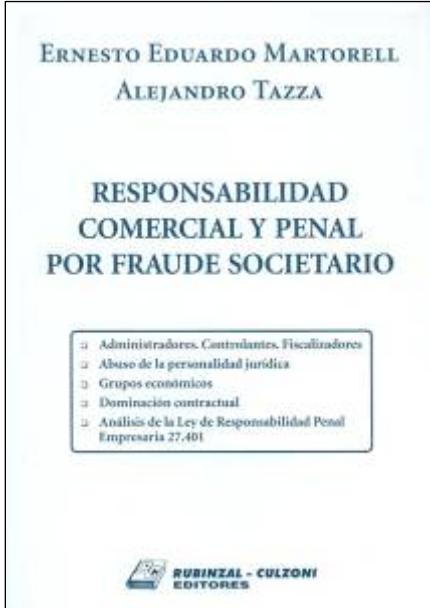


## ÍNDICE SUMARIO



ERNESTO EDUARDO MARTORELL

ALEJANDRO TAZZA

### RESPONSABILIDAD COMERCIAL Y PENAL POR FRAUDE SOCIETARIO

- Administradores, Contribuyentes, Fiscalizadores
- Abuso de la personalidad jurídica
- Grupos económicos
- Dominación contractual
- Análisis de la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria 27.401

 RUBINZAL - CULZONI  
EDITORES

Ernesto Eduardo Martorell	9
Alejandro Tazza	10
Prólogo	11
<b>PRIMERA PARTE</b>	
<b>DERECHO COMERCIAL</b>	
por Ernesto Eduardo Martorell	
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	
<b>LA SOCIEDAD COMERCIAL HOY</b>	
I. Evolución del concepto de sociedad	18
1. La realidad societaria mundial	25
2. La realidad societaria argentina de nuestros días. Crisis y “desnacionalización” empresaria	31
II. El tema de la personalidad jurídica hoy: “el crepúsculo de los mitos” (Martorell, circa 1996)	35
1. Introducción	35
2. “Persona”, “personalidad” y “entidades” en general	39
3. Acerca de la causa del contrato y del carácter de la relación asociativa	43
4. Pero entonces: ¿qué cosa es la sociedad?	45
a) La sociedad en su actuación	46
b) La sociedad en su peculiar naturaleza	47
5. La correcta visión del fenómeno societario: apuntes para terminar con lesivos “excesos de prudencia” (?)	49
a) El “lavado de bocho” propuesto por Horacio Fargos	49
b) La interpretación “desmitificadora” de la sociedad y de la personalidad jurídica y los jueces	51
6. A modo de conclusiones	54
III. La sociedad como recurso técnico. La llamada “teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”	55
1. Nuevamente sobre el concepto y la naturaleza de la sociedad	56
2. La denominada “teoría de la inoponibilidad” (de la personalidad jurídica), de la penetración o del disregard of legal entity	59
a) El instituto previsto por el artículo 54 de la ley 19.550	59
b) La aplicación de la teoría del disregard of legal entity en función de la normativa societaria argentina	64
(i) La consecución de fines extrasocietarios	64
(ii) Actuaciones que conformaron un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe	65
(iii) La frustración de los derechos de terceros	65
c) Alcances del decreto judicial de inoponibilidad de la personalidad jurídica de una sociedad determinada	66
3. Equivocada actitud asumida por parte significativa de la doctrina y la jurisprudencia nacional ante la aplicabilidad de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica	67
a) Ponderación inicial	68
b) Posición de los tribunales de trabajo	69
c) Los “años de guerra” (1983-2015). Ataques al instituto	83
(i) La “inoponibilidad” como instituto “novedoso” (?) y no exento de críticas	84

(ii) La inoponibilidad de la personalidad societaria como instituto de interpretación restrictiva	85
(iii) La afirmación de que “cuestionar la limitación de la responsabilidad en la sociedad anónima es equivalente a cuestionar todo el sistema jurídico de las SA”	87
(iv) La identificación de la voz “mero recurso para violar la ley” del que habla la norma, con la idea de que es toda la actividad de la sociedad y/o el sujeto colectivo “en sí” lo que debe repugnar al ordenamiento jurídico para que resulte inoponible su personalidad	88
(v) La calificación de “simplificación” y de “generalización de conceptos” a los fundamentos en virtud de los cuales los jueces del trabajo están extendiendo la responsabilidad a directores y controlantes en las causas cuyo análisis nos ocupa	89
(vi) La equivocada asimilación de la doctrina “Duquelsy” a una corriente de pensamiento que acepta la limitación de la responsabilidad en la sociedad anónima sólo si la sociedad anda bien	91
(vii) La calificación de “poco serio” (?) del argumento consistente en cuestionar severamente a las sociedades de \$ 12.000 (el mínimo) de capital	92
(viii) ¿Y a los socios por qué le extienden la responsabilidad por los pasivos laborales y previsionales?	94
(ix) La postura que sostiene “que la búsqueda de fines extrasocietarios por falta de vocación de utilidad de una actividad comercial a través de una sociedad anónima no es sino una simulación ilícita que no conlleva ni la invalidez de los negocios indirectos celebrados ni la inoponibilidad de la personalidad jurídica de aquélla”	95
d) Las críticas más recientes	96
IV. Las personas jurídicas y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. La llamada “teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”: un antes y un después	100
1. El nuevo Código: aproximación	100
2. El tratamiento actual de la “persona jurídica”. Ponderación	104
3. La aplicabilidad de la “teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica” hoy	107
4. ¿La preceptiva del Código Civil y Comercial de la Nación -y sobre todo de los artículos 141 y 144 del mismo- se aplica también a las sociedades mercantiles?	112
V. La utilización “disfuncional” de la sociedad. Las sociedades “por las dudas”	116
1. Introducción	116
2. Una vez más sobre “los nuevos paradigmas” del Código Civil y Comercial de la Nación	118
3. Las “sociedades caricatura”, sociedades “antifuncionales”: los antecedentes jurisprudenciales existentes en la materia	120
4. El nuevo Código ratifica y potencia el rechazo y castigo de las sociedades utilizadas de manera antifuncional (réquiem para las sociedades “pantalla”, “mampara” o constituidas “por las dudas”)	127

## CAPÍTULO SEGUNDO LA ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA

I. Noción de administración. La sociedad anónima	131
1. Primera aproximación al tema	134
2. Algunas precisiones	135
3. Características del órgano de administración	137
4. Condiciones para ser director de una sociedad anónima	145
a) El director deberá otorgar una garantía	145
b) Deben cumplirse recaudos legales en materia de domicilio	146
c) El cargo tiene un plazo de duración	147

d) Los directores deben permanecer en el cargo hasta ser reemplazados	153
e) Causales de cesación del cargo	154
f) Cesación, remoción, renuncia, vacancia y/o acefalía	155
II. La administración “de hecho” de sociedades y grupos	159
1. Aproximación al tema	159
2. Administradores “de hecho” de sociedades y grupos. Concepto. El caso de los administradores “de facto” de sociedades que manejan activos apropiados al Estado	165
3. ¿Cómo se puede responsabilizar a un administrador “de hecho”?	169
4. El “garantismo” y el “abolicionismo” como mecanismos lesivos del interés nacional	177
5. Conclusiones sobre el instituto de los administradores “de hecho” de SA y de grupos	180
III. Carácter personal e indelegable del cargo de administrador societario	181
1. El porqué del carácter “personal”	181
2. El caso del “presidente” del directorio	189
3. La responsabilidad cuando hay delegación. Case del comité ejecutivo y la gerencia	195
a) El comité ejecutivo	196
b) La gerencia	200
IV. La violación de los deberes de lealtad por los administradores sociales	205
1. La prohibición del director de contratar con la sociedad	205
2. El administrador con interés contrario o en competencia con la sociedad	212
V. El mal desempeño del cargo	216
1. Introducción al tema	216
2. La extinción de la responsabilidad directorial	223
3. Las acciones social e individual de responsabilidad	228
a) La acción social de responsabilidad	229
b) La acción individual de responsabilidad	233
VI. A título de conclusiones	235

### CAPÍTULO TERCERO EL GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES

I. Un acercamiento al tema	237
II. ¿Qué es la asamblea de la SA y/o la “reunión de socios” de la SRL?	238
III. La competencia del órgano de gobierno	248
IV. La participación en la asamblea de los administradores, síndicos y gerentes	255
V. El tratamiento de las cuestiones de la responsabilidad (de los socios, administradores y otros) en el seno de la asamblea	259
1. La problemática propia de la vida societaria. Abusos de mayorías y de minorías. El ejemplo del Derecho Comparado	260
2. Las acciones social e individual de responsabilidad como mecanismos sancionatorios contra quienes dañan a la sociedad y a los terceros. Su metodología	266
a) La acción social de responsabilidad	267
b) La acción individual de responsabilidad	272
3. El ejercicio de la acción individual de responsabilidad por los acreedores perjudicados, para obligar a responder por sus créditos insatisfechos a los administradores infieles o desleales	274
4. Supuestos de responsabilidad planteables en el seno de la asamblea	281
a) Breve recordatorio sobre la procedencia de los planteos de responsabilidad en el órgano de gobierno de la sociedad	282
b) La posibilidad de introducir al debate temas conexos	282
c) El accionista con interés contrario al social	284

5. La impugnación y suspensión de los actos y decisiones asamblearias. Su problemática integral	289
a) ¿Qué puede impugnarse? ¿Y las resoluciones del directorio?	290
b) Legitimados para impugnar	291
c) El plazo del artículo 251 de la ley 19.550: ¿es de prescripción o de caducidad? 301	
d) La suspensión preventiva de la ejecución de las resoluciones impugnadas	306
6. Efectos, a nivel de responsabilidad, de la revocación del acuerdo.	
Responsables (administradores, síndicos, consejeros, socios)	313

## CAPÍTULO CUARTO LA FISCALIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES

I. La sindicatura	319
1. Orígenes. Perfil	319
2. ¿Quién puede ser síndico?	326
3. ¿Cómo se elige al síndico?	335
4. La sindicatura colegiada	337
5. Indelegabilidad de la función	340
6. Atribuciones y deberes de los síndicos	342
7. ¿Cuáles son los alcances de la responsabilidad de los síndicos?	354
II. El consejo de vigilancia	363
1. Creación. Naturaleza y normativa aplicable al consejo de vigilancia	363
2. Organización y atribuciones del consejo de vigilancia	371
3. Funcionamiento del consejo de vigilancia	374
4. La supresión de la sindicatura	375
5. Responsabilidad de los consejeros	377
III. Los auditores	377
1. ¿Qué es la auditoría? Cuándo y por qué deben responder los auditores	377
2. Panorama mundial y nacional de la auditoría. Cambios posteriores	382
3. Nuevas realidades. De “Enron” en los EE. UU. a “Carrefour SA c/PricewaterhouseCoopers” en la República Argentina	387
4. ¿Qué defensas fallidas suelen esgrimir los auditores en nuestro país?	393
a) Digamos que no debemos responder, porque así lo hemos establecido en el “contrato de auditoría” que nos uniera con la firma auditada	393
b) “Escabullamos” la responsabilidad: digamos que una cosa es “certeza” y otra es “razonabilidad” y que sólo respondemos por esta última	394
c) Digamos que el auditor “trabaja por mues treo” y que en el mismo nada reprochable se detectó	394
d) En materia del cometido a cumplir: ¿no basta con “la autorregulación de los pares”? digamos que hemos actuado con ajuste a la resolución técnica 37 y al resto de la normativa de la FACPCE	396
IV. Conclusiones	398

## CAPÍTULO QUINTO LOS LLAMADOS “GRUPOS SOCIETARIOS” Y SU UTILIZACIÓN PATOLÓGICA: CONSECUENCIAS A NIVEL DE RESPONSABILIDAD

I. La temática del “control” de sociedades y/o grupos económicos en la República Argentina. Peculiaridades	403
II. Los grupos económicos y la concentración de capitales	405
1. Introducción	405
2. Los distintos métodos de agrupamiento de sociedades y empresas	410
a) Agrupación de compañías bajo formas societarias	410
b) Agrupación de sociedades bajo formas contractuales	411
3. Los mecanismos de control de sociedades	412

III. "Holdings financieros" y sociedades utilizadas para perjudicar	414
1. La sociedad holding. Características y peculiaridades	414
2. Algunos casos de escándalos protagonizados por Holdings financieros"	417
a) El leading case "Rumasa SA"	420
b) El caso "Ibercorp SA"	422
3. Esquema de responsabilización por los perjuicios causados por los "Holdings financieros" y sus sociedades vasallas	423
4. El caso puntual de los "Holdings financieros"	433
IV. El llamado "control externo"	437
1. Introducción	437
2. El control mediante los "contratos de dominación"	440
3. El llamado "principio del efecto relativo de los contratos"	444
a) Criterio general	444
b) Posición de Jacques Ghestin	446
c) Jean Luc Aubert y su postura crítica	447
d) Valoración final del debate.	447
V. La responsabilidad por control patológico en el Derecho Societario	448
1. Aceramiento al tema	448
2. ¿Existe una noción válida de control? ¿Cuál?	449
3. Panorama general de los cuadros de control	450
4. Algunas maniobras ruinosas en materia de control	450
5. El control en la ley 19.550	452
a) Normativa vigente	452
b) Una última precisión sobre el "control" societario "por los especiales vínculos"	460
VI. La responsabilidad por control lesivo en el Derecho Concursal	462
1. El proceso concursal y la integridad patrimonial	462
2. Principios que rigen el procedimiento concursal	464
3. Diferencias existentes entre los institutos que tutelan el mantenimiento de la integridad patrimonial del deudor	466
a) La ineficacia	466
b) La extensión de responsabilidad	467
c) La extensión de la quiebra	469
4. Normativa que rige la extensión de quiebra. Análisis	470
a) El inciso lo del artículo 161 de la LC: la actuación en interés personal	471
b) El abuso de la situación de control	472
c) La extensión de quiebra por confusión patrimonial inescindible	473
5. El "control externo" o contractual. Tratamiento	474
a) ¿Es posible requerir la extensión de la quiebra en los casos de "control externo"?	474
b) Las conductas objeto de reproche en la ley 24.522: ¿son "tipos" legales?	477
VII. Responsabilidad por control dañoso en la normativa laboral	480
1. Introducción	480
2. La Ley de Contrato de Trabajo en su redacción actual	481
3. La responsabilidad en los casos de control externo contractual	486
VIII. El Código Civil y Comercial de la Nación y su impacto en materia de control lesivo contractual	499
1. Aproximación al tema	499
2. Incorporación de los habitualmente llamados "contratos de empresa"	500
3. Los institutos del Capítulo 16 ("Contratos asociativos") del Título IV ("Contratos en particular") del Libro Tercero ("Derechos personales")	503
4. La pretensión del legislador de limitar la responsabilidad en ciertos casos	504
5. Las posiciones encontradas de Osvaldo Marzoratti y de Martín Bóhmer	506

6. Conclusión para todos los “contratos de empresa” devenidos en “contratos de dominación”	509
a) El caso de las uniones transitorias (UT) y las excepciones a la “mancomunación” de la responsabilidad en algunos de los contratos incorporados al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015, según calificada doctrina mercantil	510
b) Nuevos esquemas interpretativos en el Código Civil y Comercial de la Nación	514
IX. Conclusiones	515

**SEGUNDA PARTE**  
**DERECHO PENAL**  
por Alejandro Tazza

**EL DERECHO PENAL FRENTE A NUEVAS REALIDADES Y NUEVOS DELITOS**

	521
I. Ilicitudes corporativas: la responsabilidad de las personas jurídicas	528
1. Teorías que niegan responsabilidad penal	530
a) La falta de capacidad de los entes ideales o morales	530
b) La incapacidad de culpabilidad	531
c) Su incompatibilidad con la finalidad preventiva de la pena	531
2. Teorías que admiten la responsabilidad de las personas jurídicas	531
3. La situación en Argentina	532
II. El fundamento normativo para aplicación de sanciones	534
III. Los sistemas de atribución de responsabilidad penal	537
1. Legislación extranjera	538
2. Jurisprudencia argentina	549
IV. Aspectos penales y responsabilidad social empresaria	551
V. La criminalidad empresarial	557
1. Problemática del empresario	557
2. La responsabilidad del empresario en posición de garante	558
a) Imputación única al principal. Motivo: posición de garante	560
b) La infracción de deber	562
c) Críticas a la teoría de responsabilidad por posición de garante	563
d) Imputación conjunta al principal y dependiente	569
e) Imputación exclusiva al dependiente	569
f) Aspectos penales de las resoluciones de órganos colegiados	570
g) A modo de epílogo	571
VI. Delitos de contenido económico consagrados en el Código Penal	572
1. El bien jurídico protegido (propiedad o patrimonio)	573
2. Las estafas y otras defraudaciones	575
3. Antecedentes históricos del delito de estafa	576
4. Noción genérica y elementos constitutivos de la estafa	577
5. Elementos característicos de este delito	580
a) Ardid o engaño	581
b) El error	584
c) El perjuicio patrimonial	586
d) El sujeto pasivo	586
VII. El delito de administración fraudulenta	588
1. Concepto	588
a) El mandato	590
b) La comisión	591
c) La prestación de servicios	591
2. Antecedentes	593

3. Análisis de la figura delictiva	593
a) Legitimación activa constitutiva	596
a.1) Por disposición de la ley	598
a.2) Por disposición de la autoridad	599
a.3) Por un acto jurídico	600
b) Legitimación pasiva	602
c) La conducta típica	602
d) Otras conductas captadas por la norma	604
e) Objeto material de la acción	606
f) Cuestión sobre la prejudicialidad del juicio de rendición de cuentas	609
g) Consumación	610
h) Naturaleza de las conductas	612
i) El tipo subjetivo	612
VIII. La administración pública como sujeto pasivo de un fraude	614
1. La acción	616
2. Sujetos del delito	617
3. Diferencia con la defraudación fiscal	618
IX. Quebrados y otros deudores punibles	619
1. Denominación	620
2. Antecedentes y bien jurídico	621
 <b>A. QUIEBRA FRAUDULENTA</b>	
a) Sujeto activo	624
b) La declaración de quiebra	625
c) Actos de fraude	627
d) Tipo subjetivo	631
 <b>B. QUIEBRA CULPOSA</b>	
a) Gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia	635
b) Especulaciones ruinosas	637
c) Juego	637
d) Abandono de los negocios	638
 <b>C. QUIEBRA DE PERSONAS JURÍDICAS Y LIQUIDACIÓN SIN QUIEBRA DE ENTIDADES FINANCIERAS</b>	
a) Sujeto activo	639
b) Conducta ilícita y consumación	640
 <b>D. CONCURSO CIVIL FRAUDULENTO</b>	
	643
 <b>E. INSOLVENCIA FRAUDULENTA</b>	
a) La acción	649
b) Las conductas contempladas	651
c) Presupuestos del delito	652
d) Consumación y tentativa	654
e) Tipo subjetivo	657
	658

<b>F. CONNIVENCIA DOLOSA</b>	
a) Connivencia con el acreedor. Conducta ilícita	659
b) Connivencia del deudor	661
X. Delitos contra el orden económico y financiero	661
1. El bien jurídico tutelado	662
2. Lavado de dinero (art. 303 del Código Penal)	663
a) Introducción	663
b) El tipo penal. Análisis	665
b.1) Las ilicitudes constitutivas del delito de lavado de dinero	671
b.2) El tipo subjetivo	672
b.3) El valor de los bienes y el lavado de dinero	676
b.4) Procedimientos relativos a la detección de maniobras presuntamente relacionadas con el lavado de activos y la financiación del terrorismo	677
c) Agravantes del delito de blanqueo (inc. 2°)	690
c.1) Habitualidad y conformación de asociación o banda	690
1) Habitualidad	690
2) Miembro de una asociación o banda destinada a tal fin	692
c.2) El funcionario público como autor del delito	694
3. Sanción a personas jurídicas	695
4. Medidas cautelares y decomiso para el lavado de activos	697
5. El terrorismo y su financiación según la ley 26.734	699
a) El agravante genérico por finalidad terrorista	700
a.1) El terror general	702
a.2) La coacción institucional	706
b) La llamada “financiación” del terrorismo	707
c) Penalidades específicas	709
d) Ámbito espacial de aplicación de la norma	710
e) El congelamiento de activos	711
f) Competencia	712
6. Abuso de información privilegiada	714
a) El tipo objetivo	715
b) El tipo subjetivo	719
7. Agravantes del delito de abuso de información privilegiada	720
8. Agiotaje financiero	724
a) Tipo objetivo	726
b) Tipo subjetivo	731
9. Ofrecimiento fraudulento de valores negociables	731
a) Tipo objetivo	732
b) Tipo subjetivo. Consumación	733
10. Balances falsos en sociedades comerciales	733
a) Tipo objetivo	734
b) Tipo subjetivo	741
XI. Intermediación financiera y captación de ahorros públicos no autorizada	741
<b>A. INTERMEDIACIÓN FINANCIERA NO AUTORIZADA</b>	742
<b>B. CAPTACIÓN DE AHORROS NO AUTORIZADA</b>	744
<b>C. AGRAVANTES</b>	745
XII. Documentación de operaciones crediticias falsas y omisión de registros contables de tales operaciones	746
	746

## A. DOCUMENTACIÓN CONTABLE FALSA

### B. OMISIÓN DE ASIENTO CONTABLE

	750
XIII. Cohecho financiero	751
XIV. Sanciones a personas de existencia ideal	753
CONCLUSIONES CONJUNTAS	755

### TERCERA PARTE

## ANÁLISIS DE LA LEY 27.401 DE RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIA ANÁLISIS DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMERCIAL

por Ernesto Eduardo Martorell

I. Introducción.	761
II. Télesis del precepto legal	763
III. Lo novedoso de la normativa analizada	764
IV. Evolución parlamentaria del Proyecto	765
1. El trámite	765
2. Las modificaciones sustantivas incorporadas al Proyecto del PEN por el Congreso	766
V. Análisis del texto legal	768
1. El punto de partida del plexo normativo concebido	768
2. Los sujetos alcanzados por la punición	769
3. Figuras delictivas sancionadas e hipótesis en las que procede la pena	770
4. La llamada responsabilidad penal sucesiva o continuatoria	771
5. Extinción y prescripción de la acción	772
6. Independencia de las acciones	772
7. De las penas aplicables y sus alcances	772
8. Posibilidad del ente de eximirse de la aplicación de la pena	774
9. La temática procesal	775
10. De los acuerdos de colaboración	777
11. Los “programas de integridad”	779
a) Aproximación general al tema	779
b) Análisis del instituto	780
12. Otras disposiciones de interés	782
a) El registro de reincidencia	782
b) Competencia.	782
c) Aplicaciones supletorias y sustitución de otras normas	782
VI. Conclusiones	783

## ANÁLISIS DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL

por Alejandro Tazza

I. Principios generales	787
II. Penalidades	795
III. Trámite procesal	802

## APÉNDICE

Responsabilidad penal. Ley 27.401	809
-----------------------------------	-----