

C O M I S I O N I

René Federico Garris. Ge-
rente de Control de Le-
galidad. COM.NAC.VALORES

RESPONSABILIDADES

CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIRECTORES DE LAS SO-
CIEDADES ANONIMAS

a) Responsabilidades societarias penales.

A partir del desarrollo de la sociedad de consumo, de la tecnología, y d sus operatorias a través de las empresas, la delincuencia de los negocios presen-
tó a la investigación un material rico e inexplorado que no se ajustaba a las ex-
plicaciones tradicionales de la conducta criminal elaboradas basándose en antece-
dentes distintos. Esta sensible ampliación del radio de las investigaciones crim-
nológicas crea la necesidad de profundas rectificaciones en las teorías existen-
tes en cuanto pretendían aprehender con sus enunciados generales la totalidad de
campo delictivo. Surgieron otras nuevas teorías, que si bien consideraron dentr
de su contexto al fenómeno de la criminalidad económica, persistieron en el vici
de las anteriores en cuanto aspiraban a generalizar sus conclusiones extendiéndc
las a todo tipo de delitos, sin reparar en sus propias limitaciones, comunes a t
dos los enfoques sociológicos unilaterales: insuficiencia para explicar la apari-
ción de la conducta criminal en cada individuo en concreto, e ignorancia de lo
problemas de motivación, personalidad y diferencias individuales.

De esta manera sobre la base del estudio de distintas infracciones económi-
cas reflejadas en los archivos de 70 corporaciones Sutherland en "Principles of
Criminology" (Chicago 1975) formuló 2 hipótesis generales acerca de las causas
de la delincuencia; la de la asociación diferenciada que desde el punto de vista
del individuo la explica como un proceso de aprendizaje y la de la organización
social diferenciada que es la contrapartida de la anterior en cuanto enfoca idér-
tico fenómeno desde el punto de vista de la sociedad; su desorganización manifes-
tada sea en el conflicto entre distintas pautas culturales o bien en la carencia
de estas (anomia). En un período de 40 años esas 70 sociedades procedieron en nu-
merosos casos contra las disposiciones legales sobre competencia ilícita, sobre
economía de guerra y sobre usurpación de patentes; las autoridades por término
medio intervinieron en 13 infracciones por sociedad y el 90 % habrían de ser cor-
sideradas según las leyes de los diferentes estados como "delincuentes habitua-
les". Si esto ocurre en una economía desarrollada fácil es imaginar el daño que
las práctica deshonestas pueden producir en un país de desarrollo insuficiente.

- 54 -

El descrédito público especialmente en países subdesarrollados que les ha acarreado a las empresas privadas por sus prácticas dañosas a hecho decir a Raúl Prebisch en "La Respuesta de América Latina a una nueva política de Cooperación Económica": "Es cierto que la forma en que funciona a veces la empresa privada en nuestros países no es fuente de gran confianza pública. Y sería difícil lograr esta confianza si las medidas de aliento a la empresa privada no van unidas a otras, tendientes a promover la competencia o a asegurar el control efectivo del Estado en aquellos casos en que por la misma naturaleza de la actividad de que se trata no podría operar aquella..."

EL DERECHO POSITIVO Y SUS FALENCIAS

Según la Ley de Sociedades Comerciales Argentina N° 19.550 el Directorio constituye el órgano permanente de la sociedad anónima que tiene a su cargo la administración de sus negocios. Además de la responsabilidad civil, personal y solidaria que contraen sus integrantes por inejecución o mal desempeño del mandato y violación de las leyes, estatutos o reglamentos pueden, en ejercicio de sus funciones incurrir en contravenciones a las normas de la Comisión de Valores de Argentina o en numerosos delitos contemplados tanto por el Código Penal como por leyes penales económicas complementarias, por ejemplo desde el punto de vista penal contravencional las normas de la COMISION NACIONAL DE VALORES exigen que los Directores - tengan una determinada capacidad técnica y moral acorde con la idoneidad necesaria para estar en el sistema de la Oferta Pública.

Pero más importante es destacar que dentro de las ilicitudes penales es posible agrupar algunos delitos denominados societarios por la doctrina cuya acción típica está condicionada por una calificación especial en los sujetos activos que ocupan una especial posición jurídica en la dirección o fiscalización de las empresas. Estos delitos exceden los contornos clásicos de la defraudación y de las tradicionales falsificaciones. Su objeto jurídico plural comprende simultáneamente la protección del potencial económico de la empresa, de la masa de accionistas y del público en general, y muchas veces del orden económico nacional, ya que cuando las sociedades anónimas juegan un papel estructural en la economía los desequilibrios producidos por estas infracciones inciden gravemente en la riqueza colectiva.

Paradójicamente pese al notable aumento de la delincuencia en este campo y a la importancia de los intereses involucrados en su represión, en todos aquellos países donde como en la República Argentina la sociedad anónima tiene un rol significativo, estas sanciones funcionan escasamente en la práctica. De allí la importancia que tiene en esta materia la comparación de experiencias jurídicas de distintas naciones que, al evidenciar sus virtudes y defectos, permita aunar criterios en una materia que, según lo señalara Pedrazzi en las Jornadas de Río de Janeiro de la Asociación Henri Capitant (1963), constituye, "el terreno de experimentación de la aptitud de la ley penal para controlar los sectores más avanzados y dinámicos del mundo actual".

En el sistema penal argentino actual la responsabilidad penal de los Directores de las sociedades anónimas está contenida específicamente en 3 artículos:

1°.- El art. 173 inciso 7° del Código Penal sanciona como caso especial de defraudación con prisión de 6 meses a 8 años al que por disposición de la Ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus

deberes perjudicare los intereses confiados y obligare abusivamente al titular de éstos.

2°.- El art. 300 inciso 3°, reprime con prisión de 6 meses a 2 años al fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima... que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas a los correspondientes informes; actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la Asamblea o a la Reunión de Socios con falsedad o reticencia, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiera sido el propósito perseguido al verificarlo.

3°.- El Art. 301 sanciona con 6 meses a 2 años de prisión al Director, Gerente, Administrador o Liquidador de una sociedad anónima... 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. Si el acto importare emisión de acciones o de capital, el máximo de la pena se elevará a tres años de prisión, siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penado.

Respecto del Art. 173, inciso 7° fue introducido como manifestación de defraudación por administración fraudulenta, se caracterizó por el denominado delito de "vaciamiento de empresa" en el año 1967 y después de un período de suspensión volvió a regir por imperio de la Ley 21.338 del 1.6.76.

Esta figura está inspirada en la infidelidad o abuso de poder de los Directores de las sociedades anónimas o sea la denominada Untrewe Germánica, hasta este momento extraña a los sistemas penales latinos. Comprende tanto el abuso consistente en "obligar abusivamente" al titular de los bienes o intereses pecuniarios administrados, como el quebrantamiento de la fidelidad configurable por la acción de "perjudicar los intereses confiados". Presupone no solamente la administración o manejo de bienes o intereses ajenos, sino también su mero cuidado impuestos por la ley, autoridad o un acto jurídico como es la designación del Directorio de la sociedad anónima. Lamentablemente se hace difícil la prueba de la exigencia subjetiva de la figura cuando corresponde interpretar el párrafo "con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o causar daño".

Este nuevo texto apareció como una pretendida panacea para la represión de un sinnúmero de procedimientos desleales reemplazando en una fórmula única a las variadas figuras que en otras legislaciones componen una buena parte del cuadro de delitos societarios. Es este el delito de más común imputación que se realiza en la República Argentina contra los Directores de las Sociedades Anónimas y si bien tuvo aplicación en resonados casos de: "Vaciamiento de Empresas" lo cierto es que no ha llenado las expectativas primariamente fundadas ante su aparición y las necesidades cada vez más intensas que existen en la Argentina para la represión de los abusos ilícitos penales de los Directores de las sociedades anónimas. Pese a su independencia técnico-legislativa de leyes comerciales administrativas, la nueva disposición no consigue sustraerse al marcado carácter sancionatorio común a todo el derecho penal vinculado con las sociedades anónimas. Como no tiene un núcleo constituido por una o varias descripciones de conductas concretas se hace necesario concurrir a normas extrapenales. La acción típica se da entonces a través de comportamientos violatorios de deberes, que no están sometidos a reglamentaciones rígidas ni minuciosas en la legislación comercial argentina. Priva un sistema de libertad en la compilación de los documentos contables, que aunque ahora corregido por las exigencias de la nueva Ley de Sociedades 19.550 no llena las pautas básicas para la determinación de cuando un Balance es inexacto y cuando un balance es falso en el sentido del Código Penal aunque de cualquier manera las

56

**FALTA
PAGINA**

- 57 -

servicios de uso común, si condujere al cierre o quiebra de la empresa, si se causare perjuicio a la economía nacional, o si se pusiere en peligro la seguridad del Estado.

La innovación fundamental está en los artículos 7, 8 y 9 de esa Ley.

El artículo 7° dice que será reprimido con multa de cinco mil a doscientos mil pesos, el que por imprudencia o negligencia o violando los deberes a su cargo, cometiere algunos de los hechos mencionados en el artículo anterior.

La pena será de prisión de seis meses a dos años y multa de diez mil a trescientos mil pesos, en los supuestos contemplados en los párrafos segundo y tercero del mismo artículo.

El artículo 8° dice que en las mismas penas incurrirán los directores, administradores, gerentes o liquidadores de una persona jurídica o colectiva, que a sabiendas prestaren su consentimiento o concurso para la realización de los actos mencionados en los artículos 6 y 7.

Si bien esta estructura normativa supera el casuismo de las legislaciones especiales detallistas, no logra superar el problema que plantea el enlace de sanciones penales a disposiciones comerciales; en otras palabras el conflicto de la norma penal estable y el dinamismo propio de la materia mercantil; es decir la flexibilidad y la amplitud del artículo lo tornan excesivamente abstracto, reñido con el principio de estricta tipicidad y sus recargadas exigencias subjetivas tornan problemática su aplicación, salvo casos groseros de abuso de poder de los directores.

En cambio el artículo 301 del Código Penal ofrece una mejor protección al patrimonio social contra el abuso de los administradores teniéndose en cuenta además que es un delito que protege esencialmente la fe pública y está orientado especialmente a la tutela de la masa de accionistas y del público en general.

Desde el punto de vista de la regularidad del funcionamiento del órgano directivo, se trata de una variante más formalista de la infidelidad, ya que sanciona a sus integrantes cuando traspasan los límites señalados por la ley o los estatutos a su libertad de maniobra, creando la mera posibilidad de consecuencias dañosas derivadas hacia la sociedad.

La norma castiga al director de la sociedad anónima y otros sujetos especiales que a sabiendas prestaren su concurso o consentimiento a estos actos, con una pena relativamente baja, acorde con su estructura de delito formal; seis meses a dos años de prisión, que se eleva a tres años si el acto importare emisión de acciones.

Con anterioridad a la reforma de 1967, esta disposición, por requerir un resultado dañoso, la cesación de pagos o la necesidad de la disolución de la sociedad, estaba emparentada en la substancia con las defraudaciones pero la nueva redacción la independiza de una lesión material lo que tiende a hacer más factible su aplicación. De cualquier manera la experiencia judicial argentina no ofrece suficientes casos de aplicación de la figura lo que obsta a su función de prevención para el regular funcionamiento societario esencialmente por la falta o dificultad de prueba de la culpabilidad dolosa exagerada con la frase "a sabiendas" que le da a la acción antijurídica un elemento subjetivo de improbable comprobación.

- 58 -

La contabilidad social, fértil terreno para diversas maniobras ilícitas por parte de los administradores de los actos mencionados en los artículos 6° y 7°.

El artículo 9° dice que será reprimido con la pena establecida en el artículo 277 del Código Penal el síndico de una persona jurídica o colectiva que en conocimiento de los hechos mencionados en el artículo 6°, no lo denunciare inmediatamente a la autoridad.

La pena será de dos mil a cien mil pesos si la omisión de denuncia se refiere a los hechos mencionados en el artículo 7°.

Surge de esta manera una innovación fundamental en cuanto a la responsabilidad de los agentes calificados en los delitos societarios o sea la culpabilidad culposa que se manifiesta en los delitos citados con particular expresión en el artículo 7° a través de actitudes de imprudencia o negligencia o violación de los deberes a su cargo.

No escapa al autor de estas consideraciones el riesgo que implica la introducción de formas culposas en la operatoria societaria mercedoras de sanción penal pero es evidente que ante la ineficacia de las disposiciones penales societarias antes citadas la nueva variante aparece como una argumentación de eficiencia para la represión de ilicitudes que en la práctica por el dolo no se podían probar.

Cabe concluir entonces que la introducción de la culpabilidad culposa en los delitos societarios no es un resabio incivil de cultura sino la adaptación del derecho a una necesidad práctica, la prevención y represión de abusos de poderes de los Directores de las Sociedades Anónimas que bajo la forma culposa se hacía de improbable aplicación.

Lo que sí entendemos es que este tipo de culpabilidad sólo debería referirse al término impericia ya que no cualquier omisión de los deberes de cuidado debería dar la responsabilidad penal sino aquella grave y esencial alteración del comportamiento en las funciones del Director que diera lugar a la irregularidad como fuente de potencial perjuicio o de perjuicio mismo. Es decir, consideramos que corresponde limitar la imprudencia y la negligencia al concepto de impericia o grave violación de los deberes a su cargo causante de la ilicitud y que por supuesto debería sancionarse penalmente en forma más atenuada que las estructuras típicas dolosas.

Se concluye entonces que la nueva forma de la delincuencia societaria como pauta para asegurar una eficaz prevención y represión es la introducción del concepto de la impericia profesional de los agentes especializados a cargo de la dirección y fiscalización de las empresas que es sinónimo de grave violación de los deberes a su cargo o irrazonable e inaceptable comportamiento en la gestión directriz o fiscalizadora, marco que excede las contingencias o riesgos de las vicisitudes empresarias, ya que se trata de sancionar comportamientos violatorios de la mínima capacidad profesional exigida para ser Director o Fiscalizador de una Sociedad Anónima.

Estas proposiciones fueron llevadas por la Delegación de la COMISION NACIONAL DE VALORES de la República Argentina a la IV Conferencia Interamericana de Comisiones de Valores y Organismos similares que se reunió en el Estado de QUERETARO-MEXICO los días 13 a 17 de noviembre de 1978.

- 59 -

La Comisión Legal de esta IV Conferencia presidida por el representante de la República de VENEZUELA, Dr. Bernardo PAUL, aprobó la TERCERA RECOMENDACION que hizo suya la Conferencia en pleno y que avaló la propuesta ARGENTINA consignada en este artículo de la siguiente manera:

"I.- Para aquellos países en que los sistemas legislativos lo permitan se recomienda:

A.- Ante las dificultades de la prueba del dolo o intención en los delitos societarios en cuya prevención y represión están interesadas las Comisiones de Valores, el estudio de la posibilidad de incorporar en los códigos penales, o en leyes penales especiales, figuras de delitos societarios con culpabilidad por impericia o grave incumplimiento profesional del cargo de Director o Administrador que directamente cause un daño o comprometa injustificadamente el patrimonio de las corporaciones, afectando los intereses de los accionistas y la confianza del público en las respectivas emisiones.

B.- El estudio, como pauta de derecho societario, que el comisario o Síndico de las corporaciones que están en la oferta pública, atento el control institucional que tienen por Ley, y sin perjuicio de sus responsabilidades civiles, esté obligado a denunciar los ilícitos penales que detecten en su gestión de inspección de la sociedad, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal por el delito de encubrimiento u ocultación en contra del bien jurídico protegido de la administración pública.

II.- Se recomienda que cada país considere la posibilidad de influir en sus respectivas legislaciones referentes al mercado de valores, que se atribuyan a las Comisiones de Valores u Organismos Similares, previa satisfacción de requisitos procesales, facultades para que puedan adoptarse medidas administrativas que incluyan; censura, suspensión e inhabilitación temporal, según ameriten los hechos del caso, contra las personas a cargo de la Administración, de las corporaciones que colocan sus acciones entre el público en estos casos:

A.- Impericia o administración inadecuada en el manejo de los negocios.

B.- Violación de los deberes fiduciarios, de fidelidad y abuso de confianza, respecto de la administración del patrimonio societario.

C.- Información imprecisa u omisión en las mismas respecto de documentos informativos sobre el estado patrimonial financiero de la corporación que son materia de distribución o deban proporcionarse al público inversionista".