

# EL FRAUDE CORPORATIVO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA: ENTRE LAS NORMAS Y LA REALIDAD

*María Eugenia Leila Bertizzolo y Luciano Galmarini*

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad, uno de los fenómenos que más preocupan a la agenda internacional de las organizaciones internacionales y regionales como Naciones Unidas, Consejo de Cooperación Aduanera, Consejo de Europa, Liga de los Estados Árabes, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, Organización de los Estados Americanos, Unión Africana, Unión Europea y el Banco Mundial, es la llamada ‘criminalidad económica organizada de carácter transnacional’<sup>1</sup>. Dentro de esta categoría, se encuentran el terrorismo internacional y sus vías de financiamiento, el lavado de dinero, el narcotráfico, la corrupción en el sector público y el llamado “Fraude Corporativo o Empresario”.

El Fraude Corporativo como una modalidad económica y empresarial de defraudación comienza a analizarse en los inicios del S. XXI. Entre el 2001 y 2002 algunas empresas con presencia internacional incurrieron en prácticas desleales para con el mercado bursátil y sus competidores. Producto de la crisis internacional, empresas multinacionales presentaban informes poco confiables de su salud financiera. Estas, amparadas por auditorías externas, buscaban ocultar los déficits financieros propios de la crisis y terminaron contribuyendo a su colapso financiero y bursátil. En este contexto, los empleados, inversores, la

---

<sup>1</sup> Término utilizado por Gracia Martín, “Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 161, citado por DURRIEU, Roberto (h), “Fraude Corporativo como delito transnacional”, La Ley, 26/12/2006.

competencia empresarial y la credibilidad de estas empresas de vio seriamente dañada. Si bien podemos rastrear estas prácticas desde mediados de los años 90' como fenómeno relevante y como objeto de interés jurídico, recién con posterioridad al 2002 el problema fue abordado a nivel internacional.

En el 2006 Argentina ratificó la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción Empresarial (ley 26.097) dando su apoyo al interés de la comunidad internacional de perseguir y sancionar estas actividades. Algunas figuras delictivas como el *soborno del sector privado* y el *insider trading* fueron analizados por doctrinarios e investigadores. A la fecha, nuestro país no cuenta con legislación penal que tipifique estas acciones de manera pacífica o en coherencia con los compromisos internacionales asumidos.

En los últimos veinte años el mercado bursátil internacional, los negocios internacionales, la transnacionalización de las actividades comerciales —en un sentido general— han sido parte de los pilares de las economías mundiales. Si bien el derecho privado se caracteriza por la primacía de la autonomía de la voluntad y la utilización de prácticas, guías y usos comerciales (lo que en general podríamos llamar *soft law*) no podemos reconocer que tales prácticas pueden dañar la buena fe contractual y, en algunos países, los intereses de otros privados que ven afectados sus derechos por las maniobras fraudulentas de los administradores. En este sentido todas estas herramientas normativas buscan prevenir y punir la corrupción del sector privado. Podríamos referirnos sin lugar a dudas de una tendencia a nivel internacional de fomentar que los Estados a nivel interno promuevan medidas que garanticen la integridad y transparencia de los mercados.

En este sentido la presente ponencia buscará analizar la posición argentina frente al fraude corporativo. Se analizará el origen de esta figura, el proyecto normativo que propuso la Argentina y finalmente se esbozarán algunas conclusiones. Este trabajo es un producto de una Actividad Científico y Tecnológica del INSOD de la Universidad Argentina de la Empresa. Esta ponencia no analiza exhaustivamente los temas abordados sino que pretende ser un punto de partida para debatir y consensuar los temas aquí abordados.

## **Evolución del fenómeno**

Desde los años 90' y con especial énfasis en la primera década del 2000 se da discutido la corrupción del sector privado como parte de los presupuestos necesarios para el acontecer de crisis internacionales. Nuevos modelos de financiación privada internacional, salvatajes, herramientas creativas de contaduría y manipulación de la información societaria han puesto en el sector privado el foco de análisis de este nuevo siglo. La figura de la corrupción analizada desde la perspectiva del Estado y su función pública ha dejado espacio a los privados. En diferentes países se ha buscado perseguir y sancionar a las empresas que haciendo uso de maniobras fraudulentas provocan daños en inversores, accionistas, empleados y quienes de un modo u otro se relacionan con ellas. Estas figuras legales adoptan la medida necesaria que cada ordenamiento jurídico requiere. Argentina no ha sido ajena a esta situación.

Probablemente, casos como Enron y WorldCom hayan sido los promotores a la hora de analizar e investigar el fenómeno. Enron, vinculado con la auditoría Andersen, manipuló y desvió fondos por encima de los 30.000 millones de dólares. Para el año 2000, era el séptimo grupo económico de los Estados Unidos, lo que nadie sabía era que desde 1997 ocultaba y desviaba fondos a través de empresas *off shore* provocando pocos años después la primer y mayor quiebra financiera de un ente privado no bancario en los Estados Unidos<sup>2</sup>. En Europa, Parmalat, fue acusada de falsificar balances y certificados de depósitos para ocultar las pérdidas millonarias que revelaban su contabilidad real. El denominador común de estos casos, es la necesidad de las empresas de aparentar una supuesta liquidez y lograr captar inversores. El objetivo es, probablemente, que estos inversores atraídos por mentiras aporten a estas empresas los recursos que necesitan para sobreponerse a sus crisis internas. A la luz de los casos más resonantes podemos percibir que estas maniobras no solucionan los problemas financieros internos de las

---

<sup>2</sup> “De Enron a WordCom, los escándalos de Wall Street” en <http://edant.clarin.com/diario/2003/12/20/i-03104.htm> 20/12/2003 En el proceso penal llevado a cabo contra la misma, la auditoría reconoció su accionar pero adujo en su defensa que se trató de un ‘error de juicio inocente’, ya que al eliminar archivos y documentos electrónicos lo hizo siguiendo sus reglamentos internos de eliminación de materiales innecesarios. Información obtenida en: “Enron: la auditora Anderson declarada culpable por obstruir el caso”, en <http://www.lanacion.com.ar/405671-enron-la-auditora-andersen-declarada-culpable-por-obstruir-el-caso> 15/06/2002.

empresas sino que exponen millonarias pérdidas y erosionan la buena fe de los inversionistas.

En el 2002 se dicta en EEUU, con amplia mayoría de votos, la *Sarbanes-Oxley Act*<sup>3</sup> (Acta de Reforma de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección al Inversionista). Esta ley federal creó herramientas que permitieran monitorear a las entidades que cotizaban en bolsa. El objetivo era claro: evitar que el valor de las acciones sea alterado de forma dudosa y con objetivos fraudulentos.

La *Sarbanes-Oxley Act* (SOA) generó cambios importantes, entre los que merecen destacarse en primer lugar, la creación de una entidad privada sin fines de lucro (The Public Company Accounting Oversight Board<sup>4</sup>). Esta institución tiene el objetivo de monitorear, supervisar y sancionar a las empresas de auditoría. En segundo lugar, la limitación (podría llamarse prohibición) de préstamos a directores jerárquicos y ejecutivos. Asimismo, crea normas de responsabilidad (civil y penal) para los directivos que incumplen o permiten que otros incumplan con lo dispuesto en el acta. Un aspecto en el que sobresale esta figura es la creación de un procedimiento interno de fiscalización a los fines de asegurar la responsabilidad financiera en cabeza de los directores<sup>5</sup>. Por último, establece un sistema compensatorio para el empleado afectado por una situación de fraude corporativo. En España, ante situaciones irregulares existen tres códigos de buen gobierno: el Código Olivencia en 1998, al que le siguió el Código Aldama en 2003 y el Código Unificado de buen gobierno en 2006<sup>6</sup>.

Desde 1999 la OCDE, a través de grupos de trabajo Ad-Hoc, presentan lo que se dio a conocer como Principios de Gobierno Corporativo. En 2004, con motivo de los conflictos mencionados, estos principios fueron

---

<sup>3</sup> Publicada: No. 107-204, 116 Stat. 745 (30/07/2002).

<sup>4</sup> Se auto define como “*The PCAOB is a nonprofit corporation established by Congress to oversee the audits of public companies in order to protect the interests of investors and further the public interest in the preparation of informative, accurate and independent audit reports. The PCAOB also oversees the audits of broker-dealers, including compliance reports filed pursuant to federal securities laws, to promote investor protection*”. Para más información ver: <http://pcaobus.org/Pages/default.aspx> (30/07/2013).

<sup>5</sup> VER art 302 del Acta.

<sup>6</sup> PUENTES POYATOS, Raquel; VELASCO GÁMEZ, María Del Mar; HERNÁNDEZ, Juan Vilar, “El buen gobierno corporativo en las sociedades cooperativas” - Universidad Complutense de Madrid. Disponible EN: <http://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/view/REVE0909230118A/18741> (30/07/2013).

revisados y actualizados. Los principios, “tienen un carácter no-vinculante, y no pretenden la incorporación de disposiciones detalladas en las legislaciones nacionales. Más bien, lo que pretenden es identificar objetivos y plantear diversos medios para alcanzarlos. Su propósito es servir como punto de referencia”<sup>7</sup>. Los cimientos de estos principios fueron avalados e incorporados por el Foro De Estabilidad Financiera como doce de sus normas base<sup>8</sup>.

Es decir, los países adoptaron un trascendental compromiso al suscribir la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción empresaria en el año 2003. Dicha Convención fue ratificada por Argentina en Junio de 2006 mediante la ley 26.097<sup>9</sup>. Y tiene por finalidad: promover medidas para prevenir y punir la corrupción en forma más eficiente, mediante la cooperación internacional y la asistencia técnica, promoviendo la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas en todos los actores intervinientes. En este contexto, los Estados han regulado institutos legales para la protección contra la defraudación privada. En el caso de Argentina, al ratificar la convención ha incorporado a su ordenamiento los lineamientos que impone este instrumento, entre los que se destaca la tipificación del delito de “soborno en el sector privado”, y la adecuación de los delitos de violación de secretos, administración fraudulenta, fraude subversivo y encubrimiento. No obstante, creemos de suma importancia expresar que Argentina aún no ha cumplido con la adecuación de su ordenamiento interno a la Convención de Nueva York, la que cuenta con rango supralegal, en base a lo dispuesto por el art. 75 incisos 22 y 24, 1º párrafo, respectivamente, de la Constitución Nacional. Esto significa, que se ubica por sobre las leyes y por debajo de la Constitución.

La ratificación de una convención implica que Argentina tiene la obligación de adoptar varias medidas, entre las que se encuentran incluir los nuevos tipos penales mencionados, referidos al fraude corporativo. En este sentido encontramos que en el 2006 los legisladores Alicia Marcela Comelli y Luis Albert Galvalisi, presentaron un Proyecto de Ley incorpo-

---

<sup>7</sup> OCDE: Principios de Gobierno Corporativo. Disponible EN: <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf> (30/07/2013).

<sup>8</sup> El Foro de Estabilidad Financiera es un organismo internacional de funciones exclusivas de índole económica- financiera. VER: <http://www.financialstabilityboard.org/> (30/07/2013).

<sup>9</sup> <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116954/norma.htm> (25/07/2013).

rando al Código Penal algunos de estos tipos penales en concordancia con la aprobación de la Convención de Nueva York. Luego de analizar la Convención, destacamos tres artículos de la misma a los fines de la adecuación del Código Penal: los arts. 21 (Soborno en el sector privado), 22 (Malversación o peculado de bienes en el sector privado) y 24 (Encubrimiento).

## Conclusiones

Nuestra propuesta persigue el propósito que se trazara Argentina al aprobar la Convención: brindar una protección eficaz a la sociedad frente a la amenaza que significa la corrupción para sus instituciones y sistema de vida, tal como se desprende del mensaje de elevación del Proyecto de Ley de aprobación de la Convención de Nueva York: "...La presente Convención introduce un conjunto de normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar los Estados partes para reforzar sus normativas destinadas a la lucha contra la corrupción; la Convención exige a los Estados partes que tipifiquen las formas de corrupción más frecuentes tanto en el sector público como privado, siendo éste un rasgo distintivo frente a la Convención Interamericana sobre la misma materia, que se refiere sólo a la corrupción en el sector público...".

En base a esto podemos concluir que:

Proponemos la incorporación de los delitos de "Soborno en el sector privado", y de "Insider Trading", y la readecuación de los delitos de 'Administración fraudulenta' al de 'Malversación o Peculado', de 'Fraude subversivo' y 'Encubrimiento'.

A los fines de lograr la pertinente adecuación de nuestro marco normativo, se propicia, hasta tanto se modifique el régimen vigente, dar cabal cumplimiento a la legislación tanto general como específica que rige en materia de "Corporate Governance", lo que incluye dar cabal observancia a lo dispuesto en el art. 12 de la Convención de Nueva York.

Dentro de último ítem, proponemos la adecuación de los Códigos de Conducta a dichos términos y la implementación de las llamadas "líneas éticas o anónimas de denuncias".

Estas nuevas disposiciones implican dar cumplimiento a los compromisos asumidos por Argentina al firmar la Convención de Nueva York.

Nuestra propuesta persigue el propósito que se trazara Argentina al aprobar la Convención: brindar una protección eficaz a la sociedad frente a la amenaza que significa la corrupción para sus instituciones y sistema de vida, tal como se desprende del mensaje de elevación del Proyecto de Ley de aprobación de la Convención de Nueva York: "...La presente Convención introduce un conjunto de normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar los Estados partes para reforzar sus normativas destinadas a la lucha contra la corrupción; la Convención exige a los Estados partes que tipifiquen las formas de corrupción más frecuentes tanto en el sector público como privado, siendo éste un rasgo distintivo frente a la convención interamericana sobre la misma materia, que se refiere sólo a la corrupción en el sector público..."<sup>10</sup>.

En este sentido, finalmente reafirmamos que se torna imperiosa la adaptación de nuestro actual sistema normativo.

### **Bibliografía**

DURRIEU, Roberto (h), "Fraude Corporativo como delito transnacional", *La Ley*, 26/12/2006.

De Enron a WordCom, los escándalos de Wall Street" EN: <http://edant.clarin.com/diario/2003/12/20/i-03104.htm> 20/12/2003.

"Enron: la auditora Anderson declarada culpable por obstruir el caso", en <http://www.lanacion.com.ar/405671-enron-la-auditora-andersen-declarada-culpable-por-obstruir-el-caso> 15/06/2002.

PUENTES POYATOS, Raquel; VELASCO GÁMEZ, María Del Mar; HERNÁNDEZ, Juan Vilar, "El buen gobierno corporativo en las sociedades cooperativas" - Universidad Complutense de Madrid. Disponible EN: <http://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/view/REVE0909230118A/18741> (30/07/2013).

OCDE: Principios de Gobierno Corporativo. Disponible EN: <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf> (30/07/2013).

---

<sup>10</sup> <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0523-D-2008> (28/017/2013).

El Foro de Estabilidad Financiera es un organismo internacional de funciones exclusivas de índole económica-financiera. VER: <http://www.financialstabilityboard.org/> (30/07/2013).

Proyecto de Ley: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116954/norma.htm> (25/07/2013).

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0523-D-2008> (28/017/2013).