

# Cuadernillo de Enseñanza

Programa de transferencia de resultados de investigación

Secretaría de Investigación



## Características del sistema de gobierno societario argentino actual en relación a las sociedades comerciales cerradas



**Proyecto de Investigación UBA DeCyT 2012-2014\***

Fragmentos del libro *“La sociedad en las sociedades, un estudio sobre la organización de los empresarios argentinos”* (Ed. Ediar), de Rodrigo Luchinsky.

Adaptación, compilación y diseño del cuadernillo por Gerardo D. Bueno.

\* Director: Dr. Rodrigo S. Luchinsky

Investigadores:

Liliana Hers  
Gerardo Damián Bueno  
Juan Pablo Decurgez  
Lidia Estela Di Masullo  
Sebastián Kaufman  
Luisa Loeffel Reis  
Gustavo Shigler Pinaya  
Miguel Spindiak

# Índice

|        |  |    |
|--------|--|----|
| 1.     | Introducción: Las sociedades comerciales como objeto de estudio..... | 3  |
| 2.     | El mundo y los tratados de doctrina.....                             | 7  |
| 3.     | Conformación de la base de datos.....                                | 13 |
| 4.     | Las sociedades cerradas por dentro – el resultado investigativo..... | 16 |
| 4.1.   | Tipos societarios.....   | 16 |
| 4.2.   | Socios.....  | 17 |
| 4.2.1. | Concentración del capital accionario.....                            | 17 |
| 4.2.2. | Domicilio y nacionalidad.....  | 18 |
| 4.2.3. | Género.....  | 19 |
| 4.2.4. | Edad.....  | 21 |
| 4.2.5. | Socios y parientes.....  | 21 |
| 4.2.6. | Socios y autoridades.....  | 23 |
| 4.3.   | Órgano de administración.....  | 24 |
| 4.3.1. | Género.....  | 26 |
| 4.3.2. | Edad.....  | 28 |
| 4.4.   | Mecanismos de fiscalización interna.....                             | 29 |
| 4.5.   | Capital Social.....  | 31 |
| 4.6.   | Localización de la sede social.....                                  | 34 |
| 5.     | Bibliografía.....  | 36 |
| 6.     | Actividad Pedagógica.....  | 37 |

## 1. **Introducción: Las sociedades comerciales como objeto de estudio**

Las empresas argentinas, con algunas excepciones, están constituidas como sociedades comerciales. Comparten esa calidad tanto las grandes compañías multinacionales como los pequeños emprendimientos locales. Los socios o accionistas de las sociedades comerciales ejercen su dominio en proporción a su participación en el capital social. La propiedad accionaria está protegida jurídicamente como derecho, tanto en sus implicancias patrimoniales como en cuanto al poder de control teniendo en cuenta la posición relativa de cada accionista. Cada sociedad tiene además una estructura organizativa conformada por órganos de conducción, representación y fiscalización.

En términos jurídicos, empresa y sociedad son dos institutos distintos. Empresa es la organización o reunión de factores de producción bajo la dirección de un empresario, y como tal es un concepto económico sobre el que se construyó buena parte del derecho mercantil. La sociedad comercial es el ropaje jurídico que puede adoptar una empresa si así lo establecen los empresarios que la integran. En ese caso, deben adecuarse a una serie de reglas establecidas en la ley y en los instrumentos que le sirven de constitución y reglamentación de su funcionamiento.

Los procedimientos de autorización gubernamental, en manos de autoridades administrativas que a su vez ejercerán funciones de fiscalización continua, implicaron una evolución significativa desde los inicios de la sociedad anónima (S.A.) cuando se requerían actos legislativos para cada iniciativa societaria. El régimen actual recién comienza a delinearse a mediados del siglo XIX, cuando la distancia con el prejuicio corporativista de la Revolución Francesa permitía revisar algunos postulados del mundo liberal. En nuestro país, Vélez Sarsfield y Acevedo proponían en 1857 su Código de Comercio expresando en su mensaje de elevación que *“Buenos Aires se hallaba a este respecto como la Inglaterra, sin otra ley que la ley general, que no distingue unas sociedades de las otras, e iguala las obligaciones de todos los asociados, si un acto del Cuerpo Legislativo no incorporaba a cada determinada sociedad en el número de las sociedades privilegiadas”*.

Aunque las sociedades tienen atributos propios de una persona (nombre, domicilio, patrimonio, etc.) y jurídicamente se dice que tienen “personalidad”, lo cierto es que se trata de una ficción legal. Es una ficción muy útil porque permite, con una referencia semántica breve, indicar una extensísima cantidad de relaciones jurídicas de toda índole. Cuando decimos que “XYZ” S.A. suscribió determinado contrato, jurídicamente estamos implicando cada uno de los elementos estructurales y sujetos que integran una agrupación productiva, con ciertas reglas de funcionamiento interno, bienes que conforman su patrimonio aplicado a los negocios societarios

y que además tiene una modalidad de representación que le permite suscribir ese contrato obligando a todos los sujetos unidos por ese núcleo relacional. Una referencia semántica simple que opera para reducir los costos de transacción que implicaría la necesidad de escribir cada contrato integrativo de la organización productiva.

Otras disposiciones contenidas en la regulación de las sociedades comerciales facilitan también la reunión del capital y su aplicación económica. En pleno auge liberal existía la convicción de que los institutos propios del derecho comercial no dependían tanto de la acción del legislador sino más bien de las costumbres mercantiles nacidas del intercambio, con la única precondition de asegurar la libertad de contratar y de asociarse.

Un autor afirmaba a principios del siglo XX que *“los fenómenos de la circulación requieren necesariamente para desenvolverse la garantía y la disciplina del derecho, de tal modo, que cuando el legislador no lo hace en la ley, la necesidad lo impone en la costumbre”*.<sup>1</sup> Actualmente se sabe que esa relación de necesidad no es estrictamente cierta. Muchas veces se requiere la iniciativa por parte de un tercero –el Estado, en la mayoría de los casos- para forzar la realización de una práctica que se considera socialmente conveniente. En el ámbito societario, el ejemplo más frecuente es el de la responsabilidad limitada. De acuerdo con esa regla, los socios de algunos tipos de sociedades comerciales no responden por todas las deudas de la sociedad, sino exclusivamente por el capital que hayan comprometido aportar. Aunque la Ley de Sociedades (LSC) –hoy denominada como Ley General de Sociedades (LGS), conforme a la Ley N° 26.994-, establece algunas excepciones –por ejemplo, la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios de la sociedad de responsabilidad limitada (S.R.L.) por la integración de los aportes- en términos generales puede afirmarse que el patrimonio de los socios no se confunde con el de la sociedad en la que participan, sin importar la cuantía ni su porción relativa.

La responsabilidad limitada es una importante ventaja para los socios. Tanto en origen como en su concepción moderna, parece conceptuada como un privilegio, una prerrogativa reservada para quienes eligiesen la corona o la legislatura en sus inicios o para quienes optasen por constituirse y registrarse conforme a las leyes actuales.

Otras concepciones afirman que la responsabilidad limitada no debe entenderse como un privilegio sino como una disposición útil, es decir, la solución más adecuada en un mundo hipotético sin costos de transacción. El análisis económico del derecho razona postulando que, dadas ciertas preconditiones como la libertad de contratar, si no la estableciera la ley, las partes

---

<sup>1</sup> Siburu, Juan B., *“Comentario del Código de Comercio Argentino” T.I*, Félix Lajouane y Cía. – Editores, Buenos Aires, 1905, p. 19.

podrían acordar la responsabilidad limitada a través de contratos de seguro.<sup>2</sup> Incluso, los acreedores podrían acordar limitar su reclamo al patrimonio societario, privándose de atacar los bienes de los socios. Aparentemente, la ley no agrega demasiado.

Aunque en abstracto podría darse ese escenario, en el mundo real no es probable. Muy difícilmente encontremos una compañía de seguros que ofrezca ese tipo de contratos, con costos de monitoreo privativos: debiera controlar que no se malogren los activos societarios de cada empresa con la que ha contratado una cobertura. Algo similar ocurre con los acreedores. Cada contrato, cada acuerdo comercial, por más mínimo que sea, debiera ser precedido de una negociación en la que se establezca el catálogo de activos llamados a garantizar cada operación. En resumen, aunque hipotéticamente posible, ese escenario es improbable por la excesiva cantidad de costos de transacción.

Para sortear ese escollo, aparece el Estado imponiendo la limitación de la responsabilidad. La conformación conforme a cierto tipo societario implica la inclusión obligatoria de la cláusula de limitación de la responsabilidad en todas las actuaciones de ese núcleo de contratos que llamamos sociedad comercial. Y aunque existe un grupo (los acreedores) que aparentemente pierde y otro privilegiado (los socios), la ley ordena las cosas de modo tal de, por un lado, asegurar la integridad del patrimonio societario, y por otro lado, impidiendo el reparto de utilidades entre los socios hasta tanto sean satisfechos los acreedores. La LGS establece estos principios al prohibir las estipulaciones que aseguren al socio su capital o las ganancias eventuales (art. 13), estableciendo que los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano social competente (art. 68), y prohibiendo distribuir ganancias hasta tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores (art. 71).

Aunque los acreedores ven reducida su posibilidad de cobro a la existencia de activos societarios (con independencia de la riqueza de los socios), en compensación tienen una expectativa cuantificada y respaldada por la posibilidad de entablar un reclamo jurídico. Los socios, por su parte, no tienen seguridad de que vayan a obtener ganancias ni su cuantía, pero su pérdida tiene el piso inamovible de sus aportes.

La ley impone la responsabilidad limitada, con la condición de que se cumplan determinados requisitos formales (la redacción y suscripción del estatuto con algunas

---

<sup>2</sup> Véase Easterbrook, Frank H. – Fischel, Daniel R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1991.

especificaciones obligatorias, facultativas y prohibidas, la inscripción en registros públicos, etc.) y sustanciales como la ausencia de fraude o abuso de la estructura societaria.

Podría decirse mucho sobre la regulación legal de las sociedades comerciales, y en efecto en la literatura académica existe una infinidad de elaboraciones con distintos abordajes. Más que exponer la forma en la cual el Estado ordena o debiera ordenar los fenómenos empresariales, la propuesta en la que se basó la investigación por la cual se desarrolla el presente cuadernillo, radica en establecer en forma concreta cómo se organizan los empresarios en el contexto normativo real. Como derivación de esa información, es interesante conocer algunas características de las personas que integran sociedades comerciales en su calidad de integrantes de la Sociedad, es decir, de la comunidad.

El armado del presente cuadernillo nace del estudio llevado a cabo consistente en tomar datos societarios de las publicaciones de edictos en el Boletín Oficial, en donde por ley debe darse publicidad de ciertos actos y contratos. El universo de la muestra abarcó a las sociedades comerciales argentinas, privadas, no financieras y en funcionamiento pleno, es decir excluyendo aquellas que se encuentren en proceso de disolución o liquidación. El estudio comprende alrededor de siete mil sociedades con edictos publicados en 2012 y 2013, con muestras algo más pequeñas correspondientes a los intervalos decenales correspondientes a los años 1983, 1993 y 2003.

Además de reflejar un aspecto de la vida cotidiana de muchos argentinos, la investigación tiene algunas implicancias concretas. En primer lugar, la organización prototípica de las sociedades comerciales requiere la revisión de ciertos dispositivos normativos del sistema de gobierno societario argentino. Algunas leyes tienen un contenido aspiracional (el derecho a una vivienda digna, a un servicio de salud adecuado, a ejercer toda industria lícita, etc.), y aunque el legislador sabe que efectivamente la realidad está muy lejos de las declamaciones normativas, se trata de otra ficción útil porque ordena las prioridades a la hora de establecer políticas públicas concretas. No obstante ello, en algún momento de la puesta en marcha de las reglas tendientes a la consagración de los derechos, el legislador y las autoridades ejecutivas precisan información sobre el estado de cosas actual y real.

Aparte de las posibles implicancias en términos de gobierno societario, en un plano sociológico, el estudio revela información interesante para quienes abordan los fenómenos empresariales desde una perspectiva emprendedora. Es decir, el desafío de convertir buenas ideas en empresas en marcha, con financiamiento, negocios concretos y sostenibles en el tiempo. Y vinculado con este plano de análisis pero con otras implicancias, el estudio nos abre una ventana

a los fenómenos empresariales desde una visión de género. Aunque vivimos en una época de ampliación de derechos, es interesante establecer la medida en la que las transformaciones institucionales y normativas se insertan en las prácticas sociales privadas.

## **2. El mundo y los tratados de doctrina**

Esta investigación se centra sobre las sociedades comerciales argentinas en tanto objeto del derecho y hecho social en sí mismo. Las sociedades comerciales han sido estudiadas por el derecho mercantil desde la perspectiva dogmática que propone la doctrina jurídica. El abordaje tradicional se ha centrado en el estudio de la regulación societaria, en los problemas interpretativos de los textos legales, y en la forma de superarlos para recuperar la armonía interpretativa. Esa corriente académica, nacida al abrigo del paradigma liberal de la codificación, paulatinamente fue perdiendo contacto con su objeto mismo de estudio.

Tradicionalmente, la dogmática jurídica enseña un derecho mercantil autónomo y especializado, derivado de la naturaleza profesional de quienes ejercen el comercio. A pesar de esa persistencia, el ritmo de los acontecimientos evidencia un panorama muy diferente. El derecho comercial, mercantil o empresarial tiene una fisonomía muy distinta de la reflejada en los códigos de tradición continental, los estudios de doctrina y los programas de enseñanza. Pueden identificarse tres notas que lo distancian de su linaje normativo: es publicístico, regulatorio y procedimental.<sup>3</sup> Solo en un segundo plano aparecen representados los institutos insignia de la era liberal como la autonomía de la voluntad, una intervención estatal limitada y una baja estima por las formalidades para facilitar la circulación de la riqueza.

Nacido como sustrato normativo del capitalismo comercial a partir de la máquina, la revolución industrial y la explosión informática, el derecho comercial evolucionó para adaptarse al arquetipo financiero del siglo XX. Sentado incómodamente sobre el paradigma liberal, enfrenta los desafíos que suma la era de la información, la caída de las fronteras nacionales, la vivificación del consumo y la presión insostenible sobre los recursos de la naturaleza.

La preeminencia de la perspectiva racionalista que propone la dogmática jurídica ha generado una desconexión entre la materia comercial como fenómeno y el derecho que construyen los juristas. Ese abordaje justifica la resistencia a considerar el Derecho como disciplina científica, que en su conformación moderna repele los postulados dogmáticos.

---

<sup>3</sup> Algunas de estas ideas sobre la transformación del derecho comercial fueron publicadas en LUCHINSKY, Rodrigo, *Del legislador al regulador: Rasgos de la transformación del derecho comercial*, Revista Pensar en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Vol. N° 5, 2014.

En sus orígenes, el derecho comercial surgió como estatuto aplicable a los comerciantes como categoría profesional. El código de comercio francés de 1807 quiebra –aunque tímidamente- esa tradición de clara delimitación frente a otras disciplinas jurídicas.<sup>4</sup> Los códigos de comercio han sido construidos alrededor del “comercio” como principal actividad económica, y por lo tanto a partir del capitalismo comercial que precedió al capitalismo industrial y financiero, y al actual influjo de la revolución informática.<sup>5</sup> El código de comercio vigente hasta 2015 mantenía el acto de comercio objetivo junto con la traza prerrevolucionaria, de tinte profesional y corporativista.

Las sociedades comerciales operan como un correlato del sistema político imperante. Su variante más sofisticada, la S.A., nació en el siglo XVII como instrumento de la política colonial del estado absoluto. No fue creada para cumplir objetivos mercantiles sino para organizar proyectos de descubrimiento geográfico y colonización bajo el completo mando de las monarquías europeas. Luego, prosperó junto al estado liberal convirtiéndose en impersonal y capitalista y atribuyendo la propiedad a la clase ascendiente de burgueses devenidos accionistas.

Si bien en materia comercial se mantuvo en gran medida la tradición normativa prerrevolucionaria, la orientación objetiva aplicada a los actos de comercio implicó un paulatino abandono de la perspectiva profesional anterior. El proceso, sin embargo, fue lento. La S.A. del código napoleónico de 1807 nace con la impronta de su antecesora, *“atada al derecho público, arrastrando la cadena de la concesión del Estado, cuya semblanza se traslada a la institución creada al servicio de los privados, de la que se librerá en Francia sesenta años después por la ley que afirma las bases contractuales de la anónima.”*<sup>6</sup>

Es justo aclarar que esa característica no era exclusiva de Europa continental. Se ha señalado que el primer tratado inglés de derecho de sociedades, de 1794, apenas mencionaba el uso de la forma societaria para emprendimientos económicos.<sup>7</sup> Al poco tiempo, en 1811, el estado de New York sanciona la primera ley general de sociedades norteamericana que no requería la aprobación parlamentaria de los actos constitutivos. No obstante la novedad, debían pasar algunas décadas para que esa modalidad se generalizara.

La resistencia inicial se comprende a partir del prejuicio anti-corporativista que imperaba bajo las banderas revolucionarias. Superada esa instancia, la libertad industrial que requería como

---

<sup>4</sup> GARRIGUES, Joaquín, *La crisis del derecho mercantil contemporáneo*, 1955, en GARRIGUES, J., *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, p. 205.

<sup>5</sup> GIRON TENA, J., *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)*, Civitas, 1986, p. 130.

<sup>6</sup> ARECHA, Waldemar, *La sociedad anónima y el hombre*, Abeledo Perrot, 1965, p. 31.

<sup>7</sup> ALLEN, William T. – KRAAKMAN, Reinier, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, Aspen Publishers, 2003, p. 84.

precondición el nuevo sistema económico derivó en la independencia de las sociedades del poder público.

Siguiendo la corriente de los tiempos, el régimen societario adoptó las formas y el léxico de las constituciones modernas. Documentos constitutivos de dificultosa modificación, órganos con funciones específicas emulando a los poderes del Estado, un “estado de socio” que se asemeja a la ciudadanía, derechos políticos, funcionamiento colegiado con el predominio de las mayorías, etc. Como correlato teórico-jurídico se ha construido la concepción contractual de las sociedades, derivada de su análogo en ciencia política.

Con su Código de Comercio, los juristas Vélez Sarsfield y Acevedo buscaron llevar a cabo los ideales liberales a partir de un cuerpo normativo que conjugaba la tradición previa de un derecho profesional con los actos objetivos de comercio. El derecho comercial apareció entroncado en el derecho privado y contractual, buscando consagrar la libertad constitucional de ejercer toda industria lícita a partir del imperio de la autonomía de la voluntad.

La evolución posterior es tan compleja como lo fue el siglo XX. En materia societaria, la tesis contractual pierde terreno frente a las teorías institucionalistas y la teoría del órgano. Lo llamativo es que ésta última, de buena acogida entre nosotros, continúa vista como una derivación del ideario liberal aun cuando admite en su seno limitaciones impensadas en el plano público.

Aunque se mantiene la forma mercantilista, las sociedades comerciales son instrumentos de la política nacional, volviéndose sobre sí mismas sobre la base de una estructura aristocrática representada por la clase ascendiente de los dirigentes de empresa y con una estrecha vinculación con el Estado. De la dependencia frente a este último pasa a la independencia, para volver a sufrir una intromisión creciente del Estado. Las autoridades políticas no quieren abdicar de la función tutelar bajo la cual nace la S.A., ocupándose de defender a los accionistas, a los inversores, pero también *“de defenderse a sí mismo...cuando el poder de ésta es tan fuerte que llega a enfrentarse con el poder del Estado.”*<sup>8</sup>

Esta concepción sobre la función del Estado fue germinando lentamente a lo largo del siglo XX y emerge consolidada con la necesidad de responder activamente frente a las sucesivas crisis del sistema financiero internacional. En efecto, durante la primera mitad del siglo nacen y se consolidan los organismos regulatorios del mercado financiero, desde los bancos centrales hasta las entidades de fiscalización de las distintas industrias que conforman el mercado de capitales. Hacia finales de siglo y comienzos del actual, la materia regulatoria cobra un nuevo impulso

---

<sup>8</sup> GARRIGUES, Joaquín, “Problemas actuales de la sociedad anónima”, 1933, en GARRIGUES, J., *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, p. 121.

derivado de la necesidad de dar respuestas eficaces frente a la globalización del sistema financiero.

Entrados en el siglo XXI, la materia comercial muestra tres notas claramente distintivas que se explican por la germinación de los procesos referidos. Aunque existen matices regionales, se trata de un fenómeno global.

El primer elemento destacable es el corrimiento de la fuerza legisladora desde el parlamento hacia los reguladores. Una vez en ese ámbito, los cuerpos normativos regulatorios vienen creciendo en forma exponencial. Los códigos de la era liberal, extensivos de todas las relaciones jurídicas horizontales, y estable en el tiempo, deja lugar a las regulaciones, complejas, cambiantes y aplicadas por autoridades ejecutivas.

En términos de técnica normativa, la generalización del mecanismo regulatorio ha quebrado en gran medida las grandes distancias que históricamente existieron entre el derecho continental, las tradiciones de origen alemán y el *common law*. Ni el Código es el manual integral de los derechos y sus limitaciones, ni los jueces tienen entera libertad para construir las reglas en base a los precedentes jurisprudenciales. El derecho aparece más que nunca definido muy precisamente por el regulador.

La segunda característica, que podría entenderse como un pre-requisito de la primera, es el involucramiento del interés público en áreas tradicionalmente reservadas al ámbito negocial privado. Paradójicamente, el concepto jurídico de “orden público” disminuye en importancia como elemento calificador de los institutos jurídicos, no porque hayan desaparecido las normas imperativas, sino porque retroceden las de naturaleza dispositiva.

En tercer lugar, existe un viraje en cuanto a la técnica legislativa, que no descansa tanto en las categorías usuales de lo “permitido”, “facultativo” y “prohibido” sino en una generalización de los deberes procedimentales. Y también ha permeado a la materia mercantil un aspecto puramente persecutorio aunque no necesariamente vinculado al derecho penal. En gran medida, los Estados descansan en los sujetos de dedicación empresarial para “señalar”, no ya los actos delictivos, sino los sujetos sospechosos, convirtiendo en culpable a quien omite señalar.

El proceso ritual del derecho comercial puede ser descrito en tres etapas o componentes. Por un lado, muchos institutos clásicos se han procedimentado, operando el paulatino abandono de las categorías normativas clásicas. En un inicio, cierta práctica aparece como permitida, obligada o prohibida. Con posterioridad, se establecen ritos, primero sencillos pero

paulatinamente más complejos, que buscan canalizar las prácticas en ciertas formas descritas por el legislador o el regulador.

Aparece más tarde el componente represivo: el incumplimiento de los ritos, además de habilitar reclamos por parte de los interesados, aparece como antecedente de las prerrogativas sancionatorias del Estado moderno. La sanción tiene lugar con independencia del daño. Aunque pueden encontrarse razones sistémicas (“resguardar el sistema financiero”, “asegurar la transparencia en el mercado de capitales”, “evitar sanciones de la comunidad internacional”), lo que se castiga es la desobediencia.

Finalmente, llevada a un extremo, la desvinculación entre el daño y la infracción origina a su vez categorías jurídicas nuevas como la del *sospechoso*. Por supuesto que la evolución descrita no tiene lugar con la misma intensidad en todas las expresiones del derecho comercial, pero en todas ellas puede identificarse la impronta del proceso señalado.

A la extensión de las normas rituales habría que adicionarle la exaltación de las potestades sancionatorias del Estado. El incumplimiento de los procedimientos no solamente interesa al ámbito negocial, como podría ocurrir si una operación no logra las ratificaciones necesarias para cobrar efectos, sino que con mayor intensidad aparece la autoridad pública aplicando castigos.

En cierto sentido, esa potestad sancionatoria responde a la evolución de las prácticas judiciales a partir de la estatización de los mecanismos jurisdiccionales que describe Foucault. Sin embargo, es notable que en ciertos institutos del derecho comercial pareciera haberse llegado al extremo de desvincular totalmente la práctica impuesta con el daño que busca prevenirse.

Afirma el filósofo francés que a partir de la segunda mitad del siglo XII nace en Europa la figura del procurador, -desconocida por el derecho romano con esta nueva misión- quien oficia de representante del soberano ejerciendo la condición de titular de un poder lesionado por el solo hecho de que ha habido un delito o crimen.

Surge desde entonces el concepto novedoso de la “infracción”, que implicaba dejar de lado el sistema judicial anterior que consistía en dirimir si había existido un daño y en establecer el responsable para aplicar un castigo o exigirle reparación. Cuando se determina que el soberano también resulta lesionado por el daño, se entiende que el ataque no se dirigió de un sujeto a otro, sino al Estado, a la ley. Con el tiempo, las prácticas jurisdiccionales afectan la forma de saber, al transformar la indagación para determinar el transcurso de los hechos en un caso que tuvo lugar en el pasado y que se dirime en un pleito judicial, a la forma moderna de la vigilancia. De ahí viene el ejemplo que Foucault trae de Bentham acerca del *panóptico*. Decía el jurista y filósofo

británico en 1791 que *“el saberse constantemente observado por un inspector, hace perder en efecto, la fuerza para obrar mal y casi la idea de desearlo”*.

La vigilancia como método surge como mecanismo subterráneo de las prácticas que hoy podríamos llamar republicanas, que exigen una clara determinación de la conducta debida y las sanciones, una relación de razonabilidad entre ambas y cierta mesura a la hora de restringir derechos. Es interesante la contraposición que propone Foucault de la teoría del derecho penal postulada por Beccaria a la vigilancia como mecanismo de control social: *“Esta teoría del castigo subordina el hecho y la posibilidad de castigar a la existencia de una ley explícita, a la comprobación manifiesta de que se ha cometido una infracción a esta ley y finalmente a un castigo que tendría por función reparar o prevenir, en la medida de lo posible, el daño causado a la sociedad por la infracción. Esta teoría legalista, teoría social en sentido estricto, casi colectiva, es lo absolutamente opuesto del panoptismo. Es éste, la vigilancia sobre los individuos no controla lo que hacen, sino lo que son o pueden hacer. La vigilancia tiende cada vez más a individualizar al autor del acto, dejando de lado la naturaleza jurídica o la calificación penal del acto en sí mismo.”*<sup>9</sup>

El distanciamiento entre el daño y la infracción es entonces producto de la evolución de las prácticas judiciales y, -agregaría Foucault- ello opera como necesidad del sistema productivo moderno.

La S.A. nació como instrumento de política económica del absolutismo monárquico del siglo XVII. Bajo la influencia del capitalismo y el liberalismo político, se independiza y reproduce en su seno las formas propias del constitucionalismo moderno. Dice Garrigues que *“en el siglo XIX los hombres de negocios desempolvan la SA, que había vivido olvidada por los mercantilistas, y la convierten en su instrumento predilecto al servicio de la nueva mística”* y concluye que *“el capitalismo no ha creado las instituciones del Derecho mercantil: las ha deformado cambiando su sentido para llevarlas al límite de sus posibilidades al servicio de una nueva mística: la concepción fáustica del dinero como instrumento de señorío, de poder y de fuerza.”*<sup>10</sup>

La evolución posterior del derecho comercial ha dejado irreconocible la anatomía de la materia a los ojos de un jurista formado hace algunas décadas. Operan innumerables fuerzas convergentes conformadas por la creciente presión regulatoria, las prevenciones frente a los

---

<sup>9</sup> FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, 1980, Editorial Gedisa, p.124.

<sup>10</sup> GARRIGUES, Joaquín, “Reto sin respuesta”, 1970, en GARRIGUES, J., *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, p. 246.

abusos que permite la globalización de las finanzas y la evidente crisis de las aspiraciones del liberalismo y el progreso científico en torno a la mejora de las condiciones de vida.

En este marco conceptual, establecer el alcance de las prácticas sociales que operan bajo la impronta del nuevo contexto jurídico puede auxiliar en la comprensión de ese panorama actual y aportar elementos en la búsqueda de nuevas soluciones.

### **3. Conformación de la base de datos**

Aunque pareciera tratarse de una temática reiteradamente explorada, los únicos antecedentes de investigaciones cuantitativas sobre el fenómeno empresarial se refieren a las sociedades cotizadas, es decir aquellas que por su magnitud y cargas regulatorias están obligadas a publicar cierta información comercial y financiera. Si bien tienen una indudable incidencia en términos macroeconómicos, las empresas argentinas que cotizan sus acciones no superan la centena. El universo se amplía sensiblemente cuando se incluyen las emisiones de valores de deuda, pero cuantitativamente no es relevante sobre el total de las empresas afincadas en el país. Las conclusiones de ese agrupamiento difícilmente puedan trasladarse al resto de las sociedades.

Para estudiar aspectos relativos a las sociedades privadas y no financieras –tal como se ha delimitado el objeto de la investigación– aparece como dificultad insoslayable el acceso a las fuentes de información. Aunque las sociedades en todo el país están inscriptas y tienen la fiscalización de registros públicos de comercio, ninguna oficina pública emite datos estadísticos sobre los actos y contratos que inscribe.

Desde la creación del Consulado de Buenos Aires en 1794 y la creación de una matrícula de comerciantes en la Asamblea de 1813, el registro mercantil se consolidó como autoridad registral. Debía pasar casi un siglo y medio para reasumirse como autoridad regulatoria y con plenas funciones de fiscalización. Recién en 1980 se suprimió para la Capital Federal el sistema vigente desde 1959 que integraba un juzgado en lo comercial de registro y se unifica la materia bajo la órbita de una autoridad administrativa con funciones de fiscalización. En la actualidad, sin embargo, los registros mercantiles siguen vinculados a la lógica notarial de su actuación y a pesar de contar con información ciertamente relevante para conocer tendencias en torno a las prácticas societarias, omiten darle cualquier tipo de uso a sus bases, probablemente ni siquiera como insumo interno.

Ante este panorama, se debió postular la construcción de una base de datos propia. El mayor esfuerzo en el trabajo de campo se vería compensado con la certeza del origen de los datos y el control sobre todo el arduo proceso de trabajo. Teniendo en cuenta la ausencia de

información emitida por los registros públicos, la única fuente de información societaria con algún grado de seguridad sobre su contenido está publicada en los diarios de publicaciones oficiales.

Según la LGS, tanto el acto constitutivo como ciertos hitos en la vida societaria deben ser dados a publicidad en el boletín oficial que corresponde a la jurisdicción del registro público de comercio. Los avisos o edictos incluyen un breve resumen de los aspectos más destacados del acto. El hecho de que los edictos sean breves y estén disponibles facilitó la tarea de construcción de la base de datos. Sin embargo, la falta de uniformidad en la redacción impidió la extracción automatizada de los datos y justificó la conformación de un equipo de investigadores con formación específica en derecho comercial.

El universo de sociedades que integran la base abarca aquellas inscriptas en la IGJ. Aunque ésta tiene algunas funciones de alcance nacional, hace las veces de registro mercantil de la Ciudad de Buenos Aires. La fuente informativa estuvo constituida por los edictos publicados en el Boletín Oficial de la República Argentina, es decir, el diario que corresponde a la jurisdicción elegida.

La delimitación del universo requirió excluir edictos referidos a las modalidades asociativas ajenas a la LGS, las sociedades en vías de disolución, y en general todas aquellas que no correspondan con sociedades privadas no financieras argentinas. Fueron por lo tanto excluidas las publicaciones referidas a: i) tipos asociativos excluidos de la LGS como las sociedades civiles, cooperativas, sociedades de garantía recíproca, fideicomisos, etc.; ii) bancos y entidades financieras en general; iii) compañías de seguros y empresas aseguradoras de riesgos del trabajo (no así los productores de seguros); iv) empresas de capitalización y ahorro; v) entidades en liquidación y/o disolución; vi) empresas fiduciarias, sociedades gerente y depositarias de fondos comunes de inversión; vii) sociedades estatales o controladas por el Estado; y viii) sociedades constituidas en el exterior, excluyendo aquellas en proceso de nacionalización.

La preparación del estudio de campo comenzó por establecer el tipo de información que podrían reflejar los edictos, teniendo en cuenta los deberes informativos estipulados en la LGS. Ello plantea dos prevenciones importantes en cuanto al estudio. Por un lado, mucha información cuidadosamente reflejada en los edictos carece de interés a los fines de la investigación. Un ejemplo de ello es el objeto social que las sociedades tienen que publicar cuando lo postulan y también cuando lo modifican. Conocer el objeto social declarado por una sociedad indica muy poco, o casi nada, acerca de la actividad comercial concretamente desarrollada.

Por otro lado, una buena parte de la información valiosa para una investigación de esta naturaleza no queda reflejada en los edictos. Aunque podemos conocer la cantidad de socios en el momento fundacional (la LGS exige publicar los nombres y otros datos personales de los socios fundadores), no podemos conocer ni la proporción de cada uno en el capital social ni tampoco podemos tener certeza de lo que ocurre con la composición accionaria una vez en funcionamiento. Una aparente excepción tiene lugar con las S.R.L., toda vez que el registro de socios se hace público a través de las publicaciones que tomamos como fuente de información. Sin embargo, las cesiones de cuotas son válidas entre las partes y frente a la sociedad sin necesidad de efectivizar la inscripción. Que las sociedades sean anónimas no es solamente una convención lingüística sino más bien una expresión concreta de una característica saliente del régimen mercantil.

Otros aspectos que quedan por fuera de la publicidad que exige la ley, son todas las disposiciones o acuerdos de socios que permanecen en la confidencialidad, ocultos incluso frente a la sociedad. Aunque la jurisprudencia los ha declarado inoponibles a la persona jurídica, resultan exigibles entre los firmantes. En ocasiones, un pacto de accionistas puede distorsionar incluso aquello que haya sido públicamente declarado.

Desde ya, ese pacto de accionistas no podría ser opuesto a una decisión formal de la sociedad, pero la existencia de refuerzos contractuales entre los socios los convierte en efectivos instrumentos de gobierno societario. Nadie sabe a ciencia cierta la extensión de este tipo de acuerdos como práctica general, pero indudablemente distorsionan la información disponible públicamente.

Afortunadamente, existe una buena cantidad de información que efectivamente puede extraerse de los edictos con certeza de la realidad reflejada. Además de la información sobre los socios, es posible conocer la integración de los órganos societarios, la existencia de órganos de fiscalización, el capital social, la ubicación de la sede social, entre otros datos que conjuntamente nos permiten proponer ciertas asunciones sobre la realidad que buscamos comprender.

A los fines de asegurar una buena base de representatividad, se eligieron al azar ediciones diarias enteras del boletín oficial, y de cada una se registraron todas las publicaciones del día, excluyendo las repeticiones de publicaciones anteriores (es decir, cuando se publica el mismo edicto por más de un día), las referidas a sociedades no incluidas en la muestra y en general los edictos que no tienen al menos un dato útil. Al registrar todos los edictos publicados en el día se evitaron sesgos en la selección de las sociedades aplicables.

La investigación incluyó en total 6963 sociedades, correspondientes el 81,6% al período 2012-2013, 2,8% a 2003, 8,4% a 1993 y 7% a 1983. Aproximadamente el 69% son S.A., el 30% S.R.L. y una ínfima participación de otros tipos societarios. El 37,2% corresponde a la constitución de nuevas sociedades y el resto a sociedades preexistentes. La tabla 1 contiene una descripción de la base de datos.

**Tabla 1 – Descripción de la base de datos**

| <b>Sociedades relevadas</b>           | <b>N</b>    | <b>%</b>   | <b>Representatividad</b>                       | <b>N</b> | <b>%</b>    |
|---------------------------------------|-------------|------------|--|----------|-------------|
| <b>Sociedades por año</b>             |             |            | <b>Publicaciones totales (promedio diario)</b> |          |             |
| 2012-2013                             | 5682        | 81,6       | 2012-2013                                      | 143      |             |
| 2003                                  | 201         | 2,8        | 2003   | 27       |             |
| 1993                                  | 587         | 8,4        | 1993   | 111      |             |
| 1983                                  | 488         | 7          | 1983   | 84       |             |
| <b>Total</b>                          | <b>6963</b> | <b>100</b> | <b>Exclusiones (promedio diario)</b>           |          |             |
| <b>Tipo societario</b>                |             |            |  |          |             |
| SA                                    | 4798        | 68,9       | Sin información útil                           |          | 11,7        |
| SRL                                   | 2137        | 30,6       | Edictos rectificatorios                        |          | 4,8         |
| SCA                                   | 26          | 0,3        | En liquidación o disolución                    |          | 1,0         |
| Sociedad colectiva                    | 2           | 0,0        | Entidades financieras                          |          | 0,98        |
| <b>Total</b>                          | <b>6963</b> | <b>100</b> | Sociedades de capitalización y ahorro          |          | 0,9         |
| <b>Constitución vs. preexistentes</b> |             |            |  |          |             |
| Constitución                          | 2592        | 37,2       | Sociedades extranjeras                         |          | 0,5         |
| Sociedades preexistentes              | 4371        | 62,7       | Sociedades controladas por el Estado           |          | 0,5         |
| <b>Total</b>                          | <b>6963</b> | <b>100</b> | Fideicomisos y fondos de inversión             |          | 0,4         |
|                                       |             |            | Aseguradoras                                   |          | 0,4         |
|                                       |             |            | <b>Total</b>                                   |          | <b>21,6</b> |

#### **4. Las sociedades cerradas por dentro – el resultado investigativo**

En términos generales, para la mayoría de las variables existe una marcada homogeneidad en el tenor de los datos observados, al menos dentro de cada uno de los agrupamientos temporales. No obstante ello, las principales notas salientes se mantienen relativamente estables en todas las etapas.

##### **4.1. Tipos societarios:**

La tabla 2 registra los tipos societarios para las sociedades que publican su propia constitución. Dado que la metodología utilizada consistía en registrar todas las publicaciones de los diarios seleccionados, de los edictos que anuncian la constitución de nuevas sociedades, es posible tener una noción bastante precisa de los tipos elegidos en el momento relevado y en relación con las sociedades aplicables para el estudio.

**Tabla 2 – Los tipos societarios**

| <b>Año<br/>1993</b> | <b>1983</b> | <b>2003</b> | <b>2013</b> | <b>Total</b> |
|---------------------|-------------|-------------|-------------|--------------|
| SA %                | 64,36       | 56,12       | 45,00       | 49,07        |
| SRL %               | 35,64       | 43,87       | 55,00       | 50,92        |
| N                   | <b>289</b>  | <b>408</b>  | <b>100</b>  | <b>1795</b>  |

Como se puede observar, los únicos tipos societarios relevados son S.A. y S.R.L., es decir, las variantes con limitación de responsabilidad para todos los socios. Si bien ello se explica en el hecho de que las restantes variantes societarias no requieren para su constitución la publicación respectiva, el estudio registró una presencia prácticamente testimonial de otros tipos societarios. Se han registrado algunos contados casos de publicaciones referidas a sociedades en comandita por acciones y sociedades colectivas.

En 2012-2013, la distribución entre los dos tipos societarios que prevén la responsabilidad limitada de los socios es equitativa. La evolución precedente indica un paulatino crecimiento de las S.R.L. frente a la S.A.

#### **4.2. Socios:**

##### **4.2.1. Concentración del capital accionario:**

Dadas las características de nuestra investigación, los únicos datos relativos a la concentración del accionariado son indirectos, y están referidos a la cantidad de socios en el momento de la constitución. Ello, porque es el único momento en el que la ley exige publicar los nombres de los socios aunque sin revelar la participación de cada uno. La tabla 3 presenta los datos combinados.

**Tabla 3 – Cantidad de socios**

| <b>Año<br/>1983</b> | <b>1993</b> | <b>2003</b> | <b>2013</b> |
|---------------------|-------------|-------------|-------------|
| Promedio            | 2,72        | 2,72        | 2,36        |
| Des. Est.           | 1,389       | 1,431       | 0,8336      |
| Asim.               | 3,826       | 4,076       | 2,721       |
| Curt.               | 24,02       | 27,68       | 13,53       |
| N                   | 787         | 1170        | 257         |

Se observa con claridad la reducida cantidad de socios en todas las medidas de estadística descriptiva. El promedio de socios es ligeramente superior a dos, con una mayoría de valores agrupados por debajo de la media. Recordemos que, dado que la LGS vigente al momento del

estudio no admitía las sociedades de un solo socio (con una muy limitada excepción para las sociedades cotizadas sometidas al llamado control “casi total”), el mínimo legal es de dos socios.

A la luz de las observaciones de nuestra investigación, la admisión de las sociedades unipersonales es un sinceramiento de una realidad inocultable. Es probable que el seguimiento regulatorio intensivo quite incentivos para la adecuación a la forma unipersonal, al menos para las sociedades pequeñas. Para los grupos societarios, el hecho de admitirse subsidiarias de control total seguramente simplifique las cosas.

Reducido el universo de tipos societarios comunes a la S.A. y la S.R.L., surge la pregunta acerca de las diferencias en la composición cuantitativa entre una y otra. Aunque el régimen de responsabilidad entre ambos tipos es prácticamente idéntico, la S.R.L. ha sido pensada para estructuras societarias menos sofisticadas. La tabla 4 compara ambos subgrupos para todo el universo temporal de la muestra.

**Tabla 4 – Socios por tipo societario**

| <b>Tipo societario</b> | <b>SA</b>                        | <b>SRL</b> |
|------------------------|----------------------------------|------------|
| Promedio               | 2,49                             | 2,40       |
| Des. Est.              | 1,11                             | 1,019      |
| Asim.                  | 3,775                            | 4,96       |
| Curt.                  | 27,11                            | 42,84      |
| N                      | 1251                             | 1471       |
| Kruskal Wallis chi2    | 3,5405, df=1<br>p-value= 0,05989 |            |

Tanto las medidas de tendencia como el análisis de normalidad presentado en la última fila confirman que, al menos en relación con la cantidad de socios, no existen diferencias sustanciales entre ambos tipos societarios. Ambas están constituidas por una muy reducida cantidad de socios.

Combinando la información precedente vinculada a la concentración del accionariado y el número neto de participantes podemos postular dos características salientes en cuanto a la distribución del poder societario. Por un lado, tenemos una reducida cantidad de socios, muy cercana a los dos integrantes mínimos que requería la ley al momento de las observaciones. Sin embargo, por otro, aparece como característico que el control no está distribuido en forma equitativa, sino que uno de los socios ejerce el dominio en forma absoluta.

#### **4.2.2. Domicilio y nacionalidad:**

La tabla 5 exhibe los datos de domicilio y nacionalidad de los socios. Es destacable la concentración en la Ciudad de Buenos Aires, con una presencia creciente de los socios domiciliados en la provincia homónima, y una prácticamente inexistente integración de socios

domiciliados por fuera de ese centro urbano y/o del país. En el caso de las personas jurídicas que actúan como socios, en el agrupamiento 2012-2013, alrededor del 14% están constituidas en el extranjero. Tratándose de un estudio correspondiente al registro societario de la Ciudad de Buenos Aires, la distribución observada es ciertamente esperable.

**Tabla 5 – Domicilio y nacionalidad de los socios**

| <b>A) Domicilio/año (%)</b>   | <b>1983</b> | <b>1993</b> | <b>2003</b> | <b>2013</b> |
|---|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Ciudad de Buenos Aires  | 70          | 67          | 69          | 59          |
| Provincia de Buenos Aires   | 29          | 31          | 30          | 38          |
| Otros   | 1           | 2           | 2           | 3           |
| <b>B) Nacionalidad/año (%)</b>  | <b>1983</b> | <b>1993</b> | <b>2003</b> | <b>2013</b> |
| Argentina*  | 90,87       | 91,31       | 93,51       | 92,92       |
| Otros   | 9,13        | 8,69        | 6,49        | 7,08        |
| Sociedades con socios extranjeros**   | 14,51       | 15,22       | 11,97       | 10,83       |
| <b>C) Socios persona jurídica (%)</b>   |             |             |             | <b>2013</b> |
| Constituidos en el extranjero***  |             |             |             | 13,79       |
| N   | 317         | 473         | 117         | 1994        |
| * Corresponde al total de registros de socios.  |             |             |             |             |
| ** Proporción de sociedades en las que al menos un socio no tiene nacionalidad argentina. |             |             |             |             |
| *** Datos disponibles: 2012-2013 exclusivamente.  |             |             |             |             |

No obstante ello, si bien la ley requiere la declaración del domicilio real de los socios, dado que se trata de una simple declaración exenta de controles exhaustivos, resulta difícil determinar el grado de certeza de esta información. En efecto, teniendo en cuenta que existen dudas sobre la sinceridad del propio domicilio societario –conforme se informa más adelante–, nada impide pensar que los socios refieran domicilios laborales o los de sus asesores legales o contables necesariamente en la jurisdicción de la Capital Federal, ocultando su lugar de residencia real.

Según el panel B) de la tabla 5, casi el 93% de los socios relevados, es decir, aquellos respecto de los cuales los edictos informan la nacionalidad, son argentinos. Por otro lado, solamente el 10,83% de las sociedades tienen al menos un socio extranjero. Si bien se trata de guarismos estables en el tiempo, en el agrupamiento 1983 –y en menor medida una década después– todavía existía un componente importante de los inmigrantes europeos radicados a mediados del siglo XX, muchos de ellos en ese momento en plena edad productiva. Es decir, personas que, aunque conservaban su nacionalidad de origen, tenían un arraigo claro en el país.

#### **4.2.3. Género:**

Una de las hipótesis que aparecían como más plausibles era el avance en el equilibrio de género desde 1983 hasta el presente. Después de todo, es el período en el cual no solamente se

vivió en plenitud democrática sino que además se lograron medidas legislativas tendientes a promover una mayor integración de las mujeres. En ese período se ratificaron tratados internacionales de derechos humanos, se derogaron normas que daban preeminencia a los varones en las relaciones laborales y familiares y se sancionaron normas igualadoras como los cupos femeninos en cuerpos legislativos.

La visión de género de los fenómenos societarios guarda un interés especial teniendo en cuenta que abarca un aspecto de la vida en sociedad que ha permanecido ajeno a las medidas normativas de igualación. Es un reflejo preciso de las prácticas sociales en un ámbito en el cual tampoco han existido reclamos concretos provenientes desde la arena política.

En esta sección se presenta la información relativa a los miembros del accionariado, es decir, los propietarios del capital social. La perspectiva de género se completa con la composición de los órganos de administración y fiscalización, donde incluso existe información comparativa con otros países.

La tabla 6 refleja la proporción de varones y mujeres como partícipes en el capital de las sociedades. Se observa un paulatino incremento de la participación de socias mujeres en cada uno de los agrupamientos, llegando a casi el 31% en el período 2012-2013.

**Tabla 6 – Género de socias y socios**

| <b>A) Socios /año</b>          | <b>1983</b> | <b>1993</b> | <b>2003</b> | <b>2013</b> |
|--------------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| F %                            | 22,36       | 28,80       | 30,74       | 30,90       |
| M %                            | 77,64       | 71,20       | 69,26       | 69,10       |
| N                              | 787         | 1170        | 257         | 4434        |
| <b>B) Principal accionista</b> |             |             |             |             |
| F % (1983-2003)                |             |             |             | 26,41       |
| M % (1983-2003)                |             |             |             | 73,58       |
| F % (2013)                     |             |             |             | 23,59       |
| M % (2013)                     |             |             |             | 76,40       |
| N (1983-2013)                  |             |             | 106         | 333         |

Que exista un aumento en la proporción de socias mujeres no necesariamente implica un mayor dominio de los negocios societarios. Desde que la normativa societaria se rige por el principio de las mayorías, la siguiente pregunta apuntaría a determinar en qué medida esa participación implica una mayor injerencia en el órgano de gobierno.

El panel B de la tabla 6 exhibe el género del principal accionista, entendido éste como el socio con mayor participación en el capital. Como el número de casos es reducido, dado que son muy pocos los edictos que permiten reconstruir el accionariado completo, se proponen dos agrupamientos temporales. Con las prevenciones precedentes, en el agrupamiento temporal 2012-

2013 se destaca que solamente el 24% de los casos relevados tienen a su principal accionista mujer, en una proporción estable en el tiempo.

En cierta medida contradiciendo la hipótesis de inicio, en el período de tres décadas estudiado no se observa más que un tibio avance en el equilibrio de géneros. Esta perspectiva se completa con las observaciones vinculadas a la composición de los órganos de administración y fiscalización expuestas más adelante. No obstante esta conclusión, ello no significa que efectivamente no se estén operando cambios a nivel social en el mundo emprendedor.

#### 4.2.4. Edad:

La tabla 7 refleja la edad de los socios en el acto constitutivo, con excepción de la última columna que –aun con un universo más reducido– contiene datos referidos a sociedades preexistentes. Al igual que en otras variables expuestas anteriormente, la mayor riqueza informativa corresponde a los edictos de sociedades recién constituidas. En este caso esa limitación es ciertamente beneficiosa, toda vez que nos permite conocer la edad de los nuevos emprendedores.

**Tabla 7 – Edad de los socios**

| Año       | 1983   | 1993   | 2003   | 2013   | 2013* |
|-----------|--------|--------|--------|--------|-------|
| Promedio  | 39,07  | 42,84  | 42,75  | 44,83  | 45,8  |
| Q. 25%    | 33,33  | 36     | 36,12  | 37,25  | 33,25 |
| Q. 50%    | 38,5   | 41,64  | 42,25  | 43,75  | 44,5  |
| Q. 75%    | 44,5   | 48,5   | 49,25  | 51,5   | 56,5  |
| Des. Est. | 8,224  | 10,3   | 9,528  | 11,02  | 14,21 |
| Asim.     | 0,3553 | 0,7206 | 0,2245 | 0,5158 | 0,33  |
| Curt.     | 2,972  | 3,623  | 3,159  | 3,275  | 2,212 |
| N         | 274    | 412    | 102    | 1761   | 55    |

\* Excluye las publicaciones referidas al acto constitutivo.

Tanto el promedio como las restantes medidas de tendencia muestran un gradual incremento de la edad de los socios constituyentes de sociedades, con una mayor dispersión hacia 2012-2013. Los años 1993 y 2003 exhiben cifras bastante similares, con un claro corrimiento entre el año 1983 y el 2013 hacia edades más grandes.

#### 4.2.5. Socios y parientes:

Otro aspecto determinante de la naturaleza del sistema de gobierno societario argentino es el solapamiento entre las estructuras empresariales y familiares. Interesa como fenómeno social y como peculiaridad económica, desde que las relaciones familiares inciden en los mecanismos

decisionarios que afectan el acervo patrimonial de un grupo cuyos lazos contractuales podrían no ser los que definen la relación de pertenencia.

En términos metodológicos, la calificación de una determinada sociedad como empresa familiar requiere la elección de los criterios de categorización del parentesco considerado como relevante, su vinculación con el control societario o con cierto umbral de participación y/o con la participación de los familiares en los órganos de conducción. En nuestra investigación, se definió como parentesco la existencia de socios con el mismo apellido o la mención expresa de que dos socios son cónyuges. Evidentemente, esa delimitación desatiende tanto los casos de familiares que no comparten el apellido, cónyuges que no declaran su relación o son concubinos, y aun socios que tienen el mismo apellido pero que no son parientes.

Con esas limitaciones, la tabla 8 muestra un panorama bien definido en este aspecto. En el agrupamiento 2012-2013, alrededor de un tercio de las sociedades relevadas tienen al menos dos socios vinculados por relaciones de familia. Un 38,66% de los socios relevados en toda la muestra presentaban ese tipo de vínculos.

**Tabla 8 – Socios y parientes**

| <b>Año</b>  | <b>1983</b> | <b>1993</b> | <b>2003</b> | <b>2013</b> |
|---|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Total % *   | 44,36       | 40,49       | 29,48       | 38,66       |
| 2 o más parientes % **  | 27,91       | 43,20       | 32,41       | 32,14       |
| N   | 283         | 419         | 108         | 1842        |
| * Total de socios de la muestra con vínculos de parentesco.   |             |             |             |             |
| ** Sociedades que tienen al menos una relación de parentesco. |             |             |             |             |

En los agrupamientos temporales previos se observa una leve disminución del elemento familiar, en la forma en que ha sido definido. Tomando como valores de certeza los guarismos precedentes, el solapamiento entre estructuras familiares y empresariales es una característica muy presente en el contexto societario.

Las implicancias de estas observaciones en las relaciones intrasocietarias son significativas. La principal de ellas implica que las reglas de juego que vinculan a los socios no sólo surgen de la normativa societaria sino que también inciden –seguramente en algunos casos en forma dominante– los arreglos propios de la vida familiar. Esa constatación abre una gran cantidad de interrogantes sobre la naturaleza de esos acuerdos, sus formas de expresión y los mecanismos de cumplimiento.

#### 4.2.6. Socios y autoridades:

No existe una marcada separación de la propiedad y la gestión, ni siquiera en las sociedades cotizadas, y mucho menos en aquellas involucradas en esta investigación.

**Tabla 9 – Socios y autoridades**

| Año  | 1983  | 1993  | 2003  | 2013  |
|--|-------|-------|-------|-------|
| Promedio %   | 99,25 | 89,49 | 76,21 | 78,35 |
| Des. Est.  | 7,32  | 22,53 | 28,07 | 28,87 |
| Asim.  | -9,91 | -2,12 | -0,55 | -0,9  |
| Curt.  | 101,9 | 6,735 | 1,861 | 2,617 |
| Moda   | 100   | 100   | 100   | 100   |
| N  | 279   | 412   | 108   | 1829  |
| Sin socios autoridades %*  | 4,84  | 4,65  | 2,04  | 5,18  |
| N  | 289   | 408   | 100   | 1795  |
| * Sociedades en las que, en su edicto de constitución, ninguno de los socios ocupa un cargo en el órgano de administración o en el de fiscalización. |       |       |       |       |

La tabla 9 muestra que, en forma coincidente con esta postulación, la separación entre la propiedad y el control es prácticamente inexistente. Los datos se corresponden, principalmente, con las observaciones tomadas en el momento fundacional. En el agrupamiento más actual, un 78,35% de los socios también ocupa cargos, y solamente un 5,18% de las sociedades se constituye sin superponer cargos de gestión con posiciones en el capital social. Comparando estos valores con los agrupamientos temporales precedentes, aparece disminución de la proporción de socios que ocupan cargos. Sin embargo, aun con los últimos guarismos, el solapamiento entre socios y autoridades es muy significativo.

De estas observaciones se derivan varias implicancias. La primera y más significativa apunta al abandono del marco conceptual tradicional en gobierno societario que versaba sobre un *management* atravesado por los conflictos de interés nacidos de la ausencia de interés patrimonial en la sociedad administrada. En su lugar, el modelo más frecuente involucra al accionista controlante que a su vez ocupa los cargos de gestión porque generalmente supera el umbral de la mayoría matemática, y del otro lado accionistas minoritarios impedidos de ser representados por una administración independiente.

En segundo lugar –y sobre esta cuestión volveremos más adelante–, los dispositivos normativos de fiscalización intrasocietaria carecen de toda efectividad, teniendo en cuenta que el voto mayoritario también permite al socio controlante (y administrador) elegir el régimen de fiscalización e incluso a las personas que cumplirán ese rol.

Finalmente, la interposición entre la propiedad accionaria y la gestión societaria, sumada al solapamiento con estructuras familiares, va definiendo las características de las sociedades prototípicas como estrictamente cerradas, no en el sentido legal exclusivamente sino como muy poco permeables a toda injerencia por fuera del círculo originario de emprendedores.

#### **4.3. Órgano de administración:**

El órgano de administración, en forma genérica, está compuesto por uno o más gerentes cuando se trata de una S.R.L., y por uno o más directores cuando se trata de una S.A. Los directores y gerentes son caracterizados como funcionarios, y de ahí que su relación con la sociedad es doctrinariamente explicada a partir de la teoría del órgano, de origen publicista pero de amplia aceptación en el ámbito del derecho mercantil.

Dentro del directorio y de la gerencia existe una división del trabajo, sin perjuicio del funcionamiento colegiado cuando así corresponda. Esta división es impuesta en parte por la ley y en parte por las previsiones estatutarias. Uno de los directores es elegido como presidente del directorio y ejerce la representación de la sociedad.

Puede existir un comité ejecutivo o gerentes encargados de los negocios ordinarios, integrado en el primer caso por directores y en el segundo por terceros ajenos al directorio, sin perjuicio de la responsabilidad general de los directores. La imputación de responsabilidad por mal desempeño se realiza teniendo en cuenta las funciones específicas, siempre y cuando la asignación de tareas haya sido efectuada siguiendo el procedimiento de decisión y publicidad que impone la ley. En efecto, el art. 274 de la LGS dispone que “la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia”.

La concentración del accionariado tiene como consecuencia directa la influencia absoluta del accionista controlante en el directorio, salvo que exista una autolimitación de éste –lo cual sería a primera vista irracional– o una imposición legal que exija por ejemplo una determinada participación de directores independientes o que algún accionista esté sobrerrepresentado, como ocurre en contados casos en los que se prevé la elección de directores por clases de acciones. Esta modalidad, aunque muy poco frecuente, ha sido utilizada en algunos casos en los cuales, tras un proceso de privatización de empresas, el Estado continúa en el accionariado con una participación cuantitativamente reducida pero con representación en los órganos de administración y fiscalización.

La influencia dominante del accionista controlante en el directorio es consecuencia lógica de los mecanismos de elección de sus miembros. La LGS dispone para las S.A. que los directores sean elegidos por los socios en la asamblea ordinaria de accionistas (art. 234, inc. 2). Para su constitución en primera convocatoria, se requiere la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto. Las resoluciones se adoptan por mayoría absoluta de los votos presentes, salvo cuando el estatuto exija mayor número. El estatuto puede disponer la elección de uno o más directores por clases de acciones, reglamentando la forma de su designación. También puede disponer la elección por parte del consejo de vigilancia (art. 281, inc. d), que es un cuerpo con facultades de fiscalización optativo integrado por accionistas. La modificación del estatuto, salvo por un mayor umbral en cuanto al quórum (art. 244), sigue quedando en manos de quien ostente la mayoría de los votos.

La tabla 10 presenta los datos relativos a los miembros titulares del directorio o gerencia. La imagen cinematográfica de los cuerpos colegiados reunidos alrededor de una mesa –justamente llamada “de directorio”– está muy alejada de la realidad, con un promedio de integrantes para 2012-2013 que no llega a dos. La evolución precedente muestra un paulatino achicamiento del órgano de administración. En este sentido, una de las hipótesis plausibles implicaba una correlación entre el patrimonio y el tamaño del directorio. No obstante, esa relación no se verifica, al menos cuando el patrón de comparación es el monto del capital social. Para las sociedades cotizadas, un estudio previo determinó que el directorio medio está compuesto por 6,04 miembros, con un mínimo de tres, que es el requerimiento legal para ese tipo de empresas.<sup>11</sup>

**Tabla 10 – Cantidad de directores o gerentes titulares**

| Año                                       | 1983  | 2003 | 2013  |       |
|---|-------|------|-------|-------|
| <b>1993</b>                               |       |      |       |       |
| Promedio                                  | 2,43  | 2,18 | 1,69  | 1,67  |
| Máx.                                      | 12    | 11   | 9     | 16    |
| Mín.                                      | 1     | 1    | 1     | 1     |
| Des. Est.                                 | 1,10  | 1,30 | 1,08  | 1,18  |
| Asim.                                     | 3,18  | 2,39 | 2,88  | 3,02  |
| Curt.                                     | 20,83 | 9,13 | 13,92 | 15,94 |
| N   | 290   | 474  | 151   | 4645  |
| Correlación con capital (R <sup>2</sup> ) | 0,05  | 0,05 | 0,02  | 0,00  |

Coincidente con la composición de miembros titulares, la tabla 11 presenta la integración de directores y gerentes suplentes. También se aprecia una leve disminución en el promedio a través de los años, aunque todavía en el período 1983-1993 las sociedades que contaban con directores o gerentes suplentes en muy pocos casos tenían más de un integrante en esa calidad.

<sup>11</sup> LUCHINSKY, Rodrigo, *Gobierno societario, mercados y conflictos*, Buenos Aires, Ediar, 2012.

**Tabla 11** – Cantidad de directores o gerentes suplentes

| Año       | 1983  | 2003  | 2013  |       |
|-----------|-------|-------|-------|-------|
| 1993      |       |       |       |       |
| Promedio  | 1,57  | 1,16  | 1,18  | 1,14  |
| Máx.      | 3     | 10    | 4     | 9     |
| Mín.      | 1     | 1     | 1     | 1     |
| Des. Est. | 0,65  | 0,76  | 0,53  | 0,56  |
| Asim.     | 0,69  | 8,16  | 3,46  | 6,33  |
| Curt.     | -0,25 | 82,49 | 13,04 | 54,63 |
| N         | 160   | 238   | 79    | 3123  |

En muchos sentidos, el directorio u órgano de administración de las sociedades es un correlato preciso del accionariado. Es reducido, poco diverso, probablemente estable en cuanto a la baja rotación de sus integrantes y sin la nota de independencia que impone la ley a partir de la configuración orgánica de este tipo de estructuras asociativas. La contracara de esta caracterización es la debilidad del mecanismo de administración para resolver adecuadamente los conflictos de interés y proteger al resto de los interesados.

#### 4.3.1. Género

En el apartado correspondiente a los socios quedó desvirtuada la hipótesis que afirmaba que existiría un avance importante en el equilibrio de género desde 1983 hasta el presente. Recordemos que ese año coincide con el comienzo de una etapa democrática ininterrumpida durante la cual se han profundizado las políticas inclusivas con un especial énfasis en las cuestiones de género, con alrededor de cuarenta leyes nacionales sobre la temática aprobadas gracias a un amplio consenso ciudadano.

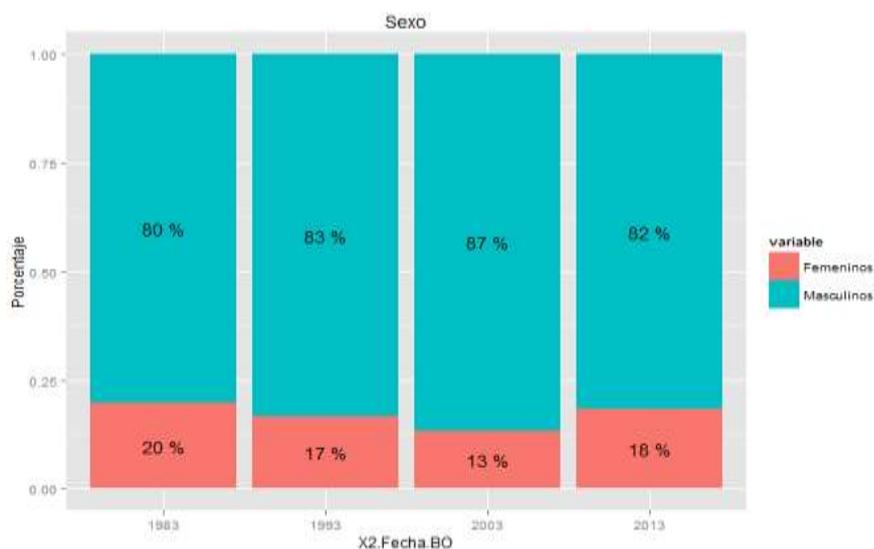
La composición del órgano de administración adquiere un interés especial cuando sumamos la perspectiva de género, en un ámbito que ha permanecido ajeno a las políticas inclusivas de otros sectores de la vida comunitaria. Los directores y gerentes son los que aportan la energía creativa y productiva para la organización de los factores de producción y representan por lo tanto la conducción simbólica de la empresa.

La tabla 12 y el gráfico 1 reflejan la presencia de mujeres en la presidencia de las S.A. y reflejan que las proporciones se han mantenido estables a lo largo de los años, en el orden del 20%. El presidente de una S.A. es un director que además ha sido elegido como presidente del cuerpo para operar como órgano de representación de la sociedad. Sin embargo, ni jurídica ni socialmente es un director más. Más bien, el presidente se constituye como la autoridad ejecutiva máxima, es decir, quien ejerce desde una posición de liderazgo la conducción de los rumbos de la empresa.

**Tabla 12 – Presidente mujer en las S.A.**

| Año                  | 1983                                | 1993  | 2003  | 2013  |
|----------------------|-------------------------------------|-------|-------|-------|
| Promedio %           | 19,77                               | 16,60 | 13,41 | 18,37 |
| Des. Est.            | 39,94                               | 37,28 | 34,29 | 38,72 |
| Asim.                | 1,52                                | 1,8   | 2,15  | 1,63  |
| Curt.                | 3,305                               | 4,223 | 5,609 | 3,669 |
| N                    | 172                                 | 247   | 82    | 3165  |
| Test de proporciones | X2=2,0393 ; df=3<br>p-value= 0,5643 |       |       |       |

**Gráfico 1 – Género de los presidentes**



En cuanto a los directores y gerentes titulares, la tabla 13 refleja que el órgano de administración en el momento del nacimiento de las sociedades está integrado por alrededor de un cuarto de miembros mujeres. Para las sociedades preexistentes, con datos limitados al período 2012-2013, la proporción es algo menor.

**Tabla 13 – Directoras y gerentes titulares**

| Año   | 1983  | 1993  | 2003  | 2013  | 2013* |
|---|-------|-------|-------|-------|-------|
| Promedio%   | 22,41 | 26,53 | 17,69 | 24,14 | 20,75 |
| Des. Est.   | 31,49 | 35,74 | 34,5  | 40,43 | 34,92 |
| Asim.   | 1,12  | 0,99  | 1,67  | 1,2   | 1,43  |
| Curt.   | 3,139 | 2,615 | 4,185 | 2,603 | 3,54  |
| N   | 274   | 392   | 98    | 1725  | 2872  |
| * Excluye las publicaciones referidas al acto constitutivo. |       |       |       |       |       |

En forma consistente con el resto de las afirmaciones, la participación de las mujeres crece significativamente tratándose de miembros suplentes. La tabla 14 refleja que en el período 2012-2013 el 31,82% de los miembros suplentes de los órganos de administración correspondientes a nuevas sociedades está conformado por mujeres. La proporción sube aún más en las sociedades preexistentes.

**Tabla 14 – Directoras y gerentes suplentes**

| <b>Año</b>  | <b>1983</b> | <b>1993</b> | <b>2003</b> | <b>2013</b> | <b>2013*</b> |
|---|-------------|-------------|-------------|-------------|--------------|
| Promedio%   | 14,35       | 35,38       | 27,91       | 31,82       | 37,61        |
| Des. Est.   | 25,62       | 43,42       | 41,73       | 45,11       | 47,58        |
| Asim.   | 1,55        | 0,6         | 0,98        | 0,78        | 0,51         |
| Curt.   | 4,49        | 1,597       | 2,159       | 1,685       | 1,3          |
| N   | 108         | 301         | 86          | 1320        | 2339         |
| * Excluye las publicaciones referidas al acto constitutivo. |             |             |             |             |              |

La participación de mujeres en el órgano de administración guarda cierta consistencia con las observaciones emanadas de la encuesta internacional relevada más arriba. Claro que mientras en aquel estudio se relevan los cargos gerenciales, en este caso se trata de la participación en el directorio como instancia orgánica del régimen societario. En ambos casos, es ostensible aquello del techo de cristal, es decir, la existencia de impedimentos no formales para acceder a las posiciones de máxima responsabilidad en la estructura empresarial.

#### **4.3.2. Edad**

Hemos visto precedentemente que los socios de las sociedades son predominantemente varones, de nacionalidad argentina y cada vez mayores en cuanto a la edad. Esa es la caracterización que más frecuentemente aplica a los emprendedores. Posteriormente integramos esa visión agregando que muy a menudo los socios también se ocupan de la gestión empresarial y que el eje de la vinculación pasa en muchos casos por las relaciones de familia. El incremento de edad podría explicarse por la extensión de la expectativa de vida en el plazo relevado, o bien por otras consideraciones sociales, culturales o incluso económicas.

Consideraciones similares caben en torno a los administradores. Conforme se desprende de la tabla 15, los directores o gerentes de sociedades recién constituidas tienen un promedio de edad en 2012-2013 de 46 años frente a casi 40 en 1983. Las sociedades preexistentes registran un promedio más elevado, de alrededor de 52 años.

**Tabla 15 – Edad de los directores y gerentes**

| <b>Año</b>   | <b>1983</b> | <b>1993</b> | <b>2003</b> | <b>2013</b> | <b>2013*</b> |
|--|-------------|-------------|-------------|-------------|--------------|
| Promedio   | 39,79       | 43,75       | 45,77       | 46,35       | 52,25        |
| Q. 25%   | 33,5        | 37          | 41,88       | 36          | 42           |
| Q. 50%   | 38,75       | 42,75       | 44          | 45          | 52,25        |
| Q. 75%   | 46,62       | 50          | 51,88       | 56          | 60,5         |
| Des. Est.  | 9,2         | 10,3        | 8,84        | 13,53       | 14,15        |
| Asim.  | 0,3         | 0,25        | 0,11        | 0,46        | 0,19         |
| Curt.  | 2,791       | 2,861       | 2,9         | 2,795       | 2,882        |
| N  | 168         | 225         | 48          | 1014        | 165          |
| * Excluye las publicaciones no referidas al acto constitutivo. |             |             |             |             |              |

Teniendo en cuenta la casi inexistente separación entre la propiedad y la gestión, en este punto valen las mismas reflexiones que ensayamos en el capítulo correspondiente a los socios. Para llegar a la responsabilidad máxima en la administración de empresas se requiere esperar muchos años, incluso décadas, desde la finalización posible de la formación universitaria. Esta característica propia del sistema societario evidentemente incide en la conformación del ambiente emprendedor.

#### **4.4. Mecanismos de fiscalización interna**

Según la LGS, el órgano de fiscalización está a cargo de uno o más síndicos designados por la asamblea de accionistas. Para las sociedades sujetas a fiscalización estatal permanente se impone la integración plural en número impar. En ese caso, se denomina “comisión fiscalizadora”. A diferencia del directorio o de otros cuerpos colegiados, el síndico disidente mantiene sus facultades de fiscalización con independencia de lo que resuelva el órgano que integra. Su elección, que se realiza en el plenario de socios o en la asamblea de clases cuando así hubiese estado previsto estatutariamente, se hace sobre la base de la equidad entre acciones y votos. Al igual que en el caso de los directores, los accionistas pueden elegir síndicos mediante voto acumulativo. La ley 22.903 de 1983 flexibilizó el régimen de la fiscalización privada al permitir la prescindencia de la sindicatura en las sociedades cerradas.

En cuanto a las condiciones personales, como requisito de idoneidad se impone la necesidad de ser abogado o contador público, con título habilitante, o sociedad civil con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por esos profesionales (art. 285, LGS).

Además de la sindicatura, la ley también prevé la posibilidad de sumar un consejo de vigilancia, con facultades muy similares a las de la sindicatura, aunque para algunos autores su función primordial consiste en un control de gestión y no sólo de legalidad. Como se observa más adelante, no es una alternativa demasiado utilizada en el mundo societario argentino. A diferencia de los otros órganos, el consejo de vigilancia se integra con accionistas exclusivamente.

En el relevamiento de información se observaron numerosos casos de evidentes conflictos de interés. Son muy frecuentes los supuestos en los cuales los síndicos son a su vez los mismos abogados de la empresa –sobre todo cuando se los requiere porque existe algún conflicto societario en danza– convirtiendo en una parodia toda la función de fiscalización (ello, aunque ese conflicto de intereses esté expresamente sancionado por los códigos de ética profesionales). En el caso de los contadores públicos la cuestión está mejor resuelta porque la organización profesional que los agrupa exige requisitos de independencia cuando algún matriculado resulta elegido para ejercer la sindicatura de una sociedad.

La función de fiscalización parece merecer una carga estructural sólo cuando la normativa o el estado de cosas permiten el control por contraposición en manos de una minoría, o mediante la participación de un sector no accionario como ocurre en el peculiar contexto alemán. En caso contrario, se genera la situación paradójica de que alguien debe designar a la persona encargada de controlar a su elector.

La tabla 16 presenta los datos de la investigación. Aparece como ostensible que mientras que en 1983 la gran mayoría de las sociedades contaba con su órgano de fiscalización, el cambio de ley operado ese mismo año permitió a buena parte de las empresas que decidan la prescindencia.

**Tabla 16 – Mecanismos de fiscalización**

| <b>Órgano de fiscalización</b>   |             |             |             |             |
|--|-------------|-------------|-------------|-------------|
| <b>Fiscalización</b>   | <b>1983</b> | <b>1993</b> | <b>2003</b> | <b>2013</b> |
| Prescinde %  | 2,8         | 90,15       | 85,71       | 83,02       |
| Sindicatura %  | 96,06       | 9,32        | 9,52        | 13,60       |
| Consejo de vigilancia %  | 1,12        | 0,51        | 4,76        | 3,24        |
| Sindicatura y consejo de vigilancia %  | 0           | 0           | 0           | 0,12        |
| Miembros titulares promedio  | 1,24        | 1,26        | 2,33        | 1,28        |
| Miembros suplentes promedio  | 1,17        | 1,19        | 2,06        | 1,20        |
| Prescinde o no menciona fiscalización %*   | 59,38       | 96,83       | 96,55       | 97,64       |
| N  | 178         | 193         | 42          | 801         |
| * Incluye edictos que expresamente prescinden de la sindicatura y aquellos que contemplan el nombramiento de autoridades sin nombrar miembros del órgano de fiscalización. |             |             |             |             |

Para el agrupamiento 2012-2013 se observa que alrededor del 83% ha optado por prescindir de todo órgano de fiscalización. No obstante ello, por el modo conservador en que ha sido tomada la información, es altamente probable que la proporción sea muy superior a esa cifra. La primera fila de la tabla 16 incluye solamente los edictos en los cuales se expresa claramente que se ha prescindido de la sindicatura. La penúltima fila integra también todos los edictos en los cuales existe un nombramiento de autoridades omitiendo toda referencia al órgano de fiscalización. En

este caso, es altamente probable que la omisión se explique porque efectivamente la sociedad carece de una sindicatura o consejo de vigilancia.

Con este criterio, en 2012-2013 solamente algo más del 2% de las sociedades cuenta con órganos de fiscalización, con valores similares para 1993 y 2003. En cuanto a 1983, si bien el número es mayor, debe tenerse en cuenta que en septiembre de ese año se promulgó la ley que permitía deshacerse de la sindicatura para las sociedades legalmente “cerradas”. Por otro lado, las publicaciones relevadas corresponden a los últimos dos meses del año, es decir, en plena vigencia del nuevo régimen.

Cabe aclarar que la prescindencia de la sindicatura o de todo órgano de fiscalización no implica, en términos estrictamente formales, que no exista algún tipo de posibilidad de control por parte de los socios. En efecto, en esos casos, la LGS permite a los socios examinar los libros y papeles sociales y recabar del administrador los informes que estimen pertinentes (art. 55). Sin embargo, es evidente que en este caso no existe ni atribución específica de funciones de control ni mucho menos responsabilidad profesional por su ejercicio deficiente.

Finalmente, para el reducido universo de sociedades que efectivamente mencionan mecanismos de fiscalización orgánicos, la figura mayoritariamente utilizada es la de la sindicatura, en detrimento del consejo de vigilancia. En ningún agrupamiento temporal parece tener relevancia este último cuerpo compuesto exclusivamente por accionistas.

#### **4.5. Capital Social**

De acuerdo con la LGS, todas las sociedades tienen un capital social conformado por los aportes de los socios, quienes asumen así el estatus específico de socio. En las S.R.L. y las S.A., ese aporte se representa en cuotas sociales y acciones, respectivamente. Como principio general, tanto las cuotas sociales como las acciones son de libre disposición dado el carácter no personal de la posición de los socios en sociedades con responsabilidad limitada.

Aunque el capital social está conformado por recursos económicos destinados al cumplimiento de la misión empresarial, tiene más valor como construcción jurídica que patrimonial. El capital social es simplemente una de las vías de financiamiento de las empresas, y probablemente la de menor importancia frente a la deuda u otros recursos internos o resultados que a través de distintas construcciones contables no se capitalizan. Desde el punto de vista jurídico, el capital social representa el interés residual, es decir aquel que obtiene (o sufre) todos los resultados pero solamente cuando hayan sido satisfechas las deudas. El interés residual corresponde a los socios, quienes así tienen el mayor de los incentivos para explotar

racionalmente los recursos. Cuando la empresa entra en estado de insolvencia, el sistema jurídico traslada temporal (en caso de concurso preventivo) o definitivamente (en quiebra) ese interés residual a los acreedores.

Hacia adentro de la empresa, la composición del capital social, es decir, la distribución de los derechos patrimoniales y políticos, deviene fundamental para conocer el balance de fuerzas entre los titulares del interés residual. Tradicionalmente se ha sostenido que la atomización del accionariado genera problemas de acción colectiva para monitorear eficazmente a los administradores. Ese contexto es bien diferente del que observamos entre nosotros, en donde existe una concentración extrema del accionariado, con un socio que ejerce el control absoluto. Los conflictos de interés son bien distintos en uno y otro caso.

Hemos explicado anteriormente que el presente estudio ofrece información marginal sobre la distribución del accionariado. Ello, principalmente, porque la ley no impone la publicidad de la estructura de capital de las empresas, aspecto ciertamente criticable.<sup>12</sup> Esta regla viene cediendo terreno de la mano de las prerrogativas regulatorias del Estado, pero en todo caso se trata de información que conocen y utilizan las autoridades pero no el público en general. Por ahora, las sociedades siguen siendo anónimas. No obstante ello, la gran concentración del accionariado puede colegirse de la literatura precedente, confirmada en forma parcial por la escasa cantidad de socios, la carencia de órganos de fiscalización y la incidencia del elemento familiar.

La tabla 17 concentra la información relativa al capital social y a las modalidades de emisión de las acciones. El capital social está expresado en pesos argentinos correspondientes a marzo de 2014, y a los fines representativos se han excluido los valores más extremos que distorsionarían la distribución poblacional.

**Tabla 17 - Capital y series de acciones**

| <b>Año</b>                                       | <b>1983</b> | <b>1993</b> | <b>2003</b> | <b>2013</b> |
|--|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Capital promedio*                                | 98.920      | 100.153     | 54.561      | 102.200     |
| Series promedio                                  | 2,16        | 1,57        | 1,27        | 1,27        |
| Des. Est.  | 1,74        | 1,168       | 0,4671      | 0,7693      |
| Asim.  | 3,39        | 2,488       | 1,021       | 5,585       |
| Kurt.  | 14,07       | 8,708       | 2,042       | 44,99       |
| N  | 41          | 58          | 14          | 175         |
| Acciones de voto múltiple (N)                    | 26          | 18          | 1           | 22          |
| Acciones preferidas (N)                          | 4           | 2           | 4           | 7           |
| * Expresado en pesos argentinos a marzo de 2014. |             |             |             |             |

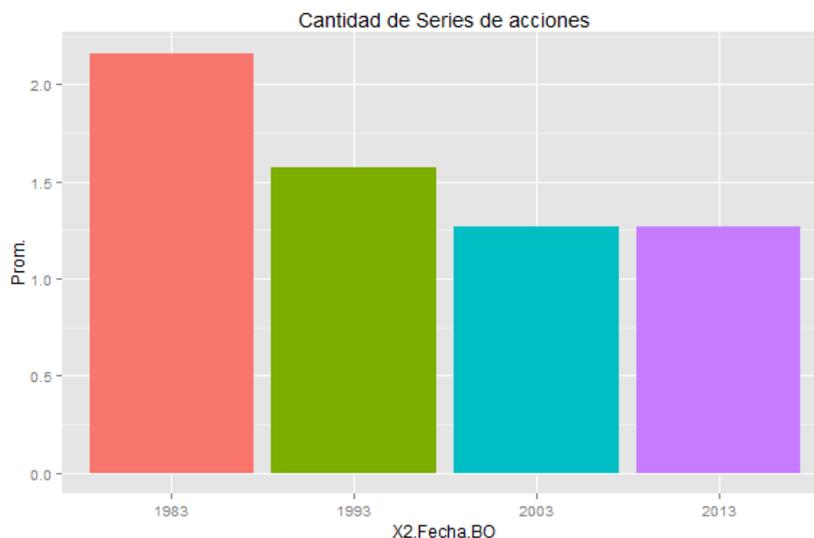
<sup>12</sup> LUCHINSKY, Rodrigo, "Transparencia del control de las emisoras y eficiencia del mercado", *Memorias del IX Congreso Argentino de Derecho Societario*, 2004.

Con la notable excepción del agrupamiento correspondiente al año 2003, en general se observa un monto de capital estable alrededor del mínimo admitido, al menos para las SA. En efecto, a partir de octubre de 2012 se exige un monto mínimo de \$100 mil, coincidente con el promedio del agrupamiento 2012-2013. En términos comparativos, normalizando los valores a marzo de 2014, se observa una constante alrededor de ese valor. La última actualización había tenido lugar en septiembre del año 1991, oportunidad en la cual se fijó en \$12 mil.

La baja correspondiente a 2003 podría explicarse por dos motivos. En primer lugar, en ese momento el país se encontraba pujando por salir de la profunda crisis económica que explotó en diciembre de 2001 con la devaluación de la moneda, estallidos sociales y una crisis política sin precedentes desde el retorno a la democracia en 1983. En segundo lugar, en ese momento todavía no se había elevado el capital mínimo aplicable a las SA, y por lo tanto existía una disminución de ese monto en términos reales.

El gráfico 2 representa la utilización de series múltiples. Puede observarse que se trata de una práctica muy poco frecuente, sobre todo en el agrupamiento temporal más reciente.

**Gráfico 2 – Series de acciones**



En forma coincidente con lo relatado anteriormente, la estructura de capital es ciertamente sencilla. Repárese que aún en el agrupamiento 2012-2013, la cantidad de casos relevados es reducida. Ello se explica en el hecho de que, por prudencia, solamente han sido incluidas las publicaciones en las cuales se menciona expresamente el número de series emitidas, los votos acordados y demás preferencias. En la gran mayoría de los casos, principalmente en la base más reciente, las sociedades se limitan a expresar el valor del capital social y la cantidad de acciones emitidas. Con esa postulación, podría derivarse que en la mayoría de los casos –sino en casi

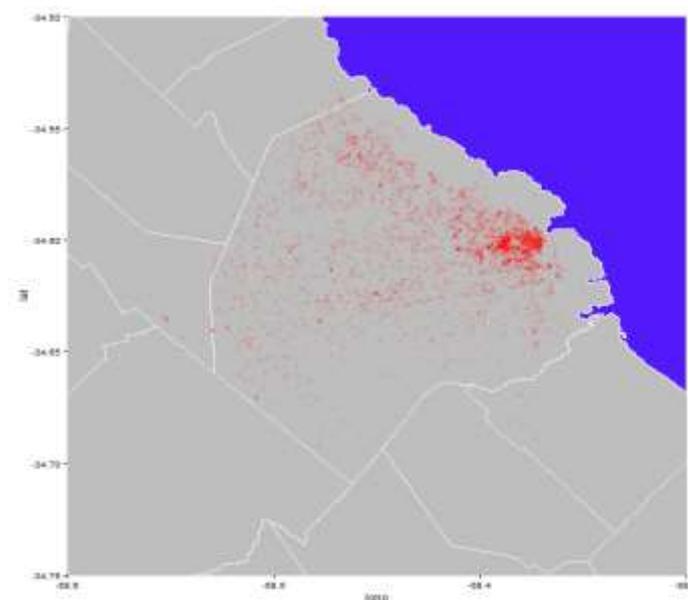
todos— estamos frente a acciones de voto simple, sin preferencia de ningún tipo y por lo tanto emitidas en una sola serie.

En el reducido agrupamiento de las publicaciones en las que se referencia modalidades de emisión, se observa una tendencia al abandono de las series múltiples (más pronunciada a partir de 1993) y una práctica marginal en la emisión de acciones preferidas.

#### 4.6. Localización de la sede social

Las sociedades son personas jurídicas, y como tales tienen designado un domicilio fijado por sus socios. Tienen allí una sede social en la cual concentran ciertos aspectos de la gestión interna y externa. De acuerdo con la LGS, la sede social se inscribe y se da a conocer públicamente, y opera como centro administrativo y documental de la sociedad. La sede social inscrita es el domicilio válido para efectuar citaciones y emplazamientos a la sociedad, es el lugar designado para depositar la documentación contable en forma previa a su tratamiento en asamblea, y es el lugar de reunión natural de los socios. Las disposiciones regulatorias contenidas en las Normas IGJ establecen que la sede social es el lugar en el que funciona efectivamente el centro principal de la dirección y administración de las actividades de la entidad.

**Gráfico 3 – La ubicación de la sede social en la Ciudad de Buenos Aires (1983-2013)**



La tabla 19 refleja las calles de la Ciudad de Buenos Aires más elegidas como asiento de la sede social. Quien conoce la ciudad puede observar que la mayoría de las calles corresponden a la zona de tribunales, es decir aquellas en que se ubican tanto los juzgados y demás reparticiones del poder judicial como las oficinas de abogados, contadores y otros profesionales.

**Tabla 19 – Calles más elegidas**

| <b>Calle</b> |                |
|--------------|----------------|
| 1.           | Lavalle        |
| 2.           | Tucumán        |
| 3.           | Viamonte       |
| 4.           | Sarmiento      |
| 5.           | Av. Corrientes |
| 6.           | Uruguay        |
| 7.           | Paraguay       |
| 8.           | Montevideo     |
| 9.           | Maipú          |
| 10.          | 25 de mayo     |
| 11.          | Cerrito        |
| 12.          | Paraná         |
| 13.          | Reconquista    |
| 14.          | Esmeralda      |
| 15.          | Av. Córdoba    |

Aunque las zonas más frecuentes para la ubicación de las sedes sociales también coinciden con barrios con intensa actividad comercial, es evidente para quien conoce la ciudad que el mapa precedente postula una presunción bastante contundente. Mientras que el legislador, el regulador y el sentido común presuponen que las sociedades organizan en su sede social el centro administrativo de la empresa, la realidad impone que la sede social no es más que un domicilio para cumplir con ciertas cargas regulatorias.

---

## 5. Bibliografía

- ADAMS, Renée y FERREIRA, Daniel, "One Share-One Vote: The Empirical Evidence", *Review of Finance*, vol. 12, 2008.
- ALLEN, William T. y KRAAKMAN, Reinier, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, New York, Aspen Publishers, 2003.
- ANDERSON, Ronald C. y REEB, David M., "Founding-family ownership, corporate diversification, and firm leverage", *Journal of Law and Economics*, vol. XLVI, October 2003.
- ARECHA, Waldemar, *La sociedad anónima y el hombre*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965.
- BEBCZUK, Ricardo, *Corporate Governance, Ownership, and Dividend Policies in Argentina*, en Alberto CHONG y Florencio LÓPEZ-DE-SILANES, *Investor Protection and Corporate Governance. Firm-Level Evidence Across Latin America*, Washington DC, Stanford University Press – Inter-American Development Bank, 2007.
- BERLE, Adolf A. y MEANS, Gardiner C., *The modern corporation and private property*, New York, The Macmillan Company, 1932.
- CLAESSENS, Stijn; DJANKOV, Simeon; FAN, Joseph; LANG, Larry, "Expropriation of Minority Shareholders in East Asia", *The Journal of Finance*, vol. 57, 2002.
- CLAESSENS, Stijn; DJANKOV, Simeon; LANG, Larry, "The separation of ownership and control in East Asian corporations", *Journal of Financial Economics*, vol. 58, 2000.
- DE MIGUEL, Alberto; PINDADO, Julio; DE LA TORRE, Chabela, "How does ownership structure affect firm value? A comparison using different corporate governance systems", Working Paper No. 479322, *Social Science Research Network*, 2003.
- EASTERBROOK, Frank H. y FISCHL, Daniel R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1980.
- GARRIGUES, Joaquín, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1971.
- GIRON TENA, J., *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)*, Madrid, Civitas, 1986.

## 6.- Actividad pedagógica

- a. Explique brevemente cuáles han sido los cambios, si es que los hubo, en materia societaria con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Unificado.
- b. Realice un gráfico de barras en donde se vea reflejado la evolución de las sociedades cerradas en Argentina, de conformidad con los datos aportados en la Tabla 1 del presente cuadernillo.
- c. ¿Por qué podría considerarse que la función de fiscalización constituye una carga estructural dentro de la estructura societaria?
- d. ¿Qué explicación podría argüir al hecho de que hoy en día, siga existiendo un desequilibrio en relación a la cantidad de mujeres que componen el órgano de administración en comparación con la cantidad de hombres que se encuentran en la misma posición.
- e. De acuerdo a los resultados obtenidos, las sociedades familiares representan un lugar importante en nuestro país. ¿Podría dar las razones?.
- f. Lea el siguiente artículo de doctrina y realice una comparación entre los valores obtenidos en el trabajo de investigación y lo desarrollado en el punto II del mentado artículo.

### **La responsabilidad (comercial y penal) de los directores de sociedades comerciales**

Martorell, Ernesto E. - Tazza, Alejandro O.

Cita Online: AR/DOC/2760/2015

#### **I. Sociedades. Tenencia de valores e importancia de quienes las conducen**

Tal como lo destacara Miguel Bomchil (padre), en un "Curso para Inversores" dictado en el recinto de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires hace más de 50 años (1960), desde fines del siglo XIX, y a raíz de la facilidad con que permitiera desplazarse a la riqueza las acciones "al portador", el régimen de posesión de inmuebles (1) fue sustituido paulatinamente por el de la tenencia de valores (2).

La impronta de las grandes sociedades, que hoy son un factor de titularidad y desarrollo de una parte fundamental de la cultura de nuestros días —la "cultura tecnológica"— es un fenómeno relativamente reciente en el mundo del derecho. Y la problemática de los cuerpos directoriales o "management", también llamada "alta gerencia", que involucra cuestiones de gran complejidad económico— financiera, sociológica y hasta cuestiones que llegan a rozar las políticas públicas o de Estado— era algo que escapaba inclusive al análisis de las Casas de Altos Estudios, aun de Países como los Estados Unidos de Norteamérica, como Harvard o Yale.

Es sabida la anécdota de Berle acerca de que, presentada su tesis doctoral a la escuela de Estudios Jurídicos de Harvard, en el Boston de comienzos de los años 30, y aun calificada con la nota máxima, ella no fue aprobada "cum laude" por considerarse que, al correlacionar la temática jurídica con la problemática económica y sociológica de las grandes "corporations" norteamericanas, escapaba a los patrones regularmente esperados en un estudio de derecho de características magistrales.

Llegados los 60, y tras haber destacado a fines de la década anterior que en los Estados Unidos de Norteamérica se obtenía la mitad de la producción manufacturera mundial, y dentro ese país 500 grandes sociedades anónimas controlaban las dos terceras partes de la economía no agrícola (3), ya lo vemos a Berle como deán de

Harvard, y prologando la célebre obra de Mason "Corporations in modern society"(4), y dejando en claro que —en ese entonces— sólo dos vehículos se habían demostrado aptos para la ciencia económica industrial como instrumentos impulsores del desarrollo: la moderna sociedad anónima, y el hoy vetusto "comisariato socialista" (5).

Por otra parte, hace más de dos décadas, y en una obra que fuera duramente criticada en su momento por introducir en la ciencia jurídica nacional datos, estadísticas y ejemplos de la realidad empresarial de nuestro país, uno de nosotros destacó la pérdida de la plenitud del control ("the completeness of the control") "por parte de los capitalistas" —para utilizar palabras de Burnham (6)— y la imprescindible necesidad de reformular la visión con la cual la ciencia jurídica analizaba o regulaba la figura de los administradores de sociedades, frente al innegable fenómeno del crecimiento exponencial de su poder (7).

Poner de relieve tal situación por nuestra parte, en los hechos, dista de ser una toma de posición novedosa u oportunista. Lo primero, repetimos, porque hace ya medio siglo, Long asignaba a la gran sociedad anónima un lugar relevante dentro del marco comunitario, junto con la Iglesia y las Fuerzas Armadas, por tratarse, en ciertos casos, de organizaciones que trascienden el territorio local y traspasan los límites políticos, e incluso en ocasiones los de la Nación y el Estado (8), agregando Earl Latham que pueden llegar hasta a desafiar la propia soberanía de este último (9).

Karl Kaysen, a su vez, avanzando aún más sobre el tema, resalta que cuando se habla de "poder", éste no sólo debe ser identificado con la gran disponibilidad de medios financieros, sino que debe entenderse como un "quid" comprensivo inclusive de ciertos recursos imponderables, ya sea tanto en términos de talento especializado como del prestigio que suele rodear a las sociedad anónima de envergadura (10) y a los grandes grupos de Empresas (11).

## II. ¿Quiénes dirigen las grandes sociedades?

Habiendo ponderado la significativa traslación de poder operada desde los dueños del capital (accionistas) hacia el "management", lo cual —como veremos luego— tampoco puede ser tomado como un fenómeno absoluto, y siendo que quienes designan a los administradores sociales son los socios, debemos adentrarnos en la realidad de la composición de los capitales accionarios, para determinar de qué manera se traducen internamente las relaciones de poder, ya que serán éstas, también, las que nos habrán de permitir establecer las imputaciones de responsabilidad (12).

Veamos:

### 1. Los cambios que trajeron los 90:

Luego de varias décadas de tener una economía cerrada, la República Argentina, al asumir su gestión —a mediados de julio de 1989 el entonces nuevo gobierno— cambió sustancialmente la configuración y titularidad de los capitales accionarios de muchas de las grandes sociedades que operaban en el país.

Es sabido, por su significación, que dentro del estrato empresarial hay tres tipos de compañías que revisten especial significación: las petroleras, las automotrices y los bancos.

Si tomamos como ejemplo de lo que hemos venido diciendo ocho de los bancos de mayor significación dentro de los que actuaban en la plaza financiera de aquella época, y comparamos la titularidad de sus "paquetes" accionarios entre los años 1988 y los posteriores al recambio de gestión presidencial, descubriremos que, amén del hecho de que más de la mitad desapareció, fue liquidado y/o fue absorbido por otras entidades del sector, de los que subsistieron, sólo dos (Galicia y Mariva) continúan siendo de sus dueños originarios (13).

La cuestión, repetimos posee enorme significación, ya que la composición de las titularidades accionarias, la forma en que se designa a los directores —esto es, si estamos ante "sociedades cerradas" y/o "de familia" en las que sólo se nombra directivos a parientes comprometiéndose así a todo el grupo familiar— o frente a compañías "abiertas", con un management profesional designado desde el exterior, tendrá enorme repercusión a la hora de dictar condenas por eventuales responsabilidades societarias o concursales, como una "extensión de la quiebra" (arg.,art. 161, ley 24.522), y no habrá de ser neutra, probablemente, tampoco desde el punto de vista penal

### 2. La mutación de principios de siglo:

Si de remitimos a la realidad empresarial argentina de los últimos años se trata, tomando desde el año 2003 en adelante, se sigue observando una mutación de los titulares de "paquetes accionarios", con la traslación de los poderes de gobierno a una dirección ajena a los dueños originarios del capital la cual, no pocas veces —si no todas— se orienta hacia el exterior.

Así, y remitiéndonos a lo puntual, la década de los 2000 vio a inversores de capital de países vecinos quedarse con empresas — léase, "sociedades"— nacionales (de familia) consideradas "líderes", puesto que:

\* Loma Negra (ex Grupo Fortabat) fue vendida al Grupo Camargo Correia de origen brasileño, en más de U\$S 800 millones;

\* Pecom (ex Grupo Pérez Companc), se vendió al Grupo Petrobrás, de capital brasileño, en aproximadamente 1.300 millones de dólares;

\* Acindar (ex Grupo Acevedo) fue transferida al Grupo Belgo Mineira, de origen brasileño;

\* Quilmes (ex Grupo Bemberg) fue vendida al Grupo AMBEV, de capital brasileño, en más de 1.000 millones de dólares;

\* Alpargatas (ex Grupo Clutterbuck & Zavalía Lagos) fue adquirida por el Grupo Camargo Correia, de origen brasileño;

\* Editorial Atlántida (ex Grupo Vigil) fue adquirida por el Grupo Televisa, de origen mexicano, en cerca de 70 millones de dólares (14);

\* El Banco Itaú —hoy una de las once mayores entidades financieras del mundo (15)— adquirió el Banco del Buen Ayre (ex Grupo Garfunkel), y el Banco Do Brasil hizo lo propio con el Banco Patagonia (del Grupo argentino Stuart Milne);

\* La avanzada brasileña se quedó también con las industrias cárnicas Swift, Cepa, Quick Food (que operaba con la marca "Paty") y Col-Car, amén de orientarse a la indumentaria. Citamos como ejemplo el hecho de que capital brasileño controla hoy el 80% de la producción de calzado deportivo (zapatillas) del país y el 60% del denim (loneta destinada a la confección de blue-jeans) (16), lo que da una pauta clara de la significativa transformación de la realidad societaria argentina ocurrida en los últimos años.

A su vez:

\* El capital chileno adquirió "Blaistein" (materiales de construcción), que pasó a ser Cencosud, que ya poseía las cadenas supermercadistas nacionales Jumbo, Easy, Disco, Supervea y un vastísimo etc. (18).

\* Okebon (galletitas) fue vendida al Grupo peruano Alicorp, Roby (firma de cosméticos) fue adquirida por el Grupo Indio Gondra (19), y Bidas, la petrolera del Grupo Bulgheroni, transfirió el 50% de su capital al Grupo Chino CNOOC (20).

### III. Los CEOs (Chief Executive Officers) ante el derecho. Responsabilidad y nuevos paradigmas

Aun cuando la advertencia de que el fenómeno de la acumulación de poder de las grandes "corporations", y luego de los grupos que conforman es relativamente reciente en los EE.UU.; piénsese que si bien ya en 1965 se advirtió con preocupación que sólo tres Compañías Industriales (Standard Oil of New Jersey, General Motors y Ford Motors Company), ingresaron más recursos que todas las granjas del país juntas (21), el "think tank" norteamericano venía advirtiendo desde mediados del siglo pasado la necesidad de contrabalancear una situación que ya entonces era vista como preocupante.— Es que, si bien por una parte siempre resulta deseable que las grandes sociedades realicen mayores inversiones en activos fijos, en investigación científica, beneficien a las economías de escala y aumenten la eficiencia de los factores ocupados, como contrapartida, y por la otra, deviene imprescindible arbitrar los mecanismos y los remedios legales para que no avasallen y mantengan una dosis imprescindible de competencia en el mercado, con el objeto de impedir que el excesivo poder sobre éste produzca una ineficiente utilización de recursos, opresión del consumidor y beneficios excesivos (22).

A ello, como todos sabemos, se le vendría a sumar, a comienzos de los 2000, el descubrimiento —a nivel mundial— de fraudes corporativos de enorme significación, obra del envilecimiento de los elencos directoriales y/o gerenciales que, en no pocos casos, vendrían acompañados de quiebras fraudulentas de compañías emblemáticas norteamericanas y europeas que dejarían "agujeros negros" descomunales.

Los sujetos activos de tales daños, prácticamente en todos los ejemplos a los que habremos de referirnos, repetimos, han sido —indefectiblemente— los directivos, involucrando sus malas praxis y dolos una vasta serie de perjudicados, entre los que se encuentran los accionistas no controlantes, los trabajadores, las agencias oficiales y privadas de recaudación y la comunidad en general, debiendo ponderarse que, aun desde la perspectiva del derecho mercantil, autores como Rojou de Boubee han calificado la quiebra culpable o dolosa de los bancos y/o de las grandes compañías como "un delito pluriofensivo", en atención a los miles y miles de intereses y de damnificados que suelen afectar (23).

Y junto con los 2000 vino ENRON, que era una empresa de origen tejano que llegó a ser la séptima en "Oil & Gas" y de las de mayor envergadura de los EE.UU, y poseía un enorme prestigio en su país de origen. Y ello, entre otras cosas, porque su CEO —Kenneth Lay— era amigo personal de la Familia presidencial, al punto tal que, al jurar "George W. Bush" en Washington (Enero de 2002), su padre viajó desde Dallas hasta la capital en el avión corporativo con Lay para presenciar la asunción.

Según los estados contables de ENRON, al 31 de diciembre de 2000 la Firma denunció como ingresos anuales (revenues), 100.789 millones de dólares, siendo el resultado del ejercicio 896 millones después de deducir el dividendo de las acciones preferidas (24).

Más allá de las situaciones de detalle que en su momento fueron de dominio público, corresponde destacar, " que el Directorio de ENRON mediante procedimientos contables "creativos" disimuló su verdadera situación económica: ocultando pasivos, anticipando resultados, registrando ganancias sobre el valor de mercado de sus propias acciones, etc., etc." (25).

Lo cierto es que el cuadro anterior, convalidado por los "auditors" —nada menos que el estudio "Arthur Andersen & CO" (26), que poseía cerca de 100.000 miembros en ese entonces en todo el mundo, y que cobraba anualmente de ENRON U\$ 52.000.000 entre "auditing" y "consulting"— dejó de existir en el año 2002, siendo rápidamente "desguazado" en un marco de querellas penales y cuantiosas demandas de daño, y sus clientes fueron repartidos como "botín de guerra" por las "BIG FIVE", que vertiginosamente pasarían a ser luego las "Big Four" (27).

Sin defecto de lo expuesto, y del dinámico dictado en los EE.UU de normas de significativa dureza —nos referimos a la Ley Sarbanes-Oxley— que contempla penas de prisión para los involucrados (auditores incluidos, obviamente) de hasta 25 años de prisión de cumplimiento efectivo— lo cierto es que, frente a la destrucción de la fe casi ciega poseída en ese entonces en el "auditing" cuando lo llevaba a cabo un socio de alguna de las Grandes Firmas Internacionales de Auditoría, fruto de la indolencia, la impericia o la complicidad exhibida por sus auditores—, lo que se ha buscado es establecer "un marco jurídico adecuado que eleve el nivel de protección del ahorrista" (28) sancionando severamente al directorio infiel que aprueba estados contables falsos, y a los "auditors" que lo convalidan.

¿Cómo terminó la cuestión en los EE.UU.?

Según pudo saberse, con Kenneth Lay, el ex CEO (Chief Executive Officer) de ENRON, no se tuvo ningún miramiento pese a su amistad personal con George Bush (padre), mencionándose que el mismo está preso desde hace tiempo (29).

Resultan emblemáticos también en EE.UU. los casos de Bernard Ebbers —ex CEO de Worldcom (otro escándalo corporativo seguido de un "default" de 108.000.000.000 millones de dólares)— el que fue condenado por la honorable Barbara Jones, juez federal de Manhattan, a 25 años de prisión no redimible por pago, y de Robert Fust, ex banquero de inversión de Merrill Lynch, el que fue condenado a 37 meses de prisión " por su papel en la planificación de un acuerdo ficticio con ENRON en 1999, para incrementar las ganancias de la compañía energética" (30).

¿Qué ocurrió luego en el panorama mundial?

Más adelante, y hacia el año 2003, se difundió en Italia esparciéndose con posterioridad en todo el continente, la quiebra de Parmalat, que fuera decretada fraudulenta, y el hecho de que ella demandó en sede mercantil y penal a cuatro de los principales Bancos de Inversión del mundo; me refiero al "Morgan Stanley" (31), la "UBS" (Union des Banques Suisses) (32), el "Deutsche Bank" (33), y el "Citigroup" (cabeza corporativa del Citibank) (34).

En lo puntual, el interventor Dr. Enrico Bondi, designado por el gobierno Italiano a fines del año 2003 a raíz de la gravedad de la situación, declaró a la prensa que todas las entidades financieras anteriormente mencionadas participaron directa o indirectamente en el espectacular fraude cometido en la empresa.

Como se sabe, la caída de Parmalat significó uno de los quebrantos más importantes en la historia del capitalismo, equiparable —por ser la versión europea— a las quiebras de los grupos norteamericanos Enron y Worldcom, ocurridas en el período 2001-2002.

Es que, no sólo se trataba de la empresa alimenticia más importante de Italia ; de las de mayor importancia en la CEE, y del quinto productor mundial de leche, sino que —como consecuencia de lo que Bondi denominara "un agujero" negro contable en el grupo de más de 14.000 millones de euros" (35)— esta bancarota, que afectó a 36.000 empleados en 30 países (36), dejó a 135.000 ahorristas italianos damnificados.

Según expuso el interventor, logrando que el Juez de Instrucción de Milán Cesare Tasconi abra la causa criminal, los titulares de los cuatro bancos demandados sabían que la sociedad era insolvente, pero aún así organizaron hasta el año 2003 el lanzamiento de obligaciones que fueron suscriptas por pequeños ahorristas, con el objeto de recuperar el dinero perdido por ellos con Parmalat.

Siempre a tenor de la posición adoptada por la autoridad intervencional, las entidades financieras que participaron en el lanzamiento y la colocación de los títulos (ON), tenían muy en claro que lo que todos creían que era una floreciente industria alimentaria italiana con proyección mundial, tenía un rojo contable desde hacía muchos años, " y sobrevivía merced a falsificaciones del balance anotando en la columna de ingresos y ganancias las cifras que procedían de las pérdidas" (37).

De ese modo; esto es, con la manipulación de datos falsos, mantenían el interés bursátil sobre la empresa y lograron captar grandes grupos de accionistas que apostaban al crecimiento "seguro" de la firma, quebrando luego muchos de estos tenedores de títulos al caer la multinacional.

Para evaluar los efectos "residuales" del "escándalo Parmalat", debe ponderarse que la secuela de la imputación a 71 personas de la comisión de los delitos de "bancarota fraudulenta (...) falsedad contable (...) asociación para delinquir y falsas comunicaciones" (38), terminó atravesando el océano e impactando en la Argentina.

Es que aquí, tras desembarcar Parmalat en el año 1992 con la compra de "La Vascongada", siguió luego con la adquisición de "Patagonia Alimentaria", "Lactona" y "Union Gandarense" y, si bien el mercado argentino nunca significó más del 1% del volumen mundial en la facturación de aquella, sus ventas anuales en el país superaron los U\$S 200 millones, llegando a controlar el 50% del mercado de los yogures bebibles a través de los 1200 empleados de sus plantas de Pilar y Chascomús (39).

Las nuevas acciones judiciales prealudidas revisten particular importancia porque, como se sabe, el Tribunale di Milano ya dictó una serie de condenas penales contra once directivos de Parmalat que —aunque en su oportunidad fueran consideradas mínimas por la opinión pública mundial— en la práctica implicaron sentencias que fueron desde los dos años y medio de cárcel (de cumplimiento efectivo), contra el ex director financiero de la firma, Fausto Tonna; de dos años de prisión para el ex asesor legal Gianpaolo Zini, y de un año y once meses, respectivamente, para Stéfano y Giovanni Tanzi, hijo y hermano del propietario de la fallida Calisto Tanzi (40).

En su momento (2005), uno de nosotros consideró que la sanción aplicada constituía lo que antiguamente se calificaba de una "engañapichanga" (41), dejando en claro sin embargo que veía como algo "alentador" el hecho de que, entre las tres personas jurídicas que serían juzgadas en el futuro, se encontraran las empresas auditoras y revisoras "Grant Thornton" —que en la Península se denomina "Italaudit"— y también "Deloitte & Touche", sin cuyo concurso y/o tolerancia hubiese resultado absolutamente imposible que "Parmalat" generase un "agujero negro" de más de 10.000 millones de euros.

En el ámbito internacional, la voluntad de castigo de los directivos infieles y el proceso de transparencia ha llegado hasta la mismísima Iglesia Católica, como consecuencia de la verdadera "cruzada" emprendida por Su Santidad el Papa Francisco contra "la dictadura de la economía (...) la falta de ética (...) y la corrupción tentacular...que asumieron dimensiones mundiales" (42).

En ese sentido, y lo que hasta aquí podría ser considerado por creyentes y no creyentes un mero "mensaje de ocasión", llegó acompañado de inmediatas decisiones en torno al "I.O.R."—"Instituto para las obras de Religión"— que no es otra cosa que el Banco del Vaticano, poseedor de una historia muy poco transparente que se encontraba bajo investigación en Italia desde hace tiempo por presunto lavado de dinero.

En los hechos, y para poner coto a estas situaciones, el nuevo Papa dictó de inmediato un decreto de reforma de la normativa vaticana, considerada blanda hasta ahora no sólo con los delitos relacionados con el abuso sexual de menores por parte de sacerdotes residentes en el Vaticano sino, fundamentalmente" con los delitos de corrupción y uso del cargo público para enriquecimiento personal cometidos por empleados de la Santa Sede", puesto que tratándose de un Estado soberano, cuenta con su propia legislación penal para el juzgamiento de los ilícitos que ocurran en su jurisdicción, incluyéndose ahora la extradición de todas las personas acusadas o declaradas culpables de delitos cometidos en el extranjero " en el hipotético caso de que se hubieran refugiado en el Estado de la Ciudad del Vaticano" (43) .

Fue en el marco de ese contexto, y de las manifestaciones del Santo Padre de que "En nuestros tiempos, el bien común está siempre más amenazado por la criminalidad transnacional y organizada, por el uso impropio del mercado y de la economía" (44) , que la Máxima Autoridad de la Iglesia Católica modificó el Código Penal Vaticano.

De ese modo, y tras revisar rápidamente los delitos contra la administración pública en relación con la Convención de las Naciones Unidas de 2003 contra la corrupción, se arbitró el nuevo sistema de castigos que ahora alcanzan también a las personas jurídicas —como podría ser el "I.O.R,"— " por todos los casos en los que éstas se aprovechen de actividades ilícitas cometidas por sus órganos o empleados" (45) .

Sean como fueren las cosas, lo cierto es que, al amparo de esta novedosa normativa y de " los nuevos aires que corren" en el Estado Vaticano, fue arrestado por las autoridades italianas, bajo acusación de fraude, corrupción y calumnia, Monseñor Nunzio Scarano, hasta ese entonces responsable del Servicio de Contabilidad de la Administración del Patrimonio de la Sede Apostólica, que gestiona el inmenso capital inmobiliario del Vaticano y decenas de millones de euros, conocido como "Monseñor 500 e" (46) , por su costumbre de pasearse con billetes de esa cifra (47).

Días más tarde, Paolo Cipriani y Massimo Tulli, director y subdirector del "I.O.R.", respectivamente, renunciaron a sus cargos, tras saberse que están siendo investigados por la Fiscalía de Roma por presunto lavado de dinero (48).

En el caso de Scarano, detenido actualmente en la cárcel de Regina Coeli (Roma), quien se hallaba sometido a seguimiento e investigación por la Justicia Italiana desde septiembre de 2010, se descubrió que junto con un agente secreto y un "broker", también arrestados, iban a traer desde Suiza a Italia, en un jet privado, 20 millones de euros, " fruto de evasión fiscal, pertenecientes a una millonaria familia, también de Salerno, pero el operativo fracasó" (49) .

Según el comunicado de la Magistratura Romana interviniente en el caso "Scarano utilizaba al I.O.R. como un instrumento rápido y seguro para efectuar operaciones financieras y bancarias eludiendo, si no violando, normativas antirrecilado fiscal" (50).

Recordemos que el "I.O.R.", por encontrarse ya sospechado de irregularidades, fue reformado en 1989 por Juan Pablo II., en tanto que Benedicto XVI aprobó una ley, en el año 2010, " para luchar contra el blanqueo de dinero en las instituciones financieras del Vaticano" (51).

Dicha campaña, y vista la reacción de las autoridades judiciales suizas y norteamericanas —piénsese en el llamado "Escándalo de la FIFA"— se adscribe en la tendencia mundial, que todavía —lamentablemente— no parece haber llegado a la República Argentina, de castigar a los titulares de los holdings financieros y a los que dirigen grandes grupos de sociedades y depredan patrimonios públicos (52), a través de la manipulación de fondos espurios obtenidos fundamentalmente a través de concesiones irregulares y/o fraudulentas de obras públicas —como los célebres casos de las firmas constructoras ya citadas de Brasil— y/o en las vinculaciones con el llamado fraude del "Petrolao", que involucra estafas de centenares de millones de dólares —sino de miles— obtenidos con negociados en perjuicio de Petróleo Brasileiro S.A. ("Petrobras")(53) , y del erario público del país vecino (54).

También el tema de los graves fraudes corporativos tuvo su eco en nuestro país, con la difusión del pronunciamiento de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional anteriormente mencionado que, con fecha 30 de diciembre de 2010, dejó sin efecto —revocándolo— el decisorio del Juez de Primera Instancia

Ricardo Warley, procesando al titular del Exxel Group y a otros siete ejecutivos del mismo, y " al auditor (...) de la firma Pricewaterhouse & CO (PWC) por presunta estafa por 120 millones de dólares contra el grupo francés Carrefour, en la venta de supermercados Norte efectuada en el 2001" (55).

La maniobra reprochada —puesta de manifiesto en una causa penal que tramita simultáneamente con otras que se están sustanciando por ante la Justicia Comercial de la Capital Federal—, habría pasado por "...registrar operaciones inexistentes en los estados contables —luego aprobados por los directivos del Exxel Group— a fin de disminuir los pasivos en compra de mercaderías, aumentando por ende el activo. De tal forma, habrían asentado datos falsos en el balance cerrado al 31 de diciembre de 2000, mediante la emisión y el posterior bloqueo o anulación de las notas de débito, con la única finalidad de sobrevaluar la base de negociación del precio de las acciones cuya venta se realizó en abril del año siguiente" (56) .

La experiencia del "mani pulite tropical"; así llamada en la República Federativa del Brasil la lucha más severa en contra de la corrupción y los CEO'S de Grandes Sociedades —en el llamado "Mensalao"— que se haya conocido en la historia de América Latina (57), no deja de ser un ejemplo, en cuanto ha terminado con la captura —como ya dijimos— entre otros, de Marcelo Odebrecht, uno de los tres empresarios más ricos del país, de íntima conexión con la presidente Dilma Rousseff y de la amistad personal del ex "hombre fuerte" Luis Inacio Lula da Silva .

Trasladando la experiencia anterior a nuestro país, y en atención a la normativa que nos rige, entendemos que, desde la perspectiva del derecho mercantil, la conducta de los directivos de sociedades comerciales, en lo sucesivo, será juzgada a la luz de los siguientes parámetros:

Primero: En la convicción de que estamos frente a una "actividad profesional", que impone un sensible agravamiento en los parámetros de juzgamiento (58);

Segundo: A sabiendas de que en determinadas situaciones (Directivos de Empresas, Banqueros, etc.), y como el sistema jurídico reputa a sus agentes dotados de discernimiento, los sujetos reprochados deberán responder no sólo por lo que conocieron sino también por lo que debieron conocer, y si no conocieron" fue por su propia y mayúscula torpeza" (59);

Tercero: Partiendo de la base de que, como lo destacara Ricardo Lorenzetti en la "Presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" concebida por él, en el Ordenamiento Positivo Argentino se ha producido un "Cambio de Paradigmas", traducido, en lo que hace a la "Seguridad Jurídica en la actividad económica" —y más precisamente a la "Persona Jurídica" (arts. 141 y ss.)— en " importantes avances..." en su regulación, ya que se ha procedido a" consagrar como principios generales la inoponibilidad (art. 144) (60) , los deberes de los administradores (art. 159 (61) , 160 (62) y ss.)", y a regular".....de modo más minucioso a las asociaciones civiles que tanta relevancia tienen en la actualidad (arts. 168 y ss.) (63)

Más allá de que se coincida o no con tal aserto, de hecho, en el sentido y el contenido de los arts. 144, 159, 160 y 168 y ss., entendemos que resulta innegable el, "Cambio de Paradigmas" mencionado (64) y que, dentro de esta mutación, adquiere importancia liminar "El paradigma protectorio que tutela a los débiles" que, según el pensamiento que hemos venido siguiendo, encuentra " su fundamento constitucional en la igualdad" (65).

Y que toda esta nueva normativa, interpretada de consuno con la de la ley 19.550, a la que modifica, habrá de acentuar aún más el rigor con el cual deberemos juzgar a los llamados "Capitanes de la industria";

Cuarto: Finalmente, y para concluir con esta parte del trabajo, habrá que tener presente también que, según lo demuestran las cuantiosas demandas judiciales interpuestas muy recientemente —a instancias de Eric Holder — secretario de Justicia de los EE.UU.— por cifras millonarias, tanto contra Mega Bancos como contra calificadoras de Riesgo, estamos frente a la aparición de una nueva "parte" dispuesta a reclamar resarcimientos civiles y a querellar a Instituciones y sus Administradores : El Estado, asumiendo el rol de representante de un "colectivo" de damnificados.

Se adscriben en esta nueva tendencia, las demandas deducidas ante la Corte Federal de Carolina del Norte contra "The Bank Of America" y sus directivos, reclamándoles el resarcimiento de u\$s 850 millones del año 2008, con la imputación de haber defraudado a los inversores omitiendo ponerlos al tanto de los riesgos asociados con bonos respaldados por títulos hipotecarios (66), cuando no por la colocación de "junk bonds", como los títulos "Alpha Express" de Lehman Brothers, o "ABACUS 2007-AC1" de Goldman Sachs, que terminarían valiendo nada. O la demanda civil interpuesta el 4 de febrero de 2013, ante el Tribunal Federal de Los Angeles (California), en presencia

de los Fiscales Generales de seis Estados de la Unión, incluyendo al del distrito de Columbia —en donde se encuentra la capital Washington (D.C.)— por el general Attorney (Fiscal General), Eric Holder, en representación del Departamento de Justicia de los EE.UU, en contra de la agencia "Standard & Poor's" (S & P), aclarando que el reclamo ascenderá a U\$S 5.000 millones, con sustento en "Inflar las calificaciones que daba a productos financieros de alto riesgo antes de la crisis" (67) , imputándoles ya no el daño a uno o varios sujetos determinados sino, en este último caso, la generación de una crisis económico financiera inusitada, de la que todavía EEUU no ha podido salir (68).

#### **IV. El derecho penal frente a nuevas realidades y nuevos delitos**

Se ha señalado anteriormente la novedosa problemática planteada a la luz de la aparición y el crecimiento de las corporaciones mercantiles, sean de orden nacional o de tinte internacional, y el acelerado movimiento de capitales y fondos financieros al influjo de nuevas empresas comerciales, que acaparan capitales y activos con los que generan múltiples conductas de control del mercado económico y financiero, obteniendo con ello un importante ejercicio de poder sobre las reglas propias en orden al sistema que pretenden instaurar en tal sentido.

Como bien apunta Hassemer (69), la economía dispone de instrumentos e instituciones que a su vez tienen la función de crear un orden normativo y controlarlo. El Derecho no debe dictarle a la economía lo que es adecuado y plausible, lo que es tolerable y lo que debe ser sancionado: la economía lo sabe. El derecho interviene recién cuando se pasa una línea, la cual debe ser determinada por la razón sistemática del derecho: cuando el comportamiento de la economía lesiona intereses legítimos sin justificación.

Los tiempos actuales se han caracterizado por un reclamo constante a la punibilidad de las conductas fraudulentas de los poderosos, y en concreto, a las empresas y los empresarios o directivos de corporaciones que gozan de la protección del poder. Este fenómeno, al decir de José Manuel Paredes Castañón, obedece a factores extrínsecos respecto de la legislación penal, como la colusión entre gran empresa, poder político y grupos de presión; dificultades de investigación y prueba; selectividad del sistema penal, entre otros. Y factores intrínsecos, como la existencia de lagunas de tipificación, o bien con el empleo de una mala técnica legislativa, o de defectos en la faz interpretativa de los tipos penales creados en tal sentido (70).

Distintas voces del foro jurídico han propiciado un marco jurídico adecuado que eleve el nivel de protección del ahorrista, como así también un justo y ejemplar castigo a los titulares de holding financieros y directores de las grandes sociedades en torno a la comisión de los llamados fraudes corporativos.

En la República Argentina, y más allá de alguna legislación especial referida a delitos en particular con similar contenido, en el año 2011 se crea un nuevo bien jurídico a ser tutelado penalmente, el que fue dado en denominar "delitos contra el orden económico y financiero". En él se agrupan diversas conductas delictivas que tienen relación con la problemática aquí abordada.

Dentro de esta familia de casos punitivos se han ubicado los delitos de lavado de dinero, la financiación del terrorismo, el abuso de información privilegiada, la especulación financiera, la operación ilegal de intermediación financiera, manipulación de precios del mercado de valores, el soborno financiero, etcétera.

Ahora bien, todas estas conductas sancionadas penalmente por nuestro texto punitivo, tienen como característica principal la comisión ilícita perpetrada por un sujeto de derecho en particular, y no una actividad ilegal producto del actuar de una empresa o corporación, al margen de las sanciones complementarias que para diversos casos puntuales y expresamente previstos se acoplan a la pena individual, como en el caso del lavado de activos (ver arts. 303 y ss. del Código Penal).

Con lo hasta aquí mencionado puede observarse que el crecimiento y desarrollo empresarial ha generado en los especialistas, una revisión del sistema que permita contemplar la injerencia de las corporaciones no sólo en la vida social sino en el devenir económico y financiero que ello ha añadido como inevitable consecuencia, y la posibilidad de sancionar aquellas conductas que no sean exclusivamente producto de una persona o directivo en particular, sino una manifestación fenoménica derivada del cuerpo corporativo o empresarial.

En esta línea de pensamiento y actuación deben tenerse en cuenta fundamentalmente, las particularidades y características propias de la injerencia de las corporaciones mercantiles en la actividad financiera, en el ámbito tanto local como internacional.

En líneas generales podemos asegurar que la aparición de la "empresa" en la actividad económica de un país puede generar la realización de conductas ilícitas que lesionen bienes jurídicos de terceros, principalmente aquellos denominados bienes jurídicos "macrosociales", colectivos o "supraindividuales", es decir, con una afectación comunitaria de intereses y no a alguien en particular (71).

Por otra parte, existen serias dificultades para la individualización de las personas responsables, ya que se sirven de dichas corporaciones, cuya estructura y capacidad económica determina la mayoría de las veces el "anonimato" de sus integrantes físicos.

A su vez, y normalmente, se utiliza esa organización compleja basada en la división horizontal de funciones y en la verticalidad jerárquica, dando lugar a una separación de la actividad ejecutiva, de la posesión de la información y el poder de decisión.

Por último, se ha notado un creciente incremento de la delincuencia económica favorecida por el proceso de globalización (72), alimentado por los nuevos medios de comunicación que permiten practicar las más diversas operaciones comerciales o financieras a velocidades y distancia inusitadas, perfeccionándose de tal modo las más intrincadas maniobras delictivas (73).

A ello debe sumarse la transnacionalidad de las conductas vinculadas con el orden económico y financiero, que atraviesan varios territorios nacionales producto de aquella globalización, y el uso de modernas tecnologías que permiten perfeccionar transacciones comerciales en distintos lugares y momentos, complicando su regulación y control, dando paso a la formación de una nueva característica de estos esquemas económicos, que se ven dotados de una especie de "mutabilidad", como una suerte de desviación macroeconómica que asumen formas notoriamente dinámicas y variadas, proyectando sus consecuencias a víctimas de contenido múltiple y anónimo (74).

Todas estas circunstancias generan "espacios de impunidad", que el sistema punitivo no está capacitado para resolver, o sólo resuelve parcialmente y en forma defectuosa.

En consecuencia, se plantea una evidente tensión entre un Derecho Penal construido sobre los cimientos de una responsabilidad individual de las personas físicas, y los requerimientos político-criminales propios de la delincuencia empresarial, que postulan castigar con penas no sólo a directivos de corporaciones y a los ejecutores materiales de los delitos cometidos en su ámbito, sino también a las propias personas jurídicas en cuanto tales.

Lo primero que debemos aclarar es que la responsabilidad en materia penal es de carácter estrictamente personal e individual, y ello surge no sólo de los principios generales del derecho penal, sino expresamente de las disposiciones constitucionales que a ello se refieren. En efecto, el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina establece que nadie puede ser penado sin un juicio previo, y sin que la ley haya previsto expresamente una conducta como delictiva.

En materia criminal sólo se puede aplicar pena a un individuo sobre el cual pueda hacerse el juicio de reproche que determine la culpabilidad sobre una conducta propia, y ello una vez que se halla atravesado todo un proceso judicial en que se determinará si es culpable o no de esa conducta, y si ha tenido posibilidad de comprenderla y comportarse de otro modo, esto es, conforme a derecho.

La Constitución Nacional, de fuerte arraigo humanista, se estructura sobre la base del individuo, presuponiendo que éste es libre, en el sentido de que puede elegir cómo comportarse y determinar sus actos (75). Y normativamente se complementa con otras disposiciones constitucionales (art. 19 y 75 inc. 22 CN), como también supra nacionales como el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el art. 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En síntesis, en el sistema argentino, únicamente existirá responsabilidad penal por una conducta individual y personal, ya que nadie debe responder por los comportamientos de terceros.

El Derecho Penal, consecuentemente, como derivación de aquellos lineamientos constitucionales, se encuentra estructurado de modo tal que se dirige a sancionar los hechos lesivos de bienes jurídicos cometidos por un individuo o un grupo de individuos, pero en este último caso, por su libre actuación y decisión en forma personal.

De lo hasta aquí sintéticamente expuesto podemos decir que la regla general —insisto— en materia penal en el derecho argentino, es que las personas jurídicas no pueden cometer delitos penales.

Desde antaño el principio "societas delinquere non potest" (76) indica precisamente eso: las personas jurídicas, como en el caso de sociedades comerciales, no pueden cometer hechos ilícitos, ya que el delito es una conducta humana, y dichas sociedades no son capaces de conducta (77).

En los últimos tiempos, en la vida económica en general y en el tráfico comercial internacional, la actuación de empresas —muchas de ellas internacionales— organizadas preponderantemente bajo forma de sociedades o asociaciones con personalidad jurídica, incursiona en diversos delitos socioeconómicos que Bernd Schuneman agrupa bajo el rótulo de "criminalidad de empresa", y ello ha provocado que el mundo jurídico en general se haya ocupado de analizar la eventual responsabilidad penal de esas personas jurídicas, que reiteramos, en principio no son pasibles de culpabilidad (78).

Sin embargo, la dogmática jurídica al amparo de ciertas legislaciones foráneas, viene intentando establecer nuevas categorías jurídico penales para asumir este fenómeno representado por la aparición de la "empresa", tratando de incluir dentro de los cuerpos punitivos sanciones de contenido penal para la actuación social de la corporación.

En la actualidad existen, básicamente, dos modelos que pretenden justificar la aplicación de sanciones penales a la empresa. Uno es el modelo básico de atribución de responsabilidad penal (también llamado vicarial), de procedencia anglosajona, por medio del cual el hecho ilícito se transfiere a la persona jurídica por considerar que los actos de sus órganos, por la relación funcional que existe entre ellos y aquella, son también actos de la persona jurídica (79).

El otro modelo, basado en la responsabilidad directa y no por transferencia, interpreta que el hecho ilícito debe delimitarse en torno a la vulneración de deberes de organización general de la actividad empresarial, de acuerdo a como ésta haya sido determinante hacia la producción del presunto delito, sea que provenga de la actuación de una persona física identificada o no (80).

Todas estas ideas llevan permanentemente a la búsqueda de una nueva e independiente teoría de la imputación societaria, siendo el objeto de su estudio las empresas o corporaciones por el hecho ilícito cometido al margen de la responsabilidad penal individual, lo que representaría un cambio de paradigma de todo el sistema normativo penal, a partir del cual deberían repensarse las nuevas categorías delictivas basadas en una conducta que no sea estrictamente personal, y que se proyectaría —entre tantas otras cosas— a la finalidad que debería otorgarse a la sanción penal como fundamento de todo el sistema represivo.

#### 1. El fundamento normativo para aplicación de sanciones.

Nuestro Código Penal no establece una cláusula de responsabilidad para la persona jurídica, no obstante que algunas leyes aplican penalidades a las personas jurídicas para ciertos delitos específicos. Tal el caso de la ley de abastecimiento 20.680, la ley 19.359 de régimen penal cambiario, la Ley de ART y de AFJP, entre otras leyes especiales como el Código Aduanero (art. 887), la Ley Penal Tributaria nro. 24.769 modificada por 26.735, y la legislación represiva de delitos bursátiles 26.733.

Fundamentalmente, estas previsiones legales, que incluso algunas son incorporadas al Código Penal, surgen inexorablemente del Derecho Internacional.

Entre ellas puede citarse a la Convención contra Delincuencia Organizada (ley 25.632/2002). La misma impone a los Estados la adaptación de las medidas necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por participación en delitos graves. Podrá ser de índole penal, civil o administrativa, y sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales. Deberán ser sanciones penales o no penales, pero eficaces, proporcionadas y disuasivas.

Cobra importancia también la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. (Ley 26.097/2006). En su texto se señala que cada Estado adoptará medidas en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados por esta convención. Podrá ser de índole penal, civil o administrativa, y lógicamente también, sin perjuicio de responsabilidad penal de personas naturales.

Se complementa con la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de París de 1997. (ley 25.319/2000). Por la misma, los Estados parte

deberán adoptar medidas necesarias de conformidad con sus principios jurídicos para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho a un funcionario público extranjero.

Finalmente, asume un rol trascendente en estos temas punitivos, las Recomendaciones del GAFI, que son medidas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, así como también el financiamiento de armas de destrucción masiva. Efectivamente, la Recomendación Nro. 3, además de tipificar el lavado de dinero, agrega que los países deben asegurar la aplicación a las personas jurídicas, tanto su responsabilidad penal como sanciones punitivas, y cuando ello no sea posible por los principios jurídicos propios de cada Estado, que deberán aplicarse sanciones civiles o administrativas.

Últimamente, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (New York 2003), aprobada por nuestro país en el año 2006 por ley 26.097, instaura la obligación de sancionar a personas jurídicas por participación en los delitos tipificados por el instrumento, claro que a salvo de sus principios jurídicos, permitiendo que las sanciones sean de índole penal, civil o administrativa.

Vemos entonces —como bien señalan Arocena y García Ellorio (81)— que la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas se ha instalado en la agenda internacional de la lucha contra la corrupción como uno de sus ejes principales, agregándose la recuperación de activos, la criminalización del soborno transnacional, los mecanismos de prevención de lavado de dinero, el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, la cooperación internacional y los aspectos preventivos como el control de declaraciones juradas, la prevención de conflictos de intereses, etc.

Aparece así, dicha responsabilidad, como un instrumento del derecho penal que viene cobrando mayor auge en lo que respecta al combate de la criminalidad económica.

Entre sus fundamentos, algunos documentos ecuménicos como la Convención Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, han partido de la problemática o la incapacidad del derecho en afrontar los avances tecnológicos financieros y económicos, utilizados por personas físicas que manipulan a personas jurídicas para cometer los delitos de criminalidad económica, y a su vez, ocultar su conducta y el provecho de tales delitos.

Las personas jurídicas son los sujetos centrales de la economía globalizada, y sus complejas estructuras sumadas a inconvenientes de la globalización o transnacionalidad de compañías multinacionales, ofrecen una amplia gama de dificultades para el derecho, especialmente el derecho penal o represivo (82).

Los sistemas de organización y división del trabajo dentro de estructuras corporativas dificultan sobremanera la atribución de responsabilidades a personas físicas. En efecto, uno de los dilemas trascendentales en tal sentido está dado por la concentración de capitales en los grupos económicos o holdings, donde los procesos de producción, distribución y comercialización se realizan en diferentes empresas, existiendo una central y otras controladas o filiales, aunque cada una mantenga su propia personería jurídica.

Sin embargo, en la mayoría de dichas Convenciones Internacionales, los Estados Parte no son obligados a que las sanciones sean estrictamente penales, sino que admiten también la posibilidad de que sean de índole administrativa o civil.

## 2. Los sistemas de atribución de responsabilidad penal.

En el mundo en general, diversos son los sistemas jurídicos que de un modo u otro sancionan punitivamente a las corporaciones frente a la perpetración de hechos considerados delictivos por el orden punitivo, tal el caso de Reino Unido, Irlanda, Grecia, Dinamarca, Francia y Holanda.

Normalmente se trata de países que no consagran expresamente el principio de culpabilidad dentro de su ordenamiento jurídico. Un caso especial es el de Francia, en donde el nuevo código de 1994 consagra expresamente la responsabilidad penal de las empresas, la que no excluye la de personas físicas que hayan sido autores o cómplices de dichos ilícitos.

En España no se acepta la responsabilidad de empresas, pese a que se cree necesario sancionarlas por la comisión de delitos por cuestiones político- criminales. La legislación del código en su parte general permite imponer medidas a empresas, como "consecuencias accesorias" sólo en los casos expresamente previstos por el Código Penal (suspensión actividades, intervención de la empresa, clausura o disolución) (83).

No aceptan la responsabilidad penal de las corporaciones los sistemas jurídicos de Bélgica e Italia, aunque contemplan posibilidad de sanciones administrativas.

En Alemania, el principio de culpabilidad impide la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no obstante admite responsabilidad en sede administrativa. Se contempla la figura del actuar en nombre de otro, que es importante ya que resuelve lagunas de punibilidad en estos casos.

Lo mismo sucede en Portugal, por la vigencia del principio de culpabilidad, pero este sistema tiene previsto la cláusula del actuar en nombre de otro.

Como contrapartida, y dado que no se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, surgieron sistemas en donde la atribución de responsabilidad tiene otra índole.

Un ejemplo es el de derecho alemán que establece sistema de sanciones administrativas o contravenciones. Por otro lado, aquellos que establecen responsabilidad a partir de la acción u omisión de sus miembros, órganos, directivos, administradores, representantes o dependientes, o incluso de quienes actuaron en nombre la persona jurídica. Dentro de esta variante se encuentra el llamado modelo de la "doble imputación" que establece sistema de sanciones autónomas para las personas físicas y para las jurídicas.

Por último (84), existen ordenamientos jurídicos en donde se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero bajo ciertas condiciones, y aunque dependa exclusivamente del modelo instaurado, puede decirse que como característica general se establece que el sujeto que cometió delito tenga "vinculo especial" con la persona jurídica, como en el caso chileno, en donde estos sujetos deben ser dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales o representantes de la persona jurídica que realicen actividades de administración y supervisión; o que sea cometido por sus órganos o representantes en nombre de la persona jurídica.

Otros modelos exigen que el delito sea cometido en nombre, por cuenta o en representación de la persona jurídica, y además, que rinda beneficio económico o provecho a la corporación.

A veces se agrega como requisito que la conducta sea cometida dentro de las actividades propias del ente societario.

Finalmente en otros casos se requiere que se hayan incumplido los deberes de dirección y control propicios para evitar que en el ámbito de la actividad empresarial se cometan delitos. La ley chilena hace especial hincapié en este punto, eximiendo a la persona jurídica cuando esta hubiera adoptado e implementado con anterioridad a la comisión de delito, uno varios modelos de organización, administración y supervisión para prevenir los delitos expresamente previstos.

En España se la castiga cuando los hechos pudieran haberse realizado por no haber ejercicio sobre ellos el debido control, atento la circunstancias del caso en particular.

En Argentina, el Código Penal no contempla en forma expresa la responsabilidad de estos entes, aunque las nuevas reformas al Código y a las leyes especiales la han ido reconociendo parcialmente. No obstante, como hemos señalado, la legislación nacional ha ido reconociendo gradualmente la responsabilidad de las personas jurídicas para determinados delitos consignados expresamente, como en el supuesto de lavado de dinero y delitos contra el orden financiero (85); la ley penal tributaria (86); la ley de abastecimiento (87), entre otras (88).

En el Anteproyecto de Código Penal para la República Argentina, elaborado en el año 2014 se establece expresamente un sistema de responsabilidad punitiva de las personas jurídicas (89).

Se aplica responsabilidad y sanciones a personas jurídicas privadas y se limitan las sanciones a los casos expresamente previstos en la ley, como en el supuesto de reducción a esclavitud o servidumbre, la trata de personas, e trabajo ilegal, todos los delitos contra el patrimonio (estafas, daños, etc.), los delitos contra el orden económico y financiero (lavado, fraudes al comercio y la industria, el control aduanero, la competencia, control de divisas, contra la hacienda pública, seguridad social, etc.).

Se aclara que la responsabilidad emerge de delitos cometidos por sus órganos o representantes que actúen en beneficio o en interés de ellas (90).

Se exime de responsabilidad a) cuando el órgano o representante actúe en su propio interés, y b) cuando no derive de ello ningún beneficio para la empresa. Sin embargo, aunque no importe beneficio o provecho, será responsable la persona jurídica si la comisión del delito hubiese sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión.

Se puede ver así, que los diversos sistemas jurídicos han intentado a lo largo de esta etapa actual, ocuparse de sancionar a la persona jurídica cuando alguno de sus directivos o agentes que actúen en su nombre han cometido hechos ilícitos. Para ello se ha recurrido, como en el caso de España, Alemania o Portugal, a la cláusula del actuar por otro para resolver los conflictos planteados a la luz de un sujeto especial destinatario de la norma.

Sin embargo, es bien cierto que la cláusula del actuar por otro no está destinada a solucionar expresamente el problema de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas (91). En cuanto a éstas, solo llena un vacío posible cuando el hecho punible fue realizado por un representante y la cualidad típica recae en la persona jurídica (deudor tributario, empleador, etc.) (92).

Por todo ello es que debe distinguirse la responsabilidad de la persona jurídica de la responsabilidad del directivo de la corporación empresarial, que son cosas completamente diferentes.

Efectivamente, el universo económico y financiero plantea dos conflictos puntuales en torno a este tema. Uno es el de considerar la posibilidad de sancionar penalmente a la empresa en cuanto su actuar como persona jurídica provoca daños o lesiones valoradas por el ordenamiento jurídico como hechos delictivos; mientras que el otro consiste en la posibilidad de sancionar al empresario o directivo en tanto responsable por la comisión delictiva de un hecho que ha sido perpetrado en nombre o en representación de la empresa que dirige o comanda aunque no haya participado activamente en su realización.

En el primero ya hemos visto cual es el panorama a nivel local y mundial, mientras que en este último caso, muchas veces se utiliza la teoría de la omisión impropia por su posición de garante, lo que es mayoritariamente aceptado, aunque también se han recurrido a otras categorías jurídicas para conformar un régimen particular de sanciones punitivas, lo que nos conduce al análisis que seguidamente se hará en párrafos siguientes.

## **V. Aspectos penales y responsabilidad social empresaria**

En lo atinente a la responsabilidad criminal de la empresa nos encontramos frente a conflictos que ostentan un grado particular de imputación, sobre todo porque existe una división entre la responsabilidad y la conducta, dado que el hecho delictivo es cometido siempre por un ser humano, que tal vez no sea el verdadero o el único responsable de ese actuar. También se presentan inconvenientes a la hora de establecer cuáles son los instrumentos probatorios que permitan comprobar cada una de las categorías esenciales del delito perpetrado.

Esto sucede porque toda persona física actúa para una empresa económica, es decir, para una unidad organizada que está determinada por el fin económico al que sirven uno o varios establecimientos a su vez coordinados entre sí.

Se está llegando a extender la participación criminal por considerar autores no solamente a quienes actúan, sino también a los personas que no actúan debiendo hacerlo.

Como dice algún autor español, la descentralización de las decisiones que es característica organizativa de la empresa actual, comporta el riesgo de convertir la organización de la responsabilidad en la organizada irresponsabilidad (93).

En efecto, en estas estructuras suele producirse un desplazamiento de la responsabilidad hacia los sectores inferiores del organigrama, ya que solo éstos llevan a cabo por sí mismos la conducta típica. Además, como ocurre en muchas empresas, las llamadas decisiones colegiadas tomadas usualmente por mayoría simple, plantean nuevos problemas de imputación de la responsabilidad penal individual de cada miembro colegiado (94).

Solo podrá decirse que el empresario responderá como autor cuando haya realizado la acción típica con dominio del hecho, o en los casos de comisión por omisión, cuando haya omitido la realización del comportamiento exigido habiendo tenido la posibilidad de evitar el resultado típico.

Se ha recurrido tradicionalmente, a 3 categorías jurídicas para asignar responsabilidad al directivo de empresa por la comisión de hechos ilícitos cometidos por la corporación como ente jurídico.

La primera de ellas es la que en base a la tesis de Roxin se denomina "autoría mediata a través de aparatos organizados de poder", para poder así sancionar penalmente como autor mediato al directivo de la empresa que dieron instrucciones a sus subordinados para realizar hechos que constituyen infracciones penales (95).

La crítica a esta posición anclaba en una indebida extensión de autoría mediata, que fue concebida para sancionar crímenes cometidos por funcionarios jerárquicos de un Estado, a las conductas realizadas en el marco de empresas.

La segunda postura radica en construir una responsabilidad penal por la omisión del empresario, asegurándose que el mismo se encuentra en posición de garante, en tanto los directivos encargados de la producción y distribución de productos industriales (v. gr.) son conscientes de los riesgos que la actividad genera para otros bienes jurídicos — principalmente colectivos, como la salud pública, el medio ambiente, etc.— que también merecen ser tutelados, y siempre y cuando tengan el dominio del hecho, tanto sobre el acontecimiento en sí, como sobre las personas subordinadas que realizan las acciones ejecutivas (96).

Ahora bien, hasta debemos analizar dónde puede llegar la responsabilidad penal del empresario fundada en esta posición de garante que caracteriza a los delitos de omisión impropia.

El empresario controla o pertenece a una cierta esfera de responsabilidad. La doctrina francesa atribuye responsabilidad al directivo partiendo de que la mayor parte de las reglamentaciones establecen sus obligaciones, de modo que su infracción hace aparecer automáticamente su culpabilidad.

Gran parte de la doctrina alemana opina lo mismo, considerando la empresa como posible fuente de peligro para terceros. Los propietarios y gerentes, como directores empresariales, son garantes de la no realización de hechos delictivos por sus empleados.

Una posición más restrictiva en Alemania los considera solo para caso de empresas peligrosas. Sentado ello, no se puede decir con carácter general que cualquier empresa es fuente de peligro, y habrá que acudir en todo caso al examen de cada suceso en concreto.

Lo cierto es que no se puede deducir ni de la posición de garante ni de la categoría de la vinculación natural o de la aceptación, una verdadera equivalencia entre acción y omisión fundada en el deber de impedir el resultado por parte de la jerarquía de la empresa (97). Dice Schuneman (98) que solo cuando exista un dominio de la fuente de riesgo y la posibilidad de evitar el resultado existirá responsabilidad acudiendo a las reglas de la imputación objetiva.

Finalmente, una tercera posición se abre paso dogmáticamente tratando de subsumir la criminalidad empresarial en aquellos tipos penales referidos a "criminalidad organizada". Como bien se dijo, sea como fuere, en estos casos no responde el ente colectivo por sí mismo; la imputación penal de la conducta típica y su sanción penal siguen siendo individuales. Y si bien se han incrementado los esfuerzos internacionales por crear un tipo específico de "criminalidad organizada", debe tenerse extremo cuidado en no flexibilizar las garantías penales y constitucionales, y no instituir un delito plagado de vaguedades e imprecisiones que vulnere postulados esenciales del derecho del que no debemos apartarnos so pretexto del crecimiento delictual en la órbita empresarial económica.

Desde otra óptica, y con un criterio más flexible a estas posiciones, Jakobs (99) explica que en los delitos de infracción de deber rigen: a) la responsabilidad por organización, y b) la responsabilidad institucional, como fundamento de la imputación. Se trata de pensamientos sistémicos funcionalistas provenientes de la sociología, que hacen prevalecer el cumplimiento de un rol especial dentro de la sociedad como parámetro de la evaluación de los comportamientos.

Para Jakobs, los delitos que son producto de una organización dañosa se llaman delitos de dominio. Se pretende que una persona, como portadora de un rol que administra su ámbito de organización se comporte de determinada manera, y en caso de administración defectuosa debe responder.

Por otro lado, agrega que toda persona vive en un mundo socialmente configurado, lo que le da un status especial vinculado a reglas previamente dadas. La relación entre el autor y el bien no es solo no lesionar, sino que la violación de las obligaciones derivadas de ese status espacial dará lugar a los delitos de infracción de deber.

Para el, las relaciones negativas (deber en virtud de responsabilidad por organización) son sumadas a las positivas (deberes en virtud de responsabilidad institucional), y entre ambas son las que fundamentan especialmente la imputación penal por infracción de deber. Deberes especiales derivados de la relación paterno filial y de funciones estatales (100).

Ahora bien, debemos tener en claro fundamentalmente, que una cosa es la responsabilidad civil y otra muy diferente, la responsabilidad penal.

El derecho civil tiende a reparar económicamente perjuicios causados, mientras que el penal a determinar si una persona es autor de un delito, y en su caso, su castigo. Es por ello que al derecho penal no le interesan las relaciones de subordinación, excepto para determinados casos específicos (trata de personas, abuso sexual, etc.)

Si principal y dependiente actúan con dolo y realizasen idénticos actos ejecutivos serían coautores, y si la intervención de uno fuere principal y el del otro accesoria, habrá un caso de autoría y de complicidad.

El problema está cuando el subordinado actúa dolosamente y el principal desconoce la realización del hecho.

Si se imputase al principal, sería una decisión ilegal e inconstitucional.

En estos supuestos, como acertadamente señala Marco Terragni, hay que recurrir a las reglas de la imputación objetiva:

- a). La primera es que se haya incrementado el riesgo más allá de lo permitido.
- b). La segunda es que el resultado sea el producto de ese riesgo provocado.

Para que una persona pueda ser considerada autor de un delito ésta tiene que constituir su obra, lo que significa que posea el dominio del hecho. Ese señorío es igual a poder fáctico más orientación intelectual.

En consecuencia: 1) si el dominio del hecho lo tiene el subordinado y no el principal, el subordinado será el autor 2) si ambos realizan conductas que aisladamente consideradas hubiesen concretado el efecto al que se refiere la ley, ambos serán coautores y 3) si la conducta del principal es la causa decisiva y eficiente del resultado, éste será el autor y no el dependiente.

Solamente podría ser castigado el principal por el mero deber de vigilar si existiese en nuestro derecho una disposición análoga al art. 130 de la ley alemana sobre contravenciones, es decir, cuando el titular de la empresa haya omitido dolosa o imprudentemente las medidas de control necesaria para impedir la infracción, que podría evitar aplicando dicha medidas de control (101).

La legislación argentina carece de una cláusula de equivalencia en la parte general que permita extender al empresario la responsabilidad por los hechos de los dependientes. Aun así no se solucionarían los problemas constitucionales que presenta la responsabilidad por omisión impropia frente a la garantía de legalidad y *lex stricta*.

Una solución atendible sería incluir dentro de la parte especial un título sobre delitos socioeconómicos que permita fundar la posición de garante del empresario por hechos delictivos de tal naturaleza cometidos en el seno de la empresa por sus dependientes. Esta responsabilidad solo podría derivar del deber de mantener bajo control determinadas fuentes de peligro cuando el resultado lesivo por el hecho del subordinado esté ligado al giro propio de la actividad económica y del proceso productivo de la empresa (102). Por supuesto, todo ello con exenciones dadas por las medidas de dirección específicas para el giro normal de la empresa. A tales fines se deberían contemplar las competencias residuales del empresario delegante.

Para ello es necesario determinar el ámbito de competencias de cada uno de los sujetos intervinientes y el posible incumplimiento de sus deberes, ya que el solo hecho de ocupar un cargo de jerarquía en la estructura empresarial no hace que automáticamente sea culpable.

## VI. Conclusiones

"...siempre habré de tener un eterno compromiso con mi Patria" (De la última carta escrita por el Dr. René Favaloro, 29-7-2000)

1. Tanto el Derecho Mercantil como el Penal, amén de atravesar por los avatares propios de su evolución o desarrollo, han debido enfrentar —sobre todo en las últimas décadas— tanto el crecimiento exponencial del delito cometido a través o por medio de sociedades mercantiles, como la sofisticación exhibida por el "White collar crime". A eso ha venido a sumársele, en los tiempos que corren, la transnacionalización de la delincuencia, y la aparición del Estado como sujeto víctima de maniobras depredatorias cometidas con la intermediación de sujetos colectivos y "holdings" con sede en países ignotos;

2. En el ámbito del Derecho Mercantil, y pese al excesivo conservadurismo exhibido en un primer momento por nuestros Tribunales, se ha ido imponiendo —cierto que muy paulatinamente— la agudización de criterios que, con el empleo del instrumental jurídico que poseemos (Leyes 19.550, 24.522 y un vasto etcétera), y aun forzando su interpretación, han tenido por Norte evitar la impunidad y que se sigan produciendo graves daños comunitarios.

3. En líneas generales puede decirse que el principio es que la persona jurídica no puede cometer delitos. La estructura del sistema penal actual no está preparada para sancionar penalmente a las personas jurídicas. Sin embargo existe un creciente incremento en todo el mundo en imponer sanciones punitivas a las personas jurídicas ante el avance de lo que se denomina "criminalidad empresarial".

Se trata de implementar nuevas categorías jurídicas que posibiliten dicha sanción. La lucha se encuentra entre quienes están a favor de su sanción punitiva penal, y quienes bregan solo por la imposición de sanciones administrativas. Y, en lo que hace a nuestro nuevo Código Penal, el mismo admite la responsabilidad sin distinguir si es punitiva o administrativa, restringida solo para aquellos delitos previstos especialmente, que son notoriamente ampliados. Se contemplan variadas excepciones para ello.

4. Somos conscientes de la existencia de vacíos de punibilidad derivados de actuación de empresas en la comisión de variados delitos, especialmente en el marco de los delitos económicos. No obstante ello, y pese al incremento delictivo comprobado en la órbita de la llamada "criminalidad de empresa", debemos ser extremadamente cuidadosos de no convertir a la corporación en un nuevo "enemigo" del derecho, a través del cual se permita la relajación de las garantías constitucionales y procesales que protegen a cualquier ciudadano (103). Ello, sin desconocer que la tendencia se inclina cada vez más por la responsabilidad penal de las empresas, como medida de política criminal encaminada a lograr mayor eficacia en la persecución de los delitos de criminalidad económica.

5. A nuestro juicio no puede soslayarse el hecho fundante del derecho penal basado inexorablemente en conducta humana como presupuesto de un hecho delictivo (*nullum crimen sine conducta*), por lo que a la luz de este postulado esencial y elemental no sería posible aplicar sanciones penales a las corporaciones o empresas, sin perjuicio de la atribución de culpabilidad a quienes efectivamente han intervenido en el hecho punible, y a la aplicación de sanciones de carácter administrativo y/o civiles a la corporación o sociedad en la medida en que se haya actuado en su nombre y representación, y no se haya establecido un esquema organizativo tendiente a impedir su perpetración.

6. Por lo demás, la responsabilidad individual del directivo o empresario debería ser estrictamente valorada a través de las reglas de imputación dominantes, esto es, mediante los criterios de incremento del riesgo, el dominio del suceso, que se compruebe que haya actuado con dolo o culpa, y que el resultado configure la concreción del peligro por él mismo o su empresa, introducido en el mundo fáctico de los acontecimientos que generan dichas consecuencias.

Solo así podrán salvaguardarse los postulados esenciales de un derecho penal respetuoso de un estado democrático de derecho.

En el sentido indicado, esta vez desde la perspectiva del derecho mercantil, el agravamiento de los parámetros de juzgamiento de Directores y "Controlantes" de sociedades a través de lo que Ricardo Lorenzetti ha llamado "El Cambio de paradigmas", y la entronización de algunos de éstos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no puede ser vista sino con beneplácito, al igual que las modificaciones penales destinadas a que no quede impune la criminalidad empresarial.

Probablemente, porque —como diría el poeta— "No ha de ser para mal de ninguno, sino para bien de todos".

(A) Sobre la base de las ideas expuestas por los autores en la Conferencia del mismo nombre pronunciada por ambos en La Bolsa de Comercio de Buenos Aires, el 28 de Noviembre de 2014, en la "Convención Anual IGEP 2014: Directorios en tiempos de cambio", por invitación del "Instituto de Gobernanza Empresarial y Pública"

(1) Esto es claramente perceptible si se analiza la realidad argentina, y sobre todo porteña, de principios del siglo XX, en donde individuos como Don Massimo Bencich —dueño de numerosos Edificios que el mismo había hecho construir en la Ciudad de Buenos Aires— o Saturnino de Alzaga Unzué (Huetel) o Miguel Alfredo Martínez de Hoz (Malal Hue), con sus posesiones en la Pampa Húmeda se situaban entre los hombres más ricos del País, y hoy individuos que probablemente poseen sólo los "paquetes de control" de Constructoras de Obra Pública, Bingos o Casinos, o sea, sólo tenencias accionarias que, en ocasiones, ni siquiera poseen materialidad (acciones escriturales), son verdaderos magnates a veces desconocidos para la mayoría de la comunidad.

(2) BOMCHIL, Miguel: "Sociedad anónima y acciones: Curso para Inversores .Bolsa de Comercio de Buenos Aires", L.I., 1960-II-1015 y sstes; "in re" : "Régimen Jurídico de la sociedad anónima", Buenos Aires, 1958.

(3) BERLE (h), Adolf: "Economic power and free society", N.Y., 1958, p.14.

(4) BERLE (h), Adolf: "Prólogo", a "La sociedad anónima en la sociedad moderna", de Edward Mason, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 1.

(5) BERLE (h), Adolf: "Prólogo", a "La sociedad anónima en la sociedad moderna", Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 1.

(6) BURNHAM, James: "The managerial revolution .What is happening in the world", New York, 1941, ps. 110/11. Vid. también su traducción al español de Atanasio Sanchez: "La revolución de los directores", Buenos Aires, 1943, p. 125.

(7) MARTORELL, Ernesto Eduardo: "Los directores de las sociedades anónimas ante el fenómeno del poder", Cap.I, en "Los Directores de sociedades Anónimas (Derechos. Obligaciones. Responsabilidades)", Buenos Aires, Depalma, 1990, 1ra. edición, p. 5, y también en "El directorio de la sociedad anónima: Necesidad de un replanteo sobre la naturaleza y alcances de su función", L.L., fascículo del 16-II-1987, p. 1, y en "Los Directores de sociedades anónimas y el fenómeno del poder: Apuntes para un análisis de la cuestión", en "Información Empresaria", Mayo de 1989, p. 15 y sstes.

(8) LONG, Edward: "La sociedad anónima, sus satélites y la comunidad local", en la obra de Mason citada en (5), p. 255.

(9) LATHAM, Earl: "El cuerpo político de la sociedad anónima", en "Corporations in modern society...", p. 307.

(10) KAYSEN, Karl: "La sociedad anónima: ¿Cuánto poder? ¿Qué alcances?", en la obra colectiva mencionada en la cita anterior, p. 144.

(11) Piénsese, y ello es sólo un ejemplo, que en la segunda presidencia constitucional una vez recuperada la estabilidad democrática en nuestro País (1989), se nombró para desempeñar el Ministerio de Economía de la Nación al Ing. Angel Roig, que era CEO del Grupo "BUNGE & BORN" (en ese entonces, Bunge Y Born Cereales, Molinos Río de la Plata, Alba, Envases Centenera, Algodonera Santista y un vastísimo etcétera) y, frente al casi inmediato fallecimiento de aquel, fue reemplazado por Nestor Rapanelli, "country manager" de "BUNGE & BORN" en Venezuela. Y que también, en la Presidencia demócrata de John Fitzgerald Kennedy en los E.E.U.U., fue designado "State Secretary" —equivalente a nuestro Ministro del Interior— Robert Mac Namara, quien para asumir tuvo que renunciar a la Titularidad del Board of Directors de GENERAL MOTORS que, en ese entonces, era la Empresa Automotriz más importante del mundo, y una de las 10 Firmas más grandes de Norteamérica.

(12) La cuestión de la necesaria correlación de los estudios jurídicos con la realidad nacionales algo que sigue siendo refractario en su tratamiento, salvo escasas excepciones, por parte de los juristas argentinos. Así, llama la atención— por ejemplo— tener a la vista obras que estudian los Grupos Económicos o de Sociedades, u otros institutos jurídicos del mundo de los negocio, analizando enjundiosamente su problemática jurídica, pero omiten toda referencia a la realidad Empresaria argentina (en contrario, véase "Los grupos económicos y el contexto internacional y argentino", Cap. Ildo. de "Los Grupos Económicos y de Sociedades", de Ernesto Eduardo Martorell, Buenos Aires,

Ad-Hoc, 1991, 1ra. Edición, p. 65 y sstes), lo que castra el valor práctico de las mismas eliminando la posibilidad de que puedan ser utilizadas para resolver problemas concretos. Ello, más allá de los comentarios apologéticos que se obtengan frente a su publicación o los premios que pudiere discernirse a quienes las concibieron.

(13) En el Banco Río de la Plata, el capital era el 92,46% de la Familia Pérez Companc y el 7,54% de otros accionistas, y hoy es del Banco de Santander; El Banco Mercantil Argentino era de Noel, Abel y Julio Werthein (70,20 y 10%), y fue siendo absorbido por otras Entidades extranjeras (Standard Bank, etc.,etc.); El Banco de Quilmes, era —en un 65,56%— de la familia Fiorito, fue liquidado; El Banco de Crédito Argentino era de las Familias Gorodisch, Kulish, Cairoli y Santibáñez, siendo absorbido por otras Entidades; El Banco Roberts era en un 70% del Industrias Reconquista (de la Familia Roberts) y del Midland Bank (29,90%), siendo absorbido por otras Entidades, el Banco General de Negocios, que era de la Familia Rohm fue liquidado. Y sólo permanecen mayoritariamente en propiedad de los accionistas originarios el Banco de Galicia y Buenos Aires (Familias Ayerza, Braun, Escasany), y Mariva (Grupos May, Rivadeneira, Jones, Pardo y otros). Fuente: Lomuto, Alejandro: "Los dueños de los Bancos (Informe especial)", Revista "Apertura", Nro. 24, marzo-abril de 1990, ps. 56/64. Véase el análisis al respecto que obra en "Perfiles de la sociedad anónima moderna", en "Los síndicos de sociedades anónimas y el consejo de vigilancia", de Ernesto Eduardo Martorell, Buenos Aires, Depalma, 1991, 1ra. Edición, ps. 2 y sstes.

(14) DATTILO, Sergio: "Confirmado: mexicanos de Televisa compran Atlántida", Diario "Ambito Financiero", ejemplar del martes 21 de Agosto de 2.007, p. 10.

(15) TACHIMENDI, M.H.: "Multinacionales brasileñas expanden negocios globales", Diario "El cronista", ejemplar del 7-X-2010, Sección Economía.

(16) Los datos los hemos obtenido de la nota de Graciela Moreno: "Grupos brasileños, nuevos dueños de las zapatillas y jeans locales", en BAE, "Negocios", ejemplar del miércoles 17 de abril de 2.007, p. 16.

(17) MARTORELL, Ernesto Eduardo: "Produzir políticas ñao leis" (Fabio Konder Comparato): Sociedades comerciales, inversión, problemática jurídica y defensa del interés nacional", E.D., ejemplar del 17-II-2011, p. 1 y sstes.-; "Sociedades comerciales, inversión, "populismo" y defensa del interés nacional", L.L., miércoles 5-XI-2003, p. 1, y también "Venta de "Empresas líder" en crisis: "Reingeniería financiera" y "default": L.L., fascículo del miércoles 27-VII-2005, p. 1 y sstes.

(18) Los datos generales reproducidos en el texto provienen de distintas fuente que, acto seguido, pasamos a identificar: Mathus Ruiz, Rafael: Nota denominada "Desnacionalización de empresas", Diario "La Nación", sección "Economía & Negocios", 21-06-09, ps. 1 y 2; Moreno, Graciela: "Grupos brasileños, nuevos dueños de las zapatillas y jeans locales", en BAE "Negocios", ejemplar del 17-4-07, p. 16; Nota sin firma denominada "El Banco DO BRASIL cerca de lograr mayor presencia en Argentina", Diario "La Nación", sección "Economía & Negocios", 16-12-2009, p. 8; Martorell, Ernesto Eduardo: "La primera década del siglo (2000— 2009) y los conflictos empresarios (contractuales, societarios y concursales): "asignaturas pendientes" y necesidad de su revisión crítica", ED, ejemplar del jueves 15 de Abril de 2010, ps. 3 y sstes.

(19) SAINZ, Alfredo: "Pasan a grupos extranjeros empresas de gran trayectoria", Diario "La Nación", ejemplar del 3-6-2010, Secc. Economía & negocios, p. 1.

(20) SAINZ, Alfredo: "Las Empresas argentinas, en la mira de países emergentes", Diario "La Nación", ejemplar del 9-8-2010, Sección Economía & Negocios", p. 1 y sstes.

(21) MIGNONE, Emilio F.: "El desafío americano y el nuevo Estado industrial", en "Panorama de la economía argentina", Buenos Aires, 1968, p. 57.

(22) Vid. MASON, Edward: "Schumpeter on monopoly and the large Firm", en "The review of economics and stadistics". Harvard University Press, 1951, T° 33, ps. 139-149. Bustamante, Jorge E.: "Concentración de Empresas: E.E.U.U. y el Mercado Común Europeo", L.L., T° 137, 1970, p. 947.

(23) ROJOU DE BOUBEE, Gabriel: "La quiebra como delito social", Revista Jurídica de Cataluña, Octubre-Diciembre de 1975, Nro. 4, p. 52.

(24) Debemos los datos a Enrique Fowler Newton, quien los aporta en "11.Las ideas de Martorell.....11.5. El "análisis" del caso ENRON", en "Enfoques (Contabilidad y administración)...Responsabilidad del auditor por mala praxis", Abril de 2004, páginas 14 a 20.

(25) LOPEZ MESA, Marcelo J.: Que introduce en su obra "Responsabilidad de los profesionales en ciencias económicas (Civil y penal)", Bs. As., La ley, 2005, p. 158, el tratamiento de estas cuestiones, y también: GELLI, Alejandro C.; VIEGAS, Juan Carlos & GARCIA FRONTI, Inés: "ENRON y las entidades con cometido especial" (ECE).doctrina y normas contables" en "Enfoques", 2002-367.

(26) Cuya filial argentina operaba como Pistrelli Diaz & Asociados.

(27) Al fusionarse a nivel mundial "Price Waterhouse" con "Coopers & Lybrand", creando la actual "Pricewaterhouse/Coopers".

(28) VITOLLO, Daniel Roque: "Los controles societarios en la oferta pública. Panorama sobre la reacción norteamericana frente al fraude (Ley Sarbanes - Oxley) y la legislación argentina actual". Revista de las Sociedades y Concursos, Nro.20, Enero-febrero de 2003, p. 15 y sstes.

(29) Sobre la cuestión de la responsabilidad civil de los auditores y de los estudios que integran puede verse, de Ernesto Eduardo Martorell: "Reflexiones sobre "contratos de empresa". Alcances de la responsabilidad de los Estudios de Auditores", L.L., 1995-B-1098, al que luego le siguieron : "El contrato de auditoría", en mi "Tratado de los contratos de empresa", Bs. As., Depalma, 1997, 1ra. Edición, capítulo V, p. 355 y sstes; "Nuevos Estudios Societarios: La responsabilidad de los auditores hoy", L.L., 1998-F-953 y sstes; "Responsabilidad de los auditores y de los estudios de auditoría frente al fraude y al "default" reprochable de la Empresa", Bs.As., ERREPAR, 2002, 1ra. Edic ., 2003, 2da. Edic 2005 ;"Los recientes escándalos corporativos internacionales ("ENRON" y "Worldcom"), y su necesaria repercusión en el Derecho Societario Argentino", E.D., ejemplar del 23-8-2002, p. 1; "Responsabilidad de los síndicos y auditores sociales por fraude laboral", ED, ejemplar del 3-9-2002, p. 7; "El caso "AHOLD": Iniciarán juicio a los auditores de Disco", en Diario "Ambito Financiero", ejemplar del 27-2-2003, p. 6 : "De auditores, auditorías y escándalos corporativos: visión actual de la actividad desde la perspectiva del derecho de daños", en "Responsabilidad de los Profesionales en Ciencias Económicas", ejemplar de la "Revista de Derecho de Daños", 2004-1, p. 223; "Nuevamente sobre la responsabilidad de los auditores: ¿ Porqué buenos auditores efectúan pésimas auditorías", L.L., ejemplar del miércoles 13 de Octubre de 2004, p. 1 y sstes.; el Capítulo IV, del Tomo IV (Contratos Comerciales Modernos), del "Tratado de Derecho Comercial", dirigido por el suscripto, cuya autoría estuvo a cargo de Gonzalo Ruiz Diaz, denominado "El contrato de auditoría", Bs.As., La Ley, 2010, 1ra. Edición, p. 275 y sstes.; "Nuevos paradigmas en materia de responsabilidad de los auditores", L.L., ejemplar del lunes 4 de Julio de 2011, p. 1 y sstes.; "La "globalización " y la ética llevan al crecimiento de la responsabilidad de los auditores", en La Ley (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), año 4/Número 5/Octubre de 2011, p. 525 y sstes. "Paradigmas de la responsabilidad de los auditores", L.L., ejemplar del miércoles 25 de abril de 2012, p. 3; "Responsabilidad de los auditores: Se renueva la polémica", L.L., 27-12-2012, p. 1; "Nuevo capítulo de la responsabilidad de los auditores: Demanda por U\$S 62 millones de LA POLAR contra PwC de Chile", ED, fascículo del martes 23 de Abril de 2013, p. 1, y también "Tratado de la responsabilidad de los auditores" (Obra dirigida por Martorell), Buenos Aires, Thomson Reuters, 2014, t. I.

(30) Véase: "Carcel (25 años) a ex CEO de Worldcom", nota sin firma de la Agencia Reuters, reproducida en el diario "Ambito Financiero" del 14/7/2005, p. 8; y también en "Nueva sentencia por caso Enron", nota sin firma de la Agencia Reuters, reproducida en el diario "Ambito Financiero" del 13/5/2005, p. 8,y en el trabajo de María Elisa Kabas de Martorell, Javier Wajtraub y Ernesto Eduardo Martorell denominado " Acciones colectivas contra bancos y demás "brokers" financieros por colocación de títulos de deuda soberana y/o corporativa en "default", L.L., miércoles 21 de Diciembre de 2005, p. 1.

(31) El Morgan Stanley es un Banco mayorista de los E.E.U.U, que se ubica 4to. en el ranking de Entidades Financieras, siendo su valor de mercado de U\$S 94.000 millones. Fuente: Alliscioni, Claudio Mario: en "Italia procesa a los principales bancos del mundo por una estafa" ("El lado oscuro del capitalismo"), Diario "Clarín", ejemplar del Jueves 14 de Junio de 2007, ps. 28 y 29.

(32) La Union Des Banques Suisses (UBS), es el mayor Banco de Suiza, está valuado en U\$S 129.000 millones lo cual, como se sabe, es superior al PBI (Producto Bruto Interno) de países como Chile, Venezuela, Singapur o Israel. Fuente: Passim.

- (33) El Deutsche Bank es el Banco más importante de Alemania y de Europa en volumen de negocios. Fuente: Alliscioni, op.cit., p. 29.
- (34) El Citigroup es el mayor Banco del Mundo, y la Empresa número 8 en todos los rubros, según el ranking anual de "Fortune", considerándose que su valor de capitalización llega a U\$S 264 mil millones. Fuente: ALLISCIONI, Claudio Mario: en "Italia procesa a los principales bancos del mundo por una estafa" ("El lado oscuro del capitalismo"), Diario "Clarín", Jueves 14 de Junio de 2007, ps. 28 y 29.
- (35) ALLISCIONI, Claudio Mario: en "Italia procesa a los principales bancos del mundo por una estafa" ("El lado oscuro del capitalismo"), Diario "Clarín", Jueves 14 de Junio de 2007, ps. 28 y 29.
- (36) Recuérdese que tenía sucursales de significación en Brasil y en la Argentina, amén de presencia en otros países sudamericanos.
- (37) ALLISCIONI: Op.cit, p. 28.
- (38) Ibidem, p. 29.
- (39) RESTIVO, Néstor: "Parmalat: Su recorrido en Argentina", Diario "Clarín", Jueves 14 de Junio de 2007, p. 29.
- (40) El fallo completo, en idioma original (italiano), puede ser consultado en BD 11 - S 02845.
- (41) MARTORELL, Ernesto Eduardo: "Los mega-fraudes (antes les decían "estafas") corporativos: El caso "Parmalat" y una sentencia digna de comentario", en "Doctrina Societaria y Concursal", Bs.As., ERREPAR, Nro.216, Noviembre de 2005, p. 1407.
- (42) S.S. Francisco Iro., Vid. Nota de Elisabetta Piqué: "Fuerte condena del Papa a la corrupción y la evasión fiscal", en Diario "La Nación", ejemplar dl viernes 17 de mayo de 2013, Sección "El Mundo: Vatican", p. 2: Textual.
- (43) Fuente: Nota s/ firma denominada "Francisco endurece las penas contra la pedofilia o el lavado", en Diario "La Nación", ejemplar del viernes 12 de Julio de 2013, Sección "El Mundo", p. 2.
- (44) Fuente: Nota s/ firma denominada "Francisco endurece las penas contra la pedofilia o el lavado", en Diario "La Nación", ejemplar del viernes 12 de Julio de 2013, Sección "El Mundo", p. 2.
- (45) Fuente: Nota s/ firma denominada "Francisco endurece las penas contra la pedofilia o el lavado", en Diario "La Nación", ejemplar del viernes 12 de Julio de 2013, Sección "El Mundo", p. 2.
- (46) Fuente: Nota s/ firma denominada "Francisco endurece las penas contra la pedofilia o el lavado", en Diario "La Nación", ejemplar del viernes 12 de Julio de 2013, Sección "El Mundo", p. 2.
- (47) Paradójicamente, en la República Argentina, a comienzos del año 2013, fue motivo de múltiples denuncias públicas un encumbrado Empresario muy próximo a la pareja presidencial, siendo imputado de lavado de dinero y enriquecimiento ilícito mediante mecanismos espúeos vinculados con la corrupción política, y a varios meses de haberse producido aquellas, el mismo ni siquiera fue citado a prestar "declaración indagatoria".
- (48) Op.cit. precedentemente, p. 2.
- (49) Fuente: PIQUÉ, Elisabetta: Nota denominada: "El Papa contra la lógica del poder", en Diario "La Nación", Sección "El Mundo", ejemplar del Domingo 30 de junio de 2013, p. 9: Textual.
- (50) Fuente: PIQUÉ, Elisabetta: Nota denominada: "El Papa contra la lógica del poder", en Diario "La Nación", Sección "El Mundo", ejemplar del Domingo 30 de junio de 2013, p. 9: Textual.
- (51) Fuente: Nota sin firma denominada: "Los cambios en la Iglesia: En busca de más transparencia", Diario "La Nación", ejemplar del día sábado 20 de Julio de 2013, Sección "El Mundo", p. 4: Textual.

(52) Kabas de Martorell, María Elisa & Martorell, Ernesto Eduardo: "Utilización ilícita de holdings financieros y sociedades en perjuicio de la comunidad. Experiencias extranjeras vinculadas con la corrupción política y mecanismos jurídicos utilizables en defensa del interés nacional", E.D., ejemplar del jueves 11-7-2013, y también en "Holdings financieros y daño al Estado: ejemplos extranjeros y normativa nacional", E.E., fascículo del martes 1-X-2013, p. 1 y sstes.

(53) Fuente: Connors, Will & Trevisani, Paulo: "El epicentro del escándalo de Petrobras", en "The Wall Street Journal Americas" /wsjamericas.com, reproducido en Diario La Nación, Sección Economía, ejemplar del martes 23 de Junio de 2015, p. 14.

(54) Fuente: Armendáriz, Alberto: "El PT en alerta por el avance de la justicia en el Petrolao", en donde se da cuenta de la detención —por parte del juez Federal Sergio Moro— de Marcelo Odebrecht (CEO y titular de la constructora ODEBRECHT, la más grande la República Federativa del Brasil, valuada en decenas de miles de millones de dólares), y de Otávio Marquez de Azevedo (CEO y titular de ANDRADE GUTIERREZ, contratista de Obra Pública de similar envergadura que la anterior), íntimos amigos del ex presidente Juan Ignacio Lula Da Silva, y vinculados —según el Diario Folha Do Sao Paulo— "...en el esquema de sobornos del Petrolao". Vid. Diario La Nación, Sección "El Mundo", ejemplar del Domingo 21 de Junio de 2015, p. 5.

(55) Fuente: Seifert, Daniel: Nota denominada "Procesado junto al mar....", Revista Noticias, ejemplar del 8 de Enero de 2011, p. 112: Textual.

(56) SEIFERT, Daniel: Op.cit, p. 112.

(57) Diario "El País" (España), ejemplar del martes 23 de Junio de 2015, nota de Carlos Pagni denominada "Un mani pulite tropical", Sección "Internacional", p. 9.

(58) Es el criterio del art. 902 del Código de Vélez, que reza: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos". Y de su norma sustitutiva —el art.1725 del nuevo Cod. Civ. y Com. (ley 26.994)— que dispone: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos caso, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente."

(59) Vid. los votos magistrales de la composición de la Cncom, Sala D., en autos "Establecimientos Metalúrgicos Pecú S.A. quiebra c/Permanente Cía Financiera S.A. ", 28/4/1988, L.L., 3/10/1988, y el comentario de María Elisa Kabas de Martorell & Ernesto Eduardo Martorell en "Entidades deberán extremar la cautela....", en el Diario "Ambito financiero", Sección "Economía", 5/1/1989, p. 7.

(60) El artículo 144 del nuevo texto legal, sostiene: " (Inoponibilidad Der Personalidad Jurídica).-La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados".

(61) El nuevo artículo 159, dispone: "(deber de lealtad y diligencia. interes contrario).Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia. No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieron por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica."

(62) El art. 160, establece: "(Responsabilidad de los Administradores).-Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión".

(63) LORENZETTI, Ricardo L.: "Presentación del proyecto", en Código Civil y Comercial de la Nación": Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Junio de 2012, p. VI: Textual.

(64) LORENZETTI, Ricardo Luis: "Presentación del Proyecto...", en "Código Civil y Comercial de la Nación": Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Junio de 2012, p. 11 y sstes.

(65) LORENZETTI: Ibidem.

(66) Haciéndolos creer que estos títulos eran inversiones más seguras que las llamadas "hipotecas basura" o "subprime".

(67) Fuente: Nota sin firma denominada "Crisis subprime: EE.UU. demandó a la calificadora S&P en U\$S 5.000 millones", en el Diario "El Cronista", ejemplar del miércoles 6 de febrero de 2013, Sección "Finanzas & Mercados", p. 4.

(68) Kabas de Martorell, María Elisa & Martorell, Ernesto Eduardo: "Responsabilidad de las calificadoras de riesgo", L.L., L.L., 9-IV-2014, ps. 1 y sstes.

(69) Cfr. HASSEMER, Winfried, "El fundamento del Derecho Penal Económico", en Revista de Derecho Penal, 2013-2, "Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa - I", Ed. Rubinzal - Culzoni, Sta. Fe, Argentina, 2013, p. 125. Remarca el autor la necesidad de mantener el concepto de bien jurídico como categoría fundamental del sistema represivo y no cambiarlo por una mera infracción del deber, que es este ni más ni menos que un concepto reducido, positivista, con gran popularidad en legislaciones penales de índole autoritaria. Finaliza aclarando que el hecho de que la regulación penal en el ámbito de la economía trate de intereses extensos, complejos, más allá del individuo y con un crecimiento rápido, no es un motivo para abandonar el concepto de bien jurídico, sino un motivo para mejorarlo y concretarlo.

(70) Ver PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, "Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores", en Revista de Derecho Penal 2013-2, "Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa - I", 2013-2, Ed. Rubinzal - Culzoni, Sta. Fe, Argentina, 2014, p. 216.

(71) Señala Raúl Cervini que anticipándose a su tiempo y hace más de cuarenta años, Roberto Lyra fue de los primeros en señalar y caracterizar la macrocriminalidad económica como un abanico de formas de delincuencia socioeconómica muy perfeccionadas, de enorme dañosidad social, que se mostraban cada vez más accesibles a la evidencia científica, pese a lo cual raramente aparecían tipificadas en la ley penal. (Ver Cervini, Raúl, "Nuevos aportes del tomographic approach", en Revista de Derecho Penal - Derecho Penal Económico, Año 2014-2, "Derecho Penal Tributario - XII", Ed. Rubinzal - Culzoni, Sta. Fe, Argentina, 2015, p. 15, con cita de Lyra, Roberto, "Criminología Forense", Río de Janeiro, 1964, p. 59 y ss.

(72) Cfr. CALDÉS, María Celeste, "La reinserción de la empresa en la sociedad", en Revista de Derecho Penal - Derecho Penal Económico, 2010, "Derecho Penal Tributario - IV", Ed. Rubinzal - Culzoni, Sta Fe, Argentina, 2010, p. 241 y ss.

(73) Este fenómeno conocido como "macrocriminalidad económica contemporánea, configura a criterio de Louis Severin, "la expresión emergente de una nueva forma de desviación estructural que debe ser normativizada, aquella vinculada al ejercicio ilícito u objetivamente abusivo de las leyes económicas y de los mecanismos o resortes de la economía, fundamentalmente a los conocidos como mecanismos económicos abiertos". (Ver Cervini, Raúl, ob. cit., p. 16, con cita de Serverin, Louis W. "Recent developments in relation to economic crimes", Ladelt, Austin, 1991, p. 42 y ss.). El concepto de sociedad industrial o de clases, dio paso a la sociedad de riesgos. En palabras de Beck podemos asegurar que en la modernidad avanzada, la producción social de la riqueza va acompañada sistemáticamente de la producción social de riesgos. El desarrollo tecnológica alcanzado en la modernidad, si bien ha logrado mejorar la calidad de vida de millones de seres humanos, también ubicó a la humanidad y al planeta en una situación de peligro constante y latente como consecuencia de los riesgos inherentes que ese desarrollo implica (Cfr. Beck, U. "La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad", Ed. Paidós, Barcelona, 2006, p. 29 y ss., cit. por González,

Leandro, "Los límites al poder punitivo en las sociedades de riesgo globalizadas", en Revista de Derecho Penal y Criminología, Año III, nro. 5, Junio 2013, p. 101 y sus notas).

(74) Sostiene Cervini que la transnacionalización es sin duda, en la faz operativa, la nota más saliente de la criminalidad organizada contemporánea. Y que cuando el legislador corre a regular la realidad económica, ésta ya no se encuentra en el ser en que se pretendía regularla (cfr. Cervini, Raúl, ob. cit., p. 24, 43 y ss).

(75) ver TERRAGNI, Marco Antonio, "Delitos de Omisión y Posición de Garante en Derecho Penal", Ed. Rubinzal - Culzoni, Sta. Fe, Argentina, 2011, p. 307 y ss.

(76) Algunos indican que el autor de la máxima *societas delinquere non potest* habría sido el Papa Inocencio IV, el mismo que rechazara la posibilidad de excomulgar a las "universitas" con el argumento de que éstas no serían capaces de actuar con culpabilidad. (ver García Falconí, Ramiro J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial enfoque al caso ecuatoriano", en Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico 2014-2, "Derecho Penal Tributario XII", Ed. Rubinzal - Culzoni, Sta. Fe, Argentina, 2015, p. 77, nota 3.

(77) Remarca este aspecto el Dr. Raúl Zaffaroni, quien en su voto en la causa "Fly Machine" (disidencia), descartó la responsabilidad de las personas jurídicas, sosteniendo que "la capacidad penal de una sociedad implica la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena". Dado que culpabilidad significa formular un juicio de reproche a quien lesionó bienes ajenos cuando podía y tenía la libertad de comportarse de otro modo, no es posible reprochar penalmente a la persona jurídica el hecho de sus dependientes o de cualquier otro que actuó en su nombre.

(78) El principio general de que las personas jurídicas no pueden cometer delitos fue siendo dejado de lado luego del advenimiento de la revolución industrial, y ya en el siglo XIX las cortes inglesas comenzaron a imponer responsabilidad penal a las sociedades comerciales, aceptándose que una corporación privada podía ser sometida a proceso penal por delitos de omisión, los mismos que debían significar una importante ruptura de sus obligaciones, como en el caso "The Queen vs. Birmingham & Gloucester Railway de 1842. En Estados Unidos, la responsabilidad penal de las corporaciones apareció en 1834, en varios casos de contaminación de ríos y rupturas de puentes, entre otros. Las cortes americanas en 1853/54 dictaron sentencias que se convirtieron en referentes en la determinación de la responsabilidad de las corporaciones procesadas por actos positivos. (Cfr. García Falconí, Ramiro J., ob. cit., p. 79 y sus notas).

(79) Ver FELLINI, Zulita, "Temas de Derecho Penal Económico y responsabilidad de las personas jurídicas", Ed. Grún, Bs. As., 2004, p. 286, cit. por Ramiro García Falconí, ob. cit., p. 97, nota 74.

(80) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas", en Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, vol 29, nro. 86/87, p. 129, cit. por García Falconí, ob. cit., p. 98, nota 77.

(81) AROCENA, Luis F. - GARCÍA ELORRIO, Juan P., "Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas: un compromiso internacional en materia de lucha contra la delincuencia organizada", en Rev. De Derecho Penal nro. 4, Ed. Infojus, Mayo 2013, p. 5.

(82) Cfr. AROCENA, Luis F. - GARCÍA ELORRIO, Juan P., ob. cit., p. 6.

(83) El nuevo código español prevé el instituto del actuar en nombre de otro, similar al alemán, que permite extender punibilidad para casos en los cuales puede haber lagunas, por la circunstancia de ser cometido el hecho ilícito por personas que al no reunir los requisitos exigidos por la figura penal para ser autores, quedarían fuera del tipo penal. Es más o menos lo que sucede con el 14 de la ley penal tributaria. La doctrina española opina, en general, que esas consecuencias accesorias no son "penas" en sentido estricto, ni medidas de seguridad o responsabilidades civiles.

(84) Seguimos en esto el puntilloso trabajo y estudio comparado de Luis F. Arocena y Juan P. García Elorrio, ob. cit. p. 8 y ss.

(85) Ver arts. 304 y 313 del Código Penal Argentino.

(86) Ver art. 14 de la ley 24.769 y la cláusula de extensión de autoría allí prevista, similar al art. 31 del Código Penal Español.

(87) Ver art. 7 de la ley 26.991.

(88) No estamos hablando de aquellas disposiciones penales específicas en las cuales se individualiza a un autor calificado, de cargo jerárquico de una empresa, pues esa tipificación encuentra un respaldo legal específico e indica una concreta actuación, como sucede en el caso del llamado delito de "balance falso". El art. 300 inc. 2, castiga al "Fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas, publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo". Tampoco es el caso puntual del 178 CP que dice: "Cuando se trate de quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco o entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, contador o tenedor de libros de los mismos que hubieren cooperado en la ejecución de los actos a los que se refieren los artículos anteriores (quiebra fraudulenta y culposa), será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable en su caso. Con la misma pena se sanciona al miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de junta fiscalizadora o vigilancia, o gerente, cuando se trate de una sociedad cooperativa o mutual".

(89) Si bien es notorio que el derecho administrativo sancionador no está limitado por todas las garantías del derecho penal, y por ende tendría mayor eficacia sancionadora, predomina la idea pública y política inversa que considera mucho más fuerte la sanción penal, y en base a eso postula una radical reestructuración de todos los principios generales del derecho penal.

(90) Para mayor ilustración al respecto, ver "Nocerez, Florencia P, "Las personas jurídicas en el Anteproyecto de Código Penal. ¿Responsabilidad penal?, en Rev. Derecho Penal, Año III, nro. 8, Ed. Infojus, p. 45 y ss.

(91) Cfr. BORINSKY, Mariano, "La culpabilidad de la empresa en el nuevo régimen penal tributario", En Revista de Derecho Penal, nro. 4, Ed. Infojus, Mayo 2013, p. 150 y ss., y el análisis que hace el autor respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

(92) Ver ABANTO VÁZQUEZ, Manuel A., "Responsabilidad Penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales", en Revista de Derecho Penal 2014 - 1, "Derecho Penal de los negocios y de la empresa - II", Ed. Rubinzal - Culzoni, Sta. Fe, Argentina, 2014, p. 114.

(93) Ver GRACIA MARTÍN, Luis, "Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminal de empresa y reforma penal", en Rev. Actualidad Penal, Madrid 1993 - 1, XVI, 213, cit. por Terragni, Marco Antonio, "Delitos de Omisión y Posición de Garante en Derecho Penal", Ed. Rubinzal - Culzoni, Sta. Fe, Argentina, 2011, p. 357.

(94) Para una mayor ilustración, ver Abanto Vásquez, Manuel A., ob. cit., p. 115 y ss.

(95) En realidad se trataría de un caso de dominio de la voluntad, en términos de Roxin, el que puede asumir tres modalidades distintas: una por la utilización de un agente no libre, otra por el servirse de quien está inmerso en un error, y la tercera, cuando con el auxilio del poder superior de un aparato organizado que tiene a su disposición, domina el curso del suceso. A esto último se denomina "dominio por organización", que consiste en la utilización por parte del hombre de atrás, de una maquinaria personal con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización autónoma del ejecutor, pues se trata de una organización que funciona automáticamente, en la que no importa la persona individual del ejecutor, que es fungible, dato que conoce el "hombre de atrás", y que si no puede realizar su cometido otro va a reemplazarle, no resultando afectada la ejecución del plan global. En estos supuestos no faltan ni la responsabilidad ni la libertad del ejecutor material directo, que ha de responder como culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del hombre de atrás, porque desde su visión el agente no se presenta como una persona individual, sino como una figura anónima y sustituible. De esta forma el "hombre de atrás" se convierte en el verdadero protagonista del hecho, en la figura central del suceso, a pesar de su lejanía con el mismo. Precisamente, esto caracteriza e dominio de la organización: la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida del dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato. (Cfr. Roxin, Claus, "Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal",

trad. de la 7ma. Ed. Alemana, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, p. 149/162, y Faraldo Cabana, "Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas", p. 27 y ss. cit. por Terragni, Marco Antonio, ob. cit., ps. 371 y ss.

(96) Nos explica Terragni, que Roxin pasa a afirmar la existencia de dos grandes grupos de posiciones de garante: la asunción de una función de protección, y el deber de control de fuentes de peligro. El primero es propio de cada relación de protección el deber de apartar peligro para los protegidos, como sería el caso de los padres con los hijos o los médicos con sus pacientes. El segundo se basa en el razonamiento según el cual la creación de riesgos trae consigo el deber de evitar consecuencias dañosas que con ella podría derivarse. Quien genera un peligro es responsable de sus consecuencias. (ver Terragni, Marco Antonio, "Delitos de Omisión y Posición de Garante en Derecho Penal", Ed. Rubinzal - Culzoni, Sta. Fe, Argentina, 2011, p. 46/48.

(97) Ver TERRAGNI, Marco Antonio, ob. cit., p. 354 y ss.

(98) SCHÜNEMANN, Bernd, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", en ADPCP, XLI, 1988, p. 529 y ss., cit. por Terragni, Marco A., ob. cit., p. 358.

(99) Cfr. JAKOBS, Gunter, "Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación penal", trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, cit. por Terragni, Marco Antonio, ob. cit., p. 52/53.

(100) Ver el análisis del tema en TERRAGNI, Marco Antonio, ob. cit., p. 51 y ss.

(101) Para mayor ilustración ver en este punto a quien seguimos en sus conclusiones: TERRAGNI, Marco Antonio, ob. cit., p. 361 y siguientes, Capítulo 2. Reglas para la Imputación. El autor nos brinda un acabado y acertado panorama y conclusiones acerca de este ámbito de imputación cuando concurren aislada o conjuntamente el hecho del empresario y el hecho del dependiente.

(102) El Profesor Marco Antonio Terragni cita en este punto a Roxin a quien le da razón cuando reprocha a quienes estiman procedente extender al ámbito de los delitos empresariales la tesis de los aparatos organizados de poder, diciendo que casi da la impresión de que ha de hacerse responder como autor mediato al empresario por todo lo que ocurre en su empresa aun cuando ello solo esté abarcado por su saber y voluntad de una forma muy genérica, y que aquellos sólo pretender resolver problemas probatorios. (cfr. Terragni, Marco Antonio, ob. cit., p. 374, cita nro. 548.

(103) Entendido el concepto de "enemigo" como aquel construido sobre un derecho penal del enemigo en términos de Jakobs, que pasa a ser el sujeto que siendo especialmente peligroso no debe ser tratado como persona en derecho, y al que, por manifestar una actitud de especial rebelión contra la norma, el ordenamiento jurídico lo trata como un foco de peligro que se ha de combatir mediante medios más eficaces de aseguramiento para mantener la confianza de los ciudadanos en el sistema y la vigencia efectiva de la norma. (ver Polaino Orts, Miguel, "Derecho Penal del enemigo", Revisión de Miguel Polaino Navarrete, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, p. 83).