

El interés público comprometido en la participación del Estado

Ariel L. Fernández Lang

Sumario

La ponencia aborda el alcance del interés público comprometido incorporado en el Código Civil y Comercial de la Nación respecto de la participación del Estado en sociedades anónimas con participación privada mayoritaria. Se realiza una breve reseña cronológica de los cuerpos normativos que tratan la cuestión hasta la sanción de la ley que creó la Agencia Nacional de Participaciones Estatales en Empresas, enfocándose en particular sobre aquellas cuestiones que dieran cuenta de su interés público. Se repasan algunas posiciones de la doctrina -planteadas principalmente en el Congreso Argentino de Derecho Societario precedente-, para finalmente evaluar una interpretación integral de las normas en tratamiento.

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN, en adelante) introduce el concepto de “interés público” al considerar la participación del Estado en la clasificación de las personas jurídicas privadas. En efecto, el artículo 149 establece que, si bien su participación no modifica el carácter de la persona jurídica, la ley o el estatuto pueden prever derechos u obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación.

Al respecto se ha sostenido que la reforma busco resolver un vacío en cuanto al carácter, público o privado, asignado a las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (SAPEM) -reguladas en la sección VI de la L. 19.550- que venía mereciendo interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales encontradas¹⁷⁵.

¹⁷⁵ LORENZETTI, Luis Ricardo, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni, 2014, t. 1, ps. 595/6.

En mi opinión, la postura citada aborda sólo en parte la cuestión, en la medida que el CCCN no refiere exclusivamente a las SAPEM, sino que regula el instituto en sentido amplio. En tal entendimiento, si la intención del legislador hubiese sido limitarlo a las SAPEM, bien hubiese podido hacerlo modificando la sección VI de la L. 19.550, teniendo en consideración que la propia ley de sociedades fue también objeto de reforma sobre más de un aspecto controvertido en la materia.

De esta forma, no sólo aquellas sociedades anónimas que tengan participación estatal mayoritaria serán destinatarias de la aplicación normativa, sino también aquellas en donde la participación sea minoritaria. No así las otras modalidades de participación estatal, en la medida que encuentran respaldo legislativo específico.

Recordemos que este escenario ha suscitado un nutrido debate en torno a la participación del Estado Nacional en las sociedades anónimas con capital privado mayoritario, y que fueran consecuencia originaria de la estatización de las AFJP.

II. Reseña histórica

1) AFJP

Las administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) tenían como objeto único y exclusivo, administrar el fondo de jubilaciones y pensiones, y otorgar las prestaciones y beneficios que se establecían en la ley. El activo del fondo podía invertirse “de acuerdo con criterios de seguridad y rentabilidad adecuados” en obligaciones negociables, debentures, depósitos en plazo fijo, acciones en sociedades anónimas, cuotas partes de fondos comunes de inversión, etc. De esta forma, parte de las inversiones de las AFJP se dirigió a la adquisición de acciones de sociedades anónimas cuyo capital se encontraba circunscripto a la oferta pública en el mercado de capitales.

Luego, la ley 26.425 dispuso la unificación del régimen previsional público, excluyendo el régimen de capitalización, y transfiriendo en especie a la ANSES los recursos que integraban las cuentas de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios, pasando a integrar el Fondo de Garantía y Sustentabilidad (FGS). Es así como el Estado Nacional pasó a ser socio minoritario de las sociedades con oferta pública en el mercado de capitales argentino. En tanto, los derechos económicos y políticos que en ese primer momento eran ejercidos por el FGS, luego se escindieron y transfirieron los

segundos a la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo (SPEyPD)¹⁷⁶, quedando los primeros asignados al FGS-ANSES.

2) Decreto 411/11

Desde allí, uno de los primeros cambios normativos se produjo en torno al Decreto 411/11, que eliminó el tope del 5% al derecho de voto en las asambleas que limitaba la participación de las AFJP, ahora del Estado Nacional. El sentido original de la norma buscaba prevenir manipulaciones concertadas que repercutieran de manera disvaliosa en el mercado. El decreto por su parte consideró que la aplicación de la referida limitación no resultaba compatible atendiendo el “carácter” de su titular y la finalidad propia de su destino.

3) Decreto 1278/12

Sin embargo, la norma más significativa en torno a la participación del Estado Nacional, constituyó el Decreto N° 1278/12, que creó un régimen diferenciado para la actuación del Estado Nacional y los administradores designados en las empresas, cuando: tuviera participación minoritaria; integrara la cartera de inversiones del FGS-ANSES; o bien el Ministerio de Economía fuese socio.

Si bien la idea del presente trabajo no es enunciar detalladamente cada una de las facultadas previstas en el Decreto N° 1278, corresponde sí detenerse en las más significativas, a nuestros efectos.

El Decreto dispone expresamente que la SPEyPD debe 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 (Art. 2, inc. “f”).

De su lado, el reglamento, que forma parte del decreto, describe pormenorizadamente las funciones, facultades y obligaciones de los directores designados a instancia del Estado Nacional.

¹⁷⁶ Secretaría de Política Económica, y Dirección Nacional de Empresas con Participación del Estado (DNEPE), serán utilizados en lo sucesivo indistintamente, en atención a la asignación dispuesta por Resolución N° 110/2012.

3.1) Reglamento

- Funcionarios públicos. Responsabilidad

Los Directores son funcionarios públicos, y deben asumir las responsabilidades propias de la Ley 19.550, las del derecho penal, civil, administrativo y profesional, pero además las propias de su carácter de funcionarios públicos (art. 4).

Complementariamente el EN garantiza su indemnidad cuando la actuación en virtud de la que se pretende hacerlos responsables, fue la contrapartida del cumplimiento de las instrucciones impartidas por la Secretaria.

En sintonía dispone que los directores deben actuar con 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.

- Deberes

Dentro de los deberes previstos en su artículo séptimo, cabe destacar los siguientes donde el interés público comprometido en su actuación es la nota distintiva: “Los directores deben: 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 SPEyPD, de modo tal que la realización del interés societario se lleve a cabo resguardando el interés público comprometido en las participaciones societarias que detente el Estado Nacional” y “f) Informar a la SPEyPD 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...”

- Incompatibilidad funcional

La designación del director a propuesta del EN no resulta alcanzada por las prohibiciones e incompatibilidades del art. 264 inc. 4 de la Ley 19.550. En este sentido aquel director que se desempeñe en la órbita de la administración pública cuyas tareas resulten afines al objeto de la sociedad, no se verá impedido de desempeñarse como tal (art. 12)

Su responsabilidad queda resguardada con el simple expediente de hacerlo saber al directorio al momento de tratarse alguna cuestión vinculada con su competencia funcional, y debiendo abstenerse de intervenir en la deliberación. Si bien el artículo hace referencia exclusiva a la deliberación, resulta de toda lógica que deberá además abstenerse de votar el punto objeto de incompatibilidad.

- Honorarios

El reglamento también regula el régimen de honorarios de los directores designados a propuesta del EN, estableciendo una distinción entre aquellos

directores que estuviesen ejerciendo otras funciones públicas dentro de la Administración Nacional, respecto de aquellos otros que no se desempeñen como funcionarios de la administración (arts. 14 a 18).

- Asistencia Legal y técnica

La SPEyPD con asistencia de la Procuración del Tesoro de la Nación, atenderá la defensa de los directores que sean requeridos, intimados o imputados en el ejercicio de sus funciones, asumiendo la representación, patrocinio o asistencia especializada, según el caso.

La norma prevé dos excepciones a la asistencia que se traducen en aquellos casos en los que los directores hubiesen actuado con dolo o culpa grave, o que la responsabilidad tenga como correlato el haberse apartado de las directivas o recomendaciones impartidas por la Secretaria.

Las normas citadas exhiben como nota distintiva el interés público comprometido en la participación del Estado Nacional en las sociedades. Sin embargo, no hacen más que remarcar, por un lado, su alejamiento respecto de la L. 19.550 y, por el otro, la nota distintiva del interés público como presupuesto regulatorio.

Adviértase que, tal como manifestara en los párrafos iniciales, la regulación citada no aborda la problemática propia de las SAPEM, sino que, por el contrario, aquellas donde el Estado Nacional participa en forma minoritaria.

III. La Doctrina

La doctrina se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el alcance del Decreto 1278/12 con relación a la Ley 19.550, entendiendo que ambos cuerpos normativos colisionaban en ciertos aspectos.

No son pocos los autores que han señalado un conflicto de intereses respecto del público o común, perseguido por el Estado Nacional, en relación al interés social buscado por las sociedades¹⁷⁷.

La rama del derecho aplicable -coincidente con la cita del Dr. Lorenzetti pero introducida en esta oportunidad a las participaciones minoritarias del

¹⁷⁷ DURAND, Julio C., "participación de la ANSES en el capital de las sociedades anónimas", LL, 19/12/09; Harry SCHURIG, "Derecho societario. Expropiación, nacionalización y participación del estado en empresas privadas", *XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. III, LL 2013, p. 166; entre otros.

Estado Nacional- también es otra de las cuestiones debatidas¹⁷⁸, así como la tipicidad resultante de la participación¹⁷⁹.

Por su parte, la preminencia de una norma por sobre la otra, respecto al alcance regulatorio de un mismo instituto (léase: doble categoría de directores -privados y funcionarios públicos-, régimen de responsabilidad, régimen de incompatibilidad, honorarios, acceso a la información, etc) en forma diferenciada, también ha merecido ciertas críticas y opiniones encontradas¹⁸⁰

IV. La Agencia Nacional de Participaciones Estatales en Empresas (ANPEE)

La ley 27.181 declaró de interés público las participaciones sociales del Estado Nacional que integran la cartera del FGS, y aquellas participaciones donde el Estado sea socio minoritario o bien a través del Ministerio de Economía y Finanzas públicas, requiriendo mayoría especial del congreso para autorizar su transferencia, así como para los actos o acciones que puedan limitar, alterar, suprimir o modificar su destino, titularidad, dominio o naturaleza; o el de sus frutos.

Para cumplir sus objetivos de dirección centralizada, se creó la ANPEE (continuadora de la DNEPE) como organismo descentralizado en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, con capacidad de actuar en el ámbito del derecho público y privado. La norma recogió la experiencia de la DNEPE y el esquema normativo del Decreto N° 1278/12, adquiriendo en esta oportunidad fuerza de ley.

Entre las consideraciones previstas en el mensaje de elevación se destacan:

- Promover el rol activo del Estado Nacional en la coordinación de la gestión de los directores designados, para que la realización del interés so-

¹⁷⁸ Ob. cit., Harry SCHURIG, *Derecho societario. Expropiación, nacionalización y participación del estado en empresas privadas*, p. 162; DANTES (H.), Luis Enrique, CARBAJALES, Juan José: “El Estado Nacional (ANSES) como accionista minoritario. Una mirada desde el Derecho Administrativo”, LL 2009, p. 855; entre otros.

¹⁷⁹ Ob. cit., MARSILI, María Celia, “Las fronteras de la tipicidad. A propósito del Decreto 1278/12”, p. 88/9.

¹⁸⁰ Ob. Cit, VITOLO, Roque Daniel, “Los nuevos “directores del Estado” en las sociedades abiertas”, p. 181; MARSILI, María Celia, “Las fronteras de la tipicidad. A propósito del Decreto 1278/12”, p. 91; MARENGO Federico “El estado empresario y la participación de la ANSES en las sociedades abiertas” Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 426, sección doctrina, p. 109; entre otros.

cietario sea llevado resguardando el interés público comprometido en las participaciones.

- Contribuir a la coordinación estratégica de la política económica del Estado Nacional orientada a la administración unificada e integral de las empresas en que posea participación social.

- Su rol como promotor del desarrollo empresarial, buscando contribuir con sectores de la economía que hacían imprescindible su participación.

V. Normativa encontrada

Hay supuestos concretos en que la normativa societaria, prevista en distintos ordenamientos, contempla sistemas que buscan resguardar la igualdad entre los socios.

Tal es el caso del artículo 207 de la Ley 19.550 que prescribe la posibilidad estatutaria de contemplar diversas clases de acciones, con derechos diferentes, pero confiriendo los mismos derechos dentro de cada clase; y sancionando con nulidad toda disposición en contrario.

Asimismo, el texto ordenado de la CNV del año 2013, que estableció la imposibilidad de atribuirse a una categoría determinada de acciones el privilegio de proponer o elegir miembros del directorio en proporción mayor al capital con derecho a voto que representen, salvo la existencia de acciones con voto plural (art. 16, del Título II, Capítulo II).

VI. Conclusión

El Decreto N° 1278/12 y la Ley 27.181 han enfatizado en distintos pasajes el interés público comprometido que conlleva la participación del Estado Nacional en las empresas en donde la participación privada es mayoritaria; al punto que la última declaró de interés público las participaciones en sí mismas.

Si bien la doctrina ha sido crítica en torno al conflicto normativo que producía la colisión de ciertos aspectos regulados en la Ley 19.550 respecto del Decreto N° 1278/12, en la actualidad dicho debate ha devenido abstracto, en la medida que artículo 149 del CCCN expresamente prevé la posibilidad legal o estatutaria de derechos u obligaciones diferenciados.

También es claro que la norma del Código no es restrictiva sino amplia en el sentido de abarcar a las sociedades con participación estatal mayoritaria y minoritaria.

Finalmente, si bien tal como se vio, existen normas que buscan resguardar la igualdad entre los socios, a partir de la sanción del nuevo CCCN las mismas no entrarán en conflicto cuando participe el Estado Nacional, en tanto, tal como vimos, la participación del Estado Nacional conlleva un interés público distinto al interés particular de los socios privados, pudiendo la ley o el estatuto prever derechos diferenciados.