LOS CRÍMENES DE GESTIÓN FRAUDULENTA EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES

NORBERTO EDUARDO SPOLANSKY
Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires
Profesor Titular de Derecho Penal Económico de la Universidad de Belgrano

I

1. La Empresa es acción humana plural, sumada y multiplicada. La Empresa es la acción de los hombres, y es siempre la acción de varios hombres; es decir, es una acción *plural*. Quizás en esto se advierte la idea del caracter *social* de la acción humana desde dimensiones muy diferentes.

A veces hacemos algo *apoyándonos* en lo que los otros hicieron. Un caso típico es el de nuestras experiencias cotidianas; incluso el de la actividad científica en la que *necesitamos* hacer algo sobre la base de la experiencia o la información o descubrimientos ajenos. En otras ocasiones *nos apoyamos,* incluso físicamente, en lo que los otros hacen. Miguel Angel construyó su obra sobre la base del aporte físico que ciertas personas le brindaron para trasladar materiales. *Necesitamos pues, de la acción de los otros para nuestra propia acción.*

Finalmente, una dimensión distinta, pero que muestra otro caríz del carácter social de la acción humana, deriva del hecho de que esta *interfiere* o se proyecta en la vida de los demás.

2. Si la acción humana presenta todas estas dimensiones que he destacado, cuando el tema se aborda desde la perspectiva de la empresa, se advierte que esta requiere un dato adicional, a saber: esta se constituye sobre la base de la acción de *varias* personas organizadas sobre la base de un *plan* y un objetivo, es decir, es acción humana sumada, ya que cada uno de ellos aporta su esfuerzo, sus energías, en relación a un proyecto común y que se ha de ejecutar de acuerdo a ciertas *reglas.* Sin embargo, constituye una descripción inadecuada de este fenómeno agotar la descripción solo en estos términos, ya que la característica típica de la empresa proviene del caracter *multiplicador* de este esfuerzo.

Cuando se afirma que la empresa es acción humana plural sumada y *multiplicada,* se quiere afirmar con esta última caracterización que la suma individual de cada uno de los esfuerzos da un resultado distinto e inferior al resultado de la acción empresaria, porque el efecto producido de la acción plural planeada es mucho más intenso, *multiplicado,* del que podría producir la acumulación meramente matemática de las energías individuales.

Así, pues, cobra sentido la afirmación de la empresa como *acción humana plural, sumada y multiplicada.*

(a) Los hombres pueden organizar una empresa para una obra *prohibida;* la asociación ilícita es un buen ejemplo de ello.

(b) También pueden organizar su tarea para una obra *lícita*: una sociedad de beneficencia, una sociedad anónima son entidades con fines diversos pero *legítimos*.

II

3. La empresa como acción, así definida, permite ser analizada *desde adentro y desde afuera.*

4. Uno de los problemas que se dan en el ámbito interno se presenta como consecuencia de la necesidad de resolver cierto tipo de conflictos que se van a desarrollar por la coexistencia; es decir, por la actividad plural.

5. En las líneas que siguen me ocuparé, con los límites que mi capacidad me permita, de los problemas penales por la gestión fraudulenta en el ámbito de las sociedades comerciales y, especialmente, en las sociedades anónimas ya que *"la cantidad de cosas graves que pueden hacerse desde un alto cargo de una persona colectiva es grande, y si la sociedad es por acciones, más grande"*. [1]

III

6. La empresa requiere una multiplicidade de personas, el uso de cierta información y la necesidad de preservar ciertas informaciones en un ámbito de reserva, en la medida en que la multiplicidad tiene que actuar como una unidad.

Desde esta perspectiva aparece el tema del *secreto,* es decir de la reserva. *Son muchos, pero tienen que actuar como si fueran uno solo, y esto porque van a tener que interferir con otros que son los competidores o posibles rivales.* Precisamente, este tema, el de la necesidad de proteger la reserva, aparece resuelto por una regla que prevee como delito la revelación de secretos.

Esta regla ha sido analizada tradicionalmente sobre la base de estudiarla desde la perspectiva, predominantemente, de quien tiene a su cargo una tarea que por su *profesión o arte* conoce un secreto que ha recibido en razón de su estado y lo revela. Es cierto que, en los hechos, predominantemente se ha ejecutado este delito en el ámbito de las profesiones liberales. Sin embargo, el tipo de la regla que analizo es tan amplio que cubre todos los casos en que alguien tiene noticia "por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, y lo revelare sin justa causa" (art. 156 del C.P.).

7. Algunas características de este tipo delictivo son interesantes para el tema que nos ocupa.

(a) Es necesario que se haya tenido noticia de un hecho sobre el cual existe interés, o pueda hipotéticamente existir interés si el titular de la noticia conociera ese hecho y tuviera que decidir el asunto, para que permanezca *"en secreto"*.

(b) Abarca tanto el secreto *confiado* (por una comunicación escrita, por ejemplo), como el que se *advertido* por el autor.

(c) El secreto confiado o advertido debe serlo *por razón* del estado, profesión u oficio; *no está incluído el secreto que se sabe por intromisión.*

(d) No existe limitación respecto de la fuente o de la tarea que obliga a guardar la reserva; puede ser cualquiera que *por razón de su estado, oficio,*

1. Eduardo Aguirre Obarrio: "La Ejecución de Actos Indebidos en el Ambito de Sociedades (art. 301, C.P.)", VII Jornadas Nacionales de Derecho Penal. Associación de Estudios Penales y Criminológicos del Chaco.

empleo, profesión o arte, hubiera tenido noticia del hecho sobre el cual hay que guardar reserva.

(e) Tiene que tratarse de un secreto, es decir de un hecho pasado, un hecho, presente o futuro, respecto del cual existe un interés en que se conozca sólo por un *limitado* número de personas.

(f) No se requiere la producción de un perjuicio, sino que es suficiente que la divulgación *pueda causar daño.*

8. Desde esta perspectiva, el tema de la necesidad de que la multiplicidad de agentes que operen en una actividad tengan que actuar como una unidad, sobre la base de preservar la intimidad de ciertos hechos, es decir de aquello que tiene que estar cubierto por un velo de reserva, aparece preservado por la legislación penal argentina.

9. La legislación argentina protege con su fórmula amplia los llamados *"secretos de negocios"* y *"los de fábrica"*.

La diferencia proviene de esta distinción: los primeros tienen que ver con hechos relativos a la *organización de los negocios*; los segundos con los procedimientos para la *elaboración* de un bien. [2]

10. Pueden constituir secretos de *negocios*, por ejemplo, estos casos: programa de ventas, organización de la publicidad, proyecto de un balance, proyecto de una presentación de convocatoria de acreedores, la decisión de presentarse a una licitación pública; puede ser el programa de computación (*suftware*), nómina de clientes y abastecedores.

11. Constituyen secretos de fábrica: el procedimiento para elaborar un producto si es el caso que ya no está protegido por una patente (Ley 111). En este último caso no hay por la registración secreto y, además, tiene un régimen de protección especial. La distinción es muy importante, pues hay procedimientos no patentados; por ejemplo: la fórmula de los medicamentos (Lei 111).

12. Es útil recordar, para evitar penalización excesiva, que debe existir *un secreto* y esta condición no depende *solo* de la voluntad del interesado; es preciso, además, que se trate de un hecho *no* conocido por el público.

Aquí es útil recordar la recordada frase: *"es un secreto a voces"*.

13. Una segunda limitación, además de la ya enunciada, es que *no todo secreto está protegido.*

El tipo exige para el castigo que por la *"divulgación pueda causar daño"*.

14. Una tercera limitación la constituye el requisito de que no constituye un secreto el conjunto de *habilidades o conocimientos personales del agente y que adquiere por la experiencia en la empresa, pero pertenecen a la actividad general de la industria de que se trate.* [3]

15. Finalmente es útil recordar que se castiga al que revela, sin justa causa, un secreto que se adquiere legítimamente *en razón de la actividad,* no por intromisión.

16. Estas exigencias — secreto efectivo, secreto relevante y secreto recibido por razon y no por intromisión — ponen un límite razonable a la protección de la confianza que se requiere para la actividad empresaria. Ese límite toma en cuenta la necesidad de que la acción humana en estos casos se realice como

2. Celso Delmanto: *Delitos de Concurrencia Desleal,* Prólogo de Sebastián Soler, De Palma, 1976.

3. Celso Delmanto: *Delitos de Concurrencia Desleal,* Prólogo de Sebastián Soler, De Palma, 1976.

un grupo unitario por una parte; por otra parte evita convertir a un grupo de personas en un "establecimiento de clausura" en la necesaria comunicación social que cada uno de los miembros del grupo tiene en la vida con los otros.

17. En el ámbito de las sociedades comerciales la autoría de este tipo legal no queda limitada a representantes; menos aún a directores de sociedades anónimas. Ellos forman parte de la familia más amplia constituída por los que, "por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte conozcan de un secreto".

Sin embargo, a ellos les es exigible aún más que actúen: "com lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios (Ley de Sociedades N. 19.550; art. 59)".

IV

18. El Código Penal Argentino registra en la presentación de los delitos contra el patrimonio un desarrollo sistemático que coincide, en cierto modo, con el desarrollo histórico de la criminalidad en ese ámbito: el hurto, el robo, la extorsión, la estafa y la defraudación.

En los primeros (hurto, robo) aparece un perjuicio a la propiedad, sobre la base de actuar con prescindencia de la voluntad del sujeto pasivo, o bien anulándola.

En la extorsión, aparece un dato adicional, a saber: la creación de un clima de temor o una limitación en las posibilidades de elección del sujeto pasivo. Este dato significa que hay algo nuevo: el sujeto pasivo no es solamente el que soporta; el es *incluído* como alguien que va a cumplir algún rol dentro del proceso delictivo; es decir, alguien que está presente y está presente para *padecer* por su decisión.

En la estafa el proceso de inclusión del otro es mucho más intenso, ya que el autor *usa* a la víctima, sobre la base que esta última realiza un acto de disposición patrimonial que la perjudica, acto que está guiado por una falsa creencia desarrollada y creada por el autor, por haber puesto en el mundo una, apariencia de un hecho que no ha existido, apariencia dirigida a crear o a reforçar una imagen que en realidad es ilusoria. *El autor se vale, pués, de la propia víctima que no advierte por acción del propio autor el sentido de lo que realmente realiza.* Esto implica — y es irónico decirlo —, un proceso de espiritualización de la criminalidad, en la medida en que *la tecnica de la violencia es sustituída por el uso de la inteligencia.*

Finalmente, en ciertos tipos de defraudación aparece un dato mucho más complejo derivado de un contexto que es necesario previamente explicitar.

V

19. Una de las características del desarrollo económico del último siglo ha consistido en una intensificación de la vieja división de tareas.

(a) En primer término la empresa como actividad constituída por una multiplicidad de personas requiere que *no todos hagan lo mismo.*

(b) A este proceso de división de tareas se ha incorporado un requerimiento derivado de la necesidad *del conocimiento de aspecto técnicos que hace que no todos puedan hacer lo que quisieran hacer, aún siendo proprietarios.* Un caso significativo en este aspecto es la actividad empresaria de las compañías de seguro o de las entidades financieras, en las que es necesario *saber ciertas cosas que no todos los que son socios están en condiciones de conocer.*

(c) Desde otra perspectiva, se ha agudizado en los últimos tiempos una *división entre propriedad y uso de la propiedad.*

(d) Al fenómeno precedentemente descripto se incorpora el hecho de que *no todos los que son efectivamente propietarios, no solo no están en condiciones de ser los que dirijan, sino que, además no quieren hacerlo.* Es el caso de los típicos inversionistas en los cuales su presencia como propietarios o bien es permanente, o bien es meramente de carácter contingente.

VI

20. Esta descripción muestra, pues, que *hoy no es posible afirmar que los propietarios son los que efectivamente dirigen, o bien porque es imposible pragmaticamente, o bien porque es imposible porque se requiere un conocimiento técnico, o bien por que hay una renuncia o un deseo de no liderar y no ser protagonista del propio patrimonio.*

21. Estas circunstancias originan que se transfiera a otros la gestión del patrimonio e intereses del que se es *titular y la disociación entre propiedad y uso de la propiedad, por las múltiples razones apuntadas, motivan la creación de una expectativa, por parte de los titulares de los bienes, de que los administradores han de actuar del mismo modo que ellos actuarían si tuvieran o bien el conocimiento técnico adecuado, o bien la posibilidad empírica, o bien el deseo de actuar efectivamente como propietarios.*

El nacimiento de esta expectativa funda la necesidad de protegerla.

22. *La expectativa es la espera de que los otros han de actuar de un cierto modo, es decir la confiança, la fe de que la transferencia de la decisión ha de estar resguardada.* Para garantizar esa faena unos serán los *administradores* de *intereses ajenos,* y otros los *cuidadores o "vigiladores"* de la gestión de aquellos. A estas categorías pertenecen los Directores y el Síndico en las Sociedades Anónimas (arts. 255 y 294, Ley de Sociedades). Este hecho ha de fundar un doble tipo de necesidad de resguardo: por un lado la necesidad de exigir a los que manejan patrimonios e intereses ajenos cierto tipo de deberes cuyo incumplimiento implicará el nacimiento de responsabilidad; por otra parte, ha de ser necesario la creación también de responsabilidades para aquellos *que incumplen sus deberes de contralor y de cuidado de cuidado de bienes e intereses ajenos.*

23. En un pasaje anterior hablé del tema de la confianza y de la relación que esta tenía con el tema de la defraudación. La defraudación *no es un delito,* sino es una familia de delitos; uno de ellos consiste en que el sujeto se aprovecha de una relación de confianza *preexistente,* ya sea que derive de un acto, o de la ley y luego abusando de esa confianza produce un perjuicio.

Hay distintos modos de abusar de esa confianza; solo los típicos son los delictivos, de modo tal que es *decisivo no creer que existe un delito de defraudación, sino que existe una familia, y que dentro de ella es importante para el tema que nos interesa es decir, el tema de los conflictos que se plantean en el ámbito interno de la gestión del patrimonio e intereses ajenos aquellos que tienen que ver con el tema de la confianza y con el abuso de esa confianza.*

24. La multiplicidad de tareas, el carácter técnico de ciertas actividades y cierto desinterés derivado de inversionistas contingentes o permanentes en el manejo de sus propios bienes, ha hecho que esta confianza sea necesaria de ser protegida de modo más intenso. Este hecho se hace más manifiesto en las llamadas sociedades anónimas *abiertas,* es decir, en las cuales hay una oferta pública

de los títulos que representan el capital, en las cuáles la disociación entre propiedad y uso de la propiedad es más patente. Aquí quienes aparentan ser efectivos dueños son solamente los que transfieren al otro la decisión, y esolamente la aprueban o desaprueban. Finalmente están aquellos que tienen la tarea de controlar, habida cuenta que en definitiva los titulares van a actuar *a posteriori*, y nunca con un rol protagónico.

VII

24. Para resolver el tema del cuidado de bienes e intereses ajenos no era suficiente la llamada figura de apropiación ilícita, cuyo texto dice: "... se consideraran casos especiales de defraudación... el que con perjuicio de otro se apropieare, no entregare o no restituyere a su debido tiempo, cosas muebles, dinero o valores ajenos, que tuviera bajo su poder o custodia por un título que produzca obligación de entregar o devolver" (art. 173, inc. 2, C.P.).

Esta realidad presenta las siguientes limitaciones:

(a) Ella prevé solo el caso del que se apropia, o no entrega, o no restituye cosas muebles que debe entregar o devolver; es decir, es una solución solo *para la violación del deber de entregar o devolver.*

Hay casos en que se debe entregar o devolver. Por ejemplo: no invertir beneficios en el ejercicio económico en actividades lucrativas, como corresponde a un Directorio leal en el ámbito de las sociedades anónimas. Este caso no está cubierto por este tipo legal. Tampoco lo está el tener que invertir dineros a la mejor tasa posible si se trata de un negocio de esta naturaleza.

(b) La regla que analizo solo se aplica respecto de *cosas muebles, dineros o valores ajenos que el autor tuviere bajo su poder o custodia.*

Quedan fuera los casos en que no se trata de esta clase de bienes y, en especial, no se influyen las ganancias *posibles* que se evitan o se disminuyen, para obtener algún provecho propio, o para beneficiar a un tercero.

VIII

25. El texto de interés para nuestro tema es el de la llamada *administración e infidelidad fraudulenta* que dice así: (se consideran casos especiales de defraudación) "el que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo la administración y el cuidado de bienes e intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de estos" (art. 173, inc. 7.° C.P.).

26. Los datos significativos para nuestro tema son los siguientes:

Existen dos tipos delictivos: a) El tipo legal de *abuso o administración fraudulenta*; b) El de *infidelidad fraudulenta.*

27. El criterio distintivo para diferenciar estos tipos tiene que partir de la base de *la clase del deber* violado por el autor. El tipo de administración fraudulenta preve el caso de quien designado por la ley, la autoridad por un acto jurídico, viola dolosamente el deber de administrar o manejar bienes o intereses pecuniarios ajenos, y de ese modo perjudica los intereses confiados.

El otro tipo, el de infidelidad, preve el caso de quien tiene a su cargo el cuidado de bienes e intereses ajenos, violando sus deberes dolosamente perjudica los intereses confiados.

28. Un tema común a ambos es que se trata de una defraudación por abuso de confianza.

La confianza otorgada o establecida debe derivar de la ley (caso del tutor), la autoridad (interventor designado por el juez) o por un acto jurídico. Para nuestro tema el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada, el directorio o el síndico de una sociedad anónima y, en especial, los que integran los órganos de las personas colectivas son los candidatos a tener en cuenta. Se trata, pues de, un sistema de regulación en que el sujeto activo, en ambas hipótesis, es *calificado* y en el que también están incluídos todos los que tienen, como se ha dicho, *la feliz tarea de tener a su cargo la gestión o el cuidado de intereses ajenos.* [4]

De este modo la ley argentina no tiene una regulación específica sobre la actividad de los órganos societarios, como sucede en la ley francesa, sino que es una manera de normar el tema sobre la base de crear un tipo general, en el que también están incluidas las hipótesis pertenecientes a las actividades de los individuos que actúan como órganos, o como representantes o dependientes de intereses ajenos que administran o cuidan.

29. Otra característica interesante consiste en que la confianza burlada que perjudica, abarca, por las características del hecho que genera esa expectativa (la ley, la autoridad o un acto jurídico), a toda persona que tiene a su cargo "todo negocio jurídico que importe la obligación de salvaguardar intereses pecuniarios ajenos". [5]

De este modo se castiga tanto al *administrador* que defrauda, como al que es infiel dolosamente en su deber de *vigilar* los intereses ajenos.

IX

30. Ahora es conveniente *distinguir* los dos tipos que presentan algunas características diferenciales de interés para nuestro tema.

31. En el caso de la *administración fraudulenta* pueden ser autores en el ámbito de las sociedades anónimas el *Directorio, el Presidente, el Comité Ejecutivo, el Gerente* (arts. 255, 268, 269, 270, de Ley de Sociedades). [6] También en estos casos, como luego se verá, es posibles que sean autores *los accionistas ya que,* como con claridad lo destacó Soler: *"la idea de que el grupo mayoritario (de una sociedad) de accionistas puede hacer lo que le plazca debe ser corregida".* [7]

32. La ley establece que los administradores tienen que tener a su cargo el manejo o la administración de bienes e intereses ajenos. Es necesario que el autor *efectivamente* tenga a su cargo esa faena; no es suficiente con la designación, por ejemplo, del cargo de director. Es necesario haberlo aceptado y *estar en funciones.*

33. Por otra parte, la ley no establece como condición necesario que los bienes o intereses ajenos sean de la sociedad ya que la fórmula es más amplia: "bienes e intereses pecuniarios ajenos".

4. Daniel P. Carrera: *Defraudación por Infidelidad o Abuso,* Astrea, quien destaca este aspecto así descripto sutilmente por los doctrinarios.

5. Enrique Paixao: "La Gestión Fraudulenta en el Derecho Penal Argentino", IX Jornadas Nacionales de Derecho Penal, 1982, Universidad de Belgrano.

6. Daniel P. Carrera: *Defraudación por Infidelidad o Abuso,* Astrea.

7. Sebastián Soler: *Derecho Penal Argentino,* IV, e 390.

Desde esta perspectiva es preciso diferenciar *clases de bienes e intereses confiados (ajenos).*

X

34. Desde esta perspectiva es posible diferenciar distintas clases de bienes e intereses confiados. Si tomamos como ejemplo la sociedad anónima, podemos advertir que existen, por una parte los intereses *de la sociedad;* por la otra, los intereses de los *socios* y de *otras personas* que no siendo socios tienen derechos e intereses de carácter societario.

35. Analicemos esto de este modo:

(a) En un primer análisis identificamos los intereses estrictos de la *sociedad.* Su delimitación ha de estar dada por el objeto y fin de la persona colectiva de que se trata.

(b) *Los derechos e intereses de los socios que tienen caracter societario.* Este es el caso del *derecho de preferencia* por el cual las acciones ordinarias, sean de voto simple o plural otorgan a su titular el derecho preferente a la suscripción de nuevas acciones de la misma clase en proporción a las que poseían, excepto en el caso del art. 216, último párrafo; también otorgan el derecho de acrecer en proporción a las acciones que hayan suscripto en cada oportunidad (art. 194, Ley de Sociedades). Es también el caso del derecho de receso (art. 245).

Los accionistas disconformes con las modificaciones incluídas en el último párrafo del artículo anterior, salvo en el caso de disolución anticipada y en el de los accionistas de la sociedad incorporante en la fusión y en la escisión, pueden separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones. También podrán separarse en los casos de aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio, de retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones y de continuación de la sociedad en el supuesto del art. 94, inc. 9.

Limitación por oferta pública. En las sociedades que hacen ofertas públicas de sus acciones o se hallan autorizadas para la cotización de las mismas, los accionistas no podrán ejercitar el derecho de receso en los casos de fusión o de escisión si las acciones que deben recibir en su consecuencia estuviesen admitidas a la oferta pública o para la cotización, según el caso. Podrán ejercerlo si la inscripción bajo dichos regímenes fuese desistida o denegada.

Las modificaciones mencionadas en el texto que antes he transcripto son las siguientes:

Cuando se tratare de la transformación prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la transferencia del domicilio al extranjero; del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en primera cuanto en segunda convocatoria, las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto. Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se regirá por las normas sobre aumento de capital. Un modo posible de lesionar los intereses confiados es no informar por parte de las autoridades de una sociedad anónima de una fusión y, al mismo tiempo, aumentar el capital.

(c) *Hay intereses y derechos que forman parte de un grupo o clase de accionistas.* Este es el caso de las acciones preferidas. En esta hipótesis esta clase

de acciones tienen preferencia "patrimonial *y pueden carecer del voto*" (art. 217 de la Ley de Sociedades)..., sin perjuicio de su derecho de asistir a las asambleas con voz.

Un modo de perjudicar el derecho que dimana de las acciones preferidas puede consistir en hacer aparecer ganancias simuladas para que los titulares de las acciones que estoy analizando no puedan votar y otro grupo de accionistas tenga la mayoría suficiente para decidir las cuestiones que se deban considerar; es decir simular una condición para aparentar que no se da el requisito que es suficiente para que los titulares de acciones preferidas no voten.[8]

(d) *Hay títulos de carácter societario es decir títulos emitidos por la sociedad, que no torgan a sus titulares el derecho de voto;* sin embargo, tienen intereses societarios de carácter pecuniario (*bonos de goce*).

36. El objetivo de la descripción que he realizado precedentemente es mostrar en el tema que nos interesa, es decir en el análisis de los tipos legales que estamos estudiando, que la expresión "*intereses pecuniarios ajenos*" no se agota solo en los intereses "*estrictos*" de carácter societario, ya que hay *otros* intereses que no son la mera sociedad y que también tienen relevancia para el tema que nos interesa. El Directorio, como administrador de una sociedad anónima, también tiene a su cargo el manejo y es administrador de aquellos intereses que no son de la sociedad, pero que tienen carácter societario, ya que están en cabeza de personas vinculadas con ella por una relación de esa naturaleza.

XI

37. El tipo de administración fraudulenta supone la existencia de dos tipos de relaciones diferentes.

(a) Una de ellas es la que existe entre el individuo, o grupo de individuos que es designado o actúa como órgano de la sociedad comercial; por ejemplo el Directorio o el Síndico. El, o ellos, deben actuar conforme a las reglas que establece la ley y la sociedad.

A esta primera relación se la llama en doctrina la relación *interna.*

(b) Otra relación es la que existe entre el órgano o el representante o el dependiente de la sociedad *con terceros. A esta relación se la llama la relación externa.*

Pues bien, en las hipótesis que analizo, el autor, para ser relevante el caso, quebranta su deber, deber que regula la relación interna en la que el individuo o el grupo de individuos actúa como órgano o representante de la sociedad y celebra un negocio jurídico que perjudica los intereses pecuniarios ajenos.

38. El núcleo central es, en la hipótesis de administración fraudulenta, que se ha defraudado por la violación de los deberes específicos que tiene quien actúa como administrador, o quien maneja los intereses o bienes ajenos.

39. Los deberes a los cuales la ley se refiere no están descriptos en la ley penal ya que aquí hay una remisión general al derecho no penal y, en relación a nuestro tema, una remisión al derecho societario.

40. En este aspecto es necesario advertir distintos niveles de deberes a tener en cuenta:

8. El tema ha sido analizado con claridad por Raúl Aníbal Etcheverry, en su nota: "Las Sociedades y la Buena Fe Negocial", publicada en *La Ley,* 1983-P 491.

(a) Para el tema de los administradores existe un deber *general* que prescribe que ellos deben: "obrar con lealtad y con la diligencia del hombre de negocios" (Ley de Sociedades).

(b) En este ámbito de los deberes generales y, en especial, en lo que hace a las tareas que el mandatario o el representante, deben realizar, existen normas más específicas que establecen que, por ejemplo: el mandatario "debe circunscribirse a los límites de su poder, no haciendo menos de lo que se le ha encargado. La naturaleza del negocio determina la existencia de los poderes para conseguir el objeto del mandato" (art. 1.905 Código Civil). "El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sea manifiestamente dañosa al mandante" (art. 1.907 Código Civil).

(c) *Existen deberes específicos para los administradores de cierto tipo de sociedades.* Estos deberes dominan la actividad de los individuos que actúan como órganos, y a veces a los representantes o dependientes de la sociedad. Sigamos analizando esta temática desde la perspectiva de la sociedad anónima.

En este tipo de sociedad "la administración está a cargo de un Directorio compuesto por uno o más directores" (art. 255, Ley de Sociedades); el Estatuto establece el término por el cual él es elegido, pero el Director debe permanecer "el su cargo hasta ser reemplazo" (art. 257, Ley de Sociedades). El cargo "de Director es personal e indelegable" (art. 266, Ley de Sociedades). El Directorio se reunirá, por lo menos, una vez cada tres meses y cuando lo pida cualquiera de los Directores (art. 267, Ley de Sociedades). La representación "de la sociedad corersponde al Presidente del Directorio" (art. 268, Ley de Sociedades).

El Estatuto de la Sociedad Anónima puede "organizar un Comité Ejecutivo integrado por Directores que tengan a su cargo únicamente la gestión de los negocios ordinarios" (art. 269, Ley de Sociedades). También el Directorio puede designar gerentes generales o especiales, sean directores o no, revocables libremente, en quienes puede delegar las "funciones ejecutivas de la administración".

"Responden ante la sociedad y los terceros por el desempeño de su cargo en la misma extensión y forma que los directores. Su designación no excluye la responsabilidad de los directores" (art. 270, Ley de Sociedades). Prohibición de contratar con la sociedad. El director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que esta opere y siempre que se concierten en las condiciones del mercado.

Los contratos que no reúnan los requisitos del párrafo anterior sólo podrán celebrarse previa aprobación del directorio o conformidad de la sindicatura si no existiese quórun. De estas operaciones deberá darse cuenta a la asamblea.

Si la asamblea desaprobare los contratos celebrados los directores, o la sindicatura, en su casu, serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios irrogados a la sociedad.

Los contratos celebrados en violación de lo dispuesto en el párr. 2.° y que no fueren ratificados por la asamblea son nulos, sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el párr. 3.° (art. 271, Ley de Sociedades). Cuando el Director tuviere un interés contrario al de la sociedad deberá hacerlo saber al Directorio y a los Síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación (art. 272, L.S.).

"El Director no puede participar por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la Asamblea" (art. 273, L. S.).

El Directorio en el balance que debe presentar debe suministrar, entre otras cosas, a los fines de la información, "los derechos y obligaciones con indicación de si son documentados, con garantía real u otras" (art. 64, inc. 7).

La distribución de dividendos o el pago de interés a los accionistas son lícitos sólo si resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado (art. 224, Ley de Sociedades).

Las Asambleas Ordinarias y Extraordinarias *serán convocadas* por el Directorio o el Síndico en los casos previstos por la ley, o cuando cualquiera de ellos lo juzgue necesario o cuanto sea requerido por accionistas que representan por lo menos el 5% del capital social, si los Estatutos no fijaron una representación menor (art. 236, Ley de Sociedades).

Los Directores, los Síndicos y los Gerentes tiene derechos y obligación de asistir con voz a todas las Asambleas (art. 240, Ley de Sociedades).

Los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales, no pueden votar en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión. Tampoco lo pueden hacer en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa.

Las reglas que he expuesto pertenecen a la ley de sociedades. La descripción no es exhaustiva sino que tiende a mostrar la existencia de regulaciones específicas según el tipo de sociedad de que se trate.

Sin embargo, *la mera violación de estos deberes no implicará necessariamente la comisión de un hecho delictivo. Será preciso, y esto es importante destacarlo, la existencia de un perjuicio a los intereses pecuniarios ajenos.*

Por otra parte, y tratándose de un delito contra la propiedad, es posible que la gestión quede aprobada, es decir que el posible perjuicio sea irrelevante, porque los propios interesados den el consentimiento para el acto. Sin embargo, en este punto es conveniente recordar que hay un límite que la misma ley establece para admitir el consentimiento del interesado, en este caso; por ejemplo la Asamblea de Accionistas, para legitimar o justificar la gestión del Directorio que puede haber producido o puede producir un acto perjudicial. Esa limitación proviene del hecho de que la misma ley de sociedades prescribe: "*la responsabilidad de los Directores y Gerentes respecto de la sociedad se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa, transación, resuelta por la Asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento y si no media oposición, del 5% del Capital Social, por lo menos. La extención es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal*" (art. 275, Ley de Sociedades).

Por otra parte, y a los fines de la responsabilidad penal, es decisivo tener en cuenta, ya que la responsabilidad criminal es de carácter personal e intransferible, que "queda *exento* de responsabilidad el Director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diera noticia al Síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial" (art. 274, 2.ª parte, Ley de Sociedades).

Estas dos reglas que he transcripto establecen la primera una limitación ali consentimiento del interesado. *Aún la unanimidad no puede legitimar un acto prohibido por la ley porque existe interés general de que este no quede remitido a la voluntad de los particulares.* Es el caso de la distribución de bienes ficticios o el tema del balance falso. El primero tiene que ver con el régimen del

capital. El segundo tiene que ver con la garantía que el Estado establece respecto de veracidad y completividad de los informes que brindan las sociedades a los socios y a quienes, en el caso de terceros, no lo son. Es esta, pues, en esta última hipótesis, una manera de garantizar la veracidad de la información en materia societaria.

Las dos reglas que he mencionado tienden, por una parte, *a ponerles límites a las mayorías y aún a las unanimidades*; y, por la otra, convierte en *garantes de la política de la empresa a ciertos individuos que actúan como órganos, estableciéndoles el deber jurídico de expresar su oposición y de realizar todas las acciones necesarias para lograr el esclarecimiento de aquellos hechos en los que advierten un hecho prohibido (art. 274, 2.ª parte, Ley de Sociedades).*

(d) Para cierto tipo de actividad existen límitaciones y deberes *mucho más específicos* que los que ya he formulado. Es este el caso, por ejemplo, de las normas del Banco Central que establecen, por ejemplo, en materia de tratamiento crediticio dispensable a las personas físicas y jurídicas vinculadas a las entidades financieras que conceden créditos. En este sentido se ha dispuesto que: (...) física o jurídica vinculada, en pesos o moneda extranjera, no deberá exceder el 12,5% de la responsabilidad patrimonial de la entidad financiera concedente" (Comunic. A 357, 8.8.83. Circ. Operaciones Activas-OPRAC 1-22).

El objetivo de la descripción que he realizado, ha sido el de mostrar la existencia de deberes de distinto nivel y que la existencia de estos deberes están, en el ámbito no penal.

41. En la hipótesis de la administración fraudulenta el autor viola *su* deber. De este modo se quiebra la llamada relación interna. El negocio jurídico que realiza con el tercero es un negocio que debe ser válido; precisamente, porque es válido perjudica a la sociedad. En este caso entran hipótesis como las siguientes: tomar un préstamo a una tasa de interés mayor de la que se podía obtener en el mercado; conceder un crédito a un deudor insolvente; dar un descuento mayor del que corresponde; dejar de percibir un crédito y que éste prescriba; no contestar una demanda; no ejecutar el derecho de opción de compra en el caso en que un negocio jurídico lo prevea y este sea útil para la sociedad; realizar por parte de un Director actividades que entren en competencia con el objeto de la sociedad y luego derive un perjuicio; no concurrir a las reuniones de Directorio o no participar directamente sino a través de terceros quedando la sociedad afectada en los intereses ocnfiados a su gestión. [9]

XII

42. La ley requiere para que el delito se cometa, en el tipo objetivo, que se produzca un *perjuicio a los intereses confiados.*

Es quizás este uno de los aspectos más significativos del texto legal.

Tradicionalmente los delitos contra la propiedad, o también lo llamados delitos contra el patrimonio, eran considerados tipos de lesión en los cuales el

9. Enrique Paixao: en la obra mencionada en el punto 5 enumera algunos de estos casos. Un detalle exhaustivo de las distintas hipótesis pueden leerse en el excelente trabajo de J. Largeuier: *Droit Penal Des Affaires* (Armando Colin). También el estudio de estos problemas se puede analizar en la obra de Luigi Conti, *Diritto Penale Commerciale*, Utet. Quien ha hecho un análisis muy cuidadoso desde la perspectiva del Derecho Italiano y Brasilero es Cesare Pedrazzi y Paulo J. da Costa: *Direito Penal das Sociedades Anônimas*, Ed. RT, 1973.

perjuicio consistía en la privación de aquellos que se tenía, y aquello que se tenía, presentaba, además un contenido de carácter cuantificable en términos económicos.

43. El mismo texto legal establece que el sujeto tiene que tener a su cargo el manejo, la administración de bienes o intereses pecuniarios ajenos y requiere, además, que el perjuicio se produzca a *"los intereses confiados"*. El cambio de nomenclatura implica un cambio semántico que muestra un nuevo criterio en la política jurídica relativo al concepto de propiedad. *Propiedad ahora no sólo será el conjunto de derechos personales y reales (...) también estará compuesto por el conjunto de intereses cuantificables económicamente que pertenecen a un individuo y, en el caso que nos interesa, a una sociedad comercial.* Desde esta perspectiva, será administración fraudulenta la gestión del Directorio que, sobre la base de una resolución provia de la asamblea de accionistas, emitiere una serie de acciones en condiciones tales en que se burla el derecho de preferencia. Por ejemplo: realizando las comunicaciones de los actos en condiciones tales que los accionistas no puedan tomar conocimiento efectivo de la medida. Este caso, que en su ocasión fue considerado por los tribunales argentinos como un hecho no delictivo, teniendo en cuenta una figura que regulaba la materia de modo distinto a la que existe en la actualidad, tiene en este momento una solución clara: se trata de una hipótesis de administración fraudulenta. La razón de esta afirmación proviene del hecho de que el accionista es perjudicado en sus intereses ya que el *no puede mantener, y así es, la proporción que le cabe tener en el conjunto total de las acciones emitidas, pierde la posibilidad de tener el mismo número de votos que el que tenía hasta ese momento en lo que hace a la proporción de mayorías y minorías, y finalmente pierde la posibilidad de obtener la percepción de los dividendos en la misma proporción que tenía al momento previo al acto fraudulento.* [10]

Otro caso que también con el texto actual es una hipótesis de administración fraudulenta es el del administrador que debe decidir realizar un negocio en donde se presentan tres alternativas diferentes, y elige aquella que si bien permite tener un beneficio para la sociedad, no implica obtener *todo el beneficio posible. De este modo la frustración de una ganancia posible constituye un perjuicio a los intereses confiados ya que, por definición, una sociedad comercial tiene como finalidad obtener la mayor cantidad de beneficios dentro del ámbito de la licitud.* [11] Desde esta perspectiva, pues, se advierte una *redefinición del concepto de patrimonio. El no solamente estará constituído por aquello que se tiene, sino también por el conjunto de expectativas de contenido económico posibles de ser realizadas, que por la gestión fraudulenta se evitan y, de esa manera, se frustran transitoria o definitivamente.*

44. Como consecuencia de esta redefinición del concepto del objeto de protección ha de estar dentro del concepto de "intereses confiados" las cosas muebles, los derechos personales y reales y también la totalidad de las ganancias posibles y que se frustran como consecuencia de la gestión. Un corolario de esta redefinición ha de implicar la protección de la *intangibilidad cuantitativa y cualitativa del patrimonio social.* El Directorio de una sociedad anónima que

10. *La Ley*, T. 78, p. 331 y la nota de Ricardo Nuñez: *La Frustración del Ejercicio de un Derecho y la Estafa* (C.N. Penal, 8-III-1955, Waller).

11. Caso "Cafiero", resuelto el 11 de octubre de 1956 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Penal Especial y Contencioso Administrativo de la Capital Federal, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 1956-IV, 157.

dolosamente decide no vender ciertos productos que puede vender, con el objeto de obtener un beneficio para sí o de un tercero, comete delito si como consecuencia de esa acción pierde la posibilidad de obtener los medios necesarios para desarrollar su actividad normalmente, aún cuando entre los bienes de su activo figuren los mismos bienes que tenía antes del acto fraudulento y después de éste, y los valores cuantitativamente determinados sean los mismos. La razón para sostener esta idea deriva de que una sociedad comercial tiene como objetivo realizar negocios jurídicos y satisfacer sus compromisos. La postergación de la realización de sus negocios creará una situación por la cual la continuidad de los mismos bienes que están destinados a la venta le impida obtener medios de pago inmediato (dinero) que son condición necesaria para atender la actividad normal de la sociedad.

XIII

45. El tema de la redefinición del objeto de protección (intereses confiados), se presentará con una complejidad mucho mayor en el caso de aquellas sociedades cuyos controles son ejercidos por una tercera sociedad. Supongamos esta hipótesis; la sociedad anónima "A" tiene el paquete mayoritario de das sociedades anónimas "1", "2" y "3". Como consecuencia de esta situación se desarrolla una política en cada una de las sociedades por la cual solamente la sociedad "3" ha de obtener la mayoría de los beneficios. Los socios accionistas de la sociedades "1" y "2" que son minoría, se quejan porque advierten que ellos no obtienen todas las ganancias posibles. El argumento para sostener que este hecho no perjudica ha de consistir en sostener que la sociedad "1", la sociedad "2" y la sociedad "3", están controladas por la sociedad "A" y que todas ellas constituyen un conjunto que, en definitiva, obtiene el máximo de beneficios.

Para resolver este tema es necesario determinar *cuál es el interés que se debe proteger;* ¿el interés del conjunto de las sociedades o el interés de cada una de las sociedades que forman el conjunto? [11a]

46. Para responder a esta cuestión *no* es posible dar una fórmula abstracta. *Será necesario en cada caso establecer cómo se ha constituído el conjunto, cuáles son los fines del conjunto y discriminar en cada caso cuáles son las reglas que se han intentado adoptar para alcanzar los fines propuestos.*

Si los miembros de una sociedad que pertenece, a su vez, a un conjunto se han organizado sobre la base de satisfacer, en definitiva, los fines del conjunto, entonces el interés a considerar, es decir los intêreses confiados, será el interés del conjunto.

En cambio, si éste no es el caso, se podrá afirmar que hay perjuicio a los intereses confiados cuando cada una de las sociedades que componen el conjunto no obtiene el máximo de las ganancias posibles y, de este modo, se frustran las expectativas fundadas de obtener provecho económico. Una sociedad comercial, por definición trata de obtener beneficios y éstos beneficios son, en definitiva, parte de los proyectos de cada uno de los miembros que la componen. Definir, en cada caso, si se debe tomar como interés confiado el del conjunto o el de cada una de las sociedades dependerá de la situación de hecho y del uso del criterio que he señalado en un pasaje anterior.

11a. Vide Fábio K. Comparato: *Evolução dos Grupos de Sociedades no Direito Brasileiro.*

47. *La fórmula "perjudicar los intereses pecuniarios confiados" es suficientemente rica como para abarcar todas las hipótesis en que se aprecia un interés social ya sea el que surge en sentido estricto de la expresión "social", es decir un interés de la sociedad, o bien un interés de un individuo o un grupo de individuos que tiene carácter societario como los que resultan de los derechos de preferencia, de receso y otros análogos que he mencionado en puntos anteriores.*

XIV

48. Una cuestión que es interesante en este aspecto es la que se refiere a la posible *autoría que puedan tener los accionistas* en relación al delito de administración fraudulenta; en especial, aquellos accionistas que actúan sobre la base de su poder gravitante por constituir la mayoría de la voluntad social suficiente para tomar decisiones de relevancia.

En este sentido es importante recordar que el texto que analizo se ha construído sobre la base de que "*la difundida idea, de que el grupo mayoritario de los accionistas haga lo que le plazca debe ser corregida*" (Soler, IV, 390).

En este sentido, *también tienen a su cargo el manejo y la dirección de la sociedad los miembros de la Asamblea de Accionistas que toman decisiones que, sobre la base del abuso del poder de la mayoría, afecta el interés social de la entidad.* Por esa razón se ha sostenido: "admitir que los accionistas mayoritarios de una sociedad provoquen su disolución para apropiarse de su negocio y de sus principales activos obligando al mismo tiempo a la minoría a recibir su parte en dinero — sobre la base de la valuación hecha por la mayoría — equivale a reconocer a la mayoría el derecho a confiscar los derechos de la minoría, privando así a los accionistas de su alícuota sobre la empresa en marcha y sobre sus posiblidades de crecimiento y valorización, todo lo cual puede ser inmensamente más valioso que el dinero en el que hoy son tasadas las acciones minoritarias. La justicia no puede tolerar semejantes cosas" (Kellogg-c/Georgia Pacific Pater Colt; 227 F Sulp 719 W. P. Adek. 1964).

Otra técnica tendiente también a perjudicar los intereses confiados ha de consistir en la decisión abusiva de la mayoría dirigida a retener dividendos.

Como se ha dicho con razón, el *propósito principal para que se constituya una sociedad anónima consiste en la obtención de ganancias para sus accionistas. Por esa razón, cuando se posterga innecesariamente la distribución de bienes y se usa el pretexto de una capitalización innecesaria para doblegar a la minoría para que vendan sus acciones de este modo se realiza un manejo perjudicial de los intereses sociales.* Este es el criterio que análogamente ha seguido la Corte Suprema Federal de Estados Unidos en el caso "United States c/Tytekl" (408 U.S. 195), en donde se examinó la conducta desarrollada por los Directivos que siguiendo "la voluntad del accionista controlante desatendió los intereses de los minoritarios reteniendo ganancias más allá de los límites razonables" ("El Cesarismo de las mayorías en las Sociedades Anónimas cerradas norteamericanas", de Carlos A. Garber, publicado en *Conflictos Societarios,* Araco, p. 82 y sgtes.).

49. Por esa razón en la Argentina se ha establecido un régimen para evitar la corrupción de reservas facultativas, que puedan funcionar como modos de excluir distribución de utilidades para desalentar a los accionistas, mediante algunas reglas como las que a continuación detallo:

"(a) Las reservas deben ser razonables y responder a un criterio de prudente administración.

(b) El Directorio debe dar las razones por las cuales establece la constitución de estas reservas.

(c) Es necesario la aprobación de estas reservas cuando su monto excede el capital y las reservas legales, a través del voto favorable de la mayoría de acciones, sin aplicarse la pluralidad de votos, entre otras condiciones (art. 244, de Ley de Sociedades)". [12] Por esa razón se ha dicho que "el derecho al dividendo esta subordinado conforme a Vivante a dos condiciones: una suspensiva, de que el dividendo resulte del balance aprobado por la Asamblea, y otra resolutoria, que la Asamblea no modifique el Estatuto suspendiendo el pago, por ejemplo para la constitución de reservas capitalizando utilidades. En este caso, la emisión de acciones por capitalización forzosa aprobada por la mayoría resulta de muy discutible procedencia, ya que obliga al accionista al recibo de mercaderías y no de dinero" (*Los Derechos de las Mayorías en las Sociedades Anónimas y su protección en la ley 19.550,* por Carlos Bollini Shaw y Ricardo A. Nissen).

XV

50. El otro tipo legal que aparece en el análisis del artículo que estoy analizando es el de *infidelidad fraudulenta.* Este se construye, a diferencia del anterior, sobre la base de la existencia de un deber de cuidar de bienes e intereses ajenos. El incumplimiento de este deber o cuidado tiene que producir un perjuicio a los intereses pecuniarios a ellos confiados.

En esta hipótesis es preciso que el autor esté emplazado como *garante del cuidado de cosas, derechos o intereses, para el tema que nos interesa, de la conducta de otros en la actividad negocial.* En el ámbito de la sociedad anónima serán posibles candidatos a ser considerados autores de este delito los miembros del Consejo de Vigilancia que tienen a su cargo la fiscalización de la gestión del Directorio, y las demás funciones y facultades atribuidas en esta ley a los Síndicos. También los Síndicos son en el ámbito de las sociedades anónimas posibles autores de este delito. A ellos les corresponde realizar la tarea en forma personal e indelegable, fiscalizar da administración de la sociedad, a cuyo objeto examinarán los libros y documentación siempre que los juzguen conveniente y, por lo menos, una vez cada tres meses; verificar en igual forma y periodicidad las disponibilidades y títulos valores, así como las obligaciones y su cumplimiento; igualmente solicitar la confección de balances de comprobación; asistir con voz, pero sin voto a las reuniones del Directorio, y del Comité Ejecutivo, de la Asamblea a todas las cuales debe ser citado; controlar la constitución y subsistencia de la garantía de los Directores y recabar las medidas necesarias para corregir cualquier tipo de irregularid (arts. 280 y 294 de la Ley de Sociedades). Es interesante, en este aspecto, destacar que la tarea del Directorio si bien es preponderantemente la de dirigir y administrar los intereses sociales, también puede aparecer en un contexto de *cuidado de la gestión ajena.* Este es el caso en el cual se ha designado un Comité Ejecutivo. En *esta* hipótesis le corresponde al Directorio *vigilar la actuación de ese Comité Ejecutivo y ejercer*

12. Carlos Bollini Schaw y Ricardo Augusto Nissen: "Los Derechos de las Minorías en las Sociedades Anónimas, su Protección en la ley 19.550", publicado en *El Derecho,* T. 87, p. 899 y ss.

las atribuciones legales y estatutarias que le corresponden (art. 269, Ley de Sociedades).

La idea central de la infidelidad consiste en constituir ya sea por ley, por un acto de autoridad o por un negocio voluntario a alguien en el *garante* del cuidado de ciertos bienes o intereses sobre la base de la vigilancia que ha de realizar sobre ellos, o bien sobre la base de considerar que tiene a su cargo el control y vigilancia de otros que son los que han de administrar y dirigir bienes e intereses ajenos.

Al igual que en el caso de la administración, es necesario que el autor viole sus deberes y que, como consecuencia de esta ilicitud, se produzca un perjuicio a los intereses confiados.

51. A diferencia de la administración fraudulenta en la que generalmente el administrador, por ejemplo el Presidente o el Directorio, además de la relación interna ha de celebrar una relación externa con terceros que ha de producir el carácter perjudicial para el administrado, *en el caso de la infidelidad fraudulenta basta la existencia de una relación que se agote en una vinculación interna sin que sea necesario la existencia de poder o representación alguna frente a terceros ajenos a la sociedad. De este modo se advierte que el Síndico no tiene porque celebrar negocios con terceros para poder ser autor de delito. Es suficiente que él, como órgano, tenga que controlar y vigilar la conducta de otro y no lo haga perjudicando los intereses confiados.* [13]

52. He realizado una descripción del tipo de administración fraudulenta e infidelidad fraudulenta. *Podría pensarse, después de esta descripción que la posibilidad de asumir responsabilidades penales en el ámbito societario es muy frecuente; más aún congelante de la actividad empresaria. Ella, por definición, requiere un desafio, la asunción de un riesgo.* Si se penaran actos meramente sobre la base de las condiciones descriptas, es decir, sobre la base de la violación de deberes de cuidado y de control y de la producción de perjuicio, seguramente las características de nuestro sistema económico basadas en el desarrollo de la actividad empresaria estaría detenido. *La actividad empresaria requiere, por una parte, un mínimun de imaginación; por otra parte, la asunción de un riesgo que puede producir un perjuicio.* Una manera interesante de advertir que esta preocupación debe ser excluída, ha de tener en cuenta algunos *topes* decisivos que la ley establece para evitar la nueva penalización del incumplimiento de contratos o de deberes que ocasionen perjuicio.

XVI

53. En primer término es preciso destacar con claridad que no es suficiente para ninguno de los dos tipos que se violen deberes jurídicos. *Es condición necesaria que se violen los deberes específicos del administrador* (por ejemplo: el Directorio) o del que *tiene a su cargo la fiscalización* (por ejemplo: el Síndico); dicho en otras palabras: *no basta que el Directorio o el Síndico viole un deber jurídico.* Es necesario que viole el deber jurídico que le corresponde *a él* como órgano, y que ese deber jurídico sea el que regule específicamente su actividad. Un ejemplo burdo puede ser elocuente en este punto: en una reunión de Directorio uno de sus miembros ofuzcado golpea la mesa y rompe el vidrio

13. Véase la obra ya mencionada de Daniel P. Carrera y, en especial el trabajo de Edmundo Hendler: *La Responsabilidad Penal de los Directivos de Entidades Financieras,* De Palma.

que cubre el plano de madera. En este caso se lo podrá procesar por el delito de daño, ya que la obligación de no destruir la propiedad ajena *no* deriva de su carácter de Director, sino que es un deber existente para cualquier habitante. Es, en cambio, su obligación la de administrar y desarrollar los negocios con la finalidad de obter el máximo de los beneficios. Si él invierte los dineros teniendo alternativas de seguridad equivalentes en actos o negocios que ofrecen menos réditos que otros, entonces él viola sus deberes y perjudica.

54. Una segunda limitación para evitar penalizar innecesariamente la actividad de los negocios y congelar especialmente la vida empresaria deriva del hecho de que este delito requiere que el autor viole sus deberes y perjudique con "el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño".

En primer término es interesante recordar que es este un delito de carácter doloso: el autor debe saber y querer violar sus deberes y debe saber y querer producir un perjuicio a los intereses confiados. Sin embargo, aquí viene un segundo factor relevante. El legislador no se ha contentado en describir sólo una forma dolosa, sino que ha incluído una exigencia subjetiva adicional a saber: el autor tiene que haber querido violar su deber de administrar o de cuidar y tiene que haber querido perjudicar los intereses confiados *"com el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño"*.

De este modo se advierte con claridad que hay dos condiciones subjetivas que constituyen nuevos límites o topes a la responsabilidad penal. El autor debe saber que va a realizar el hecho, pero además debe hacerlo con un determinado propósito.

De esta manera *se excluye el riesgo de la mera penalización de la administración culposa o negligente y se impide el riesgo de la penalización de la actividad empresaria que implica, como señalé en un pasaje anterior, la adopción de mínimum de peligro en la realización de una nueva obra.*

Con este esquema, con el resguardo de la administración de bienes ajenos y con la protección del cuidado de los intereses ajenos, queda cubierto el primer tramo de los conflictos que en la vida empresaria pueden darse y que he presentado en los primeros capítulos de este trabajo.

XVII

55. En la sección anteriror describí de que modo se protegen los intereses ajenos cuando éstos están gobernados o cuidados por otras personas que aquellas que son titulares de dichos intereses. Este aspecto guarda relación directa con lo que he denominado conflictos internos entre propietarios y administradores o cuidadores.

56. Ahora podemos ver la gestión de esos administradores o cuidadores desde *afuera* de aquella relación.

Desde este punto de vista la acción empresaria, es decir la acción humana sumada y multiplicada, se desarrolla bajo ciertas reglas constitutivas y organizativas.

Se puede distinguir entre el contrato fundacional y el estatuto que regula ese acuerdo plurilateral en el ámbito de las sociedades.[14]

57. Esa organización exhibe una mayor cantidad de posibles relaciones o, por lo menos, más intensas que las que una persona individual puede desarrollar

14. Véase el ya mencionado trabajo de Raúl Etcheverry.

en el mundo de los negocios jurídicos; en especial, en el del universo de los negocios de contenido patrimonial.

Es ésta la razón por la cual, paralelamente a la intensificación del poder de la acción humana organizada bajo las reglas de una sociedade, es decir un modo de ser de la empresa, también se suscita una mayor expectativa respecto del papel que sus directivos han de tener.

Aparece así, pues, el tema de la *confianza,* de lo que se espera de los directivos, de esas personas colectivas que al ser más fuertes, más pueden; más pueden para cumplir con lo que deben hacer, como también más pueden para producir perjuicio.

58. Este aspecto, la confianza o espera en ciertos modos de coducta cuyos resultados son más intensos respecto de los que se puede obtener por la acción individual, fundan la necesidad de su resguardo y es, en este punto, visto desde afuera de la sociedad, que la ley penal concurra para proteger esa ya mencionada confianza que un número indeterminado de personas tienen, ya sean socios, posibles socios, clientes, posibles clientes, acreedores efectivos o posibles acreedores. [15]

No se trata aquí de proteger el patrimonio, ya que la cuestión está prevista en otros delitos (hurto, robo, estafa, administración fraudulenta).

Aquí se trata de considerar la confianza, ya la confianza de un número indeterminado de personas respecto de la gestión que los directivos de una persona colectiva puedan desarrollar sean o no socios.

59. Para regular esta cuestión la ley penal establece penas para: "*el director, gerente, administrador o liquidador* de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio. Si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena se elevará,. . ., siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penal" (art. 301, C.P.).

60. Las características interesantes para nuestro tema, respecto de esta figura son las siguientes:

(a) se trata de un delito en el que el sujeto activo es especial, a saber: el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva.

Lamentablemente el legislador se ha olvidado del síndico.

(b) Se trata de la protección de la confianza en la gestión respecto de la conducta de ciertos individuos que actúan como directivos de una persona colectiva. Con esta última expresión (persona colectiva) se incluyen también a las fundaciones y a las asociaciones civiles. [16]

15. Estudia la cuestión Eduardo Aguirre Obarrio en la obra ya mencionada en la nota 1; en especial realiza un exhaustivo análisis del tema Edgardo Rotman en: *Los Fraudes al Comercio y a la Industria,* Abeledo Perrot. Ricardo Antúnez Andreucci en: *Estudos e Pareceres de Direito Penal,* Distaca, recordando a Bettiol que es preciso que el Derecho Penal sea un instrumento de libertad moral y política y por tanto de responsabilidad. Por su parte Miguel Reale Junior en su trabajo: *Antijuridicidade Concreta,* recuerda la necesidad de tomar en cuenta en los delitos el mundo circundante "y la constelación axiológica que nos preside, a fin de que las nuevas estructuras normativas atiendan a las exigencias de nuestra época".

16. Eduardo Aguirre Obarrio, obra citada.

(c) Se castiga a los autores que a sabiendas "presten su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio".

Es éste el núcleo del delito.

El tema que nos importa atacar ahora es el siguiente: ¿qué es lo que efectivamente se quiere evitar con este delito? Es importante tener presente que *no se quiere castigar el mero incumplimiento de una obligación patrimonial, ya que no está prevista en nuestra legislación la prisión por deudas ni es propósito de esa naturaleza formularlo mediante una norma como la prevista en el art. 301, que implicaría un propósito oblicuo y muy alambicado por parte del legislador.*

En otras palabras: no este el caso del castigo para quien no paga una deuda.

Sin embargo, el que no paga una deuda, siendo directivo de una persona colectiva viola la ley, ya que la ley prescribe que las deudas deben ser pagadas.

Para aclarar esta cuestión se debe tener presente que el Estado no se introduce en el ámbito de la gestión del patrimonio de los particulares salvo cuando llega el momento del desastre. Por eso recién cuando, se desfraudó, o cuando se produjo la quiebra, recién entonces se deben rendir cuentas ante la ley penal respecto de lo que se hizo con el patrimonio propio, o con el patrimonio ajeno, caso éste último de la llamada quiebra impropria.

Sin embargo hay algunas excepciones. Una de ellas tiene que ver con el resguardo no ya al patrimonio, sino *del respeto de las reglas básicas que establecen la constitución y organización de la gestión bajo la cual debe desarrollarse la conducta de los directivos de las personas colectivas, ya que ellas, como dije en un pasaje anterior, por su poder más intenso pueden hacer más, y de ellas se espera también más y respecto de ellas también se tiene más confianza.*

61. Es este el punto de partida firme para advertir que al requerir la ley penal la violación de la ley o de los estatutos, ella está prescribiendo el castigo por la violación de cierto tipo de leyes a saber: *las que regulan específicamente el tipo de persona colectiva de que se trata.*

Pagar el monto de un pagaré es un deber establecido en la ley común, es decir, en la ley que es válida para los sujetos individuales y para las personas colectivas.

Utilizar el patrimonio de una persona colectiva sólo para satisfacer su objeto y fin es un deber que tienen los administradores porque la ley que regula la actividad de las sociedades así lo prescribe y ésta es una ley que específicamente regula la materia.

Así, pues, *lo que se castiga en el delito que estoy analizando es el hecho de que los sujetos activos ya mencionados, dolosamente violen las reglas que específicamente regulan la actividad de las personas colectivas.* Esas reglas son, pues, la ley que organiza la creación y actividad de la entidad ideal, sus normas reglamentarias, ya que su validez depende de la existencia de aquellas y el estatuto tal como lo menciona el tipo de actividades. [17]

62. A los hechos prohibidos pertenecen los siguientes casos.

(a) constitución de sociedades o aumento de capital mediante participaciones recíprocas, hecho prohibido por la ley de sociedades (art. 32).

(b) una sociedad controlada no puede participar en la controlante ni en una sociedad controlada por ésta, por un monto superior, según balance al de sus reservas, incluída la legal. Las partes de interés, cuotas y acciones que

17. Enrique Paixao, obra citada 5.

exceden los límites fijados deberán ser enajenadas dentro de los seis meses siguientes a la fecha de redacción del balance del que resulte la infracción. El incumplimiento será sancionado con la pérdida de los derechos de voto y a las utilidades que correspondan a esas participaciones en exceso hasta que se cumpla con ella (art. 32, Ley de Sociedades).

(c) Esta prohibido emitir acciones cuando las anteriores no han sido suscriptas (art. 190, Ley de Sociedades).

(d) Está prohibido realizar oferta pública de acciones violando las disposiciones legales sobre la materia (art. 198, Ley de Sociedades).

(e) La venta y entrega del activo de la sociedad a un tercero, quien en connivencia con los titulares de la totalidad de las acciones y sus directivos, lo adquiere en cuotas, paga sólo las primeras y, de acuerdo al plan acordado con sus "socios", no paga más. Luego vende dichos bienes al mejor precio y distribuye el resultado entre sus "amigos".

El resultado de este vaciamiento no perjudica a los socios que, por el contrario, se han distribuido de ese modo el resultado de la operación; pero sí perjudica, o, por lo menos, pone en peligro, los derechos de todos aquellos que han tenido un crédito contra la sociedad: cuando intentan hacerlo ejecutar advierten que sólo encontrarán documentos. La sociedad ha sido vaciada. Este es un modo encubierto e ilegítimo de incumplir el objeto social y lograr mediante esta técnica la disolución de la sociedad sin que sea advertida.

63. La ley no exige en este delito la producción de un perjuicio ya que no se trata aquí de proteger el patrimonio, sino de cuidar la confianza que se tiene al respecto de quien más puede.

64. Es este un delito de carácter doloso.

65. Si el hecho deriva en un perjuicio de caracter patrimonial la figura podrá ser desplazada por la de administración fraudulenta si se satisfacen los demás requisitos que éste último tipo legal requiere.

XVIII

66. Como se puede advertir a través de la descripción que he realizado, en los delitos que han sido materia de esta presentación se advierten problemas análogos a los que hay en la sociedad civil, es decir, en *la sociedad organizada políticamente.*

Por una parte advertimos la necesidad de preservar un cierto ámbito de intimidad o reserva y de establecer responsabilidades recpecto de los administradores que gobiernan los intereses sobre la base de que ellos deban desarrollar su gestión con lealtad y con cuidado repecto de los intereses confiados. En este aspecto es bueno recordar que están protegidos no sólo los derechos sino también los intereses.

67. Por otra parte, hay decisiones que ni la mayoría ni la minoría puede realizar válidamente con su voluntad. En otras palabras: hay intereses y derechos no disponibles.

68. Finalmente hay reglas básicas, reglas constitucionales (la ley y los estatutos) que organizan específicamente el comportamiento de los que gobiernan y que, cuando se violan esas disposiciones básicas, como este hecho es grave, pues es grande la esperanza en el leal desempeño de la tarea para la cual han sido designados y porque es muy intenso el poder de las personas colectivas entonces el autor debe ser penado.

69. Sin embargo, esta descripción no cierra el círculo de las garantías que la ley penal puede ofrecer.

Falta un dato, un dato que sirve para *controlar* la gestión, el cuidado de los intereses ajenos y el respecto por las reglas constitucionales. De nada valdría la creación de la figura que hemos mencionado si no es posible *saber* que se han violado las normas antes descriptas.

Para cumplir esta tarea es preciso advertir que los titulares de los derechos e intereses confiados a la gestión y administración de otros, y los que tienen la confianza en la gestión de los directivos, tienen que poseer la *información completa y veraz de lo que sucede.*

Pues bien, para garantizar penalmente el interés y el derecho a este tipo de información que los socios y los que no lo son tienen que tener es que el legislador ha creado la llamada figura del balance falso. Ella prescribe pena, precisamente, para: "el fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos, o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad o reticencia, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que ubiere sido el propósito perseguido al verificarlo" (art. 300, inc. 3.°, C. Penal).

70. Un dato interesante en este delito es el hecho de que el no se agota en la publicación de un balance falso e incompleto. La denominación de "balance falso" es incompleta y falsa.

Por una parte cubre no solamente el caso de la publicación, autorización o certificación de un balance falso o incompleto, sino, también, el caso en que se den estas características respecto de otra clase de documentos que sirven para brindar una información relevante respecto de la situación económica de la empresa (una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias).

Por otra parte se incluyen en la descripción los ínformes ya sean verbales o escritos que se realicen "a la asamblea o reunión de socios". De este modo se advierte que no se trata meramente de una falsedad ideológica en un documento privado, sino se trata del castigo para quien viola dolosamente el deber de veracidad y completividad, *sobre la base del derecho a la información que tienen aquellos que son socios como aquellos que no lo son pero pueden serlo, aquellos que son acreedores como aquellos que pueden llegar a serlo.*

XIX

Con la descripción que he realizado se advierte, pues, que el modo en que se cierra el círculo de garantías de carácter penal es total.

Por una parte se sanciona al administrador fraudulento e infiel; también al que viola el secreto, lo que debe ser guardado.

Por otra parte se sanciona penalmente al gobernante de una persona colectiva que viola sus reglas constitucionales.

Finalmente, en este orden de cosas, se garantiza el control respecto del gobierno, gestión y cuidado en este proceso de disociación entre propiedad y uso de la propiedad; y en el aspecto relativo al carácter multiplicador de la acción humana organizada bajo las formas de la sociedade contemporánea, se castiga a quien no brinda información veraz y completa.