

**DERECHO COMERCIAL Y DERECHO PENAL.
MUNDOS SEPARADOS QUE GENERAN NÚCLEOS DE
IMPUNIDAD. REPETICIÓN DE ERRORES EN EL PROYECTO DE
CÓDIGO PENAL QUE CONDUCEN AL MISMO RESULTADO DE
INOCUIDAD EXTREMA. LAS INFRACCIONES SOCIETARIAS.
UN PUENTE A DESANDAR**

Carlos María Negri

Palabras clave: Infracciones. Delitos societarios.

Normas jurídicas de la legislación argentina a que hace referencia la ponencia: art. 301 del C.P. Art. 300 y ss. del Proyecto de Código Penal en tratamiento en el Senado

SUMARIO:

a) Como bien señala la comisión redactora del anteproyecto de la L.S. corresponde al Congreso de la Nación armonizar los aspectos infraccionales no incluidos en el anteproyecto de reformas a la L.S. con el proyecto del Código Penal en trámite por ante el Congreso de la Nación evitando la manutención de espacios de impunidad en conductas ilícitas que han quedado y quedan sin sanción de ningún tipo

b) Mantener como derecho penal simbólico conductas tipificadas como delitos en los arts. 300 a 302 del proyecto de reformas al C.P. (fraudes al comercio y la industria) que no han merecido condena alguna en los últimos 50 años constituyen un verdadero oxímoron (La manutención textual de la figura del art. 301 del C.P. -autorización de actos indebidos- en el proyecto del C.P. elevado al Senado de la Nación en marzo de 2019 constituye un ejemplo paradigmático de lo expuesto precedentemente)

c) Propiciamos, inspirados en el maestro Zaldívar, y repitiendo planteos ya expuestos, la necesaria incorporación a la jurisdicción mercantil de infracciones societarias sacando de la esfera penal a conductas que dicho fuero nunca ha considerado como reales delitos. Ello obsta al Estado de Derecho.

d) A fin de salvar la inexistencia de puentes que unan dos disciplinas jurídicas estrechamente ligadas como son el Derecho Comercial y el Derecho Penal propiciamos se legisle sobre *infracciones societarias* en el anteproyecto de la L.S. (no así sobre delitos societarios)

e) Consideramos conveniente que:

e.1. La L.S. legisle específica y únicamente sobre *infracciones societarias*. Estimamos que los *delitos societarios*, deben ser incluidos en el C.P. como lo hace el proyecto de reformas en trámite en el Senado.

e.2. Consideramos que las infracciones societarias deben ser juzgadas por los jueces con jurisdicción en materia comercial.

e.3. Que las multas a aplicarse deberían ser fijadas en beneficio de la parte perjudicada. y en forma supletoria, sean destinadas a la Educación Pública (En este último supuesto a los fiscales encargados del cobro de la multa se les deberían regular los honorarios pertinentes a ser abonados por la sancionada)

e.4. En la reforma legislativa estimamos conveniente

e.4.1. Establecer un *marco general* que disponga un sistema de *responsabilidad solidaria* al pago de las multas por parte de:

- Los integrantes del órgano de administración y administradores de hecho que hubieran intervenido en el hecho punible.

- Los integrantes del órgano de fiscalización que omitiendo los deberes que les son propios hubieran posibilitado la comisión de la infracción.

- La propia sociedad en el supuesto que hubiera sido beneficiada con la infracción (dejando a salvo los derechos del socio perjudicado)

e.4.2. Incorporar diversos tipos de pena: Apercibimiento, Prohibición de participar en licitaciones públicas a cuyo fin se deberá tener en cuenta el objeto social, Prohibición de realizar publicidad., Multa, La obligación de publicar la sanción impuesta, Disolución.

e.4.3. *Tipificar adecuadamente las infracciones* - Además de las señaladas en el anteproyecto 2005 incluir como infracciones la no remisión de documentación contable y financiera al Registro Público de Comercio; la no individualización de la dirección de la sede en la documentación de la sociedad; la falta de inscripción de la transferencia de acciones; la adquisición de acciones por la sociedad en violación al actual art. 220 L.S.; la falta de convocatoria a Asamblea Ordinaria en término ;la falta de publicación de la convocatoria a Asamblea en los términos del art. 237 L.S.; la no suscripción en término del acta asamblearia ;el incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 118 y 124 L.S. respecto a las sociedades constituidas en el extranjero. I); la violación de los derechos de los socios (información, suscripción preferente, acrecer, etc.); la no reducción obli-

gatoria del capital; la no denuncia por parte de la sociedad que el ente pasa a ser de las reguladas por el art. 299 L.S., herederos menores art. 29 L.S., etc.



FUNDAMENTOS

1. Antecedentes

1.1. *A los 20 años de la vigencia de la L.S., en 1992* con el maestro Zaldívar, presentamos una ponencia en un Congreso de Derecho Societario realizado en la Ciudad de Buenos Aires en la que señalábamos la necesidad de completar la ley de sociedades con la incorporación de sanciones específicas para conductas societarias ilícitas.

Hicimos mención en esa oportunidad a:

- a) El pensamiento de los autores de la L.S.¹.
- b) La necesidad de establecer normas represivas específicas para los ilícitos societarios, distinguiendo entre infracciones y delitos².

¹ “En la fase final de preparación del Anteproyecto que fue luego Ley N° 19.550 -... 1.970 y 1.971- su Comisión Redactora consideró necesaria la inclusión en el texto, cuidadosa y largamente elaborado, de una normativa específica que reprimiera las conductas a que nos referimos, considerando que la aplicación en sede penal de los Arts. 172, 173, inc. 7°, 300 y 301 del C.P. dejaban instalada una sensación de manifiesta inmunidad.

“A la sazón, el Ministerio de Justicia, considerando que la cuestión tenía connotaciones de política-económica resolvió como paso previo, hacer una consulta al respecto al Ministerio de Hacienda.

“Pero la opinión del correspondiente Ministerio fue absolutamente negativa: la inclusión de normas represivas ad-hoc en la Ley de Sociedades Comerciales que se proyectaba -dictaminó- podía producir un impacto adverso en el desarrollo de las empresas y en la inversión de capitales en la industria y en el comercio locales.

Como el Ministerio de Justicia aceptó este criterio, resultó imposible incluir en el Anteproyecto norma alguna sobre el tema”.

² Textualmente decíamos en 1992:

“... A veinte años de la sanción de la Ley 19.550, se ha convertido en necesidad imperiosa complementarla con un cuerpo legal represivo de” las violaciones de ilícitos societarios.

“... El incremento de las infracciones y delitos cometidos por medio de las sociedades mercantiles, en su mismo ámbito y en las actividades empresariales en general, han llevado a los legisladores de los estados más avanzados jurídica y económicamente, a promulgar en las últimas décadas, legislaciones específicas tendientes a su tipificación y represión.

1.2. **Volvimos a insistir en el 2005** al referirnos al capítulo de infracciones y delitos societarios incluido en el anteproyecto de ese año

En esa oportunidad ya habíamos dicho que considerábamos que no convenía mezclar infracciones y delitos en la L.S.

2. Anteproyecto de la L.S. Proyecto de reformas al C.P.³

“En este sentido citamos,..., los casos de Italia y Francia por ser sus normativas societarias fuentes directas de la nuestra, sin olvidar las correspondientes a Alemania y algunos estados anglosajones, ni la muy reciente de Portugal”.

³ Proyecto de Código Penal. en tratamiento en el Senado desde marzo de 2019:

Artículo 300.- *Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años:*

1º) Al que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado. 2º) 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. 3º) Al que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios; destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital. 4º) Al director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio.

En el caso del inciso 4º, si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena de prisión se elevará a TRES (3) años, siempre que el hecho no importare un delito más severamente penado.

En el caso del inciso 2º, si los hechos hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 256, inciso 2º, 257 inciso 2º y 258, se impondrá pena de prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años.

En todos los casos previstos en este apartado se impondrá conjuntamente multa de DOS (2) a CINCO (5) veces del monto o valor falseado en los documentos y actos a los que se refieren los incisos anteriores.

2. Se aplicará de DOCE (12) a SETENTA y DOS (72) días-multa, al que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

Artículo 301.- *Se impondrá prisión de TRES (3) a SEIS (6) años y multa de DOS (2) a CINCO (5) veces del monto o valor del beneficio obtenido, al que explotare, administrare, operare o de cualquier manera organizare, por sí o a través de terceros, cualquier*

En el 2019 nos encontramos con el magnífico anteproyecto de reformas a la L.S. y el proyecto de nuevo Código Penal presentado por el PEN en el Senado en marzo del corriente año

En ambos, me consta, se ha trabajado mucho y muy seriamente

2.1. En la **exposición de motivos del anteproyecto de la L.S.** se señala: *“Desde la sanción misma de la ley 19.550 en 1972 ha sido generalizado el reclamo, compartido por los propios autores de esa ley, de normas que instauren un régimen de delitos e infracciones societarias, con sanciones específicas. El Proyecto de 2005 contiene un Capítulo IV, intitulado “De las Infracciones” que constituye un intento de satisfacer ese reclamo. Esta Comisión comparte la necesidad de un régimen de este tipo, que complementa el principio de libertad con responsabilidad. Empero, en razón de la especificidad de la materia penal que exige la contribución de especialistas en esa área, se abstuvo de elevar un proyecto a este respecto. Por tales razones, la Comisión sugiere al Honorable Senado de la Nación, encarar la redacción de las normas pertinentes.”*

2.2. El **proyecto del C.P.** elaborado por una comisión encabezada por el Dr. Borinski incorpora luego de una muy intensa labor y reuniones con distintos referentes (desconozco si lo han hecho con especialistas en Derecho Comercial) las disposiciones penales ubicadas en leyes específicas en un sólo cuerpo legal. Elevan por esta razón en más de 200 los artículos actuales del C.P.

modalidad o sistema de - captación de juegos de azar sin contar con la autorización pertinente emanada de la autoridad jurisdiccional competente.

Artículo 302.- *Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a CUATRO (4) años o multa de DOS (2) a CINCO (5) veces del monto o valor del beneficio obtenido y, en ambos casos, inhabilitación especial por CUATRO (4) años para el ejercicio de la industria o el comercio, al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa o persona jurídica privada de cualquier clase que, por sí o por persona interpuesta, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio, requiriere, aceptare o recibiere dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activos, un beneficio o ventaja indebida, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecerlo en la adquisición o venta de mercaderías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.*

La misma pena se impondrá a quien, por sí o por persona interpuesta, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio, ofreciere o concediere a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa o persona jurídica privada de cualquier clase, dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activos, un beneficio o ventaja indebida, para ellos o para terceros, como contraprestación para ser favorecido, él o un tercero, en la adquisición o venta de mercaderías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

El proyecto reacomoda, pero no innova en las conductas identificadas como delitos societarios, salvo en lo que hace a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El mismo nada dice respecto a las infracciones societarias

3. Infracciones y delitos. Diferencias

Sintéticamente podemos diferenciar las infracciones de los delitos en que:

- a) Protegen bienes jurídicos distintos.
- b) La sanción en las infracciones nunca es privativa de la libertad. Se trata de sanciones de menor fuste.
- c) Las infracciones consisten habitualmente en el incumplimiento de normas administrativas. No sucede lo propio con los delitos.
- d) Es usual que, a diferencia de lo que sucede generalmente en los delitos, en las infracciones las conductas punibles sean de tipo formal y con tipos abiertos
- e) Es usual que las infracciones, a diferencia de los delitos, establezcan responsabilidades objetivas pese a lo cuestionable de tal hecho (art. 18 C.N.).
- f) Es usual que las infracciones establezcan una inversión de la carga de la prueba, lo que salvo excepciones, no sucede en el caso de delitos.
- g) Las sanciones que establecen las infracciones suelen ser aplicadas por tribunales administrativos, sujetas al contralor judicial.
- h) El régimen de *participación* en las infracciones es distinto al del Derecho Penal.
- i) No resulta aplicable el principio del *non bis in idem*, pues no se trata de una nueva sanción por un hecho ya juzgado.

4. El derecho como sistema armónico. Estructuras de pensamiento de los “comercialista” y de los “penalistas” que no logran desandar el mismo camino

Consideramos que legislar en el anteproyecto como se propone en el sumario sobre infracciones societarias posibilitará eliminar figuras *in factus*, inexistentes en el Código Penal.

Nadie puede juzgar conductas que no entiende ni sabe para qué se sancionaron (valga citar casos en los que un juez del fuero penal económico ordenó librar un oficio al Consejo Profesional de Ciencias Económicas para preguntar si una SA podía no tener síndico o aquel juez de instrucción, luego ascendido a camarista que consideraba -y así lo puso por escrito- que el órgano de representación de una S.A. es la Asamblea de Accionistas).

Aferrarse a estructuras de pensamiento, pereza mental o desconocimientos manifiestos obstan a la aplicación de tipos penales que han permanecido en el limbo durante décadas.

La incorporación de tipos infracciones dentro de la estructura de la L.S. dará a la misma un elemento faltante ante la existencia de normas que indican obligaciones *–deber ser–* sin las sanciones pertinentes en caso de no cumplimiento.

Consideramos que dichas infracciones deben ser juzgadas por los jueces comerciales (no por los jueces penales) y que la aplicación de las multas sea solidaria y dispuesta en beneficio de los damnificados (me remito *brevitatis causae* a lo expuesto en el sumario).

Reiteramos que no resulta conveniente que la L.S. legisle sobre delitos societarios, máxime ante el proyecto de nuevo código penal en el Senado que justamente ha tratado de evitar la inclusión de delitos en normas no incluidas en el C.P.

En síntesis:

La tipificación de conductas como delitos sin que tengan aplicación efectiva nos llevan a crear figuras propias del *derecho penal simbólico* que muy poco bien le hacen a la credibilidad del Poder Judicial.

Sólo si los que han de aplicar la ley conocen lo que es una sociedad comercial, cuál es su rol, cuáles son sus órganos, cuáles son sus deberes y responsabilidades, podrán sancionar al que realiza conforme reza el art. 301 del C.P. “*actos contrarios a la ley o los estatutos...*”.

Consideramos imprescindible crear una comisión integrada por especialistas de Derecho Comercial y de Derecho Penal y jueces que tendrían a su cargo la aplicación de las normas a dictar a fin de incorporar un capítulo referido a infracciones societarias en el anteproyecto de la L.S., armonizando el mismo con el proyecto de Código Penal en tratamiento en el Senado.