

TÍTULO:	APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SOCIO NO ADMINISTRADOR POR LOS DELITOS TRIBUTARIOS DE LA EMPRESA
AUTOR/ES:	Robiglio, Carolina L.
PUBLICACIÓN:	Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE)
TOMO/BOLETÍN:	XLIV
PÁGINA:	-
MES:	Setiembre
AÑO:	2023
OTROS DATOS:	-

CAROLINA L. ROBIGLIO

APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SOCIO NO ADMINISTRADOR POR LOS DELITOS TRIBUTARIOS DE LA EMPRESA

I - INTRODUCCIÓN

Para determinar en cada caso la existencia, o no, de responsabilidad penal de las personas humanas vinculadas a los delitos tributarios cometidos en el ámbito de empresas, es necesario acudir a todas las herramientas que nos brindan las leyes y la dogmática penal⁽¹⁾; partiendo de las reglas generales que regulan la autoría y la participación en nuestro Código Penal, se ha ido profundizando la elaboración teórica, incluyendo el estudio de lo que se ha denominado el actuar en lugar de otro, la estructura de los tipos de omisión y la conformación de ámbitos de competencia -en este caso, dentro de la empresa-, para lo cual debe tenerse presente además las disposiciones generales y particulares que regulan el tipo societario del caso concreto, el concepto de las posiciones de garante, así como los efectos de la adopción de programas de cumplimiento, entre otros aspectos.

Dejando de lado en esta ocasión un tema diferente del planteado, que es la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el marco señalado, hasta el presente, los doctrinarios se han dedicado en mayor medida al estudio de la responsabilidad penal de quienes revisten el carácter de administradores de las empresas, casos que también han dado lugar a muchos precedentes jurisprudenciales. Sin embargo, no se cuenta con muchos antecedentes respecto de la imputación de los accionistas o socios que se mantienen ajenos a la función de administración.

No suelen presentarse dudas importantes respecto de la participación penalmente relevante del accionista -sea o no administrador-, cuando su aporte a la comisión del hecho se verifica de forma activa -comisiva- y dolosa; como tampoco, en general, despiertan esas incertidumbres las conductas llevadas a cabo por las personas humanas que actúan en el contexto de empresas creadas con el fin específico de cometer ilícitos -sociedades "pantallas"-, casos esos en que el rol de "administrador" está desdibujado respecto del concepto que nos brinda el derecho societario, justamente por las características anómalas de esas sociedades.

En cambio, hay otro grupo de casos que por ser más dudosos nos mueven a estudiarlos con mayor profundidad; se trata de aquellos casos en que se plantea si el socio ajeno a la administración del ente puede resultar responsable penalmente por delitos cometidos en el ámbito de una empresa cuya actividad sea, en principio, genuina; generalmente se trataría de la responsabilidad por hechos realizados por la gestión a cargo de alguno de los administradores.

De tal forma, se plantea el interrogante sobre si esa clase de socios que no se involucran en la administración pueden llegar a ser responsables por la omisión de controlar los actos de los administradores que cometen un delito en el marco de la gestión de la empresa, a cuyo fin es necesario determinar si aquel socio se encuentra en posición de garante de que la actividad de la empresa no cause daños, y con qué alcances. Estos interrogantes no excluyen dar respuesta, en el caso de la sociedad anónima, por ejemplo, a si a partir del momento en que los socios fundadores designan a los integrantes del directorio queda escindida irrevocablemente su esfera de responsabilidad, o si, a pesar de atribuirse la administración a los directores, los socios conservan un deber de control, que se entiende es inherente a todo aquel que pone en el mundo una fuente potencial de riesgos.

En este último caso, luego, cabe preguntarse si los socios conservan plenamente ese deber de control o si es un deber parcial y compartido con otras personas; si no lo conservaran, a su vez, es válido el planteo en torno de si ante determinadas conductas de los directores -que podrán referirse a la comisión de delitos o al

incumplimiento de sus deberes legales de lealtad y de no causar daños en general, etc.- se activaría en los socios el deber de reacción y si, en tal caso, renacería aquella misma posición de garante, o si, en cambio, nacería una nueva, derivada de la circunstancia sobreviniente, posterior, como es aquella actuación antinormativa de los directores.

Siguiendo en esa línea, entonces, cabe plantearse si, a lo largo de todo el ejercicio comercial, los socios tienen un deber de anoticiarse de lo que ocurre en el ámbito de la administración de la empresa, y cuál es la consecuencia de haber adquirido ese conocimiento institucional.

II - BREVE REFERENCIA A DIFERENTES FORMAS DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA PENAL

a) Autores y partícipes de delitos

El sistema adoptado por el Código Penal argentino describe separadamente la intervención de múltiples sujetos en un hecho punible, en los artículos 45 y 46 de la parte general⁽²⁾, que complementan lo que para la figura del autor prevea cada tipo contenido en la parte especial del Código y, en nuestro caso, en las leyes especiales (por ej., art. 1, régimen penal tributario), debiendo destacarse que de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 del Código Penal sus disposiciones generales se aplican a todos los delitos, no solo a los previstos en el mismo cuerpo del Código, sino también a los previstos en leyes separadas.

De tal modo, el autor es la figura central del hecho y los partícipes son responsables en función de la extensión de la responsabilidad que surge de las previsiones contenidas en la citada parte general del Código Penal. De acuerdo a las denominadas teorías material-objetivas⁽³⁾, la autoría se asimila al dominio del hecho, de modo que será autor quien tenga en sus manos la posibilidad de avanzar en la acción o desistir de la misma. Posteriormente, las teorías elaboradas como infracción de deber⁽⁴⁾ han agregado otro elemento que debe tenerse en cuenta para la atribución de la responsabilidad a título de autor en los ámbitos regulados -como el vinculado a los delitos económicos-, que es conocer sobre quién pesan los deberes extrapenales infringidos; en función de tal deber, esa persona tiene un rol que le impone actuar de determinada manera y la atribución de autoría para quienes sostienen estas posturas debe basarse en la infracción de esos deberes específicos de modo que como fundamento de la sanción penal, más que al comportamiento del autor, se atiende al incumplimiento de las prestaciones ligadas a un determinado rol especial⁽⁵⁾, como en el caso sería aquellas derivadas de ser el "obligado" en términos tributarios.

Luego, las restantes formas de responsabilidad, como partícipes necesarios, instigadores o partícipes secundarios, se siguen de la letra de los artículos 45 y 46 del Código Penal, respecto de lo que en este caso basta recordar que quienes prestan al autor o autores alguna forma de auxilio o cooperación podrán ser responsables como partícipes necesarios o partícipes secundarios, según el grado de utilidad de su aporte en función del plan ilícito.

b) Cláusula de actuar por otro

En la tipificación de los delitos especiales, existe una exigencia legal por la que el autor del hecho debe revestir determinada calidad impuesta por el legislador, sobre la base de su cercanía al bien jurídico o de su particular posición de poder respecto de este, que le permite disponer del mismo, y los demás intervinientes, si los hay, responderán como partícipes. En el caso particular del delito previsto en el artículo 1 del régimen penal tributario, la descripción típica señala al sujeto activo del delito como "el obligado", por lo que se sostiene que se trata de uno de los denominados delitos especiales.

Advertimos entonces la primera dificultad cuando quien realiza la acción típica no se trata del obligado. En la parte general de algunos Códigos Penales, se ha dado respuesta a esa situación mediante previsiones de extensión de la autoría⁽⁶⁾, sin las cuales la imputación afectaría el principio de legalidad, por ejemplo, el Código Penal español en su artículo 31 dispone: *"El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre"*. Como se ve, mediante ese tipo de previsiones se sorteaba el "obstáculo" legal que impediría imputar como autores a quienes realizan la acción típica, pero carecen de la cualidad especial requerida. Aunque nada obste a que esas personas sean partícipes, debe recordarse que la participación es accesorio, por lo que solo serán responsables los partícipes en tanto el autor haya comenzado la ejecución del hecho; en otras palabras, no podría realizarse la imputación por la comisión del delito solo a partícipes.

Respecto de las fórmulas de responsabilidad penal denominadas "actuar en lugar de otro", explica Yacobucci que se utilizan para alcanzar al sujeto individual buscando solucionar un problema de tipicidad e imputación en el ámbito de la empresa, ya que se recurre a esta figura cuando se intenta dirigir la imputación penal a algún directivo por un delito especial en que el sujeto físico no posee las características indicadas en el tipo penal para responder como autor, pero sí se presentan en la empresa o en otro sujeto.⁽⁷⁾

El Código Penal argentino carece de una previsión general de esa clase en su actual redacción, pero nuestro régimen penal tributario (tanto el actual como el anterior, derogado) tiene una disposición en el primer párrafo del artículo 13, por el que se establece que *"cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia,*

administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz”.

Esto significa que la cualidad especial propia de la persona jurídica -que es ser el obligado, en nuestro ejemplo- se extiende por disposición de la ley de aquella a quienes actúen en su nombre o en su beneficio, y se les aplicará la pena, siempre que hayan intervenido en el hecho.

De tal manera, entendemos que la previsión del artículo 13 no implica una excepción a las soluciones del derecho penal general común, y no modifica las reglas de la participación contenidas en los artículos 45 y 46 del Código Penal, ya que prevé sanciones que recaerán sobre las personas físicas que hubieran realizado la conducta. Podrán ser autores, partícipes o instigadores personas que carezcan de la cualidad especial requerida: en el caso de los autores, en virtud de la solución provista por esta norma, y para los restantes intervinientes porque no es necesario que cuenten con tal cualidad, aunque se trate de delitos especiales.

Por esto, la norma comentada tiene el valor de dar solución a la necesidad técnica de sortear la carencia de la cualidad especial de obligado, contribuyente, agente de retención o percepción o empleador, por parte de las personas físicas que realizaron la acción típica como autores. En caso de tratarse de un socio o de un tercero, estará alcanzado por la imputación si intervino dolosamente en el ilícito, por actuar como administrador de hecho, aunque no detente formalmente un lugar en la administración, o, de lo contrario, su responsabilidad, deberá ser encuadrada como partícipe.

c) Principio de confianza

En contextos donde se verifica la comisión de un hecho ilícito y como ocurre en una empresa -u otros-, concurren varias personas a cuyo cargo se encuentran distribuidas diferentes funciones, de acuerdo al denominado por la doctrina principio de confianza⁽⁸⁾, en el nivel del tipo objetivo del delito, no se imputarán a un sujeto los resultados producidos por otro, porque en principio puede obrar dentro de su ámbito confiando en que las otras personas se mantendrán también dentro de los límites del riesgo permitido en sus respectivas competencias; en otras palabras, se permite confiar en que las demás personas de ese grupo, entre las que se han repartido las tareas, tendrán un comportamiento como el esperado acorde a sus respectivos roles. Por lo tanto, cuando un proceso causal dañoso -en el caso de la empresa obligada, por ej., si se presentaron las declaraciones juradas de un tributo, engañosas, conteniendo datos falsos- se da en un contexto en el que los sujetos hayan adoptado una división de las tareas, en principio cada uno debe comportarse de la manera esperada en función de aquella distribución, y eso no incluye controlar la actividad que se encuentra a cargo de los demás, excepto para quienes sean garantes de que ese curso causal no sea dañoso; estos serán responsables aun cuando el comportamiento defectuoso provenga de alguno de los otros sujetos.

El principio de confianza, en cambio, caerá cuando la conducta de alguno en el grupo evidencie inclinación o propensión al hecho delictivo, pero también se debilita y decae ante la percepción de un aumento del riesgo, por ejemplo al advertirse que alguno de los otros sujetos no está cumpliendo las reglas que imperan en la tarea a su cargo, en ese caso, ya no se encuentra justificado mantener la confianza en que el comportamiento de los otros se adecuará a lo esperado⁽⁹⁾, ya que se está advirtiendo justamente lo contrario. En tales situaciones, se activa un deber de reaccionar. Cuando en esa distribución de tareas, uno de los sujetos se anoticie de que alguien con otras competencias está actuando defectuosamente, puede surgir a cargo de aquel, según su rol, el deber de evitar los efectos lesivos de esas conductas defectuosas de los demás, incluso aunque carezca de la obligación legal de procurarse por sí ese conocimiento.⁽¹⁰⁾

El instituto comentado se verifica en el ámbito de las sociedades anónimas, como en tantos otros⁽¹¹⁾, donde generalmente hay una división de tareas dentro del órgano directivo, así como entre sus colaboradores, gerentes y demás empleados; pero también en lo que interesa en esta ocasión se verifica la delegación de competencias de los dueños de la empresa al directorio (lo cual, habitualmente, abona la razón de ser de la creación de las empresas); cuando los accionistas optan por una organización que no incluya intervenir personalmente en la gestión de la empresa, se agrega otro elemento para el análisis de la imputación en términos penales, ya que cobra relevancia también la función de los órganos de control. Luego, será necesario comprender las interacciones entre los órganos societarios, definir las competencias de cada uno y los ámbitos en los que estos tienen deberes de garantía, para lo cual, si bien comenzando por lo que establece la ley general de sociedades, no debe prescindirse de todas las demás fuentes de obligaciones internas, el contrato social, el reglamento, etc.

En la doctrina también se habla de un “principio de desconfianza” cuando, existiendo un reparto de tareas o delegación jerárquica de competencias, haya un deber previo, propio, de obtener conocimiento sobre el desempeño del subordinado, con el consecuente deber de corregir el eventual defecto en que incurra este; en esos casos, se dice que impera el principio de desconfianza, conforme el cual, a diferencia del anteriormente citado principio de confianza, para contrarrestar los peligros generados por la creación de la empresa, se determina la necesidad a cargo de quien delega -el socio fundador, por ej.- de multiplicar los controles sobre tales riesgos.⁽¹²⁾ Más adelante retomaremos este punto.

d) Responsabilidad penal por omisión

Dijimos que, como consecuencia de la cláusula de actuar en lugar de otro (art. 13, primera parte, régimen penal tributario) comentada anteriormente, la responsabilidad se atribuye a las personas que, detentan o no la cualidad especial requerida por el tipo de evasión tributaria -en el ejemplo, tratarse del obligado-, hubieran intervenido en el hecho ilícito. Este último requisito es derivación de la conjugación de los principios de legalidad y de reserva (arts. 18 y 19, CN), de donde se sigue que las conductas punibles deben estar descriptas en la ley, como también la clase y cuantía de las penas aplicables, ya que la ley es la única fuente que puede vincular la aplicación de una pena con una acción o con una omisión; solo la ley puede imponer obligaciones de

actuar o impedimentos concretos del ejercicio de alguna libertad. Si la persona actúa dentro de lo que la ley no ha prohibido, esa acción no puede involucrar la aplicación de una pena para aquel, y si el sujeto omite actuar de cierta forma esperada en un contexto en que la ley le había impuesto alguna obligación de hacerlo puede verse alcanzado por una sanción.

Por ello es que existe la posibilidad de atribuir responsabilidad y aplicar una pena a quienes actúen de determinada manera -acción prevista y descrita en un tipo penal-, y en ciertos casos, también, a quienes no realicen una acción vinculada al hecho, quienes omitan realizar una acción determinada -que pesa sobre ellos en virtud de las normas extrapenales-. Esta última no se trata de una responsabilidad derivada de un "no hacer nada", sino de la específica omisión de hacer aquello que era debido, por parte de determinados sujetos -que se encuentran en posición de garantes- y en circunstancias precisas -que son las que generan el nacimiento del deber de actuar-.

Para la mejor comprensión del tema, se cuenta con las elaboraciones de la doctrina en torno de los delitos de omisión⁽¹³⁾, en función de las que para que una omisión sea penalmente relevante debe verificarse la concurrencia de varios elementos; en el plano objetivo, debe existir una situación objetiva típica que es aquella de la que surge para quien se ubica como garante el deber de realizar determinada acción, puede derivar de lo que manda una ley o ser consecuencia de una acción previa de cuyas consecuencias el sujeto debe hacerse cargo, o por haber asumido contractualmente esa obligación. Puede tratarse de una situación descrita en la propia norma penal -como ocurre con los delitos omisivos propios⁽¹⁴⁾- o ser la afectación de un bien jurídico mediante una omisión -delitos omisivos impropios-. Además de esa situación, debe verificarse una conducta distinta de aquella debida en función de esos deberes. Es necesario también que el sujeto haya tenido la posibilidad material de realizar la conducta debida, ya que, de lo contrario, se le estaría imponiendo una obligación imposible de cumplir.

Por otra parte, se requiere la concurrencia de un nexo que vincule el resultado lesivo con la capacidad de la conducta debida -omitida en el caso- de evitar que aconteciera ese resultado típico. Esto se relaciona con la posibilidad de que la realización de la conducta debida -omitida- hubiera permitido evitar el resultado.

Cuando se trata de delitos de omisión propia -como el art. 108, CP-, la obligación de actuar de determinada manera surge de la propia ley penal, y pesa sobre todas las personas en función de un deber general de solidaridad; en cambio, en los delitos impropios de omisión, será autor solo quien se encuentre en la situación típica generadora del deber de actuar, que es respecto de quien pesa la aludida obligación extrapenal⁽¹⁵⁾, porque ese sujeto tiene un particular vínculo con el bien jurídico protegido, que le impone un determinado deber de actuar -que pesa solo respecto de algunas personas- y, por lo tanto, quedan ubicados en la mentada posición de garantes.

En el ámbito de la administración de la empresa, el sujeto activo podrá ser, de los agentes vinculados a esta, el que omita realizar la conducta debida encontrándose en la obligación, por su posición, de controlar los riesgos o de proteger el bien jurídico. Cabe recordar que el garante no solamente debe evitar lesionar el bien jurídico, sino que también debe procurar evitar que otros lo hagan, dados los deberes de cuidado que pesan sobre él. Como se puede apreciar, la figura de la posición de garante es esencial en términos de definir la autoría en casos de omisión.

Por lo tanto, ante un delito en el interior de una empresa, es imprescindible establecer cuál es el ámbito de las competencias de cada sujeto, de modo que, dado el resultado ilícito en el contexto complejo descrito, sea factible saber si cada uno actuó dentro de aquel, qué conducta realizó, si pesaba sobre esa persona un deber de actuar y lo omitió, si estaba en condiciones de realizar la conducta debida o no, y por qué razón⁽¹⁶⁾. A tal fin debe ser ponderada, por un lado, la naturaleza del delito cometido, y, por otro, los cargos y facultades derivados de cada jerarquía, la organización interna, los conocimientos generales o especiales con que cuenta cada uno de los sujetos, la capacidad para tomar decisiones, o los impedimentos para obstaculizar o cuestionar directivas que se concreten en aportes a un ilícito, los incumplimientos reglamentarios, etc. Determinar cuál es ese ámbito es clave para, conociendo qué funciones, conocimientos y facultades tenía cada persona física y, por lo tanto, qué podía y debía esperarse de ellos, luego, en razón de lo que ese sujeto hizo u omitió en el caso concreto, realizar la subsunción legal y determinar la responsabilidad.

En síntesis, como señala Feijoo Sánchez⁽¹⁷⁾, en los hechos delictivos de empresas, lo decisivo no es quién ejecuta de propia mano las acciones, ni quién tiene mayor rango jerárquico dentro de la estructura empresarial, sino que debe atenderse a la asignación material de competencias. Más aún, se afirma que no existen diferencias sustanciales entre supuestos en que los responsables de una empresa realizan la conducta delictiva y los casos en que omiten cumplir una acción debida que hubiera evitado el delito, en un caso ha de establecerse quién tenía a su cargo el deber de cumplir con ciertos deberes especiales, por ejemplo, con las obligaciones tributarias formales y materiales, y, en el otro, quién era el responsable de evitar que se produjera el resultado.

De tal forma, delimitar ese ámbito de competencia es el paso previo y punto de partida necesario para tornar factible la atribución de responsabilidad aplicando las reglas previstas en la parte general del Código Penal sobre autoría y participación, y, en su caso, las de la omisión.

III - POSIBLE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SOCIOS QUE NO INTERVIENEN EN LA ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

En los párrafos anteriores, hemos hecho un repaso de los conceptos básicos que hasta el momento se han vinculado principalmente a los esquemas de atribución de responsabilidad como autores a los administradores

de empresas. Sin embargo, la propuesta planteada se orienta a los casos de quienes, siendo socios, carecen de esa función, por lo que su eventual responsabilidad estaría relacionada con la omisión de evitar la afectación del bien jurídico tutelado o el resultado típico alcanzado en virtud de acciones realizadas por otros.

De la conjugación de lo reseñado con los principios que rigen la actividad de las sociedades, se sigue que quien funda una empresa está creando una fuente de riesgos, por lo que debe establecer medidas de contención que los contrarresten. En caso de que se cometiera un delito en el contexto de la actividad de esa empresa, para determinar las eventuales responsabilidades, como se dijo, es necesario conocer cómo están delimitadas las competencias de cada sujeto dentro de esa entidad; a tal fin, partiendo del concepto de que, en principio, la organización real coincidirá con lo que establece el ordenamiento jurídico, es ineludible acudir como punto de partida a lo que establecen las leyes societarias, en nuestro caso la ley general de sociedades.

El abanico de posibilidades que da la ley de sociedades comerciales permite a los socios fundadores optar por el tipo societario que más se adecue a sus proyectos, y en el caso de las más frecuentes, por ejemplo, las sociedades anónimas, a su vez se da un margen amplio de modo que pueden ser utilizadas tanto para un emprendimiento de dimensiones reducidas como para grandes sociedades abiertas, en las que los socios limitan su intervención a la de meros inversionistas, sin injerencia en las decisiones de gestión de la empresa.

En el caso de las sociedades anónimas, la ley societaria establece una separación nítida entre la esfera de funciones y responsabilidades de los accionistas y aquella de la administración, a lo que se agrega que ofrece la posibilidad -en ciertos casos, la obligación- de contar con un órgano cuya misión esencial es el control de la administración.⁽¹⁸⁾

Los ámbitos de competencia detentados dentro de la empresa se conforman con normas no penales abundantes, no solo societarias, que establecen deberes definidos para quienes tienen a su cargo la administración y para los que deban ejercer controles internos. Debe prestarse atención al desempeño del síndico societario, que se encuentra obligado a controlar la gestión del directorio y a informar a los socios acerca de todas las cuestiones relevantes, actuando como vía de enlace entre ambos, y su intervención en esa comunicación en algunas situaciones es imprescindible, a tal punto que en ocasiones, aun si el socio quisiera interesarse en cuestiones de la administración, no podría hacerlo personalmente.

Por la concepción de la ley general de sociedades, los directores y el síndico tienen deberes legales propios que les imponen tomar precauciones para evitar que la actuación de la empresa resulte lesiva, más allá de los derivados de la delegación que pudiera entenderse que el socio fundador como dueño de la cosa riesgosa ha efectuado en ellos al designarlos, tienen deberes propios que son de fuente legal, e inherentes a sus respectivas posiciones. Aceptar un cargo como esos implica asumir las responsabilidades que conlleva.

Puede decirse que, al elegir este tipo societario, el socio fundador habrá sido en principio diligente, tomando de antemano precauciones, multiplicando los controles; si adopta un órgano de control independiente, crea y establece más roles de garantes, suma a otras personas a la tarea de contrarrestar los riesgos, pone más distancia y queda relevado él mismo de tomar la iniciativa para anoticiarse de lo que ocurra en el ámbito de la administración de la empresa, ya que estos órganos de control tienen, entre otras, la obligación legal de informar a los socios con veracidad.⁽¹⁹⁾ de modo que estos pueden válidamente confiar en que aquellos cumplirán ese cometido.

Si bien, en principio, la delegación de las tareas dentro de la empresa no releva por sí a los destinatarios de las obligaciones legales, y por lo tanto la responsabilidad de controlar no desaparece, los socios que han optado por la sociedad anónima con órganos de fiscalización -la ley general de sociedades prevé la posibilidad de establecer sindicatura, consejo de vigilancia, o ambos- para estructurar su empresa, en tanto designen a quienes integrarán el directorio y el órgano de control entre sujetos que sean idóneos para ocupar esos cargos, se ven alejados de la imputación.

Ello es así porque, en el ámbito de ese grupo de personas entre las que se reparten (dentro de lo que autoriza la ley societaria) las tareas de hacer marchar la sociedad, se encontrará operativo el principio de confianza reseñado anteriormente, de modo que los socios pueden confiar en que esos otros sujetos van a cumplir con sus respectivas competencias, van a administrar y a controlar respectivamente, y, en caso de surgir alguna situación que amerite una decisión extraordinaria, se convocará una asamblea que, una vez constituida, formalmente implicará la intervención de los socios, quienes deben aprobar o no la gestión del directorio y tomar las decisiones que corresponda en función de lo que el síndico les haya informado o de la información procedente de otra fuente que hubieran reunido.

Debe tenerse presente que la tarea de fiscalización o control de legalidad, propia de los síndicos, consiste en controlar que los órganos sociales actúen de acuerdo a la ley, el estatuto, el reglamento y las decisiones de la asamblea, incluye el examen de lo que los administradores hicieron y lo que omitieron⁽²⁰⁾, y el deber de dar aviso a los socios en caso de estimarlo necesario.

IV - CONCLUSIONES

En consecuencia, al adoptarse una forma societaria que prevea contar con otros sujetos, unos ubicados en roles sobre los que pesan responsabilidades propias de la buena gestión (directores) y otros, también, pasibles de ser responsabilizados, que deben revisar la administración y alertar acerca del eventual desempeño defectuoso (órganos de control), siendo a la vez que la ley no obliga a los socios a participar activamente en el gobierno de la empresa -ya que en nuestro sistema no hay obligación legal de asistir a las asambleas-, como tampoco les impone a los socios el deber de tomar la iniciativa para anoticiarse personalmente del devenir de la administración, situación que, en las sociedades más grandes, está incluso desalentada y acotada a los

controles que tienen lugar en las asambleas, no se advierten circunstancias por las que deba ceder el principio de confianza o en las que impere el denominado principio de desconfianza.

Por consiguiente, en esa estructura, puede entenderse que los deberes de control a cargo del socio permanecen latentes, porque la regla es que los socios no controlen a la administración por sí mismos, sino que lo hagan a través de los órganos de fiscalización. Esos deberes se activarán solo cuando la confianza en el adecuado obrar de los otros sujetos no se mantenga por una circunstancia nueva -como sería tomar conocimiento acerca del deficiente desempeño de los directores, sesgado en sentido contrario a sus deberes legales, o directamente en sentido ilícito-, en cuyo caso, aquellos socios que tengan una vinculación con la empresa por la que participen en el gobierno de la misma deberán actuar reactivamente y tomar la iniciativa necesaria para adoptar medidas, hacer cesar la conducta, contrarrestar sus consecuencias, etc. Es diferente la situación de quienes no tienen vínculo alguno con la administración, gobierno o control de la empresa más que como dueños de acciones, toda vez que no adquirirían por ningún canal previsto aquel conocimiento, que es necesario para que se active su deber de reaccionar.

Por lo tanto, en esta primera aproximación al tema, se observa que, de acuerdo a nuestro sistema normativo societario, a partir del momento en que los socios designan a los integrantes del directorio y al síndico o a los miembros del consejo de vigilancia, su esfera de responsabilidad queda escindida de la de aquellos -que a su vez son garantes de la recta y leal administración y del cumplimiento de las leyes, del estatuto y de las decisiones de la asamblea, respectivamente-, lo que nos lleva a la situación prevista en las ya citadas reglas del principio de confianza.

De tratarse de una sociedad que ha prescindido de sindicatura o consejo de vigilancia, el control de la actuación de la administración pesa directamente sobre los socios, en los términos de lo establecido por el artículo 55 de la ley de sociedades.⁽²¹⁾

V - COMENTARIOS FINALES

La doctrina ha descripto con acierto⁽²²⁾ que las teorías penales tradicionales pueden usarse en casos de empresas sin complejidad de gestión, pequeñas, o en aquellas que tienen un administrador que concentre todo el poder de decisión, en tanto que en el caso de las grandes empresas es necesario acudir a la delimitación objetiva de los ámbitos de organización, por lo que, en principio, debe estarse a la asignación material de competencias en cada caso, todo lo cual deberá ser objeto de actividad probatoria durante el proceso, así como también debe probarse si quienes figuran formalmente a cargo de ciertas funciones son quienes efectivamente detentan los respectivos roles en la práctica, o si hay personas que, sin contar con un cargo, son quienes de hecho ejercen la administración.

Como se ve, para definir las competencias en el ámbito de la empresa, es importante familiarizarse con los conceptos propios del derecho societario, porque determinarán diferencias relevantes. Debe tenerse en cuenta que esos ámbitos están delineados por compleja normativa de carácter no penal, a la que debe prestarse atención esmerada, ya que en ocasiones sutiles disposiciones legales pueden generar importantes diferencias para la atribución de responsabilidades penales cambiando el esquema de la adopción y la ejecución de decisiones, y de control de aquellas. Por ejemplo, en otros países, como España, la ley de sociedades comerciales autoriza, salvo disposición contraria de los estatutos, a que la junta general de las sociedades de capital (asamblea de accionistas) imparta instrucciones al órgano de administración (directorio) o someta a su propia autorización la adopción de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión⁽²³⁾, lo que difiere de lo previsto para las sociedades anónimas argentinas, en las que si bien la asamblea de accionistas puede remover a los directores no puede recortarles facultades ni obligarlos a hacer algo que ellos no consientan.⁽²⁴⁾

Se reafirma así una vez más el carácter interdisciplinario de nuestra materia y la necesidad de multiplicar los ángulos de análisis de cada instituto.

Notas:

(1) Cfr. Robiglio, Carolina: "Determinación de autores y partícipes en los delitos cometidos en el ámbito empresario", en Robiglio, Carolina (Dir.): "Institutos de derecho penal tributario", Ed. AdHoc, 2017, págs. 427/456

(2) Art. 45. "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo". Art. 46. "Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua se aplicará prisión de diez a quince años"

(3) Fierro, Guillermo J.: "Teoría de la participación criminal", Ed. Astrea, 2001, pág. 321 y ss.

(4) Sobre el tema, ver Bacigalupo, Silvina: "Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al derecho penal de los negocios", Marcial Pons, 2007

(5) Sánchez, Vera; Gómez-Trelles, Javier: "Delitos de infracción de deber y participación delictiva", Marcial Pons, 2002, pág. 29

(6) Sobre el tema, en su relación con el régimen penal tributario, puede verse Riquert, Marcelo A.: "Régimen penal tributario y previsional", 2ª ed., Ed. Hammurabi, 2018, pág. 232 y ss.

(7) Yacobucci, Guillermo J.: "III Corso Internazionale: la responsabilidad al interno de la empresa - la delegación de funciones", disponible en [http://www.austral.edu.ar/web/derecho/FOTOS/ III%20CORSO%20INTERNAZIONALE.PDF](http://www.austral.edu.ar/web/derecho/FOTOS/III%20CORSO%20INTERNAZIONALE.PDF)

(8) Bacigalupo, Enrique: "Derecho penal. Parte general", Ed. Hammurabi, 2016, pág. 276; Jakobs, Günther: "Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación", Marcial Pons, 1997, pág. 253 y sigs.

(9) Roxin, Claus: "Derecho penal. Parte general", Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 1005

(10) Silva Sánchez, Jesús M.: "Fundamentos del derecho penal de la empresa", BdeF, 2013, pág. 168

(11) Un ejemplo frecuente para ilustrar la mecánica de este principio es la distribución de tareas entre el cirujano, el anestesista y los demás colaboradores de aquellos, en un quirófano en el que se va a realizar una cirugía. En principio el cirujano no tiene la obligación de controlar lo que hace el anestesista porque los roles de ambos son diferentes, a menos que advierta que aquel está realizando actos anómalos, ajenos al protocolo aplicable, etc., en cuyo caso surge el deber de evitar que una conducta defectuosa de otro cause un daño o una lesión. Omitir esta reacción por parte del cirujano podría implicar que sea responsabilizado también, a pesar de haber sido otro sujeto quien de manera directa causó el resultado

(12) Silva Sánchez, Jesús M.: "Fundamentos del derecho penal de la empresa", BdeF, 2013

(13) Entre otros, puede verse Novoa Monreal, Eduardo: "Fundamentos de los delitos de omisión", Ed. Depalma, 1984, pág. 135 y ss.

(14) Art. 108. *"Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal, o no diere aviso inmediatamente a la autoridad"*

(15) Zaffaroni; Alagia; Slokar: "Derecho penal. Parte general", Ediar, 2000, pág. 547

(16) Feijoo Sánchez, Bernardo: "Cuestiones actuales de derecho penal económico", BdeF, Bs. As., 2009, pág. 27 y ss.

(17) Feijoo Sánchez, Bernardo: "Cuestiones actuales de derecho penal económico", BdeF, Bs. As., 2009, pág. 267

(18) Martorell, Ernesto E.; Tazza, Alejandro: "Responsabilidad comercial y penal por fraude societario", Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, 2018, pág. 237 y ss.; Saux, Edgardo I., en Vítolo, Daniel R. (Dir.): "Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas", Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, 2018, pág. 157 y ss.

(19) Para arribar a esa conclusión, no solamente deben tenerse en cuenta las normas en materia societaria, sino recordar que el derecho a la información de los socios también está protegido en el CP: art. 300. **"Serán reprimidos con prisión de seis (6) meses a dos (2) años: ... 2. 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**"** (el destacado me pertenece)

(20) Romano Alberto, en Calcaterra, Gabriela S. (Dir.); Hadad, Lisandro A. (Coord.): "Personas jurídicas", Ed. Astrea, 2018, pág. 381

(21) Art. 55. *"Los socios pueden examinar los libros y papeles sociales y recabar del administrador los informes que estimen pertinentes. Salvo pacto en contrario, el contralor individual de los socios no puede ser ejercido en las sociedades de responsabilidad limitada incluidas en el segundo párrafo del artículo 158. Tampoco corresponde a los socios de sociedades por acciones, salvo el supuesto del último párrafo del artículo 284"*

(22) Feijoo Sánchez, Bernardo: "Cuestiones actuales de derecho penal económico", BdeF, Bs. As., 2009, pág. 267

(23) Art. 161, ley española de sociedades de capital: *"Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234"*. Nota: el art. 234 se refiere al poder de representación de la sociedad

(24) Martorell, Ernesto E.; Tazza, Alejandro: "Responsabilidad comercial y penal por fraude societario", Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, 2018, pág. 247