

ACUERDO PARASOCIAL DE ACCIONISTAS Y CONFLICTOS DE INTERÉS

ARIEL A. GERMÁN MACAGNO

1. EL INTERÉS SOCIAL COMPROMETIDO

Comenzamos advirtiendo que el derecho societario gira en torno a ciertos principios rectores que hacen al funcionamiento del ente dentro de los parámetros fijados por el "Orden Jurídico".

Esto debe ser así, ya que lo que esta en juego es el bienestar económico de una comunidad, la cual depende, en gran parte del volumen, distribución y regularidad de la corriente de bienes y servicios, que van desde las empresas a las economías domésticas.

Escapa a este trabajo analizar las discusiones sentadas por la Doctrina, en lo que se refiere a la existencia del debatido "interés social"¹. Creemos que si bien se generan confusiones en torno a su identificación dentro del sujeto de derecho sociedad, atento a la naturaleza que detenta éste último, y por los ribetes característicos que

¹ Para acreditar la existencia de dicho interés es preciso recordar el famoso caso "Fruehauff - France" donde la Corte de París -22 de Mayo de 1965- resolvió tutelar el interés social sobre los intereses personales de los socios, aun cuando estos fueran mayoritarios.

adquiere el interés en las personas humanas², no dejan de tener peso las afirmaciones del Maestro Halperín³, en cuanto aclara que se trata de una noción objetiva que debe apreciarse en concreto.

En este sentido, vendría a representar el interés concreto de todos los socios, considerado en forma objetiva en virtud de aquella finalidad común que se tuvo mira al formarse la sociedad, y con prescindencia de los factores subjetivos que pudieron haberse tenido en consideración, o bien, como lo definiera Otaegui⁴, al considerarlo como el interés objetivo común de los socios, que se satisface con la realización de operaciones que conducen -en principio- a la obtención de beneficios sobre cuyo destino deciden los socios.

En ninguno de los órganos sociales se encuentra subsumido el interés social, esto es, no son los titulares de ese interés y más aun al tiempo de analizarse en torno al derecho individual del accionista o de la minoría. Si bien es exacto que el socio persigue el máximo beneficio con el mínimo sacrificio, este fin personal debe subordinarse al fin común perseguido por la sociedad a través del objeto social y la administración del patrimonio social confiado a los órganos sociales.

Debe ser considerado como algo totalmente diferenciado, ajeno incluso al interés de la mayoría de los accionistas. De tal guisa, estimamos que nos encontramos con un concepto fundamental para el funcionamiento idóneo del sujeto de derecho sociedad, que encuentra su fuente en la causa y la lealtad de actuación de los socios e integrantes de los órganos, como también la buena fe en la ejecución del contrato social.

Creemos que este interés va más allá de la realización de lo que resulta idóneo para la satisfacción del objeto social.

Como surge del art. 1° de la L.S., los socios se obligan a realizar aportes para la producción e intercambio de bienes o servicios -

² Colombes G. Niega toda posibilidad de control judicial del interés social. Además considera que la imposibilidad de lograr un concepto válido de tal interés es consecuencia directa de la materia misma que sus teóricos pretenden manejar; en primer lugar, porque la idea de interés no admite una abstracción generalizante. Los intereses son múltiples y en ellos es necesario convenir; agregando que el interés en el sentido que le da al término, constituye un concepto inescindible de la personalidad humana. Colombes Gervacio -Curso de Derecho Societario- Parte General Abeledo Perrot 1972 -pag. 102-.

³ Halperín I. -Sociedades Anónimas- 2° Edición (actualizada por Otaegui Julio) Ed. Depalma, año 1998, pag. 212 y ss.

⁴ Igualmente el Profesor Otaegui afirma que tal interés se satisface con la prosperidad y crecimiento de la empresa. Otaegui J. -Administración Societaria- Ed. Ábaco 1979 pag. 64.

interés social preliminar⁵, por el cual el patrimonio de la sociedad formado -ab initio- por los aportes de los socios, se utilice conforme lo expresáramos precedentemente, en un todo de acuerdo con el objeto social y la posibilidad de que estos participen en el resultado de la explotación "... *participando de los beneficios y soportando las pérdidas...*" -interés social final-.

Por último, señalar -a guisa de pecar por reiterativo- que el interés social no es específicamente el interés de la mayoría. De lo que se colige que toda decisión asamblearia debe inspirarse en aquel.

El principio mayoritario no ha sido considerado por la ley como una sanción inspirada en el prevailecimiento del interés de la mayoría, sino como criterio de organización de los socios y como tal como medio de protección del interés común de estos.

2. ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA EN DESMEDRO DEL INTERÉS DE LA SOCIEDAD.

Es muy común en la práctica que los directores de una sociedad fueren el interés social para verse favorecidos con determinados negocios o políticas empresariales y no sólo en su beneficio particular sino, también, el de algún grupo, que por lo general integran la mayoría y detentan el control-. Tema al que nos referiremos más adelante.

Recordemos que la misión del administrador no se agota sólo en realizar actos propios de la administración común, sino que además, conduce la gestión operativa de la empresa. Esta última función, le permite fijar determinadas pautas que hacen al manejo de los intereses sociales, que repercutirán definitivamente en las políticas empresariales asumidas y aplicables a la marcha de la empresa.

Es en este punto, donde el interés social⁶ adquiere ribetes trascendentales, en cuanto funciona como marco de referencia de la gestión de administrador. Por ello, debe prevalecer el debido equilibrio de poderes en el seno de la sociedad, lo que significará que los accionistas deban ceder terreno frente a aquellos para dejar en sus manos -en forma exclusiva y excluyente- la conducción de la empresa.

⁵ Galgano F. -Tratado de derecho comercial y de derecho público de la economía- Cedam, Padua, 1984 pag. 57. -

⁶ El mentado interés social se ha convertido en un instrumento necesario para valorar la conducta de los administradores societarios, en cuanto constituya deberes impuestos a los estos. Esto quiere decir que toda actuación de estos debe estar dirigida a salvaguardar el interés social del ente.

Esto último puede verse desvirtuado por la existencia de negocios parasociarios que normalmente influyen en las medidas adoptadas por la administración. Volveremos sobre esta cuestión.

3. MARCO DE ACTUACIÓN DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO.

Durante el cumplimiento de sus funciones, es común que aparezca una serie de diferentes intereses, los que pueden colisionar con el propio de la sociedad; ya sea que provenga de los propios administradores, de los grupos internos, de los controlantes, etc.

No cabe la menor duda que frente a un conflicto de intereses de tales características, los administradores, deben priorizar el interés social⁷. Y bien decimos -deben- ya que es del propio texto de la ley de donde surge con nitidez la obligación de estos de protegerlo, como criterio determinante del acto normal de gestión⁸.

El administrador societario como parte de la estructura del ente administrado -teoría organizista- debe dirigir su gestión no sólo a la adopción de políticas empresariales que optimicen el rendimiento de su administrada, sino que deben coordinar los diferentes intereses que se encuentran en pugna dentro del organismo pero siempre con la necesario preeminencia del interés social.

Ese poder de gestión dentro de la sociedad se encuentra ligado al logro del objeto social, al que se es posible arribar con una adecuada política empresarial, delimitada por el interés social.

En otras palabras, todos los actos de dicho órgano deben estar dirigidos a alcanzar el objeto social, y la satisfacción del interés de la sociedad resulta ser el elemento determinante de su normalidad.

Reiteramos que estamos en presencia de un deber de inexcusable cumplimiento, cuya violación no solo encuentra una amplia gama sancionatoria -primeramente- en la propio Ley de Sociedades Comerciales -arts. 59, 271, 272, 273, 274, 276, 277, 278, 279- como también en el derecho común -505, 1071- y más aun tal inobservancia se en-

⁷ Ya la jurisprudencia francesa se ha expedido al respecto afirmando que "es un principio de la materia que los dirigentes responsables o la asamblea general de las sociedades no pueden servirse de los poderes que le han sido confiado más que en el interés social, y que hay abuso de derecho o desvío de poder todas las veces que un administrador actúa en vista de satisfacer sus intereses personales en detrimento de los intereses colectivos o de intereses individuales de los otros socios".

⁸ Baigún David - Bergel Salvador Dario -El fraude en la administración societaria (El art. 173, inc. 7 del Código Penal en la órbita de las sociedades comerciales) pag. 27 Ed. Depalma.

cuentra tipificada en el Código Penal en el art. 173 inc. 7mo⁹. Además, todo acto ajeno al interés social conculcaría una desviación del estándar jurídico previsto por el art. 59 por el cual “... *los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios...*”

La responsabilidad penal de los administradores debe estructurarse sobre el fundamento del interés del que venimos haciendo referencia, por lo que, los actos que lo contraríen serán sancionables.

Además, el tópico de esta responsabilidad se encuentra ligado al poder que los órganos de gestión detentan para asegurar la actividad social¹⁰.

4. EL FRAUDE A TRAVÉS DE LOS NEGOCIOS PARASOCIETARIOS: SINDICACIÓN DE ACCIONES.

Desde el leading case –“Sánchez c/ Banco Avellaneda”- y el magistral voto de Anaya ha pasado mucha agua bajo el puente.

Hoy por hoy, no dudamos que cuando se hace referencia a un acuerdo parasocial, estamos frente a una especie de contrato plurilateral asociativo innominado. Esta aseveración resulta de observar que en la faz interna de dicha figura no encontramos con los caracteres tipificantes¹¹ de esta clase de contratos.

En este sentido, tenemos la plena convicción de que se trata de un “nucleamiento de accionistas con intereses comunes que a través de un convenio que puede ser secreto o público, ignorado o reconocido por la sociedad, procuran hacer respetar su individualidad y hacer valer su voluntad en forma colectiva o por mandatario, provocando una unidad de acción con el denominador común de lograr el objetivo previsto”.

Ahora bien, dentro de los sindicatos de accionistas mas utilizados en la práctica, nos encontramos con el de mando y el de bloqueo.

El primero de ellos, se caracteriza por el hecho de que sus miembros pactan obtener y/o mantener el control de la sociedad de la cuál forman parte, con el fin de imponer sus propias políticas, acor-

⁹ Si bien el interés social no forma parte de la descripción típica –administración fraudulenta- está incito en el sistema del art. 173 inc. 7° del C.P. y constituye uno de los componentes del bien jurídico protegido.

¹⁰ Baigún David – Bergel Salvador Darfa Ob. Citada pag. 57

¹¹ Butty Enrique Manuel –Sindicación de acciones: Aspectos generales y particulares- Negocios Parasocietarios Ed. Ad Hoc. Director Favier Dubuis E. M. (h) y otros, pag. 21 y ss., año 1994.

dando las actitudes del grupo que se han de adoptar, teniendo acceso a dicha posibilidad a través del voto¹².

Por su parte, el sindicato de bloqueo, es aquél por el cual se establecen restricciones o condicionamientos que afectan la libre transmisibilidad de las acciones a terceras personas no sindicadas. Este último por lo general otorga opción de preferencia a los integrantes del acuerdo.

Como puede apreciarse de las características particulares de cada clase de pactos, la existencia y operatividad del primero depende de la existencia del segundo. Esto es así, como bien lo señala Pedrol¹³, por el hecho de que si los accionistas sindicados pudieran transmitir libremente sus acciones, resultarían ilusorios los compromisos que se hubieran asumido sobre el voto.

En lo que respecta a su licitud y como bien lo ha sostenido Anaya, ninguna regla imperativa de la disciplina legal societaria queda vulnerada por la circunstancia de que la voluntad de un socio se haya determinado al margen de la asamblea.

La sindicación es lícita en cuanto no es prohibida por la ley – art. 18 del C.C.-, si bien implica un mandato de sentido del voto expuesto ex antes de la decisión asamblearia, nada del orden necesario impide que la deliberación persuada al sindicato de votar contra lo consensuado dentro del sindicato, lo cual se podrá concretar libremente, sin perjuicio de la responsabilidad que por incumplimiento se le asigne.

Lo importante es que mientras no interfieran en aspectos esenciales del ordenamiento societario, ni causen daño o perjuicio a terceros, cabe admitir su licitud, siempre que se den los recaudos dispuestos por el art. 953 del Código Civil aplicable con relación al objeto de los actos jurídicos¹⁴.

¹² En oportunidad del fallo Sánchez *c/* Banco Avellaneda, se discutió que tales acuerdos – extraños al ente societario– no debían –como requisito condicionante– impedir en el seno de la asamblea la deliberación y que de ser así no permitiría la actividad normal de dicho órgano – art. 233 L.S.– respetando de esta manera un derecho inherente a la calidad de socio. Coincidió con Anaya en que la deliberación dentro de la asamblea, si bien –en un marco ideal y abstracto– resulta una característica propia del funcionamiento de este órgano, su ausencia no trae aparejado la invalidez de aquélla, toda vez que el derecho que se reputa inherente a la calidad de socio no es el de deliberar en su seno, sino el de votar en dicha oportunidad.

¹³ Pedrol Antonio –La sindicación de acciones– Madrid 1951. –

¹⁴ La validez de la sindicación no es absoluta, pues además de las exigencias que hacen a la licitud de los contratos en general, pueden agregarse como supuestos que hacen a su invalidez, los casos referidos a los estados contables, los que impiden el ejercicio del derecho de receso, aquellos que forman la mayoría sindical y no pudiesen actuar como mandatarios, o

Todo acuerdo parasocial¹⁵ resulta paralelo al sujeto de derecho sociedad, no integrando el esquema de su génesis ni de su funcionamiento.

Sobre este punto, debe dejarse en claro que el principio general que debe respetarse rigurosamente, es aquel que determina que la violación de las obligaciones derivadas del pacto de sindicación, deben ser absolutamente irrelevantes para la sociedad, es decir, le son inoponibles. De lo expuesto se colige que tales negocios parasocietarios, no tienen efectos ergo omnes y la forma no sería condicionante para exigir conducta alguna a los terceros, llámense sociedad, accionistas extraños al pacto o terceros propiamente dicho, limitándose, tan sólo, a obligar a las partes que lo suscriben.

El art. 1195 del C.C. cuando dispone que "... los contratos no pueden perjudicar a terceros..." no deja dudas respecto de la inoponibilidad de estos pactos a la sociedad de la que el socio sindicado es integrante, norma esta última que debe merituararse conjuntamente con lo dispuesto por el art. 1199 del mismo cuerpo legal, en el sentido de que tales actos al margen de no poder perjudicar intereses de tercero, tampoco les pueden ser opuestos, pero como contrapartida éstos no pueden invocarlos.

En otros términos, si la sociedad es considerada un tercero no puede resultar afectada o perjudicada por los efectos derivados del convenio de sindicación, no siéndole oponible el pacto, ni las obligaciones emanadas de él para con los sindicados.

La trasgresión por parte de cualquier accionista sujeto al pacto, habrá de incidir definitivamente en las relaciones con sus pares, dando lugar al resarcimiento de los daños producidos por el incumplimiento. Es decir, que quien lo haya violado responde respecto de los demás integrantes del sindicato, pero jamás será relevante —como dijéramos— para el ente social.

Las decisiones concertadas en el seno de estos acuerdos, pueden hacerse efectivas no sólo en una asamblea de accionistas, sino también en las resoluciones que tome el directorio.

Para una mejor comprensión de la cuestión primeramente debemos considerar la distinta naturaleza que revisten por un lado el voto de los accionistas en la asamblea y por el otro el de los miembros

¹⁵ bien estuviesen en conflicto de intereses en la respectiva asamblea.
Butty Enrique Manuel Ob. citada pag. 25.

del órgano de administración en el seno de sus reuniones.

Esto es así, ya que el argumento basado en la legitimidad de la cesión del voto por parte de los accionistas, miembros de un acuerdo parasocial, no resulta lo suficientemente idóneo y autosuficiente como para dar una respuesta adecuada al problema que se plantea cuando la decisión arribada en un pacto de tales características influyen de alguna manera sobre el voto que uno o varios directores deben emitir en cumplimiento de su función y como integrantes del órgano de administración.

El primero es un derecho individual que le compete al accionista por el sólo hecho de serlo.

Derecho que encuentra su origen en la ley y en el acto fundacional del ente donde se delimita su ejercicio, en procura del interés social. Así frente a todo acto asambleario el accionista que revista un interés contrario al de la compañía debe abstenerse de votar en tal sentido por imperativo legal -art. 248 LSC.-

En cambio el voto del director como parte integrante de un todo -órgano de administración-, guarda una diferencia fundamental con el de los accionistas, ya que no se trata de un derecho individual, sino una potestad legal que debe llevarse a cabo dentro de la órbita del cartabón jurídico previsto por el art. 59 ib., es decir, con la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios.

Ahora bien, por lo general estos negocios parasociales se constituyen como instrumentos idóneos para acceder al control de la sociedad, principalmente incursionando en el ámbito del directorio con la posibilidad de ocasionar daños o perjuicios a los derechos de otros accionistas o incluso a la sociedad misma, toda vez que como corolario, sus miembros pueden llegar a representar un interés altruista, vulnerando el interés social.

El pacto de sindicación de acciones -en principio- no debería alterar el correcto funcionamiento de los órganos sociales.

Una cuestión que puede suscitarse, es la referida al director que a su vez forma parte de algún sindicato¹⁶.

¹⁶ Siguiendo a Pedrol en este tema, el accionista no está obligado a la hora de emitir su voto a pensar solo en el interés social -disintimos en el sentido de que debe abstenerse de votar el accionista, so pena de incurrir en el supuesto contemplado en el art. 248 de la L.S.C., que sanciona al accionista o su representante que frente a un negocio determinado tuviera por cuenta propia a ajena un interés contrario al de la sociedad. por los daños y perjuicios irrogados a esta, cuando con su voto se hubiera logrado la mayoría necesaria para adoptar la decisión válida -, es decir, el accionista -al votar- ejerce un derecho subjetivo, y en consecuencia puede

Frente a tal supuesto, este sujeto no deberá apartarse de la gestión social, esto es, tendrá que guiar su conducta según el criterio de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios que hacíamos referencia -art. 59 L.S.C.-

Si bien existen dos títulos diferentes en cabeza de una misma persona, -sindicado - director- y advirtiendo que el sindicato instrumenta el gobierno a través del voto en la asamblea, no es poco común que el director acatando lo que como accionista sindicado le hubiera impuesto el pacto intervenga en la deliberación del Órgano de Administración denotando un claro interés contrario al de la sociedad y por ende al de todos los socios.

Recordemos, que ni el voto, ni el sindicato mismo pueden constituirse en contra el interés social y si un concreto pacto de sindicación de acciones implicara instrucciones de voto contrario a este interés, nada impedirá al sindicato abstenerse de emitir su voto o emitirlo incumpliendo el pacto, sin perjuicio que será pasible de las sanciones impuestas en el mismo¹⁷, toda vez que por tratarse de un contrato, resulta para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma -art. 1197 C.C.-

Como consecuencia de lo que venimos sosteniendo, creemos que el compromiso asumido en el seno del sindicato debe ser desplazado, ya que cuando el administrador aceptó el cargo, lo hizo sujetando su conducta a un parámetro legal -lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios- por tanto, este especial comportamiento exigido,

dirigir su voto conforme a su interés personal, en la medida en que no colisione con el de la sociedad. Al contrario -sigue afirmando Pedrol- el administrado, cuando actúa como tal, queda fuera del grupo de los accionistas y su discrecionalidad en la apreciación del interés social es mucho más reducida. No puede acoger para sus decisiones intereses de carácter egoísta y está obligado a resolver con la vista puesta exclusivamente en el interés social. Existe -en cualquier convenio de voto para los administradores- una limitación de contenido que no se da en el pacto entre accionistas, ya que aquel solo puede asumir lícitamente el compromiso de voto en relación con un asunto concreto del cual tenga pleno conocimiento anticipado, porque cuando emite su voto dentro del consejo de administración está usando facultades directivas que sólo se le pueden conceder con la contrapartida de analizar con el mayor rigor donde se haya concretamente el mejor servicio del interés social.

¹⁷ Disentimos -humildemente- con lo afirmado por nuestro querido Maestro Butty, quien frente a una hipótesis de tales características afirma que frente al incumplimiento del miembro sindicado, este no responderá siquiera por las penalidades que garantizan la ejecución del acuerdo parasocial. Que si bien tal acuerdo representa un interés contrario al interés social, bien hemos afirmado que tales pactos no integran el esquema de génesis ni de funcionamiento del ente social, sino que se mantiene paralelamente al sujeto societario. Quien hubiera incumplido el pacto en miras al interés social, -es verdad- que no quedará inmerso en el sistema de sanciones que prevé la normativa societario, pero tal acontecer no podría trasladarse al sindicato, al que le sería inoponible las exenciones logradas dentro de la sociedad.

debe sujetarse en todo momento a las pautas fijadas por los arts. 59 y 274 de la L.S. C., normas inderogables que toman como directriz la defensa del interés social.

Por último y de suma importancia podemos aseverar que los directores que hayan actuado en violación de las pautas establecidas por la ley, no podrán pretender que se los exima de su responsabilidad, alegando que actuaron en un sentido determinado en cumplimiento de lo resuelto en el pacto de sindicación.

Estimamos que a lo sumo se podrá hacer extensiva la responsabilidad de estos a quienes -dentro del sindicato- instigaron a aquel a actuar de tal o cual manera, esto, deberá siempre determinarse con mucha prudencia y atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cada caso en concreto.

6. RESPONSABILIDAD PENAL DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN POR ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO.

El director que influenciado por las decisiones tomadas en el seno del pacto sindical incumpliera su deber de lealtad y diligencia de buen hombre de negocio, no absteniéndose de intervenir en la deliberación y por consiguiente vulnerando el interés de la sociedad -de todos los socios- será pasible, en el ámbito del derecho societario de las sanciones previstas por los arts. 59, 271, 272, 273 y 274 de la L.S.C, quienes deberán responder ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

En este ámbito el daño irrogado a la sociedad es condición sine qua non para que produzca pleno efecto lo estipulado por la normativa precitada. La antijuridicidad, que surge de los arts. 59 y 274 de la L.S.C. determina un sistema de responsabilidad fundado en la violación a la ley, estatuto o reglamento, estableciendo -como ya lo expresáramos- como pautas generales de actuación los deberes de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios.

Creemos que más allá del sistema de responsabilidad previsto en la normativa societaria, subsiste la vigencia del principio general "non alterum laedere" -art. 1109 del C.C., debiendo tenerse presente lo sostenido por Rivera¹⁸ -en el sentido- que su aplicación residual

¹⁸ Rivera Julio César -Responsabilidad Civil de los síndicos societarios- Hammurabi Bs.As. 1986 pag. 60.

aparece remota, habida cuenta de la latitud con que se desarrolla la cuestión en la L.S.C.

Por otra parte y sin entrar a desarrollar el tema, la actuación o conducta omitiva del administrador y atendiendo al peligro grave que ello trae aparejado para la sociedad, resulta procedente -sin lugar a dudas- la intervención judicial previstas en los arts. 113 y ss. de la legislación societaria.

Adentrándonos en el Derecho Penal, los parámetros de imputación son diferentes.

En primer lugar el inc. 7mo., art. 173, C.P.¹⁹ parte de un presupuesto común -descripción de las relaciones entre sujeto activo y el titular de los intereses a su cargo (relación interna)-.

Define las dos acciones perfectamente diferenciables, una definida como infidelidad defraudatoria y la otra como abuso defraudatorio.

Dentro de los sujetos activos pasibles de ser encuadrados dentro del tipo penal estudiado, nos interesa -en especial- la figura del administrador natural.

Esto es, aquellos que nacen como consecuencia de una atribución legal, de los contratos o estatutos, sea originariamente o durante la vida del ente societario. Bien está aclarar y siguiendo lo afirmado por Bergel, que la falta de inscripción en los registros, tanto de la designación o renuncia al ser declarativa no le quita calidad de sujeto activo del delito al administrador.

La "infidelidad" referida por la norma²⁰, constituye la categoría genérica asentada sobre la relación interna, imprescindible para violar la relación externa -abuso-.

Esto es así, por que todo abuso siempre trae consigo una deslealtad, pero no toda infidelidad constituye un abuso. En este sentido,

¹⁹ Art. 173 inc. 7° C.P. "el que por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o 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 éstos."

²⁰ El tipo penal contiene un elemento subjetivo que asume una doble dirección: por un lado la acción debe estar dirigida para la obtención de un lucro indebido por parte de autor y por el otro, que haya sido emprendida para dañar el patrimonio entendido como bien jurídico protegido. De esta manera y atendiendo a la dirección del elemento subjetivo solo aparece admisible el dolo directo y no el eventual ya que la acción debe ser emprendida con la voluntad expresa de dañar. Creus Carlos -Derecho Penal- Parte Especial Tomo 2 5ta. Edición Actualizada Iera. Reimpresión -Edit. Astrea.-pag. 524-525. -

la calificación técnica de abuso defraudatorio hace a la conducta realizada a partir de la facultad de obligar externamente.

La acción de quebrantamiento de la fidelidad definida por el verbo “perjudicar” implica causar un daño a los intereses confiados, provocando un deterioro patrimonial, potencial o efectivo en los bienes o intereses pecuniarios manejados, administrados o cuidados por el sujeto activo²¹. Igualmente, la ruptura de dicho deber de fidelidad puede operar mediante una acción jurídica o simplemente de hecho por la mera circunstancia de haber “violado sus deberes”.

Para poder definir el deber de fidelidad, que implica el quebrantamiento de las conductas comisivas como omisivas, debemos atender a la naturaleza de la obligación -en particular los deberes del administrador en su ámbito de actuación interno- y dichas conductas no son más que la contracara de cada uno de los deberes exigidos a los sujetos activos de dicha relación, con el aditamento del perfil doloso y de los demás recaudos tipificantes requeridos por la ley penal.

En cuanto a la segunda de las acciones prescriptas -Abuso defraudatorio- adquiere importancia la conducta de tales sujetos proyectada hacia fuera del ente -relación externa-.

El sujeto actúa sobre la base de una función, y esta función en materia societaria es atribuida o asignada -en principio- por el ámbito externo.

No nos debemos confundir con el abuso de hecho, el que esta contemplado dentro de la acción por quebrantamiento de la fidelidad.

El tipo penal habla de “obligar abusivamente” que implica la existencia de un acto jurídico y su indefectiblemente proyección externa. Tal vinculación jurídica hacia fuera debe ser promovida por el administrador dolosamente, perjudicando los intereses del ente societario.

Lo prescripto por el art. 58 de la L.S.C. -irresponsabilidad del ente societario por todo acto notoriamente extraño al objeto social- es totalmente independiente del comportamiento delictivo, ya que si bien la sociedad puede verse desligada de responder frente a terceros por la actuación de sus representantes o administradores, no exime al administrador si con su infidelidad ha causado un perjuicio, y siempre que el poder sea eficaz para la realización del abuso defraudatorio.

Resulta importante dejar sentado que el perjuicio requerido para

²¹ Baigún David -Bergel Salvador Darío -Ob. citada - pag. 136 y ss.

la configuración del tipo, implica cualquier menoscabo sufrido en el patrimonio, sea por acción u omisión infiel del agente.

El delito se configura con el efectivo perjuicio causado, esto es, con la producción de la disposición económica que trae aparejada la disminución del patrimonio.

No es necesario que se opere el beneficio para el agente o el tercero (aspecto objetivo de la figura).

Dentro de la temática de los negocios parasocitarios, ya expresamos que el director debe adecuar su conducta al cartabón jurídico del art. 59, tendiente a la satisfacción del interés social. No resulta conforme a derecho la actuación de administrador fuera de ese parámetro o límite impuesto por aquel interés.

Toda concertación dentro del sindicato debe quedar al margen de la función de director.

Si así no fuere, será plausible no solo de las responsabilidades que prevé la normativa societaria, sino que además su conducta será típicamente punible conforme lo venimos analizando.

Por otro lado, tampoco le cabe la posibilidad de excusarse, manifestando que ha ajustado su actuación a las estipulaciones congeniadas en el seno del pacto, ya que éste resulta inoponible a los terceros por el principio del art. 1195 del C.C. y por lo tanto a la sociedad.

Cabría la posibilidad de incluir, dentro del ámbito de la figura de administración fraudulenta, a toda persona que hubiere instigado o participado en el hostigamiento formulado al administrador natural para que, al momento de votar, lo haga en tal o cual sentido, en un todo de acuerdo con lo concertado dentro del sindicato y en desmedro no sólo de su función sino además del interés del ente societario.

Cuando un tercero es quien actúa como agente generador de la conducta infiel o abusiva, lo corriente es que el administrador obre con pleno conocimiento de las instrucciones recibidas.

Debemos tener presente que quien resulta instigado tiene deberes especiales, que incrementan su grado de lealtad, ya que el dominio de hecho del administrador importa el dominio social del contexto, lo cual modifica la óptica de permeabilidad de los casos comunes.

Con esto llegamos a la conclusión sin perjuicio de la calidad de delito especial que reviste la figura in examine, que no es obstáculo que se apliquen las normas comunes de la participación criminal -casos en que la conducta se realice en forma conjunta-; si bien la calidad de intraneus de quien tiene a su cargo el manejo, administración o

cuidado de bienes, o intereses pecuniarios ajenos, exige para éste el carácter de autor, nada obsta para que los partícipes tengan la categoría de cómplices o instigadores del delito especial al que venimos haciendo referencia.

En este sentido, debemos tratar de determinar si es autor el que realizó un comportamiento exteriormente principal, o el que quiso serlo, o tuvo razón para ello, aunque su comportamiento exterior haya sido meramente secundario.

Además no es posible dejar de reconocer lo prescripto por nuestra Ley Suprema "... las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados..." (art. 19 de C.N.)²².

Pero inevitablemente cuando la acción tiende a perjudicar a un tercero, ingresa al marco de la punibilidad, independientemente de que el daño se produzca o no.

Adentrándonos aun más en el ámbito del Derecho Penal, debemos distinguir en el marco del denominado principio de la "accesoriedad de la participación", una accesoriadad externa -cuantitativa- y una interna -cualitativa-.

Frente al caso concreto, -en principio- nunca debería ser punible la pura instigación o complicidad frustrada sin más²³, ya que la mera propuesta de cometer el hecho difícilmente pueda coincidir -desde un parámetro temporal- con el nacimiento de una injerencia propia del autor principal. De lo que se colige que desde el punto de vista del ilícito personal la accesoriadad externa carece de razón de ser.

Esto aplicado al derecho societario, en especial con relación al tema que nos ocupa -pactos de sindicación de acciones- todos aquellos sindicados que hallan inducido a otro sindicado, que a su vez revista la calidad de administrador, a cometer un hecho, que por estar acordado en el pacto, sea considerado de cumplimiento obligatorio entre estos, debe ser considerado partícipe necesario del delito de administración

²² Estimo que la regla sentada por nuestra Constitución Nación guarda una muy estrecha relación con el principio o regla de Ulpiano "cogitationis poenam nemo patitur" -los pensamientos están exentos de penas-, en el sentido de que ninguna norma puede estar dirigida a evitar pensamientos o acciones privadas de los hombre en su generalidad. Esta regla debe interpretarse -desde una óptica subjetiva- juntamente con otra que la complementa: "In maleficiis voluntas spectatur, non exitus -en las malas acciones decide la voluntad, no el resultado-

²³ El hecho realizado por el intraneus debe ser típico y antijurídico, esto es, que el dolo del autor está ínsito en el tipo, no hay instigación sin principal doloso.

fraudulenta -art. 173 inc. 7° C.P.- en tanto y en cuanto se produzca el deterioro patrimonial requerido por el tipo aunque no opere beneficio alguno para el agente o el tercero.

Lo expresado precedentemente, nos lleva a considerar que el pacto de sindicación si bien -en principio- no resulta oponible a la sociedad, en materia penal, resulta perfectamente viable accionar contra el administrador, que haciendo caso omiso a su deber de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios, incurrió en el delito de administración fraudulenta, a pesar de fundar su incumplimiento en el debido acatamiento del pacto de sindicación, y además, contra aquellos otros sindicados que instigaron a aquel a votar de determinada manera en detrimento del interés de la sociedad.