

“EFICIENCIA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PÚBLICO-PRIVADA”¹

José Daniel CESANO – Carlos Julio LASCANO – Efraín Hugo RICHARD

I.- El problema de la corrupción. En la actualidad es un fenómeno plenamente observable, a través de las investigaciones empíricas desarrolladas por la Criminología, el del maridaje entre lo público y lo privado en casos de corrupción. En efecto, “[d]e un tiempo a esta parte (...) vienen saltando a la palestra casos tanto de consunción entre lo público y lo privado como casos de claras malas prácticas en el seno de sociedades mercantiles de todos los ámbitos y tamaños”². En este sentido, es importante recordar que la corrupción supone una utilización desviada, desleal o perversa de potestades públicas para satisfacer intereses privados o particulares; en ocasiones, del titular de esas potestades (funcionario público), pero muchas veces, también, de terceros (que no ocupan un rol funcional en la administración) relacionados con contrataciones estatales, prestatarias de servicios tercerizados, que pueden provocar estas malas prácticas³. Una de las estrategias político criminales para afrontar esta problemática consiste en establecer sistemas de doble imputación en donde no sólo se prevea formas de responsabilidad penal individual para los sujetos que han intervenido en aquellas criminalidades sino, también, paralelamente, prever la imputación penal de la persona jurídica en donde tuvieron lugar aquellas conductas desviadas. Con la sanción de la ley 27.401 (Ley de Responsabilidad Penal Empresarial), el derecho penal argentino se ha adherido a esta estrategia. La presente ponencia se propone analizar la conveniencia político criminal de este sistema dual; extremo que exige confrontar aquella realidad normativa con los principios que rigen, en un Estado Democrático de Derecho, el diseño del *ius puniendi*; especialmente desde la perspectiva del principio de *ultima ratio*; el cual, entre otros aspectos, supone reservar la imposición de penas para aquellas situaciones en donde han fracasado otros mecanismos de control social destinados a la tuición de bienes jurídicos.

Para ello, el primer lugar, será necesario analizar si la citada ley 27.401 es constitucionalmente tolerable tanto desde la perspectiva de la ley fundamental como de las normas convencionales. Asimismo, deberá indagarse si este cuerpo normativo constituye un instrumento idóneo para cubrir las finalidades que pretende alcanzar; aspecto que requerirá escrutar el diseño dado por el legislador a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Si la respuesta a estos interrogantes fuese negativa corresponderá observar si, nuestro ordenamiento jurídico ya cuenta con algunos instrumentos jurídicos suficientes para afrontar el problema de la corrupción. Este análisis supondrá, por una parte, sistematizar las normas penales contenidas en el Código vigente con el propósito de visibilizar la existencia o no de una laguna normativa específica que permita reprimir las conductas individuales vinculadas con estas formas de criminalidad así como la suficiencia de las normas vigentes. Por otra parte, hará necesario, también, analizar la normativa mercantil, con posible incidencia sobre esta cuestión.

De esta forma, el tratamiento de la temática propuesta habrá de partir de una propuesta epistemológica multidimensional; que coloca, en un lugar de privilegio, la perspectiva interdisciplinaria.

II.- La responsabilidad penal de la persona jurídica en la ley 27.401: problemas de constitucionalidad y de eficacia

¹ Texto presentado en el X Congreso de Academias Iberoamericanas de Ciencias Jurídicas. Madrid, 22 al 25 de noviembre de 2018.

²Cfme. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales”, en Santiago MIR PUIG – Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directores), *Política criminal y reforma penal*, Coedición Edisofer – B de F, Madrid – Bs. As. – Montevideo, 2007, p. 401.

³ Sobre estos aspectos, cfr. SÁEZ CAPEL, José, “Corrupción en el sector privado”, en David BAIGÚN – Nicolás GARCÍA RIVAS, *Delincuencia económica y corrupción*, Ed. Ediar, Bs. As., 2006, pp. 73/74.

A continuación analizaremos si existe o no tensión entre las disposiciones de la ley 27.401 con los principios de nuestra Constitución al igual que con las normas convencionales internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad federal.

José Daniel Cesano⁴ explica que dentro de la “*jungla del Derecho Penal Económico*”, como la denomina Schünemann, nuestro Derecho se caracteriza por su “*promiscuidad*”: “*Es que, y de allí que utilicemos este calificativo- junto a un nutrido núcleo de disposiciones que intentan solucionar la problemática derivada de este tipo de delincuencia como instrumentos de imputación propios del Derecho penal convencional (por ejemplo: las cláusulas del actuar en lugar de otro o autoría mediata), rechazando, así, la responsabilidad del ente ideal, se observan algunas leyes que, directamente, establecen la imputación penal de la persona jurídica (así: en el ámbito de los delitos aduaneros, el artículo 888 de la ley 22.415; o en relación al régimen penal de defensa de la competencia que establece la ley 25.156, su artículo 47)*”. Agregamos el régimen penal cambiario (ley 19.359, art. 2º, inciso “f”) y la ley sobre abastecimiento nº 20.680, art. 8º.

En la Parte General del C. Penal argentino no tenemos regulado el repertorio de consecuencias jurídicas para las personas jurídicas que el C. Penal español de 1995 preveía en el art. 129, según la L.O. 15/2003, bajo la ambigua denominación de “*consecuencias accesorias*”. Únicamente existe una referencia a las personas colectivas con relación a la pena accesoria de decomiso, en el tercer párrafo del art. 23 C.P.: “*Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como **órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal**, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la **persona de existencia ideal**, el comiso se pronunciará contra éstos*”.

Nuestro Código Penal, a través de la reforma de la ley 26.683⁵, en el título 13 de la Parte Especial - relativo a los delitos contra el orden económico y financiero-, luego del art. 303 que tipifica de modo autónomo el lavado de dinero, contiene actualmente sanciones para las personas jurídicas en el art. 304: “*Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:...*”.

Las leyes 26.733 y 26.734⁶ agregaron otros tipos delictivos dentro del mismo título 13 del C. Penal, en los arts. 306 a 312 inclusive; la primera de las mencionadas leyes incorporó el art. 313: “*Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos precedentes hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal*”. El párrafo 2º de dicho artículo contiene una previsión especial para las personas jurídicas que hagan oferta pública de valores negociables; el párrafo 3º prevé la situación de la persona jurídica concursada.

Frente a una base normativa tan fragmentaria y heterogénea, en nuestra jurisprudencia existen fallos divergentes: los cuantitativamente minoritarios —que a partir de obstáculos constitucionales- son contrarios al reconocimiento de responsabilidad directa de la persona colectiva en aquellas leyes que así lo permiten; en cambio, los mayoritarios admiten tal posibilidad, para lo cual sólo reparan en la estructura lingüística de las normas que aplican.

Como muestras más significativas del primero de los lineamientos jurisprudenciales, se exhibe el voto disidente del juez Gustavo Mitchell de la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (“Peugeot Citroën Argentina S.A. s/rec.de casación”), al igual que la sentencia de la sala I de la misma Cámara Nacional de Casación, en el caso “Fly Machine”.

En este último, dicha Sala confirmó el pronunciamiento dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, en cuanto resolvió declarar la nulidad de los requerimientos de elevación a juicio (formulados por la querrela y por la Fiscalía), en razón que en ellos se había imputado a una persona jurídica —la empresa “Fly Machine S.R.L.”— la comisión de un delito —contrabando documentado en

⁴Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, Ediar, Buenos Aires, 2007, pp. 141 y 142.

⁵ BO del 21/6/2011.

⁶ Ambas publicadas en el B.O. 28/12/11).

grado de tentativa (arts. 863, 864 inc. b, 865 inc. f y 871 del Código Aduanero) —; declarándose también la nulidad de todos los actos procesales que referían a la aludida empresa como imputada.

El 30 de mayo de 2006, en la causa “Fly Machine” la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el recurso extraordinario federal interpuesto por la Dirección General de Aduanas. Aunque el voto de la mayoría de los ministros de la Corte, siguiendo el dictamen del Procurador General, rechazó la instancia extraordinaria por fundamentación insuficiente, el ministro Zaffaroni —basado en los principios constitucionales del *nulla injuria sine actione*, de culpabilidad y de personalidad de la pena— sostuvo la vigencia del aforismo “*societas delinquere non potest*”.

Sin embargo, el criterio jurisprudencial prevaleciente es el que convalida la validez constitucional de las normas de Derecho Penal especial que consagran la responsabilidad penal de la persona de existencia ideal. Tal tesitura impera respecto de los delitos aduaneros, tanto en la Cámara Nacional de Casación Penal, cuanto en la Cámara Nacional en lo Penal Económico.

Al respecto, ha dicho Cesano que “...la casación nacional, en el mismo precedente “**Peugeot Citroën Argentina S.A.**”, a través de los votos de los jueces Riggi y Tragant sostuvo que: el argumento que dice que responsabilizar penalmente al ente ideal afecta el principio de personalidad por cuanto la sanción alcanza a socios inocentes “**no tiene en cuenta que la pena recae sobre la sociedad, la que si tiene reconocida capacidad penal es una persona distinta de los individuos (...) que la componen**”. La misma línea argumental fue sostenida por dicha Sala en “**Inversora Kilmy S.A., s/Recurso de casación**”.

En relación a la responsabilidad directa de las corporaciones en el régimen penal cambiario, nuestra Corte Suprema de Justicia eludió la declaración de inconstitucionalidad, argumentando que era de naturaleza penal administrativa, campo en el que no necesariamente rigen los principios de culpabilidad y personalidad de la pena emanados de la Constitución⁷. Se produjo un cambio de criterio del Alto Tribunal que anteriormente había admitido la vigencia del principio *nulla poena sine culpa* en dicho ámbito⁸.

Los arts. 2 y 4 del “Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur”, suscripto en la ciudad de Fortaleza (Brasil) el 16/12/96, contienen algunas normas que permitirían construir supuestos de responsabilidad de las personas jurídicas.

José Daniel Cesano⁹ entiende que si la Constitución argentina —a partir de la reforma de 1994 y la incorporación de los tratados que enumera el art. 75, inc. 22, 2ª cláusula— reconoce expresamente el principio de culpabilidad, resulta obvio que la posibilidad de construir una responsabilidad penal respecto de los entes ideales, que emana de aquel Protocolo regional, “*estaría tensionando, abiertamente, el sistema de prelación normativa que surge del principio de supremacía*”.

Igualmente, si se ha introducido expresamente el principio de personalidad de la pena según la cual ésta *no puede trascender de la persona del delincuente* (art. 5º, inc. 3º CADDHH), ello “*impide que a través de la sanción penal de la persona jurídica se castigue indirectamente a personas físicas que no hayan cometido un entuerto en forma penalmente responsable*”¹⁰.

Sin embargo, es atinado el interrogante que se plantea el mismo Cesano¹¹: “*qué sentido tiene que nos opongamos a que, en el Derecho comunitario se admitan estas formas de responsabilidad si, en nuestro propio Derecho penal especial, encontramos ejemplos de ello*”.

Si bien es cierto que, a diferencia de las modificaciones del Código Penal efectuadas por las leyes 26.683 y 26.733, la ley de responsabilidad penal empresarial n! 27.401 introdujo un verdadero sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas en sí mismas, no es menos exacto que las discusiones que se produjeron en orden a la naturaleza de la responsabilidad que establecían los arts. 304 y 313 C.P.,

⁷ “Wlodavsky” (Fallos 298:440) y “Banco Santander” (L.L., 1978-D, p. 235).

⁸ “Parafina del Plata”, Fallos 271:298.

⁹ CESANO, José Daniel, *La responsabilidad Penal de la persona jurídica en los arts. 2º y 4º del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur. Un caso de tensión entre el ordenamiento comunitario y el sistema constitucional*, en “Ley, razón y justicia”, Neuquén, año 5 – n° 8, setiembre de 2003 – mayo de 2004, Alveroni, p.124. El mismo autor, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 132 y ss.

¹⁰ Fabián I. BALCARCE y José Daniel CESANO, *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina*, en “Derecho Penal Económico - Parte General”, tomo 1, Director Fabián I. BALCARCE, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 219.

¹¹ *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, p. 141.

han perdido su razón de ser en la actualidad y también las relativas a su compatibilidad con los principios fundamentales del bloque de constitucionalidad federal. Ello es así por cuanto, a pesar de razonables cuestionamientos doctrinarios basados en su tensión con principios constitucionales, la responsabilidad penal de personas jurídicas en sí mismas y sanciones aplicables a éstas, han llegado para quedarse en legislación de países de órbita del Derecho continental europeo, entre los que nos contamos.

También debemos interrogarnos si la ley 27.401 constituye o no un instrumento idóneo para cubrir las finalidades que pretende alcanzar; aspecto que requerirá escrutar el diseño dado por el legislador a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La mencionada ley de responsabilidad penal empresarial es un producto precipitado y no resultan claros los motivos de la premura del embate reformista que tuvo origen en el proyecto elaborado en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y enviado al Congreso por el Presidente el 20/10/16, que culminó con la sanción de una ley complementaria del Código Penal que tuvo el propósito de introducir un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos de corrupción pública. Ello es así más aún si tenemos en cuenta que en el ámbito de la misma cartera ministerial se encontraba trabajando desde varios meses atrás una Comisión designada por el decreto n° 103/2017 del P.E., integrada por prestigiosos juristas, magistrados judiciales y representantes del gobierno, a la cual se le había fijado el plazo de un año desde que quedó formalmente constituida, para elevar un proyecto de reforma integral al Código Penal argentino, comisión que -según lo han explicado algunos de sus miembros en el panel que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba el día 15 de septiembre de 2017¹²- habría consensuado la necesidad de la recodificación mediante la incorporación al Código Penal de las normas de contenido punitivo dispersas en leyes complementarias y especiales y en leyes sobre diversas materias no penales.

La mayoría de las últimas y espasmódicas reformas, que han acentuado la alarmante pérdida de sistematicidad de la legislación penal argentina, originada en una improvisada política criminal, han tenido su origen en recomendaciones de organismos internacionales como el FMI, GAFI, OMC, OCDE, etc. En el caso de la ley 24.701, en el mensaje de elevación del proyecto del P.E. a la Cámara de Diputados de la Nación se propone “adaptar el sistema penal argentino en materia de delitos de corrupción contra la Administración Pública y el soborno transnacional a los estándares internacionales a los cuales la República Argentina se ha obligado al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Dicha convención, firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el 17 de diciembre de 1997, fue aprobada por el Honorable Congreso de la Nación por Ley N° 25.319 (B.O. 18/10/2000) y entró en vigor para la Argentina a partir del 9 de abril de 2001...”. En esa línea, el miembro informante del dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado, Ernesto Martínez, en la sesión del 20/9/17, expresó: “...*Se tuvo en cuenta la media sanción de Diputados y se procuró, fundamentalmente, teniendo en consideración la opinión de los especialistas y el examen de derecho comparado, tanto de Francia, España y Chile y la opinión ...-de la delegación y los expertos de la OCDE que plantean como exigencia para el ingreso de nuestro país a esa entidad la existencia de una norma de este nivel, fue recogida para redactar este despacho del modo que sucintamente traté de sintetizarlo ...*”. Concluyó diciendo que ello es “*lo que específicamente necesita Argentina para ingresar en un organismo internacional*”.

Pese a que el diseño del sistema de imputación penal de las personas colectivas establecido por la ley 27.401 parece priorizar el modelo de responsabilidad por defecto de organización, ello podría generar bolsones de impunidad para los cuadros directivos de la persona jurídica, ya que una empresa podría contar con una perfecta organización que sirva de pantalla a la comisión de delitos desde el ente de existencia ideal¹³. Sería preferible pensar que –en realidad- se trata de un “*modelo vicarial*” de

¹² En el marco del XVII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal y VII Jornadas Nacionales de Derecho Penal.

¹³ DE LUCA, Javier Augusto, *Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, “La reforma penal del nuevo milenio”, en el encuentro organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 14 y 15 de septiembre de 2017, 3° Panel. Parte Especial, Delitos Económicos, inédita.

heterorresponsabilidad penal porque implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante ha cometido un delito, en provecho de la empresa, actuando en el marco de sus funciones.

En efecto: la ley sancionada por el Congreso argentino en varias disposiciones expresamente se refiere a la “*persona humana que cometió el delito*” (art. 2°, último párrafo), a las “*personas humanas autoras o partícipes del hecho delictivo*” (art. 4°), a la “*persona humana que hubiere intervenido*” (art. 6°). Agregamos que el art. 6° del texto legal en análisis –bajo el rótulo “*Independencia de las acciones*”– expresa: “*La persona jurídica podrá ser condenada aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica*”. Esta disposición tiene semejanza con el art. 59.3 del AP 2014, para el cual también será “responsable” la persona colectiva, aunque el hecho no redunde en su beneficio o interés, “*si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión*”.

Aunque se acepte la responsabilidad penal de la persona jurídica y se le imponga una sanción por el hecho individualmente cometido –en el marco de la organización del ente corporativo y en beneficio de éste– por las personas físicas que como órganos suyos la administran y adoptan decisiones, tal circunstancia no debería impedir la punición de estas últimas –pese a que puedan no estar identificadas– toda vez que la responsabilidad penal del ente corporativo no es accesoria ni subsidiaria de la responsabilidad individual, sino independiente de la misma.

Por ello –en consonancia con el texto del art. 37 del anteproyecto elevado al Poder Ejecutivo por los miembros de la Comisión de Reforma Penal designada en el año 2017 – postulamos incluir en el Código Penal la cláusula de la **actuación en lugar de otro**, para cubrir las lagunas de punibilidad en los delitos especiales propios cuando sean cometidos por las personas físicas que actúan como órganos de las personas de existencia ideal que no reúnan los requisitos específicos exigidos para ser considerados autores de esa clase de delitos.

De tal modo, junto a la previsión de dicha cláusula y la adopción de criterios de imputación de responsabilidad penal individual a directivos de las personas colectivas fundada en la omisión impropia por su posición de garante, se podría evitar la “organizada irresponsabilidad”, que aludía Tiedemann, la cual genera importantes espacios de impunidad en materia de *criminalidad de la empresa* y de corrupción pública y privada. Para ello es importante establecer cuál ha sido la contribución de cada una de esas personas físicas intervinientes en el delito y el posible incumplimiento de deberes específicos, porque el solo hecho de ocupar un cargo de jerarquía en la estructura empresarial no significa que, automáticamente, se le deba atribuir responsabilidad penal; de lo contrario, podríamos acercarnos a un Derecho Penal de autor, en contraposición al Derecho Penal de hecho, propio del Estado constitucional de Derecho.

En la hipótesis que las personas físicas que administran la empresa organizada bajo la forma de una persona de existencia ideal, con anterioridad al hecho del proceso hubiesen implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de la ley 27.401, no resulta plausible que –si concurren simultáneamente las otras circunstancias exigidas por el art. 9 de dicho texto legal– la empresa pueda verse beneficiada con la exención de pena. Lo apropiado sería que tales comportamientos –debida y eficazmente controlados judicialmente– deberían valorarse positivamente para la atenuación de las sanciones aplicables a los entes corporativos.

Debería establecerse legalmente que si la persona jurídica fuera una de las contempladas en la ley n° 25.300 de fomento a la pequeña y mediana empresa, y las personas físicas que cometieron el delito hubieran sido penadas, el tribunal tenga la facultad de no imponer sanciones a la entidad, a condición que previamente se repare el daño causado y se decomisen bienes que hayan servido de instrumento del delito o constituyan efectos del mismo, sin exigir a las Pequeñas y Medianas Empresas la implementación de “programas de integridad”.

Todo ello permitiría evitar que algunos titulares de grandes empresas de la llamada “patria contratista” –al ser imputados por asociación ilícita, cohecho, defraudación en perjuicio de una administración pública y otros delitos cometidos en hechos de corrupción funcional mediante cartelización y sobrepuestos en la obra pública o aprovechando indebidamente subsidios estatales a concesionarios de transporte, peajes u

otros servicios públicos- no sólo puedan acogerse a la ley 27.304 en calidad de lo que eufemísticamente se denomina “arrepentidos” o “imputados colaboradores”, cuando en realidad se trata de “delatores premiados” con una importante reducción de la escala penal que les correspondería (art. 41 ter C.P.), sino que además, logren la exención de sanciones a la persona jurídica que dirigen, con el cumplimiento de los requisitos del art. 9 de la ley 27.401, entre ellos, la implementación de “programas de integridad”.

En conclusión, la ley 27.401 es un texto legal inmaduro y una manifestación más de un Derecho Penal puramente simbólico.

III.- La corrupción en el Código penal argentino

La corrupción, tal como la caracterizamos, puede asumir dos formas: por una parte, como un delito contra la administración pública y, por otra, como una modalidad de ataque al patrimonio o al orden económico (y, dentro de éste, más específicamente, a la competencia).

En el primer caso (corrupción pública), la regulación que realiza el Código penal argentino es bastante satisfactoria; especialmente a través de las previsiones contenidas en el Libro Segundo, Título XI, Capítulo VI, intitulado “Cohecho y tráfico de influencias”. Dado el carácter transnacional que actualmente asume la criminalidad económica en un mundo globalizado, la mencionada Ley N° 27.401, ha perfeccionado la tutela de estos bienes jurídicos merced a la nueva redacción conferida al delito de cohecho internacional (art. 258 bis, CP). Asimismo, este cuerpo legal ha incorporado, respecto de todo el Capítulo, la imposición de una multa conjunta; sanción pecuniaria ésta que se determina de acuerdo al sistema proporcional (art. 259 bis). Dos aspectos, quizá, merecerían ser regulados en forma particular para perfeccionar la protección penal; concretamente: a) extender la jurisdicción argentina, que si bien está prevista para el cohecho internacional no lo está para las otras figuras contenidas en el Capítulo y b) la recuperación de los bienes estatales que pudieran verse afectados por esos ilícitos. Ambas falencias han sido subsanadas por el Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión designada por Decreto 103/2017. En efecto, este documento amplía la jurisdicción de la justicia argentina para investigar los delitos de corrupción en general (definidos por el art. VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción, incorporada a nuestro derecho interno por la ley 24.759), en tanto introduce el principio de nacionalidad activa y pasiva, al incorporar, en el inciso 4°, del artículo 1°, la aplicación del Código penal “[p]or delitos cometidos en el extranjero por nacionales argentinos o contra ellos, en los supuestos no comprendidos en el primer párrafo del inciso 3° de este artículo, pero que según los tratados o convenciones internacionales puedan ser juzgados en la República Argentina”. De esta manera, la justicia argentina podrá intervenir en casos de corrupción ocurrida en otros países, como por ejemplo, en Brasil.

Por otra parte, el Anteproyecto, incorpora una previsión tendente a recuperar los bienes materiales que fueron sustraídos del patrimonio del Estado como consecuencia de estos delitos. Con tal propósito se modificó el instituto del decomiso (art. 23), modernizándolo. Así, en el Anteproyecto se propone que el decomiso abarque toda cosa o bienes que hayan servido de instrumento o medio en la comisión del hecho y de los que constituyan el producto, provecho o la ganancia, directos o indirectos del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubiere podido experimentar tanto para personas físicas como jurídicas. Si se articula el desarrollo que venimos realizando, podrá concluirse que, a través de estas innovaciones y de sancionarse el texto proyectado, los instrumentos jurídicos para afrontar esta forma de criminalidad que involucra a privados y funcionarios públicos, habrá alcanzado un notable grado de perfeccionamiento que permitiría a nuestro país, contar con un sistema de tutela de eficiente.

No sucede lo mismo, en nuestro medio, con respecto a la denominada corrupción privada. La historia de la corrupción privada “como infracción penal aparece (...) vinculada desde sus orígenes a la figura del cohecho, paradigma de la corrupción pública, y lo hace en ese sentido negativo o excluyente”¹⁴, donde la tipificación expresa de esta criminalidad se concibe como complementaria y limítrofe del cohecho, de modo que “lo que haya de recibir su tratamiento a través del delito de corrupción en el sector privado escaparía al tratamiento penal del cohecho y viceversa”¹⁵.

14 Cfme. GILI PASCUAL, Antoni, *El delito de corrupción en el sector privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 304.

15 Cfme. GILI PASCUAL, *El delito de corrupción...*, op. cit. 304.

A diferencia de lo que ocurre con la corrupción pública, el Código penal argentino evidencia un tratamiento deficitario de esta materia. Para llegar a esta conclusión el análisis debe partir de una necesaria referencia al derecho extranjero. En este sentido, si se repara en algunos países pertenecientes al ámbito del derecho continental europeo, se podrá observar la existencia de algunos sistemas normativos que han incluido la figura delictiva de corrupción en el sector privado. Así, la Ley Orgánica N° 1/ 2015, del 30 de marzo, que modificó el texto del Código Penal Español, prevé en su art. 286 bis, 1° y 2° párrafos, sanciones para: “1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales (...)” y para quien “por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales”. Este artículo, sistemáticamente, se ubica en el Libro II, Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico), Capítulo XI (De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores), Sección 4ª (Delitos de corrupción en los negocios).

También se encuentran antecedentes, en esta dirección, en el parágrafo 299 del Código Penal Alemán, introducido en 1997¹⁶; aunque modificado, el 20 de noviembre de 2015, a partir de la sanción de la *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*¹⁷. Según el texto de esta reforma el tipo capta las siguientes situaciones: 1) quien, en el tráfico comercial como empleado o directivo de una empresa, a) exija, permita que le prometan o acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para favorecer de otra manera desleal en la competencia nacional o extranjera en la adquisición de mercancías o servicios, o bien b) exija, permita que le prometan o acepte una ventaja para sí o para un tercero sin consentimiento de la empresa, para realizar u omitir un acto en la adquisición de mercancías o servicios e infringiendo con ello sus obligaciones frente a la empresa; y 2) quien como empleado o directivo, en el tráfico comercial: a) ofrezca, prometa o conceda una ventaja para él o para un tercero como contraprestación para que le prefiera a él o a otro de manera desleal en la competencia nacional o extranjera, o bien b) ofrezca, prometa o conceda sin consentimiento de la empresa, una ventaja para ésta o para un tercero como contraprestación para que realice u omita un acto en la adquisición de mercancías o servicios infringiendo con ello sus obligaciones con la empresa”¹⁸.

El Código penal argentino vigente, según lo adelantamos, no contiene una tipificación específica de estedelito. Sin perjuicio de que algunas de las conductas que integran este tipo de criminalidad puedan ser captadas por ciertos tipos que integran el Libro II, Título VI, Capítulo IV (Estafas y otras Defraudaciones), como sucede con la figura de la administración fraudulenta (art. 176, inciso 7°, C.P.); es indudable que la falta de especificidad de esta última figura torna insuficiente la posible protección tangencial del bien jurídico al que afecta el delito de corrupción en el sector privado; con lo cual, se hace necesaria su previsión. También resulta insuficiente el actual artículo 312 del digesto punitivo en tanto se halla acotada a instituciones financieras y a aquellas que operan en el mercado de valores¹⁹.

16 En su versión original, el § 299 del StGB sancionaba: “(1) Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa. (2) De igual manera será castigado quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de un establecimiento comercial una ventaja para éste opera un tercero como contraprestación para que prefiera a él u a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales”. Señala Gili Pascual, *El delito...*, op. cit., p.30, que el legislador reformista español de 2015 “siempre (...) miró”, como fuente de inspiración, “el modelo competencial alemán del parágrafo 299 StGB, aunque después éste ha sido, a su vez, objeto de reforma”.

17 GILI PASCUAL, *El delito...*, op. cit., p. 31 y nota 3.

18 El precepto en cuestión se ubica en Sección Vigésimosexta del StGB, “Hechos punibles contra la competencia”.

19 Cfr. MUNILLA LACASA, Hernán, “El delito de soborno entre privados finalmente se incorporará al Código Penal”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, T° 78, N° 1, Agosto de 2018, p. 85.

Por tal motivo, se considera relevante la norma que se incluye en el Anteproyecto de Código penal mencionado, en tanto, en su artículo 302, dentro del Título XIII (Delitos contra el Orden Económico y Financiero), Capítulo I (De los fraudes al comercio y la industria), establece la imposición de pena para: el “directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa o persona jurídica privada de cualquier clase que, por sí o por persona interpuesta, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio, requiriere, aceptare o recibiere dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activos, un beneficio o ventaja indebida, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecerlo en la adquisición o venta de mercaderías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales”; sancionando, también, “a quien, por sí o por persona interpuesta, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio, diere, ofreciere o concediere a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa o persona jurídica privada de cualquier clase, dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activos, un beneficio o ventaja indebida, para ellos o para terceros, como contraprestación para ser favorecido, él o un tercero, en la adquisición o venta de mercaderías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales”.

Indudablemente, esta previsión es acertada. Estimamos que constituye una norma útil en la medida que, cual sucede en algunos modelos legislativos que tipifican estas conductas, puede resultar un medio eficaz para tutelar el orden económico; especialmente merced a la protección de una leal competencia.

IV.- Las normas contenidas en la Ley General de Sociedades Comerciales y su relación con esta problemática

Junto al perfeccionamiento de leyes penales que tutelan la administración pública y el orden económico, merced al castigo de conductas individuales, existe un valioso instrumento en nuestro Derecho comercial, que permitiría enfrentar los delicados problemas que representan estas formas de criminalidad.

En efecto, el art. 19 de la ley general de sociedades –LGS–, vigente desde el año 1972 sobre “actividad ilícita” de sociedades es una herramienta efectiva, con drásticas soluciones de liquidación de la sociedad, responsabilidad de administradores e incluso de socios que no acrediten buena fe, y –en caso de sobrantes– la extinción de dominio en favor del Estado.

¿Qué se prevé sobre actividad ilícita de una sociedad? El art. 19 LGS prescribe: “*Sociedad de objeto lícito con actividad ilícita*” Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el art. 18. Los socios que acrediten su buena fe quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del artículo anterior”. E integrando lo dispuesto en el art. 18 LGS sobre sociedades con objeto ilícito, al que se remite, transcribimos del mismo: “Objeto ilícito. Las sociedades que tengan objeto ilícito son nulas de nulidad absoluta. Los terceros de buena fe pueden alegar contra los socios la existencia de la sociedad sin que éstos puedan oponer la nulidad. Los socios no pueden alegar la existencia de la sociedad, ni aun para demandar a terceros o para reclamar la restitución de los aportes, la división de ganancias o la contribución a las pérdidas. Liquidación: Declarada la nulidad se procederá a la liquidación por quien designe el juez. (3er. Párrafo): Realizado el activo y cancelado el pasivo social y los perjuicios causados, el remanente regresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva. (4to. Párrafo): Responsabilidad de los administradores y socios. Los socios, los administradores y a quienes actúen como tales en la gestión social responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados”.

La norma enfrenta una actividad contraria al sistema jurídico, al orden público. Similar a las previsiones y efectos de la nulidad absoluta del art. 397 del nuevo Código Civil y Comercial Argentino –CCC–, y acordes con la existencia de personalidad o sea de relaciones de organización personificadas, aparece la previsión de actividad ilícita.

Acercamos alguna doctrina tradicional. Fargosi^[1], 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 seguimiento y sanción de aquellas sociedades que, cumpliendo formalmente con el requisito del art.

[1] 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.

1655 Código Civil –CC-, 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”. 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 modo^[2] 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 conjunto^[3]. La sucesión de actos orientados entre si en finalidad o funcionalidad común representan la actividad, que puede ser lícita o ilícita con independencia relativa de los actos que la componen.

Betti^[4] 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 de ciertos límites, fuera de los cuales se configura el negocio ilegal; si la norma atribuye trascendencia negativa al negocio se genera la ilicitud. Petrocelli^[5] distingue entre actos que no van contra el derecho, sino que no van por el camino por donde obtiene la protección del derecho.

“La ilicitud en este caso no se refiere al objeto social, sino a la actividad desplegada para su cumplimiento^[6]. Se ha definido^[7] “actividad” como una serie de actos coordinables entre sí para una finalidad común. ...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 sobreviniente^[8]....Normalmente no es suficiente un solo acto ilícito, pero podría llegar a serlo atento su magnitud^[9] o significado jurídico^{[10]/[11]}. A decir de Richard, un acto lícito individualmente puede considerarse en su reiteración, como actividad ilícita: v.gr. la actividad de intermediación financiera no autorizada^[12]. 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 voluntad^[13]. Por ello, al tratarse de un caso

[2] FARGOSI ob. cit. p. 66.

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

[4] BETTI, Emilio *Teoría General del Negocio Jurídico*, p.93.

[5] *L'antigiuridicità* parte 1 p.7.

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

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

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

[9] Ej: Una enorme operación de contrabando.

[10] Ej: Un monopolio prohibido.

[11] HALPERIN, ISAAC, “*El régimen...*”, op. cit., p. 560.

[12] RICHARD, E. H. “*Actividad ilícita de sociedad extranjera (indirectoingbusiness) 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— Nº 2739, www.eldial.com.CNCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S.A. s/ sumario, www.microuris.com: La actividad de intermediación en la oferta y demanda de recursos financieros desarrollada por la demandada sin que mediare autorización de autoridad de aplicación, en tanto prohibida por ley, ha devenido ilícita y, por tanto, subsumible en la normativa del art. 19 de la LS.

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

de desviación del objeto social^[14], no se declara la nulidad de la sociedad, sino que la misma se disuelve y se procede a su liquidación^[15]. 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 esa sociedad violando el art. 124 LGS^[16].”

Esa liquidación no necesariamente extingue actividades empresarias, que pueden transferirse por un monto de dinero, satisfaciendo así la previsión de la Corte sobre que el Juez “debe apreciar objetivamente si el deudor ha contrariado la finalidad económico-social del concurso preventivo, que está dada no solo por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores ...”.

Caso paradigmático es la causa "Ballester Rolando Alberto y otros c/ Vívarita S.A. s/ sumario", en la cual la Cámara Comercial de la Capital, del 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), y dispuso aplicar las previsiones del art. 19 de la entonces ley de sociedades por actividad ilícita.^[17] Ese fallo tiene connotaciones 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 genética, 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 d. Que no se trata de actividad prohibida, regulada por el art. 20 LGS. La antijuricidad se objetiva y la responsabilidad sancionada es automática^[18].

Se ha teorizado sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado^[19], más que sancionar el abuso de la personalidad jurídica o la responsabilidad de administradores y controlantes, debería sancionarse a la propia sociedad, por su uso antifuncional, por actividad ilícita.

El art. 19 LGS es técnica y doctrinariamente correcto. La remisión al art.18 LGS 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 acrediten buena fe^[20], y no estar alcanzados por la previsión integratoria del art.167 in fine CCC.

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

^[14] COLOMBRES, GERVASIO, “Curso de derecho societario”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1972, p. 167..

^[15] HALPERIN, ISAAC, “El régimen...”, cit., p. 560.

^[16] RICHARD, EFRAÍN H. “Actividad ilícita...” cit..

^[17] RICHARD, E.H. “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.

^[18] Richard, E. H. *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.

^[19] Richard, E.H. *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Bs.Aires 2004, t. XV pág. 313.

^[20] Richard, E.H. “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 (indirectdoingbusiness) 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.

destinada a violar leyes impositivas o previsionales, o registrales de publicidad. Las que den prebendas a funcionarios públicos para obtener beneficios, o dejar fuera del mercado a competidoras. Estas reflexiones lo son sin perjuicio de que esa actividad pudiera tipificar un ilícito penal del régimen general o especial. Sobre actividad ilícita, uso abusivo de la técnica organizativa, ilegalidad y responsabilidad, hay que sacarse la venda como lo hizo la Corte en el caso “*Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.*”, aunque no llegó a aplicar la norma del art. 19 LGS, disponiendo la apertura de la quiebra en el país de sociedad *off shore* constituida en el extranjero, ante la ilegalidad de la operatoria. La Corte reconoció esa operatoria en el pedido de quiebra en el país de la Compañía General de Negocios, domiciliada en Uruguay y ante un documento aparentemente pagadero en ese país. La petición había sido rechazada en primera y segunda instancia, pero la Corte ordenó receptor la petición al haberse acreditado que tal Compañía extranjera operaba casi con exclusividad en el local de la Ciudad de Buenos Aires del Banco General de Negocios, sistema bien conocido en otras bocas de inversión de otras compañías. Las referencias del caso contienen la calificación de ilicitud. Y tal calificación permite tipificar la sanción por “actividad ilícita” contenida en la LGS.

Importante es la manda legal del art. 19 LGS para aplicarse de oficio, suerte de penas patrimoniales ante la ilicitud acreditada, pero dentro de la teoría general de la responsabilidad civil con base subjetiva, previsiones por actividad ilícita deberá ser expansiva a otras modalidades en que las sociedades causan daño a sabiendas.

Creemos que en el fallo anterior como en el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, SALA E, en expediente 86657 / 2002 Incidente N° 54 – “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, se desaprovechó el efecto expansivo del art. 19 LGS. Pues haciendo referencia a la norma del art. 19 LGS y al fallo en el caso VIPARITA, se fijó una responsabilidad personalizada.

3. La Corte se ha referido a las actividades ilícitas en sociedades en casos paradigmáticos. Lo hizo al referirse al apalancamiento financiero en perjuicio de la sociedad y la minoría en el caso Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A.^[21]. Extractamos las consideraciones que fundan la cuestión: “... impugna las asambleas debido a que en ellas se ha resuelto, en síntesis, endeudar a la sociedad por obligaciones ajenas, esto es, pasivos que -por imperio de la ley- estaban a cargo exclusivo de los socios titulares de las acciones clase A. en el sub lite se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte y a la casi totalidad de la doctrina autorizada para la cual rige la máxima *quod ab initio vitio sumest non potest tractu tempo convallescere* (conf. Llambías, Jorge Joaquín "Efectos de la Nulidad y de la Anulación de los Actos Jurídicos", cit., pág. 81). En una línea afín de pensamiento con este principio, en el paradigmático precedente de Fallos: 179:249 ya citado, el Tribunal expresó que "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original ..."

Se trató de un caso de *leverage buy out*, donde los socios mayoritarios también intentaron –como lo lograron en prácticamente todos los casos de privatización- hacer que la sociedad asumiera deudas del grupo clase A. Sin duda el socio Estado Nacional podría apelar a la imprescriptibilidad para requerir la reversión de las deudas de los socios asumidas por la sociedad. Pero en el caso no fue ese socio el que formalizó la demanda, sino la Provincia de Chubut que también era socia en el caso que falló la Corte.

Este comentario se hace para que funcionarios del Gobierno Nacional tomen conciencia de la magnitud de las maniobras en numerosas sociedades, accionando por la nulidad absoluta de las maniobras que generarán acciones de reintegro y responsabilidad en beneficio de esas sociedades y del erario público, y de la conveniencia de análisis de la integridad del sistema jurídico como manda el art. 2 CCC.

^[21]Publicado en: LA LEY2002-E, 863.

V.- Conclusiones.

1. La complejidad de las prácticas ilícitas y su conexidad entre Personas Jurídicas, sus representantes orgánicos, socios de control, socios de buena fe y terceros, aconseja un prolijo examen de las normas dictadas y en análisis, sobre las que hemos formalizado reflexiones.

2. La responsabilidad penal de la persona jurídica incluida en la Argentina a través de la ley 27.401 tensiona principios constitucionales. Por otra parte, las previsiones que la integran, ofrecen diversiones imperfecciones técnicas derivadas de su precipitada sanción. Un déficit central, en este sentido, es el no haber establecido una regulación especial para el caso de las pequeñas y medianas empresas, respecto de las cuales, los programas de cumplimiento que exige ley resultarán, por su costo y complejidad, de muy difícil implementación.

3. Por otra parte, la previsión constitucional que veda en materia penal la aplicación retroactiva de una norma más gravosa, hace que estas previsiones rijan a futuro; con lo cual, innumerables casos de corrupción privada y pública, en donde la persona jurídica ha constituido el escenario para la comisión de ilicitudes individuales, y que se cometieron antes de la vigencia de la ley 27.401 quedarán fuera del ámbito de su aplicación temporal.

4. Por tal razón, una lucha efectiva contra esta forma de criminalidad no requiere la previsión de un sistema de imputación corporativa. Por el contrario, la utilización de ciertas disposiciones del Derecho Comercial vigente, junto al perfeccionamiento de algunas figuras delictivas, puede constituir un medio eficiente para enfrentar estas formas delictivas.

5. En el orden de las figuras delictivas, de lege ferenda, la inclusión de la figura del soborno entre privados, que prevé el Anteproyecto de reforma al Código Penal, constituye un innegable avance, al cubrir una laguna de impunidad.

6. Merece destacarse la norma sancionatoria contenida en la Ley General de Sociedades, por cuanto permite ser declarada de oficio, asegura el derecho de defensa por su cuestionamiento apelativo, no requiere que la ilicitud sea penal, consagra la responsabilidad solidaria de administradores y socios – subsumiendo largos juicios en tal sentido-, autoriza que los socios de buena fe puedan ser excluidos de las sanciones, no afecta a terceros, y de haber remanente en la liquidación de la sociedad se produce una suerte de “extinción de dominio”. A su vez la liquidación de la sociedad con actividad ilícita no impide la transferencia de las actividades lícitas viables que desarrollara. Muchas causas que se han desarrollado o desarrollan en nuestro país –o en el mundo- encontrarían buen marco basado en la justicia, equidad y buena fe, en la aplicación de la referida norma.