

## **BREVES REFLEXIONES SOBRE LA AUSENCIA DE LEGISLACIÓN ESPECIFICA EN MATERIA DE ILÍCITOS SOCIETARIOS**

PABLO D. FRICK

### **SÍNTESIS**

“La configuración legal de los ilícitos societarios debe asegurar que los riesgos de socios y terceros no sobrepasen el límite tolerable socialmente. Debe integrarse armónicamente un sistema represivo eficaz y persuasivo al derecho societario considerando exhaustivamente la experiencia del derecho comparado e incluyendo orgánicamente normas represivas de infracciones y delitos esencialmente corporativos. Es necesario sistematizar -y crear, en la medida de lo necesario- normas cuya acción típica esté condicionada por una calificación especial en los sujetos activos que ocupan una particular posición jurídica en el gobierno, la administración y la fiscalización de las personas colectivas, cuyo objeto jurídico plural comprende la protección del potencial económico de la empresa, de la masa de accionistas, del público en general e inclusive del orden socioeconómico”.

## I. INTROITO

El derecho societario es esencialmente dispositivo; constituye un segmento legislativo de gran movilidad en el mundo globalizado y constantemente exige una revisión de ideas, objetivos, valoraciones y métodos. Los medios y fines precisados por la empresa capitalista requieren un sistema jurídico que facilite su actuación y conceda lo imprescindible para el normal funcionamiento de las organizaciones económicas de capital, esto es, dirección y seguridad jurídica en la planificación de directrices económicas<sup>1</sup>.

La creciente participación de la empresa en el sistema económico moderno mediante diversas figuras societarias ofrecidas por el derecho mercantil la convierte en un auténtico agente económico<sup>2</sup> y, en tal contexto la responsabilidad de sus administradores debe ser regulada idóneamente, sancionando con fines reparadores y preventivos los ilícitos cometidos en su actividad profesional<sup>3</sup>. Y si bien las pautas a las que dichos *managers* deben ajustar su conducta derivan de muy diversas fuentes -lo que dificulta su sistematización- ellos deben comprometerse con las actividades concretas que desarrollan -como 'buenos hombres de negocios'<sup>4</sup>- pues están sometidos a crecientes exigencias por parte de la sociedad en razón del poder que detentan<sup>5</sup>.

## II. LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL

Las formas de vinculación de la estructura societaria con el fe-

<sup>1</sup> Garreta Such, J., "La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades", 4ta. edición, ed. Marcial Pons, Madrid, España, 1997, p. 30.

<sup>2</sup> La protagonista central de la economía moderna es la sociedad mercantil, especialmente la S.A. (Garreta Such, ob. cit., p. 28) que pervive ampliando su ámbito de actuación ininterrumpidamente (su utilización se extiende constantemente, siendo empleada incluso por el Estado para alcanzar sus fines sociales -vgr. empresas públicas y sociedades de economía mixta).

<sup>3</sup> Los ilícitos societarios se caracterizan por la violación a deberes (infracciones) o abusos de poderes (delitos) realizados por quienes gestionan y administran la empresa mercantil.

<sup>4</sup> El art. 59:19550 fue introducido por sugerencia del penalista Prof. Dr. Sebastián Soler, aunque no fue útil para guiar a los jueces penales en la sanción a los administradores deshonestos (Zaldivar, C. - Negri, C., "Infracciones a la legislación societaria...", V Congreso de Dcho. Societario, Cba., 1992, p. 499 y ss). En análoga tesitura, la ley societaria española alude a los estándares del 'ordenado empresario' (refiriendo a las pautas de profesionalidad aplicables a los actos de gestión -'deber de diligencia'-) y del "representante leal" (por la exigencia de anteponer los intereses de los accionistas -'deber de lealtad'-) -arts. 127, LSA y 61.1 LSRL-

<sup>5</sup> Frick, P., "Apuntes sobre la necesidad de regular la responsabilidad penal de los administradores societarios", <http://www.ElDial.com>, Albrematica, 2/8/2004.

nómeno delictivo se clasifican en dos grupos de casos<sup>6</sup>: a) aquellos en los que la creación del ente ideal se realiza 'ex profeso' para el desarrollo de una actividad ilícita (v.gr. corporación constituida para la obtención de utilidades ficticias); y, b) aquellos en que la actividad y el objeto son lícitos, pero la persona jurídica se transforma en escenario de delitos, infracciones o contravenciones<sup>7</sup>.

Bajo el rótulo de 'delitos societarios' se engloban figuras de muy diverso alcance que afectan a bienes jurídicos de distinta naturaleza, cometidos dentro de o contra la sociedad y, que pueden afectar a patrimonios individuales o intereses más generales conectados al funcionamiento del orden socioeconómico<sup>8</sup>. Entre ellos encontramos: 1) 'delitos contra los socios' (que se individualizan por ser atentatorios de sus derechos); 2) 'contra la sociedad' (que se manifiestan al infringirse deberes legales de los administradores respecto del ente que dirigen); 3) 'contra los acreedores' (que se materializan al afectarse el patrimonio social de la empresa como prenda común de los acreedores; y, 4) 'contra terceros' (que tutelan a personas que, careciendo de vinculación jurídica con la sociedad, pueden ser afectados por su conducta irregular)<sup>9</sup>.

### III. LA CARENCIA DE REGULACIÓN ESPECIAL SOBRE ILÍCITOS SOCIETARIOS

A diferencia de algunas legislaciones extranjeras, nuestra nor-

<sup>6</sup> Schönemann, B., "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa", Anuario de Dcho. Penal y Cs. Penales, 1988-II, Madrid, España, p. 531 y ss.

<sup>7</sup> En este caso surgen dificultades procesales y sustantivas para imputar la acción disvaliosa a un agente determinado. Por ello se elaboraron diferentes modelos de responsabilidad, sancionando directamente al ente ideal con independencia de la culpabilidad del autor, cuyas acciones constituyen el verdadero sustrato naturalístico de las formas delictivas. El examen de las modernas orientaciones político-criminales en la materia permite sistematizar los modelos elaborados de la siguiente manera: a) construcción de un doble sistema que permita, por un lado, el castigo de las personas físicas -directores, gerentes, etc.- que intervinieron en el hecho delictivo (a través de la teoría jurídica del delito tradicional) y, por otro, la imposición de penas para la corporación; b) aplicación a la persona jurídica de sanciones de tipo penal-administrativas; y, c) imposición de medidas de seguridad al ente ideal.

<sup>8</sup> G. de Enterría, J., cit. por Romera, O. - Ilharrescondo, J., "Los delitos societarios en el nuevo Código Penal español: una visión general del tema y su comparación con el Código Penal argentino", publ. en [www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/delsoc.htm](http://www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/delsoc.htm)

<sup>9</sup> G. de Enterría, "Los delitos societarios. Un enfoque mercantil", ed. Civitas, Madrid, España, 1996, p. 33.

mativa carece de una regulación especial sobre las conductas ilícitas del ámbito societario y, aunque ello puede no ser un defecto de sistematización, denota la escasa trascendencia que se les asignó<sup>10</sup>. Si bien nuestro Código Penal tipifica los delitos con incidencia económica en un articulado disperso e insuficiente<sup>11</sup>; no abordaré pormenorizadamente las figuras existentes en él ni en las leyes especiales<sup>12</sup> por mas que puedan atribuir responsabilidad penal a los directivos de entidades financieras o sociedades comerciales, ya que estimo de poca utilidad diseccionar la normativa actual. Tampoco analizaré casos aislados asignándoles el rótulo de derecho penal societario, pues ello implicaría merituar imprecisamente un conjunto de tipos penales difícilmente diferenciables de los delitos contra la propiedad. Sí señalaré que las figuras represivas de delitos con incidencia económica que contiene nuestro CPenal (v.gr. cap. sobre “Quebrados y otros deudores punibles” y “...fraudes al comercio y a la industria”) son insuficientes por su escasa especificidad respecto de los delitos estrictamente societarios<sup>13</sup>; vgr. a través de los arts. 300 y 301 se tutela la ‘fe pública’ que se ve atacada por los fraudes al comercio y la industria a través de delitos como el ‘agiotaje’ o ‘especulación’ (art. 300, inc. 1), el ofrecimiento fraudulento de efectos (art. 300 inc. 2), la publicación o autorización de un inventario, un balance u otros informes falsos (art. 300 inc. 3)<sup>14</sup> y las autorizaciones indebidas<sup>15</sup> (art. 301).

<sup>10</sup> Heredia, F., “Ilícitos societarios”, RDCO, año 30, ed. Depalma, Bs. As., 1997, p. 113 y ss.

<sup>11</sup> V. Zaldivar, E. - Negri, C., “Infracciones...”, p. 499; Otaegui, J., “Anomalías societarias”, ed. Ábaco, Bs. As., 1979, p. 203 y ss.; Bergel, S., “Necesidad de legislar los delitos societarios”, Dcho. Societario y de la Empresa, V Congreso de Dcho. Societario, Cba., 1992, p. 523; Romero - Ilharrescondo, ob. cit.

<sup>12</sup> V.gr. leyes 22.262 y 25.156; Código Aduanero; ley 22.802; ley 20.680; Régimen Penal Cambiario, etc.

<sup>13</sup> Inclusive en España, donde desde 1995 se cuenta con una gama de delitos societarios expresamente tipificados, repetidamente se ha denunciado la insuficiencia de las tipologías delictivas tradicionales frente a la delincuencia societaria (T. Basoco, J., “Delitos societarios. El Dcho. Penal en las Sociedades Mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE”, ed. Akal/Iure, Madrid, España, 1987, p. 39 y sus citas).

<sup>14</sup> El sujeto activo del delito en los incs. 2 y 3 es el fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una S.A. o cooperativa o de otra persona colectiva; el sujeto pasivo es la asamblea o reunión de socios.

<sup>15</sup> La primera parte del art. 301 sanciona la conducta de quien presta concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o estatutos de una S.A., cooperativa o de otra persona jurídica. El sujeto activo es el director, gerente, administrador o liquidador que actúa dolosamente. Actualmente es un ‘delito de peligro’; en la versión de la ley 11179 (CPenal de 1921) vigente hasta 1968 (derogación mediante ley 17576) era ‘de resultado’, pues se requería que la perso-

Los elementos específicos de cada ilícito deben definirse nítidamente, tal como fue propuesto por los redactores de las leyes 19550<sup>16</sup> y 22903<sup>17</sup>, por la disidencia parcial en el proyecto de reforma a la ley de sociedades de 1993<sup>18</sup> y por la Comisión que elaboró el Anteproyecto de modificación a la Ley 19.550 de 2003<sup>19</sup>.

La experiencia nacional y foránea demostró la insuficiencia de los remedios penales clásicos en este ámbito, pues la realidad criminológica poco tiene que ver con la estrictamente mercantil<sup>20</sup>. A diferencia de delitos clásicos como el hurto o el robo, el ilícito se diluye, las apariencias externas de licitud debilitan la conciencia de rechazo y las dificultades se acentúan por los obstáculos con que tropieza su persecución penal<sup>21</sup>, pues normalmente tienen como sustrato un conglomerado sutil y laberíntico de relaciones económicas que a veces son producto de la dinámica social y otras constituyen una cobertura construida para disimular las relaciones auténticas, a cuyo fin suele

---

na jurídica o asociación quedare imposibilitada de satisfacer sus compromisos o en la necesidad de ser disuelta.

El 'Plan estratégico de justicia y seguridad' impulsado por el PEN en 2004 incluye como sujeto al 'sindico' y eleva el mínimo de la escala penal a 1 año (antes era de 6 meses) y el máximo a 6 años (antes eran 2 años).

<sup>16</sup> Halperin sostenía que "El decreto-ley 19550 exige la complementación, de un régimen repressivo de las faltas y delitos societarios, porque las escasas normas del Código Penal (...) dejan en la impunidad la conducta delictiva de los administradores y 'controlantes' de sociedades". "Nada se hizo (...) para satisfacer esta necesidad, no obstante que es conciencia general que los delitos económicos alcanzan (...) la máxima peligrosidad social" (prólogo a "Sociedades anónimas", ed. Depalma, Bs. As., 1974). Su premonición era exacta (Piaggi, A., "Estudios sobre la sociedad unipersonal", ed. Depalma, Bs. As., 1997, pp. 220/221).

<sup>17</sup> Su Exposición de Motivos dice "...cuadra apuntar la necesidad de la reforma del régimen penal vinculado con las sociedades, conforme ya lo reclamara la comisión redactora de la ley 19.550".

<sup>18</sup> En aquella oportunidad la corredera Dra. Ana Piaggi juzgó gravitante la incorporación de un régimen de responsabilidad por infracciones societarias; citó en su apoyo la Exposición de Motivos de la ley 19550 que decía "el régimen de la responsabilidad civil -que es menester completar, con normas represivas- constituye uno de los factores más importantes para asegurar una administración leal y prudente".

<sup>19</sup> Su Exposición de Motivos expresa: "el anteproyecto no innova en la estructura y metodología a la que se ciñe la normativa vigente. Queda a salvo el destino que (...) se asigne a una materia que carece de todo vestigio en la ley N° 19.550, la relativa al régimen sancionatorio de las infracciones y delitos societarios". Este régimen se incluyó en un Anexo y los redactores enfatizaron que "los 20 años que han transcurrido desde la reforma operada con la Ley N° 22.903, han producido cambios que no pueden ser ignorados...".

<sup>20</sup> Muñoz Conde, F., "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", en "Revue Internationale de Droit Penal", 1978, p. 227.

<sup>21</sup> La represión de estos delitos requiere una óptima preparación en jueces y fuerzas de seguridad sobre el complejo entramado económico en que se desenvuelven estas conductas, generalmente insertas en un marco de negocios multilaterales conexos.

surgir una gruesa capa de personas jurídicas, incluso con dimensión transnacional.

Lucidamente el último Anteproyecto de Reforma de la Ley 19550 la Comisión introdujo un Anexo sobre delitos e infracciones societarias, distinguiendo los delitos societarios propiamente dichos (v.gr. balance falso, art. 1; distribución de utilidades ficticias o de reservas legales, art. 4) de las infracciones derivadas del incumplimiento de deberes legalmente impuestos (v.gr. arts. 67, 118, 124, 220, 234, 237, Ley 19.550)<sup>22</sup>.

El obligado o responsable de un ámbito de organización, por estar legitimado a configurar el delito excluyendo a otras personas, debe preocuparse de no producir efectos externos dañinos a través de aquel<sup>23</sup>. Sentado ello, la preexistencia de un deber jurídico extrapenal es el presupuesto mínimo de la equivalencia entre la omisión de impedir un resultado y su causación activa; no es posible admitir una responsabilidad penal por encima de los límites fijados en las normas extrapenales<sup>24</sup>.

En cuanto a los criterios de imputación para responder por el hecho propio, la estructura de la 'comisión por omisión'<sup>25</sup> es un medio apto para superar las dificultades que ofrece la escisión entre acción y responsabilidad en el ámbito de la criminalidad de los entes colecti-

<sup>22</sup> Sin embargo, debe destacarse que los arts. 1, 5, 9, 12 y 13 del Anteproyecto refieren no sólo a los ilícitos cometidos por directores sino también a los realizados por liquidadores, socios, administradores de hecho o de derecho, contadores certificantes y auditores, síndicos e integrantes del Consejo de Vigilancia y de la Comisión de Auditoría.

<sup>23</sup> Tres hipótesis pueden presentarse con relación a la autoría cuando el órgano de una corporación realiza una conducta delictiva: 1) convergiendo una pluralidad de sujetos, cada integrante realiza por sí mismo la acción típica o participa en ella ('autoría concomitante o paralela'); 2) un conjunto de personas comete el delito y cada sujeto realiza una parte de la conducta típica, pero no en su totalidad ('coautoría funcional') donde convergen la decisión en común - aspecto subjetivo- y la realización mancomunada por división de trabajo -aspecto objetivo-; y, 3) cada tramo de la acción ejecutada es individualmente atípico, pero el comportamiento es delictivo ('autoría pluriobjetiva'). De los tres supuestos, el segundo (de 'autoría funcional') es el más frecuente (Baigún - Bergel, cit. por López Mesa - Cesano, ob. cit., p. 295).

<sup>24</sup> Bacigalupo, ob. cit., p. 124.

<sup>25</sup> El CPenal español, por ejemplo, establece que "*Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*" (art. 10); a su vez, "*Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*" (art. 11).

vos<sup>26</sup>. Aquí el límite para la imputación penal será el límite del ámbito dentro del cual es posible prever y evitar con éxito una acción, por lo menos, intentar oponerse a la ejecución de ella con signos de seriedad<sup>27</sup>. Obviamente los tipos penales exigirán una precisa definición de los presupuestos del delito frente a los que surja la posición de garante<sup>28</sup>.

#### IV. LA INVESTIGACIÓN Y EL JUZGAMIENTO DEL ILÍCITO CORPORATIVO

El proceso penal frecuentemente es inadecuado para la detección y persecución de estos ilícitos, que se aprovechan de las endeble estructuras legislativas y judiciales; los tribunales a veces no entienden de economía y el proceso penal tradicional no siempre es adecuado para juicios cuyo centro de gravedad yace en la esfera mercantil<sup>29</sup>. Por ello es inconveniente propiciar la aplicación de la legislación sobre delitos e infracciones societarias exclusivamente por parte del fuero penal<sup>30</sup> por la sencilla razón que el área mercantil-empresaria frecuentemente le es extraña. El juez de comercio está mejor capacitado para ponderar técnicamente la naturaleza, alcance y proyección de esas conductas<sup>31</sup> y es él quien debería calificar y sancionar los ilícitos, pues el régimen infraccional indudablemente será mas efectivo si se lo fija definitivamente en la orbita mercantil; ello por supuesto dejando a salvo que los delitos propiamente dichos serán juzgados en sede penal sin perjuicio de que una misma conducta acumule mas de una sanción en fueros diferentes -claro está- sin que se altere la garantía del *non bis in idem* considerando la distinta naturaleza de las sanciones y los fines que persiguen. Por otra parte, la integración de los delitos e infraccio-

<sup>26</sup> Bacigalupo, ob. cit., p. 122.

<sup>27</sup> Spolansky, N., "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el régimen penal cambiario", LL, 1978-D, p. 231 y ss.

<sup>28</sup> Sáenz, R., "Algunas cuestiones relativas a los delitos de omisión", "Doctrina Penal", año 12, 1989, ps. 304/305, cit. por López Mesa - Cesano, ob. cit., p. 299.

<sup>29</sup> Middendorf, W., "Sociología del delito", cit. por Kent, J. - Figueroa, F., "Los grupos...".

<sup>30</sup> No debe entenderse que la inclusión de una norma comercial en la legislación civil, o una penal en el código de comercio -del cual forma parte la ley de sociedades- quebranta el orden constitucional. Es previsible que la exacerbada tendencia a las especializaciones estimule el enclaustramiento en cotos jurídicos cada vez más restringidos (Anaya, L., ED, 7/4/1992).

<sup>31</sup> V. Piaggi, A., "Estudios...", pág. 222; Zaldivar - Negri, "Infracciones...", pág. 506 y ss.

nes a los que venimos refiriendo dentro de la ley societaria responde mejor a este objetivo que la inclusión de preceptos societarios a los textos penales<sup>32</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La configuración legal de los ilícitos societarios debe asegurar que los riesgos de socios y terceros no sobrepasen el límite tolerable socialmente. Debe integrarse armónicamente un sistema represivo eficaz y persuasivo al derecho societario considerando exhaustivamente la experiencia del derecho comparado e incluyendo orgánicamente normas represivas de infracciones y delitos esencialmente corporativos (corresponsabilizando a directores, gerentes y demás involucrados en las conductas incriminadas, estableciendo figuras dolosas y culposas -incluyendo las de comisión por omisión-, evitando el casuismo en la redacción de los tipos, imponiendo sanciones conjunta o alternativamente -v.gr. multas, inhabilitaciones o prisión-, sancionando solidariamente a la sociedad y sus administradores cuando correspondiere, estableciendo la aplicación de las penas en jurisdicción comercial cuando correspondiere e incorporando delitos de peligro abstracto tutelando el orden económico nacional, sin requerir la causación efectiva de perjuicios).

Como sostuve *ab initio*, es necesario sistematizar -y crear, en la medida de lo necesario- normas cuya acción típica esté condicionada por una calificación especial en los sujetos activos que ocupan una particular posición jurídica en el gobierno, la administración y la fiscalización de las personas colectivas, cuyo objeto jurídico plural comprende la protección del potencial económico de la empresa, de la masa de accionistas, del público en general e inclusive del orden socioeconómico.

---

<sup>32</sup> En Alemania, Francia e Italia, la criminalización de estos ilícitos no está contenida en el Código Penal sino en las leyes societarias. En España, si bien están comprendidos en el CPenal, éste contiene un capítulo específico destinado a los 'delitos societarios'. Por su parte, ya en 1882 la Comisión del Código de Comercio italiano señalaba que "*la sanción es tanto mas eficaz cuando está mas cerca del hecho punible y no siempre las leyes penales generales pueden penetrar con sus disposiciones en las mas ocultas sinuosidades de la vida mercantil, dictando las sanciones adecuadas. A males generales, pues, sanciones especiales*".