

LOS ARTÍCULOS 59 Y 274 LSC Y LA ESPECÍFICA REGULACIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DEL ESTADO NACIONAL EN LAS SA PRIVADAS: POSIBLES CONFLICTOS Y ARMONIZACIONES

*María Alejandra Jurado*¹

SUMARIO

La disolución de las AFJP trajo como consecuencia que sus acciones pasaran a formar parte del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto, administrado por la ANSES. Así el Estado Nacional devino en accionista de numerosas sociedades cotizantes, modificando el panorama societario argentino.

La nueva situación generó que se dictaran nuevas normas para reglamentar la intervención de los Directores Estatales en dichas sociedades, como el Decreto 1278/2012.

En la presente ponencia se intenta armonizar la normativa aplicable a esta flamante situación, no prevista por el legislador al momento del dictado de la ley societaria, con las normas de la ley 19.550, la ley de Mercado de capitales y la ley 26.425.

Se resalta la conveniencia de la sanción de una ley del Congreso Nacional que recepte los principios delineados y las normas establecidas en el Decreto 1278/2012 a fin de disipar toda duda sobre constitucionalidad.



¹ Profesora Adjunta del Departamento de Derecho - UADE.

La ley de sociedades comerciales establece un régimen general de responsabilidad para los administradores societarios, que se aplica a todos, con prescindencia del tipo social adoptado por el ente, regulado en el art. 59, y uno particular para los directores de las sociedades anónimas, previsto en el art. 274 y siguientes de la misma norma.

Así, el art. 59 establece el deber de comportarse de acuerdo a los parámetros del “buen hombre de negocios”, esto es con “lealtad” y diligencia”. Los que faltaren a dicha obligación serán *“...responsables solidaria e ilimitadamente por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.”*

Como dice Roitman en su obra “Ley de Sociedades Comerciales, comentada y anotada”² el art. 59 LSC se encarga de establecer las pautas generales, o *standards*, de conducta que deben observar los administradores en el manejo de los negocios sociales. Aclara que *“siempre se ha sostenido que esta norma es una pieza clave del ordenamiento societario”* porque permitió estructurar *“un sistema integral de responsabilidad que con cierta eficacia.”* En el mismo sentido, el citado autor menciona que *“La norma del art. 59 establece una pauta general a la cual debe adecuarse la conducta de los administradores sociales, sea cual fuere el tipo social. Se trata de conductas no regladas por la ley, el estatuto o reglamento social y que deben analizarse bajo el prisma de los standards de conducta del art. 59.”*

Respecto al **deber de obrar con lealtad**, el maestro Enrique Zaldívar ha dicho *“el administrador se debe conducir con la corrección de un hombre honrado en defensa de los intereses cuya administración o procuración se le ha confiado por encima de cualquier otra consideración”*³.

Por aplicación de este deber, el administrador tiene prohibido contratar con la sociedad, salvo en ciertas condiciones, establecidas en el art. 271 con clara precisión; realizar actos en competencia (arts. 133 y 273) y abstenerse de votar cuando se trate situaciones en que tenga un interés contrario (art. 272), entre otras conductas.

Asimismo, el Decreto 677/01, primero, y la Nueva Ley de Mercado de Capitales (26831) después, regulan con precisión que ha de entenderse por “lealtad” en el marco de las sociedades cotizantes. Estas normas pre-

² Ed. La Ley, t. 1, pág. 880 y ss.

³ ZALDÍVAR, Enrique y otros, Cuadernos de Derecho Societario, ed. Abeledo-Perrot, volumen 1, pág. 305.

vén la inversión de la carga de la prueba: esto es, corresponde al director probar su lealtad.

Por su parte, la **diligencia del buen hombre de negocios** se refiere a una responsabilidad profesional (experiencia en el cargo, habilidades técnicas relacionadas con el mismo, conocimiento del negocio, etc.) relacionada con la sociedad.

Este cartabón se debe analizar en cada caso concreto, teniendo en cuenta el tipo de sociedad de que se trata (tipo, objeto, cantidad de socios, cerrada, cotizante, etc.), el tipo de administración (singular, plural —conjunta, indistinta, colegiada—), las tareas de la administración que se le hubiesen conferido (genéricas o específicas), las circunstancias que rodearon la decisión, entre otros elementos.

Por su parte, el art. 274 LSC está referido exclusivamente a la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, profundizando la norma general del art. 59.

La reglamentación de este artículo aclara que los administradores (directores y gerentes) responden (por acciones u omisiones que provoquen un daño) frente a la sociedad, los socios y los terceros, regulando la ley —en cada caso— las acciones de responsabilidad respectivas.

Con respecto a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, reguladas en los arts. 308 a 314 LSC, las únicas diferencias con el régimen general de las SA está dado por la no aplicación del art. 264, inc. 4) (cfr. art. 310 LSC) y los párrafos segundo y siguientes del art. 261 del mismo cuerpo legal (art. 311). Por lo demás. No hay normas específicas para la responsabilidad de los directores estatales, por lo que claramente se aplica el régimen general. Ello así porque a la doctrina entendió que se trataba de tareas ajenas a la función pública, por lo tanto no se le aplican las normas relativas a delitos específicos para funcionarios públicos.

Ahora bien, sin entrar a discutir el tipo de responsabilidad que le cabe a los directores (legal, contractual, objetiva) porque excede el tema de esta ponencia, con el dictado del Decreto 1278/12, y la Resolución 110/12 (del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas), este régimen de responsabilidad se ha visto, en parte, alterado.

En el año 2008, a través del dictado de la ley 26.425, el Congreso Nacional derogó el régimen de administradoras de fondos de jubilaciones y

pensiones (AFJP). Y unificó el sistema previsional en un único régimen de reparto y estatal.

Ahora bien, las AFJP tenían un régimen de inversión pautado en la misma ley de creación (L. 24.241), establecido en su artículo 74, con las limitaciones y prohibiciones de los arts. 75 y 76, respectivamente. Así, las inversiones autorizadas son:

“h) Acciones de sociedades anónimas nacionales, mixtas o privadas cuya oferta pública esté autorizada por la Comisión Nacional de Valores, hasta el cincuenta por ciento (50%). La operatoria en acciones incluye a los futuros y opciones sobre estos títulos valores, con las limitaciones que al respecto establezcan las normas reglamentarias. i) Acciones de empresas públicas privatizadas, autorizadas a la oferta pública por la Comisión Nacional de Valores, hasta el veinte por ciento (20%)”

Disueltas las Administradoras, sus tenencias accionarias, necesariamente minoritarias por voluntad del legislador, se transfirieron al Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto, administrado por la ANSES (Administración Nacional de Seguridad Social).

Así, a través de la estatización del sistema previsional, el Estado Nacional adquirió participación en numerosas sociedades anónimas que realizan oferta pública de valores, obteniendo derechos societarios —económicos y políticos— correspondientes al carácter de accionista. Entre ellos, se destaca el de integrar el directorio y la comisión de fiscalización y/o los consejos de vigilancia.

A raíz de esta situación, se dicta con fecha 25-07-2012, el Decreto 1278/2012, cuyos objetivos son⁴ *“coordinar la gestión de los directores que representan 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”; “garantizar y preservar la sustentabilidad del Régimen Previsional” y establecer “los deberes que tendrán los directores”*.

A su vez, el Decreto, en su anexo fija el “REGLAMENTO DE REPRESENTANTES Y DIRECTORES DESIGNADOS POR LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES ACCIONARIAS DEL ESTADO NACIONAL CUYOS DERE-

⁴ De los considerandos del decreto citado

CHOS POLITICOS EJERCE LA SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO DEL MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS” (en adelante “el Reglamento”).

Dicho reglamento establece una serie funciones, deberes y atribuciones, enumeradas en el artículo 2º:

“a) Asistir a las reuniones de Asambleas Ordinarias, Extraordinarias y Especiales, o reuniones de socios convocadas por la Sociedad o Entidad. b) Firmar el libro de Registro de Acciones. c) Votar cada uno de los puntos del Orden del Día de acuerdo a lo establecido en las instrucciones impartidas por la SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS y solicitar que se deje constancia en el Acta Asamblearia del sentido de su voto. d) Remitir a la SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS copia del Acta de Asamblea, comunicando los resultados y decisiones adoptadas.”

ARTICULO 7º:

Los Directores 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 SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS 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 SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO, 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

SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO 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 SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS, o el área que ésta indique.

e) Remitir a la SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS, 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.

f) Informar a la SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS, 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 SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS.

h) Remitir a la SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS, con la periodicidad que ésta establezca, un informe acerca del desempeño económico, financiero y de gestión de la sociedad en la que actúe. (Sin resaltar en el original).

Asimismo, los que designa “funcionarios públicos” (cfr. art. 4°), asumiendo, por tanto, las responsabilidades de éstos, amén de las estableci-

das por la ley societaria Así, en el art. 5° del “Reglamento” establece *“Los Directores deben asumir las responsabilidades ilimitadas y solidarias que para dicho cargo impone la ley 19.550, así como también las que le pudieran corresponder en materia penal, civil, administrativa y profesional, además de las responsabilidades propias de su carácter de funcionarios públicos”*.

Por su parte el Artículo 6°: *“Los Directores deben actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, contemplando en su accionar el interés social y las Directivas y Recomendaciones que emita la SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS”*.

El conflicto, en materia de responsabilidad, se produce por el párrafo segundo del art. 5° del decreto que establece: **“El Estado nacional garantizará la indemnidad de los Directores alcanzados por el presente**, 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 *SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS*” (la negrita nos pertenece).

Esta norma, en especial este último párrafo, obliga a ciertas reflexiones sobre su compatibilidad con la ley societaria, respecto a la responsabilidad que le cabe a los directores del Estado.

La primera reflexión nos lleva a recordar que el cargo de director (especialmente para poder hacer valer su responsabilidad en el futuro) es PERSONAL y INDELEGABLE. En este caso, cabe preguntarse cómo opera la citada “indemnidad” y como responderá el Estado por los daños que puedan generarse por el accionar del director que lo representa.

En segundo lugar, si el mismo decreto prevé que se les aplica a los directores estatales las normas sobre responsabilidad previstas en la ley 19550. ¿Cómo puede luego eximirlos de su cumplimiento, en caso de seguir directivas de sus superiores que afecten (o puedan afectar) a la sociedad?

¿Crea esta norma una situación de privilegio para los directores en detrimento de los representantes del capital privado? O, por el contrario, al

aplicarles las normas societarias y —además— declararlos “funcionarios públicos”, agrava la situación de éstos⁵?

En tercer lugar, ¿Qué sucede cuando el legítimo “interés social” del ente (incluido el de distribuir dividendos entre sus socios y el de ganar dinero desarrollando el objeto social) no coincide con el “interés general”, sin que se vulnere —desde ya— ninguna norma legal en dicha contradicción?

Pueden ser los deberes exigidos a los directores estatales en los incisos f)⁶ y h)⁷ del art. 7° del Reglamento ya transcritos ser contrarios al secreto comercial o empresario, y por ende al art. 59 de la LSC?

El art. 12° del Anexo que prevé que “*La designación de Director societario propuesta por las acciones o participaciones societarias del Estado Nacional no resultará alcanzada por el artículo 264, inciso 4°, de la ley 19.550...*” ¿Contradice las normas referidas al directorio?

Por último, ¿puede interpretarse que el citado decreto modifica —por una vía inadecuada de acuerdo a nuestro ordenamiento— la ley de sociedades?

Como ha dicho desde antiguo el máximo tribunal, la interpretación de las normas debe hacerse de tal modo de integrarlas y armonizarlas con el resto del ordenamiento.

En ese sentido la Corte sostuvo que “*la interpretación de una norma, como operación lógica jurídica, consiste en verificar su sentido, de modo*

⁵ Se les aplica toda la normativa (civil, administrativa y penal) relativa a los “incumplimientos de los deberes de funcionario público”

⁶ “Informar a la SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS, 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”.

⁷ “Remitir a la SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA Y PLANIFICACION DEL DESARROLLO del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS, con la periodicidad que ésta establezca, un informe acerca del desempeño económico, financiero y de gestión de la sociedad en la que actúe”.

que se le dé pleno efecto a la intención del legislador, computando los preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, pues es principio de hermenéutica jurídica que debe preferirse la interpretación que favorezca y no la que dificulte los fines perseguidos por la legislación que alcance el punto debatido” (Fallos: 323:1374; en sentido similar Fallos: 310:1045; 311:193; 312:296; 314:458; 316:1066 y 3014 320:2701 y 324:2153; entre otros).

Ello así, porque la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser siempre la *última ratio*.

Ha dicho el Tribunal Cimero *“...la interpretación de las leyes debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico; solo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (Fallos: 249:51; 288:325; 306:1597; 331:2068; 333:447)...”*

Así, si pretendemos evitar innecesarios conflictos y alta litigiosidad (impugnaciones asamblearias y de decisiones de directorio, etc.) que pongan en riesgo el funcionamiento, la competitividad y las ganancias de la sociedades en que el Estado tiene participación a través de las acciones en poder del ANSES⁸, debemos hacer un esfuerzo interpretativo que armonice la regulación del citado decreto con el resto de la normativa societaria.

Como primera conclusión *“...si bien es cierto que la situación suscita una cantidad de dificultades prácticas que sería deseable evitar... el ‘fin social’ específico de una empresa comercial no es necesariamente incompatible con el ‘interés público’...”*⁹.

Por su parte, podemos decir que el Decreto no modifica la LSC, solo reglamenta la actuación de los directores por el Estado Nacional, sumando a las normas de ésta, algunas obligaciones y deberes que le serán solo

⁸ Se trata de más de 44 sociedades, entre otras Telecom SA, Petrobras SA, Transe-ner SA, Aluar SA, Edenor SA, Quickfood SA, Cresud SA, Alpargatas SA y Tenaris SA.

⁹ DURAND, Julio C., “La participación de la ANSES en el capital de las sociedades anónimas abiertas” en www.cassagne.com.ar.

aplicables a aquellos. Dicha normativa no afecta al cúmulo de directores, puesto que no altera las normas previstas en los arts. 255 a 279 LSC.

Las obligaciones propias de los funcionarios públicos deben armonizarse con las obligaciones sociales, normativa ya prevista en la ley de sociedades comerciales, al regular las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, que guardan enorme similitud con las planteadas por el presente decreto. Así el art. 310 también prevé la no aplicación del art. 264, inc. 4) a los representantes estatales, permitiendo —en aquellas y en las de “participación minoritaria”— que los funcionarios públicos puedan, en representación del Estado, en todas sus formas, ejercer cargos societarios, sin necesidad de haber cesado en sus funciones por un plazo superior a los dos años.

Por otra parte, la obligación de efectuar denuncias sobre omisiones o transgresiones a normas previsionales, tributarias y penales pesan sobre directores y síndicos, puesto que la propia 19.550 así lo exige (arts. 274, 280, 281, 294, entre otros).

Es más, nótese que la eximición de responsabilidad de los directores que regula el art. 274 LSC prevé una conducta activa a fin de dar a conocer la irregularidad incurrida por el órgano de administración. En tal sentido fija “...*Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diera noticia al síndico, antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, **autoridad competente o se ejerza la acción judicial***”. (Sin resaltar en el original).

En el mismo sentido, la extinción de responsabilidad prevista en el art. 275 no puede fundarse en “...violación de la ley, del estatuto o reglamento...”, puesto que la violación a la ley es inconfirmable.

Así, la norma prevista en el art. 7° del anexo al Dec. 1278/12 es totalmente compatible con las reglas transcriptas.

Por otra parte, como lo ha entendido parte de la doctrina “*la transferencia de un mínimo de acciones a un órgano estatal (en este caso, a la ANSES) sólo incide en que dichas empresas sean susceptibles de ser alcanzadas por algunas normas de derecho administrativo, toda vez que se hayan involucrados fondos públicos (pero) esta injerencia no provoca una mutación en la caracterización típica de tales entes en tanto sociedades*

*anónimas, por cuanto éste es el régimen normativo de fondo que regula específicamente su accionar*¹⁰.

Así, en caso de conflictos entre los intereses entre el representante estatal y la sociedad, éste deberá abstenerse de votar, no solo por aplicación del art. 248 de LSC, sino también por disposición del art. 12, del Reglamento.

Como lo señala Julio Durand¹¹ "...la ANSES asume, desde su posición de "accionista-inversor", la obligación de respetar la consecución del objeto social..." Cuando esto no ocurra, por el motivo que fuere, deberá abstenerse de votar o transferir su participación.

Por su parte, las tenencias accionarias de la ANSES pertenecen a sociedades que realizan oferta pública, por tanto reguladas por la Ley 26.831, que en su artículo 78 establece las acciones especialmente comprendidas en el deber de lealtad de los directores, entre las que específicamente detalla "*...La obligación de velar escrupulosamente para que su actuación nunca incurra en conflicto de intereses, directo o indirecto, con los de la sociedad...*"

Es más, la última parte del citado artículo invierte la carga de la prueba, pesando sobre el director demostrar el cumplimiento del deber de lealtad (norma que ya existía en el derogado Decreto 677/01 de "Régimen de Transparencia de la Oferta Pública").

Quizás el tema más difícil de compatibilizar es la indemnidad que se garantiza a los directores estatales. No obstante, si consideramos que dicha norma busca garantizar que éstos respondan ante los terceros y la sociedad, el régimen de funcionarios públicos que se les aplica agrava su responsabilidad frente a la población en su conjunto, al ente, los socios y todos aquellos que se vean afectados por la decisión.

Asimismo, al seguir instrucciones del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a través de Secretaria de Política Económica y Planificación del Desarrollo, la sociedad y los terceros se aseguran que —producido el

¹⁰ CARBAJALES, Juan José y DATES, Luis Enrique (h), "El Estado Nacional (ANSES) como accionista minoritario", diario La Ley del 24-06-2009, pág. 4.

¹¹ Ob. cit.

daño a causa de la actuación u omisión del representante estatal— sea el Estado Nacional (siempre solvente) quien repare los daños¹².

Por otra parte, lo novedoso del tema y la falta de sentencias firmes sobre conflictos societarios judicializados en estas sociedades, impiden —por el momento— saber cómo ha de interpretarse judicialmente el fenómeno descrito.

¹² Ello, dejando al margen conveniencia o inconveniencia de la participación estatal en la administración de sociedades privadas.