

## DELITOS SOCIETARIOS

SALVADOR D. BERGEL

### *PONENCIA*

En el marco de la proyectada Ley de Sociedades y de la reforma al Código Penal, recientemente encarada por el Poder Ejecutivo, deben tipificarse los delitos societarios, siguiendo las modernas orientaciones del derecho comparado.

### *FUNDAMENTOS*

1) Dentro de los delitos comprendidos en el derecho penal de la empresa (delitos cometidos en el ámbito de las empresas privadas y públicas, conforme a la caracterización contenida en la Recomendación IV de las conclusiones del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal) tenemos a los delitos societarios, cometidos por los directivos de las sociedades comerciales en violación de los deberes o con abuso de los poderes legalmente conferidos.

Estos delitos tienen características que los singularizan. Entre ellas, cabe marcar:

a) son especiales, en cuanto se vinculan con normas del derecho comercial;

b) son pluriofensivos, es decir que afectan paralelamente a más de un bien jurídico tutelado (sociedad, socios, inversores, proveedores, terceros en general);

c) los sujetos activos, son personas a las que por ley se les confiere determinadas funciones en la dirección administración o fiscalización de sociedades comerciales;

d) en número considerable son cometidos por personas que integran órganos colegiados, sin que por ello quepa afectar el principio de la responsabilidad individual del sujeto (lo que implica el rechazo a la teoría del llamado "delito colegiado").

II) Se discute en doctrina acerca de la necesidad y conveniencia de regular los delitos societarios al margen de figuras tradicionales de la ley penal (estafas, defraudaciones, balances falsos, falsedades documentales, etc.).<sup>1</sup> En muchos ordenamientos legales se ha llegado a la conclusión que los tipos penales tradicionales son insuficientes para lograr los fines incriminatorios deseados.

Diversas circunstancias contribuyen a este resultado:

a) En primer lugar se destaca que las figuras tradicionales apuntan a configurar delitos de lesión, en tanto que en el caso que nos ocupa, los delitos de peligro abstracto se muestran más eficientes al incriminar mayor número de conductas merecedoras de sanciones.<sup>2</sup>

En el referido Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal se remarcó en la Recomendación IX que el empleo de tipos delictivos de peligro abstracto es un medio válido para la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión y en tanto la prohibición se refiere directamente a bienes jurídicos claramente determinados”.

b) En segundo lugar las cláusulas generales contenidas en los códigos penales no son las más adecuadas para implementar una correcta política criminal en la materia.

Las conductas incriminadas deben ser descriptas con precisión. Así lo precisó la Recomendación VII del referido congreso al señalar que en el derecho penal, económico y de la empresa deberían evitarse, en lo posible, las cláusulas generales”.

Al margen de ello, la debida descripción de las conductas sancionadas tiene una importancia función disuasoria.

c) La utilización de nuevos recursos técnicos por parte de los administradores y síndicos tornan necesario una mayor adecuación de las normas penales a realidades cambiantes. Esto sólo se puede conseguir con normas

<sup>1</sup> El debate no es nuevo en nuestra doctrina. Ya en ocasión de la sanción de la ley 19.550 y de la contemporánea reforma del Código Penal, se planteó la necesidad de regular en forma independiente los delitos societarios. La opinión de la comisión integrada por los Dres. Soler, Fontán, Balestrá y Aguirre Obarrio fue contraria a esta tesis, sosteniendo “que la sanción de figuras especiales de las leyes comerciales o administrativas, explicables por la deficiencia de la ley penal, no parece necesaria cuando ésta, apartándose de las formas causísticas, se constituye sobre la base de enunciados generales. Cuando ello ocurre, las disposiciones dispersas más bien traban que favorecen la represión del fraude” (conf.: Bergel, Salvador D, “Los delitos societarios frente a la reforma de la legislación penal y al anteproyecto de ley general de sociedades”, en JA, 1968, t. V, p. 921).

<sup>2</sup> TERRADILLAS, J.: *Delitos societarios*, Akal-Iure, Madrid 1978, p. 53.

penales específicas que contengan clara descripción de las conductas incriminadas.

Sin llegar al extremo que informa la legislación francesa o en menor medida la italiana, deben contemplarse las principales áreas de criminalidad en este campo: información societaria, abuso de los poderes de los administradores y síndicos, afectación de la intangibilidad del capital social y violación de los deberes de los órganos de vigilancia.

d) Es necesario adaptar las sanciones penales a las características propias de los delitos societarios, dando un mayor protagonismo a la pena de multa, a la de inhabilitación y a la publicidad de las sentencias condenatorias.

### *III) Conductas que deben incriminarse*

#### **1. Relativas a falsas comunicaciones sociales**

El tema de la información en las sociedades comerciales constituye un capítulo clave en materia de delitos societarios.

La información veraz respecto al real estado económico y financiero de la sociedad interesa a una pluralidad de sujetos (socios, acreedores, trabajadores, fisco, terceros en general que desean relacionarse en cualquier forma con la sociedad). El cuidado de la transparencia en la información debe comprender los diversos estadios de la vida de la sociedad (fundación, vida normal, liquidación).

Iguálmente se debe contemplar la punición de conductas tanto en las sociedades consideradas aisladamente como en los agrupamientos (con especial consideración a los balances consolidados).

Como aspectos básicos en esta materia, debe contemplarse:

a) La creación de un tipo penal que contemple las diversas especies de falsedades societarias. Para hacer más efectiva la sanción debe instrumentarse como tipo de peligro que aparte de su estructura la necesidad de producción de perjuicio con la intención de causarlo.

b) Debe considerarse como suficiente para la incriminación que el sujeto conozca el carácter falso de la comunicación social y la trascendencia de la misma.

c) La información falsa a estos fines debe interpretarse como información no verdadera, conforme a la construcción de la doctrina italiana.

d) La incriminación debe comprender la vía omisiva, que en muchos casos viola el deber de información al ocultar circunstancias relevantes para los sujetos a los cuales se dirige.

e) El tipo debe clarificar la información societaria a la que se refiere la incriminación (balances en sentido amplio, informaciones contables, anun-

cios que hagan referencia a la situación económica y financiera de la sociedad, etc.).

## 2. Infidelidad de los administradores

Independientemente de la sanción genérica a la administración fraudulenta es relevante precisar en especial estas conductas en el ámbito de las sociedades comerciales, donde la singular estructura de los órganos de administración se presta al ejercicio de conductas llamadas a perturbar el normal funcionamiento del ente.

Destacamos sobre el particular que el proyecto alternativo del Código Penal alemán recepta este criterio.

En esta línea, caben tipificarse los delitos de peligro que excluyan los requisitos de beneficio obtenido por el autor o la necesidad de producir un perjuicio que sea tangible.

Es más acertado acuñar delitos de peligro y no castigar simplemente incumplimiento o cumplimientos parciales de los deberes asignados a los administradores.<sup>3</sup>

En este sentido, cabe incriminar:

a) El abuso de los poderes de los administradores y el abuso de crédito tal como tradicionalmente lo ha hecho la legislación francesa.

b) Las relaciones civilmente ilícitas de los administradores con la sociedad.

c) La actuación en caso de conflicto de intereses sin observar las normas protectoras acuñadas por las leyes societarias.

d) La utilización de información reservada, que esencialmente se dirige a la salvaguardia de la transparencia de los mercados de valores (*insider trading*). Esto está contemplado en la Securities Exchange Act (art. 32) y en la legislación francesa (ley del 23.12.70), que es pionera en la Comunidad Europea.

## 3. Infracciones relativas al capital social

La intangibilidad del capital social en las sociedades de capital hace a la debida protección de los socios y terceros.

Diversas formas pueden darse en torno a los ataques a la integridad del capital social, las que pueden acaecer en el acto constitutivo o durante la vida de la sociedad.

<sup>3</sup> TERRADILLAS, J.: op. cit., p. 96.

En esta línea debe ser incriminado:

a) La sobrevaluación de bienes en especie. La criminalización de la hipervaloración de los aportes *in natura* se justifica por la necesidad de proteger a los socios acreedores, presentes y futuros reforzando los preceptos civiles destinados a consignar la exacta correspondencia entre el capital declarado y el real. El objeto preponderante de la tutela es la salvaguardia de la fe pública que sería violentada por una exagerada valoración de los bienes en especie, de la cual resulte una composición del capital social que no responda al real.<sup>4</sup>

b) La distribución de utilidades ficticia o que no puedan ser distribuidas en defecto del balance aprobado o apartándose de él.

El objeto esencial de la tutela en este caso es la integridad del capital social y de las reservas sociales, particularmente el delito tiende a impedir que la sociedad distribuya entre los socios y administradores utilidades que no se han obtenido o que, aunque obtenidas, deben ser reintegradas al capital social disminuido en virtud de pérdidas anteriores.

Se trata de tutelar el interés de los acreedores, futuros socios de la sociedad en cuanto que tanto el capital social como las reservas representan su mayor y a menudo única garantía.

c) En la hipervaloración del capital (denominado en la terminología anglosajona *watering*). Es lo que ocurre cuando se emiten acciones por debajo de su valor nominal o en caso de adquisiciones recíprocas de acciones entre dos sociedades, en los que la riqueza ficticia puede perjudicar a terceros acreedores.<sup>5</sup>

#### 4. Violación de los deberes impuestos a los órganos de vigilancia

Los órganos de vigilancia tienen una función relevante en la medida en que determinados tipos societarios (sociedades por acciones) los accionistas tienen limitaciones o prohibiciones al acceso a la documentación contable.

En función de ello la conducta omisiva de los órganos de contralor posibilita la comisión de conductas ilícitas por parte de los administradores.

Corresponde sancionar la conducta omisiva de los síndicos cuando por ese medio se posibilite la comisión de delitos por los administradores.

<sup>4</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale*. Quinta ed., Milán 1981, p. 381.

<sup>5</sup> TERRADILLAS, J.: op. cit., p. 102.