

DELITOS SOCIETARIOS Y CONTRAVENCIONES

IGNACIO A. ESCUTI

PONENCIA

1) El Código Penal resulta insuficiente para juzgar la conducta delictiva de los administradores y «controlantes» de sociedades.

2) Estamos de acuerdo con la incorporación en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de un capítulo sobre DELITOS SOCIETARIOS Y CONTRAVENCIONES.

FUNDAMENTOS¹

A mediados del siglo XIX, **MODESTO LAFUENTE** dijo:
“Aquí no hay noticia que no se invente, patraña que no se forje,

¹ Ello es adecuadamente diferenciado por los redactores de los tres anteproyectos, tal como lo sugirió hace mucho tiempo Pietro Mirto, "IL Diritto Penale delle Società", Ed. Milano, Dott. Antonino Giuffrè - Editore, 1954, Pág. 61: "Le disposizioni penali concernenti le società si distinguono in forme, che configurano l'ipotesi di delitti, e in norme che configurano ipotesi di contravvenzioni. Ad esser precisi dieci articoli contemplano ipotesi di delitti, e quattro articoli contemplano ipotesi contravvenzionali..."

novedad que no se urda, embuste que no se trame, embrollo que no se teja; todo con el santo fin de que esto suba o baje, se anime o se desaliente, y hacer cada cual su juego a costa de la gente incauta y crédula, cándida y sencilla”.²

Paradójicamente hace más de cincuenta años y refiriéndose al anteproyecto de ley española de sociedades anónimas un distinguido grupo de juristas españoles, encabezado por Don Joaquín Garrigues, dijo: **“El ambiente de honestidad propio de la vida de los negocios en España, sin duda aminoró los daños que ... la ausencia de ordenamiento ... hubiera producido en cualquier otro país.”**³

Pareciera que el contexto español se encuentra exactamente invertido en comparación con la Argentina de hoy, donde es signo y causa del desorden y de la decadencia **el desprecio generalizado por la ley**, exteriorizado entre otros signos por la falta de funcionamiento de un adecuado sistema de premios y castigos para los delincuentes de todo tipo, especialmente a los de **cuello blanco**. El esfuerzo propio y el trabajo fecundo, más allá de los requerimientos que exige la ayuda mutua, es algo que debemos reimplantar para el logro de los fines de reinsertarnos en el mundo conforme la nación y nuestra historia lo reclaman y para ello se requieren conductas ejemplares desde arriba.

¿No será que un empleo juicioso de sanciones penales severas y bien aplicadas cumple mejor su papel que esas reglamentaciones de-

² Tal como lo señala Diego José Gómez Iñiesta (en “La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores”, Ed. Mc. Graw Hill, Madrid, 1997, págs. 322 y 323) quien pone ejemplos y refiere al caso de una señora de avanzada edad, propietaria de un auténtico cuadro de Picasso (circunstancia desconocida por la señora) que, al contrario, lo cree falso, y decide venderlo a un comprador conocedor de la autenticidad, entregando por el mismo una mínima cantidad que es aceptada por la anciana, que en esos momentos atraviesa por dificultades económicas: ¿Hay obligación de comunicar el auténtico valor del cuadro? También señala otro ejemplo: que esa misma señora dispone de acciones de la Sociedad Y, perteneciente al sector automovilístico, cuyos títulos cotizan en la Bolsa de Madrid y que el secretario general de una organización sindical y propietario también de acciones en la Sociedad Y toma conocimiento de que ante el empeoramiento de la situación económica esta previsto convocar una huelga en el sector. Que con una huelga indefinida, las pérdidas de la Sociedad Y serán inminentes y sus acciones bajarán de inmediato. Y que el avisado secretario general procede a dar la orden de venta de sus acciones a su agente de bolsa un día antes de la convocatoria. ¿Hay obligación en este supuesto de comunicar a la anciana y al resto de accionistas de la sociedad Y tal acontecimiento?, ¿debe esperar a la convocatoria para proceder a la venta de sus acciones?

³ Joaquín Garrigues, Jerónimo González, Manuel de La Plaza, Rodrigo Uría, Antonio Rodríguez Gimeno, Juan E. Palao, Fernando Sáinz de Bujanda, “Reforma de la Sociedad Anónima”, cuarta edición, Instituto de Estudios Políticos, 1949, pág. 8.

tallistas que paralizan tantas veces la iniciativa de los hombres de acción?

Es el justo medio para la España del siglo pasado el que quizás sea el máximo a lograr por el momento y como primera etapa más o menos inmediata para la Argentina. Ello como fuera señalado por **Jiménez de Asúa**, ese ilustrado español que tanto nos conociera, cuando dijo: «hace sesenta años el español de presa, ansioso de despojar a otro de su fortuna o de sus ahorros se echaba al monte, con clásico calañés y trabuco naranjero, escapando de sus perseguidores a lomos de la jaca andaluza. Hoy crea sociedades, desfigura balances, simula desembolsos y suscripciones y ... escapa sobre el cómodo asiento de su automóvil».

Halperín, antes de que corriera tanta agua bajo el puente argentino, dijo que las escasas normas del Código Penal —no obstante la aparente amplitud del art. 172— dejaban en la impunidad la conducta delictiva de los administradores y «controlantes» de sociedades.⁴ Es un hecho notorio que las características actuales de las relaciones económicas y la magnitud de las sociedades y grupos empresarios han propiciado la aparición de múltiples prácticas abusivas y fraudulentas, cuyas conductas, muchas veces por su complejidad, encuentran difícil adecuación en las figuras penales tradicionales, y que sin embargo producen unos efectos devastadores sobre los inte-

⁴ “Derecho Penal Especial de las sociedades anónimas”, obra coordinada por Joseph Hamel, Ed. La Ley, en pág. 23 se dice: “Otros se inclinan a pensar que la sanción penal y su amenaza es el mejor medio para impedir los fraudes. No vacilaría en responder afirmativamente, pero anteponiendo una condición estricta: es menester que el móvil fraudulento se halle siempre en la base de toda la represión penal, que el hombre de negocios no sufra el impacto de las sanciones correccionales, salvo si realmente ha procedido con intención fraudulenta. Cuando esta intención falta, los daños y perjuicios civiles serán castigo bastante para el incapaz o el imprudente.”

Jean Deprez, “El Elemento intencional en los delitos relativos al balance”, en “Derecho Penal Especial de las sociedades anónimas”, obra coordinada por Joseph Hamel, Ed. La Ley, en pág. 355 expresa: “La buena fe, causa de absolución, es admitida con bastante frecuencia por los tribunales. La severidad de los jueces respecto a los procesados suele ceder ante un tratamiento benigno de consecuencias quizás excesivas, pero inevitables.”

Asimismo dice Deprez en pág. 357: “En repetidas oportunidades ha sido denunciado este «descaecimiento de los órganos legales» de la sociedad, en beneficio de comités ocultos o del accionista más poderoso. Es de lamentar que administradores demasiado desvaídos puedan fundar en ello una fácil excusa para pretender ignorancia. «Desmoraliza admitir que mandatarios cuyo deber consistía en preparar un balance exacto y conducir fielmente la sociedad, pueden eludir la responsabilidad penal alegando, precisamente, sus propias negligencias y el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.» (Jean Deprez, pág. 357).

reses patrimoniales de numerosos inversores y, lo que quizás sea más grave, sobre la **ética empresarial, la confianza pública y en definitiva sobre la economía nacional**.⁵

Así para citar un ejemplo basta analizar la regulación actual de la estafa, como un delito contra el patrimonio, presenta desde el principio un escollo no fácilmente superable, y es el que se refiere al **bien jurídico protegido**. La falta de coincidencia entre los **bienes jurídicamente** protegidos, tradicionalmente decisivos en la interpretación penal y la inacción del legislador producen efectos curiosos: basta pensar por un lado en el de la estafa, como un clásico delito contra el patrimonio, que tutela intereses particulares; y por otro, en la confianza pública, cuya protección requiere el mercado de valores como bien jurídico supra-individual pareciera que debiera ubicarnos junto a los delitos en contra el orden económico. Ello ha obligado a un análisis que lleva a la creación de un tipo delictual autónomo como lo es el del «insider trading». En efecto, las expectativas para encuadrar la conducta antiética de «**insider trading**» en el delito de estafa sufre una primera limitación cuando se toma en consideración la naturaleza socioeconómica del bien jurídico tutelado en el delito de propios de los “**iniciados**”.

“Mi pesimismo –agregaba Halperin ascético y severo númen de la reforma de 1972, que al decir de Otaegui estaba detrás y encima de los restantes redactores- de que algo se logre realizar halla fundamentos en la psicología e intereses de los círculos económicos dominantes: ¿cuántos decenios ha llevado establecer que defraudar al fisco en la liquidación de impuestos es un delito? ¿Cuántos se jactan del contrabando que realizan, como si su realización no fuera delito! Se trata de conductas desviadas que producen consecuencias sumamente perniciosas por la desmoralización que frecuentemente provocan en la opinión pública, que tiende a percibir esa situación como de mayor tole-

⁵ Pietro Mirto, "Il Diritto Penale delle Società", Ed. Milano, Dott. Antonino Giuffrè – Editore, 1954, Pág. 61. "Giacché é ovvio che le società si costituiscono con il contributo di denaro e di valori economici di un numero non indifferente di persone private, e questo contributo patrimoniale, che é la energia motrice delle società, é totalmente rilevante agli scopi economici, che non consentito che sia lasciato alla libera discrezione di quelli che sono preposti alle società stesse: quel contributo patrimoniale, che é, a sua volta, frutto del risparmio individuale, determina a sua volta una entità economica, che gioca nel complesso delle forze economiche del paese..."

rancia en comparación con otras formas delictivas exteriorizadas en la comisión de pequeños delitos. Estos pueden resultar más visibles y flagrantes pero individualmente son menos dañinos en términos corrientes mientras son poco frecuentes; ello ocurre hasta que adquieren cotidianeidad y se generalizan: el sensación generalizada de impunidad generalizada lleva a la anomia.” Hace tres décadas el **magistrado ejemplar** concluía diciendo: “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 refiere el justice Douglas”.⁶

La manifiesta incapacidad de nuestro sistema penal sancionatorio para combatir las modernas variantes de la criminalidad económica y societaria resulta patente, tal como lo ha señalado un jurista español. De hecho, los delitos contra la propiedad recogidos por el Código Penal como ha sido señalado recientemente en un reciente libro español, proceden en su mayoría del Derecho Romano, y presuponen por tanto un sistema económico rudimentario protagonizado por comerciantes individuales y basado en relaciones simples.

A ello se añade, **en el caso de las grandes sociedades y de las bursátiles**, la frecuente inutilidad práctica de los mecanismos burocráticos de fiscalización y control previstos en las respectivas legislaciones, en función de la dispersión y desinterés u opresión que suelen afectar a los pequeños socios de las sociedades que cotizan sus acciones.⁷

La sociedad anónima —como todo “artefacto jurídico” como la calificara RIPERT— se presta también para ser usado “torcidamente”, el más importante instrumento del capitalismo moderno, para fines ajenos a las **previsiones legales referidas a sujetos con sentido común o guiados por el buen sentido**, para cometer una gama extraordinaria de hechos dolosos, en perjuicio de los socios y del público en general, engañados por maniobras efectuadas bajo un pabellón jurídi-

⁶ Halperin, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1974, libro del que hay una segunda edición, magníficamente actualizada por ese maestro del derecho y de la vida que es Don Julio C. Otaegui.

⁷ El fracaso de los mecanismos privados de control en las grandes sociedades de estructura oligárquica es invocado frecuentemente por la doctrina penalista para justificar la conveniencia de proteger penalmente los intereses de los socios.

co prestigioso (la SA). En otras palabras como dijera Garrigues “un cuchillo sirve para pelar una manzana y para matar a una persona”.

La complejidad que exhibe la estructura de las grandes sociedades anónimas contemporáneas, así como la de sus actividades, transacciones y contabilidad, constituyen un campo harto propicio para las actividades de una delincuencia financiera que evidencia una sin par habilidad técnica, como lo demuestran las recientes escándalos como Enron, Gescartera y Parmalat.⁸

Quizá de esta forma consigamos poner coto al singular fenómeno de que muchas de las empresas que andan económicamente mal o han terminado quebrando estrepitosamente o penosamente (hay que volver a la calificación de la conducta en sede concursal), y han tenido o tienen dirigentes o accionistas que exhiben una llamativa prosperidad.

Nada más ilustrativo que el conocimiento de la manera cómo la materia fue encarada por una añosa pero ejemplar legislación francesa, que no obstante haber perdido virtualidad por el paso del tiempo merece ser citada como ejemplo.

Resulta verdaderamente ejemplar la prolijidad con que los legisladores, jueces y juristas de Francia han considerado estos problemas desde antaño, analizándolo con la claridad metódica y el rigor característicos del espíritu galo.⁹

Basta ver lo los delitos especiales de los administradores de sociedades anónimas, como los que sancionaran, especialmente, los arts. 13, 14 y 15 de la ley del 24 de julio de 1867.

Los delitos eran y son en su esencia comerciales, vale decir que funcionaban en relación a la violación de reglas de derecho comercial y solamente puede comprendérselos a partir de un conocimiento cuidadoso y una determinación precisa del alcance que tienen las normas cuya inobservancia castigan.

¿Cómo explicar en términos exactos el delito de distribución de dividendos ficticios y el de abuso de los bienes o el crédito sociales, sin conocer a ciencia cierta la teoría del balance —que nos dará el crite-

⁸ “Derecho Penal Especial de las sociedades anónimas”, obra coordinada por Joseph Hamel, Ed. La Ley, Prefacio, pág. 9.

⁹ “Derecho Penal Especial de las sociedades anónimas”, obra coordinada por Joseph Hamel, Ed. La Ley, Prefacio, pág. 10 y 11.

rio del dividendo ficticio- o sin claras nociones sobre los derechos y obligaciones del administrador sobre los bienes sociales?”¹⁰

¿Cómo explicar los fraudes a través de los LBO de empresas posteriormente concursadas y luego beneficiadas escandalosamente con la devaluación del 2002 y quitas y esperas espectaculares? ¿Cómo explicar la dirección de empresas a cargo de sujetos condenados por sentencia firme en sus países de origen?

Pero cuidado que la decisión de criminalizar determinadas conductas y prácticas que tienen su ámbito natural en el seno de las sociedades, especialmente las que son titulares de **grandes empresas**, no necesariamente bursátiles y de **los grupos de sociedades** (incluso con sociedades de fachada o de paraísos fiscales) o que manejan ingentes cantidades de dinero, en definitiva, el **combatir en general la delincuencia y en especial la “de cuello blanco”** no puede desvincularse de un fenómeno como son los logros espectaculares del derecho penal liberal.¹¹

Hay que proceder en este terreno con una cierta cautela, concentrando las normas represoras en supuestos perfectamente delimitados como lo hace el anteproyecto.

Solo estableciendo selectivamente la intervención represora para la defensa de los bienes e intereses que se caractericen por su especial relevancia y que no puedan ser debidamente abordados a través de otros mecanismos jurídicos cabe justificar el carácter que lógicamente debieran significar las normas penales.¹² Pero ello presupone conduc-

¹⁰ “Derecho Penal Especial de las sociedades anónimas”, obra coordinada por Joseph Hamel, Ed. La Ley, Introducción, pág. 14 y 15.

¹¹ Pietro Mirto, “Il Diritto Penale delle Società”, Ed. Milano, Dott. Antonino Giuffrè – Editore, 1954, Pág. 61. “...la somma del patrimonio delle singole società costituisce una delle fonti della ricchezza nazionale, uno dei fattori dell’economia nazionale.”

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA Javier, Los delitos societarios – Un enfoque mercantil, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas, España, 1996, pág. 19.

“Derecho Penal Especial de las sociedades anónimas”, obra coordinada por Joseph Hamel, Ed. La Ley, Prefacio, pág., 9: “Desde el momento desde que se inicia la constitución del ente jurídico en adelante, da margen a sus fundadores, organizadores, directores y gerentes para cometer una gama extraordinaria de hechos dolosos, en perjuicio de los suscriptos, accionistas y del público en general, engañados por maniobras efectuadas bajo un pabellón jurídico prestigioso.”

Jean Deprez, “El Elemento intencional en los delitos relativos al balance”, en “Derecho Penal Especial de las sociedades anónimas”, obra coordinada por Joseph Hamel, Ed. La Ley, pág. 358: “El conocimiento insuficiente de los acusados en materias financieras o industriales, o el haber entrado recientemente en funciones ha parecido a los jueces una prenda bastante de la

tas ejemplares desde los más altos niveles del estado y un aparato judicial apto, solvente, desburocratizado y con los conocimientos y la infraestructura técnica necesaria para actuar prontamente y con eficacia, tal como lo hace actualmente la justicia española.

Esperemos que gracias al diseño del anteproyecto, que con prudencia táctica ha dividido el esquema legislativo en tres partes¹³ para que ninguno sea obstáculo del otro, se satisfagan las inquietudes de Halperin. Dicho sea de paso que por el derecho penal pasan las soluciones que recogen todos los países económicamente progresistas, como lo confirman la reciente reforma española del Código Penal y estadounidense luego del caso Enron.

buena fe. No podría castigarse a los administradores por culpas originadas en su negligencia o en su falta de competencia.

Esta jurisprudencia antigua, que no aparece prolongada en fallos más modernos, se funda, también ella, en el deseo de los jueces de castigar únicamente las intenciones culpables. Pero suscita las mismas críticas que la precedentemente analizada. Hay incompetencias culpables que no bastan para eximir de responsabilidad penal. La función de administrador supone responsabilidades y el acusado que, sabiéndose incompetente, quizás ignoró las falsificaciones del balance, no podía no conocerlas consecuencias positivas de su negligencia en participar con mayor eficacia en el control de la gestión social."

¹³ Pietro Mirto, "IL Diritto Penale delle Società", Ed. Milano, Dott. Antonino Giuffrè – Editore, 1954, Pág. 61. "Le disposizioni penali concernenti le società si distinguono in forme, che configurano l'ipotesi di delitti, e in norme che configurano ipotesi di contravvenzioni. Ad esse precisi dieci articoli contemplano ipotesi di delitti, e quattro articoli contemplano ipotesi contravvenzionali..."