

Susana Monzó

**ABUSO DE CONTROL
SOCIETARIO POR PARTE
DEL ACCIONISTA ESTATAL**



ÍNDICE

<i>Prólogo</i> , de Rafael M. Manóvil	35
Introducción	39
1. Razones que motivan esta investigación	39
2. Objeto de nuestro trabajo	41
2.1. Nuestro objeto concreto	42
3. Delimitación del caso de estudio	43
3.1. Delimitación del caso objeto de nuestro análisis	45
4. Descripción del fenómeno en estudio	47
5. El método de estudio	49

PRIMERA PARTE

EL ESTADO EN EL MERCADO. LAS EMPRESAS PÚBLICAS. SOCIEDAD ANÓNIMA CONTROLADA POR EL ESTADO

I. <i>El Estado (primer sector) y su actuación en el mercado (segundo sector)</i>	53
1. Los tres sectores de la comunidad civil. El Estado (primer sector)	53
1.1. Introducción	53
1.2. Primer sector: Público-estatal	54
1.3. Segundo sector: Mercado productivo-empresarial	54

1.4. Tercer sector: Organizaciones no gubernamentales (ONG)	54
1.5. El Estado (primer sector) concepto y caracteres	55
1.5.1. ¿Qué es el Estado?	55
1.5.2. Personalidad jurídica del Estado	57
1.5.3. Origen del término "Estado"	58
1.5.4. Formación de los estados y estaticidad	59
1.5.5. La finalidad del Estado	59
1.5.6. El Estado y el bien común	60
1.5.7. Consideraciones político-económicas	61
1.5.8. El bien común en la Constitución Nacional	62
1.5.9. El bien común y las políticas públicas de una Administración concreta en un tiempo determinado	65
1.5.10. Los particulares y el objetivo de la mayor utilidad económica	66
1.5.11. Las finalidades del Estado, de los particulares y de la sociedad. ¿Es posible la conciliación de estos intereses?	68
1.5.12. Nuestra consideración preliminar	71
2. Modalidades de la gestión pública	73
2.1. Generalidades	73
2.2. Sistemas político-económicos según el rol del Estado en la economía	74
2.3. Modalidades de gestión pública	77
2.4. Modalidades de actuación del Estado: desde la Administración hasta las sociedades privadas	80
2.5. Actuación de la Administración pública: centralización y descentralización	81
2.6. Descentralización: la Sociedad Anónima controlada por el Estado y su encuadre desde el derecho administrativo, ¿es un ente descentralizado?	82
2.7. Nuestra reflexión	82
2.7.1. La ley 24.156	83

2.7.2. La propia Ley General de Sociedades y la inclusión de una Sección VI, especialmente diseñada para el caso de que el socio controlante sea el Estado	83
2.7.3. El concepto de descentralización	83
2.7.4. Concepción de la jurisprudencia. Más allá de la jurisprudencia de la Corte que veremos en los próximos puntos	84
2.7.5. La doctrina societaria	84
2.7.6. El caso YPF S.A.	84
2.8. Breve reseña a la jurisprudencia de la Corte	86
2.9. Esquema sobre el abordaje de la ley 24.156 dentro de nuestro campo de análisis	87
2.10. ¿Es admisible la expresión "sociedades de propiedad del Estado"?	87
3. Personas jurídicas públicas y privadas	91
3.1. Introducción	91
3.2. La situación antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación	91
3.3. La situación luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación	94
3.4. Fin de la discusión doctrinaria. La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica su carácter. Art. 149 del CCyCN	97
4. Breve reseña histórica y casuística del Estado argentino	99
4.1. El Estado empresario. Evolución temporal de su participación en el mercado	99
4.1.1. Situación luego de la reforma del Estado	103
4.2. Breve reseña de casos concretos de intervencionismo estatal en la Argentina de la última década. Control societario por parte del Estado	104
4.2.1. ENARSA	104
4.2.2. SEGBA	106
4.2.3. Aguas Argentinas. AySA	106
4.2.4. AR-SAT SAPEM	107
4.2.5. Correo Argentino	107

4.2.6. LAFSA (Líneas Aéreas Federales S.A.)	108
4.2.7. Concesión del Ferrocarril San Martín	108
4.2.8. Belgrano Cargas	109
4.2.9. América Latina Logística Central S.A. (All Central)	109
4.2.10. Aerolíneas Argentinas	109
4.3. El fenómeno SAPEM en las provincias argentinas. Un fenómeno de los últimos diez años	110
4.3.1. Constructora San Luis SAPEM	110
4.3.2. Jujuy Energía y Minería SAPEM	110
4.3.3. Pampetrol SAPEM	110
4.3.4. Aguas del Colorado SAPEM	111
4.3.5. Hierro Patagónico de Sierra Grande SAPEM y Aguas y Saneamiento Mendoza SAPEM "AySAM SAPEM"	111
4.3.6. EMESA SAPEM	111
4.3.7. YPF S.A.	111
4.4. Sociedades Anónimas en las que el Estado devino accionista como consecuencia de la reestatización del sistema jubilatorio argentino AFJP.	113
II. La empresa pública. Noción. Modalidades o tipologías	115
1. Empresa pública	115
1.1. Noción y tratamiento en la doctrina	115
2. Sistema de control de las empresas públicas.	118
2.1. Concepto de control.	119
2.2. Antecedentes de la ley 24.156	119
2.3. Ley 24.156	120
2.4. La concepción modélica del control que instrumenta la ley 24.156	122
2.5. Esquema normativo	123
2.6. Sindicatura General de la Nación	124
2.7. Auditoría General de la Nación	126
2.8. El régimen presupuestario	127

2.9. Entes reguladores de servicios públicos	128
2.10. Otros controles.	129
2.11. Conclusión	129
3. Modos de vinculación entre el Estado y el mercado. Las distintas figuras de empresa pública	129
3.1. Esquema de la doctrina	129
3.2. Empresas del Estado (EE)	131
3.2.1. Configuración legal	131
3.2.2. Régimen jurídico aplicable.	134
3.2.3. Aplicabilidad de las leyes de obra pública y procedimiento administrativo y ley de administración financiera	135
3.2.4. Creación	136
3.2.5. Disolución y liquidación.	136
3.2.6. Administración.	137
3.2.7. Responsabilidad de sus autoridades.	137
3.2.8. Personal de la empresa	138
3.2.9. Quiebra	138
3.2.10. Actos y contratos celebrados por la EE	139
3.2.11. Régimen de bienes	139
3.2.12. Fuerza ejecutiva de los títulos	140
3.2.13. Control	140
3.2.14. Diferencias y similitudes con otros entes	141
3.3. Sociedades del Estado (SE)	142
3.3.1. Configuración legal	142
3.3.2. Unipersonalidad	146
3.3.3. Régimen jurídico aplicable.	147
3.3.4. Reenvío normativo a la Ley de Sociedades Comerciales.	147
3.3.5. Expresa exclusión de las leyes de Contabilidad, de Obras Públicas y de Procedimientos Administrativos	148
3.3.6. Creación	150
3.3.7. Disolución y liquidación.	151

4.2.6. LAFSA (Líneas Aéreas Federales S.A.)	108
4.2.7. Concesión del Ferrocarril San Martín	108
4.2.8. Belgrano Cargas	109
4.2.9. América Latina Logística Central S.A. (All Central)	109
4.2.10. Aerolíneas Argentinas	109
4.3. El fenómeno SAPEM en las provincias argentinas. Un fenómeno de los últimos diez años	110
4.3.1. Constructora San Luis SAPEM	110
4.3.2. Jujuy Energía y Minería SAPEM	110
4.3.3. Pampetroil SAPEM	110
4.3.4. Aguas del Colorado SAPEM	111
4.3.5. Hierro Patagónico de Sierra Grande SAPEM y Aguas y Saneamiento Mendoza SAPEM "AySAM SAPEM"	111
4.3.6. EMESA SAPEM	111
4.3.7. YPF S.A.	111
4.4. Sociedades Anónimas en las que el Estado devino accionista como consecuencia de la reestatización del sistema jubilatorio argentino AFJP	113
II. La empresa pública. Noción. Modalidades o tipologías	115
1. Empresa pública	115
1.1. Noción y tratamiento en la doctrina	115
2. Sistema de control de las empresas públicas	118
2.1. Concepto de control	119
2.2. Antecedentes de la ley 24.156	119
2.3. Ley 24.156	120
2.4. La concepción modélica del control que instrumenta la ley 24.156	122
2.5. Esquema normativo	123
2.6. Sindicatura General de la Nación	124
2.7. Auditoría General de la Nación	126
2.8. El régimen presupuestario	127

2.9. Entes reguladores de servicios públicos	128
2.10. Otros controles	129
2.11. Conclusión	129
3. Modos de vinculación entre el Estado y el mercado. Las distintas figuras de empresa pública	129
3.1. Esquema de la doctrina	129
3.2. Empresas del Estado (EE)	131
3.2.1. Configuración legal	131
3.2.2. Régimen jurídico aplicable	134
3.2.3. Aplicabilidad de las leyes de obra pública y procedimiento administrativo y ley de administración financiera	135
3.2.4. Creación	136
3.2.5. Disolución y liquidación	136
3.2.6. Administración	137
3.2.7. Responsabilidad de sus autoridades	137
3.2.8. Personal de la empresa	138
3.2.9. Quiebra	138
3.2.10. Actos y contratos celebrados por la EE	139
3.2.11. Régimen de bienes	139
3.2.12. Fuerza ejecutiva de los títulos	140
3.2.13. Control	140
3.2.14. Diferencias y similitudes con otros entes	141
3.3. Sociedades del Estado (SE)	142
3.3.1. Configuración legal	142
3.3.2. Unipersonalidad	146
3.3.3. Régimen jurídico aplicable	147
3.3.4. Reenvío normativo a la Ley de Sociedades Comerciales	147
3.3.5. Expresa exclusión de las leyes de Contabilidad, de Obras Públicas y de Procedimientos Administrativos	148
3.3.6. Creación	150
3.3.7. Disolución y liquidación	151

3.3.8. Administración de la sociedad. Personal jerárquico y subalterno	152
3.3.9. Responsabilidad de los directores	154
3.3.10. Régimen de bienes	155
3.3.11. Quiebra de la SE	158
3.3.12. Actos y contratos	158
3.3.13. Control	160
3.4. Sociedades de Economía Mixta (SEM)	161
3.4.1. Configuración legal	161
3.4.2. Carácter del aporte estatal	163
3.4.3. Creación	164
3.4.4. Régimen jurídico aplicable	165
3.4.5. Criterios doctrinarios para la distinción entre una SEM pública y una SEM privada	166
3.4.6. Régimen jurídico aplicable según se trate de una SEM pública o una SEM privada	168
3.4.7. Administración de la sociedad. Personal jerárquico y subalterno	169
3.4.8. Administración conjunta	169
3.4.9. Personal jerárquico	170
3.4.10. Condición jurídica de los directores designados por el Estado: ¿son agentes públicos?	170
3.4.11. Personal subalterno	171
3.4.12. Veto por la parte estatal	171
3.4.13. Responsabilidad del Estado por sus representantes	172
3.4.14. Plazo de duración	173
3.4.15. Disolución y quiebra	173
3.4.16. Vencimiento del término de duración en las SEM que prestan servicios públicos. Continuación por parte del Estado	173
3.4.17. Continuación de la sociedad por parte de los socios privados	174
3.4.18. Inclusión dentro del régimen de concursos y quiebras	174

3.4.19. Régimen de bienes de la sociedad	174
3.4.20. Aportes	174
3.4.21. Capital social	175
3.4.22. Actos y contratos	175
3.4.23. Control del Estado	175
III. La Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria (SAPEM)	177
1. La SAPEM	177
1.1. Aproximación a la figura objeto de nuestro análisis	177
1.2. Rasgos característicos de la SAPEM	178
2. Configuración legal	179
2.1. Concepto	181
2.2. Requisitos de configuración	182
3. Régimen jurídico aplicable	184
3.1. Legislación	184
3.2. Ley 24.156	185
3.3. El régimen jurídico aplicable según la doctrina	186
3.4. Breve reseña jurisprudencial	188
3.5. Fin de la discusión doctrinaria. El art. 149 del CCyCN	190
4. Creación	191
4.1. Constitución originaria	191
4.2. Obligatoriedad del régimen	193
4.3. Constitución derivada	194
5. Disolución y liquidación	195
6. Administración, gobierno y personal no jerárquico	195
6.1. Personal jerárquico	195
6.1.1. Directorio	195
6.1.2. Sistemas de representación de la minoría	196
6.1.3. Designación y remoción	196
6.1.4. Breve reseña jurisprudencial	198
6.2. Sindicatura	198

6.3. Asamblea	199
6.3.1. Responsabilidad de los administradores	200
6.3.2. El dec. 196/15	200
6.4. Personal no jerárquico	201
7. Régimen de bienes	201
7.1. Patrimonio de la sociedad comercial y patrimonio del Estado-socio	201
7.2. Carácter de los bienes antes y después de efectuado el aporte	202
7.3. Breve reseña jurisprudencial	204
8. Quiebra	205
9. Actos y contratos	205
9.1. Actos. No aplicación de la noción de acto administrativo	205
9.2. No aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos	206
9.3. Contratos. No aplicación de la noción de "contrato administrativo"	207
9.4. Régimen de contrataciones de la Administración nacional. Dec. 893/12, reglamentación del dec. 1023/01, vigente desde el 14 de agosto de 2012	209
10. Diferencia con la S.A. simple en cuanto a la aplicación de la Ley General de Sociedades	209
10.1. Funcionarios públicos y remuneración	209
10.2. Situación de pérdida de los privilegios, art. 312 de la LGS	210
11. Control	211
11.1. Inclusión dentro del ámbito de aplicación de la ley 24.156	211
11.2. Control interno	211
11.3. Control externo	212
11.4. El régimen presupuestario	212
11.5. El control dentro de la sociedad	212
11.6. Veto	213

11.7. Control judicial	213
IV. Relaciones entre la SAPEM y otras figuras jurídicas. Derecho argentino. Derecho comparado.	215
1. Generalidades	215
2. Cuadro comparativo entre los diferentes tipos de empresas públicas argentinas	215
2.1. Diferencias y similitudes entre la S.A. simple donde el Estado es controlante y la SAPEM	218
3. Derecho comparado	219
3.1. La empresa pública en el derecho comunitario	220
3.1.1. El control como elemento determinante	220
3.1.2. La influencia dominante como elemento clave	222
3.2. La empresa pública en el derecho alemán: el respeto por la forma jurídica elegida y prohibición de abuso de las formas	224
V. Conclusión. Nuestra tesis iusprivatista	233
1. Introducción	233
2. La Constitución de la Nación y el respeto por los derechos fundamentales	234
3. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación	236
4. El art. 149 del CCyCN	237
5. La jurisprudencia de la Corte	238
6. El análisis efectuado respecto de los efectos sistémicos	239
7. Tendencias maximalistas recurrentes. El peligro de caer en ellas	243
7.1. Interpretación del alcance de la ley 24.156	243
7.2. Razones por las que el Estado recurre a esta figura del derecho privado	246

SEGUNDA PARTE

FISONOMÍA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA
CONTROLADA POR EL ESTADO

I. La sociedad privada como tipo jurídico de la sociedad controlada por el Estado	251
1. La sociedad regulada por la ley 19.550, caracterización	251
1.1. Introducción	251
1.2. La necesidad de asociación como inherente a la naturaleza humana	253
1.3. Antecedentes históricos y origen de la sociedad mercantil	254
1.4. Caracterización de la sociedad. Contrato, sujeto de derecho y empresa	257
1.5. Art. 1º de la ley 19.550. Elementos para que exista sociedad	259
1.5.1. Pluralidad de partes	259
1.5.2. Tipicidad	260
1.5.3. Organización	266
1.5.4. Aportes	269
1.5.5. Producción o intercambio de bienes o servicios	272
1.5.6. Participar de los beneficios y soportar las pérdidas	273
2. La Sociedad Anónima como tipo legal adoptado por la sociedad controlada por el Estado	274
2.1. Introducción	274
2.2. Antecedentes	275
2.3. Concepto	276
2.4. Caracterización	277
2.5. Crisis de la Sociedad Anónima. La utilización instrumental por parte del Estado	279
2.6. La Sociedad Anónima y la disociación "poder"- "propiedad"	279
3. El contrato social	280

3.1. Introducción	280
3.2. Actos preparatorios en la sede administrativa respecto de la incorporación del Estado como socio	282
3.3. Aspectos generales de este contrato social	283
3.4. Teoría del contrato plurilateral de organización	284
3.5. El sinalagma funcional en el contrato de sociedad	287
3.6. Corolarios derivados del sinalagma	289
3.7. Nuestro caso de análisis: el Estado devenido en accionista con posterioridad a la celebración del contrato constitutivo	290
4. El sujeto de derecho sociedad que nace del contrato constitutivo	292
4.1. La personalidad de las sociedades comerciales	292
4.2. La personalidad jurídica y las doctrinas iusfilosóficas	293
4.3. La teoría de la ficción	294
4.4. La teoría de la realidad	294
4.5. La teoría de Ferrara	295
4.6. Teoría de Salcilles, el "interés social"	296
4.7. Consecuencias de la división entre el sujeto de derecho y los socios	296
5. La empresa: empresario y empresa. La sociedad como sujeto de derecho que ejerce la empresa	297
5.1. Introducción	297
5.2. Sobre la relación entre empresa y sociedad como sujeto de derecho empresario	298
5.3. El empresario	300
5.4. La empresa	301
5.5. El fondo de comercio o hacienda mercantil	301
5.6. Empresa pública y empresa privada	302
6. ¿El "Estado empresario" o la "sociedad empresaria"? ¿Quién es el que realmente ejerce la empresa?	303

II. Elementos trascendentes en el análisis de la Sociedad Anónima controlada por el Estado y enfatizados por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación	307
1. Introducción	307
2. Concepto de “persona” para el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación	309
2.1. Persona jurídica	309
2.2. El sistema de autorización estatal no implica una concesión discrecional de la Administración respecto de la personalidad jurídica	311
2.3. Personalidad diferenciada	311
2.4. Patrimonio diferenciado de la persona jurídica	313
2.5. Principio de especialidad: capacidad limitada al objeto y a la finalidad	314
3. Objeto	315
3.1. Nociones preliminares	315
3.2. Objeto del contrato y objeto social	315
3.3. Objeto social en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación	316
3.3.1. Principio de especialidad. ¿Capacidad limitada al objeto?	316
3.3.2. Precisión y determinación	317
3.3.3. Crítica al texto del nuevo Código	318
4. Causa	319
4.1. Nociones preliminares. Causa fin subjetiva y causa fin objetiva	319
4.1.1. La causa fin objetiva como función económica del negocio jurídico	320
4.1.2. La causa fin subjetiva	321
4.2. Heterogeneidad en los “móviles” subjetivos que no figuran en el contrato ni se manifiestan	322
4.3. La causa en el Código Civil y Comercial de la Nación	322
4.4. La causa en el Código Civil sustituido	324
4.5. Críticas de la doctrina al texto del nuevo Código	324

4.6. Causa que se torna inalcanzable	325
4.7. Causa y su interacción sistémica con otros conceptos	326
5. El interés social	326
5.1. Nociones preliminares	326
5.2. Teorías que explican el interés social	328
5.2.1. Teoría contractualista	328
5.2.2. Teorías institucionalistas	329
5.2.3. Posturas que distinguen intereses dentro del interés social	331
5.2.4. Posturas que asocian empresa con interés social	332
5.2.5. Posturas negatorias	333
5.3. Posición adoptada por el derecho argentino	333
5.3.1. Ausencia de normas que definan interés social	333
5.3.2. El interés social a la luz del sistema societario	334
5.3.3. Preceptos propios de la ley 19.550	335
5.3.4. El interés social en la jurisprudencia argentina	339
5.3.5. En el derecho norteamericano	340
5.3.6. Interés social y objeto social	340
5.3.7. Interés social y causa fin de la sociedad	341
5.3.8. El interés social y la creación de valor	342
5.3.9. El interés social y el principio de conservación de la empresa	343
5.3.10. El interés social como parámetro de actuación de la sociedad	344
5.3.11. Alcance del interés social: el buen gobierno corporativo	345
5.3.12. Interés social e interés del Estado como accionista. ¿Cómo se analiza el interés social cuando el Estado es controlante? ¿Qué interés debe prevalecer?	347
5.3.13. Interés social y diferencia entre ley y derecho	354
5.4. Conclusión	355
6. <i>Affectio societatis</i>	358

7. Igualdad en la condición jurídica de los socios	360
8. Causa fin, riesgo, <i>affectio societatis</i> e interés social. La igualdad en la calidad de los derechos de los socios. Análisis del art. 149 del CCyCN a la luz de estos conceptos	362
8.1. Causa fin, riesgo común, <i>affectio societatis</i> , interés social e igualdad en la condición jurídica de socio	362
8.2. El art. 149 del CCyCN y la necesidad de su inserción en el marco del sistema societario	362
8.3. Hipótesis en que estas prerrogativas y deberes figuran en los estatutos.	363
8.4. Hipótesis en que las prerrogativas diferenciales se otorgan a la Sociedad Anónima controlada por el Estado, a través del dictado de una ley especial	364
8.5. Nuestras consideraciones finales	367
III. El Estado como socio de la Sociedad Anónima	369
1. ¿Puede el Estado ser accionista de una Sociedad Anónima?	369
1.1. Perspectiva desde ambos ámbitos: administrativo y mercantil	369
1.2. Limitaciones a la actuación del Estado como accionista	370
1.2.1. Perspectiva desde el Estado de derecho	370
1.2.2. Perspectiva desde el principio de subsidiariedad	373
1.2.3. Perspectiva desde el poder de policía.	374
1.2.4. Perspectiva desde el concepto de “economi- cidad”.	378
2. Las distintas formas del accionariado público y el interés social, según los casos	380
2.1. Introducción.	380
2.1.1. Breve reseña del derecho español.	380
2.1.2. Breve reseña del derecho suizo	381
2.1.3. Breve reseña del derecho italiano.	384
2.1.4. La doctrina en el derecho argentino.	385
2.2. Conclusión	388

3. ¿Cuál es la conducta debida que debe observar el Estado como accionista?	388
3.1. Nociones preliminares, los dos ámbitos de actuación del Estado.	388
3.2. El Estado y los particulares	389
3.3. La conducta debida del Estado como accionista.	390
4. Consideraciones finales. Carácter residual o excepcional del Estado accionista.	392
4.1. Breve referencia a la doctrina en este sentido	392
4.2. Nuestro enfoque	393
4.3. Conclusión	395
IV. Funcionamiento orgánico	397
1. Introducción	397
2. Teoría del órgano	398
2.1. Consideraciones preliminares	398
2.2. La antigua concepción del mandato	399
2.3. Crítica a la concepción del mandato	400
2.4. Teoría del órgano	402
2.5. Definición de órgano societario	404
2.6. Los órganos societarios	408
2.7. Órganos sociales e interés social	409
2.8. Importancia de la teoría del órgano en nuestro caso de análisis	409
3. Actuación de los directores e interés social	411
3.1. Directorio. La Administración y la representación de las Sociedades Anónimas	411
3.1.1. Consideraciones preliminares	411
3.1.2. Noción de directorio y las funciones de administración y representación	411
3.1.3. Características del directorio	417
3.1.4. Funcionamiento operativo	418
3.1.5. Directorio y objeto social	420

3.1.6. Nombramiento y revocación de los directores. . .	424
3.1.7. Directorio e interés social. Deber de lealtad y diligencia	432
3.2. Nuestra consideración final	440
4. Actuación de los socios e interés social	441
4.1. Asamblea. El Órgano de Gobierno de las Sociedades Anónimas	441
4.1.1. Introducción	441
4.1.2. Noción de asamblea	442
4.1.3. Caracteres.	443
4.1.4. Clases: "ordinarias", "extraordinarias" y "especiales"	445
4.1.5. El principio de especialidad del art. 141 del CCyCN y las limitaciones vinculadas con la personalidad jurídica. Su relación con los socios que votan en la asamblea	448
4.1.6. Funcionamiento operativo	450
4.1.7. El socio y el interés social	455
5. Actuación de los síndicos e interés social	458
5.1. Sindicatura y consejo de vigilancia. La función de fiscalización en las Sociedades Anónimas	458
5.1.1. Introducción	458
5.1.2. Consejo de vigilancia	459
5.1.3. La Sindicatura.	461

TERCERA PARTE

EL INTERÉS SOCIAL FRENTE AL FENÓMENO DEL CONTROL SOCIETARIO ESTATAL. MECANISMOS DE INFLUENCIA DOMINANTE. DESVÍO DEL INTERÉS SOCIAL. CONCLUSIONES Y CONSECUENCIAS

I. Relación dominio-dependencia	469
1. De la sociedad independiente a la sociedad dependiente	469
1.1. Introducción.	469

1.2. De la sociedad independiente a la sociedad dependiente: el binomio dominio-dependencia	471
2. El control interno de derecho	475
2.1. Noción de control.	475
2.2. El control en el art. 33 de la LGS. Control interno de derecho.	476
2.3. Elementos del control.	477
2.4. Localización orgánica del dominio	482
2.5. Sujetos de la relación dominio-dependencia. El Estado como sujeto controlante.	484
2.6. Efectos jurídicos del control	485
2.7. El control y el accionariado público en el derecho comparado	486
3. La sociedad frente al fenómeno del control	486
3.1. Introducción.	486
3.2. Efectos en cascada	487
3.2.1. Adquisición por parte del Estado de la cantidad suficiente de acciones de una Sociedad Anónima que le asegure el control interno de derecho sobre ella.	487
3.2.2. Posibilidad de formar la voluntad social en virtud de tener los votos necesarios para prevalecer en la asamblea ordinaria	487
3.2.3. Designación, revocación, remuneración y responsabilización de administradores y síndicos de confianza	488
3.2.4. Localización del control en el órgano de administración	488
3.2.5. Conflicto de intereses. Desvío del interés social hacia los fines de la controlante	489
3.2.6. Desfiguración de la causa fin	489
II. Mecanismos de influencia dominante por parte del Estado en la sociedad dependiente	491
1. Introducción.	491

2. Ley 24.156. Control interno y externo	492
2.1. Particularidades de la ley 24.156 frente al interés social	492
2.2. Consideraciones a la luz del interés social	492
3. La ley 26.831 de 2012. Ley de Mercado de Capitales. Anomalía derivada de las facultades de intervención societaria	493
3.1. Consideraciones generales	493
3.2. La intervención societaria	495
3.3. Anomalía derivada de las facultades de intervención ..	497
3.4. Consideraciones sobre la ley 26.831	498
4. El dec. 1278/12. Las directivas unificadas	499
4.1. Consideraciones generales	499
4.2. El dec. 1278/12 y las instrucciones unificadas	500
4.3. Honorarios	502
4.4. La exención impositiva a los directores del Estado ...	503
4.5. La indemnidad de los directores que votan siguiendo las instrucciones	504
4.6. Consideraciones finales del dec. 1278/12	505
5. El dec. 196/15. Régimen de indemnidad de los directores designados por el Estado	505
5.1. Consideraciones generales	505
5.2. Ámbito de aplicación del decreto	506
6. La ley 27.181. Creación de la Agencia Nacional de Participaciones Estatales en Empresas (ANPEE)	507
6.1. Consideraciones generales	507
6.2. Agencia Nacional de Participaciones Estatales en Empresas (ANPEE)	508
6.2.1. Funciones	509
6.2.2. Honorarios de los directores y su afectación a recursos de la ANPEE	510
6.3. Régimen legal de los directores del Estado: son funcionarios públicos	511
6.4. Indemnidad. Concordancia con el dec. 196/15	512

7. La ley 27.181. Prohibición de transferencia de las participaciones estatales	512
7.1. Consideraciones generales	512
7.2. Objeto	512
7.3. Finalidad	512
7.4. Mayoría especial para efectuar la transferencia	513
7.5. Exclusión expresa de la ley del caso YPF	513
7.6. Una práctica habitual en las sociedades participadas por el Estado	513
7.7. La postura de la doctrina respecto de esta práctica ...	514
8. YPF S.A. La ley 26.741. El Pacto Federal entre la Nación y las provincias. Sindicación de acciones	515
8.1. Consideraciones generales	515
8.2. La expropiación del paquete accionario que otorga el dominio como herramienta de adquisición del control interno de derecho	516
8.3. El control dentro del control	517
8.4. El derecho de las provincias	518
8.5. La utilización instrumental de YPF S.A. a los efectos de implementar la política energética nacional	518
8.6. Desvío del interés social	519
8.7. La alianza forzada entre la Nación y las provincias ...	520
8.8. Intransmisibilidad de las acciones expropiadas. Concordancia con la ley 27.181	520
8.9. Preparación para el acuerdo con Chevron y otras entidades inversoras en el país	521
8.10. Pacto de sindicación de acciones entre el Estado nacional y los Estados provinciales, en el marco de YPF S.A. Localización del control en el órgano de administración .	523
III. Conclusiones generales	527
1. Introducción	527
2. El conflicto de intereses como base del desvío del interés social	529

2.1. Ontología de la Sociedad Anónima independiente en la que deviene accionista controlante el Estado	529	3.2. El dec. 1278/12 y la ley 27.181. Instrucción unificada y manejo de las sociedades involucradas en pos de las directivas del Estado	546
2.2. Premisas fundamentales de la ontología societaria que deben fortalecerse cuando el Estado ingresa como accionista	532	3.2.1. ANPEE: centralización de la información de los negocios de todas las sociedades y unificación de los planes de acción	548
2.2.1. Principio de la actividad empresaria y capacidad productiva de la sociedad que deviene dependiente en virtud del control societario del Estado. . .	532	3.2.2. Dirección unificada por parte de la ANPEE . . .	549
2.2.2. Principio de no confusión entre el interés social y el interés particular del socio, en este caso: el Estado	533	3.2.3. Breve referencia a la diferencia entre el control interno de derecho descrito en el art. 33, primer supuesto, LGS (caso YPF S.A.) y el control externo de hecho, art. 33, tercer supuesto (surgido de la ley 26.831)	551
2.2.3. Principio de no pretender hacer prevalecer el interés del Estado por sobre el interés social . . .	534	3.2.4. Breve reseña de las instrucciones impartidas por la ANPEE a los directores estatales	553
2.2.4. Principio de la <i>affectio societatis</i> como pilar de sustento del interés social: la conducta leal al interés social.	536	3.2.5. Límites legales de las instrucciones	553
2.3. Interés contrario al interés social.	536	3.2.6. Instrucciones perjudiciales	554
2.4. El ingreso del Estado como accionista controlante y el conflicto de interés en la actuación de los directores por él designados	538	3.2.7. Consideraciones finales	555
2.4.1. El ingreso del Estado como accionista controlante	538	3.3. El dec. 196/15 y las contradicciones normativas.	556
2.4.2. El conflicto de intereses en la actuación de los directores designados por el Estado: ¿desviar o no desviar?	539	3.4. YPF: la ley 26.741 y el Pacto Federal. Planteo sobre su validez a la luz del interés social	558
2.5. Especial referencia a la dominación por parte del Estado desde la perspectiva de la defensa de la competencia y la legislación antimonopólica	540	3.4.1. Consideraciones sobre el pacto de sindicación de acciones.	558
3. Conclusiones particulares respecto de los mecanismos de influencia dominante arbitrados por el Estado	541	3.4.2. Consideraciones sobre la ley 26.741	561
3.1. La Ley de Mercado de Capitales 26.831 y el surgimiento de un tipo de control externo de hecho por parte del Estado respecto de las sociedades que realizan oferta pública	541	3.5. Las instrucciones recibidas por los directores designados por el Estado	562
3.1.1. El control externo de hecho por parte del Estado minoritario	542	3.5.1. Las instrucciones impartidas en forma directa a los directores estatales	562
3.1.2. Colofón final	545	3.5.2. Instrucciones impartidas a través de una decisión asamblearia, situación propia del control interno de derecho	563
		3.5.3. Las instrucciones y las políticas gubernamentales que pretenden ser canalizadas a través de ellas	566
		3.5.4. Propuestas de la doctrina ante la situación planteada	568

3.5.5. La situación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Nuestra consideración final sobre el tema.	568
3.6. Consideraciones finales acerca de los mecanismos de influencia dominante arbitrados por el Estado frente al sistema societario.	569
4. Efectos de los mecanismos del control sobre la sociedad dominada.	572
4.1. El desvío del interés social como vicio de la voluntad administrativa.	572
4.2. Destipificación o traspaso de los límites de la tipicidad societaria.	574
4.2.1. La destipificación.	575
4.2.2. Destipificación generada por los mecanismos de influencia dominante establecidos por las normas específicas analizadas precedentemente.	577
4.3. Desfiguración o frustración de la causa fin.	578
4.3.1. La causa fin objetiva de la sociedad de mercado.	579
4.3.2. Frustración de la causa fin.	580
5. El interés social como garante de la esencia de la sociedad de mercado.	581
5.1. Introducción.	581
5.2. Finalidad del Estado, Primer Sector.	582
5.3. Finalidad de la sociedad de mercado, Segundo Sector.	584
5.4. El Estado (Primer Sector) en el mercado (Segundo Sector).	584
5.5. El conflicto de intereses dentro de la sociedad de mercado.	587
5.6. La dicotomía de los directores designados por el Estado: obedecer al controlante o cumplir con la ley.	588
5.6.1. Obedecer al controlante.	589
5.6.2. Cumplir la ley que rige la conducta debida conforme al cargo de director que han aceptado. ...	590
5.7. El cumplimiento de la ley como única forma de crear valor.	590

5.8. El principio jurídico que sustenta y protege el sistema: el interés social.	591
5.9. El interés social plasmado en la actuación de socios y administradores: la <i>affectio societatis</i>	592
5.10. El interés social como garantía de la viabilidad productiva que justifica la asunción del riesgo en común por parte de los socios: la causa fin.	593
5.11. Consideración final.	594
IV. Consecuencias de las conclusiones. Actuación de los directores designados por el Estado en interés contrario al interés social.	597
1. Breve consideración preliminar.	597
2. Doble enfoque de la responsabilidad de los directores designados por el Estado.	598
2.1. El administrador designado por el Estado como director de una Sociedad Anónima.	598
2.1.1. Normativa ordinaria de la materia societaria: ley 19.550 y Código Civil y Comercial de la Nación.	599
2.1.2. Otras leyes.	600
2.2. El administrador designado por el Estado como funcionario público.	600
2.2.1. Naturaleza de funcionario público conforme a la ley 27.181.	600
2.2.2. Asunción de las consecuencias por la actuación de los directores estatales: dec. 196/15.	601
3. La norma que tipifica la conducta antijurídica.	602
4. Responsabilidad de los administradores en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la Ley General de Sociedades. .	603
4.1. Sistema de responsabilidad societaria de los directores.	603
4.2. Responsabilidad ilimitada y solidaria.	606
4.3. Responsabilidad ¿contractual o extracontractual?	607
4.3.1. Presupuestos de la responsabilidad. Breve reseña.	607
4.4. Responsabilidad de la persona jurídica.	607

5. Posibles medios para hacer efectiva la responsabilidad de los directores designados por el Estado	608
5.1. Remoción de los directores desleales	609
5.1.1. Remoción y revocación	610
5.1.2. Régimen aplicable a la remoción de los directores	610
5.1.3. Solicitud de la remoción por vía judicial de parte del accionista	611
5.1.4. Trámite de la remoción judicial	611
5.2. Otras acciones: impugnación asamblearia y acción social de responsabilidad	612
5.3. Otras herramientas en poder de los accionistas minoritarios: impugnación de las decisiones de las resoluciones asamblearias y de las decisiones del directorio violatorias del interés social	614
5.3.1. Síndicos	615
V. Consecuencias de las conclusiones. Actuación del accionista controlante (el Estado) en interés contrario al interés social	617
1. Consideraciones preliminares	617
2. Responsabilidad del Estado en el nuevo régimen jurídico de la ley 26.944. Somera referencia	618
2.1. Breve referencia histórica de la responsabilidad del Estado	619
2.2. La responsabilidad del Estado en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la ley 26.944.	621
2.3. La responsabilidad del Estado regida por la ley 26.944, ¿es la única responsabilidad del Estado?	622
3. Hacia la responsabilidad del Estado por abuso de control societario	623
3.1. Consideraciones preliminares. El Estado socio de la Sociedad Anónima: conducta debida y conducta reprochada	623
3.1.1. El abuso del derecho en el nuevo Código	624

3.1.2. Responsabilidad del Estado como accionista controlante por abuso de control en desvío del interés social, art. 54, párrs. 1º y 2º de la LGS. .	625
3.2. Actuación de la controlante en desvío del interés social, art. 248 de la LGS	626
3.3. Responsabilidad contractual del Estado por desvío del interés social: nuestra postura	629
3.4. Presupuestos de la responsabilidad	631
4. Posibles soluciones en defensa de la sociedad	632
4.1. Acción de responsabilidad por daños y perjuicios del art. 248 de la LGS y la acción de impugnación de la decisión asamblearia en interés contrario al interés social, arts. 251 y 254 de la LGS	632
4.1.1. La acción de impugnación de la decisión asamblearia, art. 251 de la LGS	633
4.2. ¿Es posible el derecho de receso del accionista privado minoritario frente a la situación de dominación del controlante?	635
4.3. Inoponibilidad de la personalidad jurídica. El <i>disregard</i> administrativo	637
4.3.1. El fenómeno de la utilización de sociedades de mercado por parte del Estado a los efectos de la consecución de sus políticas.	637
4.3.2. Breve referencia al derecho comparado.	639
4.3.3. El correctivo al desvío del interés social en el art. 54, párr. 3º. Inoponibilidad de la personalidad jurídica	641
Tesis abreviada.	653
1. Introducción.	653
1.1. Delimitación del campo de estudio.	653
1.2. Hipótesis de trabajo	653
1.3. Metodología de la investigación	654
2. Los cuatro carriles de investigación y sus conclusiones.	654
2.1. Primer carril: naturaleza jurídica y régimen aplicable a la sociedad	654

2.2. Segundo carril: el interés social como principio rector del sistema	654
2.3. Tercer carril: actuación del Estado como socio, la conducta debida	655
2.4. Cuarto carril: principales mecanismos de influencia dominante arbitrados por el Estado, en el período señalado, dentro de las sociedades de mercado.	656
2.4.1. El control interno de derecho adquirido por el Estado. Caso elocuente: YPF	657
2.4.2. La Ley 26.831 de Mercado de Capitales de 2012. Control externo de hecho	658
2.4.3. Ley 27.181 y decs. 1278/12 y 196/15. Manejo grupal y dirección unificada.	659
2.4.4. Efectos de estos mecanismos de influencia dominante sobre la sociedad.	660
3. Conclusión general	661
4. Consecuencias de la conclusión	662
4.1. Consecuencias respecto de la actuación de los directores designados por el Estado en interés contrario al interés social	662
4.2. Posibles medios al alcance de los socios privados para hacer efectiva la responsabilidad de los directores designados por el Estado	664
4.3. Consecuencias respecto de la actuación del accionista controlante estatal en interés contrario al interés social	666
4.4. Posibles medios al alcance de los socios privados para hacer efectiva la responsabilidad del Estado como socio controlante	667
<i>Bibliografía general.</i>	669