mero interés contrario al social, sino que se hace necesario que la decisión haya sido

² MANÓVIL, Rafael M., *Grupos de sociedades*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 570.

tomada en beneficio exclusivo del accionista que impuso su voluntad en el acuerdo³.

Los socios no buscan el beneficio de la sociedad por la sociedad misma, sino porque por su intermedio obtendrán la satisfacción de los intereses personales. Sin embargo, esa satisfacción de intereses personales no puede quedar librada a una mera puja de fuerzas en virtud de la cual triunfe aquel socio que mayor poder tenga. Para ello es que las partes han decidido celebrar el contrato; para reglar las relaciones interpersonales que lo unen y establecer las normas de conducta a seguir. De tal modo, las partes han puesto un límite a sus propias facultades. Se han comprometido a buscar la satisfacción del interés personal siempre por intermedio de la satisfacción del social, de forma que el beneficio que uno obtenga —en tanto importa un beneficio para la sociedad— represente también un beneficio para el otro⁴.

Es por ello que la función fundamental del administrador es proteger siempre el interés social por encima de cualquier otro interés particular o grupal. Este interés social es el de todos los accionistas. Dicha circunstancia se encuentra incluso en los considerandos del Decreto 677/2001, normativa rectora de las sociedades comerciales en las que participa el Fondo.

Quienes desempeñan funciones de director de sociedades emisoras, constituyen órganos sociales y deben ajustar su accionar a la ley y al estatuto, no a los intereses particulares de algunos de los accionistas. Incluso cuando dicho accionista es el Estado Nacional.

Si el Estado Nacional dictare directivas a los directores nombrados por éste que resultan contrarios al interés de la sociedad, serán responsables por los daños ocasionados por dicha acción, conforme lo dispuesto por el art. 59 de la Ley de Sociedades 19.550.

Pero ahí no terminan las irregularidades del Decreto. El Reglamento prevé que los directores (funcionarios públicos designados por la Secretaría en forma directa) no cobrarán directamente sus honorarios de la sociedad. En su lugar, las sociedades deberán depositar en las cuentas

³ LÓPEZ TILLI, Alejandro M., *Las asambleas de accionistas*, editorial Ábaco, Universidad Austral, p. 357.

⁴ LÓPEZ TILLI, ob. cit., p. 358.

bancarias del Ministerio de Economía los montos correspondientes a honorarios de los directores. Luego el Estado Nacional abonará a los directores una remuneración que se calculará sobre la base de dichos honorarios pero sobre un sistema de topes máximos. Es decir, el Decreto prevé que los directores cobrarán una retribución mensual del Estado Nacional en vez de la sociedad en la cual ejercen su cargo. Este régimen de remuneración de directores se contrapone con el que dispone la Ley de Sociedades. Conforme el art. 261 de la LSC todos los administradores son remunerados en forma directa por la sociedad, y no a través de uno de los socios. Menos aún está facultado un socio a disponer discrecionalmente de la remuneración de los directores. En consecuencia, la sociedad comercial no puede verse legalmente obligada a entregar la remuneración dispuesta por el estatuto o la asamblea al Estado, sin violar las disposiciones de la ley de sociedades.

La pregunta que uno se hace es qué clase de independencia de criterio puede tener un director que no sólo está bajo relación de dependencia del Estado sino que además su remuneración es entregada a su empleador, quien luego decidirá cuánto le pagará.

Entiendo que no es posible sostener que bajo estas condiciones el director realice sus tareas con la diligencia y la lealtad que el art. 59 de la ley de sociedades exige sino que dependerá de las directivas e intereses extrasociales del Estado que no resultan superiores al interés de la sociedad comercial, amparándose en la supuesta indemnidad que el decreto 1278/12 le concede.

Ello se contradice abiertamente con el hecho que el director no debería obedecer aquellas directivas que entienda sean contrarias al interés social. Considerando la doctrina y jurisprudencia pacífica en la materia muy probablemente la suerte del decreto esté echada, así como la de aquellos directores que —amparándose en las indemnidades propuestas por el decreto— voten contrariamente a los intereses de la sociedad.

3. Conclusiones

- 1) A diferencia de las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y las sociedades de economía mixta, tratándose de participaciones minoritarias, y en las concretas circunstancias en las que se pro-

duce la participación del Fondo en estas sociedades, la interferencia del derecho administrativo es mínima, pues se limita a la relación jurídica que se establece entre el Estado y sus representantes en la asamblea. No a la relación del Estado con directores de la sociedad en cuestión.

- 2) Los administradores societarios deben proteger siempre el interés social por encima de cualquier otro interés particular o grupal. Este principio se aplica incluso cuando el Estado Nacional —a través de la ANSES— participa en forma minoritaria, pues no existe en este caso un interés superior extrasocial. El Estado es un accionista minoritario de una sociedad comercial y debe ajustarse por ello a lo dispuesto por la Ley de Sociedades Comerciales.
- 3) El Decreto 1278/2012 es de cuestionable validez pues deroga disposiciones de la ley de sociedades, tales como la incompatibilidad de los funcionarios públicos para ser directores, y el régimen de responsabilidad y remuneración de los directores (arts. 264, incs. 4º, 261, 59 y cc. LSC), todo ello en un intento por asimilar este régimen al de los administradores en las sociedades con participación social mayoritaria. El régimen instaurado por el Decreto 1278/2012 permite cuestionar la capacidad de los directores nombrados por el Estado de respetar y cumplir el interés de la sociedad que administran, por encima del interés del Estado como accionista, conforme dicta la Ley de Sociedades Comerciales.