

LA ANTIJURIDICIDAD EN EL AMBITO SOCIETARIO Y LA FACTIBILIDAD DE UNA REGULACION AUTONOMA DE INDOLE CONTRAVENCIONAL

*Francisco Junyent Bas
Laura L. Filippi*

Existen dentro del derecho nacional, dos grandes sistemas de responsabilidad; el sistema penal: con sanciones punitivas y el sistema civilista y comercialista: con sanciones resarcitorias. Este doble sistema no es suficiente, razón por la cual existe una necesidad de buscar una normativa autónoma que se perfila en el ámbito societario específico teniendo en cuenta las particularidades del mismo de acuerdo al parámetro del art. 59 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Se propone un ámbito represivo de índole contravencional que sea legislado en el ámbito del derecho comercial como podría ser el derecho Penal Contravencional.

El régimen de responsabilidad en el ordenamiento jurídico en general, aparece configurado en dos direcciones autónomas.

Así, cuando el comportamiento antijurídico y culpable se refleja en un daño en las relaciones privadas es el derecho civil el que regula el resarcimiento correspondiente y por el contrario, cuando la conducta reprochable infringe uno de los tipos configurados previamente como delitos la cuestión queda atrapada en el derecho penal.

Como es sabido, tanto el delito como la infracción civil tienen su origen en la contradicción del acto humano con el ordenamiento jurídico. lo que hace nacer la ilicitud en derecho civil y la antijuridicidad en el derecho penal, pero como se señaló los efectos son diversos, ya que, el resarcimiento por un lado y la pena por el otro constituyen el restablecimiento de la situación alterada por el hecho dañoso. Hay una identidad sustancial en las dos categorías con un desigual tratamiento de lo ilícito. Mientras que el acto contrario a derecho en el ámbito penal exige siempre una adecuación a la ley en lo que se ha denominado el tipo legal mientras que en el derecho civil no se requiere dicha configuración como lo demuestran los arts. 1109 y 1072 del Código Civil Argentino.

Si bien consideramos que las acciones de responsabilidad reflejadas en la Ley de Sociedades comerciales poseen autonomía en el derecho tanto procesal como de fondo, estarían aquí incluidas dentro de la responsabilidad resarcitoria civil, del derecho privado, en pro de sostener que el Derecho es uno con sus grandes ámbitos, el Público y el Privado. En síntesis somos contestes con que las normas

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

de responsabilidad societaria integran el sistema resarcitorio pero tienen cierta autonomía cosa que también sucede con las normas del derecho disciplinario y el derecho penal.

Todo este régimen se refleja en el ámbito societario a través de las acciones de responsabilidad reguladas en los arts. 274 y ss. de la ley 19.550. Por su parte, el ámbito penal, está legislado específicamente en los arts. 172, 173 y 175 bis del Código Penal Argentino relacionados con los tipos de la estafa, la defraudación y la usura. Los arts. 300, 301 y 302 penan el trato deshonesto por parte de los administradores sociales, protegen la libre determinación del precio de las acciones y la fe en ciertos instrumentos comerciales. Resguardando además el principio jurídico de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores según los arts. 177 y 179 del Código Penal.

Este doble régimen de responsabilidad al que hemos hecho referencia aparece en la actualidad notoriamente ineficaz en atención al relativo fracaso de la persecución penal que no alcanza a captar por su rigidez, la variedad operativa de la ilicitud y antijuridicidad en el ámbito societario.

Muchas son las voces que han reclamado en nuestro sistema legal la urgente regulación puntual de lo que se ha denominado "Derecho Penal Societario".

La virtual impunidad de los delitos societarios ha llevado a los legisladores comerciales a reclamar en diversas oportunidades, la regulación especial dentro del derecho penal económico de los delitos societarios.

Como señala Galgano⁽¹⁾, la criminalidad económica ocupa las primeras páginas de nuestros diarios, a la par con el terrorismo y con los secuestros de personas. Sin embargo, no existe forma de criminalidad que tenga un grado igual de impunidad. Las recientes y clamorosas incriminaciones no llaman a engaño: son con relación a los hechos denunciados (para no hablar de los cometidos), un exiguo porcentual, y son más exiguas las posibilidades que a una incriminación siga una condena. Ni siquiera se dan en esta ya proverbial impunidad de nuestros "criminales de cuellos blancos" explicaciones genéricas y, en definitiva, desviacionistas. No basta aludir a la potencia corruptora del dinero o a la posibilidad de maniobras que a los autores de estos delitos les ofrece su personal posición de poder (cosa que tiene, por lo demás, su indudable peso). La razón principal está dentro del derecho y no fuera de él. Y no está tanto en la legislación penal, que a pesar de ello no es inmune a defectos, ni en la inadecuación técnica, que sin embargo es de lamentar, de los aparatos de justicia⁽²⁾.

La doctrina es pesimista sobre la posibilidad de regular los delitos económicos⁽³⁾. Hasta la fecha no existe una legislación que reprima adecuadamente los

(1) Galgano, Criminalidad económica: el punto de vista de un civilista. R.D.C.O. año 1982. Pág. 690.

(2) Leyes 21.338, 23.077, etc.

(3) Galgano ób. citada: Para el autor, la causa se halla en la legislación civil, detrás de cada escándalo económico y financiero que sube a escena de la crónica y detrás de tantos otros que quedan

ilícitos de orden económicos y, entre éstos, especialmente los cometidos por medio de sociedades mercantiles y la operativa que éstas posibilitan: captación de fondos, actividades financieras, coparticipaciones, escisiones, oferta pública de títulos, etc. En los últimos veinte años la falta de tal legislación represiva facilitó la triste cadena de quiebras escandalosas, fraudulentas, desapariciones de bienes, el engaño a ahorristas, la formación de monopolios, la especulación, el agio bursátil y otros delitos que, en gran parte son la causa de que la economía y la moral de la República se encuentre como están en 1992 ⁽⁴⁾.

El legislador patrio, no ha sido ajeno al tema, como revela el informe de la ley 19.551: la Comisión estima fundamental la reglamentación de figuras penales concordantes o correlativas de la calificación de conducta mercantil. En este aspecto, omite toda consideración sobre sanciones penales y del sistema a seguir, porque entiende que excede de sus facultades la proposición del tema y afirma que dichas normas penales constituyen un complemento necesario para otorgar la debida jerarquía a las actividades comerciales y empresarias, eliminando por vía de sanción a prevención a quienes se escudan en ellas, con el sólo propósito de defraudar a los acreedores. El principio de tutela del crédito que orienta el proyecto hace necesario un cuerpo legal posterior, cuyo estudio y sanción se contemplan por separado.

El informe de la Comisión para pronunciarse sobre la conveniencia de revisar la ley 19.550, del 30 de diciembre de 1982, también puso énfasis en el problema, que escapa a su competencia específica: la correlación imprescindible entre las normas concursales y las disposiciones penales congruentes, lo que ya fuera destacado por la Comisión que elaboró el Anteproyecto de la actual y cuya necesidad se ha visto agravada en los casos ocurridos con posterioridad a la sanción de ese cuerpo legal.

En la doctrina hace tiempo se insiste en la urgencia de la regulación legal prementada y en este aspecto debe recordarse la ponencia del maestro Héctor Cámara ⁽⁵⁾ cuyo pensamiento directriz seguimos en este tema.

Ahora bien, este doble sistema ⁽⁶⁾ demuestra su ineficacia, lo que lleva a la necesidad de buscar una normativa autónoma que opere en el ámbito societario y que perfile las conductas negociales reprochables que configuren ilicitud societaria y que por su flexibilidad puedan atrapar la diversa rama negocial, con más énfasis y mayor aplicabilidad que el actual sistema de responsabilidad (art. 274 y ss.)

Esta regulación autónoma dentro del ámbito societario debe tener como punto de partida el reconocimiento de las particularidades que tiene la actividad

como acontecimientos secretos de intrigas y corrupciones, hay toda una historia nacional, que es una historia de reformas fallidas, de reformas frecuentemente anunciadas, pero jamás realizadas.

(4) Zaldivar, Las Uniones Transitorias de Empresa. LL 1982-B. Pág 919.

(5) CAMARA HECTOR, El comercio y la quiebra. Tomo III A y B.- Presentada al IV Congreso de Derecho Societario, realizada en Mendoza año 1986.

(6) Debemos recordar que cuando hablamos de un doble sistema nos referimos al resarcitorio y punitivo, aunque considerando la salvedad hecha en la Pág. 2 del presente trabajo.

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

societaria y en especial la labor profesional de los administradores que debe actuar con la diligencia del buen hombre de negocios al decir del art. 59 de la ley 19.550.

Se propone así un ámbito represivo de índole contravencional que quede legislada en el derecho societario.

La doctrina ha sostenido que la ley no debe interferirse en el campo mercantil con normas punitivas, ya que cada uno debe defenderse con los recursos del derecho privado. Galgano en Italia y Cámara entre nosotros han contestado que ello es siempre que las armas sean iguales y que una de las partes no tenga posibilidad de dar golpes prohibidos. En el terreno de las sociedades anónimas no ocurre ello, el accionista es un capitalista o un ahorrista que no está en condiciones de entrar en la lucha con armas iguales a las que dispone el fundador o administrador. De ahí la necesidad de las sanciones penales comerciales ⁽⁷⁾.

La técnica legislativa para estos delitos sigue pautas diferentes en el derecho comparado. Algunos países los insertan dentro del Código Penal, otros integran el estatuto societario o concursal, -vg. Italia- en tanto hay quienes sostienen deben correr en ley especial criterio que comparte la Comisión redactora de la Ley de Concursos 19.551.

La Comisión del Código de Comercio Italiano de 1882, dijo en apoyo de esa solución, que si bien un Código de derecho privado, cual es el de comercio, no cabe dictar normas penales. Pero es de advertir que la sanción es tanto mas eficaz cuando está mas cerca del hecho punible y, no siempre las leyes penales generales pueden penetrar con sus disposiciones en las mas ocultas sinuosidades de la vida mercantil, dictando las sanciones adecuadas al mal que castiga. A males especiales pues, sanciones especiales. Ni por vano obsequio da cierta pureza de método legislativo es oportuno adoptar otro camino ⁽⁸⁾.

La antes mencionada es la opinión de Provinciali para los delitos en la quiebra: noción de delito, la identificación de sus elementos, el momento de perfeccionarse, la misma clasificación en el cuadro de la categoría de los delitos tradicionalmente configurados por la doctrina penalista y en el sistema del derecho vigente, presentan las mayores dificultades, aún revelando que ningún subsidio o escasísimo pueden prestarle los esquemas de derecho común, imponiéndose al intérprete la consideración exclusiva (o casi) de un derecho (especial) penal de la quiebra, o (mejor) del proceso concursal ⁽⁹⁾.

Siguiendo las opiniones de la Comisión del Código de Comercio de 1882 y

(7) HAMEL, Prólogo a *Le droit penal special des sociétés anonymes*, Pág. 12

(8) Relación Ministerial al Código de Comercio Italiano de 1882, Pág. 483.

(9) PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Tomo IV, Pág. 2608. Conferencia Pajardila especialidad y organicidad de estos delitos confieren mucho mas a la ley un carácter de auténtico corpus iuris relativamente autónomo y autosuficiente. Tal carácter alcanza, al punto de no poder separar útilmente el tratamiento de la parte civilística de la penal y viceversa, así como no podría distinguirse en la falencia las normas sustanciales de las procesales. *Manuale di diritto fallimentare*, Milano 1983, Pág. 840

de Provinciali, antes mencionadas, el Nuevo Código Civil Italiano, incorporó en su Título Once las Disposiciones Penales en Materia de Sociedad y Consorcios⁽¹⁰⁾.

La incriminación de estos tipos delictuales requiere de labor conjunta de penalistas y comercialistas, ya que se hallan en una zona intermedia entre ambos derechos, lo que contribuye a que aparezcan un poco borrosas.

Ahora bien, creemos que estos ilícitos pueden regularse en el llamado derecho contravencional y quedar así en el medio societario. El ámbito contravencional ha tenido una especial regulación de lo que se ha denominado el derecho disciplinario.

En este sentido, el derecho disciplinario nace como consecuencia del ejercicio del poder de policía estatal con relación a las profesiones liberales y la delegación del derecho público que otorga al ente profesional la facultad de asegurar el correcto desempeño de la labor profesional.

También funciona el derecho disciplinario en el ámbito de la administración pública para regular el desempeño de los empleados de los entes públicos que funcionan en este campo.

Por ello puede decirse, que el derecho disciplinario surge como consecuencia de la actuación del poder de policía estatal en determinados ámbitos donde el bien jurídico tutelado es el orden o labor profesional. Por ende debe señalarse que la relación de subordinación general que implica la potestad penal estatal tiene en este ámbito una particularidad cual es la observancia de los deberes especiales propios de los grupos particulares.

Hablamos de responsabilidad "penal disciplinaria societaria", aunque en el caso se trata de castigar no a la empresa social sino a quienes tienen su manejo y vigilancia de la misma, que en realidad son los autores de los "ilícitos".

Lo remarcamos, porque si bien el art. 42 del Código Civil -ley 17.711-, receptando la interpretación doctrinaria y jurisprudencial del viejo texto -inspirado en Savigny como surge de la nota de Vélez Sársfield- consagra la responsabilidad de las personas jurídicas -concordante con otros textos, vg. art. 1720 y delictual- por sus órganos y dependientes "en el ejercicio y con ocasión" de sus funciones.

La responsabilidad disciplinaria exclusivamente a título personal sobre los integrantes del órgano social, con independencia de la responsabilidad civil que también recae sobre la sociedad.

Desde esta perspectiva podría señalarse que el administrador societario tiene en la actualidad un orden profesional que surge del art. 59 de la ley societaria y que su responsabilidad no se agota en el ámbito del derecho privado y el eventual resarcimiento del daño, sino que en caso de configurarse determinadas conductas antijurídicas se produciría la ruptura del orden profesional del buen hombre de negocios lo que acarrearía como sanción de dicha infracción societaria una penalidad específica.

(10) CODICE CIVILE: Titolo Undicesimo. Disposizioni Penali in Materia di Società e di Consorzi. Arts. 2621 y siguientes.

Los presupuestos de esta sanción disciplinaria deberían ser: la acción, la antijuridicidad, la relación de causalidad, los factores de atribución (elemento subjetivo, culpabilidad) y el daño.

En este orden la antijuridicidad en nada difiere del concepto conocido en el derecho penal es un juicio de valor entre el hecho y el ordenamiento jurídico. La misma encuentra su expresión en el régimen societario en los arts. 59, y 274 de la ley 19.550 pues estas disposiciones determinan el régimen de responsabilidad fundado en la violación del deber, estatutos o reglamentos, estableciendo como directriz de la conducta del administrador el deber de lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios.

No obstante lo dicho el sistema de responsabilidad no es cerrado y, entre otros, subsiste la vigencia del principio general del "non alterarum laedere" del art. 1109 del Código Civil ⁽¹¹⁾.

Por su parte, como factores de atribución aparecen claramente configurado el dolo, el abuso de facultades y la culpa (Ver infra Pág. 11).

Con relación al dolo, no existe diferencia con el concepto general dado dentro del ámbito penal pues el mismo implica el conocimiento del acto antijurídico realizado voluntariamente ⁽¹²⁾.

En esta línea, el abuso de facultades no es sino una conducta dolosa que implica que el ejercicio de las facultades conferidas por la ley o el contrato se realiza en violación del deber de lealtad por lo que equivale a la noción del desvío del poder como enseña Solá Cañizares.

En rigor, dentro del ámbito societario, el problema se plantea en el orden de la culpa, ya que el art. 512 del Código Civil, deja de lado la graduación existente en el derecho romano y hace referencia a la circunstancia concreta de tiempo, lugar y modo. Por el contrario, la ley societaria al referirse a la diligencia del buen hombre de negocios, toma como patrón una pauta abstracta y por ende se discute si sólo debe considerarse la culpa grave o si también debe tenerse presente la culpa leve. Por nuestra parte, siguiendo al maestro Alterini entendemos que la culpa esta claramente incluida en las disposiciones del art. 59. Por último debe señalarse como fundamental la existencia de la relación de causalidad entre el supuesto derecho y el resultado.

Basado en lo anterior, se propone esta nueva regulación contravencional con el fin de asegurar el regular funcionamiento de las sociedades mercantiles en sus

(11) Sobre el tema se puede consultar: BALDACCINI M. y FILIPPIL. Ponencia presentada en las I Jornadas Sanjuaninas de Derecho Concursal Societario y Bancario. Acción de Responsabilidad. Responsabilidad de los Administradores de las Entidades Fallidas, Posibles acciones de Responsabilidad contra los Administradores

(12) SOLER S. Derecho Penal Argentino. Tomo II Pág. 99, "...El dolo es una forma de culpabilidad y, en consecuencia, su investigación presupone concluido el juicio previo acerca de la ilicitud del hecho" -cosa que claramente puede observarse en el ámbito societario- "Sea que se haga consistir el dolo en la representación del resultado, sea en la voluntad de producirlo..."

diversas fases, tutelando "el orden económico en sentido restringido o sea la economía pública, la economía colectiva en general, es decir, la suma de riqueza constituida en formación, en cuanto esta riqueza concentrada alrededor de las sociedades constituye el instrumento para el ejercicio de una actividad económica, convirtiéndose en fuente de producción, de trabajo y réditos interesando a toda la colectividad, por lo cual no debe disipar ni distraerse del objeto a que esta destinado" (13).

Como expresa Cámara (14) la realidad económica argentina exige dibujar con claridad y exactitud estas "infracciones". Segovia por su parte, y en forma acertada, hace mucho tiempo expresaba: "vale la pena hablar claro en materia de tal magnitud y trascendencia" (15).

Por ello se presupone, siguiendo las huellas del derecho comparado y las enseñanzas de la doctrina, la creación de figuras especiales para reprimir los delitos societarios, ya que las normas generales resultan insuficientes y muchas veces ineficaces.

Debe reglarse íntegra y orgánicamente estas figuras de la realidad socioeconómica del país, sin olvidar que estas sanciones están destinadas a autores refinados, sutiles, verdaderos artífices que conocen muy bien los subterfugios legales (16).

Sin embargo, no debe llegarse a un casuismo exagerado, que Antolisei reprocha al legislador italiano: los delitos tiene que configurarse en términos penalísticos y no abandonar el criterio de las generalizaciones normativas (ob. citada).

Los hechos incriminatorios deben concretarse explícitamente, en las diversas etapas de la vida societaria, desde el nacimiento hasta la extinción.

Así lo aconseja también la experiencia de los penalistas: en la constitución, en relación con acciones y otros títulos valores emisión, suscripción, comercialización, Pago, dividendos, en el voto, la veracidad en la gestión, lealtad del manejo, violación y prohibiciones de deberes, etc. (17).

Por otra parte, el o los sujetos activos deben determinarse precisamente, conforme las normas del derecho societario: hay que evitar equívocos, de acuerdo a las nuevas formas operativas, "el maitre de l'affaire", las sociedades controlantes, etc. Es necesario también prever la actuación individual de los directores y síndicos, como los hechos cumplidos en forma de cuerpo colegiado, directorio, consejo de vigilancia, etc. según obran ordinariamente.

En consecuencia, en primer lugar y con apego al principio de legalidad deberían describirse las conductas reprochables que no configurarían tipos propia-

(13) SOLER S. Derecho Penal, p. 832. CHIARAVAGLIO, ob cit. Pág. 259

(14) CAMARA H. El comercio y la quiebra, T III A, B.

(15) SEGOVIA C. Código de Comercio Comentado, Exposición y Crítica, nota art. 4938.

(16) ANTOLISEI, Pág. 257

(17) DE LA RUA, Los delitos contra la confianza en los negocios, Pág. 191.

mente dichos, sino figuras flexibles y ejemplificativas. De este modo se buscaría no cerrar herméticamente el marco de conductas y dar flexibilidad al sistema para recibir la diversidad de operaciones negociables reñidas con la ley, la moral y las buenas costumbres, en general. En definitiva, se trata de otorgar al sistema legal un esquema preventivo que le otorgue transparencia a las conductas, y lo torne confiable para los terceros y los propios socios en nuestro caso.

Además de la descripción de las figuras reprochables, debería establecerse una vía sumaria de investigación, a cargo del Juez Comercial con competencia societaria que siguiendo el principio de la ley 19.550 busque una actuación rápida y segura de la ley.

Corresponde señalar que en orden al procedimiento debe sostenerse la necesidad del impulso de parte interesada para la iniciación del proceso, sin perjuicio que a partir de la admisión formal de dicha presentación, el procedimiento quede a cargo del oficio del Tribunal, como sucede con los procedimientos disciplinarios.

También deberá incorporarse la mas amplia facultad investigativa para el Tribunal que persiga el descubrimiento de la verdad real, pudiendo en consecuencia ordenar sus propias medidas probatorias con el lógico control de las partes involucradas.

Este régimen en principio, podría estar limitado a las denominadas sociedades anónimas abiertas, donde el interés público presente en su actuación, necesita de una correcta delimitación y dilucidación. Indudablemente la seguridad del comercio, de las transacciones y la necesidad de proveer a una actividad económica sana, son los fundamentos de una regulación como se propone. Pero lo anterior no descarta la posibilidad que el sistema se extienda a todos los tipos societarios ya que los problemas planteados se presentan en todas las sociedades.

En orden al régimen de sanciones cabría señalar que estas deberían partir desde las multas hasta llegar a la remoción, inhabilidad para ejercer las funciones de Administradores y hasta las penas privativas de libertad consecuentemente con la competencia del tribunal y las faltas cometidas.