

LOS NUEVOS “DIRECTORES DEL ESTADO” EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES ABIERTAS

Daniel Roque Vítolo

ABSTRACT

Lo que sostenemos en nuestra ponencia puede resumirse de este modo:

a) el decreto 1278/2012 importa una reforma implícita a varios artículos de la ley 19.550;

b) la reforma alcanza al régimen de administración de las sociedades comerciales y —en especial— a las normas contenidas en los arts. 55, 59, 274, 276 y concordantes de la ley 19.550;

c) a partir del decreto 1278/2012 las sociedades anónimas en las cuales el Estado Nacional tenga participación en razón de las acciones que integren el FGS comprendido en el SIPA, y donde su participación societaria le permita designar miembros del Directorio, contarán con un doble régimen de incompatibilidades, deberes, obligaciones y responsabilidad para los directores —dependiendo a propuesta de quién ha sido designado el director—;

d) también existirá un doble régimen —categorías— de derechos por parte de los accionistas para munirse de información y documentación societaria, dependiendo de si el accionista es el Estado Nacional o un particular —persona física o jurídica—;

e) habrá un doble régimen —también— de responsabilidad de los administradores y directores, dependiendo de si los mismos han sido designados a propuesta del Estado Nacional o de otro accionista; y —finalmente—

f) habrá un doble régimen aplicable a los supuestos de interés contrario —art. 272—; actividad en competencia —art. 273—; extinción de responsabilidad —art. 275—; y remoción —arts. 262, 265, 276—; entre otros.

Este nuevo régimen con forma una distorsión del sistema societario; otorga derechos asimétricos a los accionistas; y afecta al interés social de las sociedades afectadas.



PONENCIA

1. El Decreto 1278/2012 y el régimen diferenciado de los Directores designados a propuesta del Estado Nacional

Con fecha 25 de julio de 2012, la Presidente de la República dictó el decreto 1278/2012 con el objeto de establecer la competencia —dentro del ámbito del Poder Ejecutivo Nacional— para la actuación de los representantes y directores designados para el ejercicio de los derechos conferidos por las acciones o participaciones accionarias del Estado nacional en sociedades y empresas —especialmente aquellas donde el estado tiene participación debido a lo dispuesto por la ley 26.425 de creación del SIPA—.

Se señala —en los considerandos de la norma— que ya el decreto 2102/2008 le había atribuido a la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas la competencia para entender en la ejecución de las políticas y acciones que hacían al ejercicio de los derechos societarios de las participaciones accionarias o de capital de empresas donde el Estado Nacional fuera socio minoritario, como así también en aquellas sociedades donde el citado Ministerio poseyera tenencias accionarias o de capital, e instruir a los representantes del Estado Nacional en las mismas; y que —posteriormente— por decreto 2085/2011 había otorgado competencia a la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas para coordinar la gestión de los directores que representaran al accionista Estado Nacional, en función de los objetivos establecidos para las empresas con participación estatal y de acuerdo a los lineamientos estratégicos de la política económica.

Entendiendo entonces —la Presidente— que el Sistema Previsional Público debe considerarse un “bien público”¹, cuya correcta administración reviste prioridad para el Estado Nacional, en cuanto opera como garantía de cobertura e inclusión social, a fin de garantizar y preservar la sustentabilidad del Régimen Previsional resultaba necesario concentrar la información normativa y de gestión relativa a las participaciones accionarias que componen el FGS², ello a fin de unificar la toma de decisiones para llevar adelante planes de acción consistentes con las políticas de desarrollo económico implementadas a nivel nacional.

Y es a ese fin que estimó conducente asignar a esta última Secretaría de Estado³, el ejercicio de los derechos políticos inherentes a las acciones que integran la cartera de inversiones del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto creado por el decreto 897/07, otorgando un marco de referencia a su actuación, dictando el reglamento de Representantes y Directores designados por las acciones o participaciones Accionarias del Estado Nacional “...*cuyos Derechos Políticos ejerce la precitada Secretaría...*”

2. Caracterización de los Directores designados a propuesta del Estado y de su relación con la sociedad

El Reglamento confiere expresamente a los Directores designados en sociedades comerciales titulares de empresas privadas en las cuales el Estado resulte accionista, el carácter de funcionarios públicos, regulando también los honorarios que habrán de percibir por su función⁴.

Es decir que el Director designado a propuesta del Estado queda equiparado —más fuerte aún, es igual— a cualquier otro sujeto que se desempeña en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación

¹ Ver los considerandos del decreto respectivo.

² Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino, creado por decreto 897/2007 y modificado por el decreto 2103/2008.

³ La Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

⁴ Ver normas del decreto 1278/2012.

a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado⁵; y desempeña una función pública tal como ella es considerada por las normas aplicables⁶, y de carácter: a) temporal⁷; b) remunerada; y c) realizada en nombre del Estado y al servicio del Estado o sus entidades⁸.

En efecto, el art. 4º del Reglamento aprobado por el decreto 1278/2011, señala que los Directores que resulten designados en las sociedades en las cuales el Estado nacional resulte accionista son *funcionarios públicos*⁹ y que tendrán las funciones, deberes y atribuciones que establecen las leyes

⁵ Para un análisis más completo y profundo de esta ponencia puede consultarse VÍTOLO, Daniel Roque, Hacia una nueva realidad en materia de administración societaria en la empresa privada: los “Directores del Estado”, ED, 2012.

⁶ Ver ley 25.188.

⁷ La función del Director es eminentemente temporal, en razón de las limitaciones impuestas por el art. 257 de la ley 19.550.

⁸ Ver ley 25.188.

⁹ Y se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético: a) Cumplir y hacer cumplir estrictamente Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno; b) Desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana; c) Velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular; d) No recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello; e) Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan; f) Proteger y conservar la propiedad del Estado y sólo emplear sus bienes con los fines autorizados. Abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados; g) Abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa; h) Observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia razonabilidad; i) Abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en ley procesal civil.

Todos estos sujetos —además— deberán observar como requisito de permanencia en el cargo, una conducta acorde con la ética pública en el ejercicio de sus funciones. Si así no lo hicieran serán sancionados o removidos por los procedimientos establecidos en el régimen propio de su función. Ver—al respecto— la ley 25.188.

17.811¹⁰, 19.550¹¹, 25.188¹², y 26.425¹³ cuando las acciones que hubieran dado lugar a su designación integrasen el FGS, las normas aplicables a la sociedad en la que actúan y las que emergen del Reglamento.

El decreto no señala ni dispone cuál el orden de prioridad normativa para la interpretación de la conducta del director, ni la preeminencia de las normas en el caso de conflicto entre disposiciones contenidas en ellas —tampoco lo hace el Reglamento—; sin embargo, del contenido de la totalidad del texto del decreto y del Reglamento aprobado, parecería que el norma superior —en todos los casos— sería el acto administrativo particular dictado por la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, por el cual se instruye al Director en cada caso concreto¹⁴. Sobre esto volveremos más adelante.

En ejercicio de la competencia reconocida por el artículo 1º del decreto 1278/2012, la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo¹⁵, tendrá a su cargo —además de las correspondientes a la representación del estado como accionista— respecto de los Directores o Administradores por las acciones que integran la cartera de inversiones del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto—¹⁶ las siguientes acciones:

a) Implementar un sistema de información que permita el monitoreo permanente del desempeño de las sociedades o entidades alcanzadas por el decreto.

¹⁰ Sistema actualizado que regula en forma integral todo lo referente a la oferta pública de títulos valores, organización y funcionamiento de las bolsas de comercio y mercados de valores y la actuación de las personas dedicadas al comercio de aquéllos.

¹¹ Ley de Sociedades Comerciales.

¹² Se trata de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, que regula los deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías. Objeto y Sujetos. Deberes y pautas de comportamiento ético. Régimen de declaraciones juradas. Antecedentes. Incompatibilidades y conflicto de intereses. Régimen de obsequios a funcionarios públicos. Prevención sumaria. Comisión Nacional de Ética Pública. Reformas al Código Penal. Publicidad y divulgación

¹³ Ley del Sistema Integrado Previsional Argentino.

¹⁴ Véase decreto 1278/2012.

¹⁵ Del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

¹⁶ Creado por decreto 897/2008.

b) Impartir directivas y recomendaciones a los Directores o Administradores designados a propuesta del Estado Nacional, a fin de que la administración de los negocios sociales resguarde el interés público comprometido en la actuación de la sociedad.

c) Llevar a cabo todas las acciones que fueran necesarias para el cumplimiento del objeto del decreto 1278/2012¹⁷.

3. Los deberes diferenciados correspondientes a los Directores del Estado

Por su parte, los arts. 6º y 7º del Reglamento señalan que los Directores deben actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, contemplando en su accionar: i) el interés social; y ii) las directivas y recomendaciones que emita la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Lo que no explica el Reglamento es qué ocurre en los casos de contradicción o incompatibilidad entre ambos escenarios; sin embargo, si se relaciona esta disposición con las normas de la ley 25.188¹⁸, y el régimen de indemnidad que el Estado otorgará a estas personas por su actuación, en la medida en que sigan y cumplan con las directivas y recomendaciones que les imparta la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no caben dudas que la intención del legislador —en este campo— estará dirigida a privilegiar el interés del Estado y de las políticas públicas frente al interés social de la sociedad en la cual los Directores designados a propuesta del estado se desempeñan¹⁹.

¹⁷ Es decir, como lo señalan los considerandos del decreto 1278/2012, garantizar y preservar la sustentabilidad del Régimen Previsional resulta necesario concentrar la información normativa y de gestión relativa a las participaciones accionarias que componen el aludido Fondo, ello a fin de unificar la toma de decisiones para llevar adelante planes de acción consistentes con las políticas de desarrollo económico implementadas a nivel nacional.

¹⁸ Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública que regula los deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías.

¹⁹ La Presidente explicó en su momento —22/10/2008— al girar el proyecto al Congreso, que “este cambio estructural” —la suspensión del SIJP y la creación del SIPA—, formaba parte de la estrategia del Gobierno para mantener las tasas de empleo y la actividad económica, en momentos que el mundo era afectado por una cri-

En lo que se refiere a deberes particulares, el art. 7º del Reglamento establece que los Directores designados a propuesta del Estado tendrán los siguientes deberes, sin perjuicio de los que establecen las leyes 17.811, 19.550, 25.188 y 26.425:

a) Informar de inmediato a la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo²⁰ las convocatorias a las reuniones de los órganos societarios —Asambleas, Directorios, Comité Ejecutivo y Comité de Auditoría—, detallando el orden del día a tratar. En particular, deberán informar con suficiente antelación las Asambleas en las que se considere la designación de Directores e integración de la Comisión Fiscalizadora, para que se gestionen las propuestas pertinentes.

b) Velar porque las acciones que se lleven a cabo en cumplimiento del objeto social y en beneficio de la sociedad, contemplen las Directivas y Recomendaciones que imparta la mencionada Secretaría, de modo tal que la realización del interés societario se lleve a cabo resguardando el interés público comprometido en las participaciones societarias que depende el Estado Nacional.

c) Solicitar mensualmente informes de gestión de la empresa, analizar la documentación vinculada al Orden del Día establecido e informar a la mencionada Secretaría su opinión sobre los puntos que resulten relevantes o de interés para la gestión empresarial o las políticas de desarrollo económico que disponga la citada Secretaría de Estado.

d) Asistir a las reuniones convocadas por la Secretaría —de quien dependen—, o el área que ésta indique.

sis financiera global que tiene epicentro en los Estados Unidos. Según indicó en esa oportunidad, el objetivo de tan drástica medida era darle "previsibilidad" al sistema jubilatorio argentino. Además, respondió las críticas de la oposición manifestando "Hemos escuchado hablar que el Gobierno viene a hacer un saqueo. La única motivación es rescatar de la incertidumbre a nuestros futuros jubilados y a los que hoy en día están en el régimen de capitalización". Además, explicó que —en aquel momento— una caída de la Bolsa se reflejaba en las futuras jubilaciones y con el nuevo sistema previsional se buscará eliminar esta situación". Finalmente, aseguró la Presidente que el proyecto para eliminar la jubilación privada se había "con la convicción y la tranquilidad de ser coherentes en todas y en cada una de las decisiones tomadas" por el Gobierno. Véanse medios periodísticos nacionales e internacionales del 22/10/2008.

²⁰ De la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

e) Remitir a la Secretaría, o al área que ésta indique, copia de las Actas de Directorio y de Asamblea, balances auditados, informes de gestión, presupuestos anuales e inversiones, entre otros, y prestar la colaboración necesaria para el cumplimiento de las acciones propias de la misma —es decir de la Secretaría o del área correspondiente—.

f) Informar a la Secretaría, los hechos, actos, omisiones o conductas que sean de su conocimiento, susceptibles de acarrear perjuicios para el patrimonio público, lesionar el interés estatal, o que puedan configurar omisiones y/o transgresiones en materia tributaria, aduanera o previsional, o conductas dolosas pasibles de denuncia penal, sin perjuicio de las denuncias que se encuentre obligado a efectuar *en su carácter de funcionario público*, como también todo hecho que estime relevante para la gestión de la empresa o el cumplimiento de las Directivas y Recomendaciones emitidas por la citada Secretaría.

g) Dar pronto tratamiento a los pedidos de información y acceso a la documentación que le formule la Secretaría, con la periodicidad que ésta establezca, un informe acerca del desempeño económico, financiero y de gestión de la sociedad en la que actúe.

Si el cumplimiento de las funciones a cargo de los Directores se viera impedido o dificultado por acciones llevadas adelante por la sociedad, otros miembros del Directorio o de otros órganos sociales o terceros, deberán comunicarlo al órgano de fiscalización societaria y a la Secretaría²¹.

Como puede advertirse, estamos frente a una nueva *categoría de Directores: los directores mandatarios del accionista que cumplen funciones en la sociedad comercial como funcionarios de dicho accionista que es el Estado —funcionarios públicos— y responsables de velar por el interés público comprometido en las participaciones societarias que detente el Estado Nacional.*

Y estos funcionarios públicos —Directores de la sociedad— deberán desarrollar su labor —principalmente y según lo establece el decreto de necesidad y urgencia dictado— en *protección del Estado*, y la información societaria y de negocios a la que tuvieran acceso con motivo u ocasión de su cargo quedará exenta del deber de confidencialidad y del secreto societario y de las limitaciones impuestas por las leyes en la materia, para

²¹ Ver art. 24.

quedar liberados al conocimiento del Estado, sin que éste deba pasar ni transitar los canales societarios regulares respectivos para acceder a la misma²².

Ello altera las normas de los arts. 55, 294 y concordantes de la ley 19.550, importando una reforma implícita de la regulación en esta materia.

3.1. Régimen particular de incompatibilidades

El art. 264 de la ley 19.550 señala cuáles son las prohibiciones e incompatibilidades para ser designado Director o Gerente de una sociedad anónima; sin embargo para el caso de los Directores designados en sociedades comerciales, a propuesta del Estado Nacional, a dichas incompatibilidades deben agregarse las que surgen de la ley 25.188 en razón de que éstos revisten el carácter de funcionarios públicos.

Así, tendrán incompatibilidad para²³:

a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades;

b) ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones²⁴.

Del mismo modo, si al momento de su designación el funcionario se encuentra alcanzado por alguna de las incompatibilidades mencionadas, deberá²⁵:

a) Renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo.

²² La información para el accionista tiene un tratamiento particular en la ley 19.550 cuando la sociedad cuenta con órgano de fiscalización, y debe canalizarse a través de la Comisión Fiscalizadora.

²³ Véase art. 13 de la ley 25.188.

²⁴ Se trata de la de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

²⁵ Véase art. 15 de la ley 25.188.

b) Abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos TRES (3) años o tenga participación societaria.

Estas incompatibilidades se aplicarán sin perjuicio de las que estén determinadas en el régimen específico de cada función —es decir, las incluidas en la ley 19.550—.

También les serán aplicables a estos funcionarios las normas relativas a “obsequios”, de donde estos directores no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática —podríamos denominarlos también institucionales o de marketing— la autoridad de aplicación²⁶ reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación o al patrimonio histórico- cultural si correspondiere²⁷.

Adicionalmente, estos Directores —a diferencia de los demás— deberán presentar una declaración jurada patrimonial integral²⁸ dentro de

²⁶ Se trata de la Comisión Nacional de Ética Pública, creada por la ley 25.188.

²⁷ Véase art. 18, ley 25.188.

²⁸ La declaración jurada deberá contener una nómina detallada de todos los bienes, propios del declarante, propios de su cónyuge, los que integren la sociedad conyugal, los del conviviente, los que integren en su caso la sociedad de hecho y los de sus hijos menores, en el país o en el extranjero. En especial se detallarán los que se indican a continuación: a) Bienes inmuebles, y las mejoras que se hayan realizado sobre dichos inmuebles; b) Bienes muebles registrables; c) Otros bienes muebles, determinando su valor en conjunto. En caso que uno de ellos supere la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000) deberá ser individualizado; d) Capital invertido en títulos, acciones y demás valores cotizables o no en bolsa, o en explotaciones personales o societarias; e) Monto de los depósitos en bancos u otras entidades financieras, de ahorro y provisionales, nacionales o extranjeras, tenencias de dinero en efectivo en moneda nacional o extranjera. En sobre cerrado y lacrado deberá indicarse el nombre del banco o entidad financiera de que se trate y los números de las cuentas corrientes, de cajas de ahorro, cajas de seguridad y tarjetas de crédito y las extensiones que posea. Dicho sobre será reservado y sólo deberá ser entregado a requerimiento de la autoridad señalada en el artículo 19 o de autoridad judicial; f) Créditos y deudas hipotecarias, prendarias o comunes; g) Ingresos y egresos anuales derivados del trabajo en relación de dependencia o del ejercicio de actividades independientes y/o profesionales; h) Ingresos y egresos anuales derivados de rentas o de sistemas previsionales. Si el obligado a presentar la declaración jurada estuviese inscripta en el régimen de impuesto a las

los treinta días hábiles desde la asunción de sus cargos y actualizar dicha información contenida en esa declaración jurada anualmente y presentar una última declaración, dentro de los treinta días hábiles desde la fecha de cesación en el cargo²⁹.

Finalmente, si bien se les permite el desempeño de otras funciones, deberán respetarse ciertas compatibilidades funcionales establecidas por el decreto 8566/1961³⁰.

4. El cuádruple régimen de responsabilidad de los Directores designados a propuesta del Estado Nacional

La ley 19.550 tiene normas concretas en materia de responsabilidad de los Directores de sociedades anónimas, las cuales están contenidas en

ganancias o sobre bienes personales no incorporados al proceso económico, deberá acompañar también la última presentación que hubiese realizado ante la Dirección General Impositiva; i) En el caso de los incisos a), b), c) y d), del presente artículo, deberá consignarse además el valor y la fecha de adquisición, y el origen de los fondos aplicados a cada adquisición. Véase al respecto los arts. 6 y siguientes de la ley 25.188.

²⁹ Véase arts. 4 y 5, inciso u) de la ley 25.188.

³⁰ Tales como que se autorizan únicamente las acumulaciones expresamente citadas en dicha norma, las que estarán condicionadas en todos los casos a que se cumplan los siguientes extremos, sin perjuicio de las exigencias propias de cada servicio en particular: a) que no haya superposición horaria, y que entre el término y el comienzo de una y otra tarea exista un margen de tiempo suficiente para permitir el normal desplazamiento del agente de uno a otro lugar de trabajo, circunstancia que deberá verificar, bajo su responsabilidad, la autoridad encargada de aprobar la acumulación denunciada (Artículo sustituido por decreto 1412/63); b) que se cumplan integralmente los horarios correspondientes a cada empleo; queda prohibido por lo tanto acordar o facilitar el cumplimiento de horarios especiales o diferenciales, debiendo exigirse el cumplimiento del que oficialmente tenga asignado el cargo. A estos efectos se entiende por horario oficial el establecido por el Poder Ejecutivo Nacional o por autoridad competente para el servicio respectivo; c) que no medien razones de distancia que impidan el traslado del agente de uno a otro empleo en el lapso indicado en a), salvo que entre ambos desempeños medie un tiempo mayor suficiente para desplazarse; d) que no se contrarie ninguna norma de ética, eficiencia o disciplina administrativa inherente a la función pública tales como: parentesco, subordinación en la misma jurisdicción a un inferior jerárquico, relación de dependencia entre los dos empleos y otros aspectos o supuestos que afecten la independencia funcional de los servicios. Entiéndase expresamente que las excepciones para acumular cargos son excluyentes entre sí y por tanto el interesado sólo puede ampararse en una de ellas. La circunstancia de encontrarse en determinada alternativa, de hecho elimina la posibilidad de acogerse simultáneamente a otra franquicia.

los arts. 59, 274 y concordantes, pero el Reglamento aprobado por el decreto 1278/2012 va más allá, imponiendo ciertos regímenes adicionales de responsabilidad en un juego de alternativas según sea el caso concreto bajo el cual deba ser analizada la conducta del Director designado a propuesta del Estado.

4.1. La responsabilidad societaria ordinaria

El art. 5 del Reglamento mencionado dispone, en primer lugar que los Directores deben asumir las responsabilidades ilimitadas y solidarias que —para dicho— cargo impone la ley 19.550.

Así el Director será ilimitada y solidariamente responsable —junto a los demás directores— por los daños causados a la sociedad por no haberse desempeñado con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios —art. 59— y también por los daños causados con motivo de haber actuado con culpa grave, abuso de facultades o haber incurrido en conductas violatorias de la ley, el estatuto o el reglamento de la sociedad —art. 274—.

Y en esto la responsabilidad será compartida junto al resto de los miembros del directorio, salvo que hubiera oportunamente votado en contra de la decisión correspondiente, dando noticia al síndico antes de que su responsabilidad sea denunciada al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial —art. 274 *in fine*—.

4.2. La responsabilidad personal del Director por su obrar según otras leyes

Adicionalmente, el mismo artículo 5º del Reglamento dispone que los Directores designados a propuesta del Estado deberán responder por las responsabilidades que pudieran caberles en materia penal, civil, administrativa y profesional.

Se trata en este caso de una responsabilidad impuesta por otras normas —no las societarias— a los directores de sociedades anónimas, tales como las leyes 20.744 en materia laboral; 11.683, 24.769, 25.292, 26.735, y otras en materia tributaria; 25.156 en materia de Derecho de la Competencia; 24.051, 25.612, en materia ambiental; el Código Aduanero y otras,

respecto de las cuales nos hemos ocupado en una obra específica, a la cual remitimos³¹.

4.3. *La responsabilidad como funcionarios públicos*

En tercer lugar, la norma legal mencionada —dec. 1278/2012— dispone que dichos Directores deberán asumir —también— las responsabilidades propias de su carácter de funcionarios públicos, lo cual se encuentra regido por la ley 25.188, en cuanto a su procedimiento.

A tal efecto, también debe tenerse en cuenta las normas residuales de la ley 22.140 del Régimen Básico de la Función Pública la cual, si bien fue derogada por el art. 4 de la ley 25.164, sigue rigiendo la relación laboral del personal del Estado Nacional, como régimen supletorio del Convenio Colectivo de Trabajo aprobado por decreto 214/2006³², aplicable al Ministerio de Economía y Finanzas³³, al que pertenece la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo.

4.4. *La responsabilidad sustituta*

Finalmente, la norma dispone que el Estado nacional garantizará la *indemnidad de los Directores designados a su propuesta*, cuando la actuación en virtud de la cual se pretendiese hacer valer su responsabilidad, se basase en el cumplimiento de las directivas y recomendaciones que hubieran sido emitidas por la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

A tal efecto, si como consecuencia del desempeño de sus funciones los Directores designados en representación del Estado Nacional, fueren requeridos, intimados o imputados por el ejercicio de tales responsabilidades, la Secretaría, con asistencia de la Procuración del Tesoro de la Nación, atenderá y proveerá con la urgencia requerida, lo necesario para asegurar su defensa, representación, patrocinio legal o asistencia especializada en la materia. Es decir que el accionista —Estado Nacional— concurre, a su costa, en apoyo y rescate de *su Director*.

³¹ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales*, ed. Legis, Buenos Aires, 2006.

³² La ley 25.188 no es sustitutiva de la 22.140.

³³ Que a ese momento se denominaba Ministerio de Economía y Producción. Véase decreto 1252/2007.

4.5. Excepciones a la asistencia en casos de imputación de responsabilidad

El Reglamento también dispone que no procederá la asistencia mencionada en el acápite anterior cuando:

a) se hubiera determinado sumariamente la existencia de dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones por parte del Director; o

b) cuando en su actuación éste no hubiera contemplado las Directivas o Recomendaciones impartidas por la Secretaría.

Es decir que, *contrario sensu*, debe interpretarse un régimen muy particular de asistencia: *sólo se le brindará asistencia al Director obediente; es decir a aquel al cual se le impute responsabilidad por una conducta que sea consecuencia de haber cumplido con las directivas emanadas de la Secretaría —es decir del accionista “Estado”—, aunque se hubiera constatado que —aún sin directivas concretas— en su actuación, no actuó con la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios o abusó de sus facultades o que violó la ley, el estatuto o el reglamento —supuestos éstos últimos no incluidos en la excepción*³⁴.

5. Régimen especial de remoción

Dentro del convenio que deben suscribir los Directores designados por el Estado con la Secretaría, existe una cláusula particular mediante la cual se establece que el incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones impuestas en dicho convenio y/o en el Reglamento, hará que se suspenda el pago estipulado —por parte del Estado— a favor del director, así como de ser removido de la función que ejerce el Director en la sociedad, sin perjuicio de las acciones que se le puedan interponer por mal desempeño en su carácter de funcionario público. Adicionalmente, se dispone que la suspensión del pago se hará efectiva desde el preciso momento en que se configure la violación.

Como puede observarse esta norma es de una enorme imprecisión y de muy difícil implementación —salvo en lo que hace a que el Estado pueda suspender el pago de la remuneración que abona al director en su

³⁴ Que sólo comprende —fuera de la desobediencia de las instrucciones— los supuestos de culpa grave y dolo.

carácter de funcionario público y en virtud del contrato suscripto con el mismo—³⁵.

En efecto; para remover a un Director se requiere de una decisión del órgano de gobierno —asamblea ordinaria—³⁶:

a) si es sin justa causa —remoción *ad nutum*—, por mayoría de votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión³⁷;

b) si es por justa causa, bajo el mismo régimen que el indicado en a) o por acción judicial³⁸; y

c) si es sin justa causa, pero el Director ha sido designado por una asamblea de clase³⁹, la remoción debe hacerse por la asamblea de accionistas de la clase⁴⁰, salvo los casos de los arts. 264⁴¹ y 276⁴².

Quiere decir entonces, que no alcanza a comprenderse cómo podrá el Estado remover por sí mismo al Director que lo representa, sin intervención de los órganos societarios correspondientes para convocar a la asamblea y sin la decisión de ésta.

Recordemos que aún si el director hubiera sido designado a instancia del estado por el mecanismo de voto acumulativo, no tiene el accionista que recurrió a tal sistema de elección el derecho de remover por sí al director o a los directores así elegidos. Y aún si lo hubiera hecho por asamblea de clase, se requiere de la convocatoria y realización de la asamblea de clase para proceder a la remoción o reemplazo del director.

Finalmente, cabe destacar que tampoco puede llevarse al seno de la sociedad un conflicto con el Director porque ésta haya incumplido con un contrato particular que ha celebrado con el Estado Nacional en los términos del decreto 1278/2012 —cuestión ajena totalmente a la sociedad—.

³⁵ Cuyo modelo está reglado por el decreto 1278/2012.

³⁶ Art. 234, ley 19.550.

³⁷ Véanse art. 243, 265 y 276 de la ley 19.550.

³⁸ Véase art. 276 de la ley 19.550.

³⁹ Véase art. 262 de la ley 19.550.

⁴⁰ Véase art. 262 de la ley 19.550.

⁴¹ Remoción del inhabilitado; véase además art. 264 de la ley 19.550.

⁴² Decisión de promover la acción social de responsabilidad que importa la remoción del director afectado.

6. Remuneración

También el régimen de remuneración es particular, pero su tratamiento excedería la extensión permitida a la ponencia por lo que, para su tratamiento, derivamos a otro trabajo publicado al respecto⁴³.

7. Ponencia

Como puede advertirse, las normas contenidas en el decreto de necesidad y urgencia 1278/2012 presentan características muy particulares que abren un fuerte debate en la doctrina —y lo abrirán también, seguramente, en la jurisprudencia judicial y administrativa— sobre sus alcances y su validez.

La presente ponencia, que afirma nuestra posición expresada anteriormente⁴⁴, no pretende conformar un análisis acabado de este nuevo fenómeno configurado por la irrupción del Estado Nacional en los directorios de sociedades titulares de empresas privadas, como consecuencia del dictado de la ley 26.425 que creó el SIPA, y del decreto 867/2008 —modificado por el decreto 2103/2008— que creó el FGS, sino sólo efectuar una aproximación al tema y formular algunas reflexiones preliminares a modo de contribución para una mejor comprensión de esta nueva realidad.

En tal sentido —y con el carácter provisional mencionado—, sostenemos a modo de ponencia que:

a) el decreto 1278/2012 importa una reforma implícita a varios artículos de la ley 19.550;

b) la reforma alcanza al régimen de administración de las sociedades comerciales y —en especial— a las normas contenidas en los arts. 55, 59, 274, 276 y concordantes de la ley 19.550;

c) a partir del decreto 1278/2012 las sociedades anónimas en las cuales el Estado Nacional tenga participación en razón de las acciones que integren el FGS comprendido en el SIPA, y donde su participación societaria le permita designar miembros del Directorio, contarán con un doble régimen de incompatibilidades, deberes, obligaciones y responsabilidad

⁴³ Ver VÍTOLO, Daniel Roque, *Hacia una nueva realidad en materia...*, cit.

⁴⁴ Ver VÍTOLO, Daniel Roque, *Hacia una nueva realidad en materia...*, cit.

para los directores —dependiendo a propuesta de quién ha sido designado el director—;

d) también existirá un doble régimen —categorías— de derechos por parte de los accionistas para munirse de información y documentación societaria, dependiendo de si el accionista es el Estado Nacional o un particular —persona física o jurídica—;

e) habrá un doble régimen —también— de responsabilidad de los administradores y directores, dependiendo de si los mismos han sido designados a propuesta del Estado Nacional o de otro accionista; y —finalmente—;

f) habrá un doble régimen aplicable a los supuestos de interés contrario —art. 272—; actividad en competencia —art. 273—; extinción de responsabilidad —art. 275—; y remoción —arts. 262, 265, 276—; entre otros.

Este nuevo régimen con forma una distorsión del sistema societario; otorga derechos asimétricos a los accionistas; y afecta al interés social de las sociedades afectadas.