

La libertad de las nuevas figuras societarias exige la represión penal.

Eduardo S. Martinez Folquer¹

Sumario.

Índice.

1. La libertad societaria como consecuencia de la presunción de inocencia.
2. La represión penal societaria en su amplio espectro.
3. Delimitación del objeto de esta ponencia. El delito societario por violación de normas específicamente societarias. Algunos supuestos
4. Conclusiones.

1.- La libertad societaria como consecuencia de la presunción de inocencia.

La limitación a la autonomía de la voluntad, la intervención de organismos estatales de control, la exigencia de adopción de tipos societarios concretos, conforma una represión preventiva que siempre ha tenido vigencia en el régimen societario, y que aún se mantiene con menor intensidad.

Esa represión preventiva se justifica básicamente por cuanto siendo la sociedad una persona diferente de los socios, con patrimonio separado y generalmente con limitación de la responsabilidad de los socios, conlleva una suerte de pecado de origen, ya que siempre y en todos los casos, el beneficiario final de estos entes es un ser humano.

Ante ello, esta culpa psicológica parece inescindible de la limitación de la responsabilidad de los socios, ya que se benefician en las buenas épocas y no responden en las malas.

Es por ello quizás, que no ha podido abandonarse del todo el requisito del capital mínimo, aun cuando sea -generalmente- una farsa insuficiente para responder de manera efectiva por las deudas sociales.

La limitación de responsabilidad implica siempre -cuando la misma se aplica en el caso concreto- que la sociedad es insolvente, que los socios son solventes, que defienden sus patrimonios personales en base a ese privilegio, y que por lo tanto el riesgo empresario se ha trasladado a los acreedores insatisfechos.²

Con las últimas reformas legislativas, pareciera que el legislador ha optado por eliminar gradualmente los cuidados preventivos, que se justifican porque suponen, en el fondo, que todos son potenciales delincuentes y que un régimen societario sin control colabora a llevar esa potencia al acto.

1

² Análisis Económico del Derecho. Francisco Reyes Villamizar. Págs. 95 y ssgtes. Ed. Astrea. 2019

No obstante, la aplicación del principio constitucional de inocencia, en el ámbito societario, implica liberar las formas societarias, porque nadie es delincuente hasta que se demuestre lo contrario.

Esa presunción de inocencia y el otorgamiento de libertades antes reprimidas, exige por lo tanto como necesaria contrapartida la represión del delito cuando éste se verifica.

Existe otra corriente de pensamiento societario que opta por mantener las restricciones a la libertad en la configuración del negocio societario, invocando como fundamento los desmanes derivados supuestamente de esa ausencia de control.³

En esta ponencia privilegiamos la presunción de inocencia, con la consiguiente represión penal correspondiente.

2.- La represión penal societaria en su amplio espectro.

La ley 27401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas, hace lo que puede contra los entes ideales: les aplica multa y las disuelve.

En su art. 1, determina cuales son los delitos en los cuales la sociedad puede incurrir: cohecho y tráfico de influencias, Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y balances e informes falsos agravados.

Para el análisis de este amplio tema, atento nuestra ajenidad al derecho penal, acudiremos en quizás demasiados casos, a transcribir doctrina especializada, con la cita correspondiente.

Es la intención entonces de esta ponencia, introducir en nuestro congreso temas que son generalmente tratados en los congresos de derecho penal, que entendemos adquieren mayor importancia por la liberalización de la regulación societaria.

Una primera distinción: Delitos comunes y delitos económicos.

“Enrique R. Aftalión diferencia los delitos comunes de los delitos económicos, considerando estos últimos como “aquellos que pueden trascender el carácter de lesiones a ciertas personas o bienes jurídicos de orden común, para afectar tanto a la comunidad, al orden público económico, perturbando la vida de los negocios y la confianza en la práctica y los institutos del comercio”(6). El autor menciona tres elementos fundamentales del delito económico: 1º) la magnitud de los derechos vulnerados, 2º) el número de damnificados, 3º) la relevancia de las instituciones jurídicas atacadas. En otras palabras, podemos decir que los bienes jurídicos atacados por los delitos económicos son de carácter difuso y colectivo, y las infracciones sobre dichos bienes suelen denominarse de “peligro abstracto”.

³ Se destaca en ese sentido, la posición habitual del Dr. Ricardo Nissen. Como ejemplo podemos citar el artículo: **Previsible punto final para las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS)** Nissen, Ricardo A. Publicado en: LA LEY 23/06/2023, 1 - LA LEY2023-C, 563 Cita: TR LALEY AR/DOC/1372/2023

Otra definición de delito económico tomamos de Klaus Tiedemann: “...el abuso de confianza social en el tráfico económico, el abuso de confianza socialmente exigible en la vida económica, constituye el delito económico. Este modo de considerar el

problema importa señalar como económico-delictivos aquellos estilos de conducta que contradicen el comportamiento acorde con la imagen de un correcto comerciante y que por la ejecución y efecto del hecho pueden poner en peligro, además de lesionar intereses individuales, la vida económica o el orden correspondiente a ésta”

*Distinción entre los posibles delitos societarios: a) Los cometidos por la sociedad, tales como lavado de dinero, venta de armas o estupefacientes. b) Los cometidos contra la sociedad, sus socios o accionistas, v.gr. falsedad de balances o adulteración de datos. c) Delitos cometidos desde la sociedad, por ejemplo, insidertrading.*⁴

III.- Delimitación del objeto de esta ponencia. El delito societario por violación de normas específicamente societarias. Algunos supuestos.

La “nueva libertad societaria” exige entonces la aplicación de las figuras penales no al ente ideal, sino a las personas humanas que lo utilizan para delinquir vulnerando normativa específicamente societaria.

Con el fin de precisar el objeto de esta ponencia, dejamos de lado regulaciones penales específicas referidas por ejemplo: al régimen penal cambiario, abastecimiento, defensa de la competencia, evasión fiscal, etc.-

Las normas societarias son insuficientes para disuadir y en su caso reprimir la actividad delictiva de los seres humanos que abusan de la figura societaria y de la libertad que el legislador les ha otorgado.

Entonces, este trabajo se limita a analizar superficialmente solo algunos de los tipos penales que deberían ser tramitados en el fuero penal de manera simultánea a los procesos comerciales.

A.- El fraude.

Disponen los arts. 172 y 173 del Código Penal:

ARTICULO 172. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

ARTICULO 173.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño,

⁴ **El delito societario.** Autor: Peire, Juan Manuel. Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 239, 729 Fecha: 24-09-2010. Cita Digital: ED-DCCLXXI-769

violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos

Esta norma penal tiene su correlato en el ámbito societario en las disposiciones de los arts. 59, 274 y ccdtes de la LGS. Debemos entonces advertir que, cuando se invoca esta normativa societaria, es altamente probable que simultáneamente debamos iniciar la respectiva acción penal por fraude del administrador.

Al respecto reflexiona Soler:

Téngase en cuenta sobre todo que en el mundo moderno los que más tienen el manejo de bienes ajenos, son personas que manejan bienes que pertenecen a sociedades en las cuales muchas personas tienen interés; los Directores de sociedades, los gerentes de sociedades. Sobre todo hay que pensar allí que la antigua figura de la baratería marítima como fraude, está bien que pase al panteón de los monumentos del derecho penal, pero no podemos permanecer siempre en la reverencia de este tipo de monumentos. De ellos tenemos mucho que aprender pero tenemos que tener el ojo bien abierto acerca de las necesidades de la vida presente. Los verdaderos autores de las baraterías terrestres son ahora, con suma frecuencia, no capitanes de barcos, sino otra clase de capitanes de industria que manejan bienes ajenos en provecho propio que haciendo homenaje a la confianza que importa el haberles entregado esos bienes y el haberlos puesto al frente de esa administración⁵

Y expone la doctrina precedente:

“...el caso del administrador o el de un directorio que posee la mayoría de las acciones y buscan obtener la rendición incondicional de la minoría. La mayoría obra de manera que la sociedad pierda dinero, de modo que la minoría, al advertir la marcha ruinosa, vende a vil precio sus acciones. La mayoría las compra y, dueña de todo el paquete accionario, modifica la conducción y la sociedad pasa a lucrar...

Otros casos de interés, en los que la evaluación de la existencia del daño nos parece más compleja son los reseñados por CARLOS MARCELO y CARLOS GILBERTO VILLEGAS, como ejemplos que demuestran la discordancia entre los intereses de los accionistas y de los administradores. Estos últimos, en vez de crear valor para los accionistas, actúan con la sola finalidad de adquirir mayor poder, ventajas o confort.”⁶.

B.- El balance falso.⁷

⁵ **Breves reflexiones sobre los ilícitos societarios a la luz del art. 173, inc. 7º del Código Penal.** Argibay Molina, J. P. - Naveira, Gustavo A. El Derecho - Diario, Tomo 196, 931 Fecha: 02-04-2002 Cita Digital: DDCLXIII-862

⁶ **“Breves reflexiones”** ... op. cit.

⁷ **Los delitos de balance falso e informe falso en la ley de sociedades comerciales.** Balbín, Sebastián - Cerolini, Agustín. El Derecho - Diario, Tomo 205, 999 Fecha: 30-10-2003. Cita Digital: ED-DCCLXV-870

Este constituye un tipo penal casi olvidado por quizás demasiado usual. ¿Cuántos balances reflejan la situación patrimonial real de la sociedad? A modo de ejemplo, los sistemas de valuación de los bienes inmuebles por su valor fiscal o por su valor de compra, el que sea superior, permite ya una clara distorsión entre lo real y lo contable.

Dispone el art. 300 del Código Penal:

ARTICULO 300. - Serán reprimidos con prisión de seis (6) meses a dos (2) años:

1º. El que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado.

2º. El fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo.

La víctima del balance falso podrá ser el socio o un tercero que contrata con la sociedad suponiendo la veracidad de la información contable. Si se trata del socio, entonces la norma societaria vulnerada será la del art. 55 de la LGS y las relativas a las funciones del órgano de fiscalización cuando existe. Entonces cuando el especialista en derecho societario invoque esta norma, debe necesariamente indagar la posible existencia del delito en cuestión.

Vinculado con el derecho de información del socio debemos citar el tipo penal previsto en el art. 309 CP:

...

2. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, cuando el representante, administrador o fiscalizador de una sociedad comercial de las que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización privada, informare a los socios o accionistas ocultando o falseando hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa o que en los balances, memorias u otros documentos de contabilidad, consignare datos falsos o incompletos. (Artículo incorporado por art. 5º de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 308 renumerado como artículo 309 por art. 3º del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

c.- Concursos preventivos y quiebras fraudulentas.⁸

⁸ Recodemos las disposiciones del Código Penal, las cuales nos permitimos transcribir íntegramente por su propia elocuencia. ARTÍCULO 176. - Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes: 1º Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; 2º No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener;

La regulación penal sorprende cuando la contrastamos con el proceder habitual de sociedades en estado de cesación de pagos. ¡Cuántos concursados preventivos ocultan parte de sus activos antes de la presentación de la demanda!

Las causales de impugnación del acuerdo preventivo contempladas en el art. 50 incisos 3 y 4 – exageración del pasivo u ocultamiento de activos-, cuando es acogida, deben entonces, necesariamente, implicar la promoción de la acción penal respectiva.

IV.- Conclusiones.

Esta ponencia tiene el simple propósito de instalar en el ámbito societario el necesario análisis de las consecuencias penales derivadas de la violación de normas contenidas en la LGS.

Quizás el obstáculo práctico con el que los delitos analizados se encuentran consiste en los prejuicios del fuero penal y de los penalistas, que suponen que denuncias de naturaleza societaria solo pretenden posicionar a las partes para una transacción, desviando los recursos de ese fuero de los delitos más aberrantes y elementales. Contra ese perjuicio debemos exponer, que muchos de los delitos más básicos y aberrantes, son derivación de situaciones de pobreza, a la que se arriba justamente por la vulneración de las normas básicas del mundo empresarial.

La libertad contractual debe mantenerse, porque la inocencia se presume, pero cuando esa presunción debe ser invertida, la consecuencia penal no debe evitarse.

Nos inspira para ello la frase reiterada del Maestro Efraín Hugo Richard: “libertad, pero con responsabilidad”.-

Eduardo S. Martinez Folquer

a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo,

substraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa; 3º Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.

ARTICULO 177. - Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, **por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.**

ARTICULO 178. - Cuando se tratare 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 u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos

síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual.

ARTICULO 179. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el artículo 176. Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

ARTICULO 180. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción. La misma pena sufrirá, en su caso, todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género.