

AUTORIZACION DE ACTOS INDEBIDOS

Mauricio Libster

EL ARTÍCULO 301 DEL CÓDIGO PENAL

“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 pueda 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, siempre que el hecho no importare un delito más severamente penado”.-

A) UBICACION METODOLOGICA Y SUJETOS ACTIVOS

El artículo 301 del Código Penal, al igual que el resto de la normativa de este cuerpo legal, tiene una ubicación metodológica que responde a una filosofía vertebral y que en consecuencia, no es producto del azar: revista en el Título XII de los delitos contra la fe pública y en el Capítulo V de los Fraudes al Comercio y a la Industria.

Esto tiene importancia a la hora de examinar a los sujetos activos posibles, que en todos los casos son funcionarios de una persona colectiva y no comerciantes individuales.

Así sólo podrán incurrir en este ilícito directores, gerentes, administradores o liquidadores, quienes deberán serlo, bien de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva.

En este último concepto estriba una tradicional polémica, que a hoy no ha arribado aún a un acuerdo pacífico, porque bien sabemos que persona colectiva involucra fenómenos de la realidad jurídica no necesariamente de carácter mercantil, en lo que a su naturaleza y regulación normativa refiere. Así podrán serlo las sociedades civiles, las fundaciones o las simples asociaciones tal como el art. 46, en función del art. 33 del Código Civil, regula desde la aparición de la ley 17.711, la que identifica a las personas ideales o colectivas con las jurídicas en

sentido amplio.

Y si somos fieles al principio "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus", no tendríamos porque discriminar a persona colectiva alguna, más aún si tomamos en cuenta que la redacción actual de esta norma, que justamente sufrió modificaciones en este punto particular desde su redacción originaria en el Código de 1921, quedó así redactado concomitantemente con la promulgación de la ley 17.711.

Esta es una toma de postura en relación con el antiguo debate que mantiene decidida a la doctrina básica sobre el punto de carácter exclusivamente mercantil o no que debería tener la persona colectiva a que se refiere este artículo.

Pero también, junto con lo dicho, pensamos que es fundamental atender al bien jurídico tutelado por la norma que nos viene explícitamente indicado por su ubicación metodológica.

Y así no será cualquier acto contrario a la ley o a los estatutos, como nos indica la figura "sub exámine", aquél que la torne operativa, sino aquéllos que supongan vulnerar la confianza colectiva en el marco del tráfico mercantil, provenga de la persona colectiva que provenga, en tanto ésta se halla involucrada en una actividad o más de una que tenga en tal carácter, aún cuando lo sea en forma circunstancial.

Entendemos que de este modo se interpreta la norma con fidelidad y respeto "in totum" no avanzando ni quedándonos en relación con la voluntad del legislador, ni en el carácter de sujeto activo ni en la naturaleza de los actos a que la figura refiere por el sitio en que la encontramos en el Código Penal.

Por último vale la pena destacar del cotejo de los funcionarios mencionados por la norma y las sociedades comerciales explícitamente mencionadas por la misma, surge también la utilidad de la expresión de otra persona colectiva para involucrar otras sociedades comerciales no mencionadas, como las colectivas o en comandita, así como las de responsabilidad limitada que poseen su importancia protagónica dentro del mundo de los negocios de hoy, y, obviamente, después de lo dicho, sin que esto suponga carácter taxativo alguno sino meramente ejemplificativo.

B) EL VERBO

Para incurrir en este tipo penal los sujetos activos deben prestar su concurso o consentimiento, a estos actos contrarios a la ley o a los estatutos que la norma menciona.

Esto no significa otra cosa que participar.

La participación puede revertir dos formas: la del concurso en cualquiera de sus formas posibles de realización directa, o la de su aprobación, tal como debe

entenderse la expresión consentimiento en la letra del artículo.

En ambos casos hay que referir las formas comisivas a los sujetos activos, toda vez que éstos son los que detentan el poder decisorio y de gestión, y su concurso o consentimiento no lo es de carácter cualquiera.

Por ello es que entendemos que también la omisión en el cumplimiento de alguna norma o deber, a partir de lo cual puedan consumarse hechos de la naturaleza de los sancionados también debe entenderse como una forma comisiva.

Y en esto no debemos confundirnos la expresión *a sabiendas* que valdría igualmente para estas dos formas genéricas de conducta adaptativa: la acción y la omisión.

La omisión impropia, un tema también de gran importancia doctrinaria, podría enriquecer este aporte, pero al día de hoy carece de importancia práctica, en tanto colisiona con el principio de la tipicidad, y hasta tanto no esté legislado explícitamente en la norma, resulta inaplicable por vía de interpretación extensiva. Por lo tanto las graves faltas al deber de cuidado o de vigilancia no serían punibles.

C) FORMA DE CULPABILIDAD

Entendemos que esta figura admite una sola forma de culpabilidad que es la del dolo directo, en tanto para que el delito se consume tiene que violar en forma objetiva ya sea la ley, o bien los estatutos de la persona colectiva que se trate. Por lo tanto ningún espacio tendrían otras formas dolosas, como podría ser el caso del dolo eventual y menos aún las culposas.

De allí que, una vez más y tal como ocurre en el delito de balance falso (art. 300, inc 3º del C.P.), la expresión *a sabiendas* resulta sobreabundante.

D) NATURALEZA DEL DELITO

Se trata de un delito de peligro en tanto la figura opera ante la mera posibilidad de que se derive algún perjuicio de estos actos contrarios a la ley o a los estatutos, sin necesidad de que aquél se haya realmente producido.

E) ACTOS EN PARTICULAR

A la redacción genérica de la primera parte del artículo que admite, por si no lo hemos dicho, tanto a sujetos pasivos que se hallan dentro de la persona colectiva o fuera de ella, víctimas de hechos que en tanto respondan a las exigencias típicas del art. 301 del C.P. pueden revestir una amplia gama de alternativas como por ejemplo la de los directores que teniendo intereses contrarios a los de la sociedad

incurriesen en actos concretos o en omisiones violatorios de normas explícitas de la ley de sociedades comerciales que les exigen comunicaciones o abstenciones que terminasen no cumpliendo, o mirando el interés de terceros en el caso de la oferta pública en violación a las disposiciones legales que la regulan (en este caso siempre y cuando no fuere un ofrecimiento fraudulento, pues allí la acción caería bajo las previsiones del art. 300, inc. 2º).- Se suma la tipificación de una forma comisiva concreta, en su última parte cual es la de la emisión de acciones o cuotas de capital y que según reza la norma conlleva una pena más grave, que operará siempre y cuando el hecho no importare un delito más gravemente penado. Este aspecto de la norma está llamado a tutelar, fundamentalmente, los intereses de los accionistas de sociedades anónimas o en comandita por acciones o socios de responsabilidad limitada; que pudieren verse perjudicados con algún propósito por una emisión accionaria o de cuotas de capital efectuadas desoyendo deliberadamente las formas legales previstas en el estatuto o en la ley misma.

En este caso serían los directores o los gerentes los únicos sujetos pasibles de sanción, siendo que en todo caso su función podría consistir exclusivamente en materializar un hecho formalmente consumado en el seno de una deliberación de socios, la que nos llama a advertir una importante omisión de la norma, que reiteraremos en el capítulo de la ponencia propiamente dicha, cual es la no inclusión de los accionistas y socios entre los sujetos activos posibles de esta figura legal.

Adviértase que si la emisión de acciones o de cuotas de capital se efectuase en colisión con las normas estatutarias o legales y a través de una maquinación fraudulenta que persiguiera el propósito de licuar las tenencias del resto de los accionistas o socios con el fin de perjudicarlos patrimonialmente, nos encontraríamos frente a una típica defraudación por administración infiel, de las previstas por el art. 173, inc. 7º del C.P., típico delito de daño y no de peligro que desplazaría a la figura del artículo que estamos examinando, resultando así un delito más grave y en un todo de acuerdo con la previsión de la misma norma del art. 301 que en su parte final, y refiriéndose a esta forma agravada subordina su aplicación al supuesto de que el hecho no importare un delito más gravemente penado.

En este punto es importante destacar que no hay muchos casos jurisprudenciales sobre este delito; rescatamos por su interés un caso resuelto por la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala III, cuyo número de causa es 21.859, del 30 de mayo de 1991, caratulado "SERVENTE, Alberto Guido y otros s/ art. 300 y 301 C.P.", que a pesar de su finalización por sobreseimiento por prescripción tiene una gran riqueza de concepto en algunas piezas procesales.

En el caso de autos se investigaba la realización de maniobras tendientes a promover el anormal desenvolvimiento de la comercialización de acciones de una empresa, incrementando el precio de las mismas a través de una falsa liquidez de

su mercado conseguida mediante negociaciones ficticias, valiéndose de clientes simulados (supuestos compradores). En el caso se transfirieron las acciones de Gemma S.A. a Alberto Guido Servente y Cía. S.A. quien comenzó el operativo con 90 agentes de Bolsa, recomprando las acciones y volviéndolas a vender, estableciendo negociaciones continuadas y estables, creando con ello un movimiento de compras y ventas que no respondía a la realidad, y, además, efectuando operaciones llamadas "de aplicación" prima facie fingidas ya que sus titulares negaron haber operado en bolsa; ni invirtieron capital, ni se liquidaron con pérdida o ganancia real.-

En el punto II del dictamen fiscal se sostiene que el caso debatido "...cobra inusitado interés social por cuanto el principal acusado, el Sr. Servente, ejercía al momento de la comisión de los hechos las funciones de Presidente de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires, situación de ventaja prominente, espectacular, idónea para inspirar confianza en el ambiente bursátil y crear, con falsas noticias y negociaciones fingidas corroboradas mediante balances presuntamente falsos, una imagen de solvencia a favor de la firma "Gema S.A.", y negociar dolosamente con sus acciones causando grave daño al patrimonio no sólo de los inversores, efectivos o potenciales, sino también a la economía del país y, por ende, a toda la comunidad, sembrando el descrédito del sistema bursátil que, para mayor escarnio, el procesado estaba obligado a custodiar celosamente en razón de su alto cargo de Presidente de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires".-

Del auto de prisión preventiva surge que, en lo que refiere al art. 301 del C.P., estas conductas no escapan al alcance de esta norma toda vez que resultan contrarias a los estatutos de la persona jurídica que presidía el imputado principal (Alberto Guido Servente). Además dado el carácter de la persona jurídica que presidía en ese momento Alberto Guido Servente "las maniobras como las que se investigan quitan confianza a ese mercado (se refiere al de la compra y venta de acciones), que debe ser real y no manejado con fines especulativos con los que se burla la buena fe del inversor y se atacan, en definitiva, los intereses de la nación al impedir que el ahorro se canalice en un medio productivo".

RELACION CON LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

La primera relación visible de esta norma y las que veremos de la Ley de Sociedades Comerciales, es que una vez más las definiciones de los conceptos obrantes en aquélla deben buscarse en el derecho mercantil y en la ley 19.550 y sus reformas.

Pero además la ley de Sociedades Comerciales sienta principios, tutela valores e impone consecuencias propias de su naturaleza a ciertas situaciones en

la órbita de su propio ámbito.-

Así nos encontramos con el art. 59 de la ley 19.550 que como diría Edgardo Rotman en "Los Fraudes al Comercio y la Industria", (Editorial Abeledo Perrot, 1974), citando a Petrazzi "Gestione d'impresa e responsabilità penale", pag. 285; 1962) contiene un principio que asigna a los administradores de las sociedades comerciales una posición de garante de un conjunto de intereses referentes a la sociedad, a sus acreedores y a los terceros en general, y según sus dimensiones, a la economía nacional. Esta posición no importa únicamente la prohibición de perjudicar los mencionados intereses sino la obligación de impedir dentro de su esfera de poder, que otros realicen las infracciones que el mismo hubiera podido realizar *(Petrazzi, ob. cit. pag. 34). 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. La inercia dolosa, en violación de las obligaciones que le incumben al administrador como garante de los intereses penalmente protegidos debe equipararse a la cooperación activa.-

Las responsabilidades de los liquidadores se leen en los arts. 103 y 108 de la ley mencionada; las de los administradores de la sociedad colectiva en el art. 129 y las de los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada en el art. 157.-

En todos los casos las normas son consonantes con el principio general de la responsabilidad extracontractual vigente en nuestro derecho y también coherentes con este modo particular de comprenderla, que conlleva el artículo 59 mencionado al calificar el obrar de los administradores y representantes de las sociedades y estipular una forma particular de responsabilidad por las derivaciones de su violación.-

Un capítulo aparte merece el articulado referente a las sociedades anónimas y en particular a su directorio.-

En tanto entre los art. 276 y 279 se prevén las acciones de responsabilidad que pueden ejercer contra éstos, tanto los accionistas, cuanto los terceros, aún en situaciones de concurso de la sociedad de que se trata.-

Y así resulta evidente la armonía del principio del art. 59, aún en su forma comprensiva específica, con los principios generales del derecho, y la responsabilidad puntual de los órganos máximos de las sociedades mencionadas más arriba con los mismos y el específico del art. 59 citado.-

El art. 301 del Código Penal también se acopla armónicamente a esta atmósfera y a esta pretensión tutelar.

Lo hace en sus términos técnico-jurídicos propios y con la gran ventaja de su independencia operativa en relación con las acciones emergentes de la responsabilidad, de la ley de Sociedades Comerciales.

Esto es que en tanto los actos que pudieren llegar a consumarse en una persona colectiva, que sean contra la ley o los estatutos y así vulneren la confianza pública en la órbita del tráfico mercantil, ejercidos por directores, gerentes, administradores o liquidadores y, en tanto pudiere derivarse algún perjuicio harán utilizable la norma del art. 301 a través de la denuncia o de la querrela y la generación automática de una acción pública, que tendría por parte al Ministerio Fiscal y al damnificado, en su caso, así como al penalmente perseguido, y que nacerá, se desarrollará y finalizará con independencia absoluta de las acciones judiciales que pudieren encararse en la órbita del derecho privado como emergentes de las disposiciones normativas de la Ley de Sociedades Comerciales que venimos de mencionar.-

PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Resulta obvio que la realidad jurídica societaria presenta una estructura operativa que en determinados casos excede el alcance de la figura del art. 301 y en otros casos presenta aspectos diferenciados que también la terminan tomando insuficiente.

Nuestra primera propuesta apunta a la inclusión de accionistas o socios como sujetos activos de los actos previstos en esta norma, en tanto en el seno de una asamblea de socios las mayorías deciden sobre aspectos fundamentales de la vida societaria que en tanto sean ilegales o antiestatutarios, pueden afectar los intereses de las minorías o de los terceros en forma ilegítima, lo que se percibe con enorme claridad en la forma agravada que prevé la última parte del artículo.

Entendemos también, que la norma debería incluir en forma expresa al director de hecho entre los sujetos activos posibles, en tanto la expresión director que contiene la norma debe ser entendida como referida a aquél que ostenta el cargo en forma legítima y en ese marco formal lo ejerce.

De esta forma se evitaría la sutileza y a la vez la injusticia de dejar fuera a aquéllos que usurpan un cargo de director o lo ejercen excediendo el marco temporal o sin la legitimación societaria que excepcionalmente podría otorgársele para situaciones determinadas.

Nuestra segunda propuesta es la de incluir al síndico y al consejo de vigilancia entre los sujetos activos posibles dentro de la norma penal que estamos analizando.-

Como órganos de fiscalización privada con funciones esencialmente de control de legalidad, y desde esa perspectiva también de los intereses de los accionistas a titulares de cuotas de capital, presentes en las reuniones de directorio

y en las asambleas, sus acciones u omisiones en violación de las leyes o estatutos, resultan esenciales para la factibilidad del ilícito, las cuales resultan también consonantes con el verbo prestar concurso o consentimiento que contiene la redacción de la norma.

Nuestra tercera propuesta es la de incluir al contrato social entre los elementos posibles de ser vulnerados por los actos sancionados para hacer coincidir así la terminología utilizada por la ley de sociedades comerciales en el caso de tipos societarios que nos sean sociedades anónimas o en comandita por acciones.

Nuestra cuarta propuesta está dirigida a dar el carácter de *lege lata* a un criterio de realidad que dirime definitivamente las discusiones alrededor de la actual redacción de la norma en cuanto al carácter de la persona colectiva cuyos funcionarios resultan jurídicamente idóneos para la comisión de los actos punibles.

Por los fundamentos expresados en el cuerpo de la ponencia (primera parte), proponemos reemplazar la actual redacción por la de cualquier persona colectiva de carácter mercantil, o no mercantil en el ejercicio ocasional de un acto de comercio.

Por lo tanto entendemos que la norma del art. 301 del C.P. debería quedar redactada del siguiente modo:

“Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años el director, director de hecho, gerente, administrador, accionista, socio, síndico, miembro del consejo de vigilancia o liquidador de una persona colectiva de carácter mercantil, o no mercantil en el ejercicio ocasional de un acto de comercio que prestare su concurso o consentimiento, por acción o por omisión, a actos contrarios a la ley, contrato social o 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 a 3 años de prisión, siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penado”.