

EL INTERÉS SOCIAL COMPROMETIDO POR EFECTO DEL ACUERDO PARASOCIAL

**ARIEL A. GERMÁN MACAGNO
CARLOS A. MOLINA SANDOVAL**

SINDICACIÓN DE ACCIONES, ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE Y RESPONSABILIDAD PENAL

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho societario gira en torno a ciertos principios rectores que hacen al funcionamiento del ente dentro de parámetros fijados por el orden jurídico. Esto es así, pues lo que está 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 afecta a todos los sectores empresarios.

Se dice, que la legislación societaria suele ser insuficiente para proteger adecuadamente los intereses de las partes. Y que el contrato social dictado en acorde a la LS no incluye aspectos que pueden considerarse fundamentales en la dinámica de la anónima actual.

Por ello, “paralelamente” surgen institutos que buscan optimizar algunos aspectos de la estructura societaria; figuras que propenden evitar algunos problemas que mediante las estructuras tradicionales no

obtienen adecuada solución. Uno de estos *institutos* es el convenio de sindicación de acciones.

El presente tiene por objeto analizar el marco de actuación de los administradores societarios bajo la influencia de un convenio parasocietario. A tales efectos, se estudiarán algunos aspectos relacionados con el interés social y la función del órgano de administración lo que dará pábulo para el tratamiento de la responsabilidad desde la perspectiva penal.

II. INTERÉS SOCIAL.

a. La concepción.

Las discusiones sentadas por la doctrina, en lo que se refiere a la existencia del debatido "interés social"¹, han sido prolíferas. Sin perjuicio de ello, y no obstante generarse confusiones en torno a su identificación dentro de la sociedad (atento a la naturaleza que detenta esta última y los ribetes característicos que adquiere el interés en las personas humanas²), no dejan de tener peso actual las afirmaciones de 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 en cuenta 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.

¹ Para acreditar la existencia de dicho interés es preciso recordar el famoso caso "Fruehauff vs. France" donde la Corte de París (22-5-1965) resolvió tutelar el interés social sobre los intereses personales de los socios, aun cuando estos fueran mayoritarios.

² Colombres 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. COLOMBRES Gervasio, *Curso de Derecho Societario. Parte General*, Abeledo Perrot, 1972, p. 102.

³ HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades Anónimas*, 2ª edic., Depalma, 1.998., p. 212 y ss.

⁴ Igualmente Otaegui afirma que tal interés se satisface con la prosperidad y crecimiento de la empresa (OTAEGUI, Julio C., *Administración societaria*, Abaco, 1979, p. 64).

En ninguno de los órganos sociales se encuentra subsumido el interés social. No son los titulares de ese interés y más aún, cuando debe enfocarse desde la perspectiva del 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.

b. Precisiones.

Nos encontramos, entonces, ante un concepto fundamental para el funcionamiento idóneo del sujeto de derecho sociedad, que, como afirmara Halperín, encuentra su fuente en la causa y la lealtad de actuación de los socios e integrantes de los órganos, a lo que debe añadirse la buena fe en la ejecución del contrato social.

Este interés va más allá de la realización de lo que resulta idóneo para la satisfacción del objeto social. Así, se pueden percibir dos enfoques del interés social, que anidan en un criterio eminentemente temporal. Así, como surge del art. 1, LS, los socios se obligan a realizar aportes para la producción e intercambio de bienes o servicios (interés social preliminar)⁵. El patrimonio de la sociedad formado ab initio por los aportes de los socios, debe utilizarse 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, es preciso dejar sentado que el interés social no es específicamente el interés de la mayoría. Toda decisión asamblearia debe inspirarse en aquel. El principio mayoritario no ha sido considerado por la ley como sanción del 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.

⁵ GALGANO, Francesco, *Tratado de derecho comercial y de derecho público de la economía*, Cedam, Padua, 1984, p. 57.

III. ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO EN DESMEDRO DEL INTERÉS DE LA SOCIEDAD.

Partiendo de que la noción del interés de la sociedad es el interés de todos los socios, y para hacerlo valer los integrantes y órganos de la sociedad deben actuar dentro de un marco de lealtad y buena fe en la ejecución del contrato, toda *actuación abusiva* por parte de aquellos queda inmersa en el texto del art. 1071, Cód. Civil.

Es común en la práctica societaria que los directores de una sociedad fueren el interés social para verse favorecidos con determinados negocios o políticas empresarias. Y no solo en su propio beneficio sino también en los de un grupo, que generalmente son mayoría y detentan el control.

En este sentido, la misión del *management* no se agota solo en realizar actos propios de la administración común, sino que además conduce la gestión operativa de la empresa. Le permite fijar determinados rumbos en el manejo de los intereses sociales, y que repercutirán definitivamente en las políticas empresariales asumidas y aplicables a la marcha de la empresa.

Es en este punto, donde el interés social⁶ reviste importancia en cuanto funciona como "marco de referencia" de la gestión de administrador. Debe hacer prevalecer el *debido equilibrio* de poderes en el seno de la sociedad, que implicará que los accionistas deban ceder terreno frente a aquellos para dejar en sus manos -en forma exclusiva y excluyente- la conducción de la empresa. Esto último podría -podría- verse desvirtuado por la existencia de negocios parasocitarios que normalmente influyen en las medidas adoptadas por la administración.

IV. LA ACTUACIÓN DEL ÓRGANO ADMINISTRADOR Y EL INTERÉS SOCIAL.

Durante el cumplimiento de las funciones del administrador, es común que aparezcan una gama de diferentes intereses, que pueden colisionar con el interés de la sociedad. Estos pueden provenir de los

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.

propios administradores, de los grupos internos, de los controlantes, y hasta de un tercero.

No caben dudas que frente a un conflicto de intereses de tales características, los administradores deben priorizar el interés social.⁷ 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 gestión.⁸

El administrador societario, como parte de la estructura orgánica del ente administrado, debe dirigir su gestión, no sólo a la adopción de políticas empresariales que optimicen el rendimiento de su administrada, sino que a *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 empresaria, limitada por el interés social. En otras palabras: todos los actos de dicho órgano deben estar dirigidos a alcanzar el objeto social y a la satisfacción de ese interés que resulta ser el elemento determinante de su normalidad.

Estamos en presencia de un deber de *inexcusable* cumplimiento, cuya violación no solo encuentra una amplia gama sancionatoria en la propia LS (arts. 59, 271 a 279, LS), como también en el derecho común (arts. 505 y 1071, Cód. Civil). Y más aun, tal inobservancia se encuentra tipificada en el Código Penal (art. 173, inc. 7, CP)⁹. Desde esta última perspectiva, cuando la norma habla de violación de los deberes, hace referencia al deber de actuar de conformidad con el interés social, haciendo prevalecer el interés social en los conflictos suscitados e imponiendo la necesidad de abstenerse de realizar todo acto que contrarie, desconozca o minimice el interés social, en benefi-

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 confiados 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 y BERGEL, Salvador Dario, *El fraude en la administración societaria (El art. 173, inc. 7 del Código Penal en la órbita de las sociedades comerciales)*, Depalma, 1988, p. 27.

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

cio propio o de terceros¹⁰.

Así, todo acto ajeno al interés social conculcaría una desviación del estándar jurídico previsto por el art. 59, LS, según 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 mentado interés: los actos que lo contraríen deberán ser sancionados. Además, esta especial responsabilidad encuentra su fundamento en el poder de los órganos de gestión para asegurar la actividad social¹¹.

V. LA SINDICACIÓN DE ACCIONES.

a. Concepto y caracteres.

No obstante las múltiples conceptualizaciones que se han esbozado en la doctrina extranjera¹² y autóctona¹³ sobre los contratos de sindicación de acciones, podemos decir, con Cristiá (h), que “se trata de un contrato plurilateral de organización o asociativo, parasocial, por el cual varios accionistas de una sociedad combinan la manera en que ejercerán su derecho a voto para orientar e influir en un determinado sentido las decisiones sociales, y que generalmente aunque no necesariamente está ligado a la obligación de no transferir sus acciones o en su caso cederlas a favor de los otros sindicados durante un

¹⁰ BAIGÚN y BERGEL, *El fraude en la administración societaria* cit., p. 55.

¹¹ BAIGÚN y BERGEL, *El fraude en la administración societaria* cit., p. 57.

¹² SAPENA Tomás dice: “el sindicato de accionistas es la unión de varios de ellos comprometiéndose a actuar sus derechos de socio conforme a las directrices marcadas por su mayoría” (SAPENA Tomás, Joaquín, *El sindicato de accionistas en nuestro derecho vigente*, Revista de Derecho Notarial, año VI, N° XIII y XIV, jul./dic., 1.956, p. 189.). Cottino, por su parte, señala que “en el sindicato, en su configuración típica, varios accionistas se comprometen a dar su voto en un determinado sentido o en el sentido decidido por la mayoría -o por unanimidad- de los socios sindicados, o bien confieren o prometen conferir poder, por lo general irrevocable, a otra persona -el director del sindicato- que votará direccionalmente o según la voluntad de la mayoría (o unanimidad) de los miembros del sindicato” (COTTINO, Gastone, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Giuffrè, Milano, 1.958, p. 7).

¹³ MASCHERONI, *La sindicación de acciones*, Cangallo, Bs. As., 1.968, p. 11. Así, también en la edición de 1.979 (igual editorial) y en: íd., *La sindicación de acciones. I. Concepto y generalidades*, La Información, vol. 17, enero/junio de 1.968, p. 565; y, con algunas reformulaciones, en una obra posterior: MASCHERONI, Fernando H. y MUGUILLO, Roberto A., *Régimen jurídico del socio*, Astrea, 1.996, p. 201. REYES, Rafael Hugo, *Derechos individuales del socio*, Ábaco, 1.993, p. 159; ZAMENFELD, Víctor, *Sindicación de acciones (Necesidad o conveniencia de su regulación legislativa)*, en: Temas de derecho comercial. N° 1 (Conflictos societarios), Ábaco, 1.983, p. 222; RICHARD, Efraín H., ESCUTI (h), Ignacio A. y ROMERO, José I., *Manual de derecho societario*, Astrea, 1.983, p. 281;

determinado período (sindicato de bloqueo)”¹⁴.

Intensos debates se han generado en torno a la naturaleza jurídica esta peculiar figura, pero la doctrina mayoritaria finalmente admitió que es un “contrato plurilateral”¹⁵. Y a ello se agregó: accesorio¹⁶, parasocial¹⁷, no innominado, pero sí atípico -aunque con verdadera tipicidad social-, de organización¹⁸, de vocación “abierta”¹⁹.

b. Clases.

Si bien pueden existir tantas formas de sindicatos como capacidades creativas lo acompañen, dos son los tipos más estandarizados: de mando y de bloqueo. Obviamente se dejan de lado los llamados sindicatos financieros²⁰.

El primero es un canal -un medio- a través del cual los sindicatos procuran la conformación de un *grupo de poder* que encauza el sentido de su votación en la asamblea de la sociedad, respetando las pautas previamente fijadas por el sindicato.

La sindicación de bloqueo, como dicen Zaldívar y otros, consiste en limitaciones o condicionamientos a la transmisibilidad de las tenencias accionarias de los integrantes del sindicato a terceros no sindicados, otorgando o no derechos de opción de compra preferente a sus adherentes así como también contienen, en ciertos casos, restric-

¹⁴ CRISTIÁ (h), *Sindicación de acciones. Su realidad y regulación legal en el derecho nacional y extranjero* cit., p. 16. Adhieren a este concepto: MARADIAGA, *La sindicación de acciones* cit., p. 6 y MERCADO DE SALA, María Cristina, *Los contratos parasocietarios* en “Derecho Comercial II” (Directores: RICHARD, Efraín Hugo y MERCADO DE SALA, María C.), Advocatus, 1.996, p. 406/7; BARREIRA DELFINO, Eduardo A., *Los convenios de sindicación de acciones*, L.I. año LIX N° 699, t. LVII, marzo de 1.988, p. 618.

¹⁵ El debate doctrinario puede consultarse en: PEDROL, Antonio, *La Anónima Actual y la sindicación de acciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.969, p. 45.

¹⁶ La diferencia principal entre obligaciones principales y accesorias está regulada en los arts. 523 a 526, Cód. Civil.

¹⁷ Según se apunta doctrinariamente, el primero en asignar la calificación de “parasocial” a pactos de las características estudiadas fue Oppo en el año 1.942 en su siempre citada: OPPO, Giorgio, *Contratti parasociali*, Milán, 1.942.

¹⁸ Aunque dice Cabanellas de las Cuevas: “el encuadramiento de un acto como contrato de organización carece de consecuencias jurídicas concretas. No existen efectos jurídicos precisos que el orden normativo, en sus distintos aspectos, atribuya a la configuración de un contrato de organización. Esta irrelevancia del concepto de contrato de organización no es casual, pues responde al hecho, ya señalado por Spota¹⁸, de que todos los contratos son, en cierto sentido, contratos de organización.” (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Introducción al Derecho Societario (Derecho Societario. Parte General)*, Heliasta, 1.993, vol 1, p. 401).

¹⁹ ASCARELLI, Tullio, *Il contratto plurilaterale*, en *Studi in tea di contratti*, Giuffrè, Milano, 1.952.

²⁰ Ver sobre el tema: FARES, Felix S., *La sindicación de acciones*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1.963, p. 51

ciones relativas a las acciones que los sindicatos puedan adquirir en el futuro²¹.

Resultan importantes las afirmaciones vertidas por Pedrol²², en el sentido de que el sindicato de mando necesita del sindicato de bloqueo para su eficacia, ya que si los accionistas sindicados pudieran transmitir libremente sus acciones, resultarían ilusorios los compromisos que se hubieran asumido sobre el voto.

c. La licitud.

Con respecto a la licitud de tales convenios, como un vicio derivado de la antigua doctrina italiana y algún atisbo prohibitivo francés se cuestionó la licitud -y por ende validez- de los mismos. Pero se puede decir que hoy es tema superado. La mayoría de los ordenamientos del derecho comparado consagran la legitimidad de los pactos parasociales. Algunos de manera expresa como Brasil, Uruguay, los *voting trust* del derecho norteamericano; otros simplemente de manera implícita.

En nuestro país la cuestión quedó dirimida gracias al verdadero *leading case*: "Sánchez c. Banco Avellaneda".

Sin perjuicio de ello se invocan argumentos de gran peso como la falta de previsión expresa que los prohíba, la propia exposición de motivos que, al fundamentar su no inclusión en el ordenamiento societario, los admite, algunas leyes (como la de Reforma del Estado que lo utiliza como vehículo para estructurar algunas relaciones jurídicas, o la de la Comisión de Valores), la factibilidad de la cesión de voto y la intensa utilización de tales convenciones en la práctica societaria.

Más lo importante, es que no interfieran en aspectos esenciales del ordenamiento societario, ni causen daño o perjuicio a terceros, siempre que se den los recaudos dispuestos por el art. 953, Cód. Civil, aplicable con relación al objeto de los actos jurídicos²³.

d. Oponibilidad frente a terceros.

Por otro lado, una de las principales características que tienen los pactos sub-estudio es que resultan inoponibles frente a terceros. Y,

²¹ ZALDIVAR y otros, *Cuadernos de Derecho Societario* cit., t. I, p. 256.

²² PEDROL, *La Anónima Actual y la sindicación de acciones* cit..

²³ 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 bien estuviesen en conflicto de intereses en la respectiva asamblea.

entre éstos, el principal es la sociedad.

En sentido similar se expide la legislación portuguesa, cuando dice que los acuerdos parasociales sólo tiene efecto entre los intervinientes y que en base a ellos no pueden impugnarse actos sociales o de los socios. (art. 17, Cód. de Sociedades Comerciales de Portugal).

Es decir que no tienen efectos erga omnes y la forma no sería condicionante para exigir conducta alguna a los terceros, (sociedad, accionistas extraños al pacto o terceros), limitándose a obligar a las partes que lo suscriben.

El art. 1195 del C.C. dispone que "... los contratos no pueden perjudicar a terceros..." no deja dudas respecto de la inoponibilidad de estos pactos a la sociedad en la que el socio sindicado participa. Esta norma debe conjugarse con el art. 1.199, Cód. Civil, en el sentido de que tales actos no pueden perjudicar intereses de tercero, pero tampoco les pueden ser opuesto, 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 de los sindicados. Solo se podría admitir determinados efectos del sindicato ante la sociedad en la medida de un perjuicio evidente para ella, lo cual representa una circunstancia de hecho sujeta a prueba en cada caso en concreto.

No obstante lo dicho, alguna doctrina ha establecido alguna interesante propuesta en pro de la oponibilidad de los pactos a la sociedad y demás accionista²⁴.

VI. ¿EL DIRECTOR MIEMBRO DE UN SINDICATO?

a. Planteo del tema.

Antes de ingresar al aspecto central de temática, se debe 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 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

²⁴ Ver el interesante desarrollo en: ROSSI, Hugo Enrique, *Oponibilidad y cumplimiento en los convenios de sindicación de acciones*, en: "Negocios parasocietarios", obra colectiva dirigida por Eduardo M. Favier Dubois (h) y Max M. Sandler, Ad-Hoc, 1.994, p. 45.

parasocial, no resulta lo suficientemente idóneo y autosuficiente 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. Es así que 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, LS).

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, LS.

b. Deber de atenerse al standard del buen hombre de negocios.

Efectuada la precedente aclaración, aprecia que estos negocios parasociales se constituyen en instrumentos idóneos para acceder al control de la sociedad, y pueden -aunque no deben- incursionar 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. Ello así, toda vez que como corolario sus miembros pueden llegar a representar un interés -que podríamos llamar egoísta- vulnerando el de todos los socios consuetudinario por el interés social.

El pacto de sindicación de acciones -en principio- no debería enervar el libre funcionamiento de los órganos sociales. Pero la cuestión que puede suscitarse es la referida al director que a su vez forma parte de algún sindicato. Frente a tal supuesto el management no deberá apartarse de la gestión social. Tendrá que guiar su conducta según el criterio de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios que se hizo referencia (art. 59, LS).

Estamos en presencia de *dos títulos diferentes* (accionista-director) en cabeza de una misma persona. No es poco común que el director, acatando lo que el sindicato le hubiera impuesto, 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.

Ni el voto ni el sindicato mismo pueden constituirse contra el

interés social. Si un 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 mismo²⁵. Es un contrato y resulta para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma (art. 1197, Cód. Civil).

Así las cosas, el compromiso asumido en el seno del sindicato debe ser desplazado, ya que cuando el administrador acepto el cargo, lo hizo sujetando su conducta a un parámetro legal -lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios-.

Por lo tanto, este especial comportamiento exigido debe sujetarse en todo momento a las pautas fijadas por los arts. 59 y 274, LS, normas inderogables que toman como directriz la defensa del interés social.

Por último, es importante resaltar 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. 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.

VII. RESPONSABILIDAD PENAL DEL DIRECTORIO POR ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE.

a. Planteo preliminar.

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 y no se abstenga de intervenir en la delibera-

²⁵ Butty señala 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, 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. (BUTTY, Enrique M., *Sindicación de acciones: aspectos generales y particulares*, en "Negocios parasocietarios", obra colectiva dirigida por Eduardo M. Favier Dubois (h) y Max M. Sandler, Ad-Hoc, 1.994, p. 32)

ción (y por ello vulnerando el interés de la sociedad) será pasible, en el ámbito del derecho societario, de las sanciones previstas por los arts. 59, 271 a 274, LS. En virtud de ello, 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, LS, determina un sistema de responsabilidad fundado en la violación a la ley, estatuto o reglamento, estableciendo como pautas generales de actuación los deberes de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios.

Más allá del sistema de responsabilidad previsto en la normativa societaria, subsiste la vigencia del principio general "non alterum laedere" (art. 1109, Cód. Civil), debiendo tenerse presente lo sostenido por Rivera²⁶ en el sentido de que su aplicación residual aparece remota, habida cuenta de la latitud con que se desarrolla la cuestión en la LS.

Por otra parte, la actuación u omisión del administrador en estas condiciones, y atendiendo al peligro grave que ello podría traer aparejado para la sociedad, resultaría procedente -según el caso- la intervención judicial previstas en los arts. 113 y ss., LS²⁷.

b. El tipo penal.

Desde la óptica del derecho penal, los parámetros de imputación son diferentes. En primer lugar, el art. 173, inc. 7, C.P.²⁸, parte del presupuesto común de describir las relaciones entre sujeto activo y el titular de los intereses a su cargo (relación interna). Define, además, dos acciones perfectamente diferenciables: una delimitada como *infidelidad defraudatoria* y la otra como *abuso defraudatorio*.

²⁶ RIVERA, Julio César, *Responsabilidad Civil de los síndicos societarios*, Hammurabi, 1986 p. 60.

²⁷ Ver el excelente trabajo de ROITMAN, Horacio, *Intervención judicial*, R.D.P.C. 2.000-1 (Sociedades Anónimas), p. 241. También sobre el tema: NISSEN, Ricardo A., *Panorama actual de derecho societario*, Ad-Hoc, 1.999, pág. 337; MARTORELL, Ernesto Eduardo, *La intervención de sociedades: equívocos. Errores y sinrazones*, L.L. 1.996-D, pag. 1.486; PERROTA, Salvador R., *Intervención judicial en las sociedades comerciales*, Abeledo-Perrot, 1.965.

²⁸ 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."

En relación a los *sujetos activos* pasibles de ser encuadrados dentro del tipo penal estudiado, nos interesa en especial la figura del *administrador natural*. Esto es, aquel que nace como consecuencia de una atribución legal, de los contratos o estatutos, sea originariamente o durante la vida del ente societario. Debe aclararse -siguiendo lo afirmado por Bergel y Baigún- que la falta de inscripción en los registros de la designación o renuncia al ser declarativa no le quita calidad de sujeto activo del delito al administrador.

Con respecto al tema de las acciones²⁹, la "infidelidad" referida por la norma, 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, 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 activo³⁰. 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 management en su ámbito de actuación interno. 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 relevante importancia la conducta de tales sujetos proyectada hacia fuera del ente (id. est: relación externa). El sujeto actúa sobre la base de una función, y esta función en materia so-

²⁹ 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, Astrea, tomo 2, p. 524-525.

³⁰ BAIGÚN y BERGEL, *El fraude en la administración societaria* cit., p. 136.

cietaria es atribuida o asignada por el ámbito externo.

No se debe 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, LS, (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. Obviamente, siempre que el poder sea eficaz para la realización del abuso defraudatorio.

Resulta importante dejar sentado que el perjuicio requerido para la configuración del tipo implica cualquier menoscabo sufrido por el patrimonio por la acción u omisión infiel del agente. El delito se configura con el efectivo perjuicio causado, 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 como aspecto objetivo de la figura.

c. La aplicación a los convenios de voto.

Dentro de la temática de los negocios parasocietarios, el director debe adecuar su conducta al cartabón jurídico del art. 59, LS, tendiendo 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 fuera, será pasible 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, Cód. Civil, y por lo tanto a la sociedad.

Cabría la posibilidad de incluir dentro del ámbito de la figura de *administración fraudulenta* a toda otra 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 a 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 -no obstante la calidad de delito especial que reviste la figura in examine-, de que no es obstáculo que se apliquen las normas comunes de la participación criminal a los 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, lo que debe determinarse es 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.)³¹.

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.

Ante todo, hay que distinguir en el marco del denominado principio de la "accesoriedad de la participación", la accesoriedad externa (cuantitativa) y la accesoriedad interna (cualitativa).

Lo primero supone que el ilícito de un partícipe sólo es punible

³¹ 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 hombres 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-

si, al menos, hay comienzo de ejecución. Lo segundo, que las modalidades de la ejecución del hecho principal (dolo del autor principal, justificación o incluso su culpabilidad) afectan necesariamente la responsabilidad del partícipe.

Prescindiendo de esta distinción en lo que a la dimensión de la accesoriedad se refiere, frente al caso concreto, en principio nunca debería ser punible la pura instigación o complicidad frustrada sin más³², 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. Esto nos lleva a concluir -que desde el punto de vista del ilícito personal- la accesoriedad externa carece de razón de ser.

Por ello, desde el punto de vista de los 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 fraudulenta (art. 173, inc. 7, CP), 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 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 contra aquellos otros sindicados que instigaron a aquel a votar de determinada manera en detrimento del interés de la sociedad.

³² El hecho realizado por el intransigente debe ser típico y antijurídico, esto es, que el dolo del autor está insito en el tipo, no hay instigación sin principal doloso.