

EL EMPLEADO ELEGIDO COMO ADMINISTRADOR EN EMPRESAS ESTATALES FEDERALES BRASILEÑAS: DERECHOS, DEBERES Y RESPONSABILIDADES

Tiago Faganello¹

Ricardo Lupion²

Resumen: La Constitución Federal de Brasil ha asegurado a los empleados participar en la gestión de la empresa, según lo define la ley. El texto abordará cómo los derechos, deberes y responsabilidades del empleado elegido como administrador funcionan en las empresas estatales brasileñas bajo el control del gobierno federal, constituidas en forma de sociedad anónima. Las empresas estatales federales brasileñas realizan importantes actividades en distintos sectores de la economía brasileña, emplean a un número significativo de empleados y tienen acciones que cotizan en la bolsa de valores brasileña. Finalmente, el texto pretende identificar, a partir de datos de investigaciones empíricas realizadas en las empresas Petrobrás y Eletrobrás, los desafíos para el ejercicio del cargo de miembro de la junta directiva, por parte del empleado elegido, ante los deberes y responsabilidades asignados en la ley de las sociedades anónimas.

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor Convidado de cursos de especialização. Bolsista CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Advogado

² Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor Titular de Direito Empresarial na Escola de Direito da PUCRS. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) na PUCRS. Advogado.

Palabras Clave: Empleado. Empresa. Estatales. Administradores. Deberes y responsabilidades.

THE EMPLOYEE ELECTED ADMINISTRATOR IN BRAZILIAN STATE COMPANIES: RIGHTS, DUTIES AND RESPONSIBILITIES

Abstract: The Brazilian Federal Constitution assured employees a participation in the management of the company, as defined by law. The text will address how the rights, duties and responsibilities of the employee elected as administrator work in Brazilian state-owned companies under the control of the federal government, as a corporation. Brazilian state-owned companies carry out important activities in various sectors of the Brazilian economy, employ a significant number of employees and have shares listed on the Brazilian stock exchange. Finally, the text intends to identify, based on data from empirical research carried out in the companies Petrobrás and Eletrobrás, the challenges for the exercise of the position of board member (director), by the elected employee, in view of the duties and responsibilities assigned by the corporations law.

Keywords: Employee. Company. State-Owned Company. Administrators. Duties and responsibilities.

INTRODUCCIÓN: EL PERFIL DE LAS EMPRESAS ESTATALES FEDERALES BRASILEÑAS



Las empresas estatales bajo el control del gobierno federal brasileño pueden constituirse como empresas públicas o sociedades de capital mixto, en este caso regidas obligatoriamente por la Ley 6404, del 15 de diciembre de 1976, que establece

las sociedades anónimas.

Si bien la Ley N° 13.303 del 30 de junio de 2016 ha establecido el derecho del empleado a ser elegido para participar en la junta directiva de la empresa pública, de la sociedad de capital mixto controladas por el gobierno y sus subsidiarias, en el ámbito de la Unión Federal, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, el texto adoptará la expresión Empresa Estatal Federal o Empresas Estatales Federales (según sea el caso) para designar a la(s) entidad(es) dotada(s) de personalidad jurídica de derecho privado, con creación autorizada por ley, en forma de sociedad anónima, cuyas acciones con derecho a voto pertenecen en su mayoría al gobierno federal, ya que sería una investigación excesivamente extensa, en este país de dimensión continental, averiguar la efectividad de los derechos, deberes y responsabilidades del empleado administrador elegido, en el ámbito de las estatales bajo el control de los gobiernos estatales, municipales y del distrito federal.

A nivel federal, la Secretaría de Coordinación y Gobernanza de las Empresas Públicas (SEST), del Ministerio de Planificación, Desarrollo y Gestión, elabora periódicamente el Boletín de Empresas del Estado Federal (Boletín) que recopila datos de las Empresas Estatales Federales. Según la última edición publicada, Boletín n° 16, con información del 4° trimestre de 2020,³ hay 187 empresas estatales bajo control accionario del gobierno federal, 141 con control indirecto y 46 con control directo.

De estas 187 Empresas Estatales Federales, se destacan 70 que operan en el sector de petróleo y gas (Petrobrás y sus

³ Boletín de las Empresas del Estado Federal [recurso electrónico] / Ministerio de Economía, Secretaría Especial de Privatizaciones, Desinversiones y Mercados, Secretaría de Coordinación y Gobernanza de las Empresas del Estado. Vol. 16 (dic. 2020). Brasilia: Sest/ME, 2021. Disponible en <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-das-empresas-estatais-federais/arquivos/boletim-das-empresas-estatais-federais-2013-16a-edicao.pdf> Acceso el 10 de noviembre de 2021

subsidiarias, Eletrobrás y sus subsidiarias, entre otras); 40 en el sector financiero (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, Banco do Brasil y sus filiales y Caixa Econômica Federal y sus filiales, entre otros); 12 en el sector de infraestructura y transporte (Infraero, Cia. de Transporte Urbano, entre otras).

Desde el punto de vista de la dimensión de los recursos públicos involucrados en las Empresas Estatales Federales, hasta diciembre de 2020, el presupuesto ejecutado era de R\$ 2,45 billones. La ganancia de las Empresas Estatales Federales en 2020 fue de R\$ 60,6 mil millones. En cuanto a los empleados que laboran en Empresas Estatales Federales, hay 467.567 empleados, de los cuales 98.101 en Correios, 94.258 en Banco do Brasil, 83.506 en Caixa Econômica Federal, 41.361 en Petrobras y 150.341 en otras Empresas Estatales Federales.

Si solo se consideran las empresas destacadas anteriormente⁴ se estima que al menos 122 empleados tienen derecho a ser elegidos como miembros de la junta directiva de Empresas Estatales Federales (un empleado en cada empresa), lo que demuestra la relevancia de este tema.

Luego de este acercamiento introductorio al perfil de las Empresas Estatales Federales, se discutirán a continuación las disposiciones legales que garantizan al empleado el derecho a ser elegido para la junta directiva y los procedimientos establecidos para la elección y votación. El texto también se dirigirá a los órganos estatutarios de la sociedad anónima, con especial énfasis en el funcionamiento de la junta directiva para, posteriormente, presentar los deberes que impone la ley de las sociedades anónimas a los ocupantes de funciones en la junta directiva. Finalmente, con base en estudios de caso (Petrobrás y Eletrobrás),

⁴ 70 que operan en el sector de petróleo y gas: Petrobrás y sus subsidiarias, Eletrobrás y sus subsidiarias, entre otras; 40 en el sector financiero: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, Banco do Brasil y sus subsidiarias y Caixa Econômica Federal y sus subsidiarias, entre otras y 12 en el sector de infraestructura y transporte: Infraero, Cia. Brasileira de Transportes Urbanos, entre otras.

el texto pretende demostrar si el derecho del empleado a ser elegido para la junta directiva ha representado un avance o una exposición excesiva, dados los deberes y responsabilidades asignados a la junta directiva por la ley de sociedades anónimas.

1. EL DERECHO A SER ELEGIDO

El artículo 7, inciso XI, de la Constitución Federal garantiza a los trabajadores, excepcionalmente, la participación en la gestión de la empresa, según lo define la ley.⁵ El enfoque de este artículo es abordar la elección de empleados de Empresas Estatales Federales constituidas y organizadas en forma de sociedades anónimas.

La sociedad anónima, también llamada empresa, es un "mecanismo legal" creado para mover capital. Nació sobre la base del capitalismo moderno, que permite la captación de sumas expresivas de capital y, por tanto, posibilita la realización de grandes emprendimientos, con una reducción de los riesgos que las demás sociedades, fundamentadas en el prestigio personal y en la confianza mutua existente entre sus socios, no pueden superar.⁶ Su capital se divide en acciones, un tipo de valor mobiliario, y la responsabilidad de los accionistas se limita al precio de emisión de las acciones que poseen.⁷

Para lograr sus objetivos operativos, la sociedad anónima se organiza en órganos con existencia y atribuciones previstas en la ley 6404/76 (junta directiva, directorio, consejo de vigilancia, también conocido como inspectores de cuentas y comités) y también en órganos funcionales, que son de mayor interés para

⁵ Sobre órganos corporativos y centros de poder: participación de los empleados, ver COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, volume 2, direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 300

⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual das Companhias, ou, Sociedades Anônimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 17.

⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, volume 2, direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87

el estudio de la ciencia de la administración con miras a “una adecuada división del trabajo, racionalidad en el flujo de información, agilidad en la toma de decisiones, ahorro de costes, etc.”.⁸

La Ley 6404/76 trata de los órganos ubicados en la parte superior de la estructura de la sociedad, referidos anteriormente, conocidos como órganos estatutarios y la ley laboral, por ejemplo, se ocupa de la relación jurídica entre la sociedad y sus trabajadores, ocupantes de los más diversos cargos y funciones existentes en las sociedades (coordinación, departamentos, centros, etc.).

A partir de un cambio en el texto original del artículo 140 de esta ley, ocurrido en 2001, se permitió la participación en la junta directiva de miembros elegidos por voto de los trabajadores, en una elección directa, organizada por la empresa, junto con las entidades sindicales que los representan.

Posteriormente, en 2010, esta participación pasó a ser obligatoria en las juntas directivas de las empresas públicas⁹ y sociedades de capital mixto¹⁰ en las que el Gobierno Federal, directa o indirectamente, detenga la mayoría del capital con derecho a voto, de conformidad con la Ley N ° 12.353, de 28 de diciembre de 2010.

Al año siguiente, en 2011, el Ministerio de Planificación, Presupuesto y Gestión publicó la Ordenanza MPOG 026/2011, de 11 de marzo de 2011, estableciendo instrucciones sobre procedimientos de elección, mandato, normas sobre conflictos de

⁸ *Ibidem*, p. 219

⁹ BRASIL. Ley 13.303 de 30 de junio de 2016, artículo 3: “Entidad dotada de personalidad jurídica de derecho privado, de creación autorizada por ley y con patrimonio propio, cuyo capital social está íntegramente bajo control de la Unión, los Estados, el Distrito Federal o los Municipios.

¹⁰ BRASIL. Ley 13303, de 30 de junio de 2016, artículo 4: "Entidad dotada de personalidad jurídica de derecho privado, con creación autorizada por ley, en forma de sociedad anónima, cuyas acciones con derecho a voto pertenecen en su mayoría al Gobierno Federal, Estados, Distrito Federal, Municipios o a la entidad de administración indirecta

interés, estabilidad del empleado elegido, entre otros, para hacer efectiva la participación de los representantes de los trabajadores en las juntas directivas de las Empresas Estatales Federales, en las que el gobierno federal, directa o indirectamente, ostenta la mayoría del capital con derecho a voto, de la siguiente manera:

a) Ha determinado la adecuación de los estatutos sociales de todas las Empresas Estatales Federales y, en caso de omisión de la participación del empleado en la junta directiva, para hacerla efectiva de manera inmediata, estableció que el empleado ocupará uno de los cargos del accionista controlador, limitando la obligatoriedad de esta participación únicamente a empresas que tengan más de doscientos empleados.

b) Ha definido el proceso electoral, estableciendo que (1) la elección será organizada por una comisión electoral integrada por representantes de la empresa y entidades sindicales con representación entre sus empleados, en igualdad de condiciones. (2) la votación se realizará de forma directa, secreta, preferentemente por medios electrónicos. (3) se considerará elegido el candidato que obtenga la mayoría absoluta de votos, excluidos los votos en blanco y nulos.

c) Ha prohibido la participación del trabajador en discusiones y deliberaciones sobre asuntos que involucren relaciones sindicales, compensaciones, beneficios y ventajas, incluyendo materias de pensión complementaria y asistencial, casos en los que se configura el conflicto de intereses. Las deliberaciones sobre estos temas se llevarán a cabo en una reunión convocada exclusivamente a tal efecto, en la que no participará el miembro elegido por los empleados.

d) Ha referido a los requisitos de elegibilidad previstos en la ley y en los estatutos sociales, creando impedimentos para el candidato ascendiente, descendiente, pariente colateral o similar, hasta tercer grado, cónyuge o pareja de cualquiera de los integrantes del directorio, de la junta directiva o consejo de vigilancia, también conocido como inspectores de cuentas de la

Empresa Estatal Federal.

e) Ha creado estabilidad para el empleado elegido frente al despido por justa causa, desde la inscripción de su candidatura hasta un año después de finalizado su mandato, vinculando el mandato de administrador a la duración de su contrato de trabajo, de manera que, al cesar, el empleado perderá automáticamente la condición de miembro de la junta directiva.

A partir de este nuevo entorno regulatorio, el empleado de la Empresa Estatal Federal adquirió el derecho a ser elegido para ocupar un puesto en la junta directiva; sin embargo, en el ejercicio de sus funciones, el empleado elegido estará sujeto al cumplimiento de los deberes y responsabilidades que la Ley de Sociedades Anónimas asigna a todos los ocupantes de este importante órgano social, como se verá a continuación.

2. LA ESTRUCTURA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES

De acuerdo con la ley brasileña, se constituirá una Empresa Estatal Federal en forma de sociedad anónima (Ley 6404/76). La administración de la sociedad anónima puede tener dos órganos en su estructura corporativa: la junta directiva y el directorio.¹¹ La Ley 6404/76 establece un rígido sistema de competencias y atribuciones, ya sea establecido por la ley (competencia privada), o establecido por los estatutos sociales (competencia estatutaria).

La junta directiva tiene la función de agilizar el proceso

¹¹ Sobre el sistema de administración de la sociedad, ver COELHO, Fabio Ulhoa. *Trabajo citado*. pags. 303-305. El autor hace una distinción entre el sistema *monista* y *dualista*, señalando que, en el primero, la supervisión y fiscalización de los directores encargados de organizar la empresa es exclusivamente la responsabilidad de los accionistas, reunidos en su propio órgano (la junta general). En el sistema dualista, otro organismo, como intermediario entre la junta general y el consejo, también desempeña estas funciones (la junta directiva).

de toma de decisiones en la empresa. Su existencia es obligatoria en las empresas que cotizan en bolsa.¹² La junta directiva se encuentra en la cima de la jerarquía de toma de decisiones de los negocios de la empresa, tiene una función deliberativa (decidir sobre asuntos de mayor relevancia para el negocio de la empresa) y supervisa los actos realizados por el siguiente órgano estatutario inferior, el directorio, entre otras atribuciones establecidas en el artículo 142 de la Ley 6404/76.¹³

La Junta Directiva, órgano colegiado encargado del proceso de toma de decisiones de una organización en relación con su dirección estratégica, es el componente principal del sistema de gobierno. Su función es ser el vínculo entre la propiedad y la gestión para orientar y supervisar la relación de esta última con demás partes interesadas. La Junta Directiva recibe poderes de los socios y les rinde cuentas. La junta directiva es el guardián del objeto social y del sistema de gobierno. Es quien decide la dirección del negocio, de acuerdo con el mejor interés de la organización.¹⁴

Los miembros de la junta directiva son elegidos en la

¹² Ley 6404/76, artículo 4: Para efectos de esta Ley, la sociedad es abierta o cerrada según que los valores mobiliarios emitidos por ella estén o no admitidos a negociación en el mercado de valores. “Cuando la empresa vende nuevos valores mobiliarios, operación conocida como “emisión de acciones”, el producto de esta venta se destina a la empresa y las ofertas se denominan primarias, constituyendo un aumento de capital social. En este caso, los recursos serán utilizados por la propia empresa para, por ejemplo, ampliar su negocio, crear nuevas unidades de negocio o cambiar su perfil de endeudamiento”. (*O mercado de valores mobiliários brasileiro / Comissão de Valores Mobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2014. p. 317). “La primera operación empresarial que tiene por objeto un valor público es su colocación en el mercado, es decir, la empresa emite, por ejemplo, nuevas acciones, cumpliendo determinados fines y ofreciéndolas a los interesados. Pues bien, en la referida transacción, el inversor paga el precio a la empresa emisora y se convierte en el primer accionista que posee el título en cuestión. Este negocio entre la empresa emisora y el inversor, denominado suscripción, tiene lugar en el mercado primario de capitales. (COELHO, Fabio Ulhoa. *Trabajo citado*, volume 2, direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95)

¹³ COELHO, Fabio Ulhoa. *Trabajo citado*. pags. 279-281.

¹⁴ IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. (El Instituto Brasileño de Gobierno Corporativo) *Caderno de Boas Práticas para Reuniões do Conselho de Administração*. São Paulo: IBGC. 2010, p. 10.

junta general anual de accionistas, con un período de mandato establecido por ley o en los estatutos. Los miembros de la junta directiva ocupan cargos de confianza y, por tanto, pueden ser removidos en cualquier momento, de forma motivada o no, y esta remoción "no puede ser considerada una sanción, sino el mero resultado de una resolución, adoptada por la mayoría de los accionistas con derecho a voto".¹⁵

Estas importantes funciones de la junta directiva no pueden delegarse en órganos inferiores: la junta directiva no puede delegar sus competencias y atribuciones al directorio y, este, a los demás órganos funcionales de la empresa¹⁶ por la literalidad del artículo 139 de la Ley 6404 /76, según el cual "las atribuciones y competencias conferidas por la ley a los órganos de dirección no pueden ser concedidas a otro órgano, creado por ley o por estatuto". En palabras de Assis Gonçalves Neto "[...] los directores, aunque tengan la función de deliberar en una reunión del directorio no son competentes para invadir el ámbito de actuación de la Junta Directiva"¹⁷

Esta cuestión de la no delegación de competencias y atribuciones de la junta directiva tiene especial relevancia a la hora de la elección de un empleado para integrar el órgano colegiado, ya que forma parte del órgano funcional de la empresa y, por tanto, en un posición jerárquicamente mucho más baja que la parte superior de la estructura de toma de decisiones: ¿será un miembro de la junta directiva que también es un empleado o un empleado que también es un miembro de la junta directiva?

¹⁵ COELHO, Fabio Ulhoa. *Trabajo citado*. p. 291-292.

¹⁶ "Si existe una Junta Directiva en la empresa, las materias enumeradas en el art. 142 son de la competencia exclusiva de este órgano, que no puede delegar estas atribuciones en terceros, aun cuando tal delegación esté prevista en el estatuto. Sólo la junta general, como órgano supremo de la sociedad, podrá deliberar válidamente sobre las materias enumeradas en el art. 142, modificando las decisiones de la junta directiva". (Colegiado de CVM PAS RJ2007/4476, relator Diretor Marcos Barbosa Pinto, j. 12.03.2008)

¹⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual das Companhias, ou, Sociedades Anônimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 159.

Para el funcionamiento de sus actividades y desarrollo de su negocio, la sociedad además del la junta directiva, también tiene un directorio con facultades y deberes previstos en los artículos 138, 143 y 144 de la Ley 6404/76, con funciones ejecutivas, que desempeñan funciones ordinarias, cotidianas de la vida empresarial de la empresa. El directorio es el órgano estatutario "que exterioriza y ejecuta la voluntad empresarial, integrada por dos o más personas físicas que actúan por ella, es decir, quienes la administran y la representan legalmente en sus relaciones con terceros"¹⁸ y, según el tamaño comercial de la sociedad, "el directorio puede ocupar cargos como director ejecutivo, director financiero, comercial, de producción, jurídico, director de relaciones con inversores, etc. Las atribuciones relacionadas con cada uno de los directorios se detallan en las normas estatutarias".¹⁹

El directorio es el órgano responsable de la gestión de la organización, cuyo principal objetivo es hacer que la organización cumpla con su objeto y función social. Ejecuta la estrategia general y las pautas aprobadas por la junta directiva, administra los activos de la organización y lleva a cabo sus negocios. Mediante procesos y políticas formalizados, el directorio viabiliza y difunde los propósitos, principios y valores de la organización. Este organismo es el encargado de preparar e implementar todos los procesos operativos y financieros, incluidos los relacionados con la gestión de riesgos y la comunicación con el mercado y otras partes interesadas.²⁰

La facultad de representación de los directores es de carácter general, pudiendo realizar todos los actos necesarios para el funcionamiento regular de la empresa, en los términos del artículo 144 de la Ley 6404/76, entendiéndose por funcionamiento regular "la práctica de actos destinados a consecución del objeto

¹⁸ Idem, p. 201

¹⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. *Trabajo citado*. p. 296.

²⁰ IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. (El Instituto Brasileño de Gobierno Corporativo) *Código das melhores práticas de governança corporativa*. São Paulo: IBGC. 2015, p. 69.

social, la ley trata aquí de la gestión ordinaria de la empresa.²¹ Externamente, le corresponde al directorio “manifestar la voluntad de la persona jurídica, en la mayoría de los actos y negocios que practica”.²²

El directorio estará integrado por dos o más directores, elegidos y removidos en cualquier momento por la junta directiva o, en su defecto, por la junta general dos accionistas, conforme a lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 6404/76.

La sociedad anónima cuenta con otros órganos sociales, como el consejo de vigilancia, también conocido como inspectores de cuentas, comités asesores, entre otros, con funciones importantes para su funcionamiento regular, pero considerando que el enfoque del texto es la participación de los empleados en la gestión de las empresas, únicamente la junta directiva y el directorio han tenido sus competencias y atribuciones abordadas.

A continuación, se presentarán los deberes impuestos a los administradores de las sociedades anónimas, como un punto importante para señalar al lector las responsabilidades que pesarán sobre el empleado elegido para participar en la junta directiva, todo para identificar si este derecho representó un avance o demasiada exposición del empleado elegido para ocupar un puesto en la junta directiva.

Los miembros de la junta directiva de la sociedad anónima tienen las funciones previstas en la ley 6404/76, según la cual deben orientar su conducta en estricta obediencia al interés social de la empresa.²³ Al ser elegido y juramentado, el miembro de la junta directiva deberá cumplir con los deberes fiduciarios previstos en la ley, incluyendo el deber de diligencia, lealtad, información y no actuar en situaciones de conflicto de intereses, entre otros.

²¹ LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das Sociedades por Ações Anotada*. São Paulo: Societatis Edições, 2017, vol. I, p. 610

²² COELHO, Fabio Ulhoa. *Trabajo citado*. p. 296.

²³ LUPION, Ricardo. “Interesse social da empresa. Uma perspectiva luso-brasileira”. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 12, p. 13853, 2013.

La asignación de tales deberes tiene por objeto que el administrador elegido actúe en pos del mejor interés de la empresa", que engloba tanto la actividad, que es el ramo de negocio de la empresa, como el fin, que es el beneficio mediante la maximización de las inversiones realizadas. - respetando los distintos intereses que rodean a la empresa (trabajadores, comunidad, etc.), o sea, llevar a cabo el objeto social y cumplir su función social "²⁴

El deber de diligencia, en los términos del artículo 153, impone al administrador, en el ejercicio de sus funciones, el cuidado y la diligencia que suele emplear todo hombre activo y recto en la administración de sus propios asuntos. Es importante resaltar que el administrador debe realizar negocios sociales con capacidad técnica, experiencia y conocimientos específicos. El estándar de la ley es el de un hombre de negocios debidamente calificado para ejercer funciones similares.²⁵ Quizás este sea el principal desafío para el empleado elegido para ocupar un cargo en la junta directiva, es decir, tener la capacidad técnica, la experiencia profesional y los conocimientos específicos para desempeñar este importante rol en la empresa.

El deber de lealtad, previsto en el artículo 155 de la Ley 6404/76, impone al administrador una lista de conductas prohibidas, como abstenerse de ejercer o proteger los derechos de la empresa o, con el fin de obtener ventajas, para sí mismos o para terceros, fallar aprovechar oportunidades de negocio de interés para la empresa (ítem II). El deber de secreto (§§ 1 a 4) impone una doble prohibición: la de mantener una reserva sobre los negocios y la de no utilizar información privilegiada que aún no ha sido divulgada, para obtener una ventaja para uno mismo o para los demás (uso de información privilegiada).²⁶

²⁴ SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A: business judgment rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 25

²⁵ LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das Sociedades por Ações Anotada*. São Paulo: Societatis Edições, 2017, vol. I, p. 625.

²⁶ *CVM investiga uso de información privilegiada con acciones de Petrobras*. La

La prohibición de actuar en situación de conflicto de intereses es el último de los deberes examinados, que prohíbe al administrador intervenir en cualquier operación social en la que tenga un interés en conflicto con el de la empresa (artículo 156). Para Fabio Ulhoa Coelho, las razones de esta prohibición son evidentes, “ya que el administrador no estará en condiciones de atender el asunto con la diligencia necesaria para atender el interés social. Al contrario, la tendencia humana y natural será privilegiar los propios intereses sobre los de la empresa ”.²⁷

Específicamente para el miembro de la junta directiva elegido por voto de los empleados, existe una norma legal de refuerzo que describe situaciones específicas relacionadas con su relación funcional con la empresa sin excluir, sin embargo, las demás situaciones que caracterizan el conflicto de intereses: "El administrador representante de los empleados no participará en discusiones y resoluciones sobre asuntos que involucren relaciones sindicales, compensación, beneficios y prestaciones, incluyendo materias de pensión complementaria y asistencia", de conformidad con el artículo 2, § 3, de la Ley N° 12.353, de 28 de diciembre de 2010, que regula la participación de los empleados en las juntas directivas de las empresas estatales controladas directa o indirectamente por el Gobierno Federal.

investigación sobre el uso de información privilegiada busca determinar si algún inversionista utilizó esta condición para comerciar y obtener ganancias en el mercado. Sobre un episodio reciente que involucró la decisión del Presidente de la República de hacer público, el reemplazo del Presidente de Petrobras y el nombramiento de su reemplazo, sin observar los procedimientos legales y estatutarios para tal remoción y reemplazo. Las acciones preferentes de la empresa cayeron un 26,7%. “El episodio involucra una operación inusual con opciones de venta sobre las acciones de la petrolera, en vísperas del ejercicio. Ese mismo día, el presidente Jair Bolsonaro afirmó durante un vivo que “algo” pasaría en la empresa estatal. Si se ejercitaran las opciones, la ganancia de los beneficiarios podría llegar a 18 millones de reales, frente a un aporte de 160 mil reales. Según el diario O Globo, las operaciones se realizaron a través de la casa de bolsa Tullett Prebon ”. Disponível em https://valor.globo.com/financas/noticia/2021/03/05/cvm-abre-processo-administrativo-para-apurar-possivel-insider-na-petrobras.ghtml?utm_campaign=semana_-_060321&utm_medium=email&utm_source=RD+Station Acesso em 06 março 2021

²⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. *Trabajo citado*. pags. 317

Por el planteamiento, aunque sucinto, de estos deberes principales de los administradores, se hace evidente de inmediato que el empleado elegido como miembro de la junta directiva debe olvidar su condición de empleado²⁸ porque, desde su toma de posesión como administrador, estará sujeto a el cumplimiento de estos deberes, dada la claridad de la norma prevista en el artículo 154, numeral 1 de la ley 6404/76, según la cual: "El administrador elegido por grupo o clase de accionistas tiene, hacia la empresa, las mismas funciones que los demás, y no puede, ni siquiera para defender los intereses de quienes lo eligieron, dejar de hacerlo".

3. EL EMPLEADO EN LA JUNTA DIRECTIVA: ALGUNAS CONCLUSIONES A PARTIR DE DATOS DE INVESTIGACIÓN EMPÍRICA.

Una vez elegido para la junta directiva, el empleado, además de su relación laboral con la empresa, regida por la consolidación de las leyes laborales, también tiene otra relación regida por la Ley 6404/76, la cual, como se vio anteriormente, atribuye, al empleado ahora administrador, deberes y responsabilidades inherentes a este importante órgano social, ubicado en la parte superior de la jerarquía de los negocios de la empresa y, por tanto, sujeto a las competencias de la junta general de accionistas, la junta directiva es un organismo que tiene la máxima autoridad para las decisiones relacionadas con los negocios de la empresa.

¿Cuál sería la preponderancia de la naturaleza del vínculo del empleado también elegido como miembro de la junta directiva de la empresa? ¿Será de carácter laboral o societario? La pregunta que se plantea es la siguiente: ¿el empleado elegido

²⁸ Sobre la simultaneidad de roles del empleado elegido como director, ver CAMARGO, João Laudo de. "Conselheiro de administração representante de empregados". *Revista Relações com Investidores*, n° 198, novembro de 2015.

como miembro de la junta directiva seguirá sujeto a “la subordinación legal inherente a la relación laboral”? Como se mencionó anteriormente, el empleado también elegido para la junta directiva debe ejercer las funciones relevantes de un miembro independiente de la junta, sujeto únicamente a las obligaciones y responsabilidades impuestas por la ley 60404/76 y los estatutos.

En cuanto al empleado elegido como director estatutario, la literatura jurídica laboral se manifestó a favor de la suspensión del contrato de trabajo por la ausencia de subordinación legal, ya que “no sería lógico que una misma persona ejerciera el poder de mando de la empresa y esté legalmente subordinado a este poder” a juicio de Arnaldo Sussekind y también porque la condición de director otorga a su titular “el prestigio del cargo, la influencia, la participación en el mando de la empresa, en el poder de mando de la persona jurídica”, como destacado por Antero de Carvalho.²⁹

Otro punto que se debe considerar es el entendimiento que tiene el empleado sobre su rol, función, deberes y responsabilidades, al ser elegido como miembro de la junta directiva de las Empresas Estatales Federales.

En una investigación empírica reciente realizada en 2020, en una tesis de maestría del Programa de Postgrado en Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias y Letras / UNESP Araraquara, se realizaron entrevistas a tres miembros de la junta directiva elegidos de las empresas Furnas, Eletronorte y Eletrosul y los resultados son preocupantes sobre ese entendimiento.³⁰ Aquí hay algunos relatos de estas entrevistas:

“... la gente viene a mí como miembro de la junta directiva para

²⁹ Extractos de la sentencia dictada en la sentencia de Apelación en Recurso de Recurso de Revista TST-E.RR-4.383 / 83, 1^{er} Clase, Min. Relator C.A. Barata Silva, j. em 27/06/1986

³⁰ MASTEGUIN, Lucas *A participação de representantes dos trabalhadores no conselho de administração: um estudo da governança corporativa* / — 2020 157 f. Dissertação (Maestría en Ciencias Sociales) - Universidad Estadual de São Paulo "Júlio de Mesquita Filho", Facultad de Ciencias y Letras (Campus Araraquara) Supervisor: Prof^a. Dr^a. Maria Chaves Jardim

resolver problemas operativos, para quejarse de que no fueron atendidos en el hospital, etc. Estas confusiones también se deben a los cargos que ocupa: director de la asociación, empleado y miembro de la junta directiva. (...) es siempre. Terminamos ayudando, transmitiéndolo, yo, por ejemplo, hago lo siguiente, la persona me pide algo que no tiene nada que ver, algo de recursos humanos, trato de dar alguna orientación: "habla con alguien, hazlo así", trato de seguir: - mira si pasa algo, avísame" "Te estoy sirviendo como director de la asociación de empleados, ya no como miembro de la junta directiva (...) Soy miembro de la junta directiva en el momento de la reunión. (...) aquí soy un empleado, pero les cuesta hacer esta diferenciación" "Porque es miembro de la junta directiva y porque recibió votos, tiene que decirlo todo".

"(...) los empleados me eligieron porque creen que voy a hacer el bien en la empresa y que tal bien volverá indirectamente a ellos. No es que vaya a defender los intereses de los trabajadores. Por cierto, ese es el problema de esta ley, muchos sindicalistas entraron y no tenían ninguna noción de gobierno corporativo, era incluso peligroso, llevaban la agenda de la junta a la base y preguntaron: "¿Por qué crees que debería votar aquí? Subcontrataban su decisión. Ellos tienen independencia y deben estudiar la cuestión".

"Muchos miembros de la junta directiva, directores y gerentes, los ven como - miembros del sindicato que solo sabrán reclamar cuestiones laborales y no sabrán actuar sobre los diferentes temas que serán deliberados en la Junta Directiva".

En otra investigación empírica, realizada de 2012 a 2016, en una tesis de maestría en el marco de la Maestría Profesional en Sistema de Gestión, en la Escuela de Ingeniería de la Universidad Federal Fluminense / UFF, también se registraron percepciones en los procesos electivos de Petrobrás en el período indicado, y los resultados también son preocupantes acerca de esta comprensión.³¹ A continuación se presentan algunos relatos de

³¹ MEIRA, Aline de Carvalho. *A inclusão do assento para o representante dos empregados em Conselhos de Administração e sua contribuição para um novo modelo de governança corporativa: o caso da Petrobras* – 2016. 159 f. Disertación (Maestría en Sistema de Gestión) - Universidade Federal Fluminense. Escola de Engenharia, Supervisor: Prof. Dr. Emmanuel Paiva de Andrade.

estas percepciones: MEIRA, Aline de Carvalho.

“Las líneas mostraban, en tono peyorativo, que la creación de estas vacantes sería algo 'diseñado' para brindar una retribución extra a los amigos del rey”

“Creo que un representante independiente de los sindicatos hará que miles de empleados siempre colaboren con ideas y discutan sobre la empresa con miras a su supervivencia y continuidad. Hoy tenemos miles de empleados, desde los más viejos hasta los más jóvenes, sin expresar sus ideas, incluso debido a la duplicidad del sindicato en la junta directiva. Los sindicatos son sumamente importantes, tienen nuestro reconocimiento y siempre lo tendrán, pero ya tienen su rol y su espacio. Los desacuerdos siempre existen y existirán, pero necesitamos un representante de los empleados en general, independiente de cualquier asociación profesional o sindicato, ya que así tendremos una fuente más de ideas que se sumarán a las demás, incluídas las de los sindicatos”.

“Dado el tamaño de Petrobras, es muy difícil saber elegir un representante. Así, los empleados apoyados por entidades sindicales acaban obteniendo ventajas. Dicho apoyo puede privilegiar aspectos político-ideológicos, en detrimento de los conocimientos técnicos para el cargo. Los factores críticos son el proceso de elección, la difusión de propuestas y los prerrequisitos (formación) requeridos para el candidato, que deberían ser similares a los de los demás miembros de la junta directiva”.

“Un factor crítico es la cuestión de la representatividad, si de hecho ese representante traduce el pensamiento de la mayoría. Una amenaza es que el proceso sea 'capturado' por una institución que tiene su propia agenda política, con una fuerte campaña”.

“Un factor crítico es la disputa por el cargo por parte de diferentes entidades sindicales. (...) Otro es la ventaja que tienen los candidatos sindicalizados sobre los llamados candidatos "independientes". (...) Otro punto relevante es que muchos candidatos a miembros de la junta directiva no conocen en profundidad los derechos y deberes relacionados con la actuación”.

Los informes y percepciones anteriores demuestran una falta de comprensión del rol de los empleados elegidos para formar parte de la junta directiva, revelando una total desalineación

con la importancia de este órgano social. La importancia de este órgano social fue reconocida en una decisión del Tribunal de Cuentas de la Unión Federal, al momento de la sentencia de la responsabilidad de los administradores de Petrobras en el caso de Pasadena, en los siguientes términos:

“Las juntas directivas de las empresas estatales son instancias inequívocamente internas de gobierno corporativo. Por tanto, deben actuar con diligencia sobre los asuntos sometidos a deliberación, ya que son las encargadas de supervisar y controlar la gestión de los máximos ejecutivos de la empresa, entre otras atribuciones. Lejos de constituir meros elementos decorativos en los organigramas corporativos, desempeñan el papel de agentes de la más alta jerarquía ante los principales (accionistas), que les delegan la función”.³²

Quizás esta percepción errónea pueda resultar de las expresiones utilizadas por la legislación federal que obligó a la participación de los empleados en las juntas directivas de las Empresas Estatales Federales. Mientras el texto de la constitución federal establece que los derechos de los trabajadores son participar en la gestión de la empresa, según lo define la ley (artículo 7, inciso XI), la legislación federal, ya referida aquí, adoptó la expresión "representante de los trabajadores", dando lugar a la idea errónea de que el empleado elegido como miembro de la junta directiva sería un "representante de los empleados" en violación del deber de cumplimiento de los fines sociales previsto en el artículo 154, párrafo 1, de la Ley 6404/76, de acuerdo con que “el administrador elegido por grupo o clase de accionistas tiene, para con la empresa, los mismos deberes que los demás, y no puede, ni siquiera para defender los intereses de quienes lo eligieron, dejar de hacerlos”.

Además, no se desprende de estas investigaciones si los empleados elegidos como miembros de la junta directiva tienen un conocimiento claro del alcance de sus responsabilidades previstas en la ley 6404/76. ¿El empleado elegido como miembro

³² TCU. Completo. Caso No. 005.406 / 2013-7, Sentencia 1927/2014. Min. Relator José Jorge, j. el 23/7/2014. Acta No. 27/2014.

de la junta directiva tiene un claro entendimiento de las reglas y procedimientos para estar exento de responsabilidad solidaria derivada de la decisión de la junta directiva que venga a causar daño a la empresa? ¿Entenderán los empleados elegidos que, en estos casos, deberán dejar constancia de su divergencia en el acta de reunión de la junta directiva y comunicar la irregularidad y su divergencia a la junta general de conformidad con el § 1 del artículo 158 de la Ley 6404/76?³³

NOTAS FINALES:

La Constitución Federal de Brasil ha asegurado a los empleados participar en la gestión de la empresa, según lo define la ley. El texto abordó cómo los derechos, deberes y responsabilidades del empleado elegido como administrador funcionan en empresas estatales brasileñas bajo el control del gobierno federal, constituidas en forma de sociedad anónima, que realizan importantes actividades en la economía brasileña (sectores productivo, financiero, comunicaciones, suministro, transporte y energía), emplean a un número significativo de empleados y tienen acciones cotizadas en la bolsa de valores brasileña.

La legislación federal, al hacer obligatoria la participación de un “representante de los empleados” en la junta directiva de las Empresas Estatales Federales, creó una hipótesis falsa de representación de los empleados en este importante organismo. Los relatos y las percepciones de la investigación empírica, en cierto sentido, revelan este comportamiento de “representación”.

Para evitar esta situación, la ley federal debería simplemente mencionar la “participación de miembro en la junta directiva elegido por los empleados”. Para citar solo un ejemplo, la ley 6404/76, al tratar del sistema de elección separadamente en las juntas generales de accionistas, un derecho garantizado a los

³³ EIZIRIK, Nelson. *Questões de Direito societário e mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 99-101.

accionistas minoritarios y preferentes de las sociedades anónimas, utiliza la expresión “elegir y remover a un miembro de la junta directiva”. No se habla, ni se podría hablar de "un representante elegido por accionistas minoritarios y preferentes"

Desde el punto de vista de los deberes y responsabilidades establecidos en la Ley 6.404/76, se verificó que se trata de un miembro de la junta directiva que también es empleado (porque es elegido por los empleados) pero está sujeto a todos los deberes y responsabilidades de los demás miembros de la junta directiva. Sin embargo, desde el punto de vista de la comprensión que tienen los empleados elegidos sobre esta noble función, es claro que se trata de un empleado que también es miembro de la junta directiva, pues los informes y percepciones de la investigación empírica demuestran que el comportamiento adoptado en las Empresas Estatales Federales encuestadas (Petrobrás y Eletrobrás) está lejos de las atribuciones, deberes y responsabilidades de un miembro de la junta directiva, quien debe actuar con independencia y en el interés exclusivo de la empresa.

Finalmente, aún existen dudas sobre si esta participación de los empleados en la junta directiva ha sido realmente un logro para la clase trabajadora, considerando que el empleado elegido para ejercer las funciones en la junta directiva, según informes y percepciones de las investigaciones, solo es una voz aislada en la junta directiva y estará sujeto al régimen de deberes y responsabilidades previsto en la Ley 6404/76, como es propio de las sociedades anónimas, lo que puede colocar al empleado en situaciones de responder personalmente por decisiones colegiadas que puedan ocasionar perjuicios a la empresa, contra la cual no ha protestado en el momento oportuno y de la manera adecuada según lo dispuesto en la ley de sociedades.

Una forma de mitigar la exposición del empleado sería capacitarlo para el ejercicio de esta función relevante y exigirle al empleado, quien también es elegido miembro de la junta directiva, que complete el curso de capacitación y mejoramiento

en Gobierno para Administradores y Inspectores de Cuentas que realiza el Instituto Brasileño de Gobierno Corporativo - IBGC,³⁴ cuyo programa propone discusiones sobre el rol de la junta directiva, su relación con la gerencia y cómo mejorar su funcionamiento en las Empresas Estatales Federales, promoviendo también debates sobre temas importantes como cumplimiento, integridad, corporativos y legislación del mercado de capitales, divulgación de información, controles internos, código de conducta, ley anticorrupción.³⁵



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL . *Boletim das Empresas Estatais Federais* [recurso eletrônico] / Ministério da Economia, Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados, Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. Vol. 16 (dez.2020). Brasília: Sest/ME, 2021.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. *Estatuto*

³⁴Referencia en Gobierno Corporativo. El Instituto Brasileño de Gobierno Corporativo (IBGC) es una organización sin fines de lucro, referencia nacional e internacional en Gobierno Corporativo. El instituto contribuye al desempeño sostenible de las organizaciones a través de la generación y difusión del conocimiento de las mejores prácticas en Gobierno Corporativo, influyendo y representando a los más diversos agentes, buscando una sociedad mejor. Fundada el 27 de noviembre de 1995, en São Paulo, el IBGC desarrolla programas de capacitación y certificación profesional, eventos y también opera regionalmente a través de siete capítulos en los estados de Ceará, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande del Sur y Santa Catarina. Actualmente, el IBGC alberga las actividades de Global Reporting Initiative (GRI) en Brasil, integra la red de *Institutos de Gobierno Corporativo de Latino America* (IGCLA) y la *Global Network of Director Institutes* (GNDI), grupo que agrupa a institutos relacionados a la gobernanza y la junta directiva en todo el mundo. Disponible en <https://www.ibgc.org.br/quemsomos> Consultado el 27 de abril de 2021

³⁵ Disponible en https://www.ibgc.org.br/cursos/Aprimoramento_governanca_consulheiros_sem Acceso em 20/ nov 21

- jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias*. Planalto, Brasília, DF.
- _____. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre a Sociedade por Ações, Brasília, DF.
- CAMARGO, João Laudo de. “Conselheiro de administração representante de empregados”. *Revista Relações com Investidores*, nº 198, Novembro de 2015.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, volume 2, direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Comissão de Valores Mobiliários. *O mercado de valores mobiliários brasileiro / Comissão de Valores Mobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro, 2014.
- _____. Colegiado de la CVM PAS RJ2007/4476, relator Director Marcos Barbosa Pinto, j. 12/03/2008
- EIZIRIK, Nelson. *Questões de Direito societário e mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 99-101.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual das Companhias, ou, Sociedades Anônimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. São Paulo: IBGC. 2015
- _____. *Caderno de Boas Práticas para Reuniões do Conselho de Administração*. São Paulo: IBGC. 2010, p. 10.
- LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das Sociedades por Ações Anotada*. São Paulo: Societatis Edições, 2017, vol. I, p. 610
- LUPION, Ricardo. “Interesse social da empresa. Uma perspectiva luso-brasileira”. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 12, p. 13853, 2013.
- MASTEGUIN, Lucas *A participação de representantes dos trabalhadores no conselho de administração: um estudo da governança corporativa / — 2020 157 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) — Universidade*

Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Faculdade de Ciências e Letras (Campus Araraquara) Orientador: Prof^ª. Dr^ª. Maria Chaves Jardim

MEIRA, Aline de Carvalho. *A inclusão do assento para o representante dos empregados em Conselhos de Administração e sua contribuição para um novo modelo de governança corporativa: o caso da Petrobras – 2016*. 159 f. Dissertação (Maestría en Sistema de Gestión) - Universidade Federal Fluminense. Escola de Engenharia, Supervisor: Prof. Dr. Emmanuel Paiva de Andrade.

SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A: business judgment rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 25

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU. Pleno. Processo nº 005.406/2013-7, Acórdão 1927/2014. Relator Min. José Jorge, j. em 23/07/2014. Ata nº 27/2014.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST. 1ª Turma. Embargos em Recurso de Revista TST-E.RR-4.383/83, relator Min. C.A. Barata Silva, j. em 27/06/1986