

SOBRE LA NECESIDAD DE CREAR NUEVOS TIPOS PENALES QUE CASTIGUEN CONDUCTAS ILICITAS EN EL MARCO SOCIETARIO

Diego Gottheil

SITUACIÓN ACTUAL

La ocurrencia, cada vez mayor, de conductas delictuales perpetradas en el ámbito societario y su falta de efectivo castigo ha movido a doctrinarios nacionales y extranjeros a pensar e idear nuevas formas de reprimir y disuadir tales conductas.

¿Significa ello que las figuras vigentes son ineficaces para los fines mencionados?

En rigor de verdad, y de manera genérica, puede afirmarse que lo que sucede es que los tipos penales vigentes no son aplicados en toda su extensión posible y que la respuesta judicial sólo se verifica en los casos más graves e ineludibles. En otras palabras, normalmente los jueces se ven poco inclinados a efectuar una aplicación rigurosa de ciertas figuras represivas, algunas de las cuales, a pesar de existir desde hace varios años, no registran condenas sustentadas en las mismas. Tal es la situación vigente.

Antes de proseguir, cabe aclarar que el objeto de análisis en esta ponencia es el grupo de conductas que hacen a las relaciones privadas de las sociedades. Por lo tanto, no interesa aquí la normativa penal vinculada a las relaciones de orden público y administrativo que mantienen las mismas. No nos interesan en esta oportunidad, entonces, las normas represivas que sancionan conductas disvaliosas en los campos aduanero, impositivo, bancario, de cambio, de defensa de la competencia, abastecimiento, etcétera. Ello sin perjuicio, claro está, de poder tomar de tales ámbitos algunas soluciones o ejemplos de estructuras normativas.

ALGUNAS SOLUCIONES PROPUESTAS

Frente al estado de cosas expuesto algunos autores han planteado la necesidad de establecer pautas normativas distintas a las existentes para que el

castigo y la consiguiente disuasión sean realmente eficaces.

Las nuevas modalidades propuestas son las siguientes:

a) Tipos culposos, o bien, de responsabilidad por negligencia contravencional.
b) Tipos de responsabilidad cuasiobjetiva en donde se invierte la carga de la prueba, en razón de lo cual, verificada una infracción, corresponde al presunto responsable demostrar su inocencia.

c) Combinadas o no con los tipos mencionados en a) y b), se proponen figuras con sanciones breves de prisión -15 o 30 días- pero de cumplimiento efectivo. Vale decir, sanciones no pasibles de ser impuestas condicionalmente.

d) Combinadas o no con las modalidades anteriores, se propone la aplicación, tanto a la sociedad como a las personas físicas responsables, según el caso, de fuertes multas, inhabilitaciones especiales y la publicidad de los nombres de los responsables, empresas y hechos castigados.

e) Asimismo, se propicia la creación de figuras penales en donde las conductas reprimidas sean conductas ya declaradas ilícitas por la norma societaria a las cuales se pretende agregar un plus de sanción penal. Vale decir, se trataría de reforzar la disuasión y la sanción de tales conductas. En tal sentido, las figuras en cuestión deberían realizar una descripción minuciosa de las conductas que desean reprimir.

f) Por último, conjuntamente con lo propuesto en el punto anterior se propicia la inclusión en la propia ley de sociedades de los nuevos tipos penales especiales. Se sostiene que, de esta manera, al formar tales figuras parte del mismo cuerpo que contiene las normas que regulan la actividad, se logrará una mayor coherencia interpretativa.

Este es, a grandes rasgos, el espectro de soluciones propuestas.

LOS TIPOS PENALES VIGENTES

Pero ¿no contemplan los tipos vigentes la casi totalidad de conductas disvaliosas que en el ámbito societario merecen reproche penal?

Si bien es cierto que tales tipos normalmente no limitan su ámbito de aplicación a las sociedades comerciales, pensamos que la respuesta es afirmativa. Además del gran número de normas penales que castigan conductas ilícitas conectadas con relaciones administrativas y de orden público -las cuales, dijimos, no son el objeto de este trabajo-, existen en los elencos penales varias normas que castigan conductas dolosas perpetradas en el ámbito de las relaciones de derecho privado mantenidas por las sociedades. Veamos cuáles son.

Desde el punto de vista de las relaciones internas de la sociedad, contamos con la figura de la denominada administración fraudulenta (art. 173 inc. 7 Cód. Penal), la cual, por vía jurisprudencial y doctrinaria, extiende día a día su ámbito

de aplicación.

Desde el enfoque de su relación con terceros -relación externa- tenemos diversas figuras represivas: las estafas del art. 172 C.P., las defraudaciones del art. 173, que también incluye a la ya mentada administración fraudulenta, las quiebras tipificadas por los art. 176, 177 y 178, la competencia desleal del art. 159, las infracciones a la ley de Defensa de la Competencia (Ley 22.262), que si bien es una norma que protege un interés público -la sana y libre competencia- también protege el derecho de los particulares a gozar de condiciones equitativas de competencia.

Por fin, desde una perspectiva que protege el interés de todos -terceros y socios y demás integrantes del ente societario- existen figuras que resguardan la fe pública. En tal sentido operan los tipos que prevén los balances y otros estados e informes contables falsos o incompletos (art. 300 inc. 3º C.P.) y los actos contrarios a la ley y los estatutos. (art. 301 C.P.).

Cabe resaltar que los tres grupos de normas en muchos casos suelen ser aplicables a los mismos hechos, dando lugar al denominado concurso de delitos. (v.gr. se perpetra u oculta una administración infiel mediante la confección de un balance falso).

Si bien todos los ilícitos aludidos -y algunos otros no mencionados, tales como las falsedades documentales y las figuras del art. 300 inc. 1º y 2º- pueden verse relacionados con la actividad societaria, tres de ellos son moneda corriente cuando se verifican ilícitos penales en este ámbito. Ellos son la administración fraudulenta o infiel, la autorización, certificación o publicación de balances u otros estados e informes contables falsos o incompletos y el concurso a actos contrarios a la ley y los estatutos.

De esas tres figuras podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que sólo se aplica con asiduidad la prevista por el art. 173 inc. 7mo del C.P. Respecto de las otras dos, los tribunales han mostrado pocos casos en los cuales siquiera se hubiera procesado a alguien exclusivamente por balance falso y ninguno, al menos por lo que es de mi conocimiento, en que se lo haya hecho por actos contrarios a la ley o los estatutos.

En relación a esto último, la falta de aplicación del tipo penal del art. 301 resulta paradójica. Ello porque, sin duda, tal figura recepta todas aquellas conductas dolosas que crean un peligro concreto de causar perjuicio. Esta figura abierta, pero acotada por la necesidad de que la conducta sea efectuada con dolo directo y que provoque un peligro concreto y no abstracto, es el gran instrumento con que cuentan jueces y particulares para sancionar aquellas conductas dolosas que no encuadran en ninguna de las otras figuras del Cód. Penal o las leyes especiales. Pero su función no sólo es residual sino que permite castigar conductas disvaliosas *per se*. Veamos dos ejemplos: En una asamblea ordinaria los directores, que a su vez

son accionistas, votan su gestión formando la mayoría que aprueba la misma. Supongamos que dicha aprobación impide que se debatan y esclarezcan oportunamente algunas conductas que han perjudicado a la sociedad (por ej. manejos irresponsables o negligentes).

De esta forma los directivos han actuado violando el art. 241 de la ley 19.550 y dicho accionar ha creado el peligro de que se produzca un perjuicio para la sociedad al no determinarse posibles responsabilidades y montos del eventual daño. Sin perjuicio de las acciones de nulidad que puedan corresponder, si esos directores han actuado con dolo directo -sabiendo las consecuencias que producen sus actos prohibidos- sus conductas podrían encuadrar en la figura en cuestión.

Este es un ejemplo extremo referido a conductas perpetradas en vinculación con relaciones internas de la sociedad.

A continuación damos un ejemplo de conductas prohibidas que implican una actuación hacia afuera. Tal es el caso en que directivos de la sociedad efectúen operaciones de cambio en violación a la ley penal cambiaria Nº. 19.359, o bien incurran en conductas violatorias al régimen penal de defensa de la competencia (Ley Nº. 22.262) o a cualquier otra ley especial. En estos casos, violan esas leyes y crean el peligro cierto de que recaigan sanciones sobre las sociedades.

Fuera de los ejemplos mencionados, citando a Edgardo Roitman, cabe aludir a las siguientes disposiciones de la ley de sociedades cuya violación puede dar lugar a la figura analizada si las conductas son efectuadas mediando el dolo necesario y un peligro concreto de que se produzca un perjuicio.

1. Pago de dividendos con acciones o entrega de acciones no integradas sin respetar la proporción de cada accionista en la capitalización de reservas y otros fondos especiales inscriptos en el balance (art 189).

2. Emisión de nuevas acciones cuando las anteriores no hubieran sido aún suscriptas (art. 190)

3. Aprobación de dividendos a los socios sin partir de la base de ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto (art. 68 y 224).

4. La oferta pública de acciones en violación de las disposiciones legales que la regulan (art. 199). (En los casos en que dicho ofrecimiento ilegal o antirreglamentario fuera fraudulento, la acción cae bajo las previsiones del art. 300 inc. 2º).

5. Adquisición de acciones para la sociedad que las emitió fuera de los casos previstos por el art. 220.

6. Recibir las acciones de la sociedad en garantía para la misma sociedad (art. 22).

7. El director que celebrare contratos con la sociedad que no sean los de la actividad normal de ella en condiciones más desfavorables para la misma que si hubiera contratado con terceros, o sin hacer saber su participación al directorio y síndico ni abstenerse de intervenir en la deliberación (art. 271).

8. El director que tuviese un interés contrario al de la sociedad sin comunicarlo al directorio y a los síndicos ni abstenerse de intervenir en la deliberación (art. 272).

9. Venta o cesión de la totalidad del activo o parte de él imposibilitando así la continuación del giro de sus negocios en el caso de sociedades que hubiesen constituido una garantía flotante en la emisión de debentures (art. 330).

10. Reducción del capital social en proporción mayor a la de los debentures reembolsados (art. 356).

11. Recibir los propios debentures en garantía (art. 357) ⁽¹⁾.

Demás está decir que muchas veces las conductas descriptas pueden formar parte del *iter criminis* correspondiente a la figura más grave del art. 173, inc. 7 del Cód. Penal si se dan los elementos de la misma. A pesar de ello, es útil tener presente que la fórmula del art. 301, además de operar en múltiples ocasiones como tipo de aplicación subsidiaria al de la administración fraudulenta, funciona como figura autónoma castigando conductas que nunca tuvieron por finalidad reunir o cumplir con todas las características de ese tipo mas grave, vale decir, nunca tuvieron por fin defraudar.

Se ha insistido hasta aquí en el análisis del delito del art. 301 ya que, de los tres mencionados al comienzo, es éste el que menos aplican nuestros tribunales a pesar de que, como queda expuesto, el mismo sirve para reprimir innumerables conductas ilícitas perpetradas en el ámbito de las personas colectivas que no llegan a configurar defraudación. En síntesis, tal figura es útil para reprimir aquellos ilícitos dolosos menores que se dan en el ámbito societario y merecen reproche penal.

En relación a conductas de carácter doloso, sólo resta mencionar qué sucede respecto a aquellas personas que, en razón de que estas figuras consagran delitos especiales, no están sindicadas como posibles autores en los tipos penales mencionados hasta aquí.

El ejemplo clásico se encuentra dado por el accionista que no realiza ninguna de las acciones típicas pero sí las instiga o presta colaboración en ellas. Tales situaciones, en principio, deben resolverse mediante las reglas de la participación, las cuales captan la gran mayoría de hipótesis posibles.

Y decimos *gran mayoría* en razón de que existen algunas hipótesis de

(1) "Los Fraudes al Comercio y la Industria". Pág., 223 y 224. Edgardo Roitman.

conductas que, mereciendo reproche penal, o bien no se les asigna sanción desde nuestro derecho positivo -constituyendo lagunas de punibilidad-, o bien para lograr tal asignación se recurre a construcciones doctrinarias que fuerzan en exceso el sentido de la ley.

De tales situaciones resaltamos la del *autor de hecho* y la del *autor mediato no calificado*

La primera hipótesis se da cuando una persona que no reúne las características de autor requeridas por las figuras analizadas (art. 173, inc. 7 art. 301) - recordemos que se trata de figuras especiales- efectúa una de esas acciones típicas. Por ej. un tercero que tiene manejo o influencia de hecho en la sociedad -no sustentado en ninguna de las circunstancias mencionadas por la norma- realiza actos de disposición perjudiciales para el ente. Este accionar no encuadra en la figura del art. 173, inc. 7mo. por que su autor no reúne la característica requerida por el tipo, vale decir la de administrar bienes o intereses pecuniarios ajenos en virtud de un acto jurídico, o por disposición de la ley o de la autoridad. Pensamos, con Soler, que, si no se demuestra que el autor logro la confianza previa para luego consumir el fraude, su accionar tampoco encuadra en la estafa por abuso de confianza del art. 172. Ello en virtud de que ese delito requiere de un ardid o engaño previo que induce a error a quien efectúa la disposición patrimonial fraudulenta. En el caso de la estafa mediante abuso de confianza tal ardid se halla configurado por el logro de la confianza que luego permite defraudar. En síntesis, lo expuesto implica que el denominado autor de hecho no resulta punible en la hipótesis comentada.

La segunda situación, del autor *mediato no calificado*, también constituye una laguna legal de punibilidad. Ya de por sí la denominada autoría mediata puede verse como una construcción doctrinaria que fuerza el sentido de la norma positiva. Aún aceptando tal institución, sostenemos que debe descartarse la punibilidad del autor mediato no calificado en aquellos casos en que su *instrumento* -sí calificado- resulta inculpable. (Si el *instrumento* actúa con el dolo necesario, el autor mediato no calificado pasa a ser cómplice o instigador de aquel, que a su vez se convierte en autor. Se trata ya de otra hipótesis). Al igual que el caso anterior, el autor mediato no calificado no reúne los rasgos de autoría que las figuras analizadas requieren.

La falencia expuesta nos lleva a proponer que futuras reformas legislativas en la materia tipifiquen en forma clara las hipótesis del autor de hecho y del autor mediato no calificado en relación a la figura de los art. 173 inc. 7mo. y 301 del C.P. a fin de cubrir tales lagunas de punibilidad y evitar que se pretenda llegar a sancionar esas conductas mediante un forzamiento de las normas existentes, procedimiento violatorio del principio de legalidad.

QUE TOMAR Y QUE DEJAR DE LAS SOLUCIONES MENCIONADAS AL PRINCIPIO

A. Respecto a las propuestas mencionadas al principio, no suscribimos aquellas que propugnan tipos que prevean una responsabilidad cuasi-objetiva y tampoco aquellas que propician figuras que establezcan sanciones de prisión cortas de cumplimiento efectivo.

Los primeros, al invertir la carga probatoria, violan el principio de inocencia y la defensa en juicio.

Los segundos implican un régimen especial que no se justifica en virtud de la materia que regulan y serían violatorios de los principios de razonabilidad y de igualdad ante la ley, ya que no se explica por qué en esta materia debe serse más duro en relación a la modalidad en que se aplican las sanciones. Además, al menos en lo que se refiere a conductas dolosas, las mismas normalmente se verán captadas por las figuras ya existentes, con lo cual, si no se derogaran las mismas y se crearan tipos como los propuestos, se daría una duplicidad innecesaria de normas represivas y se produciría el resultado paradójico de que las acciones más graves de los tipos actualmente vigentes podrían imponerse en forma condicional mientras que las más leves de los tipos nuevos sería de cumplimiento efectivo.

En otras palabras, como ya se ha dicho, deben utilizarse con eficiencia y mayor asiduidad las figuras penales existentes, las cuales regulan su régimen de sanción bajo las reglas generales establecidas por los códigos penal y procesales. Si se aplican tales figuras debidamente disminuirá la sensación de impunidad que se pone de manifiesto muchas veces.

B. Las demás propuestas reseñadas nos parecen útiles.

En tal sentido sugerimos que, mediante futuras reformas a la ley de sociedades, se establezcan en un capítulo especial de la propia ley:

1) Figuras penales culposas y de negligencia contravencional sancionadas con penas de multa, inhabilitación especial y publicidad de los hechos y responsables, todo ello según los distintos grados de gravedad. En los casos más graves podrá preverse la sanción de prisión, la cual se regirá según las normas generales del Código Penal y de los Cód. de Proc.

2) Sanciones que recaigan no sólo sobre las personas físicas sino también sobre las entidades ideales en los casos en que el perjuicio, o parte del mismo, haya sido sufrido por terceros, incluyendo el estado.

3) Por último, la redacción de los tipos, que serán pocos, deberá efectuarse de manera tal que sirvan para captar la mayor cantidad posible de conductas disvaliosas, evitándose la descripción minuciosa de las mismas. Ello deberá

hacerse, claro está, evitando incurrir en leyes penales en blanco violatorias del principio de legalidad.

En tal sentido, además de los componentes subjetivos como elementos estructurantes de los tipos, podrá recurrirse a la noción de perjuicio (tanto potencial como efectivo) y a la violación de la ley de sociedades y demás leyes.

PONENCIA

1. Las figuras penales vigentes, principalmente las de los art. 173, inc. 7, 300, inc. 3 y 301 del Cód. Penal, son suficientes para captar la gran mayoría de conductas ilícitas que, en el marco societario, merecen reproche penal.

2. La creación de figuras penales que sancionen tipos de responsabilidad cuasi objetiva, en los que se invierte la carga de la prueba, no resulta recomendable debido a que atenta contra el principio de inocencia y la garantía de la defensa en juicio.

Tampoco es recomendable la sanción de tipos que establezcan penas de prisión cortas -15 o 30 días- de cumplimiento efectivo, ya que las mismas atentarían contra los principios de razonabilidad e igualdad ante la ley.

3. Sí resulta útil, y así se propone, que, mediante futuras reformas a la ley de sociedades, se establezcan en un capítulo especial de la propia ley:

a) figuras penales culposas y de negligencia contravencional sancionadas con penas de multa, inhabilitación especial y publicidad de los hechos y responsables, todo ello según los distintos grados de gravedad. En los casos más graves podrán preverse sanciones de prisión leves, las cuales se regirán, en cuanto a su aplicación, según las normas generales del Cód. Penal y del Cód. de Proc. Penal.

b) Sanciones a recaer no sólo sobre las personas físicas sino también sobre las personas ideales, en los casos en que el perjuicio, o parte del mismo, haya sido sufrido por terceros.

c) Por último, la redacción de los tipos -que serán pocos- deberá efectuarse de manera tal que sirvan para captar la mayor cantidad posible de conductas disvaliosas, evitando una descripción minuciosa de las mismas, pero respetando el principio de legalidad.

4. En cuanto a conductas de carácter doloso vinculadas a los delitos especiales relacionados con la materia -sobre todo la figura del art. 173 inc. 7º del C.P.- se propone que, mediante futuras reformas al Código Penal, se definan e incriminen las figuras del *autor mediato no calificado* y del *autor de hecho*.