



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Ciencias Económicas
Biblioteca "Alfredo L. Palacios"



La calificación de conducta

Seta, Antonio

2015

Cita APA: Seta, A. (2015). La calificación de conducta.
Buenos Aires : Universidad de Buenos Aires.
Facultad de Ciencias Económicas. Escuela de Estudios de Posgrado

Este documento forma parte de la colección de tesis de posgrado de la Biblioteca Central "Alfredo L. Palacios".
Su utilización debe ser acompañada por la cita bibliográfica con reconocimiento de la fuente.

Fuente: Biblioteca Digital de la Facultad de Ciencias Económicas - Universidad de Buenos Aires



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Ciencias Económicas
Escuela de Estudios de Posgrado



**CARRERA DE ESPECIALIZACION EN
SINDICATURA CONCURSAL**

DIRECTOR: Dr. Juan Ulnik
SUBDIRECTOR: Dr. Daniel Jozspa

TESINA:

La calificación de conducta

**Autor: Antonio Seta
DNI 20645715**

**Fecha: 11/2015
Prof. tutor: Dr. Ferrario.**

INDICE.

1. INTRODUCCION. Pág. 3
2. LA INCURSION DE LA LEY 24522. Pág.5
3. CASOS DE FRAUDE A LOS ACREEDORES. Pág.7
 - Supuesto en donde la ley comercial ordena la intervención de la Justicia Penal.
 - Otros supuestos en donde la ley comercial tipifica el fraude a los acreedores.
 - Otros casos de posible fraude durante el trámite concursal.
 - Quiebra directa.
4. QUIEBRA FRAUDULENTE DE SOCIEDADES SEGÚN LA LEY PENAL. Pág. 9
 - Bien jurídico tutelado. .
 - Bienes que no forman parte del Patrimonio. .
 - Bienes procedentes de delitos. .
5. LA ESTRUCTURA DEL DELITO. Pág. 11
 - Delito que recae sobre Patrimonio propio o ajeno?
 - Delito de peligro o de daño?
 - Delito único o múltiple?
 - Sujeto pasivo: los acreedores integrantes de la masa. .
 - La declaración de quiebra.
 - Legitimados para actuar como querellantes
6. CUESTIONES ACERCA DEL TIPO IMPRUDENTE DE QUIEBRA DE SOCIEDADES (ART. 178 EN FUNCION DEL ART. 177 C.P.) Pág. 16
7. INHABILITACION. Pág. 17
 - Cómputo. Duración.
8. ESTADISTICAS DE CONDENAS POR DELITO DE QUIEBRA. Pág. 20
9. EL DERECHO POSITIVO Y LA CALIFICACIÓN DE CONDUCTA. Pág. 21
10. ALGUNOS PENSAMIENTOS ADICIONALES. Pág. 23
11. PROPUESTAS Y CONCLUSION. Pág. 26

CALIFICACION DE CONDUCTA

INTRODUCCION.

La calificación de conducta es un tema algo complejo, difícil de poder encarar, en general pueden ser poco atractivos, tal vez algo de “mala prensa”, que implica someterse a un sinnúmero de diversas derivaciones e introducirnos en un laberinto en el que corremos serio riesgo de quedar atrapados en él o que en el mejor de los casos resulte sumamente difícil hallar la salida, no obstante intentaremos dar algo de luz y hallar “nuestra” propia salida no sin antes analizar el tema en la búsqueda del objeto.

Pero además de lo descripto en el párrafo precedente cabría la pregunta: fue relevante la calificación de conducta a efectos no concursales?, en el sentido de que la relación de condenas por calificación de conducta con respecto a los concursos presentados o quiebras decretadas fue llamativamente muy bajo. Punto que será tratado más en profundidad en uno de los capítulos del temario.

Y nos preguntamos por qué esto es así? Para agregarle un poco más de complejidad, vemos que con la vigencia de la Ley 24522 se deja de lado este tema ya que se deroga la Ley 19551 la cual contenía normativa al respecto y la inhabilitación del fallido en los términos de los arts. 234 a 238 de la Ley 24522 no reemplaza a la de la 19551 y entendemos que ello no ha superado las desprolijidades y dificultades que gran parte de la doctrina viene poniendo de resalto.

Con lo cual nos preguntamos: fue una evolución (o involución) la ley actual, fue gestada con racionalidad y seriedad que el tema amerita o siguiendo vientos políticos del momento?

En nuestra experiencia en el ejercicio de la profesión hemos visto innumerables “empresas pobres y empresarios ricos”, frase que nos sirve de nexo para inferir de que no existen concursos “inocentes” o son escasos si los hay. Y que detrás de muchos concursos se ha tejido una trama o ingeniería (muchas veces non sanctas) que bajo la figura del Concurso sirve para tapar otras cuestiones o para beneficio individual por sobre la universalidad.

Importará no omitir la problemática concursal penal con particular referencia al capítulo de la Ley 24522 concerniente a la clausura por falta de activo (art.232) y la presunción de fraude (art.233).

Por último queremos concluir esta introducción con la siguiente frase: “...no es dudoso que el insolvente trate de dilatar el mayor tiempo posible el incumplimiento y el concursamiento, y por efecto de tales actos, el activo se reduce hasta un extremo que torna ilusorio el derecho de los acreedores comunes.” (Chomer-Sicoli, Ley de Concursos y Quiebras comentada, La Ley 2009 Pág. 3).

A nuestro juicio, la expresión citada ut-supra indudablemente representa el nudo gordiano de este trabajo, una línea muy sutil y fronteriza que va a cargar con la inocencia o no de la conducta de quienes hacen uso de la herramienta concursal o falimentaria como consecuencia del estado de insolvencia, y surge como elemento relevante el tiempo en que tal decisión es tomada ya que afectará al activo (a su disminución o a su inexistencia) que repercutirá directa e indefectiblemente sobre la masa acreedora y creemos que es inexorable y no debemos dejar de soslayar la vinculación de la calificación con el régimen de extensión de responsabilidad.

El análisis de estas cuestiones y otras que seguramente van a surgir en el devenir de la investigación serán analizadas y consideradas para, ofrecer propuestas superadoras en el marco de la calificación de conducta, este será el objeto de nuestro trabajo.

2) LA INCURSION DE LA LEY 24522.

La calificación de conducta del fallido y la consecuente remisión del expediente a la justicia penal de aquellos casos en que se declaraba la culpabilidad o el fraude (conforme el derogado arts. 235 y ss. De la ley 19551), y el envío mecánico de expedientes comerciales a la justicia de instrucción, se mostró, atento los resultados evidenciados (tratado en el punto 8), como un fracaso.

En cambio, actualmente sólo son investigados por delitos vinculados a la quiebra, aquellos casos en donde el juez comercial, el síndico o los damnificados así lo requieran, con la única excepción establecida en el caso del art. 232 de la Ley 24522 en el caso de clausura por falta de activo suficiente para pagar los gastos a cargo del deudor.

La desaparición de todo el trámite de calificación de conducta en sede comercial ayuda a que la sede penal intervenga en un lapso más cercano al de la comisión de los hechos ilícitos, dado que con la legislación anterior, la remisión obligada del expediente. a la justicia penal sólo tenía lugar una vez finalizada la incidencia en cuestión, que muchas veces duraba varios años, lo cual a su vez ocasionaba serios problemas de constitucionalidad que padecía la cláusula que disponía la interrupción de la prescripción de la acción penal por la deducción y el trámite del incidente de calificación de conducta (art.243, párr. 2do., Ley 19551), pero además la supresión de toda potestad jurisdiccional tendiente a pronunciarse acerca de la actuación subjetiva del fallido (dolo o culpa) que acarrearía consecuencias de naturaleza represiva; en este sentido, la actual Ley suprimió la irritante facultad que tenía el juez comercial de ordenar la detención del fallido para su derivación a la justicia del crimen (art.234, Ley 19551).

También dejó de ser una interferencia la declaración en sede comercial de los cómplices del fallido que formaba parte del derogado cap. IX de la ley 19551 (arts. 240 y 246).

Sancionada la Ley 24522 respecto del aspecto sancionatorio, en la exposición de motivos se redactó lo siguiente: *“El nuevo texto legal establece simplemente una inhabilitación automática en función de la declaración de quiebra, dejando librado al arbitrio de quien se sintiere perjudicado como consecuencia de haber considerado que en relación con el concurso preventivo o la quiebra se hubiere cometido algún delito, acudir por la vías correspondientes, fundando su petición en las normas que regulan específicamente esta conducta en sede criminal.”*

Es decir que se dejó de lado al interés del Estado en el tema reservándolo al privado de cada acreedor, sin considerar que la quiebra afecta en buen grado al interés público.

Resulta interesante destacar la opinión de Adolfo Rouillón: *“Hay un crecimiento de las libertades en muchos aspectos –lo cual me parece positivo-, pero al mismo tiempo no se ve un correlativo incremento de las responsabilidades. A mi juicio este puede ser un aspecto cuestionable del sistema.”*

A su vez tenemos opiniones con la otra cara de la moneda en la persona de Mario Bonfanti (la cual y con sumo respeto a mi juicio no hay que seguir): *“El intento de ver en el Juez de comercio una autoridad que puede condenar al fallido (como si el dios Hermes, también dios de los ladrones, pudiera ser investigado por Sherlock Holmes) terminó por ser frustrante de la justicia en la mayoría de los casos concursales....”*

A nuestro entender, el Juez comercial tiene ya, ardua tarea para resolver los litigios de su competencia como para poder endilgarle otra función intentando una indagación que es más materia penal que comercial.

Viene al caso señalar que en los delitos económicos los jueces penales toman expedientes ya analizados por otros cuerpos administrativos (BCRA en la Ley cambiaria, AFIP en la ley penal tributaria, etc.). En el delito de quiebra fraudulenta, el juez penal recibe un expediente que “no entiende” (por ejemplo en UBA la especialidad penal no incluye la materia Concursos y Quiebras), dando como resultado la desestimación in limine de conductas muchas veces delictivas.

No obstante la pobre redacción de la ley 24522, en su poco abarcativa hipótesis de remisión del expediente de quiebra a la justicia penal, o tratamiento y análisis de la conducta del quebrado en el propio cuerpo normativo de esta ley, califica otros actos como fraudulentos, ante los cuales entendemos que igualmente es deber del Juez procurar su investigación. Es el caso de los actos enumerados en el art. 118 (actos ineficaces de pleno derecho) que deberían ser analizados en la faz penal, en el art. 161 de la Ley 24522 también se menciona la palabra “fraude”, al referirse a la realización por el fallido de actos en su interés personal y disposición de los bienes como si fueran propios en fraude a sus acreedores, también el art. 85 al referirse al incumplimiento o fraude en la constitución de medidas precautorias dispuestas por el juez comercial, ¿estos supuestos no ameritan su vinculación con el art.176 inc. 2 del Código Penal?.

Otro caso es el representado por el art. 102 de la Ley 24522 al mencionar la falta de colaboración del fallido al ser requerido para que preste explicaciones ante el juez comercial, su reticencia no amerita comunicación alguna al juez penal?

La respuesta que nos entrega la ley 24522 para aquellos acreedores particulares que se sientan perjudicados por los manejos que crean espurios por parte del fallido son dos:

- a) Pedir la quiebra del deudor, esperar que quiebre y que no exista activo insuficiente, y recién allí que se remitan las actuaciones al Juez criminal para que juzgue si hubo o no delito conforme a las normas penales;
- b) Iniciar acción penal por delitos que hubiera cometido su deudor, lo cual no parece una decisión acertada según lo visto en el punto de estadísticas de condenas.

Es importante destacar que si no se adopta el rol de querellante en una causa, disminuyen enormemente las posibilidades de condena.

Con respecto al régimen de inhabilitación del fallido la Ley 24522 ha adecuado el sistema que genera la declaración de quiebra (arts. 234 a 238), que en principio es de un año computable desde la fecha de sentencia, adquiriendo en la actualidad una razonable concordancia con las posibles consecuencias penales de la actuación del fallido o sus

representantes, hecho que vislumbra el art. 236 en que se hace depender la continuación de la medida, de que el inhabilitado no esté incurso prima facie en delito penal; ya que si lo está entonces se prorroga su vigencia hasta el dictado del sobreseimiento o absolucón.

En caso de mediar condena, la inhabilitación continúa hasta el cumplimiento de la accesoria de inhabilitación que imponga el Juez penal.

3) CASOS DE FRAUDE A LOS ACREEDORES.

Supuesto en donde la ley comercial ordena la intervenci3n de la justicia penal.

El supuesto del art. 232 de la ley 24522 es el único caso en donde se establece la comunicaci3n obligatoria al juez penal para la instrucci3n del sumario pertinente (art. 233), allí donde el juez comercial, luego de dictada la quiebra del fallido decreta la clausura del procedimiento por falta de activo.

Es decir que despu3s de realizada la verificaci3n de los cr3ditos, no existe activo suficiente para satisfacer los gastos del juicio, incluso los honorarios, en el monto prudencialmente estimado por el juez.

A su vez y continuando con el art. 233, la clausura por falta de activo importa presunci3n de fraude.

El Juez debe comunicarla a la Justicia en lo penal, con lo cual podemos concluir que en aquellos casos en donde se hayan detectado maniobras de fraude a sus acreedores, pero que de todos modos se haya contado con activo suficiente para pagar los gastos del juicio, “no” ser3 de aplicaci3n la remisi3n autom3tica que nos indica el art. 233, a menos que el juez comercial tenga en cuenta su obligaci3n legal como funcionario p3blico de denunciar la comisi3n de alg3n delito del que tenga conocimiento, máxime si toma ese conocimiento del proceso que est3 bajo su jurisdicci3n.

Depender3 tambi3n de la decisi3n de los acreedores damnificados, reclamar justicia, no ya por intereses econ3micos, dado que tras el dictado del decreto de clausura por parte del juez comercial, éste presupone el agotamiento de los activos del fallido, pero tampoco aparece como conducente para recuperar sus acreencias una denuncia penal.

En pocos delitos como en la quiebra, subsiste en la doctrina una fuerte tendencia a considerarlo regido por un sistema de presunciones de culpabilidad. Aun cuando nadie suscribiría hoy la afirmaci3n seg3n la cual todo quebrado es un delincuente, persisten ciertas teorías que pueden arrojar resultados pr3cticamente iguales. El razonamiento es aproximadamente el siguiente: la ley no castiga el estado de quiebra como tal; pero cuando éste va acompa±ado de alguno de los hechos que la norma penal especifica, la quiebra desde el punto de vista penal es fraudulenta o culpable, aunque no medie relaci3n de causalidad entre el acto y la declaraci3n de quiebra, solo basta por lo tanto, una relaci3n de mera coexistencia del hecho expresamente definido y la cesaci3n de

pagos; en consecuencia, el hecho enunciado funciona como presunción (Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Bs. As., 1988 Págs. 483 y 484).

Otros supuestos en donde la ley comercial tipifica el fraude a los acreedores.

Actos ineficaces por fraudulentos durante el proceso concursal.

Esto es propio de la quiebra. El art. 16 del concurso preventivo podría indicar en punto al acuerdo espurio con algún acreedor a los efectos de romper la igualdad con el art.180 del Código Penal.

Otros casos de posible fraude durante el trámite concursal.

- a- Incumplimiento o fraude a la constitución de medidas precautorias dispuestas por el juez comercial para asegurar bienes que correspondan a la masa (art.85), el cual resulta muy claro su vinculación con el art. 176 inc.2 del Código Penal.
- b- Falta de colaboración frente al requerimiento efectuado a la persona deudora por el síndico para el esclarecimiento de su situación patrimonial (art.102). Aquí puede guardar vinculación con lo establecido en el art. 176 inc.2 primer supuesto del CP relacionado a la no justificación de salida de bienes que debería poseer el deudor.
- c- Cuando se determine que una persona, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores (extensión de quiebra, art. 161 Ley 24522). En este caso puede darse cualquiera de las hipótesis del art. 176 del CP.

Si sobreviene la declaración de quiebra como consecuencia de tales maniobras, el juez comercial también debería hacerlo saber a la justicia penal.

Quiebra directa.

Además de los casos de quiebra indirecta descriptos ut supra, también debería verificarse con especial cuidado aquellos casos de quiebra directa, o sea sin pasar por el concurso preventivo, ya sea a pedido de algún acreedor o por el propio deudor, ya que en todos estos casos pueden darse presupuestos exigidos por la configuración de los delitos de quiebra.

4) QUIEBRA FRAUDULENTE DE SOCIEDADES SEGÚN LA LEY PENAL.

Bien jurídico tutelado.

El hecho de que el legislador argentino haya incluido los tipos penales de quiebra fraudulenta dentro del Título VI del Código Penal, que denominó delitos contra la propiedad, habla a las claras de que ese es el interés vital que la comunidad busca proteger a través del derecho penal cada vez que se comete esta clase de delitos.

Pero dado que el objeto de ataque del comportamiento típico de la quiebra fraudulenta, por su naturaleza peculiar, sólo puede ser el patrimonio del propio sujeto deudor, acervo de garantía de los acreedores en su conjunto, la doctrina ha avanzado un poco más en la delineación del bien jurídico específico: dentro de los delitos contra la propiedad, se protege entonces el *derecho de los acreedores a percibir sus créditos del patrimonio del deudor en tanto prenda común* (en forma silmilar, Fontán Balestra: Tratado de derecho penal, Abeledo Perrot, Bs. As., 1975, t.VI, p. 162), frente a determinadas acciones idóneas para menoscabar el bien jurídico, taxativamente descripto en la ley. Se hace referencia como bien jurídico a la intangibilidad del patrimonio del deudor o a la pretensión de que se mantenga incólume su patrimonio frente al derecho de los acreedores. Pero ello sólo es posible si tratásemos al delito de quiebra como del tipo de peligro, porque supone que frente a comportamientos típicos que menoscaben el patrimonio del deudor, serían punibles allí también donde de todos modos los bienes restantes satisfagan a la masa en su conjunto, lo cual no parece correcto si consideramos que el tipo exige la comisión del delito en fraude a los acreedores, con perjuicio para éstos.

Aquí se ve claramente el funcionamiento del principio de subsidiariedad del derecho penal, ya que estos delitos operan como una protección residual y fragmentaria del bien jurídico, allí cuando las regulaciones y sanciones del derecho comercial aparecen como insuficientes o desbordadas frente a actos que la comunidad considera intolerables (Beneytez Merino, Luis: “Las insolvencias punibles” en curso de Derecho Penal económico, director: Enrique Bacigalupo, Marcial Pons, Madrid 1998, p. 170).

De modo que respecto de lo desarrollado hasta aquí en este punto vemos un alcance limitado en el marco sancionatorio, ya que por comentar sólo un caso, en el sistema español los delitos de quiebra, además del patrimonio, afectan otro bien jurídico, que tiene que ver con un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza, como clima necesario de las operaciones financieras, que favorezca la canalización del ahorro hacia la inversión de la empresa que realiza el desarrollo económico con lo cual amplía su visión y alcance estableciéndolos como delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico según el Código Penal español de 1995.

Mucho tiempo antes, Carrara caracterizaba a la fe pública como bien jurídico principal en los delitos de bancarrota, atento a que los consideraba entre los delitos sociales (Carrara, Francesco: Programa de derecho criminal, Parte especial Vol. VII, traducc. De José J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, Pág. 3404).

Es decir, notamos como la doctrina y hasta normas penales internacionales le dan el carácter de un delito pluriofensivo, alcance que compartimos.

Y resulta interesante e importante defender esta postura ya que en aquellos casos en donde se compruebe que no se ha visto afectado el bien jurídico *propiedad*, podría invocarse la vulneración de algún otro y utilizarlo en contra del justiciable, y esto va en contra del concepto mismo de bien jurídico, que funciona como tope para el contenido y delimitación del precepto penal.

Es por ello que decimos que multiplicar los bienes jurídicos protegidos allí donde el legislador no lo hace, puede afectar esta misión garantista del concepto de bien jurídico,

cual es la de liderar una interpretación restrictiva de los tipos. Contamos una crítica de Zaffaroni a la clasificación de los tipos según que protejan bienes jurídicos simples o complejos: “...*el único sentido que puede encontrarse a la misma es en ciertos tipos en que los bienes jurídicos tutelados se hallan en un cierto equilibrio o con una relación de preponderancia cercana, como en el ya comentado caso de la extorsión, pero pierde sentido en los restantes tipos, en que la jerarquía otorgada a un bien para dotarle de protección hace retroceder hasta la insignificancia la importancia de los restantes*”. (Tratado de derecho penal, Ediar, Bs. As., 1981, t. III, p. 257.)

Bienes que no forman parte del patrimonio.

Las maniobras de disimulación de activos o simulación de pasivos que el deudor realice sobre bienes que no forman parte de su patrimonio, pero que están bajo su ámbito de tenencia material o custodia, no son alcanzadas por el tipo, ya que no menoscaban el objeto de ataque de la acción, y por ende no afectan al bien jurídico.

Como ejemplos de tal situación podemos citar a la mera tenencia de un bien inmueble (CNCom., Sala D, 31/3/1981, ED, t. 94, p. 311), o aquellos casos en que el bien fue entregado al fallido mediante un contrato de depósito regular (arts. 2188, 2191 y 2219 Cód. Civil).

En estos casos, de corresponder, procederá su calificación como defraudación por retención indebida (art. 173 inc.7 Cód. Penal).

En tanto en materia comercial, la ley 24522 regula en los arts. 138 y 139 el procedimiento por el cual los bienes de terceros en poder del fallido vuelven a manos de sus propietarios sin pasar por ninguna de las contingencias del procedimiento concursal ordinario.

Bienes procedentes de delitos.

Siguiendo la concepción económico-jurídica del patrimonio, que implica la limitación de los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente evaluables que sean poseídos en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico, debe negarse la calidad de integrante del patrimonio a aquella posesión desaprobada jurídicamente aun cuando implique para su titular la posibilidad fáctica de una realización económica.

Si el sujeto activo oculta el bien o lo destruye y sobreviene la declaración de falencia, son comportamientos que no encuadran en el tipo de quiebra fraudulenta por no recaer tales acciones sobre el objeto de ataque presupuesto.

Ahora bien, como nos señala Creus, “... *el carácter de simple tenencia material del bien proveniente de un delito desaparece si se produce la confusión del bien en la universalidad del patrimonio del ente deudor, en cuyo caso el particular damnificado por el delito deberá concurrir al concurso como un acreedor quirografario más*”.

Esto último aconteció en el caso “Cúneo, Horacio y otro”, (CCrim. Y Correc., Sala V, 31/3/97, LL, t. 1997-E, 381) en el que los directivos de una sociedad de bolsa liquidaron

sin autorización de sus mandantes títulos valores que tenían en custodia (comisión de delito de administración infiel, art. 173 inc. 7, CP) e ingresaron el dinero resultante a la cuenta bancaria del ente: aquí el título de la posesión, y los directivos, por confusión irreversible con el patrimonio social, pasan a tener el dominio sobre esas sumas de dinero por ser sus administradores; tiempo después hicieron desaparecer todo su activo, y se declaró la quiebra de la sociedad, lo que habilitó a la presentación de los mandantes como acreedores en el concurso en el ámbito comercial y a la condena por el delito precitado en concurso ideal con el de quiebra fraudulenta impropia en el ámbito penal.

5) LA ESTRUCTURA DEL DELITO.

Los actos típicos que describe por derivación el art. 176 del CP, requeridos para que se configure el delito de quiebra impropia (art.178 CP), no pueden ser cometidos por cualquiera. O sea que restringe el círculo de posibles autores a ciertos individuos que asumen determinadas funciones o roles en el ámbito de las sociedades, a quienes el ordenamiento jurídico considera garantes de que no se afecte el bien jurídico tutelado que, como se vio, es el derecho de los acreedores a percibir sus créditos del acervo de garantía que constituye el patrimonio del ente deudor.

Es por ello que la quiebra fraudulenta impropia está estructurada como un delito de infracción de *deber*, en referencia no al deber genérico subyacente en toda norma (destinada no solo a autores sino también partícipes), sino a un deber extra penal, sólo dirigidos a ciertos sujetos predeterminados que están en esta relación especial con el bien jurídico, al decir de Bacigalupo (Derecho penal, parte gral. 2da. Edición, Hammurabi, Bs. As. 1999, p. 999 y sgtes.).

Roxin señala que en estos delitos: *“...el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y porque el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación.”*

La doctrina penal moderna propicia esta categoría, y considera que en esta clase de delitos, en donde el fundamento de la autoría no es el dominio del hecho sino la relación especial entre sujeto y objeto de protección, no puede escindirse autoría y acción, porque eliminando el primero de los elementos se destruye el sentido social del segundo: en los delitos de infracción de deber, *“...los elementos fundamentados de la autoría están entretelados en la correcta ejecución de la acción, no siendo separables de ella.”*, como nos dice Bacigalupo.

En nuestra legislación, el reconocimiento de la categoría genérica de los delitos de infracción de deber debe complementarse con las exigencias materiales implícitas en los tipos, por respeto al principio de legalidad.

Como señala Luzón Peña, *“solamente habrá delitos de infracción de deber cuando un tipo configure efectivamente en ese sentido la descripción típica, esto es, de tal modo que resulte indiferente que el sujeto realice una conducta u otra, se comporte activa o pasivamente, con tal de que infrinja su deber específico”*. Y precisamente el art. 178 del CP, castiga como autoría, cualquier cooperación a la ejecución de algunos de los actos mencionados en el art. 176.

¿Delito que recae sobre patrimonio propio o ajeno?

En general se sostiene que los tipos de quiebra son delitos cuyo objeto de ataque es el propio patrimonio, a diferencia de los que recaen, directa o indirectamente sobre patrimonio ajeno.

Sin embargo veremos que esto es inexacto en los delitos de quiebra impropia, en que los actos de fraude tienden a menoscabar el patrimonio de otra persona, jurídica, distinta de cualquiera de los sujetos activos descriptos en el art. 178 del CP.

Tanto es así, que la separación de los patrimonios de los socios o de los integrantes de los órganos sociales, por un lado, del patrimonio del ente que conforman, por el otro, es una de las razones de ser fundamentales de la existencia de sociedades en nuestro ordenamiento. Remarcan esta cuestión Baigún, David y Bergel, Salvador en “El fraude en la administración societaria” (Depalma, Bs. As. 1988, pp. 129 y 131), *“Hay que destacar, en materia societaria, que los bienes e intereses pecuniarios que manejan los administradores son siempre ajenos. No olvidemos que el carácter de amenidad proviene de la circunstancia de que las sociedades comerciales...son, para nuestro derecho, con los alcances fijados en la ley (art.2 ley 19550); ello implica el reconocimiento de la personalidad jurídica, la existencia de un patrimonio diferenciado...es indiferente, en lo que respecta a la ajenedad de los bienes, el grado de participación que tenga el accionista mayoritario. Aun en el supuesto extremo de que se trate de una sociedad cuya tenencia accionaria total pertenezca a un solo individuo, los bienes de la sociedad le son ajenos.”*

Ésta es una de las razones por las que es preciso tratar por separado este delito de aquellos previstos en los arts. 176 y 177 del CP, ya que en éstos, el comerciante siempre opera en fraude a sus acreedores, porque los comportamientos típicos recaen sobre bienes y derechos económicamente evaluables que el ordenamiento jurídico le asigna propiedad.

En cambio en la quiebra de sociedades, el sujeto activo siempre delinque en relación a un patrimonio ajeno atribuido a una persona jurídica, de la cual puede ser representante o no, pero a la que se encuentra vinculada jurídicamente. Inclusive en caso de que los sujetos activos sean al mismo tiempo dueños de la totalidad del capital social, es decir que actúen como socios y administradores (“Cacace, Carlos y otro”, CCrim. Y Correc., Sala V, causa 34311, del 11/6/1998), no podría hablarse, de un delito cuyo objeto de ataque lo constituye el patrimonio propio.

Esta cuestión toma importancia al comparar esta figura con la de otros fraudes, en especial a la defraudación por infidelidad o abuso (art. 173 inc.7 CP), cuando en los actos de simulación de pasivos y disimulación de activos que culminen en quiebra, estén enderezadas en provecho propio, y no del ente social: el desvalor de acto de una y otra figura coincidirán casi plenamente, sólo que, con respecto al desvalor del resultado, en una el sujeto pasivo es la sociedad comercial, atacando la esfera patrimonial de los socios mientras que en la otra el sujeto pasivo es la masa de acreedores (externo a la sociedad).

¿Delito de peligro o de daño?

Nos acogemos a la postura de delito de daño en el sentido de que se consagra la exigencia de que el comportamiento se cometa en fraude a los acreedores, lo cual denota en el plano objetivo, la exigencia de una defraudación, y como tal de un perjuicio patrimonial ocasionado con la acción.

No basta para nuestra ley que incurran el fallido y sus coautores o cómplices en falsedades de las enumeradas en el art. 176 del CP, es menester además que ellos presupongan un “nexo causal” entre esos actos y el fin de lograrlos; que se realice como dice la ley, en fraude de los acreedores, es decir en su perjuicio, ya que fraude también alude al engaño, malicia, falsedad o dolo, como daño, perjuicio, detrimento, pérdida o estafa.

Es por ello que en los casos de comportamientos típicos previos a la declaración falencial, para constatar la existencia o no del perjuicio patrimonial, habrá que esperar a la conformación de la masa de acreedores y constatar si los bienes del fallido resultan suficientes para satisfacer los créditos, y en caso de que así sea, aquellas maniobras, aun cometidas con ánimo de defraudar, no constituirán el delito.

El hecho de que se exija la declaración de quiebra del deudor también respalda la postura de su tratamiento como delito de daño ya que es a través de este acto que se materializa objetivamente la insuficiencia de los bienes hallados para satisfacer los créditos resultantes.

Esta circunstancia, y pese al desvalor de acto que de ello trasunta, es una clara muestra de la exigencia de un perjuicio real, y de que no es la finalidad del legislador de proteger aquí la confianza en el ámbito comercial ni la fe pública.

Creemos que lo citado por Soler se circunscribe exclusivamente al actuar de la Justicia Comercial quien ante determinados supuestos deriva a la Justicia penal. En este punto consideramos que resulta ser una visión limitada ya que se refiere a una “presunción”. Por lo tanto, y al llegar a la Justicia Penal es que se transforma en un delito de daño según lo normado por su art. 176 CP en la cual se requiere de un nexo de causalidad, con lo cual para evitar el daño, la existencia de este o varios nexos demostrados resultaría haber llegado tarde porque el/los daños ya ha/han ocurrido.

Se dice en perjuicio de los acreedores porque el daño, por lo menos potencial que a éstos se infiere constituye la fuerza física del delito. Cuando el hecho carece de cualquier actividad perjudicial, todo queda en el recinto de la intención criminoso, la cual aunque haya sido seguida por actos externos de ejecución, no es punible, ni siquiera como tentativa, a causa de la ineptitud de esos actos.

¿Delito único o múltiple?

El contenido fáctico a volcar en el molde del tipo penal debe abarcar las múltiples maniobras en una única conducta global: la quiebra fraudulenta.

La sucesión de maniobras indebidas y que tiene como destino el no justificar la salida de bienes o en la concesión de ventajas: al igual que en la administración infiel (art.173 inc.7 CP), aquí debemos tener en cuenta la gestión global del agente (faz objetiva) y comprobarse la unidad de dolo como elemento aglutinante que

convoca desde el primero hasta el último acta en perjuicio de los acreedores nucleados en la masa (faz subjetiva).

Finalmente, la subsunción de las maniobras dolosas y culposas, tampoco hacen plural al delito, sino que la unidad se mantiene, pues pese a su distinta naturaleza, la infracción de deber es una sola, subsumida en la calificación más grave que absorbe a la menos grave.

Sujeto pasivo: los acreedores integrantes de la masa.

Una buena parte de la doctrina y jurisprudencia sostiene que el sujeto pasivo de los tipos penales de los arts. 176 y 178 del CP, es la masa de acreedores. Pero, no es más que una institución procesal creada al solo efecto de nuclear a los que en definitiva constituyen las verdaderas víctimas del delito, que son los acreedores que forman dicha masa.

Definir a la masa de acreedores como sujeto pasivo de la quiebra fraudulenta es funcional para quienes sostienen que se trata de delito de peligro, ya que no importa que los acreedores hayan visto satisfechos totalmente sus acreencias sino que dicen basta que se vea afectada la masa para que se configure delito.

En coherencia con lo planteado en el punto del bien jurídico tutelado, entendemos que sujetos pasivos de los delitos de quiebra fraudulenta son los acreedores singulares en cuanto integrantes de la masa.

Nos apoyamos en una definición de Creus al respecto cuando dice: “...*la masa de acreedores es una unidad procesal que no ejerce titularidad alguna sobre el bien jurídico que ataca el delito, sino sólo a través de una función de representatividad de los acreedores que la componen; son éstos, en cuanto titulares de los créditos cuyo cobro garantiza el patrimonio del deudor, los verdaderos sujetos pasivos del delito, sus víctimas.*” (*Quebrados y otros deudores punibles, Astrea, Bs. As., 1993, p. 49*).

La declaración de quiebra.

No es una condición objetiva de punibilidad.

Entendemos que no es posible catalogar como tal, a la declaración de quiebra del comerciante o ente fallido.

Si bien es cierto que constituye un acto jurídico formalizado por un tercero (el juez), no por ello ha de estar como decía Beling, “*fuera de la causalidad y de la culpabilidad del autor.*”

Sin duda, la declaración de quiebra es provocada en todo o en parte por el autor, quien lleva la situación a un estado en el que se dan las condiciones legales para dicha declaración. Precisamente, los actos de fraude cometidos por el sujeto activo previo a este momento, sólo serán punibles en tanto sean causa de la declaración de quiebra, ya que sólo de este modo podemos hablar de un perjuicio a los acreedores nucleados en la masa.

Es por ello que no se puede sustraer este elemento del tipo objetivo y trasladarlo a otro nivel, porque es necesario que el sujeto activo abarque esta conexión causal con el conocimiento en el dolo (Zaffaroni, Eugenio: Manual de derecho penal, Cárdenas Editor, México, 1991, pág. 448, con especial referencia a la quiebra del comerciante del art. 177, CP, como elemento del tipo objetivo).

No es un elemento integrante del tipo objetivo referido al autor.

Sostiene Bacigalupo que la sentencia de quiebra es “...la norma que califica al sujeto activo del delito, por cuya razón pertenece al tipo penal como elemento del sujeto” (Estudios jurídicos-penales sobre insolvencia y delito, Depalma, 1970, p. 29).

Si bien el legislador podría haber decidido construir los tipos de este capítulo del CP de la forma que lo propone Bacigalupo, creemos que esto no fue así, ya que resulta claro que con estos delitos se abarcan conductas no sólo anteriores a la declaración de quiebra sino también posteriores a ella. Y si se nos concede esto, entonces la declaración de quiebra no es un atributo referido al autor, sino al hecho típico, en el sentido de que el resultado lesivo (perjuicio a los acreedores) debe darse en el marco de la quiebra comercial.

En el art. 176 del CP, autor de delito no es el comerciante declarado en quiebra sino sólo el comerciante.

Es un elemento integrante del tipo objetivo referido al hecho.

Si sumamos que resulta irrazonable desde un punto de vista político criminal que quiera castigarse fraudes a acreedores sólo después de la quiebra, que las tres maniobras típicas del art. 176 se refieren tanto a actos anteriores como posteriores a su acaecimiento y que en la quiebra impropia la declaración de quiebra es un atributo del ente al que debe estar vinculado el autor siendo además extremadamente difícil la comisión de actos posteriores, la conclusión es clara: “ la declaración de quiebra en los tipos penales del art. 176 al 179, párr. 1ro. CP, no es una circunstancia referida al autor, sino al hecho típico”.

Y en este sentido, la declaración de quiebra servirá: a) para los actos anteriores a ella, como un ojo de aguja que deberán atravesar todos aquellos actos que pretendan ser considerados perjudiciales a los acreedores nucleados en la masa y b) para los actos posteriores a dicha declaración, como marco fáctico jurídico en cuyo ámbito debe considerarse ejecutado el fraude.

Siguiendo el razonamiento de Fontán Balestra: “la declaración de quiebra es un hecho, no pertenece a la acción, pero igual está contenida en el tipo, lo único que la ley requiere es que los hechos hayan sido cometidos por el comerciante declarado en quiebra, no después de declarado en quiebra.”

“La declaración de quiebra es la circunstancia que hace que el actuar fraudulento quede comprendido en el tipo del art. 176 CP. Es por su conducta que los actos fraudulentos atacan del modo típico el bien jurídico.”

Por lo tanto concluimos que resulta irrelevante si los actos cometidos fueron antes o después de la quiebra, sino que lo que resulta relevante es que cumplan o se encuentren incluidos en los actos del art. 176 CP.

La declaración de quiebra con especial referencia al art. 178 CP.

En este tipo penal se requiere entonces que la persona jurídica a la cual están vinculados los portadores de los roles seleccionados haya sido declarada en quiebra, lo cual viene a restringir el alcance del tipo penal porque así configura el legislador el hecho típico: no lo serán todos aquellos comportamientos, aun cometidos en fraude a los acreedores, en donde la declaración de quiebra no haya tenido lugar, por más que se verifique el nexo causal entre dichos actos y la disminución del patrimonio social de modo perjudicial para los acreedores (por ejemplo porque el concurso terminó en cramdown) o no sea posible porque la entidad tiene otra vía de cancelación de su existencia, que no está incluida en el tipo (ej.: ART).

“Sin ser una cuestión prejudicial, para el proceso penal por quiebra es indispensable la declaración de quiebra..., en sede comercial..., porque la expresión de quebrado es un término normativo que debe ajustarse a las leyes comerciales. No sería admisible que un juez penal condene por quiebra fraudulenta o culpable a quien no se halle declarado en quiebra en causa comercial”. (Soler, SCBA, LL, 1978-C, 712).

Entendemos que este sería el enfoque correcto a aplicarle en el marco de la quiebra impropia a la declaración de falencia del ente: la de un claro criterio limitador de la intervención penal con relación a aquellos casos en donde la cesación de pagos se resuelva sin llegar a la quiebra.

Ciertamente en estos casos también pueden darse actos de fraude a los acreedores. Pero no nos olvidemos de que el hecho de que estos comportamientos no sean típicos aquí, no significa que no tengan sanción en otras áreas del ordenamiento jurídico o que no encuadren en algún otro delito penal.

Legitimados para actuar como querellantes

En general, los sujetos legitimados serán; el deudor, los acreedores y los funcionarios del concurso (ej. el síndico). Cabe mencionar que existe jurisprudencia que dice que el síndico solo puede querellar previa autorización expresa del Juez comercial. Los terceros, toda vez que vean afectado un derecho propio. Además, el sujeto que promueve el incidente debe gozar de aptitud para ser parte, capacidad procesal y en su caso, el apoderado deberá justificar la personería. Téngase en cuenta que para ciertos conflictos, algunos del legitimado sustancial (acreedores y deudor) encuentran representados sus intereses a través de la sindicatura o del comité de acreedores.

6) CUESTIONES ACERCA DEL TIPO IMPRUDENTE DE QUIEBRA DE SOCIEDADES (ART. 178 EN FUNCION DEL ART. 177 C.P.)

No sólo tenemos que analizar los fraudes en la quiebra de sociedades, ya que el tipo penal del art. 178 del CP abarca también otras formas de vulneración del bien jurídico: las posibles violaciones al deber de cuidado por parte de los autores típicos.

Llama la atención que gran parte de la doctrina haya considerado que en el art. 177 del CP, no sólo deben observarse conductas culposas sino también dolosas, y por lo tanto fraudulentas. Inclusive se ha dicho que este tipo penal, con su pena máxima de un año de prisión, debe concebirse primordialmente como doloso.

Creemos que estas interpretaciones se han alejado demasiado de la letra de la ley y de la intención del legislador de construir un tipo imprudente, subsidiario al de la quiebra fraudulenta, en donde sean punibles todos aquellos actos de imprudencia o negligencia manifiesta cometidos por el sujeto activo, que sean causantes o co-causantes de la declaración de quiebra y del perjuicio a los acreedores, o sea un tipo penal donde se castiga no solo los actos cometidos dolosamente sino aquellos cometidos en violación ostensible al deber de cuidado, pero sin ánimo de defraudar.

Ante la deficiente construcción y redacción del artículo, la confusión reinante en la doctrina y la falta de experiencia de los operadores jurídicos acerca de cómo proceder frente a la única conducta culposa prevista en materia de delitos contra la propiedad, ha hecho caer esta figura penal en un rotundo fracaso político-criminal, sobre todo si tenemos en cuenta que este delito tanto en la modalidad del art. 177 como en la del art. 178 del CP, en el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal para el lapso 1989-1998 se cuenta con sólo una condena en Buenos Aires en el año 1991.

En el caso de la quiebra culposa debe ponerse de resalto la incertidumbre que genera el significativo cambio que introduce la ley 24522 donde deja de tener vigencia la calificación de conducta del fallido como “culpable” o quiebra culposa por parte del juez comercial y la consecuente remisión automática a la justicia penal para que se investigue la posible comisión de delito del 177 CP.

7) INHABILITACION.

La inhabilitación es un supuesto diferente al de incapacidad, ya que la capacidad es la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones.

La inhabilitación del fallido que la norma falencial prevé le dedica a esta sanción, que reemplazó a la calificación de conducta, un capítulo perdido dentro de un título (Cap. IX del Título III).

El concepto inicial que dispone el art. 234 de la ley 24522, el fallido queda inhabilitado desde la fecha de quiebra y en el art. 235 se refiere a las personas jurídicas al señalar que en estos casos la inhabilitación se extiende a las personas físicas que hubieren integrado sus órganos de administración desde la fecha de cesación de pagos y que a estos efectos no rige el límite temporal previsto en el art. 116 de la ley 24522.

Ante todo hay que destacar que el fallido no es un incapaz. Se ha entendido que no obstante la redacción de los arts. 24 Inc. 2 del Código de Comercio (“*Están prohibidos por incapacidad legal: ...inc. 2: Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación, salvo las limitaciones del art. 1575*”), y el art. 1160 del Código Civil (“*No pueden contratar los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poder hacerlo con personas determinadas, ...; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa*”).

del concurso, si no estipularen concordato con sus acreedores”); sobre el fallido no pesa una incapacidad sino un régimen de inhabilitación derivado del desapoderamiento (CNCom., Sala D, sentencia del 7/11/1985, ED, t.121, p. 172).

Es un caso de incapacidad anómala en donde los fallidos han sido desplazados de sus bienes y por ello están en imposibilidad de contratar con los bienes que integran la masa de la quiebra, un supuesto de incapacidad anómala como consecuencia del desapoderamiento y de la intervención del síndico para la realización de los bienes del fallido.

Por su parte, el desapoderamiento aunque genera algunas verdaderas incapacidades de derecho sobre el fallido, en realidad lo somete a un régimen de inhabilitación, que no es exactamente lo mismo que un régimen de incapacidad porque existen diferencias en cuanto a su fundamento (protección al incapaz en las incapacidades de hecho, resguardo de principios morales en las incapacidades de derecho, protección a los acreedores en la inhabilitación del fallido) y a sus efectos (nulidad relativa del acto celebrado por el incapaz de hecho, nulidad absoluta, en principio, del acto celebrado por el incapaz de derecho, ineficacia del acto celebrado por el fallido, etc.).

Como de menor relevancia quizás encontramos dentro del conjunto de sanciones que pesan sobre el quebrado a la restricción de salir del país (art. 103 Ley 24522).

Bajo la redacción de la ley correspondería hablar de autorización para viajar al exterior, pero en realidad de lo que se trata es de la prohibición para salir del país.

La reforma introducida por la ley 24522 al anterior régimen (la ley 19551), limita el lapso de interdicción de salida del país ya que en su art. 103 dispone: “...que hasta la presentación del informe general, el fallido y sus administradores no pueden ausentarse del país sin autorización judicial concedida en cada caso, que deberá ser otorgada cuando su presencia no sea requerida a los efectos del art. 102 o en casos de necesidad y urgencia evidentes...”, y la doctrina ha señalado que la restricción es adecuada pues la finalidad inspiradora del dispositivo ha sido asegurar la colaboración en el proceso, aun cuando la práctica bastardeó ese fin, transformándola en una suerte de aseguramiento sancionatorio (Iglesias, José; Concursos, las reformas a la ley, Depalma, Bs. As., 1995, p. 171), resulta procedente disponer el levantamiento de la interdicción de salida del país de la quebrada (CNCom., Sala D, in re “Silverado SA s/ Quiebra s/inc. De levantamiento de interdicción de salida del país”, sentencia del 17/11/1995).

Ahora bien, la falta de registraciones contables de que dé cuenta el síndico en su informe general, la inexistencia de activo y la ausencia de información que permitan reconstruir el giro comercial de la fallida, justifican la denegatoria efectuada por el juez de grado, respecto del pedido de autorización para salir del país, no obstante cabe advertir que esta restricción reconoce limitaciones, conforme a que gran parte de la doctrina entiende que afecta esenciales derechos constitucionales, por lo que no corresponde que sea prolongada más allá de la concurrencia de condiciones legales.

Aunque no toda la jurisprudencia es uniforme, se ha entendido que toda vez que la ley 24522 debe aplicarse en forma inmediata en los procesos en trámite, procede dejar sin efecto la interdicción de salida del país que pesaba sobre el fallido o sus administradores, cuando la quiebra databa de varios años atrás y ya se había presentado

el informe general y que la reforma introducida por la ley 24522 limitaba la duración de la interdicción de salida del país hasta la presentación del informe general ((CNCom., Sala A, in re “Totah, Roberto s/Quiebra”, sentencia del 29/11/1995 y CNCom., Sala E, in re “Ceram Loz SA s/ Quiebra”, sentencia del 29/10/1996).

Es importante destacar que la ley 24522 no prevé sanciones al fallido en el supuesto que se viole este régimen, en contrario a lo que sucedía con la anterior legislación, la ley 19551. Es más, el fallido o sus administradores, en caso de tratarse de una persona jurídica de existencia ideal, pueden ampararse en el derecho a no declarar en su contra sobre la base del resguardo previsto en el art. 18 de la Constitución nacional, sin ser merecedor de sanción alguna (CNCom., Sala D, in re “ Banco Extrader s/ Quiebra s/ Inc. De salida del país, sentencia del 23/10/1998).

Cómputo. Duración.

Salvado el concepto de la incapacidad, cabe continuar con lo que ha sido pacífica la jurisprudencia en señalar y sostener a lo largo del tiempo: desde cuándo comienza a computarse la inhabilitación.

De ser el quebrado una persona física, su inhabilitación comienza desde la fecha de quiebra. Así como consecuencia del desapoderamiento, el fallido queda separado e inhabilitado de la administración de sus bienes desde el día de sentencia de la falencia (CNCom., Sala A, sentencia del 26/4/1973, ED, t. 49, p. 207).

En este sentido tal fecha deberá computarse en términos procesales desde que sea notificada y quede firme.

En el supuesto de tratarse de una persona de existencia ideal, recayendo en sus integrantes del órgano de administración o administradores, se computará de la siguiente manera:

- a) respecto de quienes se desempeñaron como tales a la fecha de la quiebra, ésta se computará al igual que en el supuesto de quiebra de una persona física desde la fecha de la quiebra;
- b) para los que se hubiesen desempeñado desde la fecha de cesación de pagos a una fecha anterior a la de la quiebra, habrá que aguardar a que se determine la fecha fijada para la cesación de pagos para que su cómputo comience a correr.

Ahora bien, tema aparte merece la cesación de la inhabilitación. Actualmente como principio general la inhabilitación durará UN AÑO para el caso del quebrado, ya sea persona física o administradores que se desempeñen como tales a la fecha de la quiebra, y para el caso de los administradores que se desempeñaran desde la fecha fijada de cesación de pagos hasta antes de la quiebra también durará UN AÑO, pero se computará desde la fecha fijada de cesación de pagos y cesará de pleno derecho.

Como excepción al principio general expuesto, a pedido de parte y previa vista al síndico, el juez podrá reducir dicho plazo de un año, o dejarlo sin efecto siempre y cuando el juez entendiera que el fallido no estuviere incurso en delito penal.

Si el fallido fuera sometido a un proceso penal, la inhabilitación se prorrogará o retornará hasta tanto se dicte el sobreseimiento o absolución del fallido. Cabe preguntarse que sucedería si se declara la falta de mérito, pues la norma no lo contempla a tal supuesto, por lo que la respuesta quedará en manos del juez comercial.

Pero ¿qué se entiende por proceso penal?, ¿el requerimiento de instrucción?, ¿la indagatoria o el procesamiento?. Mucho se ha escrito al respecto, pero la mayor parte de la norma ha entendido que parte de la indagatoria (*CNCrim. Y Correc., Sala I, in re “Percente Mario”, reg. 402/95; CNCrim. Y Correc., Sala III in re “Patat, Juan”, reg. 3/95*)

De condenarse penalmente al fallido, la inhabilitación durará hasta el cumplimiento de la accesoria que imponga el juez penal. Ahora bien, cabe uno preguntarse qué sucederá si se aplicara la ley 24316 (probation) o la ley 24825 (juicio abreviado), pues la norma es específica al respecto, razón por la que, al igual que en el anterior supuesto, la decisión quedará en manos del juez comercial. Algunos autores sustentan que en este caso nuevas probanzas pueden surgir, por lo que continuaría la inhabilitación (*Lorente, Javier, Nueva Ley de Conc. Y quiebras, Gowa, Bs.As., 1995, p. 364*).

La inhabilitación para las personas jurídicas es definitiva excepto que mediara conclusión de la quiebra o conversión de ésta en concurso preventivo, conforme lo establece la norma. Sin embargo, la norma no contempla esta especie de levantamiento para el caso de pago total regulado en el art. 228 y en art. 229 de la ley 24522, por lo que cabría preguntarse si se debió a una omisión del legislador, supuesto en el cual habrá que pedirla al juez comercial; o lo dio por entendido, paga todo y se levanta la inhabilitación, pues parecería raro que específicamente previera que en tal caso, es decir, en el de pagarse todo, la inhabilitación de la persona jurídica no fuera levantada.

8) ESTADISTICAS DE CONDENAS POR DELITO DE QUIEBRA.

La Ley 24522 que vino a modificar todo el régimen de concursos y quiebras y a su vez la Ley 19551 que reemplazó a su antecesora (la Ley 11719) que a su vez fue modificada por la Ley 22917, no tuvieron su correlato en el ámbito penal, ya que la “evolución” dada en la ley comercial no se trasladó al ámbito penal, ya que los delitos de quiebra (arts. 176 a 179 párrafo 1 CP) se mantienen casi inalterados desde su creación.

De modo tal, que llegamos a nuestros días con una legislación comercial de concursos y quiebras que le lleva, en lo sustancial, casi un siglo de ventaja (*Soler Sebastián: Tratado de derecho penal, TEA, Bs As, 1982, pág. 481*) a las previsiones de respuesta penal ante una serie de supuestos vinculadas a ella, lo cual obliga al operador del sistema penal, a realizar un particular esfuerzo en pos de armonizar tales constelaciones de normas.

Estos delitos de quiebra siguen imperturbables con la misma estructura, constituyéndose en verdaderos agujeros negros, por ello es numerosa la jurisprudencia penal relativa a los actos iniciales del proceso, pero exigua la de pronunciamiento de condena.

Tanto es así que en el lapso de diez años que va de 1988 a 1997, el Registro Nacional de Reincidencia solo tiene contabilizadas en todo el país, un total de 12 condenas por delitos de quiebra o liquidación fraudulenta de personas físicas o entes sociales.

Sólo para tener más datos informativos, en el año 1998 y sólo en los Tribunales de la Capital Federal la cantidad de quiebras decretadas fueron de 1310 casos.

Respecto de la información obtenida más actualizada detallamos:

Año 2000: 10308 causas, 2 condenas por quiebra fraudulenta.

Año 2001: 12961 causas, 3 condenas.

Año 2002: 17185 causas, 12 condenas.

Año 2003: 22214 causas, 12 condenas.

Año 2004: 21677 causas, 18 condenas.

Año 2005: 22711 causas, 16 condenas.

El total de causas para los años detallados arriba son catalogados por parte de la Oficina de Estadísticas del Registro Nacional de Reincidencias y Estadística Criminal dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación como causas por delitos contra la **“propiedad”** (el destacado en negrilla es adrede de nuestra parte). La ubicación misma en el Código Penal ya nace viciada, pues los actos que giran en torno a la quiebra son considerados como delitos que atentan contra la propiedad, que agreden el derecho de los acreedores a cobrar sus acreencias, pero no como delitos contra el comercio o la confianza en los negocios que atentan contra bienes de naturaleza social excluyendo los de carácter privado.

Es decir que la graduación de sanciones debe verificarse teniendo en cuenta no solo el perjuicio inferido a los acreedores sino también el perjuicio a la sociedad.

Surge claramente y vemos una vez más como las situaciones de hecho superan a las de derecho.

Cabe señalar además que alrededor del 50% de de los procedimientos se clausuran por falta de activo, a su vez cuando se eleva al Fuero Penal por la presunción de fraude, las condenas no llegan al 10% de los casos investigados.

Es decir, el sistema penal rara vez selecciona comportamientos de esta índole para su juzgamiento, y si lo hace, un cúmulo de deficiencias legislativas y judiciales conspiran para frustrar tales impulsos.

Podemos agregar en este punto como una situación preocupante más, que no habiendo sanción en quiebras fraudulentas mucho menos la habrá en quiebras culpables.

9) EL DERECHO POSITIVO Y LA CALIFICACION DE CONDUCTA.

En este punto nos centraremos en analizar distintos arts. Del Código Civil y d la Ley 19550 que repercuten en el tema de este trabajo, a saber:

Art. 512 CC: *“La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.”*

Si la utilidad es común para el deudor y acreedor, se presta sólo la culpa leve. Si únicamente es de utilidad para el acreedor, el deudor presta sólo la culpa grave; pero si es de utilidad sólo para el deudor, éste presta la culpa levísima. Barbeyrac lo había juzgado así y decía: “La división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues a pesar de ella, será necesario a cada culpa que ocurra, poner en claro si la obligación del deudor es más o menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intención al obligarse, cuáles son las circunstancias todas del caso.” Zacharie dice también respecto a esto: “La teoría de la prestación de las culpas es una de las más oscuras en el derecho. Pero en fin, ya no es permitido hablar ni de culpa lata, ni de culpa leve, ni de culpa levísima. Sin duda hay culpas, que por razón de las circunstancias, de la posición de las partes respecto de las obligaciones especiales que le son impuestas, son más graves o más ligeras las unas que las otras; pero no hay culpa que considerada en sí misma, prescindiendo de las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas, pueda ser clasificada por datos abstractos y por una medida invariable y absoluta como culpa grave, como culpa leve o como levísima. La gravedad de la culpa, su existencia misma, está siempre en razón de su imputabilidad, es decir, con las circunstancias en las cuales ella se produce. La sola ley es la conciencia del juez....”

Art. 902 CC: *“Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.”*

Resulta claro de la redacción del artículo el nacimiento de la responsabilidad civil que trae aparejado la celebración de hechos y actos jurídicos sobre las consecuencias remotas que puedan llegar a ocurrir.

Art. 931 CC: *“Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin.”*

Art. 506 CC: *“El deudor, es responsable al acreedor de los daños e intereses que a éste resultaren por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación.”*

Art 1081 CC: *“La obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos lo que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal.”*

Pese a que como estamos viendo existen normas que permitirían reparar los daños y perjuicios ocasionados por el deudor tanto en conductas dolosas como culposas, como se viera en el punto correspondiente, es llamativamente bajo el número de condenas al respecto, como consecuencia de que en general no son aplicados por la Justicia Comercial.

Art. 278 LSC-Acción de responsabilidad. Quiebra: *“En caso de quiebra de la sociedad, la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso, y en su defecto se ejercerá por los acreedores individualmente.”*

Art. 279 LSC Acción individual de responsabilidad: *“Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores.”*

Con lo cual podemos advertir que la convergencia de acciones concursales no prohíbe el inicio de acciones legales. Sin embargo la casi nula aplicación de estas normas, de manera de regular el comportamiento del deudor, ha multiplicado las quiebras sin activos con las consecuencias nefastas que ello origina.

También encontramos vinculaciones con los arts. 176 a 178 del Código Penal como hemos podido observar en los puntos tratados.

10) ALGUNOS PENSAMIENTOS ADICIONALES.

Desde hace varios años se insinúan en la legislación y la doctrina internacional la intención de elaborar principios que permitan sustituir el presupuesto objetivo del estado de cesación de pagos por el de crisis o dificultades empresariales. Es decir, se trata de llamar la atención sobre la necesidad de “llegar a tiempo” para conjurar los problemas financiero-económicos por los que pueda atravesar una empresa, evitando que se instale la insolvencia o estado de cesación de pagos.

Así tenemos en la exposición de motivos del anteproyecto español: “La ley abandona la dialéctica de la insolvencia y la liquidez y coloca como centro de gravedad la situación de crisis económica, es decir, aquel estado patrimonial que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordinaria de sus créditos”.

En igual sentido se ha expresado el jurista francés Pailluseau cuando argumenta que debe pasarse del derecho de quiebra al derecho de las empresas en dificultades.

Ahora bien ¿qué significan estas concepciones? La insolvencia o estado de cesación de pagos transforma el patrimonio en algo inerte, sin reacción y lo que es peor aun, conforma una situación insuperable e irreversible, es decir el patrimonio denota una situación económica financiera definitivamente comprometida.

Hay en consecuencia un estado de situación que no deja margen de maniobra para recomponer el patrimonio, por un agotamiento extremo de sus posibilidades de generar los medios para hacer frente a las obligaciones que lo gravan.

Pailluseau pone énfasis en la falta de un sistema de detección de dificultades y el retardo en la promoción de los procedimientos, lo que trae como consecuencia que muchas empresas soliciten su concurso cuando ya hace tiempo están en situación desesperante, y lo malo es que ya no pueden ser salvadas, como nos diría el Dr. J. Scandell, “que arriban a un punto de no retorno”.

Crisis y dificultades serían pues estadios intermedios entre la bonanza plena y la insolvencia o estado de cesación de pagos. Ellas indican la situación de un patrimonio que comienza a tener problemas que a esta altura pueden ser solucionables.

La legislación nacional adoptó esta concepción mediante una situación amigable y extrajudicial, el Acuerdo preventivo extrajudicial, aunque resulta verdaderamente insuficiente en nuestra opinión.

Para este trabajo consideramos de una importancia superlativa el enfoque en esta concepción, ya que su aplicación con procedimientos determinados oportunamente, reducirían considerablemente la comisión de delitos, fraudes y demás situaciones descriptas y tratadas en el presente trabajo.

También y en estos días, se está comenzando a hablar y debatir una reforma al Código Penal, el cual francamente estamos esperanzados en que, en este tema en cuestión, se adecue a los tiempos actuales y produzca un verdadero equilibrio con la Ley Comercial (24522).

11) APENDICE JURISPRUDENCIAL.

A) CNCrim. Y Correc., Sala V, Causa Nro. 34443 (Ley 2372), “Morange, Domingo s/Quiebra Fraudulenta”, RTA. El 15/12/1998.

Quiebra fraudulenta-Concesión de ventajas indebidas a acreedores (art.176 inc. 3 C.P.)-Actos anteriores al periodo de cesación de pagos-Ausencia del ánimo de defraudar a los acreedores-Absolución.
Cita 115.

“...que quiso desinteresarse en alguna medida a varios de ellos (acreedores) sin que sea de inferir que perseguía beneficiar a unos en deliberado detrimento de otros. En ese orden, la figura penal examinada no se agota en la sola comprobación objetiva de los actos particularizados, ya que exige la certeza de un ánimo especial defraudatorio en lo que hace a conceder ventajas indebidas”. “En cuanto a esto último debe señalarse que de ese modo se conduce quien paga efectivamente a uno de ellos cuando ya pesa sobre él la prohibición de hacerlo a consecuencia de la declaración de quiebra...(Creus, Carlos: Derecho penal T.1, pág. 566). En el caso los actos tuvieron ocurrencia varios meses antes de aquella declaración (en simultaneo con su debacle financiera) y cuando podía ignorar la prohibición, de manera que debió incidir en su determinación de salvar los pagos de algunos de sus acreedores, visto que eran acreencias reales y propias. La situación así expuesta motiva su absolución en cualquier caso.”

B) T.O.C. Nro. 24, Causa Nro. 223, “Pernicone, Víctor Salvador s/Quiebra fraudulenta”, RTA. El 8/8/1997.
Cita 34.

Quiebra fraudulenta-Constitucionalidad del art. 176 inc. 2, C.P. (no justificación de salida de los bienes que el comerciante debiera tener)-Posibilidad de justificar la salida de bienes ante el juez comercial o ante juez penal-Delito de daño.

“Transcurridas las fechas de vencimiento sin que Pernicone abonara los pagarés, el acreedor acudió a la vía ejecutiva, comprobándose entonces el total ocultamiento del activo dado que no se hallaron bienes ni documentación que avalara la situación patrimonial de Pernicone y permitiera determinar la causa del desequilibrio económico...Que en el juicio comercial no se pudo localizar bien alguno de propiedad de Pernicone, lo que motivo que pidiera (el síndico) la clausura de las actuaciones por falta de activo.”

“...Que el accionar del procesado tuvo desde el inicio el propósito de defraudar surge sin hesitación alguna cuando se repara en que hizo desaparecer el ganado que adquirió y le fue entregado, sin dejar rastro alguno cierto y comprobable de su destino, o del dinero recibido por su venta, la que sólo en parte se halla acreditada...”

“Lo que si comprobó el síndico es que la oficina en la que tenía sus oficinas no le pertenecía, ni tampoco los muebles y útiles y que la garantía de un campo que ofreció para celebrar contrato de alquiler era apócrifa en tanto el campo no le pertenecía.”

“Respecto de la inconstitucionalidad del art. 176 inc. 2 la fiscalía ha acreditado la preexistencia de esos bienes, la cual no es negado por la defensa y, ante su desaparición el acusado ha omitido acreditar mínimamente el destino que les ha dado, desapoderando así a la masa de acreedores.”

“No es exacto que la ley obligue a confesar un delito. Lo que el legislador ha establecido es que, ante la demostración de la existencia de bienes que necesariamente debieron estar en poder del deudor, y su posterior desaparición, la omisión de justificar el destino que se les ha dado a los bienes o a su producido, configura un evidente fraude a los acreedores que es en definitiva lo que se pena. Queda así claramente delimitada la conducta imputada y la razonabilidad de su tipificación como delito.”

C) T.O.C. Nro. 24, Causa Nro. 108, “Ayerza, Diego Luis s/Quiebra Fraudulenta”, RTA. El 30/5/1995.

Deudor no comerciante-Quiebra fraudulenta (art.179, párr.1ro., en función del art. 176 C.P.)-Sustracción de bienes en perjuicio de la masa de acreedores (art. 176 inc. 2 C.P.)-Alcance del tipo penal a actos fraudulentos cometidos después de caer en cesación de pagos-Aspecto subjetivo: dolo (contador público)-La masa de acreedores como titular del bien jurídico.

Citas 62 y 69.

Se le atribuye al Sr. Ayerza que durante el periodo de sospecha el haber disimulado bienes, pues transfirió a un valor ínfimo a su esposa e hijo acciones que le pertenecían, con lo cual disminuyó su activo en perjuicio de sus acreedores.

“...Todas estas circunstancias llevaron luego a que el síndico, al entender que Ayerza había disminuido indebidamente su activo, propusiera además de culpable, por los motivos expuestos en su anterior informe, se calificara la quiebra de fraudulenta, lo que así hizo el juez...”

“..el imputado, durante el periodo de sospecha se desprendió de gran parte de su participación accionaria en una sociedad anónima. Y lo hizo en condiciones tales

que ello se trasuntó en una disminución de su activo, sacando esos títulos del acervo que constituye la garantía de la masa de acreedores.” “Por otra parte entendemos que tampoco puede discutirse el dolo de defraudar a la masa de acreedores. En efecto, se trataba de acciones de una sociedad anónima familiar que, como otras que tenían su domicilio legal en el del imputado, eran manejadas y controladas personalmente por el propio Ayerza. Esto implicaba un pleno conocimiento y dominio de la situación patrimonial de esas empresas, amén de la suya personal...”

11) PROPUESTAS Y CONCLUSION.

En nuestra opinión y luego del minucioso análisis y consideraciones desarrollados en este trabajo estamos plenamente seguros de promover el debate acerca de llegar a una normativa en concursos y quiebras que nos ubique en una situación intermedia, como se mencionó oportunamente, entre el estado de bonanza y el de insolvencia o cesación de pagos, es decir el de establecer un mecanismo complementado por indicadores o índices que no hagan más que demostrar y comprobar la necesidad de ingresar a un sistema de resolución de dificultades antes de la llegada al estado de no retorno y posterior quiebra y liquidación.

Claro, y esto es obvio, que tomar esta decisión por parte de los fundadores, directores o administradores del ente en dificultades, no es sencillo. Son decisiones que escapan a lo estrictamente racional y confrontan con lo afectivo, emocional y psicológico (o también a un plan para perjudicar culposa o dolosamente a los acreedores), llevándolos a empeorar la situación financiera y económica de la empresa, buscando desesperadamente recursos a tasas altísimas o en situaciones ruinosas, a mal vender sus productos o servicios, produciendo en consecuencia la disminución en su capital de trabajo hasta su agotamiento en el corto plazo y transformando la recuperación en un acontecimiento digno de una misión imposible.

Es por ello y según se desprende del párrafo anterior, la necesidad de que un “tercero” imparcial pueda detectar una probable situación de insolvencia y obligue a la empresa a la entrada del concurso posibilitando la resolución de sus dificultades y que la misma pueda seguir funcionando y ser útil socialmente al mantener los puestos de trabajo. Lógicamente y ante el incumplimiento de esta obligación, y ante la caída en una situación falimentaria debería responder penal y patrimonialmente por su conducta y sus hechos.

Ese tercero imparcial proponemos pueden ser desde la Inspección Gral. De Justicia de cada Jurisdicción, la CNV al Estudio auditor de los Balances.

Decimos esto porque además de las presentaciones habituales de Balances ante los organismos correspondientes con sus indicadores también habituales, hay un indicador específico cuyo resultado nos señalaría la probabilidad cierta de que una empresa pueda tener o no dificultades financieras en el corto plazo, nos referimos al Coeficiente de Altman, una herramienta muy valiosa que ayudaría sobremanera a que el “tercero” en cuestión tome la decisión de obligar a la empresa a entrar a un proceso de resolución de sus dificultades.

Creemos que ante la falta de actualización del Código Penal para que se equipare con la normativa comercial, esta medida ayudaría a evitar conductas culposas o dolosas de los directivos y/o administradores al tener que cumplir con una decisión emanada de un tercero que representa una autoridad de contralor y una carga para la sociedad comercial.

Mención aparte, y un tema que no ahondaremos, es la incorporación de las cooperativas como continuadoras del ente quebrado, en mi opinión más que el nacimiento de una nueva ley es la ley 24522 reformada, y nuestro entender hay que prestar especial atención al tema que nos atañe ya que no sea cosa que por justificar la continuación de la fallida y el sostenimiento de los puestos de trabajo, ocultemos bajo el paraguas de que esta medida resulta políticamente correcta, y acorde por qué no decirlo, con los vientos políticos, ocultemos bajo la alfombras conductas decididamente indebidas.

Si bien lo del coeficiente de Altman resulta ser un tema muy “técnico” en cuanto a su aplicación, podemos agregar como algo más vinculado al tema que hemos desarrollado que resultaría imprescindible que en el informe del Síndico se señalaran las conductas que prima facie deberían ser analizadas a la luz de los arts. 176 y 178 del CP, sería posible que numerosas causas en trámite corrieran otra suerte.

BIBLIOGRAFIA.

_ Ley de concursos y quiebras 24522 comentada. H. Chomer y J. Sicoli. 1ra. Edición, Bs. As., La Ley, 2009.

_ El delito de quiebra de sociedades. Daniel Rafecas. 1ra. Edición. Mayo 2000, Bs. As. ADHOC.

_ Sanciones al quebrado. Gastón Montagna. 1ra. Edición. Bs. As., Abaco de Rodolfo de Palma, 2011.

_ Cód. Proc. En lo civil y comercial de la Pcia. De Bs. As y la Nación. Tomo VIII comentados y anotados. Concursos. Augusto Morello, Alberto Tessone y Mario Kaminker. Abeledo Perrot, 1998.

_ Revista Jurídica argentina La Ley, Doctrinas Esenciales Concursos y Quiebras, Tomo I. Jaime Anaya, Héctor Alegría. 1ra. Edición, Bs As, La Ley, 2008.

_ Idem anterior, Tomo IV.

_ Blog del síndico concursal (internet).

