

## ILÍCITOS SOCIETARIOS

*Sandra Di Mecola*

*Silvina Mosqueira*

*Silvia Musacchio de Rey*

*Patricia Zoboli*

*Miguel Eduardo Rubin*

### 1.- INTRODUCCIÓN

La sociedad comercial viene siendo uno de los medios predilectos de la delincuencia económica. Empleando a la estructura societaria como pantalla legal, o a través del abuso de las atribuciones por parte de sus dirigentes, o bien mediante otras artimañas, se ha generado toda una galería de ilícitos en perjuicio de la propia sociedad, de sus socios, y -no pocas veces- de terceros <sup>(1)</sup>.

Se trata de una franja de la delincuencia muy difícil de desbaratar. Es una verdad ampliamente conocida que los delincuentes en este ámbito suelen contar con medios técnicos y financieros muy poderosos, que no pocas veces tejen tramados negociales muy complejos, y que, paralelamente, la Justicia debe combatirlos con mínimos recursos <sup>(2)</sup>.

A la hora de evaluar las flaquezas del sistema jurisdiccional habrá que admitir que no sólo son de orden material <sup>(3)</sup>, sino también técnico-jurídico.

Es frecuente que fraudes groseros queden impunes al amparo de norma jurídicas vetustas, tanto en lo sustancial (figuras típicas), como en lo procesal.

Nadie puede llamarse a engaño: por más que los códigos penales regulen las defraudaciones genéricas <sup>(4)</sup> u otras modalidades de delincuencia económica <sup>(5)</sup>, existe una amplia galería de situaciones que quedarán fuera de la previsión legal.

Más patético resulta el panorama desde el punto de vista procesal. Históri-

(1) Sobre estas cuestiones: García, Luis M. y Llerena, Patricia, *Criminalidad de empresa*, Bs.As., Ad-hoc, 1990, p. 14.

(2) Galgano, Francesco, *Criminalidad económica: El punto de vista del civilista*, R.D.C.O., año 15, 1982, p. 691.

(3) En algunos países los tribunales cuentan con una policía judicial, dotada de profesionales de muy diversas ramas, con todos los adelantos en materia de informática para detectar -lo más tempranamente posible- este tipo de ilícitos.

(4) Y aún algunas específicas, como la *administración fraudulenta*.

(5) Como la confección de balances falsos, etc.

camente se han presentado dos alternativas: la modalidad objetiva, que se conforma con encontrar coincidencia entre lo obrado por el agente y la conducta descrita en el tipo legal, y la modalidad subjetiva que reclama, además, la presencia de dolo o culpa.

Ambos sistemas se reparten ventajas e inconvenientes. Sin duda el reclamo del ingrediente subjetivo adiciona equidad al ordenamiento, pero aleja las posibilidades de incriminación; el otro, correlativamente, las acerca<sup>(6)</sup>. De hecho, ha sido el método usualmente empleado en sistemas democráticos, mientras que el estilo objetivo imperó en épocas de autoritarismo.

No obstante, esta visión primaria del problema nos puede llevar a errores de enfoque, pues, ni todos los plexos legales del Derecho comparado resultan totalmente objetivos o subjetivos, ni la modalidad objetiva ha sido patrimonio de los autoritarismos.

Pero hagamos un breve repaso de los plexos extranjeros.

## 2.- DERECHO COMPARADO

### 2.1.- El ordenamiento estadounidense

Como es sabido, el régimen estadounidense se encuentra disperso entre una serie de leyes federales y estatales, más los precedentes jurisprudenciales.

Vemos que, por ejemplo, la Uniform Fraudulents Conveyance Act establece que las transferencias efectuadas por la sociedad sin una justa consideración son fraudulentas, sin tenerse en cuenta la intencionalidad<sup>(7)</sup>.

La mayoría de los estados dictaron normas que imponen responsabilidad a los directores que permitan el pago de dividendos a los accionistas cuando los acreedores de la sociedad por créditos de plazo vencido no están totalmente satisfechos. Tampoco para este ordenamiento tiene interés el determinar si el obrar ha sido fruto de dolo o culpa de los directivos.

### 2.2.- Alemania y sus seguidores

El régimen de la ex República Federal de Alemania en materia de responsabilidad penal de las sociedades y sus directivos centralmente está regulado por el OWIG (Parte General de la Legislación contravencional)<sup>(8)</sup>.

(6) Videla de Mazo, José María, *Delitos societarios*, en rev. *Temas de derecho comercial, Conflicto societarios*, año 1, nº1, Abaco, Bs.As., p. 259.

(7) Blumberg, Phillip, *The law of corporate groups*, Little, Brown & Company, Boston, 1988, p. 43.

(8) Seguimos en este punto a Malamud Goti, Jaime E., *Las penalidades a sociedades y sus directivos por el hecho del agente (dos modelos del derecho comparado: la República Federal de Alemania y los Estados Unidos de Norteamérica)*, en rev. de Doctrina Penal, año III, Nº 11, (año 1980), p. 555.

Este sistema castiga a la sociedad misma y a sus dirigentes por los delitos o contravenciones de cualquier naturaleza, abarcando desde las infracciones de tránsito hasta las figuras de prácticas monopólicas.

En numerosos supuestos la ley obliga a seguir la causa contra la sociedad, dejando de lado a la persona del infractor. El fundamento de esta tesitura lo encontramos en el principio de oportunidad consagrado por el par. 30<sup>(9)</sup>. Para aplicar esta norma se admite, en general, que basta con que el órgano (o uno o más de sus miembros) obre dentro del límite de los negocios de la empresa (actividad 'intra vires') aunque no sea precisamente competente para ejecutar u ordenar el acto<sup>(10)</sup>.

El par. 130 establece otra regla de alcance general al determinar que el titular o propietario de una empresa será responsable por las contravenciones o por los delitos llevados a cabo por las personas que actúan por esa empresa, en tanto hubiese omitido adoptar las medidas de vigilancia o control necesarias para evitarlas.

La ley brasileña de sociedades anónimas<sup>(11)</sup>, en gran medida tributaria del ordenamiento germánico, a partir de los arts 153 y 154, contiene lo que los autores denominan un *patrón de comportamiento de los administradores*<sup>(12)</sup>.

Este parámetro (de esencia objetiva) se vislumbra en una serie de ilícitos previstos por este plexo: el practicar (los directivos) actos de liberalidad a costa de la compañía, recibir de terceros, sin autorización estatutaria o de la asamblea general, cualquier clase de ventaja personal, directa o indirecta, en razón del ejercicio de su cargo, entre otras.

### 2.3.- El ordenamiento francés

La ley de sociedades comerciales del 24.7.66<sup>(13)</sup> dedica el segundo de sus tres títulos a las disposiciones penales.

En sus 66 artículos (423 a 489), aplica sanciones que van desde la multa a la prisión de hasta 5 años, dejándose al criterio del tribunal la aplicación de una, otra o ambas.

Las penalidades se pueden aplicar -según las hipótesis- a los socios, dirigentes y organismos de control con motivo de la constitución<sup>(14)</sup>, funcionamiento

(9) Esta norma dice que, cuando por razones de hecho no se pueda perseguir o castigar al agente (individual) por su obrar, reputado *principal*, "se pondrá imponer la pena o sanción administrativa, o cuando, en virtud de razones procesales, no se pueda llevar adelante la acción y así lo decida la autoridad administrativa, el tribunal, o ambos de común acuerdo".

(10) Se conoce a esta figura como *gestor arbitrario*.

(11) Ley 6.406 del 15-12-76.

(12) Arruda Miranda, Darcy Jr., *Breves comentarios à lei de sociedades por açoes*, Saraiva, San Pablo, 1977, p. 222.

(13) Dec. 23-3-1967.

(14) Ya la ley del 24 de julio de 1867 establecía delitos especiales relativos a la constitución de sociedades, sobre bases muy similares a las actuales: sobrevaluación de los aportes en especie, declaraciones falsas, etc. Sobre el particular: René Roblot en 12ª reedición del clásico de Goerges Ripert,

to y liquidación de los distintos tipos de sociedad, e, incluso, a quienes *directamente o por persona interpuesta hayan ejercido la administración, dirección o gestión, bajo el amparo o en lugar de sus representantes legales.*

Se han previsto una gran cantidad de figuras, a su vez clasificadas por tipo social <sup>(15)</sup>. Encontramos así, la valuación falsa de los aportes *in natura*, la falta de presentación de balances, la emisión de acciones antes de inscribirse el aumento de capital en el registro de comercio, el reparto de dividendo ficticios, el oponer impedimento para que un accionista intervenga en una asamblea, o que no se le proporcione la información que legalmente solicite, entre otros.

La doctrina agrupa estas figuras, en lo que al dirigente social se refiere, en las siguientes categorías: el abuso de bienes de la sociedad, el uso del crédito en beneficio personal y el uso de poderes o prerrogativas propias de la gestión encargada para fines diversos de los societarios <sup>(16)</sup>.

En general, campea la orientación objetiva. Sin embargo, con la ley concursal de 1985 <sup>(17)</sup>, al tiempo que se modificaron una serie de institutos, se introdujeron dos reformas conceptuales:

- a) se amplió notablemente el espectro de las personas que pueden ser inculpadas por ilícitos societarios <sup>(18)</sup>. Por el art 209 de la ley de saneamiento y liquidación de empresas puede ser considerado sujeto activo toda persona que directa o indirectamente -de hecho o de derecho- hubiera dirigido o liquidado una persona jurídica de derecho privado con actividad económica, y las personas físicas representantes permanentes de personas jurídicas dirigentes de las personas jurídicas mencionadas en el acápite; y
- b) paralelamente se dio una vuelta de tuerca hacia el sistema subjetivo, reclamando, por lo general, la presencia de cierto grado de intención en el agente <sup>(19)</sup>.

*Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, p. 792, Lib. Gral de droit et de Jurisprudence, Paris, 1986.

(15) En cuatro capítulos consecutivos se trata: I infracciones concernientes a las sociedades de responsabilidad limitada, II infracciones concernientes a las sociedades por acciones, III infracciones relativas a los valores mobiliarios emitidos por las sociedades por acciones, y IV infracciones comunes a los diversos tipos de sociedades.

(16) Cozian, Maurice y Viandier, Alain, *Droit des sociétés*, 3ª ed. Litec, Paris, 1990, p. 238.

(17) Ley del 25.1.1985.

(18) Así por ejemplo se modificó el art. 403 del código penal considerando *cómplices* del delito de bancarota aun a quienes no revistan la calidad de comerciantes, artesanos, ni dirigentes societarios. Los parientes o allegados a los dirigentes de las empresas pueden ser reprochados por el delito de *abuso de confianza* (art. 406 del cod. penal) cuando hubieran desviado, disimulado y ocultado bienes del activo sometidos a procedimiento colectivo.

Por su parte la Corte de Casación, a través de la sala de crimen, en fallo del 27.1.86 declaró que el presidente de una agrupación de interés económico, si bien no está comprendido en la previsión legal sobre *dirigentes de hecho* de los arts. 431 y 463 de la ley de 1966, igualmente podía ser incriminado a partir de otras normas del sistema (rev. des sociétés, nº 2 de 1986, p. 273).

(19) Esto hace a dos aristas del tema: 1) Refuerza el *principio de autortia* (nadie puede ser

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

En cuanto a los *comisarios de cuentas* (funcionario de lejana similitud a nuestro síndico), habida cuenta las severas incompatibilidades profesionales previstas, sumada a la -teórica- dedicación exclusiva que reclama la ley, está sometido a diversos regímenes sancionatorios: el de la misma ley societaria, el de las normas disciplinarias especiales aplicadas por las Comisiones Regionales de Inscripción y Disciplina, y, además, el que corresponda por la profesión del inculcado <sup>(20)</sup>.

## 2.4.- Italia

Los administradores de todas las sociedades sujetas a la obligación de inscripción, son pasibles de sanciones penales cuando:

- 1) Incurren en falsedad en los balances, en sus relaciones o en otras comunicaciones societarias;
- 2) divulgan informaciones sociales reservadas;
- 3) violan las disposiciones establecidas para tutelar la integridad del capital;
- 4) no respetan las reglas relativas a la tutela del crédito, la reducción del capital o la fusión con otra sociedad;
- 5) cuando entregan a los socios bienes de la sociedad, o los liberan de obligaciones exigibles para con ella;
- 6) cuando contratan préstamos o se hacen conceder garantías de la sociedad durante su gestión <sup>(21)</sup>.

También existen figuras específicas para las sociedades de capital, como la falta de cumplimiento de las obligaciones de convocatoria a asamblea, o el influir en la formación de mayorías en las asambleas usando medios ilícitos, etc. <sup>(22)</sup>.

Muchos ilícitos adquieren peculiaridad cuando acontece la quiebra ulterior o contemporánea de la empresa. Esta simbiosis legal ha obligado a agudizar el ingenio para evitar que múltiples situaciones de fraude queden exentas de sanción <sup>(23)</sup>.

Resultado de esas investigaciones y contribuciones (tanto de la doctrina como de la jurisprudencia) son algunas directivas de uniforme aceptación:

penado, sino por su propia conducta), como se ve en el delito de hacer votar falsamente a otro en una asamblea, instituto que reclama que esa acción se haga *conscientemente*; y 2) revaloriza a las exigencias de dolo o culpa del agente, como se advierte en el agregado de adjetivos y adverbios (v. gr. *fraudulentamente* en el mentado art. 209).

(20) Jeantin, Michel, *Droit des sociétés*, Montchrestein, Paris, 1989, p. 149.

(21) Ferrara, Francesco Jr., *Empresarios y sociedades*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, p. 293.

(22) Auletta, Giuseppe y Salanitro, Niccolo, *Diritto Commerciale*, Giuffrè Ed., 4ª ed., Milán, 1986, p. 265.

(23) Giuliani-Balestrini, Ubaldo, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Giuffrè Ed., Milán, 1983, p. 167.

- a) la ley sanciona tanto especies de daño como de peligro;
- b) cuando se habla de *daño* como requisito integrativo de la figura, no se trata de un perjuicio patrimonial directo inferido al sujeto pasivo, sino que consiste en toda forma que impida o entorpezca el ejercicio de sus derechos <sup>(24)</sup>;
- c) si bien se reclama la existencia de dolo o culpa del agente, el solo encuadramiento de su conducta en la figura típica, importa presunción en su contra <sup>(25)</sup>.

### 3.- BALANCE DE LOS ORDENAMIENTOS REVISADOS

Se infiere de lo visto hasta ahora que, cuando en materia de delitos societarios afloran dos intereses (válidos y legítimos) contrapuestos: el de perseguir y castigar los ilícitos, y el de no transformar el sistema en una *caza de brujas* que desaliente la inversión en emprendimientos comerciales <sup>(26)</sup>.

Otra dificultad con que tropieza el legislador en esta materia, radica en encontrar una ecuación procesal que albergue las ventajas de los métodos subjetivo y objetivo, evitando sus inconvenientes <sup>(27)</sup>.

Finalmente, hay que optar, entre las teorías disponibles <sup>(28)</sup>, por una modalidad sancionatoria que tienda a alcanzar, con equidad, un doble objetivo: primero, la disuasión, segundo, el justo castigo al infractor.

Las líneas que siguen tratan de configurar nuestro modesto aporte para una futura ley de delitos societarios para la Argentina.

### 4.- PONENCIA

En síntesis proponemos:

#### 1.- La creación de un sistema nuevo en lo penal societario <sup>(29)</sup>;

(24) Se ve con claridad en la *Insolvencia fraudulenta*. Tradicionalmente era indispensable que saliera un bien del patrimonio del sujeto activo, sin contraprestación. Ahora ello es relativo, pues puede ocurrir que un bien registrable (normalmente de fácil ejecución) sea cambiado por otro más volátil (lo que complica su persecución judicial) para que quede perfeccionado el ilícito.

(25) Lógicamente presunción *Juris tantum*, que puede vencer aportando pruebas que los desincrimine.

(26) Videla del Mazo, José M., ob. cit., nota 5, p. 260.

(27) Malamud, Goti, Jaime E., *Política criminal de la empresa. Cuestiones alternativas*, Hammurabi, Bs. As., 1983, p. 27.

(28) Díaz Ortiz, José A. y Marconi, Norberto J., *Análisis de la ley penal tributaria N° 23.771*, Ed. Cima, Bs. As., 1990, p. 16, recuerdan que, sobre el particular, hay tres teorías: a) *Las teorías absolutas* en la que la pena será legítima si es una retribución de una lesión cometida culpablemente; b) *Las teorías relativas*, las que centran la legitimidad de las penas en la obtención de un fin determinado, acudiendo al criterio del *utilidad*; y c) *Teoría de la unión*, que implica una actitud ecléctica entre las otras dos.

(29) Navarro, Guillermo R., *Quiebra y otros fraudes en el comercio y la industria*, Pensamiento Jurídico Ed. Bs. As., p. 95, demuestra como, apesar de sucesivas modificaciones legislativas, delitos como el de *administración fraudulenta* distan mucho de conformar un plexo satisfactorio.

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

2.- Estas cuestiones debieran ser de competencia de los jueces penales especiales (en la Capital Federal, la justicia penal-económica);

3.- Serán considerados sujetos activos toda clase de dirigente *de hecho* o *de derecho*, comprendiendo en consecuencia (y según el tipo de ilícito) a los integrantes de los órganos de administración y fiscalización, y a todo aquel que, en la práctica, tenga poder suficiente como para obrar por la sociedad;

4.- Se optará por el criterio subjetivo en lo que a figuras penales típicas se trate. Sin embargo, el mero encuadramiento de la conducta del agente en los contornos del instituto, importará inversión de la carga de la prueba en su contra <sup>(30)</sup>;

5.- En materia de sanciones se establecerán multas <sup>(31)</sup>, inhabilitaciones y penas privativas de la libertad <sup>(32)</sup>, permitiéndose al tribunal, según la gravedad de los hechos, aplicarlas de modo alternativo o conjunto;

6.- En cuanto a las multas proponemos que se destine a un fondo especial para dotar al Poder Judicial de elementos humanos y materiales para la investigación de esta clase de ilícitos.-

(30) Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Hammurabi, Bs.As., 1986, p. 74, explica cómo ha evolucionado la dogmática penal en relación a la *culpabilidad* sobre todo por la ponderación la *infracción al deber cuidado* propugnada por la teoría *finalista*. Para esa orientación, cuando el agente transgrede aquello que objetivamente era esperable que haga de acuerdo a su situación (en nuestro caso, en la empresa) se inferirá que ha mediado negligencia o intencionalidad. Para más precisiones: Tieghi, Osvaldo N., *Esbozo crítico en torno a las doctrinas de la culpabilidad*, (Causalismo-finalismo), L.L., 1982-C, p. 986.

(31) En las que la sociedad y los dirigentes responsables serán solidariamente responsables.

(32) No se descarta el reemplazo de esta sanción por la de *trabajos comunitarios* y otras variantes similares.