

EL TRASVASAMIENTO DE EMPRESAS, ¿ES UN DELITO?

Carlos Palacio Laje

Sumario

El trasvasamiento es una modalidad de la defraudación por vaciamiento derivada de afectar el normal desenvolvimiento de la empresa (art. 174 inc. 6, primera parte del Código Pernal Argentino)

El trasvasamiento (o transvasamiento) es una maniobra normalmente vinculada a las empresas cuyo titular es una sociedad comercial. Se configura cuando la actividad de una empresa, que generalmente afronta dificultades económicas, es continuada por otra (de titularidad de otra sociedad o de un tercero) que se crea al efecto, cesando de hecho la primera empresa su actuación. La empresa deudora, subsiste formalmente pero desaparece en el ámbito fáctico al ser, a decir de Nissen, "abandonada a su propia suerte", y sus actividades son continuadas por una tercera sociedad, constituida e integrada por personas vinculadas con la primera, y que hasta puede desarrollarlas en el mismo lugar físico, utilizando todo o parte del activo de la misma.

La modalidad implica, que los titulares de una empresa apremiada por obligaciones que no puede o no quiere cumplir, para evitar las consecuencias de tener que afrontar a los acreedores, constituyen otra entidad, y continúan la idéntica o casi idéntica actividad, aprovechando la totalidad o parte de la infraestructura material y humana de la anterior, a la que dejan a la deriva, con la carga de su pasivo. A la nueva empresa se le nutre de los negocios, de los contactos y proveedores, de todos o parte de los bienes de capital de la anterior, de todo o parte del fondo de comercio, y de cuanto se le ha restado a la anterior, que de esta manera, queda, o bien debilitada y sin la atención empresarial que normalmente venía teniendo y por

tanto incapacitada para subsistir en el mismo estado de situación en el cual contrajo sus obligaciones, o bien de hecho extinta. En ambos casos con el objetivo de evitar que el patrimonio de la empresa o bien sus ganancias futuras, puedan ser destinadas a la atención de sus obligaciones crediticias.

Como explica Spagnolo, la modalidad referida aparece en forma reiterada en nuestro medio como respuesta inadecuada al endeudamiento social y/o conflictos internos y/o externos de los administradores en los distintos tipos societarios, sobre todo aquellos que limitan la responsabilidad. Sostiene Nissen, que son salidas que se adoptan frente a situaciones financieras, ante las cuales se prefiere “dejar morir” a la primera sociedad, sin recurrir a los trámites disolutorios y liquidatorios previstos por el orden societario o concursal, apareciendo en escena una nueva sociedad, que pasará a desarrollar la misma actividad, sin hacerse cargo, obviamente, del pasivo de la primera. “Sucede así que amparándose luego en la limitación de la responsabilidad de la nueva sociedad, o en el carácter de tercero del nuevo titular, el endeudamiento generado por la primera empresa frente a los terceros acreedores... será esquivado por la astucia de quienes han sido integrantes de la empresa o del sujeto trasvasado, los que invocarán la defensa, siempre oportuna, de que se trata de personas distintas”.

El transvasamiento se caracteriza por las estrechas vinculaciones de sus protagonistas, y por tener en común actividad, empleados, clientela, bienes de capital, y hasta probablemente el lugar físico en el cual se desarrolla, aunque obviamente sus socios, accionistas o administradores no sean en el orden formal, exactamente los mismos. Puede suceder incluso que los titulares anteriores, ahora figuren como empleados o gerentes, y aquéllos resulten personas de confianza, familiares, o los mismos empleados. Se caracteriza también por el incumplimiento de las normas relativas a las transferencias del fondo de comercio, regulado por la ley 11.867.

En lo que al orden penal interesa, en especial frente al marco del primer tipo previsto en el inc. 6 del art. 174 del C.P. (afectar el normal desenvolvimiento de una empresa), debemos recalcar el hecho de que el transvasamiento involucra abandonar una empresa total o parcialmente, es decir, el hecho de que esta modalidad implica adoptar distintas acciones que tendrán como resultado incapacitar a la empresa, como necesaria consecuencia de haber capacitado a otra

empresa (nueva), con todos o parte de los elementos material o inmateriales de aquélla.

La acción típica del primer tipo que contiene el inc. 6 del art. 174 del C.P., es la de “afectar el normal desenvolvimiento” de una empresa. Esta acción implica tanto como alterar o perturbar el desarrollo de la actividad estándar corriente y uniforme que supone, y requiere, la naturaleza del negocio en el marco de sus particulares antecedentes.

El normal desenvolvimiento de una empresa, que es un elemento normativo del tipo (empírico-cultural), se relaciona con todos aquellos aportes materiales e inmateriales que resultan beneficiosos y necesarios para desarrollar su actividad con cierta previsión.

Es indudable que el empresario que en los hechos dolosamente hace cesar la actividad de su empresa, sin haber acudido a los trámites de disolución (en el caso de persona jurídica), es decir que no sólo deja de realizar los aportes materiales e inmateriales que resultan beneficiosos y necesarios para desarrollar su actividad con cierta previsión, sino que retira los ya existentes, está perturbando y alterando su desarrollo, lo que se traducirá en resultados económicos adversos. El tipo objetivo del delito de vaciamiento derivado de afectar el normal desenvolvimiento de una empresa, estaría configurado. Esto resultaría indiscutible si se constatan las salidas de bienes materiales o inmateriales del patrimonio social o personal de la empresa hacia la nueva entidad.

Pero si a esta situación le sumamos, que aquel virtual cierre, abandono o desaparición, ha sido producto de un plan, que ha dado paso a la apertura y la aparición de otra empresa, que utilizando el activo material o inmaterial de la primera a espaldas de la ley 11.867, y estando manejada, directa o indirectamente, por todas o parte de los mismas personas que la extinta, surge evidente que se pretende prescindir de las consecuencias del pasivo de aquélla, en perjuicio de los acreedores. Este hecho no deja dudas de que el tipo subjetivo de la figura penal en análisis, también se ha configurado, desde que el agente sabe y quiere que con la conducta que ha tenido como objeto su empresa (y sin ninguna otra acción adicional) ha esfumado el crédito que terceras personas tienen con ella, y que no podrán oponer a la nueva entidad. Aquel resultado operado sobre la empresa, ha sido la modalidad para el verdadero resultado perseguido.

De lo expuesto llegamos a la conclusión que el transvasamiento es una modalidad de la defraudación por vaciamiento derivada de afectar el normal desenvolvimiento de la empresa (art. 174 inc. 6,

primera parte). El transvasamiento es una especie de vaciamiento y, por tanto, a partir del mes de julio de 2002, conforma un hecho punible.

No se nos escapa la posibilidad de que, en la maniobra de transvasamiento, la salida de materia prima, productos, bienes de capital de la empresa deudora hacia la nueva, pueda considerarse enmarcada en el segundo tipo previsto por el art. 174 inc. 6.

Si bien es cierto que el transvasamiento implica generalmente el traspaso de bienes de capital a la nueva empresa (aunque no necesariamente), pensamos que aquella modalidad debe quedar atrapada por el primer tipo, en atención a que aparece más específica la acción típica del mismo. En efecto, la defraudación por vaciamiento derivada de disminuir el valor de materias primas, productos y bienes de capital, no implica necesariamente dejar a la deriva a la empresa, lo que resulta trascendente para el transvasamiento. Por su parte, en esta maniobra no interesa tanto que se haya disminuido el valor del patrimonio de la empresa, como el hecho de haber afectado su normal desenvolvimiento, a punto que ello acarrea casi siempre, el cese fáctico de su actividad.

Notas

El art. 174 inc. 6 del Código Penal, amenaza con el sufrimiento de una pena de 2 a 6 años de prisión a “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios; destruyere, dañare, hiciera desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de las materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital”.

Se trata de una defraudación, incorporada al Código Penal en el año 2002, por la misma ley (25.502) que derogó lo poco que quedaba de conocida como Ley de Subversión Económica.

Es una defraudación por abuso de confianza, en cuanto conforman una infracción a un deber fijado en el ámbito extrapenal, por normas civiles y comerciales, resultantes de la protección brindada al derecho crediticio. Estos delitos necesariamente deben tener lugar en el marco de una relación jurídica crediticia, que genera una posición de garante en el obligado, que consiste en vigilar la existencia de

determinadas fuentes de peligro, y adoptar todas las medidas necesarias para evitar que éste supere el riesgo permitido. Esa posición se quiebra por no haber impedido el resultado o por haberlo causado.

El objeto jurídico de lesión de los delitos de vaciamiento de empresas es el patrimonio. Más concretamente nos referimos a una parte del activo: el crédito. La parte del patrimonio que se lesiona con estos delitos es aquella constituida por el crédito. Esta circunstancia no surge del texto de la figura, pero puede ser interpretada conforme las pautas que hemos esbozado. Así, si el tipo protege el patrimonio, y si la acción del agente tiene como objeto su empresa, resulta claro que el patrimonio que se protege corresponde a los sujetos que tengan en vista aquel objeto como medio de satisfacer sus expectativas. Esos sujetos no pueden ser otros que los que revistan la cualidad jurídica de acreedores. En estos delitos, el agente quiere realizar la acción típica sobre su empresa sabiendo que el resultado que en consecuencia se produzca necesariamente tornará imposible las expectativas del acreedor. Es decir que se tiene la voluntad de realizar el resultado, sabiendo que implica la modalidad para lograr otro resultado.

Para determinar un concepto de crédito no resulta necesario recurrir a términos económicos, sino que debemos partir de un concepto jurídico. Un concepto jurídico positivo del crédito está contenido en el art. 496 del Código Civil que expresa: “el derecho de exigir la cosa que es objeto de la obligación, es un crédito, y la obligación de hacer o no hacer o de dar una cosa, es una deuda”.

Crédito es por tanto un derecho. Un derecho a exigir la cosa que es objeto de la obligación. El bien jurídico de los delitos de vaciamiento, es el derecho a exigir la cosa que es objeto de la obligación, exigencia o demanda que aun cuando pueda llevarse adelante formalmente, será burlada por los hechos de vaciamiento, convirtiéndolo en un derecho inconsistente.

Por su parte, de la lectura del art. 505 del Código Civil, se advierte que uno de los efectos de la obligación, es darle al acreedor “derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquellos a que se ha obligado”.

Ahora bien, tanto el derecho a exigir, como el derecho a emplear los medios legales necesarios para obtener la cosa objeto de la obligación, resultarían derechos estériles, si dolosamente se evaporara la posibilidad material o jurídica de satisfacer esa exigencia, si dolosamente se tornara imposible o incierto el cumplimiento de la correspondiente obligación. Vacuada la empresa obligada, de nada

servirá el derecho a exigir de un tercero. Los delitos en estudio vienen a desbaratar esos derechos, y aquí radica la antijuridicidad del accionar sancionado.

La ley penal, a través de los tipos del inc. 6 del art. 174, refuerza el derecho a que se satisfaga la exigencia que nace de la calidad de acreedor, penalizando algunas acciones que, al tornarlo imposible o incierto el cumplimiento de la obligación desbaratan el crédito, lo tornan en ilusorio. Privan al acreedor lo que éste esperaba, frustran el derecho a exigir la cosa que es objeto de la obligación.

Por supuesto que se trata de una protección subsidiaria y fragmentaria, características propias del derecho penal. Subsidiaria porque, esta protección está consagrada principalmente por las normas civiles y comerciales. La ley penal viene a reforzar esa protección que el orden jurídico general ya le da al crédito. Es fragmentaria, porque ese crédito no se protege de manera general sino frente a determinadas formas de ataque.

El bien jurídico "crédito" que lesiona las figuras de vaciamiento, no está representado por el patrimonio de la empresa, sino por el patrimonio de terceros con una especial condición jurídica, la de ser acreedores. Los hechos que involucran estas figuras son casos en los que el deudor, desplegará su accionar sobre su empresa de manera dolosa, dolo que también abarcará las consecuencias de peligro concreto de su acción para el crédito. Lo hará actuando sobre su propio patrimonio, sobre sus propios intereses, razón por la cual podría decirse que aquí el objeto de la acción no es del sujeto pasivo sino del agente.

Las acciones típicas deberán ser llevadas adelante por algunos de los titulares de la empresa (por ejemplo socios administradores, o socios gerentes o directores accionistas), en perjuicio de acreedores. Pero, al menos respecto del perjuicio patrimonial suscitado en estos últimos, el caso no podría tipificarse en este delito, sino probablemente en el de administración infiel, o incluso en el de hurto.

En la primera de las figuras de vaciamiento, es decir en el primer tipo del inc. 6 del art. 174, la obligación que como contrapartida debe recaer sobre la empresa, es de dar, de hacer y no hacer. La amplitud de la acción típica "afectar el normal desenvolvimiento" permite que pueda desbaratarse o frustrarse todo tipo de crédito, lo que especialmente puede suceder en las empresas de servicios.

En el segundo tipo, en principio las obligaciones necesariamente son más restringidas, debiendo atenerse sólo a obligaciones de dar. Al igual que en el delito de insolvencia fraudulenta (art. 179, segundo

párrafo, del Código Penal), las obligaciones de hacer y de no hacer no pueden frustrarse mediante las acciones indicadas en las figuras. Aunque por supuesto que la indemnización prevista por los arts. 629 y 631 del Código Civil, como sustituto de las obligaciones de hacer o de no hacer, quedará comprendida en esta figura.

Lo que se frustra no es el cumplimiento de una sentencia sino el crédito, esto es, el derecho a exigir la cosa objeto de la obligación. De esta forma, a diferencia del delito de insolvencia fraudulenta, el tipo no requiere aquí un proceso judicial, o una sentencia previa que declare la existencia de la obligación, condena al pago, o que mande llevar adelante la ejecución, en caso de los títulos ejecutivos.

Los tipos del art. 174, inc. 6, permiten que la obligación que implica el crédito, en el marco jurídico que corresponda (atendiendo a la ley y a los acuerdos privados), pueda ser ampliamente considerada.

Bibliografía

- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Bs. As..
- BENEYTEZ MERINO, Luis, "Insolvencias punibles", en *Derecho penal económico*, Hammurabi, Bs. AS., 2000
- BUTTY, Enrique Manuel, "La inoponibilidad de la persona jurídica por violación a la legítima", en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Bs. As., 1993.
- DONNA, Edgardo y DE LA FUENTE, Javier Esteban, «Aspectos generales del tipo penal de estafa», *Revista de Derecho Penal*, «Estafas y otras defraudaciones», 2000-2 .
- NISSEN, Ricardo C., "El transvasamiento de sociedades", L.L. 1994-E-400.
- PALACIO LAJE, Carlos, *Los delitos de vaciamiento de empresas*, Lerner, Cba., 2002.
- "Vaciamiento de empresas", en *Derecho penal económico*, Mediterránea, 2004, t. 2.
- SARMIENTO GARCÍA, Luis Eduardo, *Vaciamiento de empresa y subversión económica*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1981.
- SPAGNOLO, Lucía, *Doctrina societaria*, Errepar, t. XII, N° 157, diciembre/00.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Bs. As..