

PROYECTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE SOCIEDADES Y DE EXTINCIÓN DE DOMINIO: ¿Y EL ART. 19 DE LA LEY DE SOCIEDADES VIGENTE DESDE 1972?

Efraín Hugo RICHARD

“... la realidad no es así, la realidad está así. Y está así no porque ella quiera. Ninguna realidad es dueña de sí misma. .. nuestra lucha es por cambiarla y no acomodarnos a ella...” de Paulo FREIRE en *El grito manso*.

I – INTRODUCCIÓN.

Este ensayo persigue analizar, frente a dos proyectos legislativos, la existencia de normas activas, alguna directamente vinculada a los propósitos anticorrupción que guían a los mismos.

Conforme a la Convención Anticohecho de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE, nuestro país es el único signatario –hace 16 años- que no ha cumplido con los requisitos por ella impuestos que es sancionar una ley de responsabilidad. A tenor de ello el 20 de octubre de 2016 el PE envió un proyecto sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la administración pública. A su vez, la extinción de dominio en favor del Estado, es tema de otro proyecto de ley de junio de 2016. Se supone que recién después de las elecciones se discutirán ambos proyectos, aunque se ha activado su revisión en el Congreso de la Nación en momentos que escribimos estas líneas.

1.- ¿Esto es para el futuro! ¿Y hoy? ¿Hay alguna norma de cobertura? Si se sanciona ¿cuando veremos un caso judicial? ¿Los delitos que se incluyan y cometidos antes de la vigencia de la ley de responsabilidad penal quedarían impunes por la irretroactividad de la ley? Ante ello se ha publicitado la posibilidad de introducir una norma disponiendo la aplicación retroactiva de la nueva ley... Retroactividad cuya constitucionalidad, sin duda, será discutida.

Sin ingresar en si una persona jurídica puede delinquir, de lo que no tenemos dudas es que puede usarse para realizar o encubrir ilicitudes –lo advertimos en numerosos casos-, pero afirmamos que hoy existen normas disuasorias-sancionatorias mucho más eficientes que la de los proyectos, que parecen ser ignoradas.

Nos referimos, fundamentalmente, al art. 19 Ley General de Sociedades –LGS., pero vigente desde el año 1972.

El primer proyecto propone imponer como pena —que denomina “sanción”— a la persona jurídica condenada por la comisión de algunos de los delitos que la misma enumera, en forma conjunta o alternativa, desde multas, suspensión de actividades hasta 10 años, otras varias, culminando con la “cancelación de la personería jurídica —sólo para el caso en que la persona jurídica privada haya sido creada al sólo efecto de la comisión del delito o si la comisión del delito constituye su actividad principal”.

El art. 19 LGS brinda un marco mucho más amplio para desestimular la actividad empresaria ilícita.

En los años que llevará cada proceso penal contra sociedades y asociaciones, sin duda la misma se verá económicamente ahogada, y es muy posible que recurra a un concurso de acreedores. ¿Deberá verificarse en el mismo las sanciones económicas que pueda aplicar el juez penal? ¿Como se juzgará la sanción de “retiro de personería” frente a un acuerdo homologado donde se ha formalizado un plan de viabilidad económica y social conforme al art. 100 LGS?

2. - Muchos de los conocimientos que se presentan en la judicialidad argentina encontrarían mejor solución en las previsiones del referido art. 19 LGS, o en la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica, del art. 54 in fine LGS pues en el Proyecto no se intenta responsabilizar al grupo de control sino a la persona jurídica controlada. A su vez, el funcionario público imputado para abrir la responsabilidad penal de ciertas personas jurídicas privadas, podría ser responsabilizado civilmente a través de la previsión del art. 144 del Código Civil y Comercial –CCC- conforme la interpretación que hemos sostenido conjuntamente con el publicista José Luis Palazzo.¹

3.- Como aparece planteado en los proyectos, los ilícitos corresponderían a temas del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales, imputables por jurisdicción penal, pero los “delitos” podrían descubrirse en un conflicto societario o en un concurso o en una quiebra... ¿A que maraña formal de competencias judiciales nos someteremos? El tema central debe ser la eficiencia para sancionar a los que violen ciertas normas, con un garantismo o derecho de defensa adecuado, pero no el hipergarantismo que se generaría por la imprecisión o el cuestionamiento de jurisdicción, o en el análisis de la planificación empresaria del programa de prevención (complain) por un juez penal.

Como bien se indica popularmente, y se recoge en los Proyectos que motivan estas líneas –particularmente el de responsabilidad penal-, la corrupción tiene dos caras: la privada que tienta a la pública o se deja llevar por su requerimiento, para violar las normas de la sana competencia, de la realización efectiva y perfecta de obras o servicios, y de hacerlo al precio justo.

La existencia de normas sancionatorias, que pregonamos, no empece a que se dicten leyes con normas más destallistas, ¡pero cuidado en no enervar a las existentes!

II – EL SISTEMA SANCIONATARIO SOCIETARIO A ACTIVIDAD ILÍCITA.

Nos referiremos al art. 19 LGSociedades, vigente desde el año 1972. La norma determina **“Sociedad de objeto lícito, con actividad ilícita. Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícita, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el art. 18 –acoto: el saldo del patrimonio para fomento de educación y responsabilidad solidaria por pasivo social y daños causados-. Los socios que acrediten buena fe quedarán excluidos...”** de esas sanciones.

Ante “actividades” ilícitas, entre las que se encuentran las referidas en el proyecto, el juez penal de oficio, pero también otros jueces, podrían disponer la liquidación y la extinción de dominio en favor del Estado, tema del otro proyecto de ley. Y ello podría ser dispuesto actualmente.

¹ PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo “EL ART. 144 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (inoponibilidad de la personalidad jurídica)”, en LA LEY año LXXX N° 54, TOMO LA LEY 2016-B-diario del lunes 21 de marzo de 2016.

1. La vieja cuestión de la actividad ilícita societaria, pensamos tomaría nuevos horizontes frente al voto del Ministro Zaffaroni en el fallo de la Corte sobre pesificación dictado el 26 de octubre de 2004 (caso Bustos), al ordenar al Procurador la investigación de un presunto complot acaecido en el 2001², que implicaría una actividad ilícita coorganizada por grandes empresas. Fue una falsa alarma, jamás se investigó pese a que se requirió información en varios Congresos sobre temas bancarios.

2. Se aplicó la norma en la causa "Ballester Rolando Alberto y otros c/ Vigarita S.A. s/ sumario", en la cual la Cámara Comercial de la Capital, con fecha 23 de junio de 2004, confirmó el sólido fallo de primera instancia (de fecha 3 de abril de 2001, Juzgado n° 11 a cargo del Dr. Bargallo, sec. N° 21), que dispuso aplicar las previsiones del art. 19 de la entonces ley de sociedades por actividad ilícita.³

Ese fallo sobre actividad financiera ilícita y las circunstancias tienen varias connotaciones que califican lo que venimos expresando en torno a cómo calificar una actividad de ilícita, hoy aplicable a varias causas de exposición pública en los medios judiciales:

a. Determinar que se trata de un tema de interés público, cuando no de orden público, por lo que el Tribunal puede actuar de oficio, lo que indirectamente señala en torno a la legitimación activa.

b. Respecto al tema de la actividad ilícita en sí mismo, distingue entre acto y actividad; que no necesita ser genérica, sino que la sociedad puede asumir posteriormente una actividad ilícita, no necesariamente total sino de importancia en la genérica que desarrolla.

c. La ponderación de actividad ilícita que debe cumplir una sociedad para que sea aplicable el art. 19 LS ¿El *indirect doing business* cumplido por la actividad financiera en el año 2001, y que se sigue desarrollando, tipifica la actividad ilícita? Es una clara actividad off shore practicada por o a favor de sociedades constituidas en el extranjero.

d. Que no se trata de actividad prohibida, regulada por el art. 20 LGS.

La antijuricidad se objetiva y la responsabilidad sancionada es automática, con el alcance que veremos hacia el final.

En los casos previstos en ambos proyectos se estaría sancionando una clara actividad ilícita, alcanzada también por el art. 19 LGS⁴.

² "Depósitos pesificados: ¿responsabilidad de los bancos? (la denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y su amigo Pedro)" en El Derecho del 7 de marzo de 2006 pág. 1 y ss..

³ Nto. "SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)", en libro colectivo "La estructura societaria y sus conflictos" Director Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 101 y siguientes.

⁴ Cfme. ntos. *Actividad ilícita de sociedades* en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, octubre de 1992 Actas tomo II Pág. 575; *Actividad ilícita y actividad prohibida de sociedades: La empresa de seguros* en "Derecho y Empresa" Revista de la Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales, Año 1997 números 7 y 8, Rosario marzo de 1998, pág. 175. Número en homenaje del Prof. Dr. Juan Carlos Félix Morandi; en Libro colectivo de nta. coordinación ANOMALIAS SOCIETARIAS, Ed. Advocatus. *Actividades ilícitas - banca de hecho*. Ed. Advocatus julio 1992; *Banca de hecho. Actividad ilícita* Comentario a jurisprudencia "Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Ordinario", pág. 29 Revista de las Sociedades y Concursos n° 7 Noviembre Diciembre 2000, Bs. Aires febrero 2001.

3. Hemos teorizado también sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado⁵. En algunas causas, más que sancionar el abuso de la personalidad jurídica o la responsabilidad de administradores y controlantes, debería sancionarse a la propia sociedad, por su gestión antifuncional, por actividad ilícita.

La actividad ilícita es sancionada⁶, y es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse en su reiteración, como actividad ilícita: p.ej. la actividad de intermediación financiera no autorizada⁷. En muchos casos, como en el caso Romeo⁸, el Tribunal imputó la responsabilidad del Directorio, como accionistas controlantes de la Institución Bancaria que creó una mesa de dinero, como banca de hecho. El tema es opinable, pues el mismo resultado pudo alcanzarse a través de la imputación de responsabilidad a través de los arts. 59, 274 y 279, pues importaba un daño generado a terceros que genera una acción individual de responsabilidad⁹, y por aplicación del art. 19 LS.

El art. 19 LS es técnica y doctrinariamente correcto. No procede la nulidad absoluta como sanción. El vicio aparece en la funcionalidad del contrato. Es una forma de desestimación de la personalidad por nulidad. Pero la remisión al art.18 LS y las consecuencias llevan a la misma conclusión: efecto disolutorio -e iniciación del proceso de liquidación-, responsabilidad solidaria de todos los que no demuestren buena fe, alterando parcialmente las relaciones tipológicas, que - al referirse a la actividad- afectan a los que la cumplieron o aceptaron, y el idéntico efecto de pérdida de los derechos sobre el remanente de liquidación. En cuanto a la responsabilidad nos permitiríamos identificar el efecto sobre los socios que no demuestren mala fe con las previsiones del art. 54.3 LS, como hemos señalado precedentemente¹⁰.

O sea que el socio de buena fe se vería arrastrado a tener responsabilidad solidaria en el caso que se catalogara la actividad, debiendo cargar con la prueba de exoneración por esa causal.

Es un problema doctrinario determinar cuando se genera la actividad ilícita. La doctrina es terminante en que un acto aislado no es suficiente, salvo que ese acto aislado sea de magnitud (o complejo, al implicar una serie de actos).

Dentro de una actividad catalogable como ilícita puede tipificarse dentro del sistema argentino aquella dirigida a violar las leyes de resguardo de la competencia, anti monopolio o anti trust, como también la destinada a violar leyes impositivas o previsionales, o registrales de publicidad. Estas reflexiones lo son sin perjuicio de que esa actividad pudiera tipificar un ilícito penal del régimen general o especial.

⁵ Cfme. nto. *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires 2004, tomo XV pág. 313.

⁶ nto. "La conservación de la empresa" al recibir el Premio Academia, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*. El reconocimiento de la noción "actividad"..

⁷ Nto. "Banca de hecho. Actividad ilícita Comentario a jurisprudencia "Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Oredinario", pág. 29 *Revista de las Sociedades y Concursos* n° 7 Noviembre Diciembre 2000, Buenos Aires febrero de 2001.

⁸ *Revista de las Sociedades y Concursos*, Ed. Ad Hoc, n° 7 nov.-diciembre 2000, pág. 23 con nuestra nota.

⁹ Puede consultarse nuestra opinión en el libro colectivo *ANOMALIAS SOCIETARIAS*, y en *Doctrina Societaria y Concursal*, Editorial Errepar marzo 2002.

¹⁰ Ntos. "Banca de hecho. Actividad ilícita", *Revista de las Sociedades y Concursos*, Buenos Aires, 2000; "Nulidad absoluta de sociedades", RDPC, 1997-274; "Actividad ilícita de sociedad extranjera (indirect doing business) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)", el Dial. Express, Lunes, 16 de Marzo de 2009 - Año XI - N° 2739, www.eldial.com. SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?) en libro colectivo "La estructura societaria y sus conflictos" Director Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 101 y siguientes.

Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto¹¹. Los actos tienen autonomía de la actividad como conjunto, y pueden ser en sí mismos ilícitos o no. La sucesión de actos coordinados entre sí y orientados en una finalidad o funcionalidad común representan la actividad, que a su vez puede ser lícita o ilícita con independencia relativa de los actos que la componen.

Fargosi¹², uno de los firmantes del proyecto de la ley 19.550, señaló al respecto: “... el limitar la consideración al objeto ilícito... significa, por la pasiva, dificultar el perseguimiento y sanción de aquellas sociedades que, cumpliendo formalmente con el requisito del art. 1655 C.C., sustancialmente frustran la finalidad de licitud que se consustancia con la noción genérica del acto jurídico, a tenor de los arts. 944, 953 y concordantes del C.C.- Esa es la razón de ser del art. 19, aun cuando en una lectura ligera, superficial y prescindente del contexto general del orden jurídico, pueda aparecer como no conjugado con axiomas preestablecidos”. Centrando la discusión, Fargosi enfatizó: “Corresponde a Ascarelli el haber introducido una noción de actividad enderezada a integrar la teoría general de los negocios jurídicos.- Señaló este autor que “actividad no significa acto, sino una serie de actos coordinados entre sí para una finalidad común” y cuya valoración debe ser hecha autónomamente, o sea, independientemente de la que corresponda a cada uno de los actos individuales, singularmente considerados... Obviamente la actividad se presenta como un comportamiento que debe ser continuado y orientado... La valoración de la actividad, entonces, debe responder a criterios axiológico-jurídicos, sea para reprimirla o para permitirla...” De este modo¹³ cuando en un supuesto concreto se trate de establecer si se configuran actividades ilícitas subsumibles en el dispositivo a que nos referimos, la valoración debe ser hecha objetivamente y teniendo en vista sí, por con conjunto de actos teleológicamente vinculados y coordinables entre sí, se persigue una finalidad antijurídica. Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto¹⁴. La sucesión de actos coordinados entre sí y orientados en una finalidad o funcionalidad común representan la actividad, que a su vez puede ser lícita o ilícita con independencia relativa de los actos que la componen.

Obviamente la antijuridicidad, que es presupuesto de la sanción prevista por el art. 19 LGS, debe ser referida –lo reiteramos- respecto del derecho objetivo en su totalidad, cualquiera de sus áreas o sectores sea el lesionado. En el ámbito civil¹⁵, y como siempre se ha señalado, cuando la conducta no se ajusta a la previsión normativa (en el caso no ya el objeto formalmente lícito sino la licitud de las actividades), se impone una sanción, que nada obsta a que sea de naturaleza represiva. En el caso lo que se trata de impedir es que las sociedades mercantiles sean utilizadas en detrimento del orden jurídico, aprehendido en su completividad...”.

Betti¹⁶ remarca esa concepción de la ilicitud. Sostiene que frente a la autonomía de la voluntad, la legislación puede reaccionar de dos maneras: con indiferencia o con una actitud normativa; en este último supuesto, la misma puede ser positiva o negativa; en el supuesto de atribución de eficacia positiva, se confiere a los particulares una competencia dispositiva que puede estar condicionada por el derecho al cumplimiento de ciertas cargas y a la actuación dentro

¹¹ cfme. OTAEGUI, Julio César *Invalidez de los actos societarios* p.365.

¹² FARGOSI, Horacio P. en “Estudios de Derecho Societario”, Editorial Ábaco Buenos Aires 1978, el artículo *Sociedad y actividad ilícita* pág. 49 y ss, particularmente p. 59 en adelante.

¹³ FARGOSI ob. cit. p. 66.

¹⁴ OTAEGUI, Julio César *Invalidez de los actos societarios* p.365; ESCUTI, Ignacio *Sociedad e invalidez: algunos aspectos* RDCO VI n.53.

¹⁵ Sigue FARGOSI ob. cit. p. 67.

¹⁶ BETTI, Emilio *Teoría General del Negocio Jurídico*, p.93.

de ciertos límites, fuera de los cuales se configura el negocio ilegal; si la norma atribuye trascendencia negativa al negocio se genera la ilicitud. Petrocelli¹⁷ distingue entre actos que no van contra el derecho, sino que no van por el camino por donde obtiene la protección del derecho. Y en tal categoría encuadramos a las sociedades constituidas en el extranjero que no cumplen con la obligación de inscribirse, o a las que actuando en el país violan el sistema normativo argentino simulando haber realizado las operaciones en el exterior.

La doctrina es terminante en que un acto aislado no es suficiente, salvo que ese acto aislado sea de magnitud (o complejo, al implicar una serie de actos). Se requiere habitualidad en la operatoria o una serie repetida de actos, con cierta frecuencia¹⁸, como se señala. A modo reiterativo de nuestra posición, traemos a Horacio ROITMAN y coautores¹⁹: “La ilicitud en este caso no se refiere al objeto social, sino a la actividad desplegada para su cumplimiento²⁰. Se ha definido²¹ “actividad” como una serie de actos coordinables entre sí para una finalidad común. La actividad ilícita a la que se refiere el artículo que comentamos, es la realización frecuente²² (sin que sea necesaria la habitualidad.), de actos ilícitos dolosos por los socios en calidad de tales, los administradores, y quienes actúen en la gestión como si lo fueran²³. ...Dado el tenor amplio de su redacción, resulta indiferente a los fines del artículo el hecho de que la actividad ilícita haya sido planeada originariamente o la ilicitud sea sobreviniente²⁴. ...Normalmente no es suficiente un solo acto ilícito, pero podría llegar a serlo atento su magnitud²⁵ o significado jurídico^{26/27}. A decir de RICHARD, un acto lícito individualmente puede considerarse en su reiteración, como actividad ilícita²⁸: v.gr. la

¹⁷ *L'antigiuridicità* parte 1 p.7 entendiendo que "un acto puede ser ilegal, por no responder en todo o en parte a las condiciones fijadas por la ley para su validez, sin que por ello pueda decirse que en antijurídico...; el autor del acto ilegal no va contra el derecho sino que va por un camino por donde no obtiene la protección del derecho; no se dirige contra otro interés jurídicamente tutelado sino que omite la realización de las condiciones indispensables para conseguir la tutela jurídica del interés propio...". Esto se compadece con el criterio que hemos sostenido en cuanto a la validez de los actos individuales, sin perjuicio de rescatar la sancionabilidad de la actividad.

¹⁸ Zunino, Jorge *Disolución y liquidación de sociedades* t. II p. 208 y ss., Buenos Aires De. Astrea.. Ver nota anterior. Rubén R. Pardo "Acerca del Banquero de Hecho" *Doctrina Societaria y concursal*, t. III p. 15 y ss.. Carlos R. Freschi *La sanción por actividad ilícita de las sociedades comerciales* en RDCO año 1978 página 1531, en particular p. 1542. VERON, Alberto Víctor *Sociedades Comerciales*, Ed. Astrea, Bs. Aires 1987, tomo I p. 128 y ss. .VITOLLO, Daniel R. *La ley Sarbanes-Oxley de los Estados Unidos, la realidad de la República Argentina y la prevención de los fraudes societarios* Errepar diciembre 2002 p. 854 tomo XIV.

¹⁹ *Ley de Sociedades Comerciales*, Ed. La Ley 2ª. ed. Buenos Aires, tomo I.

²⁰ ZALDIVAR, ENRIQUE, MANOVIL, RAFAEL, RAGAZZI, GUILLERMO, ROVIRA, ALFREDO, SAN MILLAN, CARLOS, “*Cuadernos de derecho societario*”, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1973, t. 1, p. 259.

²¹ ASCARELLI, TULLIO, “*Iniciación al estudio del derecho mercantil*”, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, p. 139.

²² ZALDIVAR, ENRIQUE, MANOVIL, RAFAEL, RAGAZZI, GUILLERMO, ROVIRA, ALFREDO, SAN MILLAN, CARLOS, “*Cuadernos...*”, op. cit. p. 259, ESCUTI, IGNACIO (h.), “*Sociedad e invalidez: Algunos aspectos*”, LL, 1976-C-49.

²³ HALPERIN, ISAAC, “*El régimen de nulidad de las sociedades*”, RDCO, 1970, Año 3, p. 560.

²⁴ HALPERIN, ISAAC, “*Curso de derecho comercial*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 197, p. 343.

En sentido contrario: CNCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S.A. s/ sumario, www.microuis.com: Tratándose de una sociedad que, al intermediar con habitualidad en la oferta y demanda de recursos financieros desarrolló una actividad ilícita, no puede disponerse la nulidad como en el caso del objeto ilícito, porque el vicio no es contemporáneo a la constitución, sino que resulta del funcionamiento del ente; no se trata de un vicio del contrato, sino de una desviación del objeto social.

²⁵ Ej: Una enorme operación de contrabando.

²⁶ Ej: Un monopolio prohibido.

²⁷ HALPERIN, ISAAC, “*El régimen...*”, op. cit., p. 560.

²⁸ Resol. IGJ 201, 01/03/2006, en el expte Máximo Battisti y otros - Gindi Corporation N.V. s/ denuncia, RSyC, N° 37,

actividad de intermediación financiera no autorizada²⁹. Agrega FARGOSI, que la actividad no requiere estar dirigida a sujeto o sujetos determinados y esto marca una diferencia significativa con el acto jurídico, que naturalmente supone un destinatario, lo que hace necesario el establecimiento de pautas especiales de interpretación ya que se trata de precisar los alcances de un comportamiento y no de una declaración de voluntad³⁰. ... Por ello, al tratarse de un caso de desviación del objeto social³¹, no se declara la nulidad de la sociedad, sino que la misma se disuelve y se procede a su liquidación³². ... A decir de RICHARD, los efectos respecto de ellos pueden ser identificados con las previsiones del art. 54, tercer párrafo, LGS³³. Es decir que la responsabilidad dispuesta en el artículo en comentario corresponderá a los socios, a los administradores y a quienes actúen como tales en la gestión social³⁴ en la medida en que no acrediten su buena fe. Respecto a las sociedades extranjeras cabe agregar que constatada la ilicitud de su actividad, corresponde la aplicación del art. 19 LGS, no sólo por el negocio ilícito en sí mismo sino también por la actuación irregular de la

Nov/Dic 2005, p. 322 en igual sentido Resol. IGJ 226, 8/3/2006, en el expte. Viviana Mercedes Lizabe y otros c/ Ticafin SA y otras s/ denuncia, RSyC, N° 37, Nov/Dic 2005, p. 323. La reiterada utilización en el tráfico local de una entidad ficticia cuya constitución fue nula de nulidad absoluta y/o que operó con fines extrasocietarios o en violación de la legislación local que como sujeto de derecho debía aplicársele en plenitud, no se conforma a la finalidad de licitud que se consustancia con la noción genérica del acto jurídico, a tenor de los arts. 944, 953 y concordantes del Cód. Civil y que constituye la razón de ser del art. 19 de la ley 19.550 y ello con prescindencia de la licitud genérica o en abstracto y formalmente que pudieran aparentar tener actos de dicha sociedad en el ejercicio de derechos, ya que la actividad ilícita a que se refiere el citado art. 19 está constituida por múltiples actos que pueden ser lícitos pero que, concatenados en virtud de la intencionalidad que los origina, entramados unos con otros, conforman una realidad diferenciada que denota ilicitud.

²⁹ RICHARD, Efraín HUGO “*Actividad ilícita de sociedad extranjera (indirect doing business) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)*”, El Dial. Express, Lunes, 16 de Marzo de 2009 —Año XI— N° 2739, www.eldial.com. CNCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S.A. s/ sumario, www.microuis.com: La actividad de intermediación en la oferta y demanda de recursos financieros desarrollada por la demandada sin que mediare autorización de la autoridad de aplicación, en tanto prohibida por la ley, ha devenido ilícita y, por tanto, subsumible en la normativa del art. 19 de la LS.

³⁰ FARGOSI, HORACIO, “*Nota sobre Sociedades Comerciales y Personalidad Jurídica*”, LL, 1988-E, p. 66.

³¹ COLOMBRES, GERVASIO, “*Curso de derecho societario*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 167; FARGOSI, HORACIO, “*Sociedad...*”, op. cit.; ESCUTI, IGNACIO, “*Sociedad e invalidez...*”, p. 496.

Juzgado 6° en lo Comercial de la Capital, Firme, 20/07/1978. - Nieto Rivera, Eduardo c/ Termofer SCA, Manual de Jurisprudencia LL, Ley de Sociedades Comerciales, 1984, p. 47: Cuando el art. 19 LS sanciona con la disolución a aquellas sociedades que teniendo un objeto lícito ejerzan actividad ilícita, además de proceder en consecuencia con los principios que informan la normativa del art. 953 del CC, está sancionando un proceder no computable como actividad societaria a tenor de lo dispuesto por su objeto lícito, pues esa serie de actos no estarían contribuyendo al fin propuesto por los socios al crear el ente.

³² HALPERIN, ISAAC, “*El régimen...*”, cit., p. 560. Richard, Efraín, 21/05/2010, “*La sociedad civil y el objeto comercial*”, www.micrjurs.com: el supuesto penal del art. 19 LSC, sobre actividad ilícita que autoriza declarar de oficio la disolución y la responsabilidad de socios y administradores. **En contra:** NISSEN, RICARDO A., “*Ley de sociedades comerciales 19.550 y modificatorias, Comentada, anotada y concordada*”, 3° ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 358. Resol. IGJ 51, 09/01/2006, en el expte. Biasider SA s/ denuncia, RSyC, N° 37, Nov./Dic. 2005, p. 335. Si tanto la sociedad local participada, como las sociedades del exterior han compartido conductas que han importado una desnaturalización funcional que ha tenido la virtualidad del completo desbaratamiento del régimen de publicidad comercial querido por el art. 123 de la ley 19.550, ello importa una actuación que, por su coherencia en la constante inobservancia de ese régimen de orden público, cabe sean asimiladas a una actividad ilícita en los alcances del art. 19 de la ley 19.550, tanto más por haberse tratado de la permanente infracción de un régimen de orden público, lo que autoriza la disolución y liquidación de las entidades, de oficio o a instancia de parte. CNCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S.A. s/ sumario, www.microuis.com: A la sociedad que, al intermediar con habitualidad en la oferta y demanda de recursos financieros desarrolló una actividad ilícita, cabe aplicar como sanción el efecto disolutivo y liquidatorio; debiendo descartarse que se trate de un supuesto de nulidad. Juzg. N° 2 de Concursos y Sociedades, Córdoba, 26/05/1986 cit.: La fuerza coactiva de la sanción prevista por el art. 19 de la ley 19.550, radica en la misma disolubilidad, que implica la desaparición de la sociedad y la consecuente privación, a todos los socios, del medio jurídico instrumentalmente apto para desarrollar su actividad económica, lo cual lleva después a un régimen específico de liquidación que se aplicará a todos los socios que no logren acreditar su buena fe.

³³ RICHARD, EFRAÍN H., “*Actividad...*”, op. cit.

³⁴ GRISPO, JORGE D., “*Tratado...*”, op. cit., p. 240: el legislador, con buen criterio ha incluido en esta regla a quienes actúen como administradores sociales, sin que, en lo formal lo sean”.

sociedad extranjera violando las disposiciones del art. 124 LGS³⁵.

4. - Un reciente fallo orilló esta cuestión. Se trata del emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, SALA E, en expediente 86657 / 2002 Incidente N° 54 – en la causa “BANCO GENERAL DE NEGOCIOS S.A. s/QUIEBRA s/INCIDENTE DE REVISION DE CREDITO POR BEADE DE BARGALLO CIRIO, MARIA MATILDE Juzg. 1 Sec. 2 13-2- 4, en Buenos Aires, el 2 de junio de 2017, apuntando en medulosos considerandos unánimes: “Actuación de las sociedades off shore y la conformación de un grupo societario: Como es sabido, se ha denunciado en autos como presupuesto y debido sustento de la admisión de la pretensión verifcatoria en el pasivo de la fallida, la pertenencia de esta última a un grupo económico al que habrían pertenecido las sociedades “off shore” a través de las cuales fueron canalizados los fondos cuya devolución se persigue. La comprobación de la existencia de un grupo económico entre sociedades no es tarea fácil para los terceros y mucho más cuando se trata de sociedades extranjeras de las denominadas *off shore*. Las sociedades *off shore* acarrear innumerables inconvenientes en materia de prueba.”

En el caso un depositante en cuentas en el exterior en sociedades *off shore* que operaban en el propio local y con el personal de la fallida, intentaba verificar un crédito, con la oposición de la sindicatura y de dos grandes bancos extranjeros socios de la fallida, haciendo referencia a la norma del art. 19 LGS y al fallo en el caso VIPARITA, continuando el fallo: “Las entidades financieras extranjeras que pretenden ejercer intermediación financiera u operación de cambios deben abrir sucursales en la República Argentina, las que deben radicar efectiva y permanentemente capitales en el país; de la imperatividad de este recaudo resulta que la actuación financiera sin la autorización pertinente debe ser calificada como actividad ilícita al tenor del art. 19 de la ley 19.550 (Richard, Efraín; “Actividad ilícita y sociedad extranjera no inscripta”, Revista de las Sociedades y Concursos”, del 31.08.05, cita: IJ-XXVI-575). Ha de recordarse que ésta ha sido el encuadre legal empleado por la Sala C de esta Cámara en un conocido precedente al confirmar la sentencia de primera instancia (v. “Ballester Rolando Alberto y otro c/ Viparita S.A s/ sumario”, del 23.06.04). Como se dijo, las vinculaciones atribuidas no provienen de participaciones accionarias directas sino de otros instrumentos como lo es el hecho de tener como directores o accionistas a los mismos sujetos. Es decir que, aun cuando no sea posible atribuir la existencia de una vinculación societaria ni contractual entre BGN y aquellas sociedades extranjeras – aunque sí existe esa conexión entre algunas de ellas-, sí es factible detectar la presencia de un nexo que involucra una relación de control “de facto””.

La Cámara, pese a considerar incluído el caso en las previsiones del art. 19 LGS aparentemente no lo aplicó ni condenó consecuentemente por responsabilidad solidaria a los socios. La sociedad fallida (local) era sólo parte de un grupo económico de hecho con las *off shore*, y se limitó a verificar el crédito por responsabilidad, pero el art. 19 LGS se invocó pero no se desarrolló. Por el los socios y administradores debieron ser declarados solidariamente responsables pero ignoramos si fueron demandados en el principal y la razón por la que dos bancos socios se legitimaron pasivamente en este incidente. La Cámara, al determinar minuciosamente la responsabilidad de la fallida, por vínculo extracontractual –que distinguió por la fecha de los hechos- hizo una compensación de culpas: consideró el dolo de la fallida y las *offshore* por operar ilícitamente en el país, teniendo en cuenta la culpa del depositante que intento evadir impuestos y por eso depositó en una banca *off shore*, pero al existir derecho de consumo de por medio, considero que el dolo licuaba la culpa. Ahora bien, como sanción no le dio privilegio propio del depositante sino solo le verifico el crédito como quirografario por indemnización.

³⁵ RICHARD, EFRAÍN H., “Actividad...”, op. cit.

Estas son nuestras prietas consideraciones de un fallo prolijamente fundado.

III – EL PROYECTO SOBRE RESPONSABILIDAD “PENAL” DE PERSONAS JURÍDICAS.³⁶

En tales condiciones estamos en condiciones de referirnos primariamente al proyecto que propone legislar sobre responsabilidad penal de ciertas personas jurídicas por delitos cometidos —debemos insistir— contra la Administración Pública y cohecho trasnacional.

Pensando en voz alta, bastaría señalar para acomodar las normas al convenio referido en forma explicita, que se aplicarán las sanciones referidas en el proyecto y hasta la prevista en el art. 19 LGS. El riesgo es que se cuestione la aplicación de esta norma para los casos incorporados al proyecto y se niegue jurisdicción a un juez comercial para aplicarla, enredando el sistema en vez de hacerlo eficiente.

Así como en el derecho privado se habla de responsabilidad sólo por daño, estaríamos refiriéndonos a responsabilidad como sanción, o sea por ciertas actuaciones u omisiones vinculadas a una ilicitud, intentando disuadir a su vez a las personas jurídicas de intervenir en la facilitación de una conducta ilegal.

Nada más disuasivo que la referida norma societaria que, lamentablemente, sólo ha sido aplicada en pocos casos, y ni aún en supuestos de actividad financiera ilícita con graves daños a inversores inducidos erróneamente por un banco local como el caso de Banco Austral, Banco General de Negocios, etc. entre otros, donde pese a haber quedado acreditada la ilicitud, se optó por la vía de la declaración en quiebra después de más de 10 años de trámite³⁷. También hemos tenido algún caso en Córdoba... Y piénsese en los casos de constructoras contratistas de obras o servicios públicos, alguna en concurso preventivo y cuyas máquinas se podrían usar en algunas obras públicas o mineras por el Estado... ¿Que se reclamará en este caso dentro de 10 años? El Proyecto no será aplicable... Hay socios aparentemente de control y mayoritarios multimillonarios. ¡Y no se ha pensando en aplicar el art. 19 LGS! ¡También se podría usar el art. 54 LGS para alcanzar a controlantes y también el 144 Código Civil y Comercial –CCC- para imputar los daños a los funcionarios públicos de alto rango...! ¿Se podrían aplicar esas normas a casos actuales de funcionarios públicos, o a los 34 legisladores provinciales que habrían aprobado el contrato con una petrolera en 2006, y que derivados de una investigación de la SEC estarían bajo la mira de la justicia penal argentina?

La liquidación de una sociedad por actividad ilícita permite resguardar a los terceros de buena fe –incluso socios-, y asegura que el remanente pase al Estado, como una forma legítima de extinción de dominio.

La norma que rescatamos permite hacerlo por cualquier autoridad judicial, aún actuando de oficio, claro que podrá ser cuestionada, pero la alzada rectificará o confirmará rápidamente su aplicación evitando en su caso la continuidad de una sociedad que haya desarrollado actividad ilícita, como hoy se advierte en múltiples relaciones de estados con empresas.

³⁶ Sobre el cual se escribió un exhaustivo comentario: VITOLLO, Daniel R. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en LA LEY 2016-F-diario del 29/11. A lo escrito por el distinguido colega poco hay que agregar fuera de nuestra referencia a la original ley de sociedades, en nomras mantenidas por la Ley General de Sociedades.

³⁷ Nto. “CONCURSOS DE SOCIEDADES: ‘ACUERDOS’ Y CORTE SUPREMA”, en *RECURSOS EXTRAORDINARIOS – DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA*, AAVV Directora Angelina Ferreyra de de la Rúa, Coordinadora Mariana A. Liksenberg, Edición Advocatus, Universidad Empresarial Siglo Veintiuno, Córdoba, diciembre 2016, pág. 461.

¿Hay que hablar de derecho penal de las personas jurídicas, o de abusos de la funcionalidad societaria, sancionables de diversa forma como resulta del art. 19 LGS? Sin duda hace falta cubrir nuestra inactividad legislativa de 16 años en torno a la Convención Internacional, pero...¿no será conveniente hacerlo más sencillo? ¡Y sobre todo recordar la existencia de las referidas normas sobre sociedades y personas jurídicas!

1.-No contestaremos a la pregunta que se formulará si una persona jurídica puede delinquir, lo que no tenemos dudas es que puede usarse para realizar o encubrir ilicitudes —lo estamos advirtiendo en numerosos casos—, pero existen ya numerosas normas que las sancionan.

Para las nuevas sanciones a esas personas jurídicas, llamadas penales, se ha buscado fundamentación, particularmente en la teoría de la culpabilidad de organización, como deficit o falencia que permite la comisión de delitos por parte de los órganos sociales de la persona jurídica, que es equivalente a la culpabilidad de las personas humanas. Requiere la existencia de sistemas de control interno y prevención, por lo que —ante su falta— los hechos de representantes o vinculados pueden generar la responsabilidad —no necesariamente— de la persona jurídica.

Desde el punto de vista punitivo en el Proyecto, constatado el hecho delictivo de personas humanas en su tipificación, deberá evaluar el juzgador los estándares de controles para asegurar la funcionalidad legal de los órganos y su inexistencia si de ella derivó aquel hecho delictivo.³⁸

Si los estándares eran adecuados, visión empresarial-funcional no fácil de juzgar —y menos por un juez penal—, no habrá responsabilidad penal de la persona jurídica, sin perjuicio de la responsabilidad individual de las personas humanas integrantes del grupo organizacional.

2.-La organización del sistema de *complain* —o “Programa de Integridad” en el proyecto de ley—, no es obligatoria.

Es un intento de consagración legislativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por lo que se ha dado en denominar “defectos de *compliance*”. La teoría del defecto de organización permite sancionar penalmente a las personas jurídicas por la comisión de delitos por parte de sus miembros o subordinados y en su beneficio, por un injusto propio de la persona jurídica, la cual se ha organizado defectuosamente durante el desarrollo de sus actividades, de una manera o modo por el cual se ha permitido o favorecido la comisión de un hecho delictivo.

El *compliance* o cumplimiento normativo es un instituto del derecho, la economía, las finanzas y la administración que consiste en establecer las políticas y los procedimientos adecuados y suficientes para garantizar que una específica persona jurídica privada —organizada del modo que fuera—, incluidos sus directivos, empleados y agentes vinculados, cumpla con el marco normativo aplicable al régimen legal vigente y a las disposiciones que regulan la creación y la actividad del ente, así como el de la propia actividad que dicho ente desarrolla, particularmente en su vinculación a negocios con el Estado.

Si se genera una ilicitud lo será por un abuso de la funcionalidad societaria, cuando no en su misma constitución.

El proyecto se limita a sugerir contenidos del Programa de organización eficiente, advirtiendo —en forma genérica y abierta— que el mismo “podrá contener, entre otros,” algunos de los elementos que enumera.

³⁸ El pasado mes de mayo la Universidad Blas Pascal organizó las Jornadas “**La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas:** El Proyecto de Ley del PEN y su incidencia sobre la actividad societaria y empresarial”, donde compartimos con penalistas, que sostuvieron posiciones encontradas y con *complaints officer* de importantes corporaciones, sorprendiendo con nuestra visión sistémica.

No determina obligaciones, ni deberes, sino de meras facultades —la norma proyectada utiliza un tiempo futuro del verbo “poder”, indicando —debemos insistir— que el Programa de Integridad “podrá contener” algunas de las medidas que señala—sin excluir otras—. Las políticas de la llamada “responsabilidad social empresaria” tienen cierto paralismo con este Programa de Integridad.

El tipo legal consagrado en el proyecto para responsabilizar a las personas jurídicas incluidas en la norma es de carácter absolutamente objetivo, y consiste en que las personas jurídicas —privadas— mencionadas en su art. 1, inc. a), presenten “un defecto de organización interna que permita a dichas personas jurídicas cometer un delito abarcado por la ley y como consecuencia de un inadecuado control y supervisión de la entidad sobre ellas y de los que pudieran resultar beneficiadas”.

Pero ¿qué debe entenderse por “control y supervisión inadecuado”? El proyecto no lo tipifica en forma concreta sino que señala lineamientos generales y difusos en la materia, indicando que, para guiar el comportamiento de las personas jurídicas privadas y otorgar previsibilidad al régimen jurídico, a efectos de la ley se considerará que el control y la supervisión serán adecuados cuando la persona jurídica “hubiere implementado con anterioridad a la comisión del delito, un programa de integridad en los términos del art. 30” de dicho proyecto; es decir cuando el Programa de Integridad “guarda relación con los riesgos propios de la actividad que realiza la persona jurídica, con su dimensión, y con su capacidad económica, a los fines de prevenir, detectar, corregir, y poner en conocimiento ante las autoridades correspondientes los hechos delictivos abarcados por esta...”.³⁹ Consagra un patrón de conducta flexible que dependerá de una apreciación subjetiva y voluntaria por parte del magistrado interviniente, que será un juez en lo penal, o sea una competencia específica.

Meditan sobre la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas alcanzadas, que el proyecto pretende imponer, por la actuación de proveedores, contratistas, agentes, distribuidores u otras personas humanas o jurídicas con quienes mantengan una relación contractual, cuando no cumplieren con los procedimientos de debida diligencia correspondientes a los programas de integridad. En primer lugar la norma es oscura y no explica ni identifica en qué consiste la debida diligencia de aplicación del Programa de Integridad respecto de estos terceros, ni tampoco si se trata de un control o supervisión que debe ejercerse en relación con la actuación del proveedor o contratista en su vinculación con la persona jurídica, o en sus otras actividades.

³⁹ El proyecto se limita referir posibles contenidos del Programa de organización eficiente, advirtiendo —en forma genérica y abierta— que el mismo “podrá contener, entre otros, los siguientes elementos: ”a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos previstos en la ley; ”b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier interacción con el sector público; ”c) La extensión en la aplicación del código de ética o de conducta, o de las políticas y procedimientos de integridad, cuando sea necesario en función de los riesgos existentes, a terceros o socios de negocios, tales como proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios; ”d) La realización de capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad a directores, administradores, empleados y terceros socios de negocios; ”e) El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad; ”f) El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y la gerencia; ”g) Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; ”h) Una política de protección de denunciadores contra represalias; ”i) Un sistema de investigación interna que respete el derecho de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta; ”j) Procedimientos que comprueben la integridad y reputación de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial; ”k) La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos, o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas; ”h) El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad; y i) La designación de un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad”.

3.-El proyecto sólo considera personas jurídicas susceptibles de ser responsabilizadas penalmente a: sociedades; asociaciones civiles; simples asociaciones; fundaciones; asociaciones mutuales —“mutuales”—; y cooperativas.

Del mismo modo, indica el mencionado proyecto que no se distingue si estas personas jurídicas son nacionales o extranjeras o si tienen o no participación estatal. Todas serán consideradas, a los efectos de la eventual ley, personas jurídicas, dentro de cuya enumeración deja afuera a varias personas jurídicas privadas.

El art. 19 LGS es aplicable a todo tipo de sociedades y asociaciones con forma de sociedad —art. 3 LGS—, sean constituidas en el país o en el extranjero.

En algunos supuestos han sido excluidas de la posibilidad de ser imputadas penalmente —bajo ciertas figuras particulares— las micro, pequeñas y medianas empresas que desarrollen actividades productivas en el país incluidas en la ley 25.300 —imaginamos que por considerar que, por su significatividad económica y organizativa, deben ser exceptuadas de asumir responsabilidad penal en los casos de ausencia o defectos de control y supervisión sobre la actividad de sus proveedores, agentes, contratistas, distribuidores y otros sujetos relacionados comercialmente con ellas—.

Sin duda atraerá esa excepción a ciertos audaces como forma de evadir la represión sancionatoria.

Claro que, para sorpresa, las mismas podrán ser sancionadas aplicando la normativa del art. 19 LGS.

Los contratos asociativos no son específicamente mencionados en el proyecto, pese a ser las uniones transitorias las que se organizan para atender las grandes contrataciones públicas.

4. El proyecto introduce la idea del *compliance officier* como garante de la inexistencia de responsabilidad penal por los controles implementados. Estos controles son similares a los que recomiendo establecer a los llamados directores de asiento para no incurrir en responsabilidad colegial. Deben proporcionar, esos oficiales, una seguridad razonable al Directorio de que en la organización no se comete ningún ilícito de los en esta ley penados, que se vinculan a delitos de la administración pública.

Para sancionar a la persona jurídica —desplegando el proyecto un catálogo gradualista⁴⁰ se requiere una conducta desplegada por alguno de los dueños, socios, accionistas o asociados

⁴⁰ El proyecto propone imponer como pena —que denomina “sanción”— a la persona jurídica condenada por la comisión de algunos de los delitos mencionados, en forma conjunta o alternativa, las siguientes: i) Multa de entre el uno por ciento (1%) y el veinte por ciento (20%) de los ingresos brutos anuales que la persona jurídica hubiere tenido en el ejercicio anterior a la comisión del delito; ii) Suspensión de actividades, hasta por el plazo de diez años —pero si por razones de interés público fuere indispensable la continuidad operativa de la entidad, de una obra o de un servicio en particular, la sanción no será aplicable—; iii) Suspensión del uso de patentes y marcas por un plazo de hasta diez años —pero si por razones de interés público fuere indispensable la continuidad operativa de la entidad, de una obra o de un servicio en particular, la sanción no será aplicable—; iv) Publicación a su costa de la sentencia; v) Pérdida de los beneficios o subsidios estatales de los que gozare; vi) Suspensión para acceder a beneficios o subsidios estatales, o para participar en concursos, licitaciones públicas o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado hasta por un plazo de diez años; vii) Cancelación de la personería jurídica —sólo para el caso en que la persona jurídica privada haya sido creada al sólo efecto de la comisión del delito o si la comisión del delito constituye su actividad principal—. - ¿Como hablar de actividad principal? ¿Como acreditar que fue constituida al solo efecto de la comisión de un delito? Esto solo puede darse en otro tipo de delitos como es el lavado de dinero, el otorgamiento de facturas falsas, pero difícilmente los que hoy centran nuestra atención. El criterio para la graduación y aplicación de las penas, según el proyecto, dependerá de la evaluación que el juez —penal— realice basado en los siguientes criterios: a) La cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; b) La comisión directa por propietarios, directivos o integrantes, o a través de representantes, apoderados o proveedores; c) La naturaleza, dimensión y capacidad económica de la persona jurídica; d) La gravedad del hecho ilícito; e) La posibilidad de que las sanciones ocasionen daños graves a la comunidad o a la prestación de un servicio público; f) La existencia y alcance del sistema de control y supervisión interno de la persona jurídica; g) La denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de dirección o investigación interna; y h) La cooperación prestada para el esclarecimiento del hecho, el comportamiento posterior, y la disposición para mitigar o reparar el daño causado.... ¿Que sanciones aplicar? El marco de sanciones y el análisis de agravantes y atenuantes es mucho más versátil, pero a la vez más duro, que el art. 19 LGS. La SEC en USA no se atreve a

con influencia en la formación de la voluntad social de la persona jurídica de que se trata, o de cualquier apoderado, representante, director, gerente, o cualquier otro miembro o empleado que se desempeñe bajo la supervisión o dirección de estos sujetos, y que dicha conducta antijurídica y típica sea consecuencia de un control y supervisión inadecuados por parte de la persona jurídica —nexo causal—; y en tercer lugar se requiere que la persona jurídica pudiera resultar beneficiada de la conducta antijurídica desplegada por los sujetos mencionados.

En realidad no hay formación de voluntad social, sino decisión de órganos que se hacen imputables al patrimonio social.

No será tarea fácil para el juzgador delimitar esta responsabilidad, y la tendrá que hacer un juez penal sobre un tema organizativo empresarial.

No dudamos que el *compliance officer* podrá ser imputado por responsabilidad en el caso que de su actuación u omisión resulte daño a la sociedad, los socios o terceros.

5. Para llegar a aplicar sanciones, primero deberá tipificarse el delito en forma subjetiva en relación a una persona humana, identificado o no, y vinculado a una persona jurídica societaria a la que se relacionaría a uno de los actuales delitos punidos penalmente en torno a la función pública. La existencia, en ese caso, de la organización podrá servir para atenuar la pena.

Lo caracterizante es que la cuestión, que también puede tener otra sanción impositiva, de lavado de dinero, etc., será ahora juzgada por un tribunal penal conforme a un código de procedimiento penal. Otra jurisdicción no podrá intervenir, salvo que invoque el art. 19 LGS.

6.-Estas apreciaciones nos hacen dudar de la eficiencia del sistema. Siempre hemos pensando en la conveniencia de pocas leyes y eficientes para asegurar la convivencia. Las normas del derecho privado que contienen sanciones —a nuestro entender de tipo penal- y mejor aún responsabilizatorias apenas han sido usadas por algún Tribunal, y no se advierte su existencia para atender escandalosos casos.

Dudamos, como lo han hecho otros comentaristas, de la eficiencia de una norma que parece destinada a satisfacer un criterio específico de un acuerdo internacional, que nos ha llevado a copiar normas y sistemas del derecho español, chileno y brasilero. El Reino Unido de Gran Bretaña, prevé una Responsabilidad Civil y Administrativa Objetiva, no criminal de las personas jurídicas que practiquen actos contra la administración pública.

Otra pregunta sería como es que no hemos podido disuadir a los funcionarios públicos, sobre cuya intervención dolosa se expanden estos otros actos sancionables, y existen normas penales específicas. En ese sentido se sancionó como delito el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en el artículo 258 bis del Código Penal, como lo exigía la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. VIII) a través de la ley 25.188, que luego fue modificada por recomendación del Grupo de Trabajo de la OCDE.

IV – EL PROYECTO SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

El anterior proyecto de “extinción de dominio” referido a bienes logrados por medios ilícitos vinculados a una causa penal, que tiene su base en el decomiso, nos impone similares apreciaciones en torno a su eficiencia. Estamos acostumbrados que los procesos penales,

requerir la cancelación de la autorización para funcionar de bancos que han contribuido en forma masiva a lavar dinero, limitándose a convenir multas multimillonarias supuestamente por ser la primera vez... aunque luego repiten la conducta y la sanción...

particularmente vinculados a funcionarios públicos y a maniobras estafatorias, se extiendan por toda una generación o sea alrededor de 15 años.

Por eso, en torno a sanciones existentes y eficientes, que cubriría respecto de sociedades todas las críticas, nos referimos fundamentalmente al art. 19 LGS, en cuanto dispone que el remanente de la liquidación de la sociedad con actividad ilícita se derivará al Estado.

Justamente el antecedente de la ley 26.683, que incorporó el Título XIII al Libro Segundo —“De los delitos”— al Código Penal, referido a los delitos contra el orden económico y financiero, se retipificó específicamente el delito de legitimación de bienes —o activos— de origen ilícito —delito clásicamente denominado “lavado de dinero”— estableciendo la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas, avanzando en este sentido el legislador en el cuerpo principal del Código hacia un cambio de criterio en materia de imputabilidad de las personas jurídicas; aunque la ausencia de reglas respecto del modo en que se debe imputar a la persona jurídica de conformidad con lo establecido en la norma mencionada, determina que la cuestión quede librada exclusivamente al arbitrio de los jueces, los que en cada caso concreto deberán resolver, según su propio criterio, respecto del cual nada aún ha sido definido como tendencia jurisprudencial.

V – ACTIVIDAD ILÍCITA, RESPONSABILIDAD Y EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Formalizamos algunas apostillas en torno a esos aspectos.

Así como en el derecho privado hablamos de responsabilidad solo por daño, aquí estaríamos hablando de sanción por responsabilidad, o sea por ciertas actuaciones u omisiones vinculadas a un delito, intentando disuadir a su vez a las personas jurídicas de intervenir en la facilitación de una conducta ilegal.

Si como indica el mensaje de elevación del proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, el objetivo perseguido es la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de ciertos delitos mediante la implementación de programas de integridad y cooperen con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia de aplicación de la ley penal, nada mejor que recomendar la adecuada funcionalidad societaria y las conductas, bajo el principio de autonomía de la voluntad sin dañar, y en tal caso la asunción de responsabilidad, sea por acción u omisión dentro de lo que se señala como “defecto de organización”, busquemos la solución, por lo menos para las sociedades en la ley específica, conforme a la prelación de normas que impone el art. 150 CCC, y estás serían entre otras las imperativas de los referidos arts. 19, 54 y las de los arts. 96, 99, o “en su defecto” las normas imperativas del propio CCC. En tal supuesto de actos u omisiones de los socios, lo asegura el art. 167 in fine CCC, en una fórmula adecuada a la teoría “de la culpabilidad de organización”, generando una norma disuasoria, regulando en torno a daños que se generen en la funcionalidad de la sociedad: **“Liquidación y responsabilidades.... En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”**. Esto nos ha llevado a ensayar sobre la relatividad de la responsabilidad mancomunada o aún de la limitada de los socios de control o que colaboran con el grupo de control.⁴¹

⁴¹ Nto. “LA RESPONSABILIDAD MANCOMUNADA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES”, en *Institutos del Derecho Comercial a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Ediciones D&D, Buenos Aires septiembre de 2016, páginas 69 a 94.

1. Adviértase la disonancia de la previsión punitiva –muy acotada- de Cancelación de la personería jurídica con la regulación del CCC que impone la liquidación de las sociedades en resguardo de terceros, particularmente en el caso de sociedades comerciales. En tal sentido la referida norma del art. 19 LGS que impone la liquidación.

Claro que la suspensión de actividades por 10 años en los hechos significa generar una causal de disolución prevista en el art. 94.4 LGS. Otro tanto puede decirse de sanciones tales como la “suspensión del uso de marcas y patentes” por el plazo de hasta diez años —cuya inclusión nadie ha explicado—, junto a la referida “suspensión total o parcial de actividades” por un plazo también de hasta diez años, que en lugar de castigar a la persona jurídica, castiga al conjunto de sujetos vinculados con su actuación tales como los trabajadores, clientes, proveedores, consumidores, y hasta el entorno social...

Como integración de esta visión del *compliance*, que llevará la actuación impropia y materia de un vinculado a una sociedad a la organización, y a miembros de sus órganos, o sea sobre las obligaciones de control preventivo que deben asumir los que integran los órganos de las personas jurídicas, de acuerdo al principio rector del art. 1725 CCC “deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas” para no incurrir en omisión impropia.

Algunas causas encontrarán mejor solución en las previsiones del CCC y LGS sobre la mal llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica, pues en el Proyecto no se intenta responsabilizar al grupo de control sino a la persona jurídica controlada.

Si lo que se quiere es realmente combatir y castigar a la delincuencia económica, especialmente frente a actos de corrupción, las categorías con las que se han manejado —al menos hasta el presente— el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, resultan insuficientes, y debe replantearse el tradicional principio *societas delinquere non potest* cuya vigencia, frente a la nueva realidad económica y social, pareciera haberse perdido.

Ello en modo alguno habilita a que la introducción de este nuevo criterio se realice de un modo abrupto, asistemático e inconsistente respecto del conjunto del ordenamiento civil, comercial y penal vigente, ni puede solucionarse la controversia mediante la reproducción de normas sancionadas en otros países.

2. Cuando se genera la personalidad jurídica, art. 142 CCC, se constituye una institución jurídica que no puede desaparecer sino cumpliendo los recaudos previstos en beneficio de terceros, que es la liquidación. Un tema sensible será que el Estado por su poder punitivo no pueda postergar los derechos de terceros de buena fe que hubieran contratado y fueran acreedores de prestaciones o créditos de la sociedad punida.

Esta última apreciación es aplicable a cualquier intento normativo sobre “extinción de dominio” por actividad ilegal de persona jurídica, pues debe protegerse a esos terceros.

3. Un tema interesante son los alcances de las sanciones contenidas en el art. 19 LGS: liquidación con destino del remanente al Estado y responsabilidad solidaria de administradores y socios que no acrediten buena fe. Si hay remanente de liquidación no podrá, en principio, pensarse en responsabilidad de administradores y socios por deudas o daño. Y si se ejercita la responsabilidad será, también en principio por cuanto no hay remanente en la liquidación, sino pasivo insatisfecho. Ello no empece a que el patrimonio de la sociedad con actividad ilícita se integre con acciones de responsabilidad por daños ejercida por el liquidador contra administradores y socios.

VI – CONCLUYENDO.

Debemos pensar en sus costos, que incidirán aún más en el “costo argentino” y la pérdida de competitividad internacional. En España, donde se encuentra previsto legalmente en similar forma, *el complain officer* realiza también tareas más concretas de seguridad electrónica y del comercio a distancia.

Pero esto no es ajeno a las normas ya vigentes, como hemos referido a lo que agregamos una referencia valorística a la buena fe en el art. 9 CCC y las previsiones para prevenir el daño en arts. 1710 CCC y siguientes.

Importa una visión sistémica del derecho que requiere el art. 2 CCC, más las disposiciones constitucionales, unido a otras normas del Título Preliminar, buena fe, abuso del derecho, fraude a la ley, etc. que tienden a eliminar ciertas tabicaciones... ¿Hay que hablar de “derecho penal” de las personas jurídicas, o de abusos de la funcionalidad societaria o de una teoría general de la aresponsabilidad de las personas jurídicas, sancionables de diversa forma como resulta por ej. de los arts. 19 y 54ter⁴² LGS? Es un problema de volición, voluntad psicológica, o de abuso de la personalidad jurídica, creadas libremente por la autonomía de la voluntad, pero que no pueden dañar... La misma visión integrativa permite asegurar el cumplimiento de la ley, y de la libertad sin dañar, pues si hay daño nace responsabilidad, y los efectos de la misma pueden ser calificados como propios de la estructura de las personas jurídicas...

Sin duda hace falta cubrir nuestra inactividad legislativa de 16 años en torno a la Convención Internacional, pero ¿no será conveniente hacerlo más sencillo?

Recordamos un pensamiento clásico, que alteramos en relación a la actividad comercial: No se pida al legislador un rasgo de genialidad imposible como preveer todas las conductas humanas, particularmente las económicas organizacionales. Y si entreviera esa posibilidad casi divina sin duda generaría tantas normas y marañas que caería en la oscura prolijidad. Dejemos por tanto en claro los principios que luego lo demás deviene naturalmente. El sistema jurídico determina las normas de convivencia. Una norma que no tenga sanción por su incumplimiento no tiene sentido. Así lo venimos sosteniendo al referirnos a la “Economía del Derecho”⁴³.

La capacidad jurígena de crear personas jurídicas debe estar vinculada necesariamente a su legalidad. Siempre hemos alentado esa capacidad de crear sociedades personas jurídicas a través de la autonomía de la voluntad, cumpliendo las normas previstas a tal fin. Esa libertad sólo tiene como límite no afectar derechos de terceros, incluso del propio Estado que necesita tomar una parte de los resultados de la actividad económica para asegurar el cumplimiento de sus fines superiores.

⁴² Nto. “INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD” en **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246.

⁴³ Nto. *Realidad, Economía y Derecho* en libro colectivo “POLÍTICA, ECONOMÍA Y DERECHO – Equilibrios y Desequilibrios”, 2ª reimpression, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2005, y en version completa en la página electrónica de esa Academia www.acader.unc.edu.ar, Primera parte, apartado IV pág. 95.