

ABUSO DE CONTROL SOCIETARIO (ANÁLISIS COMERCIAL Y PENAL)

Héctor Guillermo Vélez y Carlos Palacio Laje

Los actos abusivos de la controlante mediante la dominación de hecho, representan un conflicto que deben ser alcanzados por las normas sancionatorias, que también puede ser enmarcado en materia penal.

El control en la formulación clásica que otorga el art. 33 de la ley de sociedades, puede clasificarse en interno o externo, de derecho o de hecho, directo o indirecto según sea la modalidad en que se presenta el particular fenómeno de la dominación societaria, pero en todos los casos ejercido en forma vertical desde una sociedad a otra.

Siempre preocupados por destacar que el control por sí mismo no constituye ninguna patología o un mecánica disvaliosa en el proceso de formación de la voluntad social, nos parece apropiado afianzar la idea que lo que genera la reacción del derecho es el “abuso” de esa posición dominante, cuando mediante su utilización se violan derechos de la propia sociedad subordinada, de las minorías, de los acreedores u otros terceros alcanzados, creándose un conflicto grave que aun cuando se intenta disimular puede ser detectado.

La lamentable frecuencia con que este fenómeno se presenta en las sociedades con alguna envergadura patrimonial o cuando son integrantes de un grupo o conjunto económico que, mediante la participación de una o unas en otra, aparecen operando en el mercado nacional, exige agudizar la óptica y extremar los esfuerzos no sólo para sancionar eficazmente la ilicitud que estas conductas implican, sino principalmente para desalentar maniobras abusivas en la búsqueda de moralizar de una vez las prácticas de concentración societaria, inevitables y necesarias para el buen desarrollo de tecnología y capitales. Una vez más la sanción se convierte en la prevención de situaciones similares futuras que pueden destrozarse un instituto sumamente útil en el orden societario.

Mientras el desvío se materialice dentro de escenario estrictamente societario, probablemente el abuso permanezca escondido o solapado

bajo la apariencia de actos probos, autorizados por la asamblea cuya voluntad conforman los votos mayoritarios del grupo de control. Empero, cuando la dominación torpe traspasa el plano societario y propaga sus efectos en el patrimonio de la sociedad, la grilla de perjudicados se agiganta patentizándose la crisis cuando se presenta la insolvencia.

Es decir que mientras no haya cesación de pagos, eventualmente una dominación torpe afectará a los accionistas minoritarios, externos al grupo de control, pero sin propagarse a los trabajadores, acreedores o a la comunidad en general. Mientras esto ocurra dentro del estricto ámbito interno societario, la investigación deberá circunscribirse a los actos tendientes a despatrimonializar a la controlada o a burlar los legítimos intereses de las minorías.

Conocidas son las mecánicas utilizadas para esta clase de maniobras, que en general la doctrina se ha preocupado en desnudar.

Se abusa del control cuando ejerciéndose un poder efectivo en la conducción de los negocios sociales se desvía el interés social y se observan casos de descapitalización de las sociedades controladas en beneficio de terceros ajenos a la sociedad pero pertenecientes al grupo de control; limitación de actuación en ciertos mercados; imposición de políticas de ventas o de compras perjudiciales; negocios entre sociedades del grupo que excedan las condiciones normales de mercado, la constitución de garantías prendarias o hipotecarias o el otorgamiento de fianzas a favor de otras sociedades del grupo, préstamos de dinero a sociedades del grupo a tasas inferiores a las de captación con el consecuente quebranto que ello implica, el retiro de mercado de ciertos productos o bienes de su actividad mercantil que eclipsan productos similares de otras sociedades del agrupamiento, así como la transferencia de utilidades o la transferencia indirecta de capitales o activos de la controlada en su perjuicio y en beneficio del grupo, práctica denominada *transfer-pricing*, que muchas veces se materializa mediante la transferencia en dominio o préstamo de bienes de información sensible (bases de datos), o la permisión de utilización de marcas, patentes, logotipos, isotipos, o *know how*, a precios irrisorios o simplemente inexistentes.

Cuando esto ocurre, también el ordenamiento concursal se excita y pone en movimiento el empaldecido instituto de la extensión de la quiebra a la persona controlante, abarcando no sólo a sociedades, con las consabidas limitaciones que se presentan a la hora de

determinar los responsables, ya sea por el carácter restrictivo del instituto, por el necesario resguardo de las garantías fundamentales mediante un debido proceso, que no por debido es menos extenso e ineficaz, o por la necesidad -según algunos- de que el desvío del interés social haya sido efectivizado mediante una dirección unificada y que solamente haya sido dirigido a favorecer a la controlante o a otra sociedad del grupo.

Hemos dejado ex profeso de lado el análisis de supuestos de abuso de control externo o económico. Circunscribiéndonos a los casos de control interno o jurídico, exclusivamente, nos encontramos con la permanente presencia de actos abusivos de desvío del interés social pero que, lejos de instrumentarse en actas de asamblea o directorio, se producen por situaciones de dominación de hecho, que a la hora de la sanción no aparecen constatables e impiden, por ausencia de prueba de su materialización, el alcance de los verdaderos responsables.

En efecto, existen numerosos actos de dominación abusiva que se ejecutan por un simple llamado telefónico a un administrador, una instrucción verbal no documentada, un e-mail en clave y desde ordenadores no identificados o cuantas otras formas de participación informal pueda imaginarse.

Es frente a estos casos que debemos fortalecer las mecánicas sancionatorias, echando mano para ello, tanto a las normas del derecho civil, como a las propias del régimen societario y del ordenamiento concursal.

El objetivo es tratar de alcanzar los actos de abuso de control no documentados, aún cuando el acto abusivo sea de gestión, en principio imputable sólo al órgano de administración, pero que mediante una correcta investigación judicial, pueda determinarse que el verdadero responsable es la persona, física o jurídica, que al decir de Champaud ejerce el poder efectivo en la dirección de los negocios sociales.

Las sanciones penales quedan ajenas a estas maniobras. Desde esa perspectiva, habremos de reconocer que en la legislación penal argentina no existe un tipo penal autónomo que pueda atrapar el abuso de control societario. En otras palabras, el hecho de impartir la controlante instrucciones o directivas a la controlada que implique el perjuicio de ésta o de terceros (se beneficien o no otras empresas del grupo), no se encuentra enmarcado como una figura penal autónoma. Sin embargo, existen figuras que pueden subsumir hechos provocados

a consecuencia de la ejecución de tales instrucciones o directivas impartidas por la controlante en abuso de la posición dominante. Esos hechos se caracterizan por implicar siempre el quebranto de un deber fijado por el orden jurídico extra penal, que de manera genérica llamaremos deber de fidelidad; deber que en la ley de sociedades se cristaliza en lo normado por los arts. 59 y 272 Y justamente, en la infracción de ese deber radica la antijuridicidad del accionar del agente.

¿Puede estar justificado el quebranto del deber de fidelidad, por el beneficio que la medida podría generar en el grupo o *holding*? Nuestra respuesta es absolutamente negativa. El deber de fidelidad es con la sociedad, y no con el grupo societario. Cada sociedad del grupo es una unidad independiente y autónoma, y cada órgano administrador debe repeler la ejecución de actos perjudiciales a ella y o a terceros. La lealtad al grupo no tiene ninguna relevancia jurídica, y por supuesto no sirve para exculpar.

Desde esta perspectiva, los hechos relacionados podrían enmarcarse en el delito de defraudación por administración fraudulenta (art. 173 inc. 7 del C.P.), en los delitos de vaciamiento de empresa (art. 174 inc. 6 del C.P); y en el delito de autorización de actos indebidos (art. 301 del C.P). Se tratan de delitos catalogados como infracción a un deber extrapenal. En los dos primeros casos, el bien jurídico protegido será el patrimonio; es decir que para que la ejecución de los hechos requeridos por la controlante puedan enmarcarse en estos delitos debe derivar un perjuicio patrimonial, que con respecto a la administración fraudulenta será para la propia sociedad, y en el caso del vaciamiento, para los acreedores. El bien jurídico protegido por el delito de autorización indebida, es el comercio y la industria, y si bien requiere un perjuicio este puede ser de cualquier índole, e inclusive basta con la mera posibilidad.

En todos los casos el administrador o representante será considerado autor. Si se trata de un órgano compuesto por varias personas, sus miembros serán autores si han realizado por sí mismos la acción típica o han tomado parte en esa acción; en cambio si el tipo es realizado por todos pero con una división del trabajo (ninguno de los integrantes realiza la totalidad), serán considerados coautores.

Tratándose de delitos especiales, que son aquellos que describen una conducta que sólo es punible a título de autor en la medida que sea ejecutada por los sujetos indicados en el tipo. Por este motivo, es

decir por carecer de las cualidades personales, los miembros de la controlante no podrían ser tenidos como autores. Sin embargo, no por esta razón dejarán ser considerados partícipes del delito.

En efecto, en los términos del art. 45 del Código Penal, en la misma pena que los autores, "incurrirán los que hubieran determinado directamente a otro a cometerlo". Se trata de una forma de participación conocida como instigación. El instigador quiere el hecho, pero lo quiere cometido por otro; no quiere o no puede cometer el hecho delictivo él mismo, sino que quiere que otro lo cometa. En esta forma de participación criminal, el instigador influye al autor para que actúe de tal o cual manera.

En el caso del abuso del control societario esa influencia la concreta la controlante a través de un mandato, instrucciones, directivas, etc., y el instigado obra con pleno conocimiento de esas instrucciones, a punto de que si no hubieran existido no hubiera actuado.

De acuerdo a lo dicho entendemos que los integrantes del órgano de la controlante, de la cual haya partido la instrucción respectiva, deberían responder como instigadores en los términos del art. 45 del Código Penal. Por supuesto que la punibilidad de estos depende de que el instigado haya ejecutado el hecho, o al menos haya comenzado la ejecución. La instigación sin éxito no es punible. Huelga aclarar que la instigación debe ser dolosa, la instigación culposa no existe. La controlante que con imprudencia lleva a la controlada a tomar una decisión que les es perjudicial, no puede reputarse como instigadora.

Dejamos así expuesta nuestra preocupación, esperando motivar al debate para tratar de inducir a prácticas societarias virtuosas que faciliten las concentraciones económicas productivas, pero en un marco acorde al que previó para ellos el legislador, dejando de observar impunes como la estructura societaria es a veces utilizada como un blindaje imperforable en lugar de un herramienta técnica al servicio de la producción.

Bibliografía

BERGEL, "Extensión de quiebra en la Reforma a la Ley de Concursos por la ley 22.917", L.L., 1983-D.

BAIGUN, David - BERGEL, Salvador Darío, *El fraude en la administración societaria*, Depalma, Bs. As., 1988

CHAMPAUD, Claude, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, París, 1962.

PALACIO LAJE, Carlos, *Delitos de vaciamiento de empresas*, Lerner, 2002.