

Responsabilidad penal del síndico en la sociedad anónima

Por Juan Pablo Gaona. Trabajo final del Premaster semipresencial CUDES- Universidad Austral. Edición 2013.

Sumario: 1. Ambito de actuación. 2. Conductas que podrían generar algún tipo de responsabilidad penal de los síndicos en las SA. 3. Administración fraudulenta o infiel (art. 173, inciso 7° del Código Penal) 3.1. ¿Qué se entiende por “cuidado” de un patrimonio ajeno? 3.2. Teoría que justifica el reproche penal de su accionar. 3.3. Delito de omisión impropia. Posición de garante. 3.4. Ausencia de uniformidad de criterios. 3.5. Tipo subjetivo. 4. Quiebra fraudulenta o culposa de una persona jurídica (art. 178 Código Penal). 4.1. Tipo subjetivo. 5. Balance falso (art. 300, inc. 3° Código Penal). 5.1. Tipo subjetivo. 6. Bibliografía consultada

1. Ámbito de actuación

En primer lugar, debemos tener presente que el artículo 294 de la LSC fija el ámbito de competencia del referido órgano societario, siendo la principal misión de este *“Fiscalizar la administración de la sociedad”*, siendo dicha función: *“...entendida como el control de la adecuación de la operatoria corporativa a las disposiciones de la ley, el estatuto y el reglamento –aunque abarca también los actos de la asamblea–, puede extenderse a la totalidad de la gestión social... y está preeminentemente dirigida a la actuación de los directores.”*¹.

2. Conductas que podrían generar algún tipo de responsabilidad penal de los síndicos en las SA

En la presente exposición analizaremos la responsabilidad penal del síndico de la S.A. –en adelante el síndico– desde tres tipos penales distintos, los cuales se encuentran tipificados en nuestro Código Penal. En efecto, se verá como dicho funcionario de este tipo societario podrá ser un eventual sujeto activo de los delitos de Administración Fraudulenta (art. 173, inc. 7°), Quiebra Fraudulenta o Culposa (art. 178) y Balance Falso (art. 300, inc. 3°).

Cabe decir que la presente obra no intenta agotar el universo de conductas reprochables del síndico, sino que pretende centrarse sobre las mentadas figuras,

¹ LIBSTER, MAURICIO en MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, *“Los Síndicos de Sociedades Anónimas (y el Consejo de Vigilancia)”*, Ed. “Depalma”, Buenos Aires, 1991, pág. 167.

toda vez que el síndico es potencial sujeto activo de otros delitos, así por ejemplo de delitos tributarios.

No es el propósito de la presente obra analizar en profundidad las conductas mentadas, sino descubrir la raíz de su responsabilidad penal, al analizar su actuación en tales figuras delictivas, las cuales pueden comprender actos positivos como negativos.

3. Administración fraudulenta o infiel (art. 173, inciso 7° del Código Penal)

Como introducción a esta figura, debemos decir que no nos queda ninguna duda de que el síndico puede ser comprendido como sujeto activo de este delito, sobre todo si nos detenemos a apreciar lo que surge del artículo pertinente, al decir: *“El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo... **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, **violando sus deberes perjudicare los intereses confiados y obligare abusivamente al titular de éstos**.”* –el destacado y subrayado no son del original–.

Dicho esto, debemos agregar que el bien jurídico tutelado en la presente norma es *“la propiedad”*. No cabe ninguna duda en este sentido que el síndico debe *“fiscalizar”* el desenvolvimiento del órgano de administración, con el objeto de procurar la protección de los intereses de la sociedad misma, así como el de los accionistas, por lo que se encuentra a cargo del *“cuidado”* de un patrimonio ajeno.

3.1. ¿Qué se entiende por “cuidado” de un patrimonio ajeno?

Al respecto, se sostuvo: *“El “cuidado” implica una situación jurídica que tiende a la función concreta de conservación, guarda o protección de los intereses ajenos. La formula da la idea, a diferencia de los otros modelos que requieren una actividad de una situación pasiva, de mera vigilancia sobre la cosa ajena”*².

3.2. Teoría que justifica el reproche penal de su accionar

En relación a esta figura, y siguiendo a FONTÁN BALESTRA, cabe decir que centramos su responsabilidad al entender que el síndico **quebranta la fidelidad** que han depositado los titulares de las acciones al revestirlo de dicha función, toda vez que este ilícito consiste en ciertos actos que perjudican los intereses pecuniarios

² BUOMPADRE, JORGE en *“Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”* dirección de David Baigún-Eugenio Raúl Zaffaroni, Ed. *“Hammurabi”*, Tomo VII, pág. 230.

ajenos que el autor tiene a su cuidado por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico³.

En este sentido, el Dr. Gustavo Aboso sostiene que dicha teoría “...se basa en la concesión dada a un tercero para la administración de un patrimonio ajeno [Nota: cabe decir que el mentado jurista aquí utiliza la palabra “administración” en sentido amplio], situación que crea una especial relación de confianza que confiere al autor importantes y peligrosas posibilidades para lesionar el patrimonio confiado...”⁴.

3.3. Delito de omisión impropia. Posición de garante.

Ahora bien, sentada la circunstancia de que el síndico “...violando sus deberes perjudicare los interés confiados...”, entendemos que su misión es ser una suerte de “garante” de los intereses de los accionistas. En ese norte, el Dr. Aboso sostiene que: “...se puede afirmar la presencia de un delito de omisión impropia, vale decir, si se tiene en cuenta que **el autor se encuentra en una posición de garante respecto de los bienes ajenos confiados y éste provoca de modo intencional el perjuicio económico**, ya que la comisión imprudente resulta atípica, el agente infringe con su accionar doloso el deber de diligencia de un buen hombre de negocios.” –la negrilla es de mi autoría–⁵.

Sobre la posición de garante, Zaffaroni, Alagia y Slokar explican que: “Para la construcción analógica de los tipos omisivos impropios suele reconocerse como fuente de la obligación de actuar la posición de garante, emergente de la ley, del contrato y de la conducta anterior o precedente del sujeto. Se trata de una posición especial de garantía, pues si bien todo garante tiene el deber de actuar, no todo el que tiene el deber de actuar es garante...”⁶. Asimismo, agregan: “Otra de las fuentes clásicas de la llamada posición de garante para la construcción analógica de los tipos es el contrato, pero tampoco cualquier deber emergente de contrato se considera fuente de posición de garante. Sólo puede serlo cuando de la confianza depositada emerja un particular deber de cuidado, vigilancia o protección...”⁷.

En sentido análogo se ha dicho: “La posición de garante es precisa para que la no evitación de un resultado lesivo pueda equipararse a su propia causación positiva y

³ Autor citado “Tratado de Derecho Penal”. Tomo VI. Parte Especial, Buenos Aires, “Abeledo Perrot”, 1969. p. 125.

⁴ Autor citado en “Código Penal y...” dirección de David Baigún-Eugenio Raúl Zaffaroni, Ed. “Hammurabi”, Tomo VII, Pág. 322.

⁵ Autor citado en obra citada, pág. 323.

⁶ Autores citados en “Manual de Derecho Penal. Parte General”, 2º Edición, 4º reimpresión, Ed. “Ediar”, Buenos Aires, 2010, pág. 449/450.

⁷ Autores citados, ob. cit. pág., 449/450.

castigarse con arreglo al precepto que sanciona su producción... En otras palabras: no todo aquél que omite evitar la producción de un resultado lesivo puede ser castigado como si lo hubiera causado por vía positiva, sino sólo determinadas personas que se hallan respecto del bien jurídico afectado en una específica posición de garante.”⁸.

Siguiendo los lineamientos trazados por los mentados autores, sostenemos que la posición de garante del síndico encuentra sus fuentes tanto en la designación por “*la asamblea de accionistas*” (conf. art. 284 LSC), así como en su principal misión, que es como dijimos anteriormente, la de “*fiscalizar la administración de la sociedad*” (conf. inc. 1° del art. 294 de la mentada ley).

Asimismo, en relación al accionar deliberadamente omisivo del síndico se ha dicho “*...la calidad de sujeto activo en el presente delito, por omisión dolosa del cuidado debido, solamente la encontramos en el síndico societario, cuando las circunstancias del caso lo obligaban a evitar el resultado dañoso para con el patrimonio de la sociedad y sin embargo, este último, actuando en connivencia con los administradores, incumple deliberadamente las funciones asignadas por la ley...el síndico debe excepcionalmente inmiscuirse en el mérito de la gestión de los directores dada su posición de garante del patrimonio de la sociedad, estando obligado a anotar el comportamiento infiel o fraudulento de los directores de la asamblea y no obstante ello, en forma deliberada y en connivencia con aquellos omite hacerlo, contribuyendo así a la consumación del ilícito*” –la negrilla es de mi autoría–⁹.

3.4. Ausencia de uniformidad de criterios

Por último, no debe soslayarse que la doctrina no se pone de acuerdo sobre la posibilidad de que el síndico sea reputado sujeto activo de dicho ilícito. En ese norte, transcribimos el pensamiento de los Dres. Baigún y Bergel, los cuales en una obra de autoría compartida expresan: “*El síndico, en su calidad de tal, no puede ser sujeto activo del delito de administración fraudulenta. La sindicatura es, por esencia, órgano de fiscalización y no de administración.*

En el orden comercial, el síndico puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones que le impone la ley, el estatuto o el reglamento,

⁸ MIR PUIG, SANTIAGO “*Derecho Penal. Parte General*”, 7° Edición, Ed. “*B de F. Euros Editores*”, Buenos Aires, 2004, pág. 320.

⁹ ILHARRESCONDO, JORGE MARCELO, “*Delitos Societarios*”, 1° Edición, 1° reimpresión, Ed. “*La Ley*”, Buenos Aires, 2011, pág. 311.

*por haber obrado con culpa, responsabilidad que, obviamente, está marginada del art. 173, inc. 7, del C. Penal.*¹⁰ –el destacado es mío–.

3.5. Tipo subjetivo

Por último, la doctrina y la jurisprudencia que admiten la responsabilidad del órgano que venimos tratando, son unánimes al reseñar que la administración fraudulenta es un delito doloso, ya que sólo admite el dolo directo, abarcando el dolo todos los elementos del tipo objetivo.

4. Quiebra fraudulenta o culposa de una persona jurídica (art. 178 Código Penal)

En relación a este delito, cabe decir que surge de la literalidad de la ley la posibilidad de que el síndico sea responsable de dicho accionar, por lo que el análisis de su responsabilidad ya no se podrá discutir, como sí es materia de discusión –conforme lo observado *ut supra*– el delito visto anteriormente.

No obstante ello, el Dr. Daniel Erbetta discrepa con la inclusión del síndico en este tipo legal, manifestando: *“Resulta objetable el agregado a este círculo de autores de las personas físicas encargadas de la contabilidad o del control de fiscalización, desde que su intervención podría haberse resuelto en función de la teoría de la participación criminal (complicidad primaria o secundaria o eventual instigación) prevista en el art. 45 y siguientes del Código Penal.”*¹¹.

En el mismo sentido se expresa Fontán Balestra, el cual entiende *“[este delito]...introduce una excepción a los principios generales de la participación, puesto que se aplica la pena del autor tanto al cómplice necesario como al no necesario, ya que la palabra cooperar, empleada en el artículo 178, debe ser entendida en el sentido técnico de la participación criminal.”*¹².

En otro orden de ideas, se señala que revestir el cargo de síndico es un elemento del tipo objetivo, pero sin perjuicio de ello, Erbetta entiende que: *“...su sola verificación [de dicha función] no resulta suficiente per se para fundamentar una condena penal. Las personas que eventualmente pueden ser pasibles de imputación por reunir la especial condición típica deben, además, haber intervenido en la comisión de los actos prohibidos y conforme los requerimientos subjetivos propios*

¹⁰ Autores citados *“El Fraude en la Administración Societaria”*, 1º Edición, 1º reimpresión, Ed. *“Depalma”*, Buenos Aires, 1991, pág. 128.

¹¹ Autor citado en *“Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”* dirección de David Baigún-Eugenio Raúl Zaffaroni, Ed. *“Hammurabi”*, Tomo VII, pág. 583.

¹² Autor citado *“Derecho Penal. Parte Especial”*, Ed. *“Abeledo Perrot”*, Buenos Aires, 17ª edición, 2008, pág. 635.

de cada uno de ellos. Lo contrario sería lisa y llanamente admitir un supuesto prohibido de responsabilidad objetiva como fundamento de una sanción penal.”¹³.

Asimismo, en relación a esta figura penal se ha dicho: “Además de los actos que por comisión u omisión podía desarrollar el síndico en forma unipersonal o de cooperación, y de tal modo encuadrar en los presupuestos de hecho previstos por nuestro artículo, aquí también serían válidas las reflexiones y aplicaciones del tipo impropio de omisión...”¹⁴.

4.1. Tipo subjetivo

Finalmente, debe destacarse que este delito puede cometerse tanto de manera dolosa, como así también de forma culposa. En dicho sentido lo entiende el citado Erbetta al decir: “En este caso valen también las mismas consideraciones formuladas en relación a los arts. 176 y 177. Sólo cabe agregar que la doctrina se ha pronunciado mayoritariamente sobre la posibilidad de que, ante la participación de varios autores (es decir, más de uno de los representantes y/o administradores descriptos en el tipo), algunos puedan ser imputados en los términos de la figura (art. 178) en función del delito del art. 176 (quiebra fraudulenta), y otros, en virtud del delito del art. 177 (quiebra culpable). La hipótesis respondería a una intervención plural con actos dolosos de fraude por parte de algunos y –por ejemplo– de imprudencia por parte de otros, esto es, que acciones típicas distintas de dos o más sujetos penetren en la órbita de autoría del art. 178 en forma independiente con relación a la misma quiebra societaria.”¹⁵.

5. Balance falso (art. 300, inc. 3º Código Penal)

En torno a esta figura penal, aquí también la responsabilidad del síndico surge del tenor literal de la norma en trato.

Estimamos totalmente acertada la incorporación de este funcionario dentro del tipo penal, ya que según lo normado por el art. 294 de la LSC, los síndicos deben estar al tanto de todas las circunstancias relativas a la información contable y/o financiera de la sociedad a la cual deben velar. Asimismo, serán los que proveerán la información a los socios sobre el desenvolvimiento de la empresa. Dicho ello, no debemos soslayar que entre sus funciones también se encuentran la de emitir

¹³ Autor citado en “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial” dirección de David Baigún-Eugenio Raúl Zaffaroni, Ed. “Hammurabi”, Tomo VII, pág. 586.

¹⁴ LIBSTER, MAURICIO en MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, “Los Síndicos de Sociedades Anónimas (y el Consejo de Vigilancia)”, Ed. “Depalma”, Buenos Aires, 1991, pág. 443.

¹⁵ Autor citado, ob. cit., pág 593 *in fine*.

dictamen sobre la memoria, el inventario, balance y estado de resultados presentados por el directorio (artículo 294, inc. 5°).

Por ello estimamos pertinente lo sostenido por el Dr. Ilharrescondo, al decir: “...del cúmulo de atribuciones que nuestro régimen de sociedades comerciales le asigna a la sindicatura, surge en forma evidente que quienes la integran pueden desplegar alguna o algunas de las conductas nucleares previstas en el inciso, sobre todo aquellas vinculadas con la presentación de informes a la asamblea o reunión de socios.”¹⁶.

En otro orden de ideas y relacionándolo con otras figuras penales, debe destacarse lo que sostiene el Dr. Daniel Pablo Carrera, el cual afirma: “Los balances e informes falsos del artículo 300, inciso 3°, del Código Penal, de importar perjuicio para los intereses pecuniarios sociales de los accionistas, serán desplazados por la administración fraudulenta.”¹⁷.

En relación a esto, la jurisprudencia se ha expedido así: “Existe concurso real de delitos cuando se ha confeccionado balance falso de una sociedad (art. 300, inc. 3, CPen.) y se lo ha exhibido logrando vender cuotas sociales de dicha sociedad, mediante pagarés, que fueron protestados y ejecutados –art. 172 del CPen.–”¹⁸.

5.1. Tipo subjetivo

De manera conclusiva, hay que remarcar que este es un delito doloso y Fontán Balestra agrega que “...el dolo debe abarcar el conocimiento que se autoriza o publica un informe falso o incompleto o bien que la información es falsa o reticente y que se refiere a hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa”¹⁹.

6. Bibliografía consultada

BAIGÚN, DAVID-BERGEL SALVADOR D.: “El Fraude en la Administración Societaria”, 1° Edición, 1° reimpresión, Ed. “Depalma”, Buenos Aires, 1991.

BAIGÚN, DAVID-ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (DIRECCIÓN): “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial” Ed. “Hammurabi”, Tomo VII.

CARRERA, DANIEL PABLO: “Administración Fraudulenta”, 1° Edición, 1° reimpresión, Ed. “Astrea”, Buenos Aires, 2004.

¹⁶ Autor citado, ob. cit., pág. 479.

¹⁷ Autor citado “Administración Fraudulenta”, 1° Edición, 1° reimpresión, Ed. “Astrea”, Buenos Aires, 2004, pág. 171.

¹⁸ (Cámara Nacional Penal Económico, sala 1ª, rta. 31/05/1961, ED 2-892; en idéntico sentido se ha expedido la Sala B, 17/09/1997, “Firestone S.A.”)

¹⁹ Autor citado “Derecho Penal. Parte Especial”, Ed. “Abeledo Perrot”, Buenos Aires, 17ª edición, 2008, pág. 1109.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *“Tratado de Derecho Penal”*. Tomo VI. Parte Especial, Buenos Aires, *“Abeledo Perrot”*, 1969.

ILHARRESCONDO, JORGE MARCELO: *“Delitos Societarios”*, 1° Edición, 1° reimpresión, Ed. *“La Ley”*, Buenos Aires, 2011.

MARTORELL, ERNESTO EDUARDO: *“Los Síndicos de Sociedades Anónimas (y el Consejo de Vigilancia)”*, Ed. *“Depalma”*, Buenos Aires, 1991.

MIR PUIG, SANTIAGO *“Derecho Penal. Parte General”*, 7° Edición, Ed. *“B de F. Euros Editores”*, Buenos Aires, 2004.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL-ALAGIA ALEJANDRO-SLOKAR ALEJANDRO: *“Manual de Derecho Penal. Parte General”*, 2° Edición, 4° reimpresión, Ed. *“Ediar”*, Buenos Aires, 2010.