

ILICITOS SOCIETARIOS

Claudia Banchik
Norma Alvarez
Arturo Martínez

I. INTRODUCCION

- Abordaremos este tan amplio tema de los ilícitos societarios desde el álgido punto de vista de la responsabilidad penal de los administradores de sociedades comerciales, sin perjuicio de realizar algunas apostillas sobre la responsabilidad civil de los mismos a los efectos de perfilar el tema que tratamos.

- Al respecto debemos en principio precisar el alcance de los términos *ilícitos societarios*. Expresamos esto en razón de que entendemos que su interpretación puede ser daña en varios sentidos. El Dr. Alfredo Orgaz nos enseña que no hay licitud o ilicitud que sea exclusivamente civil, penal, etc., sino que el carácter del acto que resulta de una cualquiera de las ramas del derecho se extiende a todas las otras: lo ilícito penal, por ejemplo es también necesaria y simultáneamente ilícito para el derecho civil y, en general, para todo el ordenamiento jurídico. Otra cosa es que la ilicitud establecida en un cierto sector de la legislación sea o deba ser punible en todos, cuestión que el legislador resuelve teniendo en cuenta no solamente el carácter del acto sino, también los intereses más directamente ligados a una determinada represión; así el daño no intencional, pero culposo causado a cosas materiales, es, en si, un acto ilícito que en derecho civil obliga al agente a reparar ese daño, y en el derecho penal no determina consecuencia alguna. En conclusión: en nuestro derecho es indudable que la ilicitud debe resultar en todos los casos de una violación de la ley, lo que no ha sido prohibido o mandado por ella, pertenece al ámbito de la libertad, esto es al de lo lícito. (Orgaz, Alfredo, La ilicitud (extracontractual), Buenos Aires, 1973. Lerner, 2da. reimpresión 1974. pág. 19, 20 y 27)

Así también, los términos *ilícitos societarios* pueden ser interpretados teniendo en cuenta el sujeto que comete el hecho delictivo, el que puede estar referido a la persona jurídica o bien a las personas físicas que integran la administración

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

le una persona jurídica y que cometen un hecho ilícito en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Encuadramos nuestra estudio en el ilícito societario penal cometido por personas físicas. Decidimos analizarlo desde este punto de vista ya que en nuestro Código Penal solo se sanciona con pena a la persona física, no así a la persona jurídica, en aplicación del principio que reza: *no hay pena sin culpa*. El hecho ilícito necesariamente debe provenir de la acción humana. Todo esto con independencia de la responsabilidad civil que le cabe a la persona jurídica, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 43 del Código Civil en el cual se la responsabiliza por los hechos ilícitos cometidos por sus dependentes en el ejercicio o con ocasión de sus funciones. Sin embargo esto, debemos precisar que existe una corriente moderna plasmada en la legislación comparada y en nuestra propia legislación, en leyes penales especiales, la cual está tendiendo a responsabilizar en forma penal a la persona jurídica, especialmente en materia de delitos económicos y financieros, imponiéndole multas de carácter retributivo que pesan sobre su patrimonio social.

Los ilícitos societarios cometidos por personas físicas que integran el órgano de administración de una persona jurídica son considerados por parte de la doctrina como delitos de carácter especial propios porque "no existe una correspondencia con un delito común, está construido específicamente." (Baigún y Bergel *El fraude en la administración societaria* (El art. 173 inc. 7 del Código Penal en la órbita de las sociedades comerciales) Ed. Depalma, Buenos Aires 1991, pág. 169)

Se trata de "delictum proprium" que tiene una determinada condición jurídica en el autor. (Navarro Guillermo Rafael - *Quiebra y otros fraudes en el comercio y la industria*. Ed. Pensamiento Jurídico, Buenos Aires 1984, pág. 177)

- Para adentrarnos en el tema de los ilícitos societarios debemos previamente analizar cuales son las conductas que tuvo en miras el legislador penal para elevarlas a la categoría de normas jurídicas. Una vez determinado esto, deberíamos tener en cuenta si esas conductas que el legislador cree que hipotéticamente existen y por eso las prevé en tipos penales, se dan en la realidad y no otras conductas; la jurisprudencia determinará, en su caso, la aplicabilidad de la norma.

- Si jurisprudencialmente no se aplicara la norma no necesariamente deberíamos colegir que el comportamiento social es adecuado a derecho y que la norma sirvió como medida de prevención. Muy por el contrario, podríamos afirmar que estos tipos penales prevén una determinada conducta que no refleja un hecho social, por lo que las normas en cuestión no serían operativas, puesto que prevén conductas que en la actualidad no deberían ser tuteladas penalmente (ejemplo el duelo art. 97 del Cod. Penal)

- Ahora bien, resulta evidente, que existen conductas en el ámbito del derecho societario que se dan en la realidad, que en principio son repugnantes al ordenamiento jurídico en general, es decir que son antijurídicas, pero que si bien antijurídicas no

entran en la categoría de delitos; o porque el legislador no las considera que estén violando un bien jurídico y por lo tanto no están tipificadas o por que las normas de derecho penal actual no subsumen dichas realidades fácticas y en consecuencia caen estas conductas fuera del tipo y por lo tanto no son punibles.

- Nos inclinamos a pensar que la segunda hipótesis planteada precedentemente es de aplicación al caso. En este ámbito existen conductas que son repugnantes al ordenamiento jurídico pero que por circunstancias históricas no las podemos encuadrar dentro de los tipos actuales, ya que éstas fueron diseñadas para una época en que el tráfico comercial no era tan intenso y casi eran inexistentes en nuestro país las grandes corporaciones con los problemas que éstas acarrearán y el interés general que debe ser tutelado, así como tampoco se previeron las distintas formas jurídicas de estructuras societarias no tradicionales, como por ejemplo, los grupos de intereses económicos, las agrupaciones de empresas y uniones transitorias de empresas. Por su parte, los tipos penales que comprenden normas, si se quiere generales, estáticas no logran abarcar todas las conductas que responden a la dinámica de los actos de comercio.

Dentro del plexo normativo penal surge que las conductas ilícitas que podrían encuadrar dentro de la órbita societaria se encuentran desperdigadas en el Código, en diversos títulos a saber: Título VI - Delitos contra la propiedad: arts. 173 inc. 7 (defraudación); 176, 177, 178 y 180; Título XI - Delitos contra la Administración Pública: art. 263 (malversación de caudales públicos); Título XII - Delitos contra la fe pública: arts. 285 (falsificación de títulos valores privados), 300 inc. 1 (agiotaje) inc. 2 (falsedad en el ofrecimiento de títulos valores) inc. 3 (falsedad en los informes contables) 301 (violación al régimen legal societario). Todo ello es sin perjuicio de considerar las obrantes en las leyes penales especiales de las cuales algunas también sancionan a la persona jurídica como sujeto activo del hecho, v.gr.: Ley 12.906 de Monopolio, Ley 17.811 de creación de la Comisión Nacional de Valores, Ley 19982 de identificación de mercadería, Ley 20.680 de Abastecimiento, Ley 21.526 de Entidades Financieras, Ley 23.771 Penal Tributaria y Previsional, etc.

En el presente trabajo nos limitaremos a analizar la responsabilidad penal de los administradores de sociedades comerciales y en especial del directorio de la sociedad anónima, prevista por el legislador en el art. 301 del Código Penal, de acuerdo al siguiente esquema:

1. Determinación del bien jurídico protegido;
2. Encuadramiento del tipo
3. Sujeto activo del delito
4. Responsabilidad penal de los administradores.

II. DESARROLLO

1. Determinación del bien jurídico protegido

En el Título décimosegundo, Capítulo quinto del Código Penal, referido a los delitos de fraude al comercio y a la industria el art. 301 determina: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, 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 puede derivar algún perjuicio. Si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena se elevará a tres años de prisión, siempre que el hecho no importare más gravemente penado."

Las conductas realizadas por el administrador en su gestión de administración, que traen aparejadas una responsabilidad penal sancionada por el artículo antes citado afectarían, de acuerdo al Código Penal, la fe pública. El Legislador de 1891 incorporó a estos delitos dentro del art. 210 entre las Defraudaciones. En el proyecto de 1906 lo introduce bajo el rubro general de las Falsedades. Referido al bien jurídico tutelado en este capítulo, el maestro Sebastián Soler nos enseña (Derecho Penal Argentino pág. 372 T.V): "... Tanto uno como otro sistema se prestan a censuras, porque este es uno de los puntos en los cuales el derecho penal se encuentra en presencia de fenómenos nuevos y complejos, cuyas características exceden el marco del criterio con que se agrupan los delitos contra la propiedad y, por otra parte, no sin cierta violencia puede llevarse ese material bajo el título de las falsedades..." "... La especialidad moderna de esta clase de hechos se halla determinada, en gran medida, por la sola consideración de la trascendencia social alcanzada por ciertos fenómenos económicos de concentración de capitales, en particular mediante la formación de grandes trust, consorcios industriales y acuerdos de capitalistas de proporciones tales, que hacen aparecer en franco conflicto los intereses económicos de un pequeño grupo con los de la colectividad..." Por otra parte, Bacigalupo refiriéndose a que los delitos relacionados con las sociedades no constituyen un sector de los hechos punibles dotados de cierta autonomía conceptual, disiente con la posición sustentada por Soler y Fontán Balestra, ya que considera que el bien jurídico tutelado no puede encontrarse en la fe pública, textualmente nos dice: "... si la " fe pública" tiene que ver con la protección de ciertos signos que otorgan autenticidad probatoria, nada de esto puede verse en los delitos que forman el catálogo del llamado derecho penal de sociedades..." "... Dar a la fe pública, como hacen Soler y Fontán Balestra el sentido de "confianza, honestidad y buena fe en los negocios" para configurar el bien jurídico autónomo que tutelarían los tipos penales de los arts. 300 y 301, C.P., no

permitiría una solución distinta de la que aquí se propicia, pues también la estafa y las defraudaciones (art. 172 y 173 del C.P.) protegen y no en último término, la confianza, la honestidad y la buena fe en el tráfico comercial. (Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal vigente y la nueva orientación de las sociedades. R.D.C.O. TOMO 6 pág. 237)

Es importante destacar que la mayoría de la doctrina nacional acepta que el bien jurídico protegido sea la fe pública, entendida como lo señalamos precedentemente. No cabe duda que la normativa del art. 301 constituye delito de defraudación, tan es así que el legislador en el Capítulo V. Título XII, lo designa bajo la denominación "De los fraudes al comercio y a la industria". Sin embargo, esto nos lleva a considerar que el legislador otorgó mayor relevancia jurídica al bien jurídico *fe pública*, que al bien jurídico *propiedad*, otorgándoles a estos delitos, autonomía conceptual con relación a los tipificados por los arts. 172 y 173.

Coincidimos con la mayoría de la doctrina en considerar a este tipo penal como lesionador del bien jurídico *fe pública*

2. Encuadramiento del tipo: delito de peligro y de resultado

La doctrina nacional coincide en que el delito que venimos tratando tipificado en el art. 301 es un delito de peligro potencial, más correctamente definible como de peligro actual ya sea éste presente o pasado y no de peligro eventual. La razón esta dada en que el perjuicio deriva del accionar del administrador, violando sus funciones, independientemente de la realización concreta del mismo.

En su anterior versión este artículo requería un resultado (imposibilidad de satisfacer sus compromisos o en la necesidad de ser disuelta). En la práctica la norma resultó no operativa por cuanto en el primero de los supuestos-cesación de págo-, podía quedar subsumido por las normas relativas a la quiebra. El segundo supuesto para que se consumara el delito-ser disuelta- se considera independiente del primero ya que una sociedad puede disolverse por otros supuestos diversos a los de la insolvencia propiamente dicha. Al suprimirse estos dos requisitos la norma vigente pasa a configurar un delito de peligro, para el cual solo es necesario desplegar una conducta que pueda poner en peligro el bien jurídico protegido. En este artículo no se define ni el perjudicado ni el perjuicio que se pudiera causar. El precepto "algún perjuicio" es difícil de precisar en su interpretación, por lo que le corresponderá al juez determinar en cada caso concreto que es lo que debe entenderse por perjuicio en este ámbito y quienes son los sujetos perjudicados o sujetos pasivos, siempre teniendo en cuenta que se trata de un delito pluriofensivo, ya que algunas de sus hipótesis admiten la puesta en peligro o el perjuicio efectivo al patrimonio de la empresa y -consecuentemente- el de sus socios o accionistas

y hasta el de sus acreedores. De manera tal que el precepto comentado pretende proteger intereses tan vastos que hacen difícil encuadrarlos en un único bien. (Rotman, Edgardo "Los fraudes al comercio y a la industria Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1974 pág 210/213 y Guillermo Rafael Navarro, ob citado pág. 207)

3. Sujeto activo del delito reprimido por el art. 301 del C.P.

Coincidiendo con Zaldívar entendemos por órgano de administración aquel que cumple con la tarea de realizar el objeto social; su competencia es excluyente con relación a los demás órganos sociales y el ámbito de validez de sus decisiones es interno en la sociedad. En cambio, frente a los terceros, frente al mundo jurídico, con el que la sociedad se relaciona, solo podrá computarse como válida su actuación si, a la vez, está dotado de la facultad representativa. (Zaldívar, Enrique y otros t I pág. 286, Cuadernos de Derecho Societario). Los conceptos de órgano de administración, actos de administración, deberes y obligaciones de los administradores indispensables para la determinación del contenido del tipo penal, encuentran su definición en normas extrapenales. El sujeto activo del delito motivo de nuestro análisis es el administrador de una persona jurídica, es decir, aquel que haya sido electo en una asamblea o reunión de socios, válidamente constituida o bien directamente aquellos designados en el contrato social constitutivo, o bien como sucede en las sociedades personalistas, si no está designado administrador ejercerán esta función todos los socios en forma indistinta. Desde que son designados son responsables por las funciones que hacen a su puesto y no desde la inscripción y publicidad de su designación, ya que estos requisitos, establecidos por el art. 60 de la L.S. tienen carácter declarativo y no constitutivo.

Resulta apropiado observar algunas imprecisiones contenidas en la norma del art. 301 de la L.P. Creemos que el legislador quiso encuadrar ciertos fraudes que se pudieran configurar en la sociedad anónima, tipificada por la ley 19.550 y en la cooperativa, regulada por la Ley 20.337, y decimos que "creemos" por que después el legislador agrega con imprecisión terminológica: "...o de otra persona colectiva...", en sustitución a la anterior fórmula que versaba "personas jurídicas de otra índole". Ambos términos son ambiguos, puesto que se presta a más de un significado (solo las sociedades personalistas, a todas las otras sociedades tipificadas por la ley 19.550, las asociaciones, sociedades o fundaciones civiles, etc.) y también vago, al no fijarse con precisión el alcance semántico de los términos, que por otra parte no tienen como tal significado jurídico. El C.C. ignora la persona colectiva ya que el art. 31 admite las personas de existencia ideal o de una existencia visible, por su parte el art. 33 distingue las personas jurídicas públicas de las privadas". Hubiera sido mas correcto referirse a las personas jurídicas.

Entendemos por su parte que se hace referencia a una sociedad anónima primitiva, ya que por ejemplo en el texto del art. 300 inc. 3 se hace referencia al fundador pero no al promotor.

A su vez, se habla de director y de administrador, siendo que a los fines de la determinación del tipo el director queda subsumido dentro de la figura de administrador. Distinto el caso del gerente nombrado en el artículo, donde cabría la duda de considerar si se esta refiriendo al gerente de una sociedad anónima, previsto en el art. 270 gerente general o especial, teniendo en cuenta que éste no es parte integrante del órgano de administración, sino un empleado jerárquico de la sociedad o bien que este termino este referido al administrador de una S.R.L. en cuyo caso no serían penados los gerentes como factores de comercio. El legislador no incluyo en esta norma al fundador como si lo cita en el art. 300 inc. 3 del C.P. y menos aún al promotor. Se podrían incluir a estas dos figuras como dentro de la denominación de administradores? Creemos que no ya que el promotor no realiza actos de administración, sino tan solo gestiones conducentes a la constitución. Por su arte en los art. modificados por la ley 22.903 de la L.S. art. 183 y 184 se habla de los directores y de los fundadores, es decir que ya en los actos de constitución existe la designación de los administradores de la sociedad, sin perjuicio que los directores también responderán por los actos cumplidos durante ese periodo igual que los directores y que la sociedad en formación.

El legislador tampoco incluyo dentro de este art. como si lo hace en el art. 300 inc. 3 que se refiere expresamente a los balances, etc. falsos, a los síndicos o al consejo de vigilancia y menos aun a la auditoría externa, como podría ser en el caso dispuesto por la L.S. cuando se preñcinde de la sindicatura o en la ley de Coooperativas en que se los incluye necesariamente. Con relación a los síndicos se podría llegar a pensar que el legislador penal solo entendi6 que a éstos les cabe únicamente la función de fiscalizar los estados contables, sin tener en cuenta el inc. 9 del art. 294 de L.S. Por lo que no se entiende por que no se los incluyó específicamente en este artículo. Así también el consejo de vigilancia, que está constituido por accionistas, a los que les caben funciones de fiscalización y otras de las mas variada índole a punto tal que se ha llegado a decir que su creación significa una suerte de directorio paralelo (En torno al llamado Consejo de Vigilancia en las Soc. Anón. Miguel Angel Martínez, Rev. D. Empresario T II pág 977). En general es un órgano de fiscalización pero con funciones más amplias, véase por ejemplo. el art. 281 inc. c L.S. Sin perjuicio de ello, entendemos que si estos realizaron actos de administración, entonces quedarán incluidos dentro de la designación de administradores. Con relación a los administradores de hecho la doctrina no es coincidente en cuanto a si quedan incluidos dentro del precepto, ya que existentes dos corrientes, aquellas de carácter formalistas que entienden que

el concepto de administrador en un sentido estricto y nominal, mientras que existen otros como el Dr. Alfredo Molinario que interpreta que los términos "director, gerente o administrador" deben ser pues tomadas en un verdadero sentido conceptual. Esta interpretación se basa en que en la actualidad en nuestro derecho mercantil la buena fe-apariencia triunfa sobre situaciones de derecho y esta ostentación hace que los terceros puedan contratar sin reticencias con quien aparece de facto ejercitando el carácter de administrador.

Como luce la norma tiene algunas inconsistencias, imprecisiones y se encuentra impropilijamente redactado, sin guardar relación con la actividad económica ni con las normas en materia societaria.

4. Responsabilidad penal de los administradores

La responsabilidad es penal cuando la comisión del delito conlleva una pena o sanción retributiva, en cambio es civil cuando la consecuencia implica una indemnización por el daño ocasionado. En el primero se tiene en cuenta el interés de toda la colectividad y de cada una de las personas que la integran por el hecho realizado, mientras que en el ultimo se tiene en cuenta el interés particular. Tanto el delito penal como la infracción civil tienen un origen en común y es que ambos son contrarios al ordenamiento jurídico, denominándose civilmente, ilicitud y en el orden penal antijuridicidad.

El comportamiento penado por el art. 301 exige como componente típico la cooperación y el consentimiento de actos contrarios a la ley o a los estatutos. Para ello debemos determinar cuales son actos contrarios a la ley o a los estatutos. El artículo 301 consagra así un tipo abierto al imponer una investigación ulterior a la comprobación de la adecuación típica en razón de carecer de una descripción exhaustiva de la conducta incriminada. La amplitud del elemento normativo enunciado es ciertamente criticable, desde la estricta óptica que impone el derecho penal (Rotman ob citado pág. 222) deberá recurrir a la norma extrapenal para encontrarle su significado. Cabe aclarar que se ignora en este texto que los administradores también pueden violar el reglamento social (art. 5 de la L.S.) o no acatar las decisiones asamblearias, que por nuestro ordenamiento societario también acarrea responsabilidad civil en caso de su inobservancia, por ejemplo. art. 233, 3 parte, 251, 274, 296, etc.

Cabe aclarar que la responsabilidad solidaria es totalmente ajena al sistema de derecho penal.

Antijuridicidad: en este artículo la antijuridicidad esta determinada por las acciones de prestar concurso o consentir actos contrarios a derecho. A fin de precisar sus alcances debemos previamente dar una definición de ambos. Por lo que

prestar concurso implica prestar ayuda o asistencia tanto en el lenguaje común como en el del Código Penal. Esto acarrea necesariamente a considerar que el delito no puede llevarse a cabo si no es en forma plural. Sin embargo, parte de la doctrina interpreta que no es necesaria la codelincuencia, que el acto de que se trata puede ser actuación individual (Cód. Comentado de Laje Anaya - Tomo IV, 316 y Rotman 219). Rotman se pregunta como puede quedar impune quien comete la acción típica únicamente porque la ejecuta por sí, lo cual importaría una ingenuidad de la ley.

Por su parte consentir significa permitir que se realice. Si es suficiente la mera condescendencia ínsita en el concepto de consentimiento con mayor razón cometerá la acción típica quien directamente otorgue el acto indebido, concepto también englobado dentro del significado de consentir. La norma no requiere que el sujeto calificado realice personalmente el acto contrario a la ley o a los estatutos sino que coopere en su comisión o la consienta. Dentro de las obligaciones que le corresponden en su carácter de administrador se encuentra la de impedir que otros realicen las infracciones que el mismo hubiera podido realizar. La simple negligencia en el cumplimiento de tal deber de vigilancia escapa a la sanción penal pero no cuando la omisión va acompañada subjetivamente del conocimiento del significado antijurídico del acto del dependiente o del tercero. (Rotman, ob cit. 220.) Dentro del concepto de consentir no está incluido el concepto de omisión pura o falta de acción ya que la norma requiere el acto contrario a la ley, es decir, su comisión.

Nuevamente nos encontramos con impropiedades de la norma que llevan a interpretaciones que deben elastizarse para encuadrar en lo que el legislador quiso o debió decir.

Relación de causalidad: siendo este supuesto una condición necesaria para que se configure el delito, encontramos que sin embargo las consecuencias dañosas del accionar humano estarían en estado de potencia o latentes ya que se trata de un delito de peligro y no de resultado. El delito se configura por el solo hecho de realizar el acto del cual puede devenir "algún perjuicio". El perjuicio actúa como el elemento determinante del tipo penal, la ley no especifica la clase de perjuicio pero entendemos que es el económico, comprendiendo las conductas desplegadas por los sujetos activos que pongan en peligro concreto el patrimonio de la sociedad, los socios o terceros contratantes con la sociedad sin que sea menester un resultado. Como dice Aguirre Obarrio ese peligro "no puede ser sino actual, es decir presente o ya corrido. Deben eliminarse los peligros eventuales (futuros) o abstractos" (Aguirre Obarrio, Eduardo "La ejecución de actos indebidos en el ámbito de las sociedades", p. 35). Cabe concluir que se ha empleado una expresión amplia afectando la estrictez del tipo: "...puede derivar un perjuicio...".

Factores de atribución: en el art. que analizamos el acto contrario a la ley o antiestatutario debe ser realizado "a sabiendas", ello se trata de actos que exigen

por parte del autor dolo, por lo tanto para que se consuma el delito debe obrar con la intención de ocasionar el perjuicio. El delito no comprende la conducta negligente o aquellas que son consecuencia del mal desempeño de las funciones sin el ánimo del perjuicio. Se trata de actos que exigen por parte del autor dolo directo, no así dolo eventual.

Pena: la pena impuesta en este artículo fue modificada por el legislador, quien la graduó en forma más benigna que aquella que fijada en la norma anterior, lo cual entendemos es totalmente objetable, atento al bien jurídico que se protege.

Amén de ello se trata de un delito excarcelable y que se juzga por vía correccional en nuestra Provincia de Córdoba. La conexidad de la autorización del acto irregular con otros delitos más graves ha hecho que la justicia en lo correccional jamás conociere en caso alguno; frecuentemente juega la relación con la administración infiel o fraudulenta de otro o el concurso real de otros delitos cometidos por la misma persona (Navarro Guillermo Rafael, Quiebra y otros fraudes en el comercio y la industria, Bs. As., Pensamiento Jurídico Editora, Año 1984, pág. 220/1). En lo relativo a la figura agravada, emitir acciones o cuotas sociales de manera tal que sus tenedores experimenten una pérdida apreciable en dinero, nos indica que el legislador tuvo en cuenta muy especialmente a la persona jurídica sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada, creyendo que quiso o debió hacer referencia a las sociedades incluidas en el art. 299 de la Ley 19.550, es decir aquellas que están sujetas al contralor estatal permanente. Vemos plausible esta inclusión de la figura agravada aunque con las objeciones que más abajo expondremos, ya que los terceros contratantes con la sociedad en su carácter de nuevos adquirentes de partes de capital confían en ella debido, entre otras razones a los controles estatales a los que se encuentra sujeta y la buena fe que debe imperar en estos negocios.

El ejemplo típico que la doctrina brinda sobre esta figura agravada es el del aguiamiento del capital social en detrimento de los socios y terceros contratantes. Pero la misma norma al agrega que si el hecho importa un delito más severamente penado desplaza esta figura por la de defraudación del art. 173 inc. 7, la que se aplicará casi con exclusividad. Por ello encontramos totalmente objetable esta figura calificada ya que en realidad será de muy difícil aplicación en la práctica.

III. CONCLUSION

Este nuevo texto, pretendida panacea para la represión de un sin número de procederdes desleales, reemplaza a las variadas figuras que en otras legislaciones componen una buena parte de los delitos societarios. (Rotman pág. 206). Tan es así que se trata de una "*pretendida panacea*" y no de una verdadera solución a los

problemas que plantean las personas jurídicas actuales desde el punto de vista penal que en los últimos 10 años a esta parte no encontramos ningún caso jurisprudencial de relevancia, determinándose así la no operatividad de la norma. Como quedó plasmado a lo largo de nuestro trabajo, esto se debió a diversas causas : el hecho de que antes era un delito de resultado y ahora es un delito de peligro y que antes determinaba una pena mayor y ahora no, siendo que la misma norma nos remite a otra cuando el hecho estuviere mas gravemente penado, como sería por ejemplo. la aplicación específica del art. 173 inc. 7 referido al manejo, administración y el cuidado de bienes o intereses ajenos en interés propio o de terceros que ocasiona un daño, por lo que queda incluido todo tipo de administradores de las personas establecidas en el art. 33 del C.C., siendo ésta una norma de carácter general que nos permite subsumir situaciones que se encuentran o no contempladas en los tipos específicos del art. 300 inc. 3 y 301 del C.P. Por su parte la amplitud de las acciones tipificadas como antijurídicas son casi imposibles de encuadrar en la realidad. Pero no obstante las causas reseñadas, creemos que la causa más relevante en cuanto a su falta de aplicabilidad está determinado por el hecho de ser delitos que generalmente quedan reservados en la órbita privada de los hombres sin que lleguen a denunciarse ante la justicia. Ello en razón de las consecuencias dañosas que le podría acarrear a la sociedad y por ende a los socios, ya que la sociedad quedaría desprestigiada frente a los terceros, ya se trate de proveedores, inversores o público en general. En las grandes corporaciones los socios preferirán no denunciar ante la justicia penal el comportamiento ilícito del director puesto que les interesa en general que no disminuyan sus utilidades, sin interesarles el gobierno o la dirección de la sociedad, estando totalmente disminuida su *affectio societatis*. Aún así si al socio le interesara la integridad de la sociedad probablemente tampoco formularía denuncia penal ya que esto acarrearía efectos económicos totalmente adversos para la sociedad. En la práctica a la sociedad o a los socios les convendrá iniciar acciones civiles de remoción y de resarcimiento por los daños causados y no iniciaciones de acciones penales que demorarían el resarcimiento civil. Este artículo 301 del C.P. se encuadra perfectamente dentro de lo que la doctrina denominó el *fenómeno de la cifra negra del delito* y que no es otro que la discrepancia existente entre el número de delitos que según estimaciones sociológicas puede efectuarse, acontecidos históricamente, y los que llegan a ser objeto de investigación y proceso penal . (Vázquez Rossi, Jorge, Ponencia presentada en el XIII Congreso de Derecho Penal, Tucumán 1990 - Discrecionalidad real e indisponibilidad formal en el sistema penal argentino (Algunas ideas en torno al denominado principio de oportunidad). Sin embargo, existen conductas ilícitas en el derecho societario que deben ser sancionadas penalmente en forma efectiva, esto en razón de que el delito económico es aparentemente, una operación financiera o mercantil, una práctica

o procedimiento como otros muchos en el complejo mundo de los negocios. La actividad no es en si misma llamativa, repugnante (como lo es en forma inequívoca y obvia, un homicidio o lesiones) es neutra y aparentemente lícita. La ilicitud no se constata directamente, porque es necesario derivarla de su confrontación con la norma; normas, por otra parte, complejas, muy técnicas, incomprensibles para el no experto, y previos los oportunos dictámenes parciales... El negocio criminal se inserta en los procesos normales del tráfico jurídico mercantil. Aprovechan la complejidad y tecnificación de éste, para no despertar sospechas. Es difícil distinguir "un buen negocio" de una "colosal estafa" (García - Pablo de Molina, Estudios Penales, Bosch, Barcelona, 1984, citado por Fernando Horacio Molinas, Depalma, Delitos de cuello blanco en la Argentina).

LEGE FERENDA

1. La necesaria implementación de órganos especializados idóneos para resolver delitos penales societarios.

2. La adecuación de normas del D. Penal con normas ni tan casuísticas ni tan amplias, debiendo comercialistas y penalistas buscar un término medio para prescribir normas que abarquen hechos punibles, dentro de la estrictez que exige el tipo penal.

3. La inclusión dentro de los sujetos activos al síndico y consejo de vigilancia.