

LAS FRONTERAS DE LA TIPICIDAD. A PROPÓSITO DEL DECRETO 1278/12

María Celia Marsili

PROPUESTA

- La adopción de un tipo societario específico tiene como consecuencia, en la legislación societaria argentina, erigir una valla de protección que ha de mantenerse estricta e invulnerable a fin de garantizar adecuadamente los intereses de socios y terceros.
- La afectación de caracteres esenciales del tipo, introducida por vías de legislación complementaria, importa la modificación, con independencia de la voluntad de los participantes, de la atribución inicial fruto del convenio privado.
- La legislación vigente en materia societaria no se caracteriza por ser una normativa de “default terms” sino que constituye un armazón consistente a la que las partes ajustan sus necesidades empresarias y con estos alcances debe atenderse a la elección tipológica y a la subsistencia de los requisitos fijadas para ésta.
- Debe evitarse la desfiguración y debilitamiento tipológico mediante normativas que responden a situaciones circunstanciales, de modo de tutelar las concepciones estructurales asumidas en el ámbito de la libertad contractual, como modo de proteger la seguridad jurídica y la estabilidad de las inversiones.
- La afectación de la tipicidad de la sociedad anónima que hace oferta pública de sus acciones, que provoca la regulación contenida en el Decreto 1278/12, ha de ser corregida, priorizando el interés social y la estructura orgánica, en el marco de la situación planteada por la participación del Estado Nacional como accionista minoritario en las sociedades que cotizan.

I. La tipicidad de la sociedad comercial en la Ley 19550. Reflexiones generales

La importancia de la tipicidad está conectada a la necesidad de recurrir al marco normativo en el espacio delimitado como obligatorio o no dispositivo o a la posibilidad de así hacerlo como normas integrativas, cuando no se ha previsto su regulación estatutaria.

En la ley 19.550 la tipicidad aparece como protagonista principal de la estructura societaria a través de la forma extrínseca legal (artículo 1º). Hemos sostenido que, de esta manera, la ley adoptó con fiereza el principio de la tipicidad¹.

En este sentido, Fargosi enseña que la ley 19.550 y otras contemporáneas respondieron a la filosofía basada en que las leyes de sociedades contuvieran numerosas normas de orden público, superada por tendencias más actuales que promueven la limitación de las normas imperativas o indisponibles, posibilitando así, que la estructura social se adecue mejor a los emprendimientos que dieron razón de ser a la constitución de la sociedad².

En nuestra opinión, la tipicidad en la ley 19.550, conforme resulta de sus artículos 1º y 17 es un presupuesto esencial para tener por configurada a la sociedad comercial y para atribuirle personalidad.

El referido condicionamiento parece del todo razonable, si se tiene en cuenta que cuando se establece que el particular no puede moverse más que en un cuadro predeterminado y que el actuar del particular encuentra sus límites en normas imperativas y en los principios de orden público, no tanto se atribuye a las normas del ordenamiento estadual la función de determinar una competencia, sino que se les conserva la función propia de normas reguladoras del negocio que con el acto de autonomía privada se ha creado. Se trata así, de fijar límites dentro de los cuales la operación económica puede encontrar su tutela en el ordenamiento jurídico y,

¹ MARSILI, María Celia, "Sociedades comerciales. El problema de la tipicidad", ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2003, pág. 45.

² FARGOSI, Horacio, Conferencia "Orientaciones y perspectivas del derecho societario", pronunciada en UADE el 24-4-2001 publicada en Revista Electrónica de Derecho Societario, sec. Doctrina, nº 6, agosto de 2001, www.societario.com.

de allí, los instrumentos de realización de los intereses que por medio de ellas las partes persiguen³.

Si bien se mira, como lo señala Angelici, la fenomenología societaria en general y, la de la sociedad anónima en particular, no son susceptibles de considerar sin la “cooperación” de un ordenamiento, aunque si, dentro de ciertos límites, es posible para los privados negociar la elección del ordenamiento al cual se refieren⁴. Consecuentemente, las reglas organizativas de la sociedad, su estatuto, resultan de la concurrencia y combinación de fuentes heterogéneas: legislativa, de autonomía privada y, podríamos decir, “híbridas” (normas administrativas). Estas reglas, cuando aplicables a una sociedad en particular, operan conjunta y unitariamente y por ello sus efectos son prescindentes de la pluralidad de fuentes de la que provienen. Estas reflexiones son válidas aún en el caso de aplicarse fórmulas estandarizadas como los estatutos tipo.

Así las cosas, la elección del tipo opera como una atribución de normas y esta elección es un acto soberano de los constituyentes que debe ser respetado durante toda la vida societaria. Tan es ello así que la mutación de la voluntad social, en punto al tipo, da lugar a la configuración de un instituto propio del derecho societario, cual es la transformación, para la cual se requieren las mayorías más exigidas y que, con anterioridad a la introducción de este instituto en nuestro ordenamiento la transformación importaba la disolución de la sociedad.

La doctrina ha señalado, además, que los límites que la autonomía privada encuentra para la inserción de cláusulas que podrían considerarse atípicas, no siempre son definibles, sin embargo, se sostiene que reviste, por lo general, carácter inderogable, el régimen de responsabilidad para las obligaciones sociales y ello por la obvia razón que se articula con la posición de los terceros. Carácter tendencialmente rígido reviste, con pacífica admisión, el modelo organizativo de la sociedad por acciones, si bien en ciertas legislaciones como la italiana, con la reforma de 2003, el margen de la autonomía estatutaria se ha visto ampliado⁵.

³ FERRI, Giovanni B., “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, Giuffrè, Milano, 1968.

⁴ ANGELICI, Carlo, “Trattato di diritto civile e commerciale. La società per azioni Principi e problemi”, ed. Giuffrè, 2012, pág. 20.

⁵ CAMPOBASSO, G. F., “Diritto Commerciale 2. Diritto delle società”, UTET Giuridica, 2012, pág. 50.

II. La destipificación

Al proceso que se presenta cuando se provoca la alteración de las características típicas de un sujeto societario y que, generalmente, responde a circunstancias ajenas a las que dieron lugar al diseño típico, hemos denominado destipificación⁶.

Si bien la pérdida de estos caracteres no configuran supuestos de atipicidad de la sociedad, vinculados a la constitución con apartamiento de los modelos previstos, cabe señalar que en la destipificación se opera la desfiguración del tipo adoptado de sus caracteres nítidos, provocando el desdibujamiento de éstos y, en consecuencia, la de una de las funciones de la tipicidad societaria, cual es la de obrar como síntesis referente de los caracteres específicos en que se habilitan determinadas modalidades de autonomía patrimonial y de imputación mediante la actuación orgánica, entre otros privilegios.

El análisis de diversos casos de destipificación nos conduce a la identificación de sus causas. En función de este criterio, encontramos que la destipificación puede ser:

- a) de origen normativo: cuando un instrumento normativo de igual o diversa jerarquía del que estructura el sujeto típico lo regula de manera diversa. Comprende el desborde normativo, la contradicción entre disposiciones que regulan la misma materia y la supresión de requisitos o condiciones determinadas en el marco normativo genérico.
- b) de origen interpretativo: cuando en la aplicación por vía administrativa o judicial de la norma que estructuró el tipo, se desconoce alguno de sus caracteres estructurales.
- c) con origen en la práctica de los negocios: cuando el apartamiento responde a una práctica generalizada.

III. El Estado accionista. El decreto 1278/12

Un supuesto que requiere necesario debate en nuestro medio, configurado como invasión destipificante proveniente del propio ordenamien-

⁶ MARSILI, María Celia, "Sociedades comerciales. El problema de la tipicidad", ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003, esp. pág. 112.

to, es el de las sociedades anónimas que cotizan en que el Estado tiene una participación accionaria minoritaria, como consecuencia de la estatización de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones.

No profundizaremos en este trabajo acerca de la génesis y consecuencias de la situación planteada, más allá de la necesaria mención de los antecedentes legales a los fines del planteo de esta ponencia.

Recordemos así que, por imperio de la ley 26.425 se unificó el Sistema Integral de Jubilaciones y Pensiones en un sistema único denominado Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA). Ello importó que se estatizaran los fondos de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, cuyos recursos fueron transferidos al Estado. Los patrimonios de las administradoras se integraban, entre otros recursos con acciones de sociedades cotizadas. El Título II de dicha norma, estableció en su artículo 7º la transferencia en especie a la ANSeS, de los recursos que integraban las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización, los que pasaron a integrar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional.

El régimen que dispuso la estatización (ley 26.425, artículo 8) mantuvo inicialmente ciertas normas previstas en la ley 24.241 que regulaba a las AFJP. Entre las normas subsistentes se incluyó el artículo 75 cuyo inciso f) impedía a las AFJP ejercer con más del 5% el derecho a voto de sus acciones en las asambleas de las sociedades en que las poseían, cualquiera fuere la tenencia respectiva. Esta limitación se trasladó a la participación del Estado accionista.

Tres años después se dicta, el DNU 441/11 que derogó el inciso f) del citado artículo 75, desoyendo los principios que habían impulsado el recorte de la facultad. De tal modo, en lo sucesivo, el Estado podría ejercer sus derechos políticos con la totalidad de su tenencia.

Naturalmente, esta situación tuvo repercusión en diversos aspectos de la vida de las sociedades que tenían por accionista al Estado. Así, en la integración del órgano de administración, actuación de los directores del Estado, resoluciones sobre aspectos patrimoniales (como la inversión o la distribución de dividendos) y la propia gestión de la empresa. En tanto estas situaciones se iban acomodando, el marco regulatorio aplicable estuvo compuesto por el complejo normativo integrado por las leyes 19.550, 22.169 y 17.811 con las modificaciones del dec. 677/01 mientras duró su

vigencia y luego por su sustituyente la ley 26.831. Es decir, la regulación correspondiente a la sociedad anónima con las particularidades de las sociedades que cotizan.

Así las cosas se dicta el Decreto 1278/12, que atribuyó a la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas, la ejecución de las políticas y acciones que hacen al ejercicio de los derechos societarios de las participaciones accionarias o de capital de empresas donde el Estado Nacional es socio minoritario o en que el Ministerio de Economía y Finanzas tiene participación accionaria o de capital.

El Decreto 1278/12 contiene dos órdenes de disposiciones: las relativas a la actuación del representante del Estado en las asambleas y las referidas a la actuación de los miembros del órgano de administración de las sociedades.

Asimismo, se integra con un “Reglamento de Representantes y Directores designados por las acciones o participaciones del Estado Nacional, cuyos derechos políticos ejerce la Secretaría de Política Económica y planificación del desarrollo del Ministerio de Economía y finanzas Públicas”. Éste contiene las disposiciones a que ha de ajustarse la actuación de quienes se desempeñan en los cargos referidos designados por el Estado.

En ambos casos puede advertirse una fuerte intervención del organismo estatal competente, más allá de la designación del representante que ha de actuar en las asambleas y que alcanza no sólo a su actuación en ellas, sino también a actos anteriores a su celebración, con motivo de la obligación de cumplir con las instrucciones que se le impartan y el deber de información que se prevé, ya que se aspira a la implementación de un sistema de información que permita el monitoreo permanente del desempeño de las sociedades o entidades alcanzadas por el decreto (inciso e) del artículo 2º del Decreto).

En cuanto a la regulación de la actuación de los Directores designados por el Estado Nacional o a propuesta de éste, el Reglamento los califica como “funcionarios públicos”, si bien los sujeta a las funciones, deberes y atribuciones de las leyes 17.811 (posteriormente derogada por la 26.831 de Mercado de Capitales), 19.550, 25.188 (Ley de Ética de la Función Pública), 26.425, a las normas aplicables a la sociedad en la que actúan y a las del Reglamento.

A los directores se les garantiza la indemnidad en su actuación, siempre que ésta fuere ajustada a las instrucciones recibidas. Integra el Decreto un modelo de contrato con tal objeto. También el régimen de remuneración ha sido objeto de reglas precisas cuyo contenido refuerza la categoría de funcionario de quien actúa como miembro del órgano de administración, así como una modalidad de actuación que lo aleja de los moldes establecidos legalmente para la actuación orgánica.

Como comentario general puede afirmarse que en todo el articulado campea el objetivo de organizar una firme estructura preordenadamente orientada a satisfacer el interés del Estado Nacional al que queda subordinado el interés social y que, además, puede infringir el derecho de la competencia.

El tratamiento que impone el Decreto a los directores es el de un subordinado a las instrucciones de la Secretaria, aún cuando se pretenda, en equívocas normas, mantener su carácter de administrador y ciertas obligaciones en el ejercicio de su función que resultan de la ley 19.550. (Ver artículo 6º Reglamento), por ejemplo cuando menciona el art. 59, cuyo cumplimiento, en ocasiones, se enfrentará con los amplios requerimientos de información sobre los asuntos sociales, para comunicar a la Secretaría, que se le exigen. Además, la actuación del director por delegación de un organismo estatal y sujeto a sus instrucciones desnaturaliza la función del integrante del órgano de administración y es violatoria de normas generales de actuación como las de los artículos 58 y 266 de la Ley de Sociedades.

Un último señalamiento atiende a la jerarquía normativa de las normas destipificantes. La circunstancia de encontrarse plasmadas en un decreto las descalifica para operar la modificación de normas de categoría superior, como son las del complejo de leyes aplicables al sujeto de que se trata.

Situaciones de esta naturaleza recrean lo ocurrido en oportunidad de la sanción del Decreto 677/01, las objeciones sobre cuya constitucionalidad fueron objeto de doctrina mayoritaria y aún de resoluciones judiciales⁷.

⁷ Puede consultarse al respecto "Mercado de Capitales. Régimen de las emisoras" págs. 37 y sig. Autores: MARSILI, María Celia, Directora, ARAYA, Miguel, FARHI DE MONTALBÁN, Diana, BACQUE, Eduardo, PELÁEZ, Enrique A., LUCARELLI, Ricardo, DAL ASTA, Gabriela, 2003, ed. Rubinzal Culzoni.

IV. Conclusiones

La actual situación nos enfrenta con cuestiones de delicada solución. En primer lugar nos encontramos ante una realidad que puntualmente refleja la intervención del Estado en negocios que tuvieron como marco el derecho privado, con su sustrato básico en el ejercicio de la libertad comercial. De allí en más, circunstancias ajenas a la contratación original afectan aspectos estructurales de la figura elegida y pueden alterar las pautas esenciales de la actuación del sujeto.

Es evidente que la conformación de la sociedad anónima con particularismos por su actuación en el mercado de capitales no está prevista para un juego de intereses con el ingrediente de la participación pública minoritaria. Así lo estuvo y se predispuso en el caso de la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria que obtuvo una regulación que contempló los diversos intereses articulados en la regulación de la sección VI del título II de la ley 19550. Y en otros casos como las sociedades del Estado o las de Economía Mixta.

En este marco de situación debe evitarse la desfiguración y debilitamiento tipológico mediante normativas que responden a situaciones circunstanciales, de modo de tutelar las concepciones estructurales asumidas en el ámbito de la libertad contractual, como modo de proteger la seguridad jurídica y la estabilidad de las inversiones.

En consecuencia, la afectación de la tipicidad de la sociedad anónima que hace oferta pública de sus acciones, que provoca la regulación contenida en el Decreto 1278/12, ha de ser corregida, priorizando el interés social y la estructura orgánica en el marco de la situación planteada por la participación del Estado Nacional como accionista minoritario en las sociedades que cotizan.

ANAYA, Jaime, "Los límites de la delegación legislativa. El caso del Decreto 677/01" en ED 195-775, COLAUTTI, Carlos E., "La delegación de facultades legislativas. Reflexiones con motivo de la ley 25.414" en LL 2001 D 1271. MALUMIAN, Nicolás y BARREDO, Federico A., en "Oferta Pública de Valores Negociables", Lexis Nexis, 2007, en págs. 203 y sig. realizan una interesante reseña de la jurisprudencia.