

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

23 de diciembre de 2016

VERIFIQUE LAS INSTRUCCIONES DE USO

Todas las herramientas (aun las que proporciona el derecho) deben usarse de acuerdo con su “manual de instrucciones”.

*Usarlas sin tomar en cuenta para qué fueron diseñadas es peligroso.
Eso ocurre con las sociedades anónimas.*

Este comentario no toma partido sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de la renuncia de la presidenta de Aerolíneas Argentinas, una sociedad anónima cuyo único o principal accionista es el Estado, ni analiza los aspectos políticos o económicos de la cuestión.

Se limita a considerar algunos aspectos jurídicos del tema, cuyo análisis objetivo no debería ser dejado de lado en el futuro.

Según se dice en los medios, la renuncia de la presidenta de esa sociedad se produjo pocos días antes de que se iniciara un proceso de audiencias públicas, convocadas por la Administración Nacional de Aviación Civil, para decidir el otorgamiento de licencias a nuevas empresas aeronáuticas “low cost”.

Los beneficiarios de las nuevas licencias competirían directamente con Aerolíneas Argentinas en el mercado de cabotaje.

Aerolíneas Argentinas es, jurídicamente, una sociedad anónima. Como tal, se rige por las disposiciones de la Ley General de Sociedades, como ocurre con cualquier otra sociedad de ese tipo organizada bajo las

leyes de la República Argentina. Su principal accionista —si no el único— es el Estado.

Como consecuencia del tipo (o estructura) social al que está sometida, Aerolíneas Argentinas tiene un directorio como órgano de administración. Uno de los integrantes del directorio reviste el carácter de presidente.

Como consecuencia de que Aerolíneas Argentinas está sujeta a las leyes sobre sociedades comerciales, caben a sus directores y accionistas las mismas e idénticas cargas, obligaciones y responsabilidades que pesan sobre toda otra persona que ocupa un cargo o posición similar en cualquier otra sociedad anónima argentina.

Y es aquí donde hay algunas cuestiones dignas de análisis.

Por lo que se sabe, el accionista controlante de Aerolíneas Argentinas (el Estado) a través de uno de sus organismos especializados, está considerando admitir al mercado nuevos competidores para la empresa de la que es dueño. Si esos

competidores ingresan al negocio aeronáutico (sobre todo si se trata de empresas “low cost”, es razonable pensar que Aerolíneas Argentinas verá reducidas sus ganancias.

Pero resulta que la Ley General de Sociedades dice algo al respecto: en su artículo 54 establece que “el daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar...”. Podría alguien sostener, entonces, que si el Estado admite nuevos competidores para Aerolíneas, ésta sufrirá daños (pérdidas como resultado de una caída en sus ventas, por ejemplo). Y como el Estado es socio de la empresa perjudicada (y no un simple socio, sino su controlante) el Estado podría ser tildado de responsable de ese daño.

Claro que sólo si Aerolíneas tuviera otros accionistas aparte del Estado, ese daño tendría titulares que podrían sentirse afectados y plantear entonces una demanda judicial. (Pero, en este sentido, debe tenerse muy en cuenta que la ley por la que se expropiaron las acciones de Aerolíneas excluyó las que eran de propiedad de sus trabajadores. ¿Quedarán algunos de estos como accionistas todavía?)

Quizás, bajo una interpretación más amplia, podría exigirse también a los propios directores que demanden al accionista que perjudica a la sociedad...

Pero hay otras cuestiones: la Ley General de Sociedades impone a los directores de las sociedades anónimas —y esto incluye al presidente de Aerolíneas Argentinas y a todo el directorio de la empresa— la obligación de actuar “con lealtad y diligencia” (artículo 59). Y no con *cualquier* diligencia, sino la que le corresponde *a un buen hombre de*

negocios; esto es, la de quien privilegia la obtención de ganancias por sobre otros afanes y consideraciones. (No es como en el caso del derecho italiano, donde lo que se exige es la diligencia *del buen padre de familia*, que es una cosa muy distinta).

Entonces... si hay audiencias públicas en las que se va a discutir el ingreso de nuevos competidores al mercado, ¿cuál es la actitud que deberían tomar los directores de Aerolíneas Argentinas Sociedad Anónima? ¿Participar de ellas para hacer sentir su opinión? ¿O mirar hacia otro lado? ¿Qué tipo de *diligencia* se espera de ellos?

Aquí viene a cuento otro principio del derecho de sociedades: el cargo de director exige *lealtad*, y todos quienes conocen del tema opinan que ésta se dirige *a la propia sociedad en la que el director actúa como tal*, y no hacia el accionista que pudo haber nombrado a ese director. ¿Cómo deberían demostrar su lealtad en estas circunstancias?

En consecuencia, los pobres directores de la empresa aérea estatal se encuentran en una encrucijada legal: por un lado, su deber de diligencia *les exigiría participar de las audiencias en las que el futuro de la sociedad en la que actúan se pondrá en juego*; por el otro, el propio accionista controlante, si fomenta o incentiva el ingreso de nuevas empresas al mercado, *tiene por cuenta propia un interés contrario al de la sociedad*. Bajo el artículo 248 de la Ley General de Sociedades, ese accionista tendría la obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a la operación en la que tenga intereses contrapuestos.

Y si, por esas cosas de la vida, alguno de los directores de Aerolíneas Argentinas fuera, además, funcionario público, ¿no correrá el riesgo de que se le endilgue tener

un conflicto de intereses? Por un lado, estará fomentando una política de mayor competencia, pero por el otro estará afectando el volumen de negocios de la sociedad a la que sirve.

Obviamente, algo cruje. Y no es como consecuencia de que se esté intentando una maniobra delictiva o cosa por el estilo, sino que esos crujidos que llaman la atención de los abogados *son consecuencia del mal uso de una herramienta legal*.

Las sociedades comerciales no pueden ser la herramienta o el vehículo para el desarrollo de actividades empresarias por parte del Estado, *cuando éste es juez y parte del mercado en el que actúan esas sociedades*. No fueron concebidas para eso.

¿Qué sentido tiene que se utilice la figura del director de la sociedad anónima, con todas las obligaciones que la ley le impone,

cuando lo que en realidad se quiere cubrir es un cargo público con funciones ejecutivas?

Las preguntas no se detienen aquí, por supuesto. Uno podría preguntarse por qué el Estado mismo ha de actuar como empresario, con las dificultades legales que implica, otra vez, su doble carácter de contralor necesario de ciertas actividades empresarias por un lado y de participante de esas mismas actividades en un supuesto de (falsa) igualdad con el resto de los competidores.

Cualquiera puede ponerse medias en lugar de guantes. Tendrá, sí, las manos cubiertas, pero no rendirá culto ni a la elegancia ni a la comodidad. Y corre el riesgo de que cuando quiera usar los dedos, los tendrá enredados en los pliegues de sus propios calcetines...

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**