

15 de diciembre de 2023

AVIONES Y DIRECTORES DE YPF

Un episodio reciente suscita algunas reflexiones sobre las responsabilidades y obligaciones que recaen sobre los directores de una sociedad anónima abierta.

En medio del caldeado clima político argentino y antes de la asunción del mando por el presidente elegido en noviembre de este año, los medios periodísticos publicaron varios artículos referidos a ciertas actividades de la entonces vicepresidenta.

Así, el 7 de diciembre el diario *La Nación* de Buenos Aires publicó una nota que, en parte, decía: “durante este último período de cuatro años de gobierno [la vicepresidenta] hizo 194 vuelos a Santa Cruz, sin ninguna actividad oficial que los justificara. Se trató de vuelos realizados por lo general de jueves a domingos para descansar en sus casas de Río Gallegos o de El Calafate, a 3000 kilómetros de la Casa Rosada y del Congreso. Para ello, la vicepresidenta no solo voló en distintas aeronaves de la flota presidencial, *sino también en aviones de la empresa YPF* y hasta de taxis aéreos alquilados en dólares y pagados por la Secretaría General de la Presidencia”.

Lo ocurrido puede ser analizado y comentado desde varios puntos de vista. Nosotros limitaremos al plano estrictamente jurídico, pero no desde la perspectiva estatal, sino de la privada. Esto es, acerca del papel de YPF (y de su directorio) en la cuestión.

Esa empresa es una de las más grandes de la Argentina en términos de facturación. Sus acciones cotizan en las bolsas de Buenos Aires y Nueva York. Su principal accionista es el Estado argentino.

Según se desprende de lo que escribieron los medios sobre el asunto, los vuelos de la vicepresidenta son objetables desde el punto de vista del gasto público. Pero... ¿es cuestionable lo hecho por YPF —o, mejor dicho, por su directorio, que seguramente debió aprobar formalmente lo ocurrido—?

Desbrocemos el asunto. YPF posee uno o varios aviones y, según parece, los arrendó para que un funcionario público los usara. Según resulta de las noticias periodísticas, el pasajero (o alguien en su nombre) pagó por el servicio.

¿Hay alguna objeción hasta ahora? Parecería que no. Mantener un avión en tierra tiene un costo elevado, por lo que arrendarlo y así obtener alguna utilidad de los llamados “tiempos muertos” de la aeronave no parece una decisión equivocada.

No olvidemos que los directores de una sociedad anónima tienen varias obligaciones, *establecidas por ley*.

Entre las más importantes están la de aplicar, en todas sus decisiones, un estándar exigente: *la diligencia del buen hombre de negocios*. Otra, la de actuar con lealtad hacia la sociedad en la que se desempeñan.

¿Qué quiere decir aplicar la diligencia de un buen hombre de negocios? Que en toda decisión que los directores adopten debe primar la obtención del lucro para la sociedad en la que ejercen sus funciones.

Por consiguiente, si el avión estaba disponible y en lugar de pagar su estadía en un hangar, se logró obtener un rédito por su utilización, no hay nada que objetar, *al menos en principio*.

Además de la Ley General de Sociedades (que contiene aquel estándar relativo a la diligencia del buen hombre de negocios que todo director debe aplicar en la toma de decisiones), existen otras normas, más estrictas, aplicables a las sociedades anónimas cuyas acciones cotizan en bolsa (o, más técnicamente, “cuyas acciones están sujetas al régimen de oferta pública de valores”).

Así es como la Ley de Mercado de Capitales contiene reglas referidas a los contratos con partes vinculadas (esto es, en términos muy genéricos, a los celebrados con accionistas u otras personas que tengan relaciones asociativas o “participaciones significativas” con la sociedad o con sus socios).

Esas reglas (que exigen cumplir con ciertos recaudos de transparencia) entran a regir si esos contratos con partes vinculadas alcanzan “montos relevantes” (esto es, por más del 1% del patrimonio social).

Por consiguiente, para saber si los integrantes del directorio de YPF violaron alguna regla legal habría que establecer si la pasajera de ese avión era “parte relacionada” con YPF y si el monto del contrato era, en rigor, tan relevante como para “encender las alarmas”.

La determinación del carácter de “parte relacionada” de quien ejerce un cargo de relevancia en la estructura del Estado accionista, aunque a primera vista parezca cosa sencilla, no lo es. Requiere un análisis minucioso. Quizás uno de los elementos determinantes sea establecer quién pagaba efectivamente el arrendamiento del avión. Según los medios, fue el propio Estado, con lo cual la vinculación comercial entre ese accionista y la empresa resulta más que evidente.

En cuanto al monto, habrá que determinar si se trató de un único contrato o de varias contrataciones separadas (lo cual podría haber sido utilizado para evitar los controles del caso).

Ahora bien, si el resultado del análisis acerca de si esos contratos fueron o no celebrados con una parte relacionada y por un monto relevante es positivo, entonces las normas aplicables a estas situaciones exigían que esos acuerdos fueran puestos en conocimiento del mercado. Pero según las investigaciones periodísticas, las fuentes de información acerca de los vuelos no incluyeron los boletines de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. ¿Se habrá informado de todo esto al mercado neoyorquino, donde también cotiza YPF?

Supongamos que los directores hayan tenido dudas acerca del carácter de estos contratos. Como la ley exige a los directores que sean diligentes como lo es un buen hombre de negocios, ¿no deberían aquéllos haber agotado las instancias necesarias para asegurarse de

que la celebración de esos contratos era inobjetable?

La Ley de Mercado de Capitales les daba una posibilidad que quizás debió haber sido explorada: “el directorio o cualquiera de sus miembros requerirá al comité de auditoría un pronunciamiento acerca de si las condiciones de la operación pueden razonablemente considerarse adecuadas a las condiciones normales y habituales del mercado”. ¿Habrán hecho algo semejante?

No se debe olvidar que las funciones de director (y, por consiguiente, las obligaciones de lealtad y diligencia) son personales e indelegables. Es precisamente por eso que la ley permite a cada director requerir la opinión del comité de auditoría acerca de la “bondad” del contrato.

Asumamos que los contratos respondían a condiciones normales y habituales de mercado. ¿Bastaba ello para que fueran aprobados por el directorio? Éste es un punto muy interesante. ¿Cuál es la extensión de la obligación de diligencia? ¿Cuándo se agota? En otras palabras, ¿cuántos y qué factores han de ser tenidos en cuenta por un director para cumplir adecuadamente con el estándar legal?

La ley trae la solución: según el Código Civil y Comercial, la diligencia se mide “según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar”. La falta de diligencia “comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión”.

No cabe duda de que quien es director de una sociedad anónima ejerce una profesión (pues la suya no es una tarea ocasional o emprendida por capricho o azar), por lo que la norma es perfectamente aplicable a todo director.

Si ese director, además, lo es de una de las principales empresas de cualquier país, va de suyo que el grado de diligencia exigible es mucho mayor que el que puede pretenderse de quien administra una sociedad dedicada a fabricar sombreros o a pescar merluzas. Por eso entran a jugar factores tales como el riesgo reputacional, la necesidad de independencia, la necesaria distancia frente a los factores de poder, etcétera.

Por lo general, el análisis de la debida diligencia se efectúa únicamente desde el punto de vista del derecho. Pero en 1996, el argentino Marcos Bertin, miembro de la Academia Internacional de la Calidad y con una larga carrera internacional en el estudio y análisis de ese tema, desarrolló y expuso la idea de que la toma de decisiones por parte de un directorio reviste las mismas características de cualquier otro proceso que debe culminar en un resultado satisfactorio, como la investigación científica o el mejoramiento de una raza de ganado pasando por la fabricación de motores, heladeras o perfumes.

Ello lo llevó a exponer su teoría sobre “la calidad en el directorio” en una conferencia internacional en Yokohama, Japón, ese mismo año. Allí desarrolló las pautas acerca de cómo aplicar el concepto, digamos “industrial”, de la calidad a la toma de decisiones. Estas ideas y conceptos fueron luego ampliados en varios libros aparecidos entre 2007 y 2018.

A partir de las ideas desarrolladas por Bertin surgió el concepto de “corporate governance” como sistema técnico para asegurar que los resultados del proceso de toma de decisiones son los mejores posibles. En otras palabras, la diligencia del buen hombre de negocios parangonada con la calidad del resultado.

En la práctica, esto significa que antes de tomar una decisión, el director debe asegurarse de contar con toda la información necesaria y provista por las fuentes más confiables.

¿Por qué tanta preocupación por la calidad de una decisión empresarial? Porque si existe un mercado de capitales, los directores de una sociedad anónima abierta están administrando recursos provistos por terceros, los accionistas/inversores. Y el resultado de esa administración dependerá de la calidad de las decisiones que se tomen.

Pero hay algo más: si un accionista objetara ciertos contratos celebrados por una sociedad abierta, se invertirá la carga de la prueba: “en caso de que un accionista demande resarcimiento de los perjuicios ocasionados por una infracción [a las normas sobre contratos con partes relacionadas] corresponderá a [la sociedad] probar que el acto o contrato

se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de la operación no causaron perjuicio a la sociedad”.

Hasta aquí nos concentramos en la debida diligencia. ¿Y sobre el deber de lealtad? La ley es clara al respecto: incluye, entre otros aspectos, la prohibición de hacer uso de los activos sociales con fines privados y la de aprovechar o de permitir que otro aproveche, ya sea por acción u omisión, las oportunidades de negocio de la sociedad y las obligaciones de ejercer sus facultades únicamente para los fines para los que la ley, el estatuto, la asamblea o el directorio se las hayan concedido y de velar escrupulosamente para que su actuación nunca incurra en conflicto de intereses, directo o indirecto, con los de la sociedad.

¿Se habrá cumplido con todo eso?

* * *

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.**