

## Régimen de indemnidad para los directores designados por el Estado



Por Ignacio M. de la Riva  
Cassagne - Abogados

El pasado 12 de febrero se publicó en el Boletín Oficial el decreto 196/2015 que, tras calificar de “funcionarios públicos” a los Directores, Síndicos y Consejeros designados por o a propuesta del Estado Nacional en los órganos sociales de las empresas y sociedades donde tiene participación en el capital social (artículo 1°), dispuso otorgarles indemnidad por su actuación en ejercicio de sus funciones. Esta indemnidad se concreta a través de dos medidas específicas: la provisión de asistencia especializada que debe brindarles la jurisdicción o entidad que los designó, para asegurar su defensa o patrocinio frente a las intimaciones, requerimientos, denuncias, querellas, imputaciones o demandas de que fuere objeto (artículo 2°); y la asunción por el Estado de los resultados de los eventuales procesos que se instruyan en su contra (artículo 3°).

Según se desprende de su mismo texto, el régimen proyecta sus efectos también sobre las situaciones jurídicas preexistentes a su dictado (artículo 4°), y sólo excluye del alcance de la indemnidad que consagra a los actos otorgados con dolo o culpa grave, y a aquéllos que se hubieren apartado de las normas o directivas impartidas por las autoridades competentes (artículo 2°).

Conviene empezar por observar que la consideración generalizada de tales directivos como “funcionarios públicos” lejos está de contar con consenso doctrinario, en particular en lo concerniente al personal que reviste funciones en entidades organizadas bajo moldes societarios que claramente pertenecen al Derecho privado (v. gr., los directores o síndicos de sociedades anónimas en las que el Estado cuenta con alguna participación accionaria) (1).

Cabe recordar, en este sentido, que la ley 24.156 excluye del “Sector Público Nacional” a las sociedades en las que el Estado tiene una participación que sea minoritaria o que no le permita imponer su voluntad en las decisiones societarias (2), criterio que confirma que las mismas claramente no merecen el tratamiento de entidades públicas (3), lo cual torna difícil asignar a sus directores, síndicos o consejeros el carácter de funcionarios públicos, aun cuando hayan sido designados por el Estado en su calidad de accionista. Por otra parte, el régimen de responsabilidad de los directores previsto en la ley 19.550 (4) es, desde todo punto de vista, incompatible con aquél que rige el ejercicio de la función pública, claramente inaplicable al caso (5).

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias gravosas que, a tenor del citado decreto, estarían alcanzadas por la indemnidad promulgada? Según el texto de la norma, aquellas que deriven de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, salvo que medie dolo o culpa grave o lo actuado no se ajuste a las normas, reglamentos, directivas, recomendaciones u órdenes emanadas de las autoridades competentes.

Semejante redacción debería, en principio, dejar fuera de la cobertura brindada por el decreto cualquier actuación contraria a lo prescrito por el Derecho positivo (normas, reglamentos directivas), como también las conductas que se opongan a instrucciones impartidas por las autoridades investidas de competencia al efecto (directivas, recomendaciones, órdenes). Además, aun en ausencia de tales preceptos o mandatos, tampoco estarían protegidas las conductas dolosas o gravemente culposas. Si nos atenemos a estas salvedades, la indemnidad

garantizada debería, en los hechos, resultar más bien excepcional. Ella estaría orientada, únicamente, a brindar cobertura a los miembros de los órganos societarios de dirección o control designados por el Estado que hubieren procedido conforme a instrucciones recibidas de quienes estaban habilitados a impartírselas (siempre que no se comprobase alguna connivencia dolosa entre ellos o grave culpa del directivo actuante), o por una actuación no condicionada por un marco normativo imperativo (y siempre, nuevamente, que no fuere dolosa o gravemente culposa).

El problema estriba en que la constatación fehaciente de la concurrencia o no de las circunstancias apuntadas sólo se alcanzará al término del proceso instruido contra el directivo, momento para el cual la asistencia especializada ya habrá sido prestada. De allí la importancia de que cada jurisdicción o entidad establezca (según parece sugerirlo el tercer párrafo del artículo 2° del decreto comentado) un procedimiento tendiente a evaluar, con carácter preliminar, si el requirente es merecedor o no de tal asistencia, en los términos previstos por el régimen examinado.

No puedo dejar de observar, por último, que el temperamento impreso al decreto 196/2015 parece estar impregnado de una confusión, que es más frecuente de lo deseable, entre la facultad del accionista (en este caso, el Estado o alguno de sus entes descentralizados) de designar un miembro en el Directorio de una sociedad anónima, y el supuesto deber de lealtad de dicho agente hacia quien lo nombró, por encima incluso del interés social.

Los directores, síndicos o consejeros designados por el Estado no actúan en calidad de mandatarios de aquél. Antes bien, una vez nombrados deben desempeñarse como miembros del órgano societario del que forman parte y con la mira puesta en el interés de la persona jurídica privada en la que tal órgano se inserta (6). Más aún, cuando se trata de sociedades que cotizan en los mercados bursátiles, el decreto 677/2001 establece enfáticamente su obligación de "hacer prevalecer, sin excepción, el interés social de la emisora en que ejercen su

función y el interés común de todos sus socios por sobre cualquier otro interés, incluso el interés del o de los controlantes” (7). De allí el rotundo desacierto en que incurre el decreto 196/2015 al invocar la “teoría del órgano” para avalar la indemnidad que consagra.

(1) Ver, entre otros, Mairal, Héctor A., “Las sociedades del Estado o los límites del derecho administrativo”, *LL* 1981-A, pág. 790; Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, 10ª. edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2011, págs. 353 y ss.; y Mata, Ismael, “Empresas y sociedades estatales: pautas de organización y responsabilidad”, en AA.VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público (Jornadas organizadas por la Universidad Austral)*, RAP, Buenos Aires, 2008, pág. 43.

(2) Artículo 8º, inciso b), de la citada ley 24.156.

(3) A mi juicio, tampoco serían “entidades públicas” las demás sociedades anónimas de las que el Estado forma parte, aun cuando sea titular de la mayoría del paquete accionario. El formato societario adoptado es razón suficiente para considerar que se encuentran regidas por el Derecho privado, comercial en la especie.

(4) Artículos 59 y 274 de la ley citada.

(5) En igual sentido, Mairal, H.A., “Las sociedades del Estado...”, cit.

(6) Acerca de este tema, recomiendo la lectura del trabajo de Julio C. Durand titulado “Algunas cuestiones jurídicas que suscita la participación de la ANSES en el capital de las sociedades anónimas abiertas”, *LL* 2010-A, pág. 696.

(7) Artículo 8º, apartado a), punto I.

