

SOBRE LA NECESIDAD DE UN REGIMEN PENAL SUFICIENTE NUEVOS ELEMENTOS PARA LA INTERPRETACION DEL ART. 173 INC. 7 DEL CODIGO PENAL

Marcelo A. Saleme Murad

Carlos H. Gigena Sasia

1. Se impone la necesidad de un régimen penal societario; tal como lo demuestra la realidad argentina y los antecedentes legislativos del derecho comparado;

2. Más allá de su ubicación en el marco legislativo, la elaboración de dichas normas es una tarea multidisciplinaria;

3. La consideración de la función económica de la empresa y su impacto en el orden económico general es fundamental al momento de considerar el Bien Jurídico Tutelado por las normas represivas de ilícitos societarios;

4. Proponen los autores la nueva interpretación del art. 173 inc. 7 del Código Penal - interpretación que ya ha tenido acogida jurisprudencial- a los fines de sancionar eficazmente los ilícitos de Administración Fraudulenta.

5. Se enuncian algunos deberes de los Administradores de Sociedades Comerciales.

UN REGIMEN PENAL SOCIETARIO: NECESIDAD DEL MISMO

Al decir del eminente jurista argentino, Dr. Aldo Armando Cocca, *"las ciencias sociales son cada día mas complejas y sus problemas de solución más difícil que los propios de las ciencias naturales y la tecnología"*.

Piensa que *"lejos de una separación, si se analiza la realidad objetivamente, puede pensarse en una aproximación entre literatura y ciencia"*.

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

Si esto es así, más aún es factible compatibilizar Derecho y Economía.

Albert Einstein afirmó bien que *"la preocupación del hombre de nuestra época es no quedar fuera del circuito económico"*.

La repercusión que los delitos societarios tienen en la Economía en general, mas allá de los perjuicios que en forma específica e individual puedan ocasionar, exigen al Poder Legislativo su análisis y la sanción de las leyes pertinentes que los encuadren y penalicen adecuadamente.

El tema es complejo. En Argentina, la doctrina no los ha estudiado suficientemente.

Conforma una *zona gris*. Tal la expresión de tratadistas y comunicadores sociales, queriendo significar con ello que es un tema y una problemática que, en palabras de Ignacio Winizky *"a veces son tierra de nadie y a veces tierra de todos, pero que siempre es la mas difícil de dominar y aquella que provoca mayores conflictos"*.

La Justicia, en su excelsa función, no cuenta en la actualidad con instrumentos legales idóneos que le permitan sancionar debidamente las violaciones que se cometen a través de las sociedades, desnaturalizándolas de su verdadera función.

Sabido es que, desde el punto de vista económico, la Sociedad es una verdadera herramienta del desarrollo y de allí algo que merezca especial protección y resguardo.

La amplitud de los intereses afectados y su diferente naturaleza, requieren de una participación interdisciplinaria.

Los redactores de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550, expresaron en su Exposición de Motivos, la necesidad de sancionar normas especiales para los delitos societarios.

Uno de sus autores, el Dr. Isaac Halperin, en prólogo a sus *"Sociedades Anónimas - Examen crítico del Decreto Ley 19.550"*, sostiene la existencia de ciertas conductas que no son reprochadas por el Derecho Penal Argentino. Afirma que la Ley de Sociedades exige de un régimen represivo de faltas y delitos societarios, porque las escasas normas del Código Penal dejan en la impunidad conductas delictivas de los administradores y controlantes de sociedades.

Continúa Halperin: *"Nada se hizo hasta ahora para satisfacer esta necesidad, no obstante que es conciencia general que los delitos económicos alcanzan en la sociedad contemporánea la máxima peligrosidad social"*.

Concluye: *"No pocos de nuestros empresarios y de sus asesores económicos y jurídicos no se han convencido aún de que ha pasado la época de los "barones salteadores" a que se refirió el Justice Douglas"*.

Valiosos antecedentes provee el Derecho Comparado. La ley alemana de sociedades por acciones de 1965 incluye normas penales societarias. En Francia,

la ley de Sociedades Comerciales de 1966 contiene un título sobre disposiciones penales.

Si bien será un tema a dilucidar, la ubicación de las normas penales societarias, es del caso mencionar que la legislación francesa incluyó las normas penales dentro del marco del Derecho Societario. Así lo hizo en su ley de sociedades Anónimas de 1867. Estas normas fueron ampliadas por la legislación a partir de la década del '30.

La ley francesa de Sociedades de 1966 considera en el Título II todo lo referente a las infracciones realizadas por intermedio de las sociedades comerciales. En el capítulo I, las referentes a las sociedades de responsabilidad limitada; en el II, a las sociedades por acciones; en el III, las relativas a los valores mobiliarios emitidos por las sociedades por acciones. En el IV, a las infracciones comunes a diversas formas de sociedades comerciales.

La ley alemana de sociedades por acciones de 1965 destina a las normas penales el libro V, parte III.

La Exposición de Motivos de la ley 17.567, que introdujo modificaciones al Código Penal respecto al inc. 3 del art. 300 dice: "que en esta parte no efectuamos una reforma de mayor alcance porque ello depende, en gran medida, del régimen de las sociedades, cuya modificación se estudia".

Joseph Hamel, en su clásico *Derecho Penal Especial de las Sociedades Anónimas* explicó que "es imposible comprender la definición de robo sin antes asimilar plenamente la definición civilista de posesión... Igual cosa sucede con los delitos especiales de los administradores de sociedades Anónimas, que sólo puede comprendérselos a partir de un conocimiento y determinación precisa del alcance que tienen las normas cuya inobservancia se castiga".

Agrega: "Cómo explicar en términos exactos el delito de distribución de dividendos ficticios y el abuso de los bienes o el crédito social, sin conocer a ciencia cierta la teoría del balance; o sin claras nociones sobre los derechos y obligaciones del administrador sobre los bienes sociales".

El derecho societario y el orden económico general requieren de un adecuado resguardo penal.

Así lo tiene el cheque (art. 302 y 175 inc. 5to. C.P.); el contrato de seguro (art. 174 inc. 1 del C.P.); el contrato de prenda con registro (arts. 45 y 46 del dec. Ley 15348/46 y 155 inc. 3 del C.P.).

A diario los medios de comunicación social son receptores de los delitos cometidos por las entidades financieras y los grupos de empresas.

En la coyuntura por ejemplo, conocemos las famosas listas de deudores del Banco Central, la mayoría de ellos generados en actividades fraudulentas.

En suma, es clara la necesidad de contar con un plexo normativo penal que,

sistemáticamente recepte, ya sea como delito o como conducta punible, desde la mas burda hasta la mas compleja y calificada actividad delictiva realizada por el uso torcido de ese magnífico instrumento que es la sociedad.

La falta de resguardo penal crea el campo propicio para la delincuencia económica.

El gran maestro italiano Alfredo Rocco enseña que las irregularidades y abusos que se cometen en el ámbito de las sociedades comerciales no solamente lesionan intereses privados, sino que son causa de perjuicios inmensos para un vasto sector ciudadano, y pueden perturbar profundamente el orden económico del país.

El tema plantea la determinación de cuál es el bien jurídico tutelado, a lo cual respondemos sin dudar: el Orden Económico General.

Frente a este tipo de delitos generalmente se admite que comprenden hechos que lesionan o ponen en peligro la Economía general o colectiva de la nación; Economía que comprende tanto la suma de la riqueza existente en el país, como la que se halla en formación.

La doctrina italiana, es conteste en considerar que la característica de los delitos contra la Economía pública es la ofensa a los intereses patrimoniales de un amplio e indeterminado número de personas. Entiende por Economía pública o colectiva, no solo a la totalidad de los bienes patrimoniales existentes en la nación; bienes que no pertenecen a la nación como tal sino a los particulares o a entidades privadas o públicas, comprendiendo al Estado entre estas últimas. La riqueza de la nación es el conjunto de estos bienes.

Protegiendo la riqueza colectiva existente o en formación, el Estado protege los intereses patrimoniales de los individuos y de las entidades a los cuales pertenecen los bienes que la constituyen.

Es obvio que todo hecho que perjudica los intereses patrimoniales de los individuos perjudica, también, la riqueza de la Nación.

Es infundado suponer contradicción entre los intereses patrimoniales de los individuos y los intereses económicos de la nación. Los últimos reciben perjuicios a través de la ofensa a los primeros: la ofensa a los intereses privados es presupuesto de la defensa al interés general.

Deben ser tutelados tanto los intereses de la Sociedad Comercial, de sus socios y de los terceros.

Los delitos societarios son delitos típicamente pluriofensivos.

El país requiere de estabilidad, seguridad y protección de los bienes y personas que intervienen en el proceso económico.

NUESTRO ENFOQUE DEL REAL ALCANCE DEL ART. 173 INC. 7 DEL CODIGO PENAL ARGENTINO

Existe en la escasa legislación penal societaria, un artículo del Código Penal cuyos alcances y delimitación no ha sido, hasta ahora, estudiados suficientemente por la Doctrina Nacional.

En el Congreso Argentino de Derecho Comercial llevado a cabo en Bs.As., en 1990, sostuvimos que la frase *violando sus deberes* de dicho artículo, tiene contenidos fundamentales, que deben ser estudiados por la doctrina societarista del país.

Llama poderosamente la atención, que ni el Derecho Comercial ni el Derecho Societario, hayan estipulado cuáles son a ciencia cierta los deberes del Administrador Societario.

En dicha ponencia, que damos aquí por reproducida, sostuvimos que era imprescindible delimitar cuáles son las funciones del administrador societario para saber cuáles son sus deberes.

Luego de un arduo análisis de la doctrina nacional cuanto internacional, recalamos en la doctrina europea de Administración de Empresas, a fin de estudiar las funciones del órgano de Administración societario.

De ese análisis surge nuestra propuesta de interpretación de cuáles son los deberes de los administradores, fundamentales a la hora de juzgar su gestión.

Con agrado hemos visto la recepción judicial de nuestra tesis por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba en el caso "Banco del Centro Coop. Ltda - s/ Administración Fraudulenta (Expte. N° 11-8-91)" en fallo del 6 de Marzo de 1992; razón por la cual la proponemos aquí, habida cuenta de su viabilidad judicial, ya demostrada.

Sostenemos que son deberes del administrador:

1. *Prever*: avizorar el futuro, planear todas las actividades de la empresa en el tiempo; programar estas que deberán desarrollarse en forma permanente y con mayor razón cuando existan fluctuaciones significativas en las actividades.

2. *Organizar*: dotar a la empresa de la estructura de atención que las actividades exijan, tanto en lo material como en lo financiero. Deberán compatibilizarse los distintos tipos de recursos de la estructura, de manera de ser suficientes y eficientes en función de las necesidades de operación.

3. *Dirigir*: término que se utiliza (sobre todo Henry Fayol) como sinónimo de mando; o sea, la forma de conducir al personal y a la organización toda;

4. *Coordinar*: la búsqueda, relación y unión de todas las actividades de la empresa, tendiendo a lograr armonía en las actitudes y metas de los miembros;

5. *Controlar*: la verificación y vigilancia de las operaciones para que se desarrollen en función de las reglas y órdenes emitidas. El control debe ser realizado en tiempo oportuno y seguido de sanciones, de lo contrario no sería eficaz (*).

6. Consustanciarse con la empresa
 7. Identificarse con los intereses ajenos que administra y promoverlos;
 8. Rendir cuentas de los bienes que administra sin que se lo soliciten;
 9. Capacitarse profesionalmente en forma integral de la problemática de la empresa y su entorno;
 10. Observar el interés social;
 11. Realizar todas las gestiones y actividades necesarias para cumplir con el objeto social;
 12. Coordinar las actividades de los diversos individuos y grupos que intervienen en el proceso empresarial;
 13. Actualizar los medios empleados e incorporar adelantos tecnológicos;
 14. Crear, organizar y manejar eficientemente el staff;
 15. Custodiar el patrimonio social;
 16. Poseer las condiciones necesarias para cumplir con el cargo asumido;
 17. Aceptar los riesgos y el manejo de incertidumbre;
 18. Ser mediador eficiente entre los factores de la producción que él maneja y vitaliza con los mercados de producción y consumo;
 19. Ajustar su gestión a la pauta de oportunidad, mérito y conveniencia;
 20. Cubrir los vacíos estatutarios y legales que entorpezcan el desarrollo de la empresa;
 21. Orientar la empresa;
 22. Proponer la modificación del estatuto cuando no permita el logro del objetivo propuesto.
- Esta enunciación no es taxativa, sino ejemplificativa.

Proponemos la definición exacta del ROL del empresario, a los fines de acotar su responsabilidad.

En la nueva legislación penal societaria, deberán contemplarse estos deberes a la hora de juzgar con acierto las gestiones realizadas a través de las Sociedades.

* Los autores se han basado en el pensamiento de Henry Fayol, tomado del trabajo de Jorge Hermida "Ciencia de la Administración", Ed. Universitaria, 1983, pág. 129.