



COMISIÓN II.2: ILICITOS SOCIETARIOS BIBLIOTECA C.A.T.

Enrique Ramos Mejía

1) Uno de los temas a ser considerados por este Seminario es el relativo a los *ilícitos societarios*, denominación con la cual se alude, no sólo a la ilicitud de los respectivos hechos, sino también al ámbito preciso en cuyo interior, sólo una determinada sociedad, se cometen las correspondientes infracciones que pueden ser tanto de índole administrativa o comercial como la más severa de carácter penal, a la cual, por razones que presumo conocidas, dedicaré las siguientes reflexiones.

Por ser societarios, los hechos de que cabe tratar requieren la existencia de una sociedad, pero al ser esos hechos ilícitos por no perseguir "fines útiles" y no conformarse "a las leyes que reglamentan su ejercicio" tal como lo dispone el art. 14 de la Constitución Nacional, la represión penal se torna ineludible, claro está, con arreglo al principio superior de reserva que exige un "juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso" de acuerdo con el art. 18 de la citada carta fundamental.

2) Introducidos así en el tema, corresponde ver en primer término de qué sociedad o de qué sociedades se trata, porque son en verdad varias las que resultan previstas, no sólo en los códigos Civil y de Comercio y en leyes especiales, sino previstas y protegidas en el Código Penal y leyes análogas.

El Código Civil dispone en el art. 32 que "todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal o personas jurídicas", y más adelante, después de referirse a la sociedad conyugal, estatuye en el Título "De la sociedad" que "habrá sociedad cuando dos o más personas que hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado" (art. 1648) y que "la sociedad debe tener un objeto lícito", reglamentando en el Capítulo V el modo de administrar la sociedad.

Por su parte, al elevar Dalmacio Vélaz Sársfield y Eduardo Acevedo en 1857 su proyecto de Código de Comercio al gobernador del Estado de Buenos Aires, expresaron en su mensaje que "las leyes comerciales suponen la existencia de las leyes civiles", y agregaron que tomaban "entonces el camino de suplir todos los títulos del Derecho Civil, que a nuestro juicio faltaban, para poder componer el Código de Comercio". Lo compusieron, es cierto, pero

transcurrió mucho tiempo hasta poder contar en nuestra legislación con una normativa especial sobre sociedades comerciales, lo que ocurrió en 1972 al promulgarse la ley 19.550, la que a continuación de las respectivas disposiciones generales, de las que cabe destacar el art. 59 al estatuir que “los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios” y que “los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”, trata de las sociedades en particular, algunas de estructura simple como la sociedad colectiva y la de responsabilidad limitada, y otras de estructura compleja, como la sociedad anónima, respecto de la cual dispone el art. 274 de la citada ley al referirse al mal desempeño de los directores, que ellos “responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”.

¿Y en qué consiste ese dolo? Ni esa ley ni el Código de Comercio lo definen, pero lo define el Código Civil en el art. 931 como “toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee” “para conseguir la ejecución de un acto”, disponiendo a su respecto el art. 932 que, en presencia de determinadas circunstancias, el acto así ejecutado puede ser nulo.

Pero cabe agregar que ese “daño producido por dolo”, no sólo puede ser nulo desde el punto de vista del derecho civil, sino que puede también, desde el punto de vista del derecho penal, acarrear una pena al autor y eventuales partícipes en la ejecución del acto de que se trate, a cuyo efecto el Código Penal, que no define el dolo, exige, según la correcta interpretación del inc. 1º del art. 34, que tales sujetos hayan podido comprender la antijuridicidad del hecho y tenido la voluntad de cometerlo.

3) Dijimos en el parágrafo 1 que en orden a los ilícitos societarios nuestras reflexiones se limitarían al ámbito del derecho penal, e hicimos en el parágrafo 2 una breve reseña de las normas de los códigos Civil y de Comercio como paso previo a la exposición de aquellos ilícitos que el Código Penal agrupa en el Libro Segundo bajo la denominación “De los delitos”, acatando el sano principio *nullum crimen sine lege* y clasificando los delitos así especialmente previstos con arreglo al bien jurídico que debe protegerse, fundamentalmente la propiedad y en menor medida la fe pública mediante la sanción de los fraudes al comercio y a la industria, pues no cabe duda que no es intención de este Seminario ocuparse de las ilicitudes en el seno de la sociedad conyugal por

afectar el adulterio la honestidad (art. 118 Cód. Penal) y tampoco las actividades de una asociación ilícita por afectar el orden público (id., art. 210).

4) Tras una atenta lectura de ese Libro Segundo y siguiendo el orden en que aparece expuesto su extenso articulado nos encontramos en primer término con el art. 178 relativo a la "quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio". No parece sin embargo acertado comenzar la consideración de los ilícitos societarios así delimitados por el Código Penal con las consecuencias de la finalización de la existencia de una sociedad a raíz de su quiebra, sino iniciarla con posterioridad a su fundación cumplida con arreglo a las respectivas disposiciones legales, comenzando entonces con los fraudes reprimidos en los arts. 300 y 301, siguiendo con la administración fraudulenta prevista en el inc. 7º del art. 173 y concluyendo con la quiebra a que se refieren los arts. 176 a 180.

Al aludirse en esas disposiciones al sujeto activo se lo hace con amplitud; pero en el inc. 3º del art. 300 y en el art. 301 se menciona expresamente a la sociedad anónima, caso en el cual quien como accionistas invierte en ella sus ahorros está más expuesto al manejo irregular de los directores o administradores siempre, claro está, que ese manejo, más que irregular, sea penalmente ilícito y llevado a cabo con dolo. Joseph Hamel, profesor de la Facultad de Derecho de París, en el Prefacio a la obra en colaboración sobre *Le droit penal spécial des sociétés anonymes* se pregunta: "¿No será que el empleo juicioso de sanciones penales severas y bien aplicadas cumple mejor su papel que esas reglamentaciones detallistas que paralizan tantas veces la iniciativa de los hombres de acción?", y contesta: "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" y "cuando esa intención falta los daños y perjuicios civiles serán castigo bastante para el incapaz o el imprudente".

5) No es el caso evidentemente de agotar el examen de los ilícitos penales de que se trata, y estimo más atinado ante la amplitud de los temas propuestos en este Seminario a cargo de cuatro comisiones llevarlo a cabo destacando lo esencial de cada uno de ellos.

a) Así dentro de los fraudes al comercio y a la industria lesivos de la fe pública pero que pueden eventualmente afectar la propiedad, reprime el inc. 2º del art. 300 del Código Penal el ofrecimiento, bajo determinadas circunstancias, de fondos públicos, acciones u obligaciones de alguna sociedad o persona jurídica. Tal disposición busca proteger el lícito y regular funcionamiento del mercado de valores mobiliarios, configurando un delito de pura actividad que

se consuma con el mero ofrecimiento con independencia de cualquier dafío posterior de índole patrimonial. Y ese ofrecimiento sólo resulta fraudulento y por consiguiente punible si se lleva a cabo, por exigencia del respectivo tipo penal, "disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas", pues esto último importa faltar a un deber de veracidad jurídicamente impuesto por normas específicas. Claro está que, además, el autor debe haber obrado con dolo.

b) El inc. 3º de ese mismo art. 300 reprime lo que en forma abreviada se llama comúnmente *balance falso*, pero el texto preciso de ese inciso comprende algo más, como veremos.

Señalemos sin embargo ante todo que dicha disposición comienza individualizando a los posibles autores: fundador, director, administrador, liquidador o síndico, y exige seguidamente que su actuación como tales se hubiera cumplido, entre otras, en una *sociedad anónima*, por ser a través de ella que se acarrea el mayor riesgo de fraude que en otras entidades de organización más simple.

La acción legalmente prevista en el correspondiente tipo consiste, *a sabiendas*, en una hipótesis, en *publicar, certificar o autorizar no sólo un balance, sino también una cuenta de ganancias y pérdidas, informes, actas o memorias falsas o incompletas*, y en otra hipótesis, en *informar a la asamblea o reunión de socios con falsedad o reticencia sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa*.

También, pero con mayor evidencia, exige esa disposición un deber de veracidad al difundirse tales documentos, señalando Soler a su respecto que, si bien se tutela en el Código Penal de esa manera la fe pública, ello debe ser entendido, no en el sentido de proteger la mera facultad de autenticación, sino "*la honestidad y buena fe en los negocios y las relaciones comerciales*".

No es el caso evidentemente de extender esta exposición al análisis de la personalidad de los eventuales autores, ni a las características de los verbos con que se hace referencia a las diversas acciones típicas, ni a las modalidades de los documentos sobre los cuales deben recaer dichas acciones, pues ello no es objeto de regulación por el Código Penal, que no contiene definición alguna a su respecto al referirse al significado de conceptos empleados en él en el Título XII del Libro Primero.

Lo que sí interesa desde el estricto punto de vista penal es determinar bajo qué circunstancias son falsos dichos documentos, aunque en homenaje a la brevedad debamos circunscribirnos al caso especial del balance en razón de su mayor importancia, por cuanto, y en especial en el ámbito de las sociedades anónimas, sirve, entre otros fines, según Sasot Betes y Sasot, "*no sólo para medir la hacienda social, sino también para información de los accionistas*

sobre la marcha de la empresa, para conocimiento de los terceros del estado financiero de la sociedad y el grado en que están respaldados sus créditos", y, lo que es más grave en esta exposición, también "para fijar la responsabilidad de los administradores en el desempeño de sus funciones" (Sociedades anónimas, p. 369), señalando Verón entre las disposiciones legales que pueden ser infringidas en el marco del derecho comercial y del art. 59 de la ley de sociedades comerciales 19.550, los arts. 300 y 301 del Código Penal (Sociedades comerciales, t. I, p. 458).

Se ha llegado a decir que el balance es, después de los estatutos, el documento de mayor importancia en la sociedad anónima, pero también se ha llegado a decir en opinión casi unánime que la falsedad o verdad de un balance "tiene algo de artificial y convencional", según piensa el comercialista Ripert (Tratado elemental de derecho comercial, Bs. As., t. II, p. 493), o que, según su colega Roche, la relatividad del balance depende en parte de causas económicas en función de la ley de la oferta y la demanda (De la relativité des bilans, p. 431); con lo que coincide el penalista Antolisei al expresar "que la determinación económica de las cosas, como es sabido, es un problema que conduce a los economistas a la desesperación, por cuanto los valores, como dependen de la ley de la oferta y la demanda, jamás son constantes" (Delitos relacionadas con las quiebras y las sociedades, p. 347).

Pero no obstante puede un balance ser falso si, por ejemplo, se aumenta desmesuradamente y sobre la estimación del mercado el valor de determinados bienes y también si se ocultan pérdidas y se reparten sin embargo ganancias.

Ello desde el puro punto de vista objetivo del delito en consideración, pues en atención al carácter relativo de la falsedad se considera factible por parte de la doctrina admitir la adecuación típica mediante la demostración de que el autor, según lo exige el inc. 3º del art. 300 del Código Penal, obró *a sabiendas*, es decir, con dolo, que se integra a su turno con un elemento volitivo, y "cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido".

c) Otra hipótesis de posible fraude al comercio y a la industria es la prevista en el art. 301 del Código Penal, que guarda cierta similitud con el delito de defraudación, conocido también como administración fraudulenta, previsto en el inc. 7º del art. 173 de ese mismo Código, aunque se debe precisar, por un lado, que la primera de tales disposiciones protege fundamentalmente la confianza pública en el legítimo funcionamiento de las sociedades que actúan en el comercio y en la industria, mientras que la segunda tutela el derecho individual de propiedad y en ciertos casos también el de entes conectivos, y, por otro lado, que, en orden a la acción típica, la primera reprime a quien "prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos" y la segunda a quien "violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u

obligare abusivamente al titular de éstos”.

Además, a efectos de considerar que sólo la primera de dichas normas se refiere a un *ilícito societario* cabe destacar que en su texto se hace mención expresa como sujetos pasivos a “una sociedad anónima o cooperativa u otra persona colectiva”.

Especial mención merece en este caso la acción reprimida en el art. 301, pues la acción al no ser descripta con precisión debemos concluir que estamos en presencia de un tipo abierto, que no cumple acabadamente con el principio de legalidad. En efecto; dicha disposición reprime a quien “prestare su concurso o consentimiento a *actos contrarios a la ley o a los estatutos*” de los cuales pueda derivar algún perjuicio, con lo cual la ley penal se reserva así la mera función represora en resguardo de normas extrapenales, en este caso la ley o el estatuto social, que entonces deben completar la acción punible, siempre y cuando de esa acción “pueda derivar algún perjuicio”, claro está, no a la fe pública, sino al patrimonio de la sociedad de que se trate, perjuicio que en texto primitivo antes de su última reforma disponía, en lugar de referirse en general a algún hipotético perjuicio, que “la asociación quedare imposibilitada de satisfacer sus compromisos o en la necesidad de ser disuelta”.

d) Hasta aquí casos de fraudes al comercio y a la industria y una hipótesis de defraudación como delito contra la propiedad, a lo que cabría agregar por último lo que prevé el art. 178 del Código Penal “cuando se tratase de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco o de otra entidad financiera”.

Pero seamos breves, para no alargar en demasía esta exposición. Digamos entonces que dicha disposición reprime como sujetos activos a “todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido” en el solo caso en que hubiere cometido alguno de los siguientes hechos a que se refiere el art. 176: “1º. Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; 2º. No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa; 3º. Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor”.