

RESPONSABILIDAD PENAL DEL SINDICO

Por Dr. Carlos Parma

Concepto preliminar:

Históricamente las leyes comerciales referentes a concursos y quiebras, no abordaron la problemática penal del síndico, sólo algunos enfoques referidos al fallido, comprometerían al Juez de la quiebra a «remitir compulsa» a la justicia criminal. En esta orientación, la ley 24.522 vió de soslayo la realidad delictiva que rodeaba al Síndico en el concurso o en la quiebra.

Lejos del espíritu que alguna vez, bien intencionadamente iluminó al legislador, la normativa vigente en la práctica fue «abusada» por «interesados fallidos y hábiles profesionales contables y del derecho» para eludir responsabilidades civiles, comerciales, tributarias, fiscales, de índole procesal, y de carácter penal.

La presión de la corrupción económica que quebrantó empresas e instituciones, avanzó sobre quienes ejercían papeles preponderantes en la conducción de un concurso o quiebra. Así el síndico tuvo - y tiene- un rol inusitado, y aunque esto sea polémico, la realidad nos muestra que posee un poder conductual.

Etapas:

La práctica procesal nos enseña que comúnmente concurren dos etapas marcadas en la relación síndico - deudor: un período de «encantamiento» y otro de «desencantamiento».

El síndico con su gran expectativa de trabajo y el deudor con la imperiosa necesidad de «salir a flote», tienen más que un argumento para entrelazarse, obviamente sin descuidar los roles que a cada uno le compete.

Pero la «entropía» (pérdida de energía) también se apropia del sistema, y lo que antes estaba dispuesto para entreyudarse, en la práctica comienza a diezmar, hasta llegar a veces a niveles de ruptura.

Quizá la pretensión de honorarios sea el punto de inflexión, lo cierto es que la relación no siempre es la misma, aunque esto parezca una verdad de perogrullo.

Lo dicho es relevante para apreciar «cuando» comienzan los pedidos de «remoción», «denuncias», etc.. Como se indicó precedentemente, en la mayoría de las veces ocurre en lo que hemos venido a llamar «la segunda etapa».

La remoción:

Siguiendo el derrotero trazado, estos «pedidos de remoción» generalmente suceden generalmente «ex post», es decir en las postrimerías de alguna regulación de honorarios o luego de ella, y esto incide seguramente en el ánimo del juez, quien advierte «prima facie» la actitud utilitarista del litigante, quien ante tal acción logra dilatar cualquier reclamo o pretensión resarcitoria.

Los antecedentes de remoción en los juzgados de Quiebras y Concursos son

insignificantes, si lo comparamos con otros incidentes.

Son causas de remoción del síndico, la negligencia, la falta grave o el mal desempeño en sus funciones.

La facultad para destituir a este funcionario le corresponde al Juez del concurso.

Compulsa:

Con más razón se torna menos usual el «pedido de compulsas» penal contra el fallido, mucho más aún entonces contra el síndico.

La nueva ley de Quiebras nro. 24.522, sólo mantiene la remisión de compulsas penal contra el fallido, en caso de falta de activo (art. 233 L.Q.).

La tendencia de descomprimir la responsabilidad penal del fallido, que con acierto hoy sostiene la ley de quiebras (no hay ahora calificación de conducta), es también una constante que asume como propia la legislación penal vigente (por ejemplo en la Probation: art. 76 bis del Cód. Penal).

No estigmatización:

Es de pensamiento penal posmoderno, que la pena tenga una función preventiva. Esto ha formado una conciencia generalizada en los estudiosos del derecho: « que la pena tenga un fin y una función», es decir que tenga un sentido.

La direccionabilidad está dada por la no estigmatización. Es decir que el encarado no cargue innecesariamente con una sanción anticipada, la que por otra parte no tendría sentido, ni lograría rehabilitarlo.

Así como la ley penal no ha querido imponer el estigma de procesado, condenado, etc., sobre un imputado en delitos menores, y para ello a instrumentado la probation, la ley de concursos y quiebras se abstuvo de colocar ciertos motes que en otrora adornaban la conducta del fallido, a tal punto de quitar la calificación de conducta.

EL SINDICO: Funcionario Público.

Concepto:

Podríamos conceptualizar al SINDICO como el funcionario público de los juicios concursales, con atribuciones inderogables e indelegables, legalmente establecidas, responsable de sus actos cuya actuación se realiza en beneficio de la ley y de la Administración de Justicia.

Dejada de lado la teoría de la representación (del deudor, de la masa), podemos asumir como antecedente relevante la ley nro. 11.719. Desde allí, podemos decir que se arraiga la tesitura que considera al Síndico Oficial Público (art. 87). En forma prístina, se obtiene así una jerarquía que irá consolidándose en toda la evolución legislativa.

Sin embargo, autores como Segal, interpretan que el síndico tiene una naturaleza omnicomprendiva, es decir que es representante del deudor, de los acreedores y del Juez a la vez, siendo éste último el que lo unge como delegado.

La teoría organizista ha avanzado con énfasis en el universo doctrinario. Para éstos, «El síndico es un órgano del concurso, no es representante de los acreedores, ni del fallido... siendo la ley 19.551 la que le dió a la sindicatura estructura orgánica funcional»¹.

En abono a esta posición se dijo: « Es un órgano del concurso, que se inscribe en la órbita de la administración de justicia... el síndico no tiene representación ni mandato específico, sino funciones que cumplir en la extensión y grado que la ley ha previsto»²

Para nosotros, lo relevante es saber si es o no funcionario público, cuestión que de suyo, anticipamos como favorable. Y esta concepción de funcionario público, que fue equiparada terminológicamente al concepto de empleado público por Gordillo entre otros, y rechazada tal sinonimia por Marienhoff, etc., debe entenderse en el sentido admitido por el Código Penal, coincida o no el alcance que pueda tener la expresión en el derecho administrativo³.

La misma norma sustantiva refiere al concepto de funcionario público en distintos tipos legales, a saber de: arts. 143 inc. 1, 2, 3 y 6 (detención ilegal); 151 (violación de domicilio); 207 (delitos contra la salud pública); 235 (sedición y rebelión); 237 a 242 (atentado y resistencia a la autoridad); 246 inc. 3 (usurpación de títulos y honores); 248 (abuso de autoridad); 249 a 253 (violación de deberes de funcionario); 254 (violación de sellos); 256 y 258 (cohecho); 262 (malversación de caudales públicos); 264 y 265 (negociaciones incompatibles); 266 (exacciones ilegales); 268 (concu-sión); 268, 1 y 2 (enriquecimiento ilícito, agregado por ley 16.648); 274 (retardo de justicia); 281 (evasión y quebrantamiento de pena); 287 (delitos contra la fe pública); 291 (falsificación de sellos); 298 (falsificación de documentos en general) y -en especial- el art. 77 del Código Penal, que en su parte pertinente dice así: « ... todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas... por nombramiento de autoridad competente».

En esta inteligencia, del mismo análisis del texto legal, la figura del síndico sería «accidental» en el ejercicio de las funciones públicas, por nombramiento de autoridad competente. Así lo indica también la ley 24.522 en sus arts. 251 y 252 al decir: Art. 251: « Son funcionarios del concurso: el síndico, el coadministrador y los controladores... de la liquidación de la quiebra». Art. 252: « Las atribuciones conferidas por esta ley a cada funcionario, son indelegables, sin perjuicio del desempeño de los empleados». Esto debe completarse con el art. 253 de la misma ley, donde se regula el procedimiento de designación del síndico.

La doctrina concursal también avala la lectura jurídico penal de la calidad de funcionario que reviste el síndico. «Esa calificación determina un régimen específico de responsabilidades: los controladores son, conjuntamente con el síndico funcionarios de un proceso judicial, en el cual su cometido auxilia la función de la jurisdicción»⁴.

En idéntico sentido se ha volcado la jurisprudencia nacional, al decir: « Mantienen toda su vigencia la doctrina y jurisprudencia desarrolladas al amparo de la ley 19.551, que sustancialmente han identificado al síndico como un funcionario del concurso que actúa como auxiliar

de la justicia»⁵. «El síndico... reviste fundamentalmente condición de funcionario del concurso, ejerciendo un mandato legal necesario, que no nace de la voluntad de los interesados, sino de la ley (art. 1870, inc. 1 del Cód. Civil); el mandato se ejerce con relación al deudor y a la masa de acreedores, siendo a la vez delegado del juez dentro de la esfera que le señala la ley, con lo cual queda establecida su condición de colaborador de la justicia»⁶.

Hay quienes dicen que la ley habla de «funcionarios del concurso» y no de «funcionarios públicos», por ende le niegan una correspondencia plena⁷, situación que de suyo no compartimos. Sin embargo este mismo pensamiento «acepta» que, como las funciones del síndico son eminentemente públicas, la extensión de la idea podría asimilarse». Es decir, terminan aceptando por extensión la investidura de funcionario público en el síndico.

Funciones:

Las funciones del síndico pueden ser clasificadas así:

- + de carácter administrativo
- + de carácter empresarial
- + de carácter procesal
- + de liquidación

Si cupiera pedagógicamente referir a la función que en el concurso preventivo el síndico tiene, diríamos que «vigila» o «controla» la actividad del deudor (arts. 15 a 17 ley 24.522) y audita contablemente todo el proceso de verificación del crédito, mientras que en la quiebra «administra» el patrimonio del fallido (arts. 109, 110, 142 y ss. ley 24.522), audita en el proceso de verificación y tiene funciones de liquidador (arts. 203 y ss. ley 24.522).

Es obvio que los «compromisos», y por ende su responsabilidad, en el proceso de quiebra será mayor. Veamos, el síndico en la quiebra, a modo enunciativo, hace: a) administra bienes del fallido; b) toma posesión de los mismos; c) contrata para la conservación de dichos bienes; d) incauta libros de comercio y documentación; e) conserva adecuadamente bienes de terceros; f) cobra y percibe créditos que benefician al fallido; g) procede a la venta de bienes; h) conviene locaciones u otros compromisos sobre bienes desapoderados; i) practica la distribución de fondos del concurso entre acreedores quirografarios y privilegiados; etc.

Su responsabilidad penal:

El síndico tendrá la responsabilidad que le cabe a toda persona imputable y también las que le corresponden por su función. Dejamos de lado aquí, el concepto comercialista que el síndico es «un órgano concursal», como ilustra Maffia y lo aceptaba la propia jurisprudencia⁸.

En esta inteligencia, el síndico es susceptible de ser sujeto imputable de cualquier delito que ilustre la parte especial del Derecho Penal, en tanto la figura penal lo abarque, máxime si tenemos en cuenta que su función es personal e indelegable, conforme expresamente lo refiere la ley

(arts. 254 y conc. ley 24.522)⁹.

Estamos contestes en que hay calificaciones que, en vinculación con la conducta asumida por el síndico, están estrechamente ligadas a la función. Los arts. 173, 260, 262, y 268 del Cód. Penal son una muestra de estas situaciones, ya sea porque el Síndico no entregara los bienes los cuales tomó posesión, diera distinta aplicación a las partidas de gastos o bien omitiera informar y rendir cuentas, etc.. Sin embargo, hay dos tipos penales que aparecen naturalmente ligados con la sindicatura: abuso de autoridad y negociaciones incompatibles (art. 248 y 265 del Cód. Penal), temas que tendrán en este trabajo tratamiento específico.

A mayor abundamiento en el tratamiento extensivo de la responsabilidad penal del síndico, se coincide con Rubin cuando afirma que «el síndico siempre debe informar al Juzgado sobre cualquier actividad que sospeche lesiva para el concurso», tal premisa también puede atrapar -en caso de incumplimiento- las figuras previstas por el art. 277 del Cód. Penal (encubrimiento), sin perjuicio que le pueda corresponder en la especie algún grado de participación criminal conforme lo establecen los arts. 45 y ss. del Código Penal.

A modo de corolario advertimos que de ser el comportamiento del síndico prudente y de buena fe, difícilmente lo alcance una norma penal, precisamente por su falta de dolo o culpa.

Su responsabilidad en general:

Argeri propone el siguiente cuadro de responsabilidades del síndico:

CIVIL: las cuales vienen regladas por los principios comunes del derecho civil (art. 1109 y conc. del C.C.).

PROFESIONAL: derivan de la aplicación de sanciones que lo inhabilitan para el desempeño de la función de síndico (por ej. remoción).

PENAL: quedan sujetos a las disposiciones del Código Penal.

JERARQUICO DISCIPLINARIAS: llamada de atención, suspensión, etc. las cuales se originan en las facultades ínsitas al órgano jurisdiccional para hacer cumplir al síndico los deberes a su cargo (nota: Corresponde la sanción: a) cuando se solicita postergación de la junta, luego de vencido el plazo de ley sin haber presentado el informe (Cám. Nac. Com. Sala B, 14-6-56, La Ley, v. 83, p. 247; b) cuando su actuación es dubitativa y poco clara motivando injustificado retraso en el procedimiento (Cám. Nac. Com. sala A, 16-12-58, La Ley, diario 6-9-59, fallo 2421-s; c) por presentar informe incompleto (Cám. Nac. Com., sala B, 9-12-59, La Ley, v. 99, p. 98; d) por no haber valuado el activo del concurso con prudencia (Cám. nac. sala A. 29-12-59, La Ley, v. 99, p. 398; e) por no mantener el recurso ante la alzada (Cám. Nac. Com. sala B, 19-10-60, La Ley, v. 101, p.941); f) por presentación tardía del informe agravado por excusa torpe ante la alzada (Cám. Nac. Com. sala B, 9-8-61, Juris Arg. 1962, v. I, p. 126); g) cuando el síndico luego de la quiebra entregó a terceros libros del fallido (Cám. Nac. Com., sala C, 16-3-62, La Ley, v. 108, p. 930, fallo 8452-S; h) por haber dado explicaciones insuficientes para justificar su negligencia (Cám. Com. Capital, 8-11-39, La Ley, v. 16, p. 698); i) por presentación del informe deficiente que impuso al juez postergar la junta (Cám. Nac. Com. sala B, 21-3-56,

Gac. Foro, v. 219, p. 67); j) por negligencia, así como por falta de aceptación del cargo (Cám. Nac. Com. Superintendencia, 6-4-56, Gac. Foro, v. 219, p. 174)¹⁰.

Escandell habla de esferas de responsabilidad: Administrativo (ámbito profesional y ámbito concursal); penal (ámbito penal y ámbito concursal); civil y Tributario.

De buen tino, sería ampliar el marco de responsabilidades, sumándole a estos esquemas doctrinarios, la «responsabilidad ética». Veríamos de esta manera un mejor control de la actuación concursal, al ser revisado inclusive por sus pares.

La ética entonces constituye la base de todo proceso profesional sano y decoroso. Así el síndico podrá proceder en forma digna, leal, veraz y de buena fe. Para ello no deberá prestarse a simulaciones de ninguna especie, no firmará informes, pericias, dictámenes, ni certificaciones que no hayan sido preparados o revisados personalmente o bajo su directa vigilancia, asegurando la corrección de sus manifestaciones y su obrar con total independencia de criterio. Estos criterios serán expuestos en forma clara, precisa y objetiva, en afán de colaboración (auxilio) al Juez, consignando en lo posible la fuente de donde fueron extraídos los datos y demás elementos utilizados para su formulación.

No deberá usar la técnica para distorsionar la realidad, porque precisamente la verdad será una norma permanente de conducta. La diligencia, competencia y genuina preocupación serán estandartes siempre altos en defensa de los legítimos intereses que le han sido confiados.

En todos los casos será un fiel vocero de la aplicación de la ley, disposiciones reglamentarias y las resoluciones del Consejo Profesional de Ciencias Económicas.

La conducta delictual:

La dogmática jurídico penal moderna, insiste en que para que el delito exista debe tratarse de una «acción, típica, antijurídica y culpable». Los pos modernos, como Roxin, dicen que «es la acción típicamente antijurídica y responsable», pues para esta corriente de pensamiento, no basta con la culpabilidad, sino que además la pena a aplicar debe tener una función y un fin, debe ser útil, debe tener un sentido.

Visto de esta manera, no cualquier conducta humana es un delito, pero sí puede constituir una infracción a normas de otra rama del derecho, ya que no todo el derecho represivo está contenido en el Código Penal en forma excluyente. Existe un «derecho disciplinario» que tiene en miras «la tutela disciplinaria de la función administrativa», al menos en la opinión de Soler y Núñez.

Al exigir la teoría del delito una serie de «requisitos» para que se esté frente a un ilícito, es dable señalar que de parte del síndico debe existir una **acción** (conducta) y esta debe ser **típica**, es decir debe estar previsto el delito (la conducta) en un tipo penal concreto, siendo a su vez este **antijurídico**, es decir sin ninguna causa de justificación que lo abarque, para -finalmente- ser **CULPABLE**, que significa que el sujeto, pudiendo hacerlo, no se motivó con la norma de prohibición, en realidad fue infiel al derecho.

si perjuicio de lo expuesto, el Juez determinará en el caso concreto si existe la

posibilidad de que opere algún principio de «oportunidad» (según el Código Procesal) o bien «la suspensión del juicio a prueba» si correspondiere, lo que -de suyo- hará que no se aplique pena o esta se restrinja al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el imputado.

Comisión por omisión

Los síndicos son llamados por la ley para colaborar en la tarea judicial. Esto hace, que en la generalidad de los casos, tengan tareas de control o vigilancia, primordialmente de protección del crédito o la masa (si se quiere esta interpretación).

No exageramos, si afirmamos que el síndico es «ojos y oídos del juez». Ya Rubín enseñaba en esa dirección, al decir: « el síndico siempre debe informar al juzgado sobre cualquier actividad que sospeche lesiva para el concurso»¹¹.

Aquí surge nítido el problema de la omisión y de la comisión por omisión, temas que en materia penal se encuentran en un «feet back» protagónico.

Sin embargo esta «dejadez» o «no hacer», no siempre alcanza para constituir delito, pues se encuentra ausente alguna categorías estructurales que integran el obrar criminal. Es de advertir, que el delito a analizar puede o no prever la conducta culposa (por ej. el robo es siempre doloso), es decir la presencia o no del dolo. Cuando este dolo no aparece, y la figura penal prevee la culpabilidad propios jueces penales allí entonces, se recurre a la vía de la sanción disciplinaria o procesal, juzgando la actitud del síndico como de «negligencia, mal desempeño o falta grave».

LA PENA: necesidad

Abordaremos este tópico en forma necesaria, pues es de buen cuño jurídico que los propios miembros de la JUSTICIA se estén hoy preguntando sobre la necesidad de imposición o no de una pena, tornándose para algunos la cuestión más relevante del derecho penal.

Para introducirnos a este tema diremos que: «La polémica sobre FIN Y FUNCION DE LA PENA, también tiene marcada vigencia. Hegel y Kant fueron dignos representantes del «retribucionismo». Para ellos, la culpabilidad que el autor carga por el hecho cometido, debe ser retribuida, compensada. Los cultores de esta posición sintetizaban la propuesta diciendo que el delincuente ha causado un «mal» y por ende debía ser retribuido con otro «mal». Se paga un mal con otro mal.

En contra de esta escuela surgió la idea de «prevención» general, que apuntaba «mediante la utilización del miedo y la racionalidad del hombre» a enseñar a la generalidad de la gente lo que no se debe hacer. Esta tesis también fue avalada por Feuerbach, creando la «teoría psicológica de la coacción», donde a través de la «intimidación» se pretendía educar. La prevención general será «negativa» cuando tienda a «intimidar a quienes están en peligro de cometer similares hechos». Es como mostrarles una pantalla para que vean lo que les pasa a quienes cometen delitos. La prevención general positiva (Jakobs) tiende a asegurar la confianza en la norma. El delito violenta la norma y la pena restablece la confianza en la norma».

De tinte moderno es la «teoría de la UNION», que combina retribución con rehabilitación. Entienden éstos defensores que la Culpabilidad es la medida de la pena, como límite máximo, pero si se puede -por razones preventivas- bajar el mínimo. Dicen: es cierto que los delitos no pueden

quedar impunes, pero también es cierto que la imposición de pena debe estar justificada.... debe tener sentido.

La finalidad que pretende la nueva ley penitenciaria, nro. 24.660, es lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada y necesaria reinserción social... (art. 1). Se rescata una visión humanista teniendo en cuenta con el fin de prevención especial.

La pena, debe cumplir una «función» resocializadora y su implantación y ejecución dependerá de la política - jurídica del Estado. Pero ¿ podrá hacerlo ante quién no se reprochó la conducta lesiva ?... Nosotros insistimos en la búsqueda del sentido, aquel legado que alguna vez nos dejó el maestro Viktor Frankl.

DR. CARLOS PARMA

¹ Cfr. «Instituciones de Derecho Concursal»; Escuti (h) y Junyent Bas; ps. 83, Alveroni Ediciones, año 1996.

² Cfr. «Instituciones de Derecho Concursal»; Rubín Miguel (Escandell José), ps. 66 y ss.; Ed. Ad-hoc, año 1992.

³ «Sobre el concepto de funcionario público en el Código Penal»; Aboso y Abrales; ps. 12, La Ley, Suplemento de jurisprudencia penal, 24 de mayo de 1996.

⁴ Cfr. «Concursos. Las reformas a la ley; Iglesias, José; ps. 285, año 1995, Ed. Depalma. También el mismo autor en «La responsabilidad del síndico concursal» en Errepar.

⁵ Cfr. «Concursos y Quiebras». Ley 24.522 ; Rivera - Roitman - Vitolo; ps. 392; Rubinzal-Culzoni. Citando el Fallo: C.N.Com. Sala D, 15/10/80, en E.D., 92-385.

⁶ Cfr. « Concursos y Quiebras»; Fassi-Gebhardt; ps. 487, Ed. Astrea, año 1997. Citando el fallo: « C.N. Com. Sala B, 3/10/86, en L.L. año 1987, C-61.

⁷ Cfr. « Concursos y Quiebras »; Nedel, Oscar; ps. 329, año 1996, Ed. Impresin.

⁸ En 1978 Osvaldo Maffía publicó en la RCDO un trabajo titulado « El síndico, órgano del concurso». Luego un ejemplar fallo definió al síndico como «un órgano concursal en función no decisoria» (CApel. Río Negro, carat.: «Marinni y Rizzotto», ED, 22/9/82).

⁹ Cfr. «Concursos y quiebras», ley 24.522; Iglesias, José, Ed. Depalma, año 1995. Aquí el autor sostiene que se reproduce el art. 278 de la ley 19.551, utilizando una terminología redundante el texto, al decir «quiebra y liquidación».

¹⁰ Cfr. « El síndico en el concurso preventivo»; Argeri, Saúl y Graziani, Raquel»; ps. 230. Ed. Librería Editora Platense, año 1976.

¹¹ Cfr. « Calificación de conducta»; Rubín, Miguel; ps. 24 y ss., Ed. Hammurabi, año 1987.