



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Especialización en Derecho Empresario

TRABAJO FINAL INTEGRADOR

“LOS DELITOS DE QUIEBRA”

Alumno: Abog. Juan Cruz SALVATIERRA
Director: Dr. Ricardo Daniel SOSA AUBONE

*A toda mi familia, en especial a mi esposa Bárbara
y a mis hijos Fermín y Manuel.*

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DE DERECHO COMPARADO DE LOS PROCESOS CONCURSALES Y SUS ASPECTOS SANCIONATORIOS.....	5
1. DERECHO ROMANO.....	5
a) Ejecución sobre la persona:.....	6
a. 1) Manus iniectio. El nexum.....	6
a.2) Pignoris capio.....	7
b) Evolución hacia la ejecución sobre el patrimonio.....	8
b.1) “Missio in possessionem”. “Bonorum venditio”.....	8
b. 2) “Cessio bonorum”.....	9
c) Cumplimiento coactivo por equivalente:.....	10
c.1) Ejecución individual: “Pignus in causa iudicati captum”.....	10
c. 2) Ejecución colectiva: “Bonorum distractio”.....	10
d) Opinión controvertida.....	10
2. LA LEGISLACIÓN MEDIEVAL – DERECHO ESTATUTARIO.....	10
2. a) Preliminar.....	10
2.b) Carácter publicístico o privado.....	11
2.c) Las comunas y los estatutos. La quiebra como instituto contra la insolvencia.....	12
2.d) Los hechos reveladores.....	13
2. e) La quiebra: instituto de derecho común. El salvoconducto y el concordato.....	13
2.f) Otras características generales. Las sanciones a los quebrados.....	13
2.g) Otras referencias.....	15
3. ANTECEDENTES DE DERECHO COMPARADO Y ALGUNAS LEGISLACIONES ACTUALES.....	16
3. a) Derecho francés:.....	18
3. b) Derecho español:.....	23
3.b.1) Código de las Siete Partidas.....	23
3.b.2) Ordenanzas de Bilbao.....	24
3.b.3) Código de Comercio de 1.829.....	25
3.b.4) Código de Comercio de 1.885.....	25
3.b.5) Últimas reformas.....	26
3. c) Derecho italiano:.....	27
3.c.1). Código de Comercio de 1865.....	27
3.c.2) Código de Comercio de 1882.....	27
3.c.3) Ley 197 del 24 de mayo de 1.903.....	28
3.c.4) Decreto real 267 del 16 de marzo de 1.942.....	28
3.c.5) La última reforma italiana.....	32
3.d) Derecho anglosajón:.....	33
3.d.1) Derecho inglés:.....	34
3.d.2) Estados Unidos de Norteamérica:.....	39
3.d.3) Reflexión:.....	40
3.e) Algunos países latinoamericanos (Breves referencias):.....	40
3.e.1) México:.....	40
3.e.2) Brasil:.....	40
3.e.3) Perú:.....	41
3.e.4) Chile:.....	42
3.f) Japón:.....	43
3.g) Cultura árabe:.....	43
4. ANTECEDENTES DE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA EN MATERIA CONCURSAL Y SUS ASPECTOS SANCIONATORIOS:.....	43

4.a) Antecedentes hispano-indianos. Las Ordenanzas de Bilbao.	43
4.b) El derecho intermedio. El derecho patrio.	44
4.c) La codificación. El Código de Comercio de 1862.	46
4.d) Ley 514 de 1.872 de supresión de la prisión por deudas.	49
4.e) Los proyectos de 1873 y 1887.	49
4.f) La reforma de 1889.	50
4.g) Normas posteriores.	50
4.h) Ley 4.156 de 1.902.	51
4.i) Ley 11.719 de 1.933.	52
4.j) La ley 19.551 de 1.972.	53
5. LA LEY 24.522 DE CONCURSOS Y QUIEBRAS DE 1995.	54
5.a) La ley 24.522.	54
5.b) La filosofía de la ley. Sus principios rectores e inspiradores.	56
5.c) Reformas y modificaciones a la ley 24.522.	59
5.c.1) Las leyes 25.563 y 25.589 del año 2.002.	59
5.c. 2) Ley 26.086 del año 2.006.	60
5.c. 3) Ley 26.684 del año 2.011.	61
5.d) Perspectivas de la legislación. Crítica. Abusos en los procesos concursales.	61
SEGUNDA PARTE: SANCIONES A LOS QUEBRADOS EN LA LEGISLACION ACTUAL. LEY CONCURSAL VIGENTE.	63
1. INTRODUCCIÓN.	63
a) Dispersión – Sistemas en el derecho comparado:	63
b) Sistema dual de sanciones:	64
2. RÉGIMEN SANCIONATORIO COMERCIAL:	66
a) Fundamento – Naturaleza jurídica de las sanciones:	66
b) Antecedentes de la legislación argentina:	70
3. LA LEY 24.522 Y SUS ASPECTOS SANCIONATORIOS:	72
3. A) ELIMINACIÓN DE LA CALIFICACION DE CONDUCTA:	74
3.B. LA INHABILITACIÓN FALENCIAL:	81
3.B.a) Conceptualización. Aspectos generales:	81
3.B.b) Texto de la ley:	84
3.B.c) Duración, cómputo y cese. Rehabilitación:	85
3.B.d) Efectos y alcances:	91
3.B.e) Cuestiones atinentes a la rehabilitación y el levantamiento de la inhibición general de bienes y otras medidas cautelares:	93
3.B.f) Planteos de inconstitucionalidad.	95
3.B.g) La adopción a nuestra ley del discharge norteamericano. Algunas diferencias con el sistema estadounidense y otras legislaciones:	96
3.B.h) La Ley de Protección de Datos personales y la rehabilitación falencial. Inconstitucionalidad de normas reglamentarias. Contrariedad e incongruencia con el sistema concursal.	100
3.C. LA CLAUSURA DEL PROCEDIMIENTO DE QUIEBRA POR FALTA DE ACTIVO.	103
3.C.a) Generalidades, antecedentes y fundamento.	103
3.C.b) Aplicación, oportunidad y algunas aclaraciones.	105
3.C.c) Efectos.	109
3.C.d) Supuestos de aplicación. Clausura por falta de activo, cese de inhabilitación y cuestiones penales (Jurisprudencia).	111
3.C.d) Las denominadas “quiebras sin activo” o “quiebras de papel” y el pago de las costas.	112
3. D. LA INTERDICCIÓN O PROHIBICIÓN DE SALIDA AL EXTERIOR.	114
3. E. DEMÁS SANCIONES PREVISTAS EN LA LEY CONCURSAL.	115
3.E.a) Desapoderamiento.	115
3.E.b) Intercepción de correspondencia.	116

3.E.c) Legitimación procesal.	116
3.E.d) Incautación de bienes, libros, documentación.	117
3.E.e) Inhibición general de bienes.	117
3.E.f) Actos ineficaces. Extensión de la quiebra. Responsabilidad de terceros.	118
3.E.g) Deber de cooperación:	119
4. OTRAS SANCIONES PREVISTAS EN EL PLEXO NORMATIVO:	119
5. CRÍTICAS AL SISTEMA ACTUAL. REFLEXIONES. POSIBLES REFORMAS.	120
TERCERA PARTE: LOS DELITOS DE QUIEBRA	125
1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS.	125
a) Las relaciones entre el Derecho Comercial, el Derecho Empresario y la ley penal. .	126
b) Los cambios en la ley extra-penal.	130
c) Causas económicas del estado de cesación de pagos.	132
2. QUIEBRA Y LEGISLACIÓN PENAL.	141
d) Cuestiones terminológicas.	142
e) Particularidades y características de los delitos de quiebra.	144
d) Sistemas legislativos.	146
e) El bien jurídico tutelado.	148
e.1) Breves menciones sobre los orígenes y conceptualización de bien jurídico.	148
e. 2) El bien jurídico tutelado en los delitos de quiebra. Posturas doctrinarias.	149
e.3) Denominación y bien jurídico tutelado en el Código Penal Argentino. Nuestra opinión. . .	154
3. LEGISLACIÓN PENAL ARGENTINA.	157
3. A) ANTECEDENTES.	157
3.B) CUESTIÓN CONSTITUCIONAL. BREVE REFERENCIA.	163
3.C) LOS DELITOS DE QUIEBRA EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE. CRÍTICA.	163
4. QUIEBRA FRAUDULENTE:	165
4. a) Generalidades. Texto legal:	165
4. b) Delito de daño o de peligro:	167
4. c) Configuración de fraude:	168
4.d) La declaración de quiebra:	169
4.e) Consumación del delito:	172
4.f) Disminución en el patrimonio:	176
4.g) Sujeto activo. Comerciante:	177
4.h) Sujeto pasivo:	182
4.i) Aspecto subjetivo.	184
4. j) Tentativa.	184
4.k) Confluencia de figuras. Unicidad del delito.	184
4.l) Prescripción. Suspensión e interrupción:	185
4.m) Participación – Coautoría – Complicidad:	187
4.n) Penas:	189
4.ñ) Las conductas típicas. Supuestos previstos en la norma:	189
1. Primer supuesto: Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas.	189
2. Segundo supuesto: No justificar la salida o la existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa.	191
2.a) No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener.	191
2.b) Sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa.	194
3. Tercer supuesto: Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.	195
5. QUIEBRA CULPABLE O CULPOSA:	197
5. a) Generalidades. Texto legal:	197
5.b) Fraude. Conducta punible:	199
5.c) Declaración de quiebra:	199
5.d) Disminución en el patrimonio:	199
5.e) Sujeto activo. Remisión.	200

5.f) Sujeto pasivo. Remisión.	200
5.g) Elemento subjetivo.	200
5.h) Tentativa.	200
5.i) Prescripción.	200
5.j) Penas.	200
5.k) Supuestos previstos en la norma.	201
1. Primer supuesto. Gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de familia.	201
2. Segundo supuesto. Especulaciones ruinosas.	201
3. Tercer supuesto. Abandono de los negocios.	202
4. Cuarto supuesto. Juego. Cualquier otro acto de imprudencia o negligencia.	202
6. QUIEBRA IMPROPIA O DE SOCIEDADES.	203
6. a) Texto legal. Generalidades. Antecedentes.	203
6.b) Objeto de ataque. El patrimonio social.	206
6.c) Declaración de quiebra.	207
6.d) Entes comprendidos y excluidos por la norma.	207
6.e) Posibles autores del delito. Sujetos excluidos.	211
6.f) Aspecto subjetivo.	213
6.g) Antijuricidad.	213
6.h) Tentativa.	214
6.i) Autoría y participación.	214
6.j) Concurso de delitos.	215
6.k) Penas.	216
6.l) Casos donde se ha aplicado el art. 178 en función del art. 176 del Código Penal:	216
6.ll) Acerca del tipo imprudente de quiebra impropia o de sociedades (art. 178 en función del art. 177 del Código Penal).	217
6.m) Crítica. Desactualización.	217
7. CONCURSO CIVIL FRAUDULENTO.	218
8. COLUSIÓN DOLOSA.	219
9. EL SOBREENDEUDAMIENTO Y QUIEBRA DE CONSUMIDORES. AUSENCIA DE UNA PREVISIÓN NORMATIVA ADECUADA:	223
9. a) Planteo y delimitación del tema.	223
9. b) El consumidor como sujeto insolvente.	224
9.c) El tratamiento jurisprudencial de la problemática. La falta de una previsión normativa adecuada. Inexistencia de sanción penal.	225
10. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES Y SOBRE LA ACCIÓN PENAL:	228
a) Juez competente:	228
a.1) Competencia territorial.	228
a.2) Competencia federal.	229
a.3) Competencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires.	229
b) Prejudicialidad - Independencia de la acción penal – Prueba:	229
a) Intervención de las víctimas o damnificados. Remisión.	232
b) Ejercicio de la acción:	232
c) Suspensión de juicio a prueba:	233
11. OTROS DELITOS RELACIONADOS CON LA QUIEBRA:	234
12. ESTADÍSTICAS:	235
13. ULTIMOS PROYECTOS DE REFORMA:	238
a) Anteproyecto de 2.006:	238
b) Anteproyecto de Reforma de 2.012/14	240
14. DERECHO COMPARADO.	242
a) España:	242
a.1) Antecedentes. Doctrina.	242

a.2) Código penal de 1995. Situación actual.	244
b) Italia:	245
c) Francia:	246
d) Bolivia:	248
e) Brasil:	248
f) Chile:	251
g) Colombia:	252
h) Costa Rica:	252
i) Cuba:	253
j) Ecuador:	253
k) El Salvador:	254
l) Guatemala:	254
ll) Honduras:	255
m) México:	256
n) Nicaragua:	257
ñ) Panamá:	258
o) Paraguay:	258
p) Perú:	260
q) Puerto Rico:	262
r) República Dominicana:	263
s) República de Haití:	263
t) Uruguay:	263
u) República Bolivariana de Venezuela:	264
CONCLUSIONES.	265
BIBLIOGRAFÍA.	273
ANEXO.	281
Cuadro 1. Causas de procesos concursales iniciadas en Fuero Comercial de la Justicia Nacional.	281
Cuadro 2. Sentencias condenatorias dictadas en todo el país en el período 1996 a 20012. .	281
Datos estadísticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Procuración General de la Provincia de Buenos Aires y del Patronato de Liberados Bonaerense.	282

INTRODUCCION

Resulta innegable la importancia que tiene la *insolvencia* como fenómeno económico y financiero, en especial si se tiene presente que el mismo repercute en diversos aspectos de toda la sociedad, ya sean jurídicos, económicos y sociales. La misma, entendida en sentido amplio como la insuficiencia de todos los bienes de un patrimonio para afrontar las deudas contraídas, amén que el derecho argentino no lo distinga para referirse a las mismas, debe ser diferenciada de la *cesación de pagos*, estado patrimonial de carácter general y permanente que implica la imposibilidad de afrontar y cumplir regularmente las obligaciones exigibles de un modo normal, el cual desde hace tiempo ha sido instituido como un elemento medular de la estructura de la legislación concursal argentina.

Estos fenómenos y estados, junto a otras situaciones de crisis de carácter general y duradero, también resultan de vital importancia para la marcha de un país. Ello toda vez que se encuentran íntimamente ligados al *crédito*, cuya importancia en los negocios se ha comparado con el aire para la vida del hombre o ser el motor de la economía. Así, los citados fenómenos resultan producto del funcionamiento anormal del crédito, siendo estados patrimoniales objetivos complejos que interesan vivamente al derecho, pero que no los crean, sino que los regulan para estipular sus consecuencias y de algún modo encontrar una salida a la situación.

Hete aquí, la importancia y necesidad de su regulación jurídica, en especial al contemplar la cantidad de actores involucrados en estos fenómenos y la intrincada confluencia de un entramado de relaciones jurídicas que incluso se contraponen, se yuxtaponen y pujan, y debido a que se encuentran en juego -ni más ni menos- los sistemas productivos y crediticios de una economía, obviamente con serias e innegables connotaciones en aspectos sociales (v.gr. fuentes de trabajo).

Ergo, va de suyo que es imprescindible contar con una legislación adecuada, no sólo para prevenir, sortear, sobrellevar o enfrentar dichos fenómenos sino también para mitigar sus consecuencias, o para que las mismas no se propaguen “alérgicamente” a unidades “sanas”, sino que también es necesario un marco normativo adecuado en cuanto a los aspectos sancionatorios o represivos previstos. Ello, para evitar que tales situaciones económicas o financieras, no sean un producto intencionado por parte de inescrupulosos deudores ni que los procedimientos legales estipulados para las mismas (en sentido *lato*) sean un caldo de cultivo, “escudo” o “solapa” para maniobras ilícitas pergeñadas en fraude a terceros en vez de una útil herramienta para afrontar las mismas. Ahí radica su importancia, no sólo desde un interés privado sino para toda la sociedad y economía en general.

Para todo ello, se han ido ideando institutos o procedimientos, los cuales han ido evolucionando a lo largo de la historia, ya sea estableciendo primeramente figuras represivas y *liquidativas*, para luego idear otras de linaje preventivo y otras con tintes *continuistas*.

En efecto, mediante la instauración de procesos concursales, se tiende a lograr un equilibrio de todos los intereses en juego y eliminar los estados económicos descriptos que afectan al patrimonio, a través de la regulación de un procedimiento necesario y típico que desplaza la ejecución individual sustituyéndola por la colectiva, a la que deben someterse todos los acreedores que deseen adquirir la calidad de concurrentes.

Como es sabido, uno de dichos procesos, el más tradicional, resulta el de la *quiebra*, cuyos fines en particular consisten en liquidar todo el patrimonio del deudor insolvente y pagar a todos los acreedores en moneda de quiebra, o sea, hasta donde alcance el producto de la venta y liquidación de sus bienes, en un acto de justicia distributiva. Liquidación ordenada y lo más prolija posible de los bienes componentes del patrimonio del deudor, cuya distribución de su producido deberá realizarse entre los distintos acreedores de conformidad con los diferentes privilegios de los que los créditos se ven investidos por imperio legal. Como se advierte, este es un mecanismo de recomposición patrimonial que consiste en liquidar el activo y cancelar las obligaciones adeudadas. Ello, en contraposición a otras herramientas como el *concurso preventivo* que resulta verdaderamente un mecanismo para lograr la reestructuración de pasivos mediante el acuerdo con los acreedores, el aplazamiento de créditos, los cuales pierden exigibilidad al pasar a integrar el pasivo no corriente, entre otros beneficios.

Yendo estrictamente al plano sancionatorio de la quiebra, resulta interesante el modo en que ha sido regulada por los diferentes ordenamientos jurídicos, en especial toda vez que los mismos han ido evolucionando, pasando de una *quiebra-sanción* a una *quiebra-remedio*, al aceptar la misma como una contingencia propia de los negocios y no ya como antaño donde era sinónimo de fraude o comisión de delito representada por la célebre máxima de Baldo: “*decoctor ergo fraudator*”. Empero, sin perjuicio de ello, hogaño aún quedan resabios de aquella concepción sancionatoria.

Para ello, se advierte una clara evolución histórica de sus consecuencias, en especial las del tipo sancionatorio y represivo, las cuales fueron “humanizándose” y atemperándose. Sin embargo, dicha evolución, obviamente positiva desde muchos puntos de vista y acorde a los tiempos que vivimos, ha llegado al absurdo extremo de prácticamente tener un sistema sancionatorio tanto comercial como penal ineficaz e inocuo y que en vez de disuadir conductas que conducen malintencionadamente a situaciones económicas de insolvencia o que tienen por objeto el mal uso o abuso de las herramientas legales previstas, parecen alentarlas.

En efecto, si bien la quiebra en si tiene una estrecha vinculación con el derecho penal, que merece ser tutelada, toda vez que la perturbación que produce rebasa los intereses particulares de deudor y acreedores y repercute sensiblemente en la economía general, cuya tutela en gran parte le incumbe al Estado, en la actualidad ello ha perdido acentuación principalmente al analizar la legislación vigente en nuestro país especialmente desde un punto de vista *iusfilosófico*, toda vez que los principios y axiomas inspiradores de la ley 24.522 han sido de un claro espíritu *privatístico*.

Así, en nuestro país, dicha ineficacia se evidencia aún más si se contempla que ante el *sistema dual de sanciones* existente: el comercial contemplado en la ley concursal y el penal previsto en el Código Penal; existe una disociación, desfase, desacople o inadecuación de los tipos penales contemplados con la ley concursal vigente o con la realidad actual de los negocios, además que el sistema actual imperante por nuestra Ley de Concursos y Quiebras no coadyuva a ello.

Todo ello, se corrobora de un simple cotejo de las estadísticas y repertorios jurisprudenciales, de donde surge la escasa y nimia cantidad de condenados por esta clase de ilícitos, pese a que maniobras presumiblemente encuadrables en sus tipos o en otras maniobras irregulares surgen habitualmente consumadas en la vida diaria y en la vorágine de los

negocios. Lo cual, debe ser un insoslayable dato a tener en cuenta y una luz de alarma para todos los operadores jurídicos en general y para el poder *legisferante* en especial.

En este sentido y ahondando en lo expuesto, no se puede soslayar que una nota distintiva de estos delitos en particular es su fuerte vinculación, estrechez e interacción con la ley comercial. Pese a ello, la legislación penal no se ha adecuado a la mercantil. En efecto, la legislación concursal argentina ha ido evolucionando en forma permanente (*v.gr.* leyes 11.719, 22.917, 19.551, 24.522 de 1.995), preocupada en ir al compás o en consonancia con la realidad social, política y económica del país, adaptando los institutos e inspirándose en principios rectores acorde a tales circunstancias. Empero, en el ámbito penal esta evolución no influyó en absoluto, ya que los arts. 176 a 179 párr. 1° del Código Penal, se mantienen prácticamente inalterados y pétreos desde su sanción (1921). O sea, en la Argentina nos encontramos con una legislación comercial de concursos y quiebras que le lleva, en lo sustancial, más de un siglo de ventaja (considerando que la estructura de las normas vienen del Proyecto de 1.906), pese al reclamo generalizado de la doctrina especializada y que incluso en las propias exposiciones de motivos de las leyes concursales se ha reconocido y encomendado su adaptación.

Tal ineficacia, falibilidad o liviandad resulta un ámbito propicio para que inescrupulosos deudores hagan mal uso *–rectius:* abuso- de los procesos falenciales en detrimento de terceros, licuando pasivos y purgando conductas totalmente reprochables, permitiendo la realización de verdaderos “*planes de insolvencia*” todo ello en consonancia con el proceso que desde hace años se viene advirtiendo y replanteando en nuestro país sobre el abuso en la utilización de los procesos concursales en general.

El objeto de este trabajo, es describir e indagar sobre el sistema sancionatorio en general que implica la declaración de quiebra, en especial el régimen penal que el ordenamiento jurídico prevé para sancionar las conductas que han llevado a dicho estado o que se cometen en el marco de un proceso falencial o en otros procesos de naturaleza concursal.

Sobre el mismo, resulta curioso que a lo largo de los años exista una disparidad de criterios en cuanto a qué tipo de sanciones deben aplicarse al quebrado, si es que deben aplicarse alguna. Así, con sorpresa encontramos los dos extremos: el represivo, arcaico y hasta tildado de “salvaje, brutal y primitivo” sistema romano, al actual, caracterizado por la liviandad de sus sanciones o directamente la ineficacia de las previstas, que podría sintetizarse como que ha pasado “de la picota a la impunidad”.

Esto último, no es una cuestión baladí, ya que ha contribuido a consecuencias no queridas, como la proliferación de las denominadas quiebras de papel, la comisión de conductas que configuran verdaderos abusos del derecho en el marco de procesos concursales, entre otros fraudes en perjuicio a terceros.

Para ello, en la primera parte de este trabajo se abordan los antecedentes históricos de la regulación jurídica de la quiebra y los primeros atisbos de los procesos concursales, los antecedentes legislativos en nuestro país y se esbozan algunas consideraciones sobre la regulación de los mismos en el derecho comparado. Para tal cometido, se pasa revista por los antecedentes que dieron origen *mutatis mutandi* a lo que hoy consideramos como procesos concursales, en especial sus aspectos represivos. Así, se abordan los antecedentes existentes en el Derecho Romano, los cuales de modo prácticamente unánime son considerados por parte de la literatura jurídica como los que dieron nacimiento a estos procesos de ejecución colectiva, y

posteriormente tratar su regulación en el Medioevo en especial el Derecho Estatutario de las Repúblicas Italianas, en Francia y en las primeras legislaciones que abordaron el tratamiento a los quebrados, hasta llegar a los antecedentes de nuestro país (legislación colonial, derecho patrio, Código de Comercio, Reforma de 1.889, ley 4.156, 11.719, 19.551, 24.522 y sus posteriores reformas).

En la segunda parte, se profundiza sobre el sistema sancionatorio de la ley concursal actual. En la misma, se ahonda en las remisiones y relaciones entre ley concursal con la ley penal, en el actual régimen de inhabilitación falencial -objetivo, automático y de corta duración- en contraposición con el otrora vigente basado en la calificación de conducta del fallido, en las otras sanciones que la misma prevé y sobre las otras previstas en el plexo normativo vigente en nuestro país.

Por último, en la tercera parte se expone la faz penal de la quiebra, caracterizándose los delitos relacionados a la falencia y exponiéndose los sistemas legislativos existentes en relación al modo de regular las sanciones penales. Al efecto, se destaca y machaca que desde el punto de vista jurídico no debe considerarse un delito, ni al fallido un delincuente por el mero hecho de quebrar, sino que lo que se castigan son ciertas conductas que han llevado a dicho estado económico o que se ejecutan durante el mismo en perjuicio de sus acreedores. A su vez, se profundiza sobre la importancia del fundamento y del bien jurídico que se tutela con la tipificación de este tipo de delitos.

Al propio tiempo, se efectúa un profundo análisis dogmático y exegético de los tipos penales previstos en el Código Penal vigente en nuestro país, se mencionan algunas cuestiones procesales y otras relacionadas con estos delitos, proyectos de reforma de la legislación penal y se exponen los textos legales vigentes en el derecho comparado en relación a los delitos concursales.

En especial, en esta última parte se efectúa un análisis crítico, conjunto y paralelo de la normativa penal con la concursal, destacando las remisiones y conexiones entre las mismas, así como efectuando comparaciones, concordancias, destacando los desfasajes y/o discordancias tanto entre las mismas como con legislaciones comparadas, tomando o exponiendo opiniones doctrinarias, antecedentes, pronunciamientos de la actividad pretoriana, estadísticas actuales y los últimos proyectos de reforma; todo ello a los efectos de advertir cual o cuales son las causas que conllevan a la evidente ineficacia o inoperancia de las sanciones previstas para los quebrados en general y en particular las de linaje penal, y así contribuir a repensar el sistema sancionatorio previsto para quienes son declarados en falencia, el cual sin hesitación alguna debe ser modificado.

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DE DERECHO COMPARADO DE LOS PROCESOS CONCURSALES Y SUS ASPECTOS SANCIONATORIOS ⁽¹⁾

Sabido es que para realizar un estudio histórico del Derecho, resulta necesario avocarse al de las instituciones jurídicas ⁽²⁾, conteste a ello, teniendo en cuenta el tema a tratar en este trabajo y a los efectos del mismo, se abordarán en forma rapsódica los antecedentes históricos del instituto de la quiebra y algunas variantes de procesos concursales y/o colectivos, poniendo principal énfasis en sus aspectos sancionatorios y represivos debido al marco de conocimiento propuesto.

Para esta empresa debemos tener presente que en los ordenamientos jurídicos primitivos no existía diferencia entre la responsabilidad civil y penal, ya que las sanciones tenían al mismo tiempo carácter penal y civil, pues su finalidad primordial era la de mantener la paz social y evitar que cada individuo se hiciera justicia por sí mismo ⁽³⁾.

En efecto, y como puntapié inicial también hay que tener en cuenta que a través de todos los tiempos, dos han sido los modos de persecución de los deudores que no cumplen sus obligaciones, sean comerciantes o no: el general o colectivo, que corresponde a la quiebra y que como se verá tiene sus albores y origen en el derecho romano, y el especial o de los embargos particulares perteneciente a los derechos germánicos. Ambos fueron precedidos por el sistema de la coacción para conseguir la voluntad del deudor y obtener el cumplimiento de la obligación, y de ambos sistemas se pueden extraer –evolución y adaptaciones mediante- el esquema concursal actual o, al menos, algunas características de los mismos.

1. DERECHO ROMANO.

Todos los autores reconocen que el *instituto de la quiebra*, como ejecución colectiva, tiene su origen en el derecho romano (Conf. Gómez Leo, 1992: 142, y sus numerosas citas tanto de doctrina foránea como nacional) ⁽⁴⁾, donde la primitiva ejecución contra y sobre la

⁽¹⁾ Para esta parte se toma básicamente lo expuesto en GOMEZ LEO, Osvaldo R., “*Introducción al estudio del derecho concursal. Antecedentes históricos y comparado*”, Separata de la R.D.C.O., n° 142/144, Buenos Aires: Depalma, 1992; MAFFIA, Jorge Osvaldo y MAFFIA, María Ofelia Borzi de. *Legislación concursal; Introducción Histórico Crítica*. Buenos Aires: Zavalía, 1979; RIVERA, Julio César. *Instituciones del derecho concursal*, t. I, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003; MONTAGNA, Gastón Alejandro, *Sanciones al quebrado*. Bs. As.: Abaco, 2011; *Fallido, penas y castigos*, Rev. Doctrina Judicial, Ed. La Ley, año XVI, n° 25, Buenos Aires, 17 de mayo de 2000, p. 149/153; ARGENTI, Saúl A. *La quiebra y demás procesos concursales*. t. I, La Plata: Ed. Platense, 1972; GARCIA MARTINEZ, Francisco, *El concordato y la quiebra en el derecho argentino y comparado*, Tomo I, Bs. As.: Ed. El Ateneo, 1940 y *El concordato y la quiebra en el derecho argentino y comparado*, volumen I, Bs. As.: Ed. Depalma, 1967 y en MALAGARRIGA, Carlos C., *Reseña de la legislación comercial argentina (1810-1960)*, Buenos Aires: Depalma, 1961.

⁽²⁾ Véase al respecto MARTIRE, Eduardo. *Consideraciones metodológicas sobre la historia del Derecho*, Buenos Aires: Editorial Perrot, 1977, p. 21 y sgtes.

⁽³⁾ HORVATH, P., *La responsabilidad objetiva en el derecho privado*, JA, Doctrina 1970, p. 554. Citado por O’REILLY, Cristina. *La rehabilitación concursal*, LL, 2012-E, p. 939.-

⁽⁴⁾ MAFFIA y B. de MAFFIA, 1979: 24, en relación a los antecedentes romanos, refieren que son en alguna medida, atisbos del procedimiento concursal, pero tan rudimentarios y aislados que difícilmente pueda sostenerse que en el derecho romano encontramos los orígenes del concurso. Al respecto, RIVERA, J.C. (*Instituciones*, I,

persona, destinada a obtener la prestación mediante la coacción ejercida sobre la voluntad del deudor, poco a poco se fue transformando en una ejecución sobre el patrimonio, a fin de permitir a los acreedores, mediante la venta de los bienes, satisfacerse por equivalente, es decir sustituir la prestación adecuada por un valor pecuniario.

Al respecto, Maffía y B. de Maffía (1979:13), nos enseñan que primeramente, en el Derecho Romano antiguo, y durante varios siglos, sólo aparecen algunos rudimentos de materia concursal, ya que no se concebía la posibilidad que los bienes salieran sino por voluntad del titular, excluyendo toda forma de ejecución forzosa e imperando el principio de efectivo cumplimiento *in natura* de las obligaciones. De ahí, que las medidas no se dirigían al patrimonio del deudor, sino a su persona para forzarlo a cumplir, incluso de modo severo, no existiendo durante casi siete siglos nada parecido a la ejecución patrimonial, lo cual se explica por cuestiones sociales, culturales, jurídicas y hasta religiosas de esos tiempos.

Amén de ciertos reparos expuestos sobre la importancia del derecho romano en los orígenes concursales, siguiendo principalmente la exposición de Gómez Leo, podemos referenciar a las instituciones romanas que se estudian como antecedentes de los procesos concursales y la quiebra, de la siguiente manera:

a) Ejecución sobre la persona:

a. 1) *Manus iniectio. El nexum.*

El medio de ejecución más primitivo del que existe constancia es el procedimiento llamado *manus iniectio* establecido en la *ley de las XII Tablas* ⁽⁵⁾, el cual consistía en que todo deudor condenado por sentencia (*iudicatus*) o que en presencia del magistrado (*pretor*) hubiera confesado la deuda (*confesus*) contaba con un plazo de treinta días para cumplir con su obligación; vencido dicho término el acreedor ejecutaba la *manus iniectio* pronunciando una fórmula sacramental. Para el supuesto que no pagaba o si un *vindex* no se comprometía a hacerlo por él y asumir su defensa, era adjudicado (*addictus*) al acreedor; quien podía retenerlo como prisionero durante sesenta días. El mismo estaba autorizado a ligarlo con argollas, correas o cadenas de un peso no mayor de quince libras, empero estaba obligado a suministrarle alimentos si el deudor prisionero no prefería proveer a su sostenimiento. Vencido el citado término, era conducido a la plaza pública, lugar donde se pregonaba el monto de la deuda, posiblemente con la finalidad de que los parientes o amigos en un acto de “compasión” procedieran a su rescate. Si ello no acontecía, era definitivamente entregado al acreedor, sufriendo una *capitis diminutio* máxima y pudiendo ser muerto o vendido como esclavo ⁽⁶⁾ en el extranjero (es decir, más allá del Tiber que marcaba el límite de la ciudad: *trans Tiberiim*).

Como variante del derecho de dar muerte al deudor, estaba legislado el *partis secando*, para el supuesto que existiere pluralidad de acreedores, estos podían dividir el cuerpo del

2003: p. 29) refiere que para estudiar específicamente el origen del Derecho Concursal es preciso recurrir al Derecho Romano. A su vez, MONTAGNA (2011:17, nota 1) menciona que en primer término debería nombrarse al Código de Hammurabi que en el siglo XVII a.C. reguló mediante la Ley del Talió el principio de proporcionalidad de la venganza.

⁽⁵⁾ MAFFIA y B. de MAFFIA, 1979:15, refieren que este procedimiento era preexistente a esa ley.

⁽⁶⁾ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Madrid, 1979, N° 368, p. 323. Citado en RIVERA, *Instituciones*, I, p. 20, nota 7.

deudor, adjudicándose partes proporcionales de él ⁽⁷⁾. Asimismo, se ha considerado que ese tratamiento igualitario entre los acreedores también debía tener lugar cuando bajo la coacción personal, tanto el deudor o sus parientes o amigos pagaban lo adeudado. Destaca Gómez Leo (1992:144) que algunos autores que han considerado inadmisibles, por inhumana, la interpretación literal de la ley, han sostenido que la regla legal se debe tomar en sentido figurado, como refiriéndose a los bienes del deudor, teoría la cual es uniformemente repudiada y que en realidad la muerte del deudor no se practicó nunca o muy raras veces ⁽⁸⁾.

El procedimiento efectuado –de coacción personal- era netamente privado con cierto carácter penal ⁽⁹⁾, con una intervención insignificante del magistrado, siendo en la práctica una gran cantidad de los sujetos del *nexum* para evitar los rigores de la *manus iniectio*.

Parecido en el fondo a la *manus iniectio*, el *nexum* era una especie de contrato mediante el cual el deudor –u otra persona por él- optaban por la *mancipio* constituyéndose en esclavo como garantía de la deuda. En relación al derecho del acreedor sobre los bienes del deudor, existen diferentes teorías o hipótesis al respecto, empero ninguna logran una exactitud o precisión que permitan escoger alguna; más aún por la que pueda aseverarse que dicho procedimiento romano implicara además una especie de ejecución del patrimonio del deudor, aunque existe autorizada opinión en contrario que sostiene que lo era en forma indirecta (véase Troplong, *De la contrainte par corps*. Citado en: Gómez Leo, 1992: 145).

a.2) Pignoris capio.

Por más ejemplar y disuasiva que pudiera implicar el instituto anteriormente aludido, era poco efectivo, ya que era poco eficaz cobrarle a un muerto o a un exiliado. Por ello, es que por medio de la *pignoris capio*, se autorizaba a ciertos acreedores que la ley en forma expresa y taxativamente enumeraba (y que ahora llamaríamos “privilegiados”), a apoderarse de una cosa (*res*) del deudor, retenerla y hasta destruirla, pero no a enajenarla. Ello, es la razón por la que no se la puede considerar una ejecución sobre el patrimonio, sino del mismo tenor de la *manus iniectio* como un medio de coacción sobre la voluntad del deudor para obligarlo a cumplir (Conf. Gómez Leo, 1992: 146).

Posteriormente, años 428 o 441 de Roma, se dictó la *Lex Poetilla* (también denominada *Lex Papiria*) ⁽¹⁰⁾, que al igual que otras reformas al sistema anterior, tendió a saciar las acaloradas protestas y tumultos de la plebe –a veces de modo violento-, que como

⁽⁷⁾ Citando XII Tablas, 3.6: *Tertiis mundinis partes secundo. Si plus minusve secuerunt sine fraude esto*, donde se estipula curiosamente que “si cortaran más o menos, sea sin fraude”.

⁽⁸⁾ Al respecto, MAFFIA y B. de MAFFIA (1979:16), refieren que Kohler relaciona esa disposición con reglas del derecho noruego de prácticas similares y menciona que antes de las XII Tablas ya existían vestigios de prácticas que autorizaban a acreedores “a cobrarse” a manera de compensación sobre el cuerpo del deudor.

⁽⁹⁾ Sostiene García Martínez que en el derecho romano la ejecución por deudas tenía doble carácter privado y penal (1940:15) y que el procedimiento de la *manus iniectio* era substancialmente privado y un régimen de autodefensa.

⁽¹⁰⁾ Una explicación y opinión autoral, sostiene que por la ley *Poetilla Papiria*, aparecieron institutos en los cuales el deudor abandonaba sus bienes a favor de sus acreedores; una vez vendidos, se distribuía el producido entre éstos y si existía un sobrante, era entregado al deudor. Algo así como una especie de incipiente “*quiebra liquidativa*”, aunque con un carácter netamente privado, o sea, una cuestión que sólo afectaba al deudor y sus acreedores (Así lo afirma AZNAR, Vicente. “*Hacia un nuevo Derecho Concursal Argentino*”, Córdoba: Alveroni Ediciones, 2004, p. 26. Citado en BARBIERI, Pablo C., *Manual teórico práctico de derecho concursal*, Buenos Aires: Ed. La Ley, 2012, pág. 7).

consecuencia de las normas antes mencionadas quedaba a merced de sus acreedores: los patricios, especialmente por los excesos producidos mediante el *nexum*.

Dicha ley no transformó la ejecución personal en patrimonial como se ha sostenido algunas veces, ni abolió el *nexum*, sino que se limitó por un lado a suprimir el exacerbado, excesivo y exorbitante derecho del acreedor de matar a su deudor, venderlo como esclavo o cargarlo con cadenas, atemperando su rigurosidad, y por el otro a prohibir toda acción privada contra el deudor sin intervención del magistrado como ocurría anteriormente. O sea se abolió el carácter penal de la *manus iniectio* (Conf. Bonfante, *Instituciones*, 133. Citado en: Gómez Leo, 1992: 146, nota 19) ⁽¹¹⁾.

De todo ello, vemos que de la aprehensión corporal del deudor se pasó a la aprehensión de su patrimonio, aunque siempre como medio de coacción de su voluntad (Conf. García Martínez, R. y Fernández Madrid, J.C., *Concursos y quiebras*, I, 18. Citado en: Gómez Leo, 1992: 146); lo cual explica por qué la ejecución de los bienes, desarrollada en una etapa posterior, tuvo carácter universal o sea dirigida sobre la totalidad del patrimonio del deudor y no sobre uno o varios bienes particulares.

Ello, fue fundamental en la evolución de la institución que nos ocupa, pues una vez establecido este procedimiento, fue fácil, mediante la sustitución del deudor por un tercero, al adquirente del patrimonio con su activo y pasivo (*bonorum emptor*), llegar a la ejecución patrimonial con el pago a los acreedores por equivalente: el precio que pagaba el *bonorum emptor*.

Es dable destacar, como se puede advertir, que en todo este tiempo la rama comercial y la penal no estaban diferenciadas, no existía una dualidad de sanciones: el criterio de sanción era siempre represivo, que intentaba por medio del temor que provocaban los castigos, atemperar los efectos que producían los deudores sobre el comercio y la sociedad (conf. Montagna, 2011:18).

b) Evolución hacia la ejecución sobre el patrimonio.

b.1) “Missio in possessionem”. “Bonorum venditio”.

A la *manus iniectio* y a la *pignoris capio*, antes referidas, sucedieron la *missio in possessionem* ⁽¹²⁾ (llamada *missio in rem* si recaía sobre un solo bien y *missio in bona* cuando abarcaba todo el patrimonio), que primero fue un medio de coacción personal y posteriormente luego de varios siglos –alrededor del año 636 de Roma- con la institución de la *bonorum venditio* obtuvo cierto cariz patrimonial, aunque no del todo definitivo.

El procedimiento de la *bonorum venditio* se iniciaba con la toma de posesión del patrimonio del deudor, en carácter de custodia y *observatio*, la cual resultaba procedente

⁽¹¹⁾ Al respecto, Maffía y B. de Maffía (1979:18), citando a Rocco (*Il Fallimento...*, 1962:122) refieren que la primitiva justicia romana era fundamentalmente penal y privada; penal, porque no se perseguía un resarcimiento o satisfacción equivalente a la prestación incumplida, sino una sanción sobre la persona del infractor, y privada, porque la intervención del magistrado en algunos casos era reducida, en otros –principalmente en los primeros tiempos- faltaba por completo.

⁽¹²⁾ La misma fue una creación pretoriana, como medio de coacción personal, constituyendo la aprehensión de los bienes una suerte de prenda judicial. Como el acreedor no podía accionar directamente contra los bienes del deudor fue necesario que la aprehensión recayera sobre todo su patrimonio, en sustitución de su persona física (Conf. CÁMARA, Héctor, “*El concurso preventivo y la quiebra*” –actualizado bajo la dirección de Ernesto E. Martorell-, tomo V –a cargo del Dr. Javier Lorente-, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2.007, p. 93 y sgtes.

cuando existiera sentencia judicial o confesión o *latitatio* o ausencia e *indefensio* del deudor, y luego que hubiera transcurrido cierto plazo, durante el cual se fijaban avisos llamando a los acreedores y citando al deudor en los casos de ausencia, todo mediante una ficción de muerte de éste (incluso se cumplía con todo el rito funerario, con cortejo y repiqueteo de campanas, conf. Maffía y B. de Maffía, 1979:22). Luego de ello, aplicando las disposiciones que regían tal caso, el *magister* (figura algo parecida al síndico de un concurso actual) procedía a la venta en pública subasta de los bienes en bloque (o block, al decir de Argeri, *La quiebra...*, t. I, 1972:31), atribuyendo al comprador (*bonorum emptor*) la calidad de sucesor a título universal del deudor, haciéndose cargo del activo y pasivo como lo hacía un heredero.

El comprador pagaba una suma conforme al valor de los bienes, la cual en muchos casos resultaba insuficiente para el pago total de las deudas, en cuyo supuesto los acreedores se debían conformar con un porcentaje distribuido *a prorrata*, lo cual ha llevado a sostener que en la *bonorum venditio* se halla el verdadero origen del procedimiento del concurso (Conf. Gómez Leo, 1992: 148), aunque para prestigiosa doctrina autoral ello no es tan así ya que no se exigía el estado de insolvencia del deudor (Conf. Maffia y B. de Maffia, 1979: 25).

Este procedimiento acarrea al deudor la *infamia* y, en rigor de verdad, no importaba aún una ejecución sobre los bienes, sino la sustitución del deudor por un tercero que cumplía por él, pero importó un gran paso hacia aquélla; aunque algunos autores -en forma equívoca según Gómez Leo-, la consideran como una ejecución sobre los bienes.

Téngase presente que la *bonorum venditio* era un procedimiento aplicable tanto contra el deudor insolvente como en la ejecución individual para el cobro de un solo crédito por pequeño que fuera, no obstante constituir un procedimiento universal a favor de todos los acreedores que eran admitidos para hacer valer sus derechos cobrando a prorrata.

b. 2) “Cessio bonorum”.

La *lex Iulia* del año 737 de Roma admitió la *cessio bonorum*, o sea, la cesión voluntaria de los bienes por el deudor insolvente y de buena fe, quien de esa forma podía eludir la ejecución personal y la infamia que implicaba la *bonorum venditio*⁽¹³⁾. El procedimiento resultaba muy parecido a la presentación en quiebra directa voluntaria de nuestro derecho, ya que el deudor se declaraba impotente para cumplir con sus obligaciones y ponía su patrimonio a disposición de los acreedores.

La propiedad de los bienes no pasaba a los acreedores ya que éstos sólo tenían el derecho a venderlos, importando una verdadera transformación del derecho sobre la persona de que gozaban los acreedores en un derecho sobre los bienes.

Este procedimiento, además de ser beneficioso por excluirse de la ejecución personal y de la infamia, el deudor obtenía el beneficio de competencia y el de no poder ser ejecutado por deudas contraídas con anterioridad a la cesión, sino en el caso de haber adquirido nuevos bienes y siempre reservándole lo necesario para el sostenimiento de él y de su familia.

⁽¹³⁾ Por ello se ha podido decir que la quiebra es de inspiración romana (Percerou, J., *Des faillites et banqueroutes, et des liquidations judiciaires*, t. I, p. 7, n° 10), empero también se ha afirmado que las influencias decisivas ejercidas sobre la institución, derivan del derecho intermedio o medieval, no del derecho romano (Provinciali, *Tratado de derecho de quiebra*, t. I, p. 108, n° 27); ambos citados en FASSI, Santiago C.-GEBHART, Marcelo, *Concursos y quiebras. Comentario exegético de la ley 24.522*, 8ª edición ampliada y actualizada, Bs. As.: 2.004, pág. 12.

c) Cumplimiento coactivo por equivalente:

c.1) Ejecución individual: “Pignus in causa iudicati captum”.

Posteriormente aparece una ejecución especial, denominada *pignus in causa iudicati captum*, que consistía en la aprehensión de un bien del deudor (*pignus capere*) que el magistrado retenía por un período de tiempo; vencido dicho plazo, si el deudor no había cumplido, se vendía y con el importe obtenido se satisfacía a los acreedores por equivalente. En realidad, este procedimiento especial fue el que introdujo en el derecho romano la ejecución sobre los bienes en lugar de la ejecución persona, por el cual el acreedor que accionaba individualmente se satisfacía con el producido de la venta de uno o varios bienes, pero siempre considerados en su singularidad. Constituye el origen de nuestros actuales embargos, siendo el ejecutante que primero adquiriría el *pignus* el que tenía prelación sobre los embargantes posteriores.

c. 2) Ejecución colectiva: “Bonorum distractio”.

Admitido el principio por el cual se establecía que el cumplimiento de la obligación no sólo podía efectuarlo el deudor, de modo espontáneo o apremiado por la justicia, sino por medio de un equivalente, luego se consagró legalmente.

Así, la *bonorum distractio*, que fuera originariamente como procedimiento de excepción en favor de los deudores investidos de la dignidad senatorial, se generalizó para todas las clases de deudores, haciendo caer gradualmente en desuso a la *bonorum venditio*. A diferencia de esta última, en la cual la venta del patrimonio se realizaba en bloque, haciéndose cargo el comprador (*bonorum emptor*) del activo y del pasivo, en la *bonorum distractio* los bienes eran vendidos en detalle y con su producido se pagaba a los acreedores a prorrata. Gómez Leo (1992: 151) sostiene que este procedimiento presenta con la quiebra y el concurso modernos mayores analogías que la *bonorum venditio*, con la cual coexistieron en algún tiempo hasta que en la época de Justiniano la *venditio* desapareció por completo.

d) Opinión controvertida.

Por último, es dable destacar, sin perjuicio que desde nuestro punto de vista es innegable la importancia que han tenido los antecedentes romanos expuestos en la evolución de las instituciones concursales, merece exponer la opinión de Maffia y B. de Maffía (1979: 24/25), quienes sostienen que algunas de las características de las instituciones abordadas como la afectación de la totalidad del patrimonio para pagar a todos los acreedores en proporción a sus créditos, la aparición de una especie de órgano sindicatorial como el “magíster”, la reunión de los acreedores en una especie de “masa”, son, en alguna medida, atisbos de procedimiento concursal, pero tan rudimentarios y aislados que difícilmente pueda sostenerse que en el derecho romano encontramos los orígenes del concurso; entendiéndose que lo que sí acusa neto carácter concursal es el *pactum ut minus solvatur* del derecho sucesorio romano, por el cual el heredero convenía con los acreedores del *de cuius* que pagaría proporcionalmente a lo recibido, sin comprometer su patrimonio. Este acuerdo comenzó siendo privado para luego hacerse extensivo a todos los acreedores, intervinientes o no.

2. LA LEGISLACIÓN MEDIEVAL – DERECHO ESTATUTARIO.

2. a) Preliminar.

En forma previa, cabe mencionar que el *Interregno Bárbarico* sólo aporta un par de rasgos interesantes, no para la materia concursal en sí, sino en lo que hace a las ejecuciones,

como el secuestro especialmente en la legislación germánica y la prioridad del primer ejecutante (Conf. Maffía y B. de Maffía, 1979:26 y sgtes.). Sin embargo, merece destacarse que algunas instituciones germánicas produjeron consecuencias sobre algunos de los procedimientos romanos mencionados anteriormente, impregnando a éstos de una fuerte tendencia hacia la ejecución patrimonial mediante la pignoración y el secuestro. Tal es así que si bien se conservan, aún luego de la caída del Imperio Romano de Occidente y en el período de las conquistas bárbaras, la *missio in bona* y, en caso de insolvencia la *bonorum distractio*, se produjeron infiltraciones germánicas (Conf. Gómez Leo, 1992:152), acentuando la ejecución patrimonial mediante el secuestro.

Así, en los pueblos germánicos (v.gr. alemanes, bávaros, burgundios, francos, frisonos, longobardos, ostrogodos, sajones, turingios, vándalos y visigodos), se conocía la ejecución patrimonial, en razón que el vínculo obligacional se apoyaba, no sobre la persona del deudor, sino sobre su patrimonio.

Primeramente, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor gozaba de un derecho de prenda y secuestro sobre uno o varios bienes, para satisfacer por equivalente su derecho mediante la liquidación o venta de los mismos. Lógicamente, transcurrido cierto tiempo, se pasó de los embargos individuales y del secuestro, a la declaración de quiebra y desapoderamiento del deudor insolvente, pues el patrimonio en su integridad se consideraba la garantía genérica de los acreedores.

Sin embargo, se ha señalado que en la primera época, en algunas legislaciones bárbaras, como la de los longobardos y francos, mientras el deudor fuera solvente se le concedía a los acreedores una acción ejecutiva patrimonial, empero si el deudor había caído en insolvencia, la ejecución tenía carácter personal⁽¹⁴⁾.

En tales casos, el deudor era tratado con suma severidad, quedando obligado a presentarse ante el magistrado, debiendo declarar bajo juramento: quienes eran sus acreedores, montos adeudados, las fechas de las deudas y debiendo asumir el compromiso de hacer efectiva la pignoración que pesaba sobre sus bienes, cediendo (*datio in solutio*) la totalidad de ellos, o en su caso, los que fueran necesarios para atender el pasivo.

En caso de incumplimiento de su juramento, ocultándose o fugándose, los acreedores quedaban habilitados para solicitar el desapoderamiento del *fugitivus*, que era decretado por el magistrado dictando la *datio in solutum per iudicis*. Esta medida, no la podían utilizar en forma privada los acreedores sino que era una medida judicial dictada a pedido de aquéllos, e importaba una medida provisoria, cautelar y coactiva, para que el deudor cumpliera y pudiera recuperar sus bienes. Pero si no lo hacía, permitía a los acreedores realizar la venta de los bienes para cobrar sus acreencias por equivalente y a prorrata entre todos ellos.

2.b) Carácter publicístico o privado.

En el medioevo se desarrollaron dos corrientes distintas sobre la ejecución colectiva, una que siguiendo los principios del derecho romano concibió al proceso de la quiebra un neto carácter privatístico con una menguada actividad de la autoridad pública. Y otra, representada por el derecho visigodo, con un fuerte carácter publicístico ya que imperativamente establecía la continua injerencia de la autoridad judicial. El fundamento de dicha normativa parte de la

⁽¹⁴⁾ Conf. ZAVALA RODRIGUEZ, *Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados*, VIII, n° 37. Citado en: Gómez Leo, 1992: 153.

base de que el fallido era un defraudador y que debía quedar a cargo del Estado la represión del hecho ilícito que importa la quiebra.

Como se expuso, en todo el período romano el derecho no se ocupó de la insolvencia en el sentido que le damos a este concepto en la actualidad. En efecto, los procedimientos ejecutivos vigentes entonces reconocían como motivo determinante el incumplimiento de la obligación por parte del deudor más que su estado de insolvencia. Los hechos que según el Edicto autorizaban a pedir la *missio in possessionem*, en el procedimiento de la *bonorum venditio*, eran: la cosa juzgada, la confesión del deudor, la *latitatio*, la ausencia y en general la *indefensio*.

2.c) Las comunas y los estatutos. La quiebra como instituto contra la insolvencia.

El derecho concursal y casi todo el derecho comercial nacieron en las célebres comunas de la baja Edad Media (Maffía y B. de Maffía, 1979: 28)⁽¹⁵⁾. En ese entonces, desmembrado el Imperio de Carlomagno, no existían unidades políticas semejantes a lo que actualmente llamamos Estado o países, por lo que las ciudades, las villas, las comunas se convirtieron en ello, conocidas como “ciudades-estado” y algunas autollamadas “repúblicas”, las cuales atraían y concentraban toda la actividad comercial, artesanal e industrial⁽¹⁶⁾.

El exponencial crecimiento de la actividad, hizo que los comerciantes primero y luego los artesanos e industriales, se agruparan por diversas necesidades propias de sus menesteres, en procura de oponerse a abusos de la autoridad y reivindicar sus derechos, para lo que luego las Corporaciones se dictaron sus propios reglamentos con pautas que regían su actividad ante diversas situaciones que se presentaban. Empero, llegó un momento en que tales reglamentaciones resultaban tan copiosas y extensas que tornaron inmanejables las mismas, sumado a la a-sistematicidad, in-actualidad o contradicciones de las mismas. Por ello se designaron “enmendadores” o “estatutarios”, quienes tuvieron la tarea de actualizar y ordenar tanto material acumulado, cuya labor dio como resultado a los célebres “estatutos” de la corporación (Conf. Maffía y B. de Maffía, 1979:35). La importancia de ese entonces de las corporaciones, hizo que terminaran por imponer sus miembros en los diversos cuerpos comunales, lo cual explica que hayan consagrado decisiones atinentes al resguardo de sus actividades, a la de sus miembros, para los actos de comercio y las sanciones graves para quienes las infringieran, entre ellas a los quebrados.

Es entonces, en el derecho “estatutario” de las repúblicas comerciales italianas, como Génova, Venecia, Bolonia, Papua, Milán, Florencia, Brescia, etcétera, cuando aparece la quiebra como instituto contra la insolvencia y el concepto de cesación de pagos como estado de falencia. La quiebra consistía en dejar de pagar, en cesar de pagar. *Fallitus* y *cessatus* eran sinónimos (conf. Maffía y B. de Maffía, 1979:36). En efecto, es en el *Constituto de Siena del*

⁽¹⁵⁾ Al respecto se ha sostenido que es indudable que científicamente la materia de quiebras, para conocerla a fondo requiere el estudio de la evolución seguida en el derecho romano y en el derecho medieval de las repúblicas italianas (GARCIA MARTINEZ, Francisco, *El concordato...*, v. I, 1967, p. 177

⁽¹⁶⁾ Algunas de las cuales, especialmente las marítimas crecieron ostensiblemente tanto desde un plano político como en lo económico debido a las Cruzadas (fines de s. XII a fines de s. XIII), también las costeras del norte de Italia (Venecia, Génova, Pisa, esta sobre un río que daba al mar) y las que eran ruta obligada para los viajes hacia Francia y Holanda (Florencia, Siena, Milán).

año 1.262 cuando aparece por primera vez la palabra “*cesante*” para denominar al comerciante en estado de quiebra, concepto más tarde aceptado por el Estatuto de Florencia de 1.415 ⁽¹⁷⁾.

2.d) Los hechos reveladores.

Primero y por mucho tiempo fue la fuga (*fuga propter debita*) el hecho revelador del estado de cesación de pagos que las leyes tomaban en cuenta para la procedencia de la quiebra. Tal es así que el nombre de *fugitivus* se conservó para designar al deudor insolvente (*decoctus*) aun cuando no se había alejado del lugar. Además de la misma, constituían hechos reveladores de la insolvencia, la ocultación, el robo, el hurto, la falta de pago, la confesión del deudor, la notoriedad, la pública voz, etc., así como la ruptura del banco en la plaza del mercado (acto simbólico equivalente a la clausura del negocio), práctica la cual dio nacimiento al vocablo “*bancarrota*” que en sus orígenes fue sinónimo de quiebra, aún casual, significado que perdió más adelante, usándose para designar a la quiebra culpable (*bancarrota simple*) o fraudulenta (*bancarrota fraudulenta*), reservándose el vocablo “*quiebra*” para la quiebra casual (Conf. Gómez Leo, 1992: 156).

2. e) La quiebra: instituto de derecho común. El salvoconducto y el concordato.

En el derecho de la Edad Media, el procedimiento de concurso se aplicaba indistintamente como instituto de derecho común, a toda clase de deudores, comerciantes o no; de ello daban cuenta algunos estatutos en forma expresa (v.gr. Estatuto de Siena, 1262) ⁽¹⁸⁾. Más adelante, en algunos estatutos se comenzaron a encontrar disposiciones solo relativas a la quiebra de los comerciantes, lo cual denota la importancia del comercio en tales ciudades-estado, comenzándose a diferenciar entre la insolvencia civil y la comercial, siendo esta última regulada de un modo más severo.

El derecho estatutario tuvo dos instituciones concursales concebidas para paliar o atenuar las rigurosas consecuencias del procedimiento de quiebra de esa época. Una era el *salvoconducto*, que preveía que el deudor fallido que se encontraba fugitivo o encarcelado tuviera la posibilidad de salir de la cárcel o regresar del exilio, por un plazo, a fin de gestionar con sus acreedores o convenio de mayoría y sortear su estado falencial. Si bien en el período concedido el deudor recuperaba su libertad ambulatoria, se mantenía el estado de desapoderamiento que le impedía efectuar actos de disposición sobre sus bienes. La otra, era el *concordato* que fue un instituto consistente en un convenio celebrado entre el deudor y sus acreedores para poner fin a la quiebra, eliminando el estado de falencia (v.gr. concordato resolutorio), contemplando posteriormente también llevarlo a cabo antes de la quiebra con la finalidad de evitarlo (v.gr. concordato preventivo)⁽¹⁹⁾.

2.f) Otras características generales. Las sanciones a los quebrados.

Otros aspectos que los estatutos medievales italianos contemplaron era que el proceso de ejecución colectiva era conducido por la autoridad pública representada por magistrados

⁽¹⁷⁾ GOMEZ LEO, 1992: 155, en la nota 69 refiere que Bonelli afirma que fue en el Estatuto de Florencia de 1415 donde por primera vez apareció dicho término. A su vez, Montagna (2011:19) refiere que en Venecia, al instaurarse jueces falimentarios *ad hoc*, se vio el primer intento de implementar un sistema dual de sanciones, en el cual si bien no se diferenciaban las sanciones, al menos sí las ramas del derecho que juzgarán al quebrado.

⁽¹⁸⁾ Así lo destacan GOMEZ LEO, *op. cit.*, p. 157 y MAFFIA y B. de MAFFIA, *op. cit.*, p. 36.

⁽¹⁹⁾ GOMEZ LEO, 1992: 158, cita a Tonon, quien refiere que mientras la quiebra y el concordato resolutorio resistieron el paso del tiempo, el concordato preventivo se eclipsó y sólo volvió a aparecer en la legislación belga de 1.887.

especializados, quienes producían la incautación de todos los bienes del fallido, que según los estatutos más antiguos eran entregados en custodia a los acreedores. Sin embargo, en estatutos posteriores se confió la administración de esos bienes a uno o más curadores o síndicos a propuesta o conformidad de los acreedores. O sea, el fallido quedaba desampoderado perdiendo la administración de sus bienes, aun cuando seguía siendo su propietario.

Asimismo, Gómez Leo (1992: 160) destaca que la cónyuge del quebrado era considerada como virtual cómplice en las sustracciones y ocultaciones de bienes, razón por la cual, si no demostraba que los bienes de ella estaban exentos de fraude, eran integrados al patrimonio desampoderado. Por otro lado, los ascendientes, hijos y parientes que convivían con el quebrado, eran considerados sus socios de hecho, por lo que se les extendía la quiebra y sus bienes ingresaban en el activo concursal.

Por último, en lo que concierne estrictamente a este trabajo, es dable destacar que el fallido, sus cómplices y allegados eran sancionados penalmente de diverso modo. Siguiendo a grandes autores nacionales ⁽²⁰⁾, podemos mencionar las siguientes características y datos relevantes:

- En principio se decretaba su arresto, el cual era efectuado por la autoridad oficial, aunque algunos estatutos prevén que lo realizaran los acreedores quienes debían entregarlo inmediatamente a la autoridad para su alojamiento en la cárcel comunal.

- Si era un *fugitivus*, se dictaba un bando, que lo ponía fuera del amparo de la ley y al cual Maffía y B. de Maffía (1979:42) lo equiparan al mismo nivel de severidad que la muerte y la cárcel. El estatuto de los mercaderes de Bolonia, para este caso contenía una regla jurídica severa ya que sancionaba con la pena de muerte si el prófugo continuaba su huida y el de la comuna de Lucca incluía la tortura para constreñir al quebrado.

- Se contemplaban otras sanciones, tales como: pérdida de la ciudadanía; posibilidad de ejercer cualquier oficio; incapacidad para ejercer el comercio; además de otras medidas de publicidad infamante como la pintura o la fijación de carteles en los edificios públicos con la figura del fallido, para que así aún los analfabetos conocieran su situación; inscripción de su nombre en los registros "*ad hoc*" del municipio correspondiente (así aconteció al menos en Florencia); hasta la imposición de un gorro blanco, rojo o verde, como señal de la pública infamia que importaba la quiebra. La "*berlina*" o "*picota*" era un poste en que se ataba al quebrado fraudulento y se colocaba preferentemente en la intersección de los caminos que confluían en la ciudad. Otras veces se lo enjaulaba donde era expuesto a la burla y escarnio público, además de prohibirle tanto al quebrado como a su esposa el uso de vestimenta fina o de alhajas, y en cierta época y lugar en caso de asistencia a un espectáculo público debía ubicarse en un recinto donde se lo individualizaba bajo su condición de fallido. Incluso una bula del Papa Pío V, en 1570, los fulmina con penas gravísimas, considerándolos como ladrones y defraudadores, incluidos a los que quiebran por negligencia o disipación (conf. Provinciali. Citado en Gómez Leo, 1992: 160, nota 99) y en Toscana, la quiebra dolosa era asimilada al hurto calificado y a la estafa. Asimismo, amén de la muerte, la cárcel y el bando, deben incluirse entre las penas los tormentos y torturas a que se sometía al fallido para que

⁽²⁰⁾ Conf. GOMEZ LEO, 1992:160; MAFFIA y B. de MAFFIA, 1979:42 y sgtes. y RIVERA, *Instituciones*, t. I, p. 36.

confesara acerca de sus bienes, sus libros, sus cómplices (Conf. Maffía y B. de Maffía, 1979:42)

Simplificando el tópico podemos hablar, un tanto arbitrariamente, de incapacidades y de sanciones penales ⁽²¹⁾, cuyas penas previstas para el delito de quiebra son memorables por su entidad y severidad. Los fallidos eran equiparados a ladrones o delincuentes -y tratados como tal- y toda quiebra era reputada fraudulenta, cualesquiera hubiesen sido las causas determinantes de ella, siendo celeberrima la sentencia de BALDO, un post-glosador discípulo de Bártolo: *decoctor, ergo fraudator*⁽²²⁾. En Francia se ordenaba derechamente la muerte ⁽²³⁾.

2.g) Otras referencias.

Especial consideración merece lo relativo a la cesión de bienes, la cual se incorporó al derecho de quiebra como una medida cautelar de la misma, pero de características humillantes para los comerciantes fallidos. Así, siguiendo textualmente a Maffía y Borzi de Maffía –por lo preciso y a la vez pintoresco de la prosa-, estos nos enseñan que *“Diversas regulaciones, tanto en Italia como en Francia, indicaban minuciosamente los pasos en que consistía el procedimiento de cesión de bienes: el deudor era conducido desde el palacio comunal hacia la plaza pública, habitualmente precedido por un trompetero y seguido por un cortejo de chiquillos que saltaban, gritaban y reían, agitando bolsas vacías, símbolo de pobreza. Cuando era inevitable, una jauría alborotada por el bullicio de los chicos los acompañaba con sus ladridos. Así, llegaba el deudor a la plaza donde los acreedores y la población curiosa disfrutaban del espectáculo. Una vez en la plaza el deudor debía aproximarse a una piedra colocada especialmente a ese fin, llamada “piedra del vituperio”, y allí, despojado de sus ropas, se exhibía desnudo ante los espectadores como demostración de que con nada se quedaba (de donde proviene la expresión, que aún perdura, “se quedó con una mano atrás y otra adelante” para referirse a quien perdió todos sus bienes). Pero no terminaba allí la humillación del cedente: el extremo máximo lo constituía lo que los estatutos llamaban acculattata: el deudor, desnudo, debía dejarse caer tres veces sobre la piedra del vituperio, al tiempo que proclamaba que todo su haber era cedido a los acreedores. Aún con eso la humillación del cedente no había concluido, pues estaba obligado bajo pena de presión a llevar de por vida un gorro verde o del color que consignaron los estatutos: el verde prevalecía en Francia; en Venecia debía ser rojo si el quebrado era judío. Otras ciudades lo ordenaban de color amarillo o blanco, a veces con la efigie de un zorro (símbolo de la malicia). Por último, diversas prohibiciones (portar armas, vestir prendas finas, ocupar cargos públicos) completaban su inequívoca capitis deminutio. En buena medida los cedentes estaban asimilados a los fallidos”* (Maffía y B. de Maffía, 1979: 44/46)

En la península Ibérica la tradición medieval obligaba a los morosos a pasearse por las calles de la ciudad subidos encima de un burro y vestidos con túnicas con grandes cruces rojas

⁽²¹⁾ Conf. Santarelli, *Per la Storia del Fallimento nelle Legislazione Italiane dell'eta Intermedia*. Citado en MAFFIA y B. de MAFFIA, 1979:41.

⁽²²⁾ Las máximas *“falliti sunt fraudatores; decoctor ergo fraudator”*, señalaban el carácter que tenía la quiebra para los deudores (Conf. García Martínez, F. *El concordato...*, t. I, 1940: 13/14). La palabra *decocto* proviene de *coquere, cocer*, queriendo significar que el patrimonio del deudor se consumía como alimento puesto al fuego; *decoctor* era aquél que preparaba la falencia desde hacía tiempo, que había desperdiciado o, como dicen generalmente, liquidado los bienes (CAMARA, Héctor, *La falencia de la falencia*, RDCO, 1980, p. 396, nota 7).

⁽²³⁾ MAFFIA y B. de MAFFIA, 1979:41.

y con una coraza (cono alargado) en la cabeza, para que todo el mundo supiera que no pagaba sus deudas. Durante el paseo, el pueblo podía mofarse del infortunado deudor, insultarle y disuadir a los demás ciudadanos de caer en la tentación de convertirse en malos pagadores; aunque en aquella época los deudores más desafortunados acababan en la cárcel o, todavía peor, en la horca.

A pesar que en Europa durante el medioevo las leyes contra deudores eran drásticamente resolutorias, en Inglaterra y en plena Edad Media, surge el primer derecho que protege al moroso. Estas normas de protección al deudor y de su familia se encuentran recogidas en la Carta Magna de Juan Sin Tierra en 1215 (arts. 9 a 11) ⁽²⁴⁾.

Citando a Rocco (mencionado por Maffía y B. de Maffía, 1979:49), “con el inicio de la época comunal comienza aquella profunda transformación en el tratamiento legal de la insolvencia que debería en pocos siglos conducir a la formación del instituto jurídico de la quiebra que, en sus líneas fundamentales, todavía recogen las legislaciones vigentes”. Dichas regulaciones comunales italianas, cuyo esplendor se vio en la Edad Media en los siglos XIII a XV, se generalizaron y extendieron principalmente debido al importantísimo movimiento comercial europeo, principalmente mediante las ferias que se celebraban en ese entonces. Es así, que las costumbres mercantiles de las ciudades italianas, la consagración de esas costumbres en reglas –estatutarias, consuetudinarias, legislativas-, el derecho comercial en suma, se propalaron en ocasión de las ferias a Francia, a Alemania y a los Países Bajos ⁽²⁵⁾.

A modo de cierre de esta parte donde se esbozó una rapsódica revista de los primeros antecedentes de los procesos concursales, la quiebra y sus aspectos sancionatorios, “...no hay que olvidar que la historia del derecho de quiebras se confunde con la historia de las normas que han regulado la realización de la obligación, y que al caer el mundo romano de Occidente el derecho de los invasores introdujo el apremio corporal, mediante el sistema de los embargos individuales, pues como señala PERCEROU, las *leges* bárbaras expresan la idea de una prenda a tomar sobre un objeto determinado; ya sea el cuerpo mismo del deudor o un objeto mueble cualquiera de su pertenencia, y en provecho exclusivo del acreedor embargante. De la ejecución romana, como vínculo personal, se pasó a la ejecución bárbara patrimonial, con el reconocimiento a un derecho sobre las cosas del deudor, y posteriormente, de la fusión de ambos conceptos jurídicos tan distintos, se formó el derecho estatutario en Italia, el derecho *coutumier* en Francia y el derecho foral o municipal en España ⁽²⁶⁾.

3. ANTECEDENTES DE DERECHO COMPARADO Y ALGUNAS LEGISLACIONES ACTUALES.

Seguidamente, se exponen algunos antecedentes o referencias de derecho comparado, circunscribiendo los mismos a los que han tenido influencia en nuestra legislación y derecho,

⁽²⁴⁾ Al respecto, se ha dicho que la protección del deudor y su familia se remonta a las normas contenidas en la Carta Magna, impuesta al Rey Juan de Inglaterra en el siglo XIII., conf. SANGUINO SANCHEZ, Jesús María (Colombia), *Por la dignidad del deudor*, Plenario edición electrónica, publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Abril de 2001, www.aaba.org.ar [20/24/2011], quien efectúa un interesante desarrollo de la evolución histórica del tratamiento a los deudores, incluso haciendo referencias con la religión y la literatura (v.gr. con la obra de Shakespeare el “Mercader de Venecia”, entre otras).

⁽²⁵⁾ Conf. MAFFIA y B. de MAFFIA, 1979:58.

⁽²⁶⁾ GARCIA MARTINEZ, *El concordato*, I, 1967:177.

especialmente a normas de índole comercial toda vez que las penales se profundizarán en la tercera parte de este trabajo y poniendo mayor énfasis en aspectos sancionatorios de los procedimientos concursales, principalmente en la quiebra.

Para eso debemos tener presente por un lado el *sincretismo* que desde hace tiempo se viene produciendo en los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo, los cuales incluso abandonan principios y rasgos que tradicionalmente los han caracterizado; ello principalmente debido a la globalización, a los efectos de las insolvencias transfronterizas y los efectos contagiosos de los fenómenos económicos, que han llevado a una gran movilidad legislativa y verdaderas reformas en cadena⁽²⁷⁾. Por otro lado, debemos tener presente que los diferentes ordenamientos jurídicos han ido evolucionando paulatinamente de una “*quiebra-sanción*” como la expuesta en los antecedentes más antiguos a una “*quiebra-remedio*”, dando verdaderas soluciones y/o al menos alternativas a quien cae en estado falencial.

Conteste a todo ello, cabe destacar lo expuesto por DASSO⁽²⁸⁾ quien refiere: “...*La globalización ha evanecido las fronteras territoriales y reclama una sistematización común en las leyes nacionales que, respetando las particularidades y el principio de soberanía, exponga contenidos homogéneos tanto para las relaciones negociables como para los eventuales conflictos. En el derecho de la quiebra la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible, ha llevado a la instauración generalizada, plasmada ahora en todas las reformas del derecho concursal en los países centrales, de un presupuesto material novedoso: “la crisis”, normativa y doctrinariamente tipificada con denominaciones distintas tales como “amenazas”, “dificultades”, “inminencia de insolvencia”, “señales de alarma”, “despistes”, (despistage en la doctrina belga), “guiñadas”, (clignotans en la doctrina francesa), configurándose así un catálogo, casi gráfico, cuyo común denominador es el anticipo temporáneo de la intervención de la ley en el fenómeno económico clásicamente definido como “cesación de pagos”. El cambio de presupuesto material, aspecto esencial en el tratamiento legal de la materia económica involucrada en el derecho concursal, viene adunado de consecuencias en la regulación del fenómeno: la facilitación de las condiciones para obtener las mayorías; la incorporación de la planificación; la desdramatización de la quiebra con nuevos institutos como la discharge estadounidense o la esdebitazione itálica o el efecto novatorio del acuerdo en la ley argentina; las labilizaciones en torno a las categorías de acreedores en orden al tratamiento distinto y con ello la creciente permeabilidad del principio secular de la par conditio creditorum al extremo de considerárselo ya no esencial en el concurso; el cuestionamiento cada vez mas creciente del orden público concursal; la dilución de la potestad judicial, hasta*

⁽²⁷⁾ Sobre la evolución y actualidad del Derecho Concursal, véase y ampliése en los trabajos de ALEGRÍA, Héctor: “*Perfiles actuales del Derecho Concursal*”, LL, 2005-F, 1244 y “*La crisis global y los impactos (duraderos y pasajeros) en el derecho concursal. Enseñanzas y conclusiones*”, Revista DCCyE, ed La Ley, año 1, n° 1, septiembre 2010, p. 3 y sgtes. Así, en la actualidad se verifica una modificación constante y una aproximación más estrecha de los sistemas legislativos en materia concursal.

⁽²⁸⁾ DASSO, Ariel A. *Un “nuevo” derecho concursal en el derecho comparado –en ocasión de la reforma al derecho italiano (2005/2006)*, publicado en LL, 2007-A-957 y www.derecho-comparado.org/Colaboraciones [20/04/2013].

la desjudicialización, y el avance del protagonismo de órganos que como la sindicatura y el comité de acreedores o profesionales especializados asumen roles potenciados; la puesta en obra de todo un arsenal instrumental dirigido a separar en la crisis a la empresa viable del empresario cesante y finalmente un nuevo marco para la quiebra trasnacional. En cada ordenamiento una nueva solución, pero ahora, como nunca, cada vez, mas enmarcados en pautas y principios comunes a todos que significan la respuesta del derecho a un mundo que demanda de la universalidad y concursalidad respuestas armónicas y, sin duda, coordinadas entre los distintos ordenamientos con miras a reglas esenciales comunes a todos...”

Por último, es dable destacar que sin perjuicio que no abordaremos en profundidad, en relación a las legislaciones actualmente vigentes, es dable destacar la influencia que ley alemana *Insolvenzordnung (InsO)* de 1994, vigente desde el 1° de enero de 1999 fue el punto de partida –como veremos- de una casi virulenta convulsión que alcanzó a los ordenamientos de España, Italia y Francia, por no citar sino aquellos más vinculados al influjo académico en el ámbito del derecho iberoamericano.

3. a) Derecho francés:

Resulta importante abordar los antecedentes de la legislación francesa toda vez que a pesar que Francia adoptó el derecho estatutario de las ciudades comerciales italianas, cuando llegó la codificación napoleónica, tomó entidad propia y ha tenido influencia sobre la generalidad de los países de Europa continental⁽²⁹⁾ y en particular también sobre nuestra legislación patria.

Como ya se expusiera, con la caída del Imperio Romano de Occidente y las invasiones de los bárbaros –v.gr., francos y longobardos-, se produjo un marcado retroceso en la situación del deudor insolvente, quien volvió a ser tratado con un sentido de venganza por parte de los acreedores. Así, la ley longobarda tenía disposiciones que comprometía la persona deudora o su trabajo en condiciones análogas al *nexum* romano.

Asimismo, por entonces subsistieron en forma coetánea dos procedimientos, el de origen germánico que daba prioridad al cobro al primer embargante (verdadero privilegio) y el romano, que dispensaba un tratamiento igualitario a los acreedores del insolvente, especialmente cuando éste hacía cesión de sus bienes (*cessio bonorum*).

Esta situación ambivalente evolucionó con posterioridad, manteniéndose el privilegio del primer embargante en las ejecuciones individuales, abandonándose esa regla en el caso del *déconfiture*, costumbre consagrada que fue receptada en el Código de París de 1.510, y mantenida en su reforma de 1.580, donde se dispuso en el procedimiento de ejecución colectiva el trato igualitario y proporcional de los acreedores comunes.

Se puede sostener, que en la Francia de los siglos XIII a XVI, existían tantas unidades de regulación jurídica como unidades político-geográficas, reguladas principalmente en base a sus costumbres (*coutumes*) locales o generales, principalmente para las regulaciones civiles haciéndolo posteriormente y en materia mercantil. Tal orfandad legislativa alcanzó también a la materia concursal, haciéndolo exclusivamente para regular su aspecto penal, precisando, extendiendo y a veces agravando las medidas de los estatutos italianos. Al respecto, se considera que la ley general más antigua es la *Ordenanza* del Emperador Francisco I para la ciudad de *Lyon del año 1536*, en la cual como sanciones típicas y generalizadas se destacan el

⁽²⁹⁾ Conf. Provinciali. Citado por GOMEZ LEO, 1992: 161.

“*carcan*” (aro de hierro colocado en el tobillo del fallido para hacer pública su condición de tal) y la picota o berlina (Conf. Maffía y B. de Maffía, 1979:61; Montagna, 2011:21)

Un mandamiento del rey de Francia, Enrique III, de fecha 25 de junio de 1552 establecía la quiebra casual y otra dolosa, disponiendo para esta última “castigo ejemplar”, porque no habiendo sufrido daño alguno, oculta maliciosamente sus bienes con propósitos fraudulentos, lo cual marcó un hito flexibilizador y atenuador.

A su vez, se efectuaron paliativos para aliviar el rigorismo de la prisión por deudas, como la *Ordenanza de Moulins* de 1.566 donde se establecieron presupuestos para dicha sanción como un pronunciamiento judicial condenatorio previo y que el deudor no cumpliera con sus acreedores dentro del plazo de cuatro meses, pudiendo el mismo recuperar la libertad si abandonaba o cedía sus bienes a favor de sus acreedores. También en esa línea se dictó la Ordenanza de 1.629 bajo el reinado de Luis XIII, conocido como *Código Michoud*, el cual si bien imponía la pena de muerte a los fallidos fraudulentos, dispuso una ventaja para todo deudor insolvente de buena fe, comerciante o no, que hiciera cesión de sus bienes, que no se lo sancionara con llevar el gorro verde, o la argolla o se le impusiera cadenas, los cuales eran signos de la infamia propia de la condición de insolvente ⁽³⁰⁾.

Sin perjuicio que fueron dictadas ordenanzas y edictos que recogieron algunas instituciones de origen estatutario, fue mediante el *Reglamento de Lyon de 1.667* cuando se instituyó el primer cuerpo legal que acogió los principios fundamentales de los estatutos italianos, organizando la regulación de la quiebra como procedimiento de ejecución colectiva de la masa de bienes del deudor insolvente. El cual, fue fuente inmediata de la Ordenanza de 1.673 y estableció un juicio de calificación de conducta, la inhabilitación profesional del fallido y excluyó todo vestigio del secuestro general de origen germánico.

La *Ordenanza (Ordonnance) de 1.673* para el comercio terrestre, llamada de modo alternativo “*Ley Colbert*” en honor al ministro del Rey Luis XIV que fuera su inspirador o “Código Savary”, legisló sobre quiebras y bancarrotas, unificando los usos y costumbres imperantes en las diversas plazas francesas que derivaban como vicios del derecho estatutario italiano. En los artículos finales del título XI de dedicado a la quiebra, determinó severísimas penas cuando la quiebra se calificara de fraudulenta, sancionando no sólo al fallido, sino también a cómplices o encubridores de actos dolosos o fraudulentos realizados en perjuicio de la masa de acreedores, manteniendo la prisión por deudas y la pena de muerte para la bancarrota fraudulenta (arts. 10, 11, 12 y 13).

El *Código de Comercio de 1.807*⁽³¹⁾, destinó el libro III a las quiebras y bancarrotas, el cual a lo largo de más de ciento cincuenta artículos, establecía –como aspectos más relevantes

⁽³⁰⁾ En pleno siglo XVII se podía ver en París esta ceremonia: El deudor cedente era conducido por un sargento al mercado, donde habían sido citados previamente los acreedores; allí pregonaba el sargento, en presencia de todo el mundo, la situación ignominiosa en que se hallaba el deudor, para que nadie lo ignorase y no tuviera tratos comerciales con él; de esta ceremonia se labraba un acta. La quiebra entrañaba también para el fallido casi su muerte civil, porque estaba sometido a una serie de incapacidades, tanto políticas como civiles, que hacían de él un verdadero paria (Conf. GARCIA MARTINEZ, 1940: 13 y sgtes.)

⁽³¹⁾ Para apreciar la importancia de la codificación napoleónica, siempre es bueno recordar las palabras del propio Napoleón Bonaparte cuando refirió: “*Mi verdadera gloria no consiste en haber ganado cuarenta batallas: Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias; lo que no será borrado por nada, lo que vivirá eternamente, es mi Código civil*”. A su vez, para mensurar la importancia del código de comercio de 1807, debe tenerse presente

generales- la apertura del proceso cuando existiera cesación de pagos mencionando al efecto algunos hechos reveladores, que el proceso de quiebra se aplica con exclusividad a los comerciantes, reglamentó el procedimiento de verificación de créditos, dispuso el desapoderamiento del fallido respecto a los bienes de su patrimonio, entre otras cuestiones. Asimismo, influenciado por los escándalos financieros de fines del siglo XVIII, trata duramente al fallido⁽³²⁾ disponiendo que la sentencia declarativa de quiebra contenga la orden de captura del deudor y distinguiendo entre a) la quiebra o cesación de pagos, acompañada de buena fe, b) la bancarrota simple, calificada de delito y castigada con penas correccionales y c) la bancarrota fraudulenta, que constituía un crimen.

El mencionado código que entró a regir en 1.808 no logró las finalidades perseguidas, sino que originó fuertes críticas especialmente de parte de los comerciantes por la dureza con que eran tratados al caer en insolvencia. Ello motivó la sanción de la *Ley del 28 de mayo de 1.838* por la que modificando el texto originario del libro III fue el que inspiró casi la totalidad de las legislaciones posteriores sobre la quiebra. En lo que nos interesa para el marco cognoscitivo de este trabajo, mediante la misma, se flexibilizó el tratamiento de las normas sancionatorias respecto a los deudores insolventes que no hubieran actuado con dolo o fraude; empero, mantuvo durísimas penas respecto de quienes hubieran incurrido en ellos. Dicho cuerpo legal reformado en 1.838 -que rigió hasta 1.955-, posteriormente fue reformado en algunas cuestiones puntuales por algunas normas como la Ley del 22 de julio de 1.867 que abolió la prisión por deudas civiles o comerciales y la Ley del 4 de marzo de 1.889 que introdujo una nueva institución, la liquidación judicial, que beneficiaba a los deudores “en desgracia pero de buena fe”, o sea, a quienes no hubieran incurrido en bancarrota simple o fraudulenta. La misma se ha considerado como una especie de quiebra atenuada, aunque para otra opinión resulta más asimilable como una especie de concordato preventivo desconocido hasta entonces en la legislación francesa codificada (conf. Gómez Leo, 1992: 169)

Posteriormente, la legislación francesa reseñada tuvo algunas reformas parciales, pero es con la sanción del *Decreto-ley 55-583 de 1.955* que se establece un nuevo régimen concerniente a las quiebras y arreglos judiciales. El mismo derogó el régimen estipulado en el libro III del código de comercio a excepción del título II: De la bancarrota (arts. 584 a 603) lo cual se justificaba⁽³³⁾ en razón de haberse considerado que el gobierno francés no tenía

-conforme lo destaca Maffía y B. de Maffía (1979:68)- que antes de la reforma de 1.838, Napoleón lo impuso en ocasión de sus conquistas, empero también el mismo fue adoptado por otros países o tomado como modelo, por ejemplo Bélgica lo acogió modificándolo en 1851 y 1883, España, Holanda, Grecia, Turquía, etc. se inspiraron en él, a través de España lo recibieron México, Venezuela, Perú, Bolivia y Portugal (y a través de este Brasil) y en Italia fue “copiado” al decir de Percerou por el código sardo de 1848. Por otro lado, es dable destacar que este *Code* inspiró e influyó, directa y mediatamente el nuestro, lo cual así es afirmado por Vélez Sarsfield y Acevedo en su nota de elevación del Proyecto, el cual rigió también en Uruguay y Paraguay.

⁽³²⁾ GOMEZ LEO, 1992: 167, nota 130, citando a Lyon-Caen y Renault, refiere que Napoleón intervino en la discusión de la parte relativa a la quiebra en el Consejo de Estado, y allí pidió que se establecieran disposiciones muy severas, contra el fallido y contra su esposa. Insistiendo que al declararse la quiebra, se ordenase sin contemplación alguna el encarcelamiento del fallido. Además, pedía que su mujer compartiera en todos los casos la situación desgraciada de su marido, y hasta hubiera aprobado un sistema de sanciones privándola de todos sus derechos, suministrándole solamente alimentos indispensables.

⁽³³⁾ Conf. WILLIAMS, *La nueva legislación francesa sobre arreglo judicial y quiebras*. Citado en GOMEZ LEO, 1992: 170, nota 19.

facultades para reformar lo atinente a la bancarrota fraudulenta por el carácter penal de ese título en la ley de quiebras. A su vez, derogó las leyes del 30 de diciembre de 1.903 y del 23 de marzo de 1.908 sobre rehabilitación. Entre los aspectos más salientes, brevemente se puede mencionar que se aplicaba exclusivamente a los comerciantes y sociedades comerciales, se suprime el concordato resolutorio, se suprime la quiebra virtual en materia comercial pero no en materia penal ya que como dijimos no se modificó el código en ese aspecto, entre otras cuestiones.

Dicho régimen concursal establecido en Francia en 1.955 fue modificado sustancial y radicalmente mediante la *ley 67-563* y la *ordenanza 67-820*, ambas del año 1967. La primera sobre “arreglo judicial, liquidación de bienes, quiebra personal y bancarrotas”, estableciendo para la apertura de los procedimientos la existencia del estado de cesación de pagos, o sea no existe la quiebra virtual, manteniéndose como ocurría desde el siglo anterior en materia penal, ya que dicha ley expresamente prescribía que podía dictarse una condena por bancarrota simple o fraudulenta o por delito asimilable incluso cuando la cesación de pagos no había sido declarada conforme lo prescripto por la misma ley. El deudor quedaba desposeído de los bienes que poseía en ese momento y de los que reciba durante el procedimiento, previendo una rehabilitación facultativa o de pleno derecho en otros supuestos. La segunda norma sobre “suspensión provisional de las actuaciones” introduciendo como novedad un procedimiento de suspensión de las ejecuciones sin antecedentes en la materia principalmente aplicable a empresas de grandes dimensiones cuya desaparición podía afectar seriamente la economía nacional o regional.

La reforma de la legislación concursal de 1.967 no dio los resultados esperados, especialmente la atinente a la “suspensión provisional de las ejecuciones”, por los que existieron una serie de *reformas en los años 1.984/1.985*. En efecto, se dictaron la *ley 85-98* y su complementaria *ley 85-99*, ambas del 25/1/1.985, y que fueran precedidas por la *ley 84-148* del 1/3/1.984 que se continuara aplicando luego de la vigencia de aquellas dos. Dichas reformas estuvieron influenciadas por el “*Informe Sudreau*” de 1.975 que lleva el nombre del presidente del Comité de estudios para la reforma de la empresa que elaborara el mismo y que en uno de sus temas abordados se refirió a los remedios para “*prevenir las dificultades y ayudar a las empresas a hacerles frente*”, contemplando los cambios económicos, transformaciones económicas, evoluciones en mercados económicos y otras realidades de la coyuntura de entonces, sus proyecciones en la dirección de una empresa y sus consecuencias a la sociedad toda, proponiendo crear un sistema de alerta poniendo énfasis en la información y en la prevención, entre otras consideraciones y mociones sobre la posibilidad de supervivencia de la empresa⁽³⁴⁾.

Las inquietudes puestas en el tapete por el Informe (*Rapport*) Sudreau motivaron diversos proyectos presentados en la Asamblea Nacional francesa, entre ellos uno respecto a la prevención y regularización amigable de las dificultades de las empresas, el que finalmente se tomó para la sanción de la *Ley 84-148 de 1.984* que introdujo un novedoso procedimiento “preconcursal” destinado a reemplazar el de “Suspensión provisional de ejecuciones”. Entre los aspectos más relevantes se puede mencionar que para la apertura del mismo no era necesario el estado de cesación de pagos sino que bastaba que la empresa presentara una

⁽³⁴⁾ Amplíese en GOMEZ LEO, 1992: 178 y sgtes.

“evolución preocupante” en su situación económica y financiera pudiendo solicitarlo las sociedades comerciales y grupos de interés económico para que judicialmente se fije un conciliador cuya función es la de propender a un acuerdo (preconcurso) entre deudor y principales acreedores, evitando la crisis de la empresa y su eventual liquidación. Asimismo, el *accord* o *pacte amiable* arribado tiene esencia contractual y confidencial debiendo formalizarse ante el tribunal, pudiendo contener esperas, incluso quitas, suspendiendo toda acción judicial durante ese período y con efectos sobre los acreedores que participaron del acuerdo.

El día 25 de enero de 1.985 se dictaron la *Ley 85-99* sobre “Administradores judiciales, mandatarios-liquidadores y expertos en diagnósticos de empresas” y la *Ley 85-98* sobre “*Saneamiento y liquidación judicial de las empresas*”, esta última tuvo características revolucionarias en materia concursal.

En efecto, la ley 85-99 generaliza el procedimiento excepcional de suspensión provisional de las ejecuciones –antes reservado, conf. ord. 67/820, a ciertas empresas de grandes dimensiones que no hubieran caído aún en cesación de pagos- a todos los empresarios individuales, personas jurídicas e inclusive a todos los artesanos en estado de cesación de pagos. Por otro lado, el principio llamado de “conservación de la empresa” como organización productiva o de intermediación fue concebido y orientado más que en interés de los acreedores en procura de salvaguardar la empresa socialmente útil, el mantenimiento de la actividad y del empleo en protección de los asalariados, postergando hasta límites muy opinables la tutela de los intereses de los acreedores. Al respecto, Gómez Leo (1992: 184) refiere que en la ecuación empresa, trabajadores y acreedores, a la que alude el art. 1 de la ley, se prioriza, hasta límites insospechados, los intereses de los dos primeros términos, en desmedro del último de ellos. Asimismo, esta norma unifica las regulaciones de los tres procedimientos hasta entonces vigentes –Suspensión provisional de las ejecuciones, Acuerdo judicial y Liquidación de bienes- y coexiste con el procedimiento pre concursal de la ley 81-148 y 85-99.-

Los aspectos más salientes de esta legislación son que el procedimiento está orientado a permitir la salvaguarda de la empresa, el mantenimiento de la actividad y del empleo y la satisfacción del pasivo, siendo los sujetos comprendidos todos los empresarios individuales, todas las personas jurídicas y también los artesanos, el fundamento o presupuesto objetivo de la apertura es la cesación de pagos, pudiéndolo hacer el propio deudor, pedirlo cualquier acreedor, de oficio por el tribunal o por iniciativa del ministerio fiscal. Como premisa genérica y primordial se continúa con la actividad empresarial, se suspende el curso de los intereses, las ejecuciones iniciadas contra el concursado y prohíbe la deducción de nuevas acciones, debiendo los acreedores insinuar su acreencia. Se efectúa un informe y plan de saneamiento y cancelación del pasivo, donde luego de escuchados el deudor, el administrador y los representantes de los acreedores y trabajadores el tribunal resuelve si aprueba el plan de saneamiento o declara la liquidación de los bienes del deudor. En caso de liquidación de la empresa y producida la clausura del procedimiento por insuficiencia del activo para cubrir el pasivo, si se trata de una persona moral de derecho privado, el tribunal puede decidir que en caso de gestión culpable de sus dirigentes, que haya contribuido a la insuficiencia del activo ocurrida, que el pasivo social sea soportado en todo o en parte, con o sin solidaridad, por todos o algunos de sus dirigentes, sean de hecho o de derecho, remunerados o no, personas físicas o

morales. Con ello se introducen dos novedades: por un lado que no existe presunción de culpabilidad de los dirigentes sociales como determinaba la ley de 1967 y que debe existir una relación de causalidad entre la conducta del dirigente “*que haya contribuido*” a la insuficiencia del activo.

Por último, cabe referirnos a la *Reforma de 1.994*, mediante la ley 94/445 del 10 de junio de 1994, relativa a la prevención y al tratamiento de las dificultades de las empresas que modifica las leyes 84/148 y 85/98, destacándose como sus objetivos la mejora de la prevención, la simplificación de los procedimientos, la restauración de los derechos de los acreedores y la moralización de los planes de cesión⁽³⁵⁾.

Como se ve, el derecho concursal francés, que con la Ley 67-563 y la Ordenanza 67-820 instauró las precursoras directivas destinadas al salvataje de la empresa en el derecho continental europeo, se encuentra en constante modificación a partir de 1984 cuando la ley 84-148 consagró el *Réglement amiable*. Poco tiempo después la ley 85-98 instauró el bastamente conocido *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*. Las leyes de 1984 y 1985 (conocidas con el nombre de su auspiciante, el Ministro Badinter) fueron modificadas por la Ley 94-475 y más recientemente por ley 2005-845 del 26/7/2005 titulada *Loi de Sauvegarde des entreprises* (De Salvaguarda de las Empresas), que instaura importantes cambios en la nueva redacción del Libro VI del *Code de Commerce*, consagrando un procedimiento de salvataje a instancia del deudor “*que justifique dificultades insuperables que le conducirían a la cesación de pagos*”, destinado a facilitar la reorganización de la empresa para permitir la continuación de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y el pago del pasivo (art. L 620-1)⁽³⁶⁾.

3. b) Derecho español:

También resulta interesante abordar brevemente los antecedentes del derecho español en materia concursal ya que en muchos casos los cuerpos legales instaurados resultaron precursores, y con bastante anticipación, a otras legislaciones europeas. Asimismo la referencia a la codificación española de los códigos de comercio de 1.829 y 1.885 resulta interesante ya que pese a la sanción del Código de Comercio de 1.829 por Fernando VII, que abrogó las Nuevas Ordenanzas de Bilbao de 1.737, no fue impedimento para que en nuestro país, en tiempo de la colonia se siguieran aplicando las mismas. Por otro lado ya que a pesar de haber recibido elogios el Código de 1.829, el mismo también fue motivo de airadas críticas al advertirse ampliamente la influencia francesa, agravada en el de 1.885, donde se abandonó el carácter esencialmente publicístico del derecho concursal español autóctono.

3.b.1) Código de las Siete Partidas.

Pese a que la primera ley surgida en España tratando de un modo concreto y específico a la quiebra –en el caso particular del cambista- fue la establecida por las Cortes de Barcelona

⁽³⁵⁾ RIVERA, *Instituciones*, I, p. 47.

⁽³⁶⁾ Conf. DASSO, Ariel A. *Un “nuevo” derecho...*, *op. cit.* Dice un autor francés contemporáneo que en el derecho francés nada queda de la legislación sobre quiebras de 1807 (Jeantin, Michel, *Droit commercial*, 4ª ed., París, 1995, n° 529, pág. 330. Citado por Julio César Rivera en “*El derecho concursal una rama cuya legislación está en permanente cambio*”, *Rev. de Derecho Comparado*, Año 2009 - 15. Reformas concursales (Segunda parte), Ed. R. Culzoni, p. 11).

para el Reino Catalano-Aragonés de 1.299⁽³⁷⁾, existe consenso doctrinario en reconocer al *Código de las Siete Partidas* de Alfonso el Sabio, dictado en la segunda mitad del siglo XIII para los reinos de Castilla y León, como el cuerpo legal que reguló con bastante detalle –antes que los estatutos de las comunas italianas- varias instituciones del derecho concursal, contemplando entre las disposiciones del título XV de la Partida 5ª, el concepto de insolvencia como presupuesto para apertura de la quiebra, estableciendo un carácter publicístico del procedimiento, previendo en la Ley IV las penas previstas para quien no quiere pagar sus bienes ni quiere entregar sus bienes al efecto (véase su transcripción en ARGERI, *La quiebra*, t. I, 1972:79) entre otros rasgos salientes.

3.b.2) Ordenanzas de Bilbao ⁽³⁸⁾.

Siguiendo una vez más a Gómez Leo (1992: 196 y sgtes.) podemos afirmar que los estudiosos del derecho español acostumbran a distinguir varias clases o categorías de las ordenanzas de Bilbao, por ejemplo primitivas (años 1459-1494), antiguas (1560) y nuevas o modernas (año 1797) cuya vigencia originaria se remonta a la real cédula del 21 de julio de 1494. Ello permite explicar la decisiva influencia que ejerció la obra *Labirynthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem comunem inter illoscausatam* ⁽³⁹⁾ del célebre jurista español don *Francisco Salgado de Somoza* en materia de quiebras sobre las llamadas Nuevas Ordenanzas de Bilbao de 1737 que fueron encomendadas por la Casa de Contratación que entonces tenía facultades jurisdiccionales.

Las *Ordenanzas de Bilbao de 1737*, cuerpo legal que tuvo la jerarquía y estructura de un verdadero cuerpo de comercio, rigió en España hasta 1.929. En el mismo, se contemplaba un capítulo denominado “De los atrasos, fallidos, quebrados, o alzados; sus clases, y modo de procederse en sus quiebras” donde se regulaba un verdadero procedimiento de la quiebra, que configura el antecedente más inmediato del código de comercio francés de 1.807 en muchos aspectos de la institución concursal. Entre los preceptos más importantes en dicho ordenamiento, principalmente a los efectos de este trabajo, encontramos que comprende sólo a los comerciantes, calificando a los deudores fallidos en tres clases: 1) *inocentes*, que son

⁽³⁷⁾ Sancionada bajo el reinado de Jaime II, en la cual se ordenaba que cualquier cambista que quebrase o hubiese quebrado, jamás volvería a tener mesa o tabla de cambio, ni empleo alguno, siendo tenido y pregonado por infame y por fallido en la ciudad y lugar en que hubiese ejercido dicho comercio, procediéndose a su detención hasta que hubiese satisfecho sus deudas, no pudiendo comer, mientras tanto más que pan y agua (conf. Apodaca, 60. Citado por GOMEZ LEO, 1992:195, nota 163).

⁽³⁸⁾ Las Ordenanzas de Bilbao tuvieron fuerza de expansión quizá mayor que el Código francés de 1.807 y que la ley 1.838-9, aparte de su indiscutible influencia en el derecho francés, portugués e italiano, además lo hizo de modo preponderante en el de las repúblicas hispanoamericanas, siendo por lo tanto inexplicable que la doctrina francesa, italiana y alemana no las tengan mayormente en cuenta, como si se tratara de una legislación secundaria y de efectos meramente locales (conf. Fernández, *Fundamentos*, n° 26, n. 40. Citado en GOMEZ LEO, 1992:195, nota 164). La transcripción del Capítulo XVIII “De los atrasos, fallidos, quebrados, o alzados; sus clases y modo de procederse en sus quiebras” se puede ver en ARGERI, *La quiebra*, 1972:85 y sgtes.

⁽³⁹⁾ Famoso libro sobre el *Laberinto de los acreedores que concurren al litigio surgido entre los mismos por obra de un deudor común*, editado en París en 1.651 recibió varias ediciones y tuvo decisiva influencia en Alemania, aunque criticado por doctrinarios alemanes e italianos. En dicha obra expone sabiamente uno de los cuatro procedimientos del concurso existentes entonces en el derecho español, eligiendo el que mayores garantías ofrecía a los acreedores, poniendo de relieve el carácter marcadamente publicístico del procedimiento, el interés público que importa la quiebra y un rol activo del órgano jurisdiccional.

aquellos que si bien no pagan a su debido tiempo (atraso), tienen bastantes bienes para pagar a sus acreedores, y cuando lo hacen se les ha de guardar el honor de su crédito, buena opinión y fama; 2) *culpables*, que han quebrado por infortunios imprevisibles o desgracias de mar o tierra y mediante convenios de quitas o esperas paguen a sus acreedores, empero en el ínterin de dicho estado no tienen voz activa ni pasiva en el Consulado, y 3) los “*alzados*” algo así como fraudulentos, que quedan sujetos a prisión, porque conociendo el mal estado de su patrimonio, arriesgan caudales ajenos con dolo o fraude y alzáronse finalmente con la hacienda ajena que pudieron. Se determina el desapoderamiento del fallido, la incautación y toma de posesión de los bienes por síndico o comisario y se establece un sistema de retroacción de los efectos de la quiebra que conlleva la anulación de algunos actos realizados durante el período anterior a la declaración falencial, entre otras previsiones.

3.b.3) Código de Comercio de 1.829.

Siguiendo el ejemplo de la codificación napoleónica y ante la necesidad de organizar de modo sistemático la desordenada y dispersa normativa mercantil en las dos primeras décadas del siglo XIX, el rey Fernando VII a sugerencia del reconocido jurista don Pedro Sáinz de Andino se proyectó la sanción de un Código, el cual se sancionó en 1.829 para que empezara a regir a partir de 1.830. El mismo, se dividió en cinco libros, en el cual el 4º trataba el tema “*De las quiebras*” que contenía mayormente normas de derecho sustancial y algunas pocas procedimentales, por lo que en 1830 fue sancionada la *Ley de Enjuiciamiento* para los negocios y causas de comercio, cuyos preceptos sobre quiebras pasaron a formar parte textual de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La regulación establecida por dicho código, la cual como se refirió supra fue objeto de críticas por abandonar el derecho concursal autóctono español e influenciarse demasiado por la legislación francesa; entre los aspectos más salientes encontramos que mientras la insolvencia da lugar a la quiebra, el atraso de un comerciante con bastantes bienes para afrontar su pasivo da origen a la suspensión de pagos que posibilita un acuerdo dilatorio, mantiene el principio consagrado en las Ordenanzas de Bilbao regulando la quiebra sólo para los comerciantes y la regulación del concurso civil para la Ley de Enjuiciamiento Civil y niega la quiebra virtual. En el mismo se distingue como clases de quiebras: 1) *fortuita* o *no culpable*, 2) *culpable* o *bancarrotas*, y dentro de ella: a) *simplemente culpable*, con presunción legal (*iuris tantum*) de negligencia, y b) *fraudulenta*, con presunción *iuris et de iure* (hechos típicos de fraude), para lo cual establece formas típicas de complicidad con un concepto más amplio que la ley penal, con el adiciónado que el cómplice, una vez declarado tal, pierde los derechos que pudiera tener sobre la masa (activa) de la quiebra. A su vez, se mantuvo la severidad contra el fallido, pues teniendo como presupuesto la presunción de su mala fe y con la finalidad ulterior de su cooperación se estipuló el arresto del quebrado.

3.b.4) Código de Comercio de 1.885.

A poco tiempo de comenzar a regir el Código de Comercio de 1.829 se nombró una comisión para su reforma, lográndose su reforma en el año 1.885 que destinó el libro cuarto a la “suspensión de pagos, las quiebras y las prescripciones. Este libro recibió dos reformas directas sustanciales respecto a la nueva institución concursal designada “suspensión de pagos”, que originariamente fue una especie de concurso preventivo, transformándose luego por la llama “ley Lastres” de 1897 en una simple moratoria y retomando en la reforma de la

ley del 26 de julio de 1922 con mayores variantes que permiten afirmar que se prevén verdaderos concordatos preventivos destinados a evitar la liquidación del patrimonio del deudor.

Teniendo en cuenta las leyes complementarias dictadas respecto de la materia que nos convoca, se pueden destacar como aspectos salientes que contenía disposiciones sustantivas en relación a *la quiebra*, donde se abordó sobre calificación de la misma, cómplices y rehabilitación del fallido. Se mantiene la misma sólo para comerciantes y no hay quiebra virtual manteniéndose como *conditio iuris* la declaración judicial de la misma. Según los hechos precedentes o posteriores al dictado de quiebra, ella puede ser clasificada como: a) fraudulenta, cuando existe intención de defraudar a la masa de acreedores; b) culpable, cuando no existe aquella intención, y existen algunos de los hechos taxativamente enumerados en la ley propios de un actuar negligente; c) fortuita, cuando no concurren ninguno de los hechos que califican la quiebra de culpable o fraudulenta, pues se ocasiona en suceso desgraciado o en un infortunio casual. Se mantiene el concepto de complicidad del viejo código. Entre los efectos de la declaración de quiebra se encuentra el desapoderamiento del fallido. Entre las llamadas soluciones de la quiebra encontramos la clausura del procedimiento por insuficiencia de activo para cubrir gastos. Asimismo, establece que la rehabilitación del quebrado, luego de efectuado un convenio o concordato (otra de las soluciones a la quiebra), no es automática, estipulándose que mientras el quebrado fraudulento no puede ser rehabilitado, los fortuitos y culpables si pueden cuando hubieran cumplido el convenio y aprobado por el juez, o sin obtener convenio se pague a todos los acreedores capital e intereses y atendiese los gastos del proceso. La rehabilitación produce el cese de las interdicciones, fundamentalmente de las inhabilitaciones para administrar sus bienes, ejercer sus bienes y el cargo de tutor.

Rivera ⁽⁴⁰⁾, oportunamente refirió que el Derecho concursal español tenía escaso desarrollo tanto en lo legislativo como en lo doctrinario, ya que en ese entonces el régimen vigente estaba constituido por el Código de Comercio de 1885, la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y la Ley de Enjuiciamiento Civil; y por su lado, el Código Civil reglamentaba el concurso civil para los no comerciantes.

3.b.5) *Ultimas reformas.*

En el año 2003, mediante las *leyes 22/2003 y 8/2003*, se concretó un nuevo sistema *Concursal*, abandonando una legislación concursal arcaica y vigente durante más de un siglo; por la cual se incorpora el principio de unidad ya que refundió los institutos concursales civiles (concurso de acreedores de quita y espera), con los mercantiles (quiebra y suspensión de pagos) a través de un único procedimiento que puede concluir alternativamente con un convenio con los acreedores, por mayoría, o la liquidación ⁽⁴¹⁾.

Dicha norma, fue modificada en 2009 mediante el Real Decreto Ley (RDL) 3/2009 en 49 preceptos, y en 2011 mediante la *Ley 38/2011*, directa o indirectamente, más del 60% de su articulado. En palabras de la Exposición de Motivos de la ley 38/2011, supuso la instauración de “*un sistema concursal moderno y unitario*” (bajo una unidad legal, de disciplina y de sistema)... “*que representa un importante hito en nuestro Derecho de la insolvencia*”. En si, han sido hasta tres las reformas mayores de la Ley Concursal en estos últimos años; a saber, la

⁽⁴⁰⁾ RIVERA. *Instituciones*, I, 1993: 51.

⁽⁴¹⁾ Conf. DASSO, Ariel A., en “*Un “nuevo” derecho concursal...*”, op. cit., p. 972 y sgtes.

reforma “urgente” introducida por el RDL 3/2009, la “procesal”, para la implantación de la oficina judicial (ex Ley 13/2009, de 3 de noviembre) y esta última, operada por la Ley 38/2011, autocalificada de reforma “global”, más amplia, ambiciosa y serena. Amén de las reformas de carácter esporádico, puntual, en el sentido de específicas.

Esta última, sienta sus objetivos en la mejora de los instrumentos de financiación del deudor (con institutos pre concursales), la agilización procesal, la profesionalización del órgano de Administración concursal y también, ha establecido claras mejoras técnicas tanto al incentivar la solicitud de concursos necesarios como al favorecer las soluciones conservativas del concurso, al mejorar el régimen de liquidación o al venir a regular como novedad el concurso sin masa o al haber aclarado el marco de relaciones entre la responsabilidad concursal y societaria de los administradores sociales. Así, la reforma de 2011 ha tratado de reducir los costes económicos y temporales del concurso y buscado aligerar el volumen de trabajo de los jueces de lo mercantil.

3. c) Derecho italiano:

Resulta casi una verdad de Perogrullo destacar la incidencia e influencia que tanto la doctrina, especialmente desde el siglo XX, como la legislación italiana han tenido sobre nuestro derecho concursal, ergo merecen destacarse aspectos de sus antecedentes. Así, a priori cabe mencionar que los primeros antecedentes fueron influenciados por la legislación francesa y la legislación posterior ya como resultado de los notables avances experimentados por los enjundiosos estudios doctrinales desarrollados en la cuna del gran César VIVANTE y de quienes coetánea o ulteriormente, estudiaron y profundizaron sobre el derecho de quiebras⁽⁴²⁾.

3.c.1). Código de Comercio de 1865.

Antes que se unificara la península itálica, en algunos Estados regía el Código de Comercio francés de 1807, y otros establecieron sus propios estatutos generales en materia mercantil, como el de Piamonte que en 1842 por decisión del rey Carlos Alberto sancionó el Código de Comercio llamado Albertino que no fue sino una reproducción del plexo francés modificado con leyes posteriores. Establecido el nuevo Reino de Italia, por ley del 25 de julio de 1865 se publicó el primer Código de Comercio italiano, que tomó como base, con algunas modificaciones, el *Código Albertino*. Empero, en materia de quiebras, siguió fielmente al Código Napoleón con la reforma de 1838, ergo se basaba fundamentalmente en un procedimiento que tenía como destinatarios exclusivos los comerciantes y sociedades comerciales, tenía como fundamento para el estado falencial el estado de cesación de pagos, además de las otras instituciones de la legislación francesa ya destacada.

3.c.2) Código de Comercio de 1882.

Al poco tiempo de haber sido sancionado el código de 1865 se advirtió la necesidad de reformar el mismo, lo que motivó la confección de proyectos al efecto. Es así, que por decreto real del 31 de octubre de 1882 fue sancionado un nuevo código, el cual estaba constituido por cuatro libros, abordando en el tercero la quiebra, el cual toma como antecedente principal la ley francesa de 1838. Sin perjuicio que desde sus albores dicho cuerpo mercantil fue objeto de elogios, prontamente se comenzó a estudiar su reforma prosperando el proyecto encargado a León BOLAFFIO (ilustre profesor de Bolonia y Parma) sobre concordato preventivo y

⁽⁴²⁾ Véase GOMEZ LEO, 1992: 211.

pequeñas quiebras, instituciones ausentes del Código de 1882, que fueron introducidas por la ley 197 del año 1903.

Esta legislación, con algunas modificaciones puntuales más fue la que rigió hasta 1.942, destacándose que el procedimiento tiene como fundamento el estado de cesación de pagos que produce efectos jurídicos cuando se declara por sentencia judicial, prevé un “período sospechoso” para revocar ciertos actos perjudiciales a los acreedores o en fraude a los mismos, prevé el concordato resolutorio, estipula en un título aparte normas especiales para el procedimiento de quiebra de sociedades comerciales, entre otros aspectos. En referencia a los delitos en materia de quiebras⁽⁴³⁾, se determina que: 1) la declaración de quiebra es cuestión prejudicial a la acción penal, salvo que haya fuga del deudor, clausura de su negocio, ocultación, sustracción o disminución fraudulenta del patrimonio en perjuicio de los acreedores (art. 855); 2) la bancarrota puede ser simple (culposa) (art. 856) o fraudulenta (o dolosa) (art. 860); 3) la bancarrota simple tiene pena de cárcel, de 6 meses a 2 años; la fraudulenta es penada con reclusión, y en casos graves con trabajos forzados. Cuando el quebrado sea corredor, se debe aplicar el máximo de la pena; 4) En ambos casos corresponde una pena accesoria de inhabilitación para ejercer la profesión de comerciante y la prohibición de acceso a las bolsas de comercio.

3.c.3) Ley 197 del 24 de mayo de 1.903.

Como ya se adelantara, esta norma en su primera parte, trata el concordato preventivo y en la segunda parte regula el procedimiento de pequeñas quiebras para el cual se establece que sólo procede la acción penal por bancarrota fraudulenta.

3.c.4) Decreto real 267 del 16 de marzo de 1.942.

Este cuerpo normativo, estableció la regulación de los siguientes procedimientos: 1) la *quiebra*, 2) el *concordato preventivo*, que debe ser propuesto por el empresario fallido luego de declarado ejecutivo el estado del pasivo, pudiendo contener quitas, esperas o ambas y también ofrecer cesión de bienes, 3) la *administración controlada*⁽⁴⁴⁾, procedimiento concursal de naturaleza cautelar, cuyo fundamento de apertura es “una dificultad temporaria” en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el empresario que la solicita y cuya finalidad es obtener de sus acreedores una espera no mayor de un año, para poder dar cumplimiento con sus obligaciones, bajo el control de los acreedores y la asistencia de los órganos judiciales designados al afecto, y 4) la *liquidación forzosa administrativa*, conocida antes de 1942 en virtud de leyes especiales que preveían la liquidación coactiva de ciertos entes colectivos –no siempre de linaje comercial- que por su naturaleza, actividad o intereses están sometidos al contralor de ciertos organismos estatales; resulta un procedimiento concursal, de naturaleza ejecutiva, cuya apertura no depende de la voluntad de los acreedores ni necesariamente presupone la insolvencia de la empresa deudora, que se desarrolla por órganos y con la observancia de procedimientos no-jurisdiccionales, dirigidos por la autoridad administrativa y con el control de la autoridad judicial (Gómez Leo, 1992: 235).

⁽⁴³⁾ Conf. GOMEZ LEO, 1992: 216.

⁽⁴⁴⁾ Instituto adoptado como novedad en dicho cuerpo por el derecho italiano y reconociendo como antecedente la ley bancaria del 7 de abril de 1838, aunque la doctrina en forma conteste entiende que su fuente es la legislación belga (Vide: GOMEZ LEO, 1992:233 y sus citas de la nota 223).

Las disposiciones del ordenamiento italiano de 1942 tuvieron influencia en la legislación de nuestro país, la cual tuvo gran vigencia temporal aunque mediaron numerosas disposiciones legales posteriores, entre ellas, para completar el panorama de la legislación italiana en la materia de quiebras con la ley 95 del 3 de abril de 1979 que incorporó el procedimiento de “*administración extraordinaria*” destinado al salvamento de grandes empresas en crisis.

Someramente, entre los aspectos más relevantes del cuerpo legal instaurado, podemos mencionar que es la quiebra la que se toma como procedimiento madre, los sujetos comprendidos como pasible de los procedimientos regulados son el empresario –individual o societario- que ejerce una actividad mercantil manteniendo la exclusión de los deudores civiles. Se estipula con mayor precisión que el código derogado el presupuesto objetivo, esencial y necesario, de fundamento a la declaración de quiebra, que es el estado de insolvencia (o cesación de pagos) que puede manifestarse por cualquier hecho demostrativo de que el deudor no está en condiciones de satisfacer regularmente sus obligaciones. En relación a los efectos que produce la declaración de quiebra, se distingue entre: a) efectos sobre el quebrado, b) sobre los acreedores, c) sobre las relaciones jurídicas preexistentes y d) sobre los actos perjudiciales a los acreedores.

Sin perjuicio que en términos generales existe similitud entre los efectos de la quiebra regulados en dicho cuerpo normativo italiano con los previstos en la legislación argentina (Conf. Gómez Leo, 1992:222, en referencia a la ley 19.551 vigente en ese entonces) podemos mencionar y destacar que en relación a los *efectos personales*, además de la consabida interceptación de la correspondencia, de la obligación de no ausentarse de la residencia sin autorización y prestar colaboración con el juez y de anotar el nombre del fallido en el pertinente Registro Público de Quebrados se prevé que: a) el juez delegado podía conceder –si fuere necesario- al empresario quebrado un subsidio alimentario para él y su familia, b) que con la sentencia de quiebra se ordenará la captura del fallido, cuando el estado de insolvencia resulte de un juicio penal (art. 7) o existan otros indicios de culpabilidad previstos por la ley (art. 16, *in fine*), y c) que el quebrado mantendrá el uso de la casa de su propiedad, para la habitación de él y su familia, hasta la liquidación del activo. A su vez, entre los efectos patrimoniales del desapoderamiento, se prevé la ineficacia de actos y pagos efectuados al quebrado, la suspensión de acciones judiciales, la del curso de los intereses, etc.

En el título VI (arts. 216 a 241), la citada ley italiana incluye *disposiciones penales* relativas a la materia concursal, entre los cuales algunos supuestos sancionados son ignorados en la legislación vigente en nuestro país. Entre las disposiciones contempladas encontramos:

A) *Delito de bancarrota fraudulenta.*

1) El empresario quebrado puede ser condenado de 3 a 5 años de reclusión, por haber realizado antes de la declaración de quiebra actos establecidos en el art. 216, incs. 1 y 2⁽⁴⁵⁾. Igual pena se aplicará al empresario quebrado que durante el procedimiento de quiebra

⁽⁴⁵⁾ Art. 216, inc. 1: Hubiera distraído, ocultado, disimulado, destruido o disipado en todo o en parte sus bienes, o bien con el propósito de causar perjuicio a sus acreedores, hubiese declarado o reconocido débitos inexistentes; inc. 2: hubiera sustraído, destruido o falsificado, en todo o en parte, con el propósito de procurar para sí o para otro un provecho injusto o causar perjuicio a los acreedores, los libros o la demás documentación contable o los hubiera llevado de modo que no hiciese posible la reconstrucción del patrimonio o del movimiento de los negocios.

cometiere alguno de los hechos previstos en el art. 216, inc. 1, o bien sustrajere, destruyere o falsificare los libros o las otras escrituras (o documentos) contables (art. 216, ap. 2°).

2) La pena será de 1 a 5 años de reclusión si el empresario quebrado, antes o durante el procedimiento de quiebra, con el propósito de favorecer, en daño de los acreedores, a alguno de éstos, efectuase pagos o simulare títulos de prelación (art. 216, ap. 3°).

3) Amén de otras penas accesorias previstas en el código penal, las condenas mencionadas anteriormente importará, para la persona inculpada, la inhabilitación por 10 años, para el ejercicio de una empresa comercial y la incapacidad, durante igual término, para ejercer funciones directivas en cualquier empresa (art. 216, ap.4°)

4) A los administradores, directores generales, síndicos y liquidadores de las sociedades declaradas en quiebra, se les aplicará genéricamente las penas establecidas en el art. 216 cuando hubiesen cometido alguno de los hechos allí previstos y particularmente, la pena de 3 a 5 años de reclusión cuando hubieran cometido alguno de los hechos previstos por los artículos 2621 a 2623, 2628 y 2630, ap. 1°, del Código Civil ⁽⁴⁶⁾. En todos los supuestos, estos sujetos quedan sometidos a la inhabilitación e incapacidad, por el término de 10 años.

B) Delito de bancarrota simple.

1) El empresario quebrado puede ser condenado de 6 meses a 2 años de reclusión cuando sin haber incurrido en los actos inculcados por el delito de quiebra fraudulenta, hubiere: a) hecho gastos excesivos, para él o su familia, b) consumido una parte notable de su patrimonio en operaciones de pura suerte o manifiestamente imprudentes, c) realizado operaciones de grave imprudencia para retardar la quiebra, d) agravado su desequilibrio económico por no haber solicitado su quiebra oportunamente o con alguna otra actitud gravemente culpable, e) incumplido las obligaciones emergentes de un concordato preventivo o resolutorio, f) durante los tres años anteriores a la declaración de la quiebra, o bien desde la iniciación de la actividad empresarial, si esta fuera menor, omitido llevar los libros y las otras escrituras (o documentos) contables prescritos por la ley o los hubiera llevado en forma irregular o incompleta (art. 217, 1° y 2°)

2) Amén de otras penas accesorias previstas en el código penal, la condena importará la inhabilitación por dos años, para el ejercicio de una empresa comercial y la incapacidad para ejercer funciones directivas en cualquier empresa (art. 217, ap. 3°). Cabe destacar, que la rehabilitación civil del quebrado (arts. 241 a 245) extingue el delito de bancarrota simple, y si hubiese condena hace cesar la ejecución y los efectos de ella (art. 241), pero, dada su gravedad, no extingue el delito de bancarrota fraudulenta y tampoco hace cesar los efectos de la condena y su ejecución.

3) A los administradores, directores generales, síndicos y liquidadores de las sociedades quebradas, se les aplicará de modo genérico las penas previstas en el art. 217 ya

⁽⁴⁶⁾ Estas normas integran el título “Disposiciones penales en materia de sociedades y consorcios”, inculcando el art. 2621 la realización de comunicaciones falsas y la distribución ilegal de utilidades; el art. 2622: la divulgación de noticias reservadas; el art. 2623: la violación de obligaciones que incumben a los administradores; el art. 2628: especialmente a las maniobras fraudulentas sobre títulos de las sociedades, de acciones, en comandita por acciones, de responsabilidad limitadas y sociedades cooperativas; y el art. 2630, inc. 1: a la violación de obligaciones que le incumben a los administradores, de los tipos de sociedades mencionadas, en cuanto emitan acciones o atribuyan cuotas por sumas menores a su valor nominal o emitan nuevas acciones o atribuyan nuevas cuotas antes de que las suscritas precedentemente hayan sido liberadas.

mencionadas cuando hubieren cometido algunos de los hechos tipificados en dicha norma (art. 224, inc. 1) y específicamente, cuando hubieran concurrido a causar o agravar el desequilibrio económico de la sociedad por la inobservancia de las obligaciones impuestas a ellos por la ley (art. 224, inc. 2).

C) Delito de abuso del crédito.

1) Salvo que el hecho constituyere un delito más grave, será penado con reclusión de 2 años el empresario que ejerciendo una actividad comercial, recurriere o continuare recurriendo al crédito, disimulando su desequilibrio económico (art. 218, ap. 1°)

2) Asimismo, sin perjuicio de las otras penas accesorias contempladas en el código penal, la condena importará inhabilitación para el ejercicio de una empresa comercial y la incapacidad para ejercer funciones directivas en cualquier empresa hasta 3 años (art. 218, ap. 2°)

3) Se le aplicará las penas establecidas en el mencionado art. 218 a los administradores y directores generales de las empresas declaradas en quiebra, que hubieran cometido los hechos indicados en ese precepto (art. 225).

D) Delitos por denuncia de acreedores inexistentes y otras inobservancias.

1) Será penado con reclusión de 6 a 18 meses el quebrado que, fuera de los casos previstos en el art. 216: a) denunciare acreedores inexistentes, b) omitiere declarar la existencia de otros bienes incluibles en el inventario, c) no observare las obligaciones previstas en el art. 16, inc. 3 (v.gr., presentación de balances y escrituras –o documentos- contables dentro de las 24 horas de declarada la quiebra), y en el art. 49 (obligación de residencia). Si el hecho incriminado hubiese ocurrido sólo por culpa, se aplicará como máximo hasta un año de reclusión.

2) Serán aplicadas las penas descritas en el punto anterior, como sanción a los actos allí descriptos, si ellos hubieran sido cometidos por los administradores, directores generales y liquidadores de las sociedades declaradas en quiebra.

A su vez, se prevé que al factor, del empresario declarado en quiebra, que en la gestión encomendada se los considere culpables de los hechos tipificantes de las cuatro clases de delitos detallados anteriormente, se les aplicarán las penas establecidos en ellos. En la quiebra de sociedades colectivas y en comandita simple, las disposiciones contenidas en los arts. 216 a 221 serán aplicadas a los hechos cometidos por los socios ilimitadamente responsables (art. 222). A quien explotare una empresa comercial, estando penalmente inhabilitado para ello, será sancionado con reclusión de hasta 2 años y multa no inferior a 1.000 liras. Se prevén sanciones por hechos en casos puntuales al curador (órgano del procedimiento designado por el juez de una lista especial que es un auxiliar del juez delegado con calidad de oficial público), entre los cuales se encuentra: a) cuando no fueran aplicables las normas del código penal y el curador tomare interés privado en los actos del procedimiento de quiebra, por sí o por interpósita persona o con actos simulados, será penado con reclusión de 2 a 6 años y con la imposición de una multa. La condena importará la interdicción de las funciones públicas. b) cuando recibiere o pactare una retribución indebida, además de la liquidada por el tribunal será penado con reclusión de 3 meses a 2 años y multa. En casos graves se podrá agregar la inhabilitación, no inferior a 2 años para ejercer la función de administrador. c) Cuando intimado judicialmente, incurra en omisión de entrega o depósito de dinero o cosas de la

quiebra, que tuviere en su poder por causa de su función, será penado con reclusión de hasta 2 años y la imposición de una multa, estableciéndose que si el hecho fuere sólo culposo, la sanción podrá ser de hasta 6 meses y una multa de menor valor (art. 230). Dichas normas son también aplicadas a aquellas personas que ayuden al curador en la administración de la quiebra.

Por otro lado, al acreedor que estipulara ventajas en su propio favor, con el quebrado personalmente o por interpósita persona, traficando con su voto en el concordato o en la deliberación de la comisión de los acreedores, será penado con reclusión de 6 meses a 3 años y con una multa. Asimismo, las sumas o cosas recibidas por el acreedor serán confiscadas, siendo aplicada la misma pena al quebrado y a quien hubiera contratado en su nombre (art. 233)

A quien por sí o por interpósita persona –fuera de los casos de concurso a la bancarrota– presentare demanda de admisión en el pasivo del quebrado por un crédito simulado fraudulentamente, será penado con reclusión de 1 a 5 años y con multa, reduciéndose a la mitad si la demanda formulada es retirada antes de la verificación del estado del pasivo (art. 232, aps. 1° y 2°). También, quien después de declarada la quiebra –fuera de los casos de concurso a la bancarrota o de encubrimiento–, sustrajere, distrajere, receptare o disimulare, en declaraciones públicas o privadas, bienes del quebrado (art. 232, inc. 1) y quien teniendo conocimiento del estado de desequilibrio económico del empresario –luego de declarado en quiebra– distrajere o receptare mercaderías u otros bienes de él o los adquiriere a precio notablemente inferior al valor corriente, será penado con reclusión de 1 a 5 años, siendo aumentada la pena si el responsable fuera un empresario que desempeña una actividad comercial (art. 232, ap. 4°)

Asimismo, en Italia es conocido el régimen de administración de grandes empresas en crisis que fue establecido por sucesivas reformas en 1.979 (conocida como ley Prodi).

3.c.5) *La última reforma italiana*, se efectuó mediante el *Decreto Legislativo 35* del 14 de marzo de 2005, convertido en *Ley N° 80* del 14 de mayo de 2005 instauró la nueva regulación del Concordato Preventivo y la Revocatoria Concursal e incorporó al ordenamiento peninsular el Acuerdo de Reestructuración de las Deudas, constituyendo el primer capítulo de la reforma integral del derecho concursal italiano, vigente desde 1942⁽⁴⁷⁾. Aunque la misma entró en vigor en julio de 2006, el gobierno italiano debió efectuar ajustes por un nuevo acto legislativo en junio de 2007.

En su art. 1°, delegó al gobierno las facultades legislativas por el término de seis meses a los efectos de completar los procedimientos faltantes de la ley de concursos, que éste ejerció con el nuevo Decreto Legislativo 5, de 9 de enero de 2006, dedicado particularmente al Tít. III “De la Quiebra” de la *Legge Fallimentare*.

La doctrina venía reclamando la actualización de la legislación, ya conmocionada con las reformas de la *Insolvenzordnung* en Alemania y de la ley de Concursos y Quiebras en España, en forma de adecuarla a lo que se conceptúa como subsistentes exigencias en el ámbito europeo, para lo cual varias comisiones habían ya formulado distintos proyectos.

⁽⁴⁷⁾ Se sigue lo expuesto en DASSO, Ariel A. *Un “nuevo” derecho concursal en el derecho comparado –en ocasión de la reforma al derecho italiano (2005/2006)*, op. cit. Asimismo véase: TEVEZ, Alejandra N. *La reforma de la ley concursal en Italia*, LA LEY, 2006-F, 1330/1342.

Por un lado se predicaba la refundación del orden concursal y por otro, simplemente, la adecuación a las sentencias de la casación, de la Corte constitucional, en suma a la jurisprudencia que fue creando interpretaciones consolidadas a través de los años. En definitiva el nuevo ordenamiento, sin alterar sensiblemente la estructura del sistema, realiza cambios de singular importancia en los procedimientos existentes: suprime el Tít. IV “*Dell’Amministrazione controllata*”, quedando así vacíos (abrogados) los arts. 187 a 193; en tanto incorpora al Tít. III “*Dell’ Concordato Preventivo*” el art. 182 bis, para regular los llamados “*Accordi di ristrutturazione dei debiti*” (Acuerdos de reestructuración de deudas).

El concordato preventivo, Título III (art. 160 a 166), subsiste como un proceso bajo la vigilancia de la autoridad judicial y es su télesis salvar la empresa y evitar la liquidación; la quiebra Título II (art. 55 a 159) continúa siendo un procedimiento judicial liquidatorio que mantiene como hipótesis de conclusión, [además de la clausura (art. 118 a 123)], el concordato -en la quiebra- (art. 124 a 141). Subsisten también los dos procedimientos administrativos: (i) la liquidación forzosa administrativa (art. 194 a 215), satisfactiva del interés de los acreedores y (ii) la “*Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese in crisi*” (Administración Extraordinaria de las grandes empresas en crisis), regida por la ley especial, que puede tener tanto un objetivo liquidatorio-solutorio, por vía de cesión de la empresa; o conservatorio, por vía de la reestructuración.

En resumen: desaparece con la “*Amministrazione controllata*” (Administración controlada) el procedimiento conservativo reservado para determinadas empresas y si bien subsistentes, como se dijo, el concordato preventivo (art.160) el concordato solutorio en la quiebra (art. 124 a 141)-, nace en consonancia con su auge en los últimos tiempos, el “Acuerdo de reestructuración de Deudas” sujeto a homologación judicial (art. 182 bis), que se caracteriza por la supresión de la revocatoria de los planes extrajudiciales tendientes a la composición de la crisis, extremo este que también alcanza a los preexistentes Acuerdos Extrajudiciales clásicos, del *Código Civile*.

También la nueva ley italiana adapta la discharge estadounidense con un nuevo instituto que denomina “*Esdebitazione*” (art. 142) en virtud del cual el acreedor que nunca quiso serlo, aquel que adquiere su título por el hecho o la omisión del deudor, su culpa o negligencia, o por mera voluntad de la ley expuesta en regulación de la responsabilidad objetiva; el que no pudo elegir un vínculo crediticio, va logrando un reconocimiento diferenciado que, al margen de su carácter quirografario adquiere un tratamiento distinto de los otros quirógrafos: la descarga, la esdebitazione, la exoneración de la deuda residual impuesta en el nuevo derecho concursal como un instrumento de liberación plena de los pesados lastres de un infortunio histórico superado, no alcanza de esta manera a quienes “involuntariamente” y hasta con desconocimiento absoluto de las condiciones que vinculan al deudor con sus acreedores, quedó atrapado en un concurso que, si bien, abierto bajo el signo de la colectividad, le es absolutamente extraño y ajeno en su causa.

3.d) Derecho anglosajón:

Amén que se ha destacado que no corresponde sostener que existe un derecho anglosajón de quiebras que se distinga totalmente de los sistemas jurídicos italiano, francés o

germánico (conf. Gómez Leo, 1992:248)⁽⁴⁸⁾ no se puede soslayar, aunque sea de un modo breve, los antecedentes de sus instituciones, entre las cuales veremos algunas de gran interés para la ponderación de la legislación actual de nuestro país y el análisis en particular sobre las cuestiones planteadas en este trabajo, como lo es el llamado *discharge*. Por otro lado, para su análisis tampoco podemos obviar de antemano el pragmatismo y casuismo que caracteriza en general al sistema jurídico del *common law* adoptado primordialmente por los países anglosajones, el cual se contrapone al conceptualismo del *civil law* –o derecho continental– tomado por la tradición jurídica de nuestro país. Aunque en rigor de verdad, como se verá, el apego a dicho sistema jurídico en materia concursal no es seguido a ultranza por los anglosajones, aunque si dando una impronta liberal, anticontinuista y liquidativa, conteste a sus cánones políticos, económicos y sociales tradicionales.

Al analizarse la quiebra en el derecho norteamericano, se ha dicho que el jurista continental percibe de inmediato una diferencia básica: en el derecho anglo-sajón, la rehabilitación del deudor y la liberación de sus deudas, juegan un papel tan importante como la liquidación y distribución del activo en beneficio de los acreedores ⁽⁴⁹⁾.

Cabe recordar que THALLER ⁽⁵⁰⁾ en su conocida clasificación metódica sobre la legislación comparada de quiebras ⁽⁵¹⁾, agrupó a los países regidos por el sistema latino y por el sistema germánico diferenciándolos del sistema anglosajón, al cual le otorgaba matices y características propias. Entre los aspectos distintivos destacados del derecho anglosajón en la materia se puede mencionar: I) el sometimiento a toda clase de deudores –comerciantes o no– a un régimen uniforme de quiebras; II) regular con un sistema legal, especial y distinto los otros dos grupos, las incapacidades que produce la declaración de quiebra; así como los hechos y circunstancias en virtud de las cuales, quien ha sido declarado fallido puede ser rehabilitado; III) establecer una regulación particular del desapoderamiento, ya que este status jurídico del fallido produce el traspaso de los bienes del fallido al síndico, adquiriendo este un dominio

⁽⁴⁸⁾ Al respecto, este autor en la nota 248 cita a Apodoca y Osuna, 87: no se puede afirmar que haya una quiebra de origen romano, otra de origen germánico y otra de origen anglosajón: la quiebra se gestó en la Edad Media como resultado del choque de las dos grandes corrientes jurídicas: el sistema romano y el sistema visigótico, y desde la Edad Media se forjaron las dos concepciones sobre ella: la concepción española y la concepción italiana que se han disputado el campo jurídico hasta nuestros días.

⁽⁴⁹⁾ Conf. NADELMANN, Kurt H. *La quiebra en el derecho norteamericano*, Traducido por Enrique Elguera, p. 257/258; en: www.juridicas.unam.mx [15/05/2013].

⁽⁵⁰⁾ Conf. THALLER, *Des faillites*, I, nos. 24 y ss. Citado en GARCIA MARTINEZ, t. I, 1940:32/33 y en GOMEZ LEO, 1992:248.

⁽⁵¹⁾ Teniendo presente las enseñanzas de Genaro R. Carrió, en *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3ª edición aumentada, Buenos Aires: 1986, Abeledo Perrot, pág. 98 y ssgtes., en relación a la utilidad e importancia de las clasificaciones; es dable referir lo difícil que actualmente resulta efectuar una clasificación de los sistemas legislativos o las legislaciones en materia concursal, ya sea como lo efectuara Thaller, o considerando cual es más “continuista” o “anticontinuista” y/o “liquidativa”, o como otras en términos de leyes “pro deudores”, leyes “pro acreedores” o leyes de equilibrio entre los intereses de los deudores y de los acreedores, etcétera, ello debido a los constantes cambios y modificaciones de los mismos, sumado al sincretismo creciente en todos los ordenamientos jurídicos, lo cual torna relativas y precarias a las mismas. Más aún en materia de quiebras donde su regulación va al compás de la vorágine económica y política de un país. Al respecto, Rivera (*Instituciones...*, t. I, 1993:40) refiere que dicha clásica clasificación parece ya superada y que tampoco resulta posible una distinción entre familia romano-germánica de la del *common law*, pues en Derecho anglosajón de la quiebra encuentra raíz en el Derecho Estatutario como el continental europeo paso a América Latina.

fiduciario, con la finalidad posterior de liquidar y distribuir el dinero obtenido entre los acreedores de la masa pasiva.

3.d.1) Derecho inglés:

La característica esencial del derecho inglés es la evolución consuetudinaria, el *common law*, que como vimos es el sistema de los pueblos anglo-sajones. Empero, en materia de quiebras, Inglaterra no ha seguido esa norma, sino el sistema de las leyes escritas (*statute law*)(⁵²), aunque hasta 1542, año en el cual el Parlamento inglés sancionó la primera ley escrita (*statute law*) sobre la materia que nos ocupa, regía en pleno el *common-law*, con su carácter costumbrista, con reglas y principios que tenían autoridad inmutable, fundamentados en las “*mores majorum*”, que debían ser plena y rigurosamente aplicados.

Entre los antecedentes legislativos, encontramos la *Ley de 1543* sancionada durante el reinado de Enrique VIII, la cual fue inspirada en la legislación estatutaria italiana, consideraba como fundamento de la apertura del procedimiento a la insolvencia del deudor sin importar la cantidad de acreedores, se trata de un procedimiento colectivo (*insolvency*) aplicable a toda clase de deudores y consecuente con el tono draconiano de las reglas represivas vigentes en esa época, al deudor fallido que ocultare sus bienes se le podía condenar a muerte, y si hubiere actuado con fraude de sus acreedores, se le podía someter a prisión(⁵³).

Esta norma fue derogada por la *Bankruptcy Act de 1571* promulgada bajo el reinado de Isabel I, restringiendo la aplicación del procedimiento de quiebra sólo a los comerciantes (*marchants*), dejando a los deudores civiles sujetos a las acciones individuales sobre su patrimonio, sistema que fue mantenido hasta 1813 cuando en forma paralela al procedimiento de quiebra comercial (*bankruptcy*) se estableció un procedimiento colectivo aplicable a todos los deudores (⁵⁴). En este cuerpo normativo se siguió tratando con dureza al deudor, desentendiéndose de su destino; empero, el Estado interviene por medio de magistrados y oficiales públicos, con la finalidad tuitiva de proteger el interés público.

Con la finalidad de humanizar la legislación concursal respecto al deudor y partiendo de la base de una convicción típica de la mentalidad anglosajona que ha entendido que el comerciante honesto que sufre un quebranto en su actividad profesional no debe ser sancionado por ese solo hecho, sino que debe considerárselo como una víctima del riesgo profesional que implica la actuación en los mercados, se sancionaron algunas normas al respecto. Entre ellas encontramos la *Ley de 1705* que creó los “*certificados de conformidad*” (*certificate of conformity*), especie de carta de pago cuya fuente es la *bonorum venditio* y la *Ley de 1706* que instituyó los *assignes*, que son funcionarios oficiales cuya actividad fue la de liquidar el activo del deudor y distribuirlo entre sus acreedores. O sea, mientras el deudor honesto, que ha informado su actuación comercial y, llegado el caso, entregado todos sus bienes para atender todas sus deudas, no se lo inhabilita, empero al que hubiera actuado en

(⁵²) Conf. GARCÍA MARTINEZ, *El concordato...*, tomo I, 1940:44.

(⁵³) GOMEZ LEO, 1992:249, en nota 250 refiere que según Lyon-Caen, *Loi anglaise, Introd.*, p. IX: En Inglaterra hubo deudores que pasaron 30 y 40 años en prisión.

(⁵⁴) Conforme agregan algunos autores como Fernández, citado por Gómez Leo, 1992:249 en nota 251, en 1861 se volvió al sistema de la quiebra única, con algunas diferencias de detalle según la calidad de civil o comerciante del deudor, diferencias que desaparecieron por completo en la ley de 1883.

fraude de la ley se lo trataba con gran severidad, y si hubiere ocultado bienes se le podía llegar a aplicar la pena de muerte.

Entre las leyes dictadas sobre la materia durante el siglo XIX, podemos destacar la *Bankruptcy Act de 1825* que instauró una suerte de convenio o concordato (*deeds of arrangement*) destinado a impedir la declaración de quiebra del deudor; la *Ley 1 and 2, Wn. 4. c. 56 del año 1831* por el cual se dejó el carácter voluntarista imperante que dejaba el control del procedimiento en manos de los acreedores por medio de los *assignes* que ellos elegían (lo cual permitía prácticas reprobables y abusivas de parte de los mandatarios) para confiar la aplicación de la ley a los jueces de quiebras y a un delegado oficial (oficial assigne) la administración y percepción de los frutos de los bienes integrantes de la masa activa de la quiebra; la *Ley 7 and 8, Vict., c. 96, n° 41*, del año 1844, que introdujo la posibilidad de a instancias del propio deudor se pudiera abrir el procedimiento y estableció el procedimiento y las normas aplicables a la liquidación de compañías (*winding-up*), régimen ampliado por la *English Company Law 1862* y que rige sobre la liquidación de las sociedades de responsabilidad limitada (“*companies*”).

Luego se dictaron la *Bankruptcy Consolidation Act 1849* por la cual se estableció la obligatoriedad de los convenio o concordatos para todos los acreedores una vez que los comisarios lo hubieran homologado, la *New Bankruptcy Act 1861* por la cual volviendo sobre sus pasos el legislador inglés restauró el criterio de que el procedimiento concursal comprendiera tanto a los deudores comerciantes como aquéllos que no tuvieran esa profesión, la *Ley 32 and 33, Vict., c. 71, del año 1869* dispuso el paso del sistema oficial al sistema del “voluntarismo de los acreedores” poniendo en manos de éstos el manejo del procedimiento concursal, creándose el cargo de *trustee*, verdadero síndico que actuaba bajo una comisión de vigilancia también designada por los acreedores⁽⁵⁵⁾, la *Bankruptcy Act 1833* que introdujo una profunda reforma legislativa en varios aspectos como la supresión de diferencias de tratamiento de los deudores civiles y comerciales y la creación de síndico oficial (*official receiver*) con amplias facultades instructorias e investigativas como la pública absolución de posiciones (*public examination*) del deudor fallido, y la *Inscription of Arrangements Act de 1887* que dispuso la inscripción obligatoria de los convenios o concordatos en el Registro de Comercio destinado al efecto.

La legislación inglesa atinente a la materia concursal vigente en gran parte del siglo XX, se apoya principalmente en las normas que incluidas en la *Bankruptcy Act 1914* y junto a ellas las que quedaron vigentes por no haber sido derogadas por la citada ley de quiebras, así como las que fueron sancionadas con posterioridad, complementando, reglamentando o modificando a la citada ley concursal.

La *Bankruptcy Act 1914* comprende 79 artículos divididos en ocho partes, entre las cuales podemos destacar la 7ª parte (arts. 154 a 166) de los fraudes a la ley. Con posterioridad a la citada ley de 1914 se dictaron otras leyes especiales y reglamentos referidos a la materia

⁽⁵⁵⁾ Conforme lo sostiene GOMEZ LEO (1992:251) esta ley, del mismo modo que ocurrió, en nuestro país, con la vigencia de la ley 5146, inspirada en análogos principios voluntaristas, se produjeron múltiples inconvenientes, conviniéndose que esta ley inglesa de 1869 resultó un verdadero desastre, que produjo funestas consecuencias respecto del comercio en general. Pese a las críticas, dicha ley trazó los rasgos y lineamientos generales de la ley de 1914 que rigió durante gran parte del siglo XX.

concurzal, entre los más importantes se destacan la *Bankruptcy Amendment Act 1926* (16 and 17, Jorge V, cap. 53) que reformó parcialmente, entre otras cuestiones lo concerniente a la liberación del deudor fallido, a las acciones fraudulentas en contra de la ley y a nuevos delitos punibles en materia de quiebras.

Las instituciones concursales anglosajonas han presentado ciertos rasgos que las diferencian de los presentados por las contempladas por el derecho continental, motivo por el cual se destacarán ciertos aspectos poniendo énfasis en lo concerniente al tema aquí abordado.

Al efecto adoptó el *sistema de actos de quiebra (acts of bankruptcy)* para la declaración judicial de quiebra, no sólo por tener una concepción tradicional e iusfilosófica esquiva a las generalizaciones, conceptualizaciones y abstracciones y caracterizado por su pragmatismo, sino que además influyó la circunstancia de que la bancarrota era delito, con la consabida proscripción de analogía de las conductas descriptas en la norma penal sin que pueda establecerse figuras penales abiertas ⁽⁵⁶⁾.

En cuanto a los *sujetos de quiebra*, desde 1861 la legislación concursal inglesa se aplica indistintamente a los comerciantes y a los no comerciantes, bajo el nombre genérico de bancarrota (*bankruptcy*), empero a pesar de un procedimiento único, por imperio legal se pone a cargo de aquel que ejerce el comercio (*trade*) o una ocupación lucrativa (o negocio) (*business*) algunas exigencias que no existen respecto del deudor civil. En relación a las sociedades, si bien el procedimiento de quiebra es aplicado en parte a las asociaciones sin personalidad civil (*partnerships* o *firms*), desde 1844 la legislación inglesa estableció procedimientos especiales de liquidación para las sociedades anónimas por orden de la Corte (*winding up by Court*), que fue ampliado en el año 1862 para las de responsabilidad limitada; siendo la diferencia más importante en que la liquidación de las compañías (*winding up*) tiene como fundamento de su apertura no la existencia de los tradicionales *act of bankruptcy* sino la *imposibilidad de pagar*, presupuesto muy cercano al estado de cesación de pagos que se sigue en los países de Europa continental.

Entre los *efectos personales* que surte el declarado quebrado, encontramos que queda restringido en su capacidad profesional como política, ni puede desempeñar funciones públicas, así no puede integrar la Cámara de los Lores o la de los Comunes, ser juez de paz, alcalde, concejal, etc. y si al momento de ser declarado en quiebra ocupara alguno de esos cargos, ellos quedaban vacantes. A su vez, en lo atinente a su actividad privada esta obligado a declarar que es un *undischarged bankrupt* a toda persona que le conceda un crédito de por lo menos 10 libras bajo pena de ser castigado con prisión. Igual pena recibía quien infringiera la prohibición de ejercer el comercio bajo otro nombre distinto del que utilizaba cuando quebró, a menos que lo informara a las personas con que se relacionara. En cuanto a la *rehabilitación*, el deudor tiene derecho a dirigirse al tribunal desde que se dicta la *receiving order* (orden de secuestro), y aún antes de la terminación del procedimiento de quiebra, solicitando que se otorgue el beneficio de la *order of discharge* a los efectos que cesen sus incapacidades profesionales, a la cual cualquier acreedor puede manifestar su oposición. En caso que el juez, teniendo en cuenta las circunstancias del caso libremente, lo juzga conveniente, le concederá la *order of discharge absolute*, que libera al quebrado de todos los créditos llevados a la quiebra contra él. Asimismo, como alternativa puede ser condicionada a lo que en la sentencia

⁽⁵⁶⁾ En sentido similar, GOMEZ LEO, 1992:254.-

se determine. Para el supuesto de que el deudor ha satisfecho a todos los acreedores reconocidos en el procedimiento de quiebra, puede reclamar su rehabilitación en sus derechos anteriores, a menos que se tratase de una bancarrota fraudulenta (*fraudulent bankruptcy*); lo cual es así toda vez la rehabilitación tiene solamente efectos civiles, ya que la acción penal sigue su curso, conforme a las disposiciones de las leyes de 1862 y 1864, que rigen los actos punibles de los deudores. Por otro lado, la rehabilitación no exonera al deudor del abono de los gastos de justicia, créditos del fisco y de las obligaciones resultantes de fraude o abuso de confianza. Asimismo, para el cese de incapacidades de índole político es necesario que la Corte interviniente declare que la conducta del quebrado ha sido correcta; de lo contrario, tales incapacidades cesan a los cinco años de haberse dictado la order of discharge.

El derecho concursal inglés tuvo una *Reforma de 1985/1986*⁽⁵⁷⁾, motivada entre otros aspectos por los desequilibrios económicos que sufrieron las empresas, especialmente de Inglaterra y Gales en las décadas anteriores a su dictado. Al efecto, con fecha 30 de octubre de 1985 fue sancionada la *Insolvency Act, cap. 65* y el 25 de julio de 1986 la *Insolvency Act, cap. 45*, que es complementaria de la anterior. Dicho sistema se instauró para ser aplicado principalmente a las compañías, incluyendo un régimen especial de acuerdos para personas físicas (*partnerships*) con sus acreedores (*voluntary arrangements*), en el cual, entre los aspectos más relevantes que se pueden mencionar en este trabajo, podemos mencionar que se abandona el tradicional sistema anglosajón de “actos de quiebra” ampliando como fundamento de la apertura del procedimiento a supuestos de “situaciones de aparente de imposibilidad de pagar” o para el deudor que se halle “sin posibilidades razonables de satisfacer una deuda”⁽⁵⁸⁾, se crea un cuerpo profesional de síndicos concursales o expertos en insolvencia. En lo concerniente a la conducta y responsabilidad de los directores e inhabilitación, esta normativa establece el criterio ya conocido de “administración fraudulenta” (*fraudulent trading*), tipificada cuando los negocios son continuados con la intención de defraudar a los acreedores de la compañía u otro propósito fraudulento; para lo cual todas las personas que concientemente hubieren participado quedan sujetos a pena corporal o ser pasible de multa o ambas. A su vez, se agrega la nueva noción sancionatoria de “administración dañosa” (*wrongful trading*) que tipifica objetivamente, o sea sin necesidad de dolo, la conducta personal de los directores involucrados, de las compañías en liquidación que continuaron con su actividad, sabiendo o “debiendo saber o conocer” que no existían perspectivas razonables de evitar su liquidación por insolvencia, tomando para ello el juez interviniente como estándar o cartabón valorativo la conducta de un hombre “ordinario y razonable”. Sentado ello, si se contrajeron nuevas deudas o se empeoró la posición de los acreedores de la compañía en liquidación por insolvencia (*compulsory winding up*), los directores de derecho y de hecho (*shadow directors*), serán personal e ilimitadamente responsables por los perjuicios causados a esos acreedores.

A su vez, con esta reforma concursal inglesa se ha instaurado, luego de no poco debate, la “*automatic disqualification*”, que es una inhabilitación especial de que pueden ser objeto los

⁽⁵⁷⁾ Sobre la misma puede ampliarse en DOBSON, J.M., *La reforma de 1985 del derecho concursal inglés (Algunos aspectos)*, RDCO, 1985, 461 y en GÓMEZ LEO, 1992:267 y sgtes.

⁽⁵⁸⁾ Como se ve, si bien abandona la característica de la enumeración de actos de quiebra conteste a su tradición jurídica, tampoco acude a una definición abstracta y conceptual de la noción de insolvencia.

directores de las compañías liquidadas por insolvencia, a la que algunos tildaron de draconiana y cuyo fundamento fue evitar el “vaciamiento” de una compañía por parte de sus directores. Al efecto, el director imputado puede acreditar –inversión de la carga de la prueba mediante– para lograr ser exculpado: 1) que en los tres meses anteriores al pedido de liquidación, su actuación devino útil en defensa de los acreedores de la compañía; 2) o que su designación fue hecha dentro del mismo período de tiempo; 3) o que la compañía era solvente al tiempo en que se dispuso su liquidación.

3.d.2) Estados Unidos de Norteamérica:

La legislación de quiebras norteamericana tiene una gran semejanza con la inglesa. Lo mismo que en ésta, las normas que regulan la falencia han tenido sus fuentes en el derecho escrito (*statue law*) y no en el *common law*. La Constitución de los Estados Unidos, sección VIII del artículo 1º, faculta al Congreso nacional para dictar leyes generales de bancarrotas para todo el país, por lo que los estados particulares no pueden legislar sobre esta materia ⁽⁵⁹⁾.

Anteriormente, la ley federal de quiebras (*Bankruptcy law*) que regía en todo el territorio de los Estados Unidos, fue promulgada el 1º de julio de 1898, posteriormente sufrió algunas modificaciones, siendo la más importante la de 4 de marzo de 1933, originada en la crisis económica que sufría ese gran país. Los rasgos esenciales eran: su naturaleza federal, su aplicación a comerciantes y civiles, el establecimiento como condición esencial para la declaración de quiebra involuntaria la insolvencia del deudor, en materia de rehabilitación establecía que el deudor puede pedir al juez la *order of discharge* después de haber transcurrido un mes desde la adjudicación de la quiebra, siendo acordada si no se trata de un quebrado fraudulento o que se haya negado a cumplir las resoluciones del tribunal durante la tramitación del juicio.

Se ha sostenido que de acuerdo con el Derecho norteamericano, el deudor tiene derecho a que el juez le otorgue la liberación de deudas, ya sea con o sin el consentimiento de sus acreedores. Por consiguiente, la legislación de quiebra tiene dos propósitos, igualmente importantes de hecho y de Derecho: la obtención y distribución del activo del quebrado entre sus acreedores y la liberación del deudor ⁽⁶⁰⁾.

Como se dijo, la legislación estadounidense en materia de quiebras es de competencia federal y está actualmente recogida en los Títulos 11 a 28 del *United States Code*. Antiguamente se exigía la insuficiencia aritmética del activo frente al pasivo como presupuesto objetivo; empero en la legislación vigente no se requiere el estado de insolvencia como condición precedente al derecho de presentar una petición de quiebra. La Reforma de 1978 también ha eliminado la necesidad de que una demanda voluntaria fuese hecha de buena fe, excepto en los casos del Capítulo IX (Insolvencia de municipalidades o haciendas municipalizadas) y del Capítulo XI (Reorganización) que deben ser preparados de buena fe ⁽⁶¹⁾.

La ley estadounidense prevé cuatro procedimientos concursales: 1) la liquidación (Cap. VII de la ley) en el curso de la cual los bienes del deudor son cedidos a un administrador falencial para su venta y entrega del producido a sus acreedores, 2) el Capítulo IX que prevé un procedimiento para las municipalidades y haciendas municipalizadas, 3) el Capítulo XI que

⁽⁵⁹⁾ GARCÍA MARTINEZ, *El concordato...*, t. I, 1940, p. 48.

⁽⁶⁰⁾ Conf. NADELMANN, Kurt H. *La quiebra...*, op. cit., p. 257/258.

⁽⁶¹⁾ RIVERA, *Instituciones*, I, p. 54.

contiene la reorganización y como finalidad es el saneamiento de la empresa⁽⁶²⁾ y 4) el Capítulo XIII es reservado a aquellos cuyo ingreso proviene del trabajo en relación de dependencia, que no son privados de la posesión de sus bienes pero deben aplicar los ingresos posteriores a la admisión al proceso para el pago a sus acreedores.

En el año 2011 el Senado estadounidense votó una reforma significativa tendiente a hacer “más difícil” la quiebra de las personas físicas y en 2005 también se efectuaron reformas en el *USA Code Bankruptcy*, cuyo desarrollo excede el marco cognoscitivo propuesto⁽⁶³⁾.

3.d.3) Reflexión:

Para finalizar el abordaje al derecho anglosajón, es dable destacar una diferencia fundamental en la concepción de la quiebra en los países anglosajones respecto de los nuestros. En efecto en dichos países proviene de considerarla como un accidente propio del tráfico, de allí que el eminente carácter represivo de la quiebra en el Derecho continental se desdibujó rápidamente en Inglaterra⁽⁶⁴⁾. Repárese en las leyes de la Reina Ana de 1705 y 1711 citadas *ut retro*, por las cuales se les expedía a los deudores honestos un certificado que le permitía iniciar una nueva vida y se le otorgaba una nueva “chance”; del cual nació el *discharge* por el cual el deudor es liberado de todas sus obligaciones con la liquidación falencial de sus bienes cualquiera sea el porcentaje recibido por sus acreedores en la liquidación. De la concepción expuesta, es que las leyes inglesas en general no se ocupan de aplicar penas a los fallidos, más aún cuando –como veremos- permiten una nueva oportunidad (un *fresh start* o “borrón y cuenta nueva”), aunque en rigor de verdad algunos de dichos conceptos e instituciones han sido incorporados al resto de las legislaciones en sus últimas reformas.

3.e) Algunos países latinoamericanos (Breves referencias)⁽⁶⁵⁾:

3.e.1) México:

En México regía la ley sancionada el 31 de diciembre de 1942, cuya Exposición de Motivos destacaba principalmente la idea de que la quiebra no es un asunto de interés privado sino de interés social y público, por lo que ella interesa no sólo a los acreedores sino fundamentalmente al Estado en cuanto supone la liquidación de una empresa mercantil y por

⁽⁶²⁾ Sostiene RIVERA (*Instituciones*, I, 1993:55) que dicho *chapter* fue tenido en consideración como fuente de nuestra ley 24.522 en algunos aspectos importantes como la categorización de los acreedores y más lejanamente en las propuestas de terceros (art. 48, LCQ 24.522).

⁽⁶³⁾ Sin perjuicio que su referencia carece del rigor técnico jurídico debido, para ilustrar la “filosofía” o “concepción” de la legislación quiebrista estadounidense, es dable mencionar lo expuesto por el Dr. Marcelo Echebarne en una conferencia de la revista *Latin Finance* celebrada en Miami en febrero de 2008 donde se abordaba el tema de la deuda argentina, quien “...ensayó otro enfoque, distinto del de la pelea en las cortes judiciales o en el Congreso: “*Estados Unidos es el país más liberal en materia de quiebras. En 97% de las quiebras es no asset bankruptcy (sin activos en la quiebra), con lo que no le debés luego nada a nadie; si chocaste, empezás de nuevo*”, graficó sobre la posibilidad de cobrar algo en un litigio, y además desestimó ir por el lado de provocar conflicto en la relación diplomática bilateral” (Conf. LAUDONIA, Mara, *Los Buitres de la Deuda*, Buenos Aires: Ed. Biblos, 2.013, p. 147).

⁽⁶⁴⁾ RIVERA, *Instituciones*, I, 54. Como bibliografía especial para un análisis profundo del derecho comparado, se recomienda a Pajardi, Piero e autori vari, *Il fallimento del mondo*, Padova, 1988.

⁽⁶⁵⁾ Se toma lo expuesto en Rivera..., 1993: 57 y en RIVERA, Julio Cesar, “*El derecho concursal: una rama cuya legislación está en permanente cambio*”, Revista de Derecho Comparado Año 2009 N° 15. Reformas concursales (Segunda parte). Asimismo, para su ampliación vide: ARGERI, *La quiebra...*, t. I, p. 44 y ss.

corresponder a aquél la tutela de intereses colectivos. A los efectos del objeto de este trabajo, cabe destacar que también preveía una regulación de los efectos personales de la quiebra que comprende sanciones de carácter penal.

En el año 2.000, el sistema concursal azteca ha tenido una reforma prácticamente total mediante el dictado de la *Ley de Concursos Mercantiles* del 12 de mayo. La cual, en el Título Décimo Primero contempla los “Aspectos penales del concurso mercantil”.

3.e.2) Brasil:

En Brasil la normativa brasileña general en materia concursal se encontraba recogida en el Decreto-Ley 7.661, de 21 de junio de 1945, donde la quiebra se extendía sólo a los comerciantes, contenía una minuciosa enumeración de los actos reveladores de la cesación de pagos e incluía también el régimen penal de la quiebra.

En la misma se contemplaban los procesos de quiebra «*falência*» y las «*concordatas*», dichas expresiones en portugués podrían traducirse, por su proximidad, como «quiebra» y «suspensión de pagos». La *concordata*, era un instituto a través del cual el deudor insolvente intentaba evitar su quiebra o extinguirla mediante la presentación al juez de una propuesta de liquidación de sus deudas, parcial o total, observando, en todo caso, las condiciones establecidas en la Ley. Las cuales, desde la perspectiva del pago a los acreedores, podía ser: moratoria, remisoría y mixta. Sobre dicha norma, se sostenía que la misma se centró fundamentalmente en la figura del comerciante individual y colocó a la sociedad mercantil en el secundario plano de las excepciones⁽⁶⁶⁾.

Mediante la ley 11.101 –*Lei de falencias*- del 9/2/2005 en vigor desde el 10/6/2005 de “*Recuperação Judicial a Extrajudicial e a Falencia da Empresario e a Sociedade Empresaria*” (“Recuperación Judicial y Extrajudicial y Quiebra del Empresario y de Sociedad Empresaria”) ha tenido una reforma prácticamente total, la cual por primera vez en nombre de la ley asume el tratamiento diferenciado prevención judicial de la extrajudicial y de la quiebra del empresario y de la empresa. Así, la ley en vigencia provee dos formas de reorganización: un procedimiento judicial y otro extrajudicial, habiendo sido este último calificado como la versión brasileña de los pre-pack americanos⁽⁶⁷⁾

En este sentido, se ha dicho que dicha norma introduce importantes cambios en la regulación de la quiebra empresarial conforme al Derecho brasileño. En virtud de las citadas modificaciones, se ha modernizado el arcaico sistema de quiebra brasileño quedando eliminado el procedimiento de *concordata* y creándose en su lugar dos nuevos sistemas en favor de la continuidad de las empresas: la *recuperación judicial* de empresas y la *recuperación extrajudicial* de empresas. Asimismo, la nueva Ley ha transformado el sistema procesal de la quiebra, con el objetivo de modernizar la ejecución concursal⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ COSTA BRAGA DE OLIVEIRA, Pedro Alberto, *Apuntes sobre el régimen concursal brasileño*, Actualidad Jurídica Uría & Menéndez N.O 6/2003, Práctica Latinoamericana, págs.. 65 y sgtes., en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1105/documento/06Latino.pdf?id=2020> [19/10/2013].

⁽⁶⁷⁾ Felsberg, Thomas, *Out of Court Restructuring in Brazil*, Insol World, Third Quartes 2007, pág. 27. Citado por: RIVERA, *El derecho concursal... El derecho concursal una rama cuya legislación está en permanente cambio*, Rev. de Derecho Comparado, Año 2009 - 15

⁽⁶⁸⁾ VALLE ZAYAS, Javier y VILARINHO SCAREL, Samuel, *La nueva ley de quiebras de Brasil*, Actualidad Jurídica Uría y Menéndez / N° 11-2005, págs. 112/115.

La conducta del deudor es evaluada, especialmente en los informes del administrador judicial, pudiendo incoarse un procedimiento penal, por delito concursal. En ese caso la acción penal es de competencia del juez criminal de la jurisdicción donde haya sido declarada la quiebra, concedida la recuperación judicial u homologado el plan de recuperación judicial.

Por último, es dable destacar que esta norma también sigue contemplando el régimen penal de la quiebra, lo cual se analizará oportunamente.

3.e.3) Perú:

En 2.002 se dictó la *Ley 27.809* ⁽⁶⁹⁾, denominada *Ley General del Sistema Concursal (LGSC)*, optando por los principios de unidad legal y de sistema, ya que unifica en un solo texto legal los aspectos materiales y procesales del concurso, sin más excepción que la de aquellas normas que por su naturaleza han exigido ser excluidas. Dicha ley prevé un título (VII) que prevé un régimen de infracciones y sanciones.

Se ha sostenido que se supera la diversidad de instituciones concursales, justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil y viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento. Tendencia la cual se percibe en el régimen de los efectos que produce la declaración de insolvencia, ya que respecto al deudor se atenúan los establecidos por la legislación anterior y se suprimen los que tienen un carácter represivo de la insolvencia. Ante una solución liquidatoria del concurso, la unidad y flexibilidad del procedimiento permiten en estos supuestos pasar en forma rápida y simple a la fase de liquidación.

3.e.4) Chile:

Se ha sostenido que las disposiciones sobre quiebras y convenios en este país conservan todavía ese sello de estrictez y severidad sin indulgencia que marcan las primeras recopilaciones indianas ⁽⁷⁰⁾. Si bien la quiebra como proceso de ejecución general tiene la finalidad principal de liquidar bienes y distribuir su importe entre los acreedores, al Estado le interesará el fenómeno económico de la quiebra mercantil en cuanto afecta a la economía nacional. Lo cual se advierte en dos aspectos, en la tutela del derecho de los acreedores en la distribución igual y proporcional del patrimonio del deudor y en la severidad de las penas impuestas para la quiebra punible y la circunstancia de que basta de la existencia de un solo acreedor para la declaración de quiebra y desencadenar el procedimiento concursal.

En este país, en 1982 se dictó la ley 18.175 de Quiebras derogando por completo la ley 4558 de 1929, la cual era considerada demasiado antigua y orientada a enfatizar básicamente, los aspectos criminales de la quiebra y el estigma de la desgracia antes que preservar la empresa en crisis. Entre los aspectos más salientes para lo atinente a este trabajo, la ley 18.175 contrae el juicio penal de calificación estableciendo un factor personal o de legitimación restringida a aquellos deudores que reúnan las calidades la propia ley enumera, asociados al

⁽⁶⁹⁾ Véase y ampliése en CARBONELL O'BRIEN, Esteban, *Breves Apuntes de la novísima ley de concursos peruana o ley 27.809*, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, RDCO, 2007-A, p. 407/412.

⁽⁷⁰⁾ Conf. PRADO PUGA, Arturo. *Síntesis de la legislación de quiebras en Chile*, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, RDCO, 2007-A, p 491, trabajo que se sigue principalmente para exponer estas líneas acerca del país trasandino.

desempeño de alguna de las actividades que enumera sin la falta de orden o probidad que exige, dicha calidad de comerciante, agricultor, minero o industrial ⁽⁷¹⁾.

Luego se dictó la ley 18.576 de 1986 que contiene medidas destinadas a regularizar la situación de empresas bancarias, disponiendo la posibilidad de su liquidación. Por último, se dictaron las leyes 20.004 del 8/3/2005 y la ley 20.073 del 29/11/2005, que importaron la reforma más significativa a la legislación de 1982, fundamentalmente en materia de transparencia del sistema de administración privada de las quiebras a través de síndicos y en el fomento y privilegio de la celebración de convenios concursales entre el deudor y sus acreedores destinados a mantener y conservar la integridad de las empresas.

3.f) Japón:

Sobre la legislación japonesa, la cual en alguna oportunidad fue mencionada entre las tomadas para nuestra legislación concursal (v.gr. para la ley 19.551), brevemente cabe mencionar sólo algunas referencias.

Ya hace varios años atrás, se anoticiaba que la quiebra en Japón era un hecho “escandaloso”, con serias repercusiones no sólo sobre la personalidad del deudor fallido, sino sobre toda su familia, sus descendientes y aún los colaterales ⁽⁷²⁾, lo cual de algún modo en la actualidad –debido a su idiosincrasia, valores y cultura- sigue latente.

Asimismo, cabe mencionar que a tono con los cambios habidos en otras legislaciones, hace poco tiempo atrás, Japón ha dictado una ley sobre Reorganización Corporativa que si bien mantiene la estructura de la legislación anterior, inspirada en el capítulo XI de la ley de los Estados Unidos ha incorporado 55 medidas de reforma para hacer más eficiente el sistema ⁽⁷³⁾.

3.g) Cultura árabe:

Sin perjuicio de no profundizar sobre la misma, especialmente sobre su regulación o sistema jurídico el cual se encuentra impregnado fuertemente de aspectos religiosos y de su idiosincrasia; al respecto, es dable mencionar a modo meramente ilustrativo, aunque más no sea una referencia atemporal que *“Para los árabes, la quiebra era el acto más denigrante y vergonzoso, al extremo que al fallido lo hacían montar al revés en un burro y lo paseaban por los barrios de la ciudad, exponiéndole al escarnio público. Desde esa fecha, el hombre era*

⁽⁷¹⁾ Así, respecto al deudor calificado, cabe destacar el mayor rigor frente a las causales de quiebra en el evento que cese en el pago de una obligación mercantil y, asimismo, la carga que pesa sobre éste de solicitar y denunciar su propia quiebra bajo los apercibimientos que la ley señala y, por último, el proceso penal de calificación abierto paralelamente con la declaratoria para investigar si la cesación de pagos es o no constitutiva de delito. Conf. PRADO PUGA, op. cit., p 507, nota 40).

⁽⁷²⁾ Conf. BRONZINI, Mario, “*Il fallimento in Giappone*”, Rivista del Diritto Falimentare, marzo-abril, 1974, p. 54, citado por ARGERI, Saúl A., *Si la sindicatura puede intervenir en el proceso penal por quiebra fraudulenta*, LL, 1980-A, p. 1073, nota 2). Asimismo, sobre la legislación entonces vigente, véase: ARGERI, Saúl A., *Notas sobre la ley de quiebras de Japón*, LL, 1980-A-1078/1081.

⁽⁷³⁾ La ley fue aprobada por la Dieta en diciembre del 2002 y está en vigor desde el 1.4.03: v. Matsushita, Junichi, *New Corporate Reorganization Law in Japan*, Insol World, First Quarter, 2003, pág. 18. (Conf. RIVERA, Julio César, *El derecho concursal: una rama cuya legislación está en permanente cambio*, RDC, Año 2009 - 15, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 11/50.

considerado como un muerto pues no podía volver a ejercer el comercio, no sólo porque nadie le vendería, sino porque nadie le iba a comprar” (74).

4. ANTECEDENTES DE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA EN MATERIA CONCURSAL Y SUS ASPECTOS SANCIONATORIOS (75):

4.a) Antecedentes hispano-indianos. Las Ordenanzas de Bilbao.

En lo relativo a quiebras, nuestros orígenes se encuentran y enraízan en las *Ordenanzas de Bilbao*. Téngase presente que al iniciarse el movimiento revolucionario que condujo la emancipación, las causas comerciales sujetas a la jurisdicción del Consulado de Buenos Aires –credo por real cédula del 30 de enero de 1794- debían ser resueltas en primer término por las Ordenanzas de Bilbao(76), y sólo subsidiariamente les eran aplicables las leyes de Indias y las de Castilla.

Constaban de 723 leyes o “números”, distribuidos en 29 capítulos entre los cuales se trataban las quiebras. Para su formación, se tomaron las ordenanzas anteriores, las francesas de 1673 y 1681, los reales privilegios concedidos a Burgos y Bilbao, los usos y prácticas comerciales de la época y la jurisprudencia consuetudinaria.

Sin perjuicio que a las mismas se le han hecho grandes elogios, señalando la claridad y el acierto general de sus disposiciones, así como de ser las primeras en España que se ocuparon de las sociedades y de la contabilidad mercantil, no eran pocas sus deficiencias.

Entre ellas, en lo que respecta a las quiebras –por ser el tópico que abordamos en el presente- el procedimiento que establecían ha podido decirse que respondía más a un plan concebido para investigar las causas de un delito y castigar a los culpables, que a la necesidad de salvar lo posible del desastre, en beneficio de los acreedores y del deudor (77). En las mismas a los fraudulentos o alzados se los asimilaba a la categoría de ladrones públicos, siendo castigados con todo el rigor de la ley(78).

Se establecía como sanción su persecución, captura y castigo proporcional a sus delitos, demostrando un gran interés en la faz penal. Declarada la quiebra, se procedía al arresto del fallido, y se resolvía sobre su libertad con posterioridad a la calificación de su quiebra (Montagna, 2011: 22/23).

(74) Conf. GUARIER, José E., *Sabiduría árabe*, Peuser, Buenos Aires, 1949, p. 351. Citado por MONTAGNA, Gastón Alejandro, *Sanciones al quebrado*, Ed. Abaco, p. 10.

(75) Se han tomado básicamente los trabajos de: MALAGARRIGA, Carlos C. *Reseña de la legislación comercial argentina (1810-1960)*, Buenos Aires: Depalma, 1961; MAFFIA, Jorge Osvaldo y MAFFIA, María Ofelia Borzi de. *Legislación concursal; Introducción Histórico Crítica*. Buenos Aires: Zavalía, 1979, p. 71 y sgtes.; ARGENTI, *La quiebra y demás procesos concursales*, tomo 1, p. 101 y sgtes. y RIVERA, Julio César. *Instituciones de derecho concursal*, tomo I, p. 58 y sgtes.

(76) Siendo su denominación completa *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la muy noble y muy leal Villa de Bilbao*. No eran las “primitivas”, o sea las que la hermandad de comerciantes de esa villa española se habían dado en 1459 y que Felipe II confirmó en 1560. Tampoco eran las llamadas Ordenanzas “nuevas” acordadas en 1725, sino las que se resolvió formar diez años después y que Felipe V aprobó en 1737.

(77) MALAGARRIGA, Carlos C., *Reseña...*, p. 13, citando a Ramón S. Castillo, *Evolución del concepto de la quiebra en el derecho argentino, en el libro del 50º aniversario de la reforma de 1889*, Bs. As., 1941, p.382.

(78) ANTONI PIOSSEK, Carlos R.-RODRIGUEZ, Robinson, *La declaración de quiebra. Sus efectos conexos*. Córdoba: Lerner Editora, 2003, p. 35. Citado en BARBIERI, Pablo C., *Manual teórico práctico de derecho concursal*, Buenos Aires: Ed. La Ley, 2012, p. 10.

Empero, evidentemente, como eran más sus cualidades que sus defectos, resultaban superadores de las disposiciones que anteriormente rigieron, por lo que en los primeros años de vida independiente no se pensó en modificarlas, y mucho menos en derogarlas; más aun cuando los gobiernos patrios tenían otras cuestiones que resolver a las cuales les debían otorgar prioridad. Como se expuso, España misma no había de sustituirlas sino en 1829.

4.b) El derecho intermedio. El derecho patrio ⁽⁷⁹⁾.

La natural preocupación por los problemas de otro orden no obstó, sin embargo, a que se iniciase, a muy pocos años de Mayo de 1.810 la obra de la reforma legislativa en materia comercial. Ello no sólo por las deficiencias ya mencionadas, sino que también ante la ruptura de la vinculación política con la metrópoli tuvo forzosamente que provocar la inadecuación de buena parte de las normas de aquéllas.

Así, sin perjuicio que la Asamblea de 1813 legisló sobre ciertas cuestiones de índole mercantil, entre otras disposiciones, es en el gobierno provincial de Martín Rodríguez, y por iniciativa de sus ministros Bernardino Rivadavia y Manuel García, que se realiza, entre los años 1.821 y 1.822, el primer esfuerzo serio en pro de la reforma de la legislación comercial.

Es así que en ese período se dictan una serie de normas, entre las cuales el 01 de julio del año 1.822 se dicta un decreto sobre “*alzada de comercio*”. Es más, al ser inaugurada el 1 de febrero de 1822 la primera Bolsa de Comercio, Manuel García –quien tenía una preocupación especial por la reforma de la legislación comercial- anuncia el “establecimiento de un nuevo código mercantil”, sobre el cual posteriormente se ocupó encomendar su elaboración, empero su aprobación quedó trunca.

Sólo leyes y decretos aislados aparecen, en efecto, entre esa época y la de la codificación. Mientras tanto, como ya se expuso, en España en 1828 se establecía un Código de Comercio mientras gobernaba Fernando VII. Ante el evidente progreso que representaba el Código *fernandino*, el diputado García Zúñiga propuso en la legislatura bonaerense en 1831 que se lo adoptara como ley de la Provincia, y si bien no tuvo éxito su propuesta, el cuerpo deliberativo resolvió autorizar al gobernador para que nombrara una comisión al efecto. Maguer en 1833 según el mensaje a la Legislatura los trabajos continuaban, la misma no logró llegar a término con su cometido.

Amén de lo expuesto, el Código español, se hizo de común aplicación en la práctica, al menos buena parte de sus disposiciones, y aún resolvió expresamente que el Tribunal de Comercio se atuviera a él, una ley de Mendoza del 7 de noviembre de 1845⁽⁸⁰⁾.

Nuestro país mantuvo un criterio sancionatorio rígido como castigo en miras del perjuicio causado a los acreedores con preponderancia a los valores generales de la comunidad, pero sin llegar a los extremos del sistema romano o francés (Montagna, 2011:23). La excepción, estuvo dada, respecto a la provincia de Buenos Aires por Juan Manuel de Rosas, quien resolvió por *Decreto del 29 de marzo 1.836*, la supresión y abolición de “*los*

⁽⁷⁹⁾ Se denomina “*derecho patrio*” al conjunto de normas vigentes en el territorio de la hoy República Argentina desde la emancipación hasta la constitucionalización y codificación (Conf. RIVERA, *Instituciones*, I, p.19, nota 5)

⁽⁸⁰⁾ Un decreto de Sarmiento, durante su gobernación de San Juan, dispuso en 1862 lo mismo para dicha provincia y que sólo como legislación supletoria rigiera el Código de Comercio de Buenos Aires (Citado por MALAGARRIGA, Carlos C., *Reseña...*, p. 19), lo cual algunos juzgan como una incongruencia ya que el mismo había bregado para la sanción del proyecto de Acevedo y Vélez Sarsfield.

concurso de acreedores, llamados de esperas o moratorias y de remisión o quita de acreedores”, medida a la que el “Restaurador de las leyes” le otorgó efecto retroactivo⁽⁸¹⁾.

En ese entonces, en esa materia imperaba la justicia “gremial” según la calificara Acevedo, donde el Tribunal del Consulado resolvía causas que no habían podido dirimirse por transacción o arbitraje, la intervención letrada estaba vedada y se ordenaba desechar todo lo que olierá “*a sutilezas y formalidades de derecho*”, consideradas como trasgresión la norma de proceder a estilo llano, verdad sabida y buena fe

Luego por decreto se quitaron al Consulado de Buenos Aires sus atribuciones administrativas, empero las judiciales seguía ejerciéndolas hasta que la institución desapareció en 1.862. Como la regla VII de la Cédula ereccional había dispuesto que en casos en que por alguna grave dificultad de derecho, creyeran los jueces que no bastaban su conocimiento y su experiencia, se procedería a dictamen de letrado. Siendo el influjo de este asesor cada vez mayor, la ley de Buenos Aires de 1.857, luego de establecer que los fallos del Consulado eran apelables ante una sala del Superior Tribunal de Justicia, admitió expresamente la intervención de abogados en causas de comercio.

Sin perjuicio de todo ello, en esa época la justicia comercial había llegado a la casi paralización, los pleitos para cuya resolución la cédula de 1.791 daba el término de ocho días duraban años, sin que en las provincias el estado de la administración de justicia fuera mejor⁽⁸²⁾.

En materia de quiebras, había llegado a extremos insostenibles. Las dilaciones del juicio por la falta de reglamentación de la verificación de créditos y del ejercicio de las acciones de los terceros contratantes, las facultades excesivas otorgadas a los síndicos y la carencia de una fiscalización que evitase las demoras maliciosas, desviaban el procedimiento⁽⁸³⁾ de su finalidad propia, uniéndose a ello el temor que infundía la falencia por el carácter infamante que le conferían las interdicciones y sanciones de toda índole.

Todo ello, según Malagarriga, explica, si no justifica, el decreto de Rosas, que en alguna provincia, la de Tucumán en 1.851, tuvo repercusión, y que el decreto del 24 de mayo de 1.858 por el que el gobernador Valentín Alsina lo dejó sin efecto, previo informe favorable del tribunal y del asesor de éste, se dictase en contra de los pareceres adversos del fiscal de Estado y del Tribunal Superior de Justicia ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸¹⁾ En relación al mismo Malagarriga (1961:19), refiere “...Ese sorprendente, y posiblemente sorpresivo, decreto, equivalente en materia legislativa al conocido recurso de la terapéutica festiva, de la decapitación para la curación del dolor de cabeza, requiere una referencia al estado de la administración de justicia, en lo comercial, en esta etapa intermedia entre Mayo y la codificación...”; por su lado, Montagna (2011: 24) opina “...El decreto, a los ojos del año en el que fue dictado aparenta ser despótico y de un criterio sancionatorio de índole represiva con rasgos similares al de los primitivos romanos, pero es la primera norma que en nuestra legislación instauró un criterio rígido no como resarcimiento o castigo sino como defensa de los valores generales de la comunidad”, quien además lo destaca en: *La cesación de pagos. No ignoremos la faz penal*, ADLA, 2005, LXV-C, ps. 3586/3587.

⁽⁸²⁾ ACEVEDO, *Ensayo histórico sobre la legislación comercial argentina*, Bs. As., 1.914, cap. V. Citado en MALAGARRIGA, (1961: 20).

⁽⁸³⁾ Dice CASTILLO, Ramón S, *Evolución del concepto de la quiebra en el derecho argentino*, en el libro del 50º aniversario de la reforma de 1889, Buenos Aires, 1941, p. 382 citado por MALAGARRIGA, op. cit., p. 21-

⁽⁸⁴⁾ Un acuerdo de Tribunal de Comercio del 20 de marzo de 1858 distinguía tres clases de concursos indefinidos: 1º) existe síndico, pero el concurso está demorado o abandonado: 2º) concursos sin síndico, por fallecimiento de

4.c) La codificación. El Código de Comercio de 1862.

Caído Rosas luego de la Batalla de Caseros, Juan Bautista Alberdi propició la reforma general del derecho vigente, y de acuerdo con él los convencionales de 1853, apartándose del modelo norteamericano al facultar al Congreso de *dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería*, lo cual fue receptado en el texto constitucional (art. 67 inc. 11, Constitución Nacional 1853/1860). Urquiza, de todos modos, ya se había anticipado a ello, ya que el 24 de agosto de 1852 había dictado un decreto que establecía una comisión encargada de preparar un proyecto de nuevos códigos Civil, Penal, de Comercio y de Procedimientos.

Empero, la revolución habida en Buenos Aires barrió la influencia de Urquiza en dicho territorio, y obviamente con la citada comisión.

Separada la Provincia de las demás, en 1854 una ley del Congreso reunido en Paraná, encargó al Poder Ejecutivo de la Confederación dar cumplimiento con las disposiciones constitucionales, para lo cual debía nombrarse otra comisión, lo cual se postergó por dificultades económicas.

Contrariamente a la paralización de la codificación en general en la Confederación, el “Estado de Buenos Aires” se preocupó de darse, al menos, un Código de Comercio, resucitando viejas iniciativas. Según nos informa MALAGARRIGA (1961:24, citando a CHÁNETON, tomo II, p. 79 en su historia de Vélez Sarsfield, Bs. As. 1938), fue Sarmiento en 1855 de regreso en Buenos Aires, tras tres años de un nuevo destierro en Chile que le había dado la ocasión de asistir allí a las fases finales del proceso legislativo que culminó con la promulgación del Código Civil redactado por Bello, quien incitó personalmente a Tejedor y a Vélez Sarsfield a que abordasen una empresa semejante. A ello, el cordobés habría contestado que no se creía preparado, pero que “si se tratara de un Código de Comercio” se encargaría “gustoso del trabajo”. Nombrado en 1856 Vélez Sarsfield ministro de gobierno decidió abordar el problema de la codificación comercial. Al efecto, Sarmiento sugirió a Vélez el nombre de un distinguido jurista uruguayo Eduardo Acevedo, quien años antes había redactado un proyecto de Código Civil para el Uruguay⁽⁸⁵⁾; a quien se le confirió la faena de trabajar en la preparación de un Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires bajo la “supervisión” del propio ministro.

Pese a las dificultades políticas y económicas que se vivían en esa época, sumado a la dicotomía Confederación-Buenos Aires y sus implicancias en el quehacer diario, en pocos meses se consiguieron redactar los 1748 artículos de un Código que el propio Segovia veinte años después calificó como el mejor de su época.

Se ha discutido mucho sobre la medida en que Vélez Sarsfield colaboró en la preparación del proyecto. En efecto, ha existido la polémica Vélez Sarsfield-Quintana, quien

los que fueron; 3º) expedientes en poder de rematadores. El Tribunal da quince días a los rematadores para explicar la demora o remitir el expediente, treinta días a los síndicos bajo pena de destitución y quince días para nombrar síndico al concurso que no lo tenga. Acevedo, *Ensayo histórico...*, p. 57, presenta como ejemplo de lo que ocurría entonces, por aplicación de las Ordenanzas de Bilbao, el caso del juicio de Emilio James Bazón contra el concurso de José Colodro, y explica (p. 49), por los abusos de la época, la amplitud de las facultades que dio al juez comisario el Código de 1859. (Citado por Malagarriga, Carlos C, *Reseña...*, p. 21).

⁽⁸⁵⁾ MALAGARRIGA, op. cit, p. 25, citando a Cháneton refiere que Sarmiento tenía una supersticiosa admiración por los codificadores, sin perjuicio de su fobia a los abogados.

sostuvo que el autor del Código fue Acevedo y que Vélez Sarsfield fue nada más que un corrector oficioso, afirmaciones las cuales el propio Vélez tachó de falsas.

En la nota de remisión Vélez Sarsfield y Acevedo decían que habían tenido “el cuidado especial de no crear un derecho puramente ideal sino que fuese conforme el estado actual de la sociedad y a los progresos y desenvolvimientos ulteriores del comercio, sino en todos los Estados del Plata”⁽⁸⁶⁾.

Sin perjuicio de ello, grande fue la contribución tomada de los diversos códigos extranjeros como el español de 1829, el francés de 1807, el holandés de 1838 y el brasileño de 1850, lo cual así fue reconocido en la propia nota de remisión del proyecto.

Entre los asuntos o temas que los autores del Código decían haberse tenido que apartarse “no sólo de las leyes comerciales de las diversas naciones sino aun de los usos y costumbres judiciales de Buenos Aires”, era el de las quiebras. Las observaciones más comprobadas, decían, nos demuestran hoy que no hay fraude punible en el mayor número de los fallidos, de modo que los jurisconsultos de más alto crédito aconsejan hacer cesar ya la presunción de fraude en las quiebras, mientras no hubiese motivos especiales para establecerla, y “esta doctrina dirige los primeros procedimientos que se establecen en el título correspondiente, variando las leyes y costumbres judiciales hasta aquí observadas”⁽⁸⁷⁾

Empero, como observa CASTILLO (*op. cit.*, p. 385) las disposiciones proyectadas no corresponden esos conceptos, pues si bien atenuaban los efectos de la quiebra, no lo hacían en la medida necesaria para no hacer gravosa la situación del deudor más allá de lo indispensable. En efecto, decretada la quiebra, se efectuaba el arresto del fallido, el cual se prolongaba hasta que se tramitara –con las formalidades del juicio ordinario- la calificación de la quiebra, la cual no podía iniciarse hasta después de terminado el período informativo. Y si bien el deudor podía obtener su libertad provisional dando fianza y también se lo libertaba al declararse casual la quiebra; esas atenuaciones, o llegaban tarde o no borraban la presunción de fraude en contra suya. En cambio, el período de sospecha, la verificación y graduación de créditos, la organización de los funcionarios del juicio y las mismas liquidación y distribución eran legisladas con mayor acierto que lo hacían las disposiciones hasta entonces vigentes. Es así como buena parte de las reglas del libro IV del Código de Acevedo y Vélez fueron mantenidas en la reforma de 1889.

El Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires fue aprobado mediante ley del 6 de octubre de 1859, quedando absolutamente derogadas todas las leyes y disposiciones relativas a materias de comercio. En relación a dicho cuerpo normativo, se ha dicho que en el mismo se mantuvieron vestigios de la “quiebra-sanción” a pesar de la evolución experimentada⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁶⁾ MALAGARRIGA, *op. cit.*, p. 28.

⁽⁸⁷⁾ MALAGARRIGA, *op. cit.*, p. 29.-

⁽⁸⁸⁾ CÁMARA, Héctor. *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, Bs. As.: 1978, tomo III, pág. 1930. Montagna (2011:27) sostiene que como en el mismo proyecto se reconoce, el quebrado estuvo sujeto a una dura legislación respecto a su persona, quedando sujeto a la presunción de fraude; consecuentemente se propuso pasar al otro extremo: eliminar dicha presunción y establecer por ende un criterio sancionatorio flexible, sin contemplar el perjuicio que la quiebra le genera tanto al acreedor como a la economía del país.

Ello inmediatamente repercute en el resto de la República, Santa Fe lo adoptó en 1861 y Entre Ríos lo declara aplicable en su territorio al año siguiente. En Córdoba se nombra por decreto de 1861 una comisión para examinarlo persuadiendo de la conveniencia de uniformar la legislación comercial que regía en esa Provincia con la que rige en Buenos Aires. Y en San Juan, si bien se prefiere el Código español, se reserva al de Buenos Aires la condición de legislación subsidiaria.

Una vez terminada la secesión de Buenos Aires y reintegrada al seno de la Nación, sancionadas en 1860 las reformas que esta propuso a la Ley Fundamental de 1853 y constituido el Congreso en 1862, una de las primeras leyes que dicho cuerpo sanciona es la ley 15 del 12 de setiembre de dicho año, por la que se adoptaba como Código de Comercio, sin ninguna variante, el redactado por Acevedo y Vélez Sarsfield.

Cabe mencionar que nuestro Código de Comercio, inspirado en el francés de 1806, siguió con la corriente sancionatoria que se le imponía a los quebrados, ya que con el decreto de quiebra se disponía la detención del fallido (art. 1.549).

De lo expuesto, surge que en nuestras tierras, las Ordenanzas de Bilbao fueron el único ordenamiento integral que rigió la materia de quiebras hasta la sanción del Código de Vélez y Acevedo, vigente desde octubre de 1859 para Buenos Aires y aplicable a toda la Nación desde 1.862 (sancionado por ley 15, Adla. 1852-1880, 219) ⁽⁸⁹⁾.

4.d) Ley 514 de 1.872 de supresión de la prisión por deudas.

En nuestro país la Ley 514 del año 1.872 (Adla. 1852-1880, 943) estableció la supresión de la prisión por deudas en asuntos civiles y comerciales dejando como excepción los casos de quiebra mercantil regidas en ese entonces por el Código de Comercio (Ley 15 de 1.862) y la insolvencia fraudulenta.

4.e) Los proyectos de 1873 y 1887.

Aprobado en 1869 el Código Civil proyectado por Vélez Sarsfield a elección del presidente Mitre, ello planteó, con relación al derecho comercial, varios importantes problemas, el primero de los cuales, y requería más urgente solución, era el que derivaba de la existencia en el Código mercantil de un conjunto de disposiciones que la sanción del plexo civil hacía innecesarias (sobre efectos de las obligaciones, daños y perjuicios, etcétera). Además también resultaba conveniente correlacionar en su conjunto, los preceptos de ambos cuerpos legales.

Para ello, antes de la entrada en vigencia del Código Civil acaecida en 1871, en 1870 se propuso una comisión integrada por dos jurisperitos, Sixto Villegas y Vicente G. Quesada, quienes presentaron en 1873 el resultado de sus trabajos. Si bien las propuestas reformadoras consistieron en la supresión de las disposiciones referentes a materias legisladas en el Código Civil y en la agregación de títulos sobre cuentas corrientes y cheques, en materia de quiebras Segovia (citado por Malagarriga, p. 37) refiere que si tuvieron la excelente idea de separar, al tratar la quiebra, el fondo de la forma, empeoraron en cambio la legislación de ésta.

Empero la mentada y necesaria reforma, no se tradujo en la sanción que era de esperarse como tampoco en otra que la reemplazase, debiéndose esperar trece años, hasta que el presidente Juárez Celman por decreto del 9 de diciembre de 1886 encomienda al doctor

⁽⁸⁹⁾ Conf. MONTAGNA, *Fallido, penas y castigos*, Rev. Doctrina Judicial, Ed. La Ley, año XVI, n° 25, Buenos Aires, 17 de mayo de 2000, p. 150/151.

Lisandro Segovia. Entonces ya la reforma de la legislación comercial no aparecía reclamada sólo por las razones que había en 1870, sino que además lo exigía –como lo reconocía el decreto de nombramiento de Segovia- “el progreso del país y el desarrollo del comercio”, sumado a que varias naciones habían modificado sus legislaciones mercantil en consonancia a los adelantos de la ciencia y las necesidades económicas.

En 1887 Segovia envió al Poder Ejecutivo su proyecto, el cual resultaba un código “*totalmente nuevo*” a juicio de la Comisión de diputados, que habría luego de desecharlo por eso. Dicho proyecto se inspiraba principalmente en las leyes de Italia, Francia y Alemania, así como en las Conclusiones del Congreso realizado en Amberes en 1885, manteniendo en líneas generales el método del Código vigente que dividía el mismo en cuatro libros, dedicándole el cuarto a la quiebra. Entre sus críticas se puede destacar que no era muy precisa su terminología, que además no concordaba con la del Código Civil, cuando debiera haber coincidido con la de éste por tratarse de puntos regidos por él, como ley general o común y de remisión. Tal como ocurre, por ejemplo en su art. 1371, al disponer sobre quienes pueden ser declarados en quiebra, alude a “la persona capaz o la sociedad” que ejerciendo el comercio deje de cumplir sus compromisos comerciales. Según Malagarriga (1961:40), la misma fue una obra muy preciable, que bien pudo haber sido tomada mas en cuenta de lo que fue por los autores de la reforma de 1889.

4.f) La reforma de 1889.

No obstante ello, el citado proyecto Segovia fue enviado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados para que a través de la Comisión de Códigos lo estudiara y preparara el despacho pertinente. Empero la Comisión ⁽⁹⁰⁾, resolvió desde un primer momento, no tomar como base de su labor el proyecto citado y preparar otro que había de ser solamente reformas al Código entonces vigente.

El proyecto de la Comisión fue convertido en ley por la que lleva el número 2.637, (Adla, 1889-1919, 15) sancionada el 5 de octubre de 1889 y promulgada el 9 de dicho mes, y entró en vigencia el 1° de mayo de 1.890. Se partió de la concepción que el Código en la época de su sanción era uno de los más adelantados del mundo y que en la práctica sus disposiciones no había ofrecido inconvenientes graves de aplicación, por lo que se decidió conservar con su propia redacción incorporándole las reformas y agregaciones reclamadas, necesarias y actualizando las disposiciones a la realidad imperante a esa fecha.

La reforma, mantuvo la estructura del Código de 1862 aunque cambiando el título del libro IV por “De las Quiebras”; nada innovó sobre el pobre criterio sancionatorio anteriormente implementado, continuando siendo flexible y sin medir las consecuencias que la quiebra generaba a la economía del país.

La misma en su tiempo fue criticada, calificándola de escasa, tibia y hasta de mezquina, empero con el paso de los años las críticas fueron más benévolas. Entre las reformas introducidas en materia de quiebras se puede mencionar la supresión del juicio de calificación de la quiebra y del juez comisario e introdujo la adjudicación de bienes como una de las posibles soluciones del procedimiento.

4.g) Normas posteriores.

⁽⁹⁰⁾ Integrada por Wenceslao Escalante, Estanislao S. Zeballos, Benjamín Basualdo y Ernesto Colombres.

Entre la batería de normas comprendidas dictadas con posterioridad a la reforma de 1889, relacionadas de algún modo con la quiebra, podemos mencionar la *ley 2.739* de 1890 (Adla, 1889-1919, 212). Así, bajo la reforma de 1889 la detención del fallido siguió siendo una medida de seguridad que se adoptaba contra quien era, presuntivamente, considerado un delincuente. Debía, en efecto, permanecer detenido hasta que el síndico informara sobre las causas de la quiebra, oportunidad en la cual, si no eran denunciados hechos de culpa o fraude, se lo ponía en libertad. Pero, en el proyecto de la Comisión que se adoptó como ley, se había omitido disponer sobre la excarcelación provisional del declarado en quiebra.

El vacío mencionado se salvó con la sanción, el 2 de octubre de 1890, de la *ley 2739*, según la cual “en los casos en que fuera ordenado el arresto del fallido con arreglo al inc. 6 del art. 1396 del Código de Comercio, procederá la excarcelación mediante fianza de cárcel segura por una suma que arbitrará el juez, según los casos”.

Al año siguiente, fue otra reforma también atinente al libro IV, mediante la *ley 2794*, sancionada el 24 de agosto de 1891, por la cual se declaró apelables las regulaciones hechas en los arts. 1567 y 1678, así como la resolución mencionada en el 1489, y se estableció que el porcentaje de remuneración de los síndicos no podría ser excedido aunque interviniesen dos o más.

Luego se dictó la *ley 2889* de 1.892 (Adla, 1889-1919, 251), sobre lo que respecta al término o prórroga de la moratoria, sancionada el 1 de septiembre de 1892. El Código de Acevedo y Vélez Sarsfield había conservado en su libro IV la vieja institución de la moratoria y disponía en su art. 1736, que en ningún caso el término concedido al deudor podía exceder de un año y agregaba luego que no podía prorrogarse. Empero, como seguidamente hacía la salvedad de que la prórroga era factible si mediaban “causas graves”, sus disposiciones dieron lugar a discusiones en los estrados judiciales. Algunos sostenían que la prórroga sólo había querido referirse al caso de haber sido concedida la moratoria por menos de un año. Al problema se le dio judicialmente una solución “conciliadora”, admitiéndose la prórroga aunque el término originario fuese de un año, siempre que el deudor justificare causas imprevistas y de gravedad indiscutible.

La reforma de 1889 se inclinó en sentido completamente opuesto, ya que consagró, como principio absoluto, que la moratoria no era prorrogable, pese a lo cual en su informe, decía que sólo había introducido “ligeras modificaciones” en el título respectivo. La misma, se consideró al poco tiempo de entrar en vigencia como muy rigurosa, sobre todo ateniéndose a la situación por la que atravesaba entonces el comercio de la República. De ahí la sanción de la ley pre mencionada, que dispuso que el término de la moratoria será prorrogable, por dos veces consecutivas, siempre que se obtuviese para la concesión de la prórroga, el voto de la doble mayoría de personas y de capitales que se exigía para la admisión del concordato.

4.h) Ley 4.156 de 1.902.

Con esta norma (Adla, 1889-1919, 564), comienza la denominada *pos codificación concursal y descodificación*⁽⁹¹⁾ de la materia mercantil en nuestro país o la erosión del

⁽⁹¹⁾ Ya hace décadas se sostenía que en los tiempos actuales la sistematización legislativa ha desbordado los moldes de las codificaciones según la concepción decimonónica, a través de un proceso que descriptivamente se denomina como descodificación y que se refleja en la convicción expuesta por Larenz “La época de las grandes codificaciones ha quedado atrás” (Conf. ANAYA, Jaime Luis. *La norma penal en la ley comercial*. ED 145-749).

respectivo código, dictándose leyes especiales en materia concursal, aunque en reemplazo del libro IV y dentro de la estructura del código, se convertirían en normativas autónomas. Esta ley sancionada en diciembre de 1.902, introdujo grandes modificaciones en el régimen legal de la insolvencia de los comerciantes y de las sociedades comerciales. La más importante consistió en la implantación del concordato como medio, no ya resolutorio, sino preventivo de la quiebra. Inspirada en una ley inglesa, la falencia afectaba al deudor y a sus acreedores pero no al comercio en general, por lo que la misma tuvo un sesgo marcadamente privatista, la calificación de conducta sin juicio fue excluida, manteniéndose la calificación implícita remitiéndose las actuaciones a sede penal, ante indicios de culpa o fraude.

Luis Jauraguiberry, opinó que la misma humanizó los procedimientos de la quiebra y fue novedosa en la supresión de la moratoria y la solución del concordato preventivo⁽⁹²⁾. Empero, el fracaso casi inmediato de la ley no derivó de esa reforma, que en realidad representó un considerable progreso en nuestra legislación de la materia, sino de haber considerado que la tramitación de un concurso afecta únicamente intereses de los acreedores (Malagarriga, 1961:54). En efecto, se suprimió el carácter oficial de la quiebra y se implantó el sistema del *voluntarismo* de los acreedores, dándole preeminencia a los acreedores en detrimento de los órganos jurisdiccionales, quienes tenían una función fiscalizadora. Todo ello, conforme se ahondará oportunamente, se vio reflejado en los aspectos sancionatorios del quebrado.

4.i) Ley 11.719 de 1.933.

Esta norma, sancionada en 1.933 (Adla, 1920-1940, 325), también conocida como *ley Castillo*, modificó bajo determinados aspectos el régimen de la quiebra, algo que se venía exigiendo desde los primeros tiempos de vigencia de la ley de 1902, ya que desde entonces habían proliferado por el error de concepto en que ella se fundó, los concordatos irrisorios, las adjudicaciones fraudulentas y las liquidaciones desastrosas, con la actuación de profesionales inescrupulosos y de síndicos conniventes, lo cual había aparecido en los últimos tiempos como urgente (Conf. Malagarriga, 1961:66).

Según Maffía y B. de Maffía (1979:86) es muy grande la superación que la ley 11.719 aportó a nuestra legislación concursal, siendo quizá su apartamiento más nítido respecto de la ley 4156 el abandono a la ilusión *privatística*⁽⁹³⁾, terminando con el voluntarismo y el retorno a las soluciones judiciales⁽⁹⁴⁾. Su eficacia se advirtió prontamente, en sobrada prueba de ello se puede citar que a un año de vigencia de la nueva ley los quebrantos comerciales aparecieron disminuidos en un cincuenta por ciento con respecto a los últimos 12 meses de aplicación de la

⁽⁹²⁾ JAUREGUIBERRY, Luis, “*Antecedentes históricos de la quiebra*”, 2º edición, Catellvi, Santa Fe, 1961, p. 44. Citado en Barbieri, *Manual*, p. 11.

⁽⁹³⁾ Aunque se sostiene que a pesar de todas innovaciones seguía siendo tildada de privatista (Conf. BARBIERI, *Manual*, pág. 12).

⁽⁹⁴⁾ Según MONTAGNA (2011:29) en cierta manera el proceso evoluciona de privatístico a publicístico, acrecentando los poderes del magistrado, quitando la excesiva potestad decisoria que la ley 4156 confería a la junta de acreedores. Este autor, en la nota 10 de la página citada, referencia que aprovechándose de las facilidades que le propiciaba al deudor, el concursado podía desistir de su proceso en cualquier momento hasta la víspera de la fecha fijada para la realización de la junta de acreedores, e iniciar una segunda presentación. Llegando al extremo, en el que en un caso, el deudor inició y desistió su juicio diez veces consecutivas y replanteó su convocatoria de acreedores por undécima vez, hasta el límite que estableció la CNCom, Sala A en autos “C.A.T.I. s/ Quiebra”.

ley de 1902, aunque hay quienes opinan que ello se debió a que ya no había nadie más por quebrar, por la recuperación general de la economía del país, entre otros factores; empero en gran parte se debió al nuevo ordenamiento. En lo que respecta a este trabajo, sin perjuicio que oportunamente nos referiremos a esta norma, podemos mencionar que mantuvo la calificación de conducta en sede comercial, reglamentando el mismo, y su remisión a sede penal para evaluar la producción de eventuales conductas delictuales; sin embargo, el juez mercantil gozaba de la potestad de arrestar al fallido y ponerlo a disposición del juez criminal cuando existieren sospechas de conductas fraudulentas. Por otro lado, incluyó el instituto de la *liquidación sin quiebra* ⁽⁹⁵⁾.

Posteriormente, en el año 1970, bajo la vigencia de la ley 11.719, fue promulgado el *Decreto-Ley 18.832 –“Empresas declaradas en quiebra – Autorización al Poder Ejecutivo para disponer la continuación de su funcionamiento por razones de interés público”*. Este decreto ley, extendió la protección a otras sociedades, por razones de *interés público* y con el fin de asegurar la *paz social*, pudiendo el Estado disponer la continuación del funcionamiento de determinadas sociedades que fueren declaradas en quiebra.

4.j) La ley 19.551 de 1.972.

Esta norma, receptó el anteproyecto presentado por los juristas Horacio Fargosi, Francisco Quintana Ferreira, Héctor Alegría e Isaac Halperín. En el mensaje de elevación al Presidente de la Nación del 26 de enero de 1.972, suscripto por Ismael E. Bruno Quijano, se decía “...*La mayor amplitud de soluciones preventivas, la consideración del fallido de buena fe, la rigidez para quienes han utilizado abusiva o dolosamente del crédito, la más activa intervención judicial, son principios que se señalan como orientadores y que no pueden sino ser compartidos. Pero de entre ellos merecen destacarse, por su especial interés, el relativo a la conservación de las empresas útiles, verdadero cambio de mentalidad sobre la finalidad de las leyes concursales de nuestro país, y la protección del crédito y del comercio en general, mediante un juego de nueva instituciones y normas que importan la mayor posibilidad de reparación de los efectos perjudiciales de la insolvencia y la responsabilidad e inhabilitación de sus causantes voluntarios...*” ⁽⁹⁶⁾.

En la exposición de motivos, como principios orientadores se mencionó la elaboración de normas que protegieran al comercio en general, inhabilitando temporalmente a quienes actuaron con culpa o fraude en la conducción de sus negocios.

Entre los principios generales inspiradores encontramos la protección del comercio inhabilitando a quienes actuaron con culpa o fraude, a su vez esta normativa concursal mantuvo la dualidad concurso preventivo-quiebra y la unificación de procedimientos para comerciantes y no comerciantes (ello con la reforma de la Ley 22.917 de 1.983 —Adla, XLIII-D, 3771—) ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁵⁾ Sobre este instituto, Armando Amuchástegui Astrada, *Liquidación sin quiebra*, Buenos Aires: 1967, Ed. Depalma, p. 14 sostenía que era una solución preventiva de la quiebra en virtud de la cual se aplican los efectos de la falencia en cuanto a los bienes, sin efectos ni sanciones personales para el deudor, quien además refería que no había quiebra, sino una liquidación de bienes mediante un procedimiento judicial.

⁽⁹⁶⁾ Extraído de WILLIAMS, Ricardo, *El concurso preventivo*, Buenos Aires: 1975, Ed. Plus ultra, p. 414.

⁽⁹⁷⁾ Héctor ALEGRÍA, en *Algunas cuestiones de derecho concursal*, Buenos Aires: 1975, Abaco, p. 51 y ss. gtes. entre las causas de la reforma ley 19.551 refiere que la estructura legal de la ley 11.719 estaba envejecida, había

Esta ley concursal, aplicó la teoría amplia de la cesación de pagos (aún vigente en la ley actual), dando un criterio más amplio a los supuestos por los cuales se podía pedir la quiebra al deudor, a diferencia de lo que venía sucediendo con anterioridad, pues se aplicaba un criterio mucho más acotado como la teoría materialista y la teoría intermedia de la cesación de pagos.

Del mismo modo, la calificación de conducta del fallido se sostuvo en sede comercial y penal, provocando, en muchos casos, inútiles dispendios jurisdiccionales y restando efectividad a las sanciones propuestas, todo lo cual será abordado con mayor amplitud oportunamente, aunque a modo de adelanto cabe mencionar la opinión de Montagna (2011:29) quien refiere que la modificación produjo una suerte de embudo, en el que la parte más angosta fueron las sanciones y la parte más extensa la facilidad de encontrarse en cesación de pagos. Así, la propia legislación se encargó de facilitar un mecanismo que favoreció al deudor que de una forma muy simple podía defraudar a su acreedor sin ser merecedor de sanciones que lo perjudicaran, y sin prácticamente consecuencias penales.

Como se mencionó esta normativa concursal fue modificada por la ley 22.917 de 1.983, y a su vez otras leyes modificaron parcialmente la misma, entre otras la ley 20.312, 20.315, 20.595, ley 21.488, ley 22.985, ley 23.470, ley 24.050, ley 24.241, ley 24.432, empero ninguna modificaron sus aspectos sancionatorios. Por otro lado, las sanciones penales contempladas en el código represivo se mantuvieron incólumes.

5. LA LEY 24.522 DE CONCURSOS Y QUIEBRAS DE 1995.

5.a) La ley 24.522.

En un contexto político-económico determinado por ideologías afines al neoliberalismo, el libre mercado, la paridad cambiaria mediante la convertibilidad de la moneda nacional a la divisa estadounidense (Ley 23.928), la seducción y atracción de inversores, la apertura al crédito, el endeudamiento público mediante la emisión de bonos atractivos, la flexibilización en materia laboral, un proceso de Reforma del Estado (Ley 23.696) signado por las privatizaciones –mal implementadas- de las empresas del estado entre ellas las prestatarias de servicios públicos y en un notorio “achique” en la presencia estatal⁽⁹⁸⁾; era necesario para amalgamar esa impronta *política económica* (o *económico-política*) una nueva ley concursal que se amoldara a esos postulados⁽⁹⁹⁾.

Es así, que se sanciona la llamada (erróneamente) *Ley de Concursos y Quiebras* bajo el número 24.522 —Adla, LV-D, 4381—, por la cual se regresa al denominado “*privatismo jurídico*”, lo cual implica un desplazamiento en el rol del juzgador, limitándolo solamente a un control de legalidad del desarrollo del procedimiento, al menos en la mayoría de las etapas⁽¹⁰⁰⁾.

variado la realidad político-económica, entre otras. A su vez, en la página 81 refiere como principios inspiradores la protección adecuada del crédito, la conservación de la empresa, amplitud de solución preventiva, entre otros.

⁽⁹⁸⁾ Todo ello en estricto cumplimiento de las políticas económicas y/o medidas “sugeridas” por los organismos financieros internacionales en la década del '90 por el denominado *Consenso de Washington*.

⁽⁹⁹⁾ Un dato no menor, es que el proyecto originario provino del mismísimo Ministerio de Economía, sin la participación activa de académicos de renombre nacional y que según trascendidos fue redactado por un extranjero y luego traducido.

⁽¹⁰⁰⁾ BARBIERI, *Nuevo régimen*, 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. Universidad, Bs. As, 1997, p. 37 y Barbieri, *Manual*, p. 14.

Dicha norma mantuvo la dualidad “concurso preventivo-quiebra”, pero añadiendo el acuerdo preventivo extrajudicial (conocido como APE) y el salvataje (*cramdown*) como alternativas tendientes a evitar la liquidación falencial, a la cual la impregnó de normas marcadamente liquidativas acentuando dicho aspecto, para lo cual estipuló la responsabilidad de los órganos del concurso por el cumplimiento de los plazos previstos en la norma.

Una innovación fue la amplitud de los sujetos “concurables”, permitiendo a sociedades con participación estatal acogerse a los procedimientos concursales ⁽¹⁰¹⁾.

Entre otras de sus características, a los efectos de este trabajo y sin perjuicio que oportunamente se abordarán estos aspectos con mayor énfasis y profundidad, podemos mencionar que se profundizó la “*patrimonialización*” de los efectos de los procesos concursales, disminuyendo la gravedad de las consecuencias personales sobre fallidos y concursados. Al efecto, receptando gran parte de la opinión doctrinaria de la época, se eliminó la calificación de conducta en la quiebra, difiriéndose su análisis al juez penal, aunque sin reformarse de modo alguno las tipificaciones previstas en dicho Código represivo.

En este sentido, se ha dicho que una de las características de esta ley es la morigeración del carácter sancionador ⁽¹⁰²⁾ aplicando un criterio flexible para el quebrado, el perjuicio al acreedor privado prevaleció al perjuicio de la economía del país ⁽¹⁰³⁾.

En efecto, la ley 19.551 conservaba resabios de la “*quiebra-sanción*”, y si bien no traía disposiciones del Derecho Criminal, era severa –o al menos aparentemente severa- con los fallidos y sus administradores para los cuales preveía el trámite de la calificación de conducta que, como decíamos antes, no cumplió su función y se convirtió en una causa de inútil prolongación de los procesos. Por ello, la ley 24.522 en reemplazo de la calificación de conducta impone una inhabilitación *objetiva y automática*, por el sólo hecho de la quiebra, de corta duración que cesa por el transcurso del tiempo, aunque prorrogable si hubiere sospecha de haberse cometido ilícitos penales, lo que ha implicado de algún modo el desembarco del *discharge* americano a nuestro derecho.

Como vemos, si bien nuestra legislación -al igual y a tono con las demás- fue evolucionando paulatinamente de la “*quiebra sanción*” a la “*quiebra remedio*”, lo cual también se configuró con la Ley 24.522 en relación a su antecesora, aún persisten resabios de concebir a la quiebra como un castigo o una sanción, lo cual implica al menos una especie de

⁽¹⁰¹⁾ Como casos testigos cabe mencionar los concursos preventivos de Argentina Televisora Color y de Aerolíneas Argentinas. A su vez, a partir de su sanción, fue el período en el que más concursos y quiebras se registraron en la historia de nuestro país. Los concursos con mayor activo y pasivo fueron presentados, por no decir los concursos más importantes de nuestra historia, así el del Grupo Soldati fue el más destacado, pero existieron otros también como el de Alpargatas S.A.I.C. y hasta el Correo Argentino S.A. una empresa casi recientemente privatizada. Tal auge, se debió al fácil acceso al crédito de esa época, la facilitación del acceso a un proceso concursal mediante la aplicación de la teoría amplia de cesación de pagos, eliminado prácticamente las sanciones comerciales y dejando librado a los acreedores el inicio de acciones penales (Conf. MONTAGNA, Gastón. *La quiebra. Necesidad de implementar un sistema dual de sanciones como defensa de los valores generales de la sociedad*, LLActualidad, p. 1 a 4, Año 74, no. 34 (18 de Feb. 2010).

⁽¹⁰²⁾ Rivera, *Instituciones*, I, op. cit., p. 107.

⁽¹⁰³⁾ Montagna, *Sanciones*, op. cit., p. 30. Este autor refiere que los concursos con mayor activo y pasivo fueron presentados al poco tiempo de su sanción, por no decir los concursos más importantes de nuestra historia (En: “*La quiebra. Necesidad de implementar un sistema dual de sanciones como defensa de los valores generales de la sociedad*, LLActualidad, p. 1 a 4, Año 74, no. 34, 18 de Feb. 2010).

incoherencia del régimen actual y provoca desajustes en el sistema concursal en particular y en todo nuestro ordenamiento jurídico en general ⁽¹⁰⁴⁾.

Así, pese a eliminarse los últimos vestigios de tintes represivos, lo cual se evidencia no sólo en la eliminación de la calificación de conducta mencionada en el párrafo anterior, sino también al no mantener la facultad de ordenar el arresto de quien no prestara o negara colaboración en el proceso (art. 107, ley 19.551 facultad no reproducida en el actual artículo 103) y también en la redacción del actual art. 233 (efectos de la clausura del procedimiento por falta de activo) donde ya no se dispone la atribución del juez concursal de ordenar la detención del fallido y remisión a justicia penal (conf. art. 234, ley 19.551); en rigor de verdad, aún existen verdaderas rémoras que impiden un definitivo paso a una quiebra como remedio o solución frente a la insolvencia –si es a lo verdaderamente que se apunta– en lugar de un castigo. Así, a modo de ejemplo dentro del ordenamiento concursal podemos mencionar el art. 233 actual ya citado prevé que la clausura del procedimiento por falta de activo importa la presunción de fraude y que el juez debe comunicarla a la justicia en lo penal para la instrucción del sumario pertinente, la inhabilitación “automática” y “objetiva” que se prevé como sanción (con todas las consecuencias y limitaciones que la misma conlleva), sus eventuales prolongaciones que se pueden suscitar en caso de existencia de proceso penal (conf. art. 236, LCQ) y las dilaciones en el levantamiento de las inhabilitaciones generales que se traban con el decreto de quiebra, a veces se transforman en “*inhabilitaciones inmortales*”, en especial las eventuales contingencias o trabas para su levantamiento definitivo en algunos casos. A ello, hay que sumarle la gran batería de normas que se encuentran dispersas y diseminadas por todo el ordenamiento jurídico para los fallidos, acordes con la “inflación legislativa” de estos tiempos, las cuales prevén verdaderas sanciones, limitaciones y restricciones y de algún modo contradice algunos aspectos de la ley concursal.

Por otro lado, amén que la citada ley concursal mantiene la estructura e institutos clásicos tradicionales del derecho continental-europeo, en especial de la legislación italiana, y en sintonía con otros nuevos ordenamientos adopta institutos americanos como el *discharge* y el *cramdown*, aunque con ciertas adaptaciones y diferencias.

Asimismo, en el art. 295 dispuso la creación de un Registro Nacional de Concursos y Quiebras, a fin de tomar nota de los procedimientos reglados por la presente ley que tramiten ante los magistrados de cualquier jurisdicción, nacional o provincial.

Entre algunas de las críticas que se le hicieron a dicha normativa, se sostuvo que la misma omite la intervención judicial tempestiva en vista a posibilitar el saneamiento de las empresas en dificultades ⁽¹⁰⁵⁾.

Por último, como se verá a lo largo de este trabajo, pese a que resultaba –como una verdad de Perogrullo– sumamente imperioso, conveniente y necesario la modificación,

⁽¹⁰⁴⁾ Según RIVERA, Julio César-ROITMAN, Horacio y VITOLO, Daniel Roque. *Ley de concursos y quiebras*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2000, t. III, p. 233, la persistencia de algunas normas que contienen vestigios persecutorios, sólo puede explicarse en la demora de una reforma penal que amplíe la esfera de imputabilidad, receptando los nuevos tipos, y pueda enfrentarse de este modo a la nueva realidad criminal derivada del mundo de los negocios, evitando la impunidad de este tipo de situaciones delictivas vinculadas con los procesos falenciales.

⁽¹⁰⁵⁾ Conf. MAFFIA, Carlos, *Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (II)*, LL, 1995-D-1256.

adecuación y adaptación de la legislación penal tanto al nuevo ordenamiento concursal como a los nuevos fenómenos de la insolvencia, no se hizo.

5.b) La filosofía de la ley. Sus principios rectores e inspiradores.

Para el análisis correcto e íntegro de una ley en particular, no sólo hay que evaluar el contexto histórico, político, económico y social existente al momento de su sanción, sino que además se debe analizar su estructura axiológica, sus principios orientadores, sus objetivos que con su dictado se intentaron cumplir, o sea sus aspectos *iusfilosóficos*. Ello se advierte en mayor medida si se trata de una ley concursal, en donde las cuestiones políticas, económicas, sociales y jurídicas se entrelazan de sobremanera y en donde muchos intereses en juego provenientes de todos esos sectores puján y entran en pugna por sobreponerse -en un terreno donde abunda la escasez- y lograr una consagración legislativa. Más aún en nuestro derecho, donde los cambios pendulares vividos en materia política y económica también lo han sido en materia legislativa.

Tal indagación no resulta una cuestión meramente teórica, académica ni abstracta, todo lo contrario, ya que la extracción de los principios orientadores, rectores e inspiradores de una normativa servirá en caso de duda en la aplicación e interpretación de sus disposiciones.

Para tal faena, no sólo basta con la mera lectura de los proyectos, la exposición de motivos, las notas de envío o los debates parlamentarios, sino que se deben extraer, deducir e inducir, los *principios*⁽¹⁰⁶⁾ orientadores o basamentales que estructuran una ley, en este caso, la concursal.

Para esto, el legislador debe elegir del plexo axiológico aquellos valores que decida privilegiar; y desde siempre, privilegiar un valor, supone, en medida mayor o menor, postergar otros. (Maffía y B. de Maffía, 1979:169), tarea la cual en materia concursal, por su ligazón con cuestiones económicas muchas veces se ve influenciado o condicionado por grupos de presión y poder. Es así, que en las leyes, reformas y/o modificaciones en las normas concursales argentinas, en algunos casos se ha llegado a consagraciones legislativas a la carta de algún nombre, sociedad o razón social.

Tal tarea de elección, entre diferentes postulados, principios y valores axiológicos no resulta una tarea fácil, más aún cuando en materia concursal siempre encontramos en juego una pluralidad de intereses, así al menos del deudor, de los acreedores, de los trabajadores y del Estado en general⁽¹⁰⁷⁾. Más aún, ello se dificulta si tenemos presente que pareciera que por

⁽¹⁰⁶⁾ Maffía y B. de Maffía, 1979:168, refiere que "...Aprovechando valiosas contribuciones de Dworkin, tal vez sería más apropiado hablar de "política", es decir, criterios o pautas que no funcionan como normas jurídico-positivas, sino que fijan "una meta a alcanzar, generalmente un progreso en algún factor económico, político o social de la comunidad"(Dworkin, Taking Rights Seriously, Cap. 2, Cambridge, 1977 (The Model of Rules I, n° 3, Rules, Principles and Policies, pág. 22); las políticas -"policies"- serían una de las especificaciones del multívoco término principio.

⁽¹⁰⁷⁾ En relación a la multiplicidad de intereses en juego, ROUILLON afirma que "*los distintos intereses afectados por la insolvencia, las graves repercusiones de ésta y los plurales sujetos involucrados que aspiran a la tutela legal, la necesidad de realizar justicia de tipo distributivo ante la imposibilidad de llevar a cabo la justicia conmutativa, así como los principios orientadores elaborados a través de la historia a los que se hizo referencia más arriba, explican la existencia de una legislación diferenciada -la ley concursal- que da respuestas distintas de las de derecho común a los conflictos intersubjetivos que se plantean cuando hay estado de cesación de pagos o insolvencia patrimonial*" (Rouillon, Adolfo, Introducción al sistema concursal de la República Argentina (con especial referencia al marco institucional encargado de los procesos concursales), trabajo presentado en Latin

definición “todo derecho concursal es en esencia insatisfactorio⁽¹⁰⁸⁾ ya que las normas que los componen consuman una “verdadera dislocación de intereses”⁽¹⁰⁹⁾.

La *filosofía de la ley 24.522*⁽¹¹⁰⁾ no tiene como la ley 19.551 principios generales orientadores predispuestos (dispuestos en el punto 4 de la fundamentación de la Exposición de Motivos), sino que el mensaje de elevación sólo declara la persecución de determinados objetivos (punto I. Consideraciones generales)⁽¹¹¹⁾.

Por ello, es que del articulado de la actual ley concursal debemos extraer los principios o postulados que han inspirado su texto, algunos no expresamente volcados en normas sino que subyacen en las mismas, entre los cuales se extrae la *tutela del interés de los acreedores* como valor supremo⁽¹¹²⁾. La quiebra no modifica este escenario estimativo, siendo el interés de los acreedores un valor manifiesto o que subyace en las disposiciones⁽¹¹³⁾. A su vez, encontramos otros principios pero o le son subordinados o constituyen aquellos que se denominan autónomos.

En relación a las normas relativas a la inhabilitación (arts. 234 a 238), Iglesias refiere que consagran la tutela de principios diversos a los vistos (indica que en la ley 19.551 lo que se amparaba era una norma de policía tuitiva del comercio), ya que por su medio se asegura la represión penal de los ilícitos sancionados por el respectivo cuerpo legal y que la inhabilitación solo rige mientras pueda sospecharse la existencia de un delito del derecho penal (arts. 236), sosteniendo que estos valores pueden convivir perfectamente con la protección del interés de los acreedores, ya que no provocan ningún conflicto axiológico.

Por otro lado, se sostiene que la insolvencia ha devenido una cuestión exclusiva del deudor y los acreedores, ajena al orden público y al interés de la comunidad, siendo la aplicación concursal en la medida que afecta el interés de los acreedores, lo cual ha motivado en llamar “*privatismo jurídico*”⁽¹¹⁴⁾, “*privatización del concurso*”⁽¹¹⁵⁾ o *publicismo relativo* según otra óptica.

En efecto, la versión originaria de la ley 24.522 estuvo empapada de un marcado privatismo jurídico resaltando la tutela del interés de los acreedores como uno de los valores

America and Cariibbean Insolvency Workshop, 30 y 31 de octubre 2000, México DF. Citado en BARBIERI, Pablo C., *Manual teórico práctico de derecho concursal*, Ed. La Ley, Bs. As. 2012, p. 6).

⁽¹⁰⁸⁾ Entre nosotros ya lo dijo el Diputado Helguera, en la sesión de la respectiva Cámara, del 12 de diciembre de 1902: “No hay ningún país de la tierra que esté conforme con su ley de quiebras”. Citado en: IGLESIAS, José Antonio. *Concursos y quiebras: ley 24522 comentada*. Bs. As.: Depalma, 1995, p. 2, nota 2.

⁽¹⁰⁹⁾ ARMENGOL, Manuel F., *Fundamentos y críticas de la ley de quiebras*, Buenos Aires, 1914, “Dos palabras”, p. XIV. Citado en Iglesias, *Concursos...*, 1995:2, nota 3.

⁽¹¹⁰⁾ Para su análisis se toma básicamente lo expuesto por IGLESIAS, José Antonio, *Concursos y quiebras...*, op. cit. y en *La filosofía de la ley de concursos y quiebras*, diario *La Ley* del 30/11/95; LL, 1995-E-1188.-

⁽¹¹¹⁾ Mensaje de elevación de parte de la Presidencia de la Nación al Honorable Congreso del 12 de mayo de 1994 “...I. Consideraciones generales. ...10) Reformulación del régimen sancionatorio previsto por la ley, previendo la eliminación de determinados institutos, en cumplimiento de un requerimiento largamente procurado por parte de la doctrina y la jurisprudencia...”

⁽¹¹²⁾ Ello se extrae de artículos previstos para el concurso preventivo como por ejemplo 16, 17, 24 de la LCyQ.

⁽¹¹³⁾ Iglesias, J.A., *Concursos*, 1995:24.

⁽¹¹⁴⁾ Por ejemplo, a BARBIERI, Pablo Carlos, “*Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*”. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1997, 2ª edición, pág. 27.

⁽¹¹⁵⁾ Conf. GARCIA MARTINEZ, Roberto. *Derecho Concursal*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 20.

más importantes, alejándose, en cierto modo, de cuestiones referentes al orden público, dentro de la regulación legislativa ⁽¹¹⁶⁾, con consecuencias en institutos y principios procesales, relativización en la inquisitorialidad y de la iniciativa oficiosa, a la par del aumento del rol de los acreedores especialmente en el concurso preventivo. Por otro lado, en lo atinente a la quiebra, la inspiración originaria de esta normativa –hasta la última reforma del año 2011⁽¹¹⁷⁾– tuvo un marcado sesgo liquidatorio, apuntando a una realización rápida de los bienes del deudor, con escasas posibilidades de continuar con sus actividades después de decretada la quiebra.

A su vez, merece una mención especial el modo en que se ha regulado el régimen de la inhabilitación falencial, dando –de algún modo– recepción legislativa del instituto americano del *discharge* ⁽¹¹⁸⁾; ya que si el ordenamiento ha privado de trascendencia a la insolvencia, también ha mitigado sus alcances, para posibilitarle su pronta reinserción en el mundo negocial. En definitiva, dejemos el problema en manos de los acreedores y recuperemos al deudor. Todo ello, conlleva a la nueva normativa concursal a alinearse al denominado voluntarismo y teniendo presente un *análisis económico utilitarista* por sobre el *principismo*.

Estos principios y lineamientos iusfilosóficos, como se verá, continúan vigentes en la actualidad, aunque en rigor de verdad con las modificaciones al texto originario de la ley 24.522 han sido atemperados o moderados.

5.c) Reformas y modificaciones a la ley 24.522.

Aunque en sí, no modificaron lo atinente a la temática de este trabajo al no tratar ni modificar el régimen sancionatorio, es dable mencionar las normas que han reformado y modificado a la ley 24.522 en otros aspectos.

5.c.1) Las leyes 25.563 y 25.589 del año 2.002.

Estas normas fueron dictadas en un contexto de una gran crisis económica desatada a finales del año 2001⁽¹¹⁹⁾ que mereció el estado de emergencia en lo económico, social y crediticio, sancionadas en el año 2.002 con no más de tres meses de diferencia y en algunas cuestiones con criterios antagónicos y opuestos⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁶⁾ BARBIERI, Pablo C., *Manual teórico práctico de derecho concursal*, Bs. Aires: Ed. La Ley, 2012, p. 25.

⁽¹¹⁷⁾ En efecto, la ley 26.864 varió algunos criterios, al establecerse mecanismos de continuación de la actividad de la empresa fallida sin la “excepcionalidad” propia de la ley 24.522 en pos de preservar fuentes de trabajo y permitiendo cooperativas.

⁽¹¹⁸⁾ Véase IGLESIAS, J.A., en *Concursos*, 1995:29 y en *La filosofía...*, LL, 1995-E-1193, así como lo expuesto en este trabajo en el punto 3.B.g), pág. 96 y sgtes. de la Segunda parte de este trabajo.

⁽¹¹⁹⁾ La cual se exteriorizó a partir de la fuga de depósitos y pérdida de reservas del sistema financiero, y que terminó con el régimen de convertibilidad que nos rigió desde marzo de 1991 (Conf. SOSA AUBONE, Ricardo. *Comentario de la ley 26.086 modificatoria de la ley de Concursos y Quiebras*, en Revista del Colegio de abogados de La Plata, Diciembre de 2006, Año XLVI N° 67).

⁽¹²⁰⁾ Al respecto, se ha sostenido que circunstancias políticas y económicas propias, hicieron que las reformas se sucedieran unas tras otras, casi convulsivamente, pero reconociendo esta vez la simultaneidad con los cambios fundamentales introducidos en las centenarias leyes de los países de la Europa Central, que constituyeron siempre el punto de referencia de la legislación concursal argentina (Conf. DASSO, Ariel A. *Un “nuevo” derecho concursal en el derecho comparado –en ocasión de la reforma al derecho italiano (2005/2006)*, publicado en www.derecho-comparado.org/Colaboraciones [20/04/2013].

La primera norma, ley 25.563 –Adla, LXII-B, 1602-, típica de emergencia, por la cual se suspendió el trámite de los pedidos de quiebra y la vigencia del salvataje previsto en el art. 48 de la ley 24.522, junto con otros preceptos orientados en igual dirección.

La segunda, ley 25.589 -Adla, LXII-C, 2862- (¹²¹), dictada en mayo de 2.002 derogó muchas de esas disposiciones e introdujo facultades homologatorias para el juez del concurso preventivo –no ya un mero “cuenta porotos”- que difieren diametralmente del “privatismo” del que se imbuía al instituto en la originaria ley 24.522 (art. 52, facultades conocidas como *cramdown power*), dando un intervencionismo de corte *publicístico* tendiente a proteger al deudor (¹²²). Por otro lado el salvataje (*cramdown*) volvió a ser reinstaurado y modificado y se reforzaron los efectos del acuerdo preventivo extrajudicial (APE), herramienta de mayor uso luego sus modificaciones, sobre todo empresas en crisis de importante envergadura que permitieron reestructurar en gran medida sus pasivos (¹²³).

5.c. 2) Ley 26.086 del año 2.006 (¹²⁴).

La ley de concursos y quiebras 24.522 procuró alinear los aspectos laborables de la crisis empresaria con los principios de flexibilización de las relaciones laborales propiciados por el Poder Ejecutivo Nacional -desde 1.991- a través de los Ministerios de Trabajo y Economía(¹²⁵), en sintonía con las políticas económicas propiciadas en la década del 90’ y con consecuencias sociales altamente negativas (principalmente en índices como la pobreza, la producción nacional y el desempleo).

Empero, dichos lineamientos políticos económicos (“economicista” y de tinte “liberal”) comenzaron a cambiar a partir de 2.003 a partir de una recuperación de la economía luego del *default*, más aún en parangón con los postulados enarbolados en la década de los ‘90. Ante ese

(¹²¹) Véase y ampliése sobre la misma en: SOSA AUBONE, Ricardo. *Ley 25.589. Concursos y quiebras. Modificación de las leyes: 24.522, 25563 y 25640: comentada y anotada, con jurisprudencia*, La Plata: Ed. Lex, 2002.

(¹²²) Véase FARGOSI, Horacio-RUSSO, Mariana S., *¿Solo reforma de la ley 24.522?*, LL, 2002-C-995.

(¹²³) En este sentido Carlos MARX (en *Análisis de la situación de deuda de compañías en Argentina*, Supl. Esp. Acuerdo Preventivo Extrajudicial, LL, Nov. 2004, p. 10), sostuvo que el APE resultó el instrumento más utilizado para perfeccionar acuerdos, siendo que hasta fines del 2004 el 40% de la privada se reestructuró —o intentaba realizarlo— por esta vía. Entre los más relevantes se pueden citar los de empresas como Telecom (LL, 2005-15, 21566), Multicanal, Milkaut, Acindar, Autopistas del Sol, Micro Ómnibus Norte S.A., Modo SATA), entre otras. Al respecto, se ha dicho que “...los APEs ha sido el instituto más usado en los procesos de reestructuración de deuda, debido fundamentalmente a la posibilidad de que, usando mecanismos de mercado vía acuerdos de reestructuración con la mayoría de acreedores, éstos se pueden extender al resto de los acreedores no participantes vía un procedimiento de homologación de naturaleza híbrida, con efectos similares al de un acuerdo concursal aprobado por un juez”. (Conf. VILLEGAS, Marcelo; *Una visión financiera del derecho de la insolvencia. La reestructuración de la deuda privada*”, LL, Supl. Esp. APE, 2004, p. 26)

(¹²⁴) Véase y ampliése acerca de esta ley en: SOSA AUBONE, Ricardo. *Comentario de la ley 26.086 modificatoria de la ley de Concursos y Quiebras*, en Revista del Colegio de abogados de La Plata, Diciembre de 2006, Año XLVI N° 67, en NEGRE DE ALONSO, Liliana T. *Reformas a la ley de concursos. Ley 26.086*, Ed. Rubinzal-Culzoni: Santa Fe, 2006 y en JUNYENT BAS, Francisco-MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Reforma de la ley de concursos y quiebras. Comentario exegético de la ley 26.086*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

(¹²⁵) SOSA AUBONE, 2006:89 y sgtes. Véase asimismo: FERRER, Patricia. *Las relaciones laborales en los procedimientos concursales. La nueva normativa introducida por la ley 24.522*. En Revista de Derecho Privado y Comunitario (RDPC), N° 10, Concursos y Quiebras, I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 111 y sgtes.

cambio de “modelo económico” fue necesario adecuar algunos aspectos de la legislación en general y de la normativa concursal.

En consonancia con ello se dictó la *Ley 26.086* -Adla, LXVI-B, 1368 (B.O.,11/4/2006) -, cuyos rasgos generales giran en torno a las relaciones laborales, y cuyas modificaciones las podemos sintetizar en la modificación del fuero de atracción, tanto en el concurso como en la quiebra⁽¹²⁶⁾, permitiéndose que tanto los juicios laborales como aquellos de conocimiento en que el deudor sea demandado pudieran continuar en la jurisdicción de origen (a opción del actor), todo lo cual importó una reducción y atenuación de una de las características de todo proceso concursal. Asimismo, se reformuló el instituto del “pronto pago” de los créditos laborales, instaurando su acceso “*de oficio*” y afectando al efecto un porcentaje (1%) del ingreso bruto mensual de la concursada, asimismo, junto con otras reformas procesales, se le dio al juez un rol de contralor en los nuevos informes exigidos en el art. 14 inc. 12, lo cual parece abandonar en algo y en parte aquel notorio “*privatismo*” que caracterizó la ley de 1.995, junto con otras reformas procesales.

5.c. 3) Ley 26.684 del año 2.011.

Otra modificación –la última- de la ley concursal con neto carácter laboral y con la impronta anteriormente descripta en relación a la política económica vigente en nuestro país, aconteció mediante la *Ley 26.084* de 2011⁽¹²⁷⁾.

La misma introdujo variantes al pronto pago, aumentando al 3% el porcentaje del ingreso bruto mensual destinado al efecto, eliminó la suspensión de la vigencia de los convenios colectivos abierto el concurso preventivo y añadió una mayor participación de los trabajadores en el “comité de control” que se restauró.

Asimismo se le da una mayor participación a las cooperativas de trabajo en los procedimientos de salvataje y en los supuestos de continuación de la empresa quebrada. Con ello, se aleja en parte de la inspiración originaria de la ley concursal donde la regulación de la quiebra tenía un marcado sesgo liquidatorio, apuntando a una realización rápida de los bienes del deudor, con escasas posibilidades de continuar con sus actividades después de decretada la quiebra. Al respecto, la ley 26.864 varió algunos criterios, al establecerse mecanismos de continuación de la actividad de la empresa fallida sin la “excepcionalidad” propia de la ley 24.522 en pos de preservar fuentes de trabajo y permitiendo la instauración de cooperativas, lo cual ha valido cuestionamientos por parte de un sector de la doctrina⁽¹²⁸⁾.

5.d) Perspectivas de la legislación. Crítica. Abusos en los procesos concursales.

Sin perjuicio que en alguna medida excede la temática central propuesta en este trabajo, amén de las perspectivas y críticas que se efectuarán posteriormente en relación a los aspectos sancionatorios y represivos de la insolvencia, no podemos dejar la oportunidad de mencionar

⁽¹²⁶⁾ Si bien resulta loable desde el punto de vista de la conveniencia y/o en procura de los derechos de los trabajadores, dicha reforma pareció más en respuesta a la saturación y colapso de la Justicia comercial capitalina, ya que con la no atracción de juicios laborales se descomprimía su labor en causas concursales.

⁽¹²⁷⁾ Sancionada el día 1 de junio de 2011, promulgada el 29 de junio por Dec. 874/2011 y publicada en el B.O. el 30 de junio de 2011. En relación a la misma véase: BARBIERI, Pablo C. – NOGUERA, Sebastián M., *Reformas a la ley de concursos. Ley 26.684. Comentada*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2011.

⁽¹²⁸⁾ A guisa de ejemplo, se puede citar el artículo de Ariel A. DASSO, *La reforma de la Ley de Concursos y Quiebras según Ley 26.684/2011. La observable constitucionalidad del cramdown cooperativo*, publicado en el diario La Ley del 23 de junio de 2011 (LL, 2011-C, p. 1247/1260), entre otros.

escuetamente, la necesidad y perspectivas que debe tener en un futuro la legislación concursal en nuestro país.

Ello, toda vez que las reformas habidas en materia concursal, además de resultar parches, marchas y contramarchas -de acuerdo al péndulo que varía según el contexto político y económico de nuestro país- en relación al problema de la insolvencia, han dejado siempre en el tintero debates y problemas que desde hace tiempo se viene cuestionando.

Entre ellos, el replanteo al esquema principal y dual quiebra-concurso preventivo que se ofrece al problema de la insolvencia, omitiéndose abordar un esquema, procedimientos o institutos que realmente puedan llegar a abordar la prevención de la misma y mitigar sus consecuencias⁽¹²⁹⁾. De lo contrario, seguiremos corroborando lo que ya desde hace tiempo se menciona como una “*falencia de la falencia*”⁽¹³⁰⁾.

A su vez, otra cuestión no menor y de alguna manera con vínculos comunicantes con los aspectos sancionatorios y represivos de los procesos concursales, y que desde hace ya algunos años se ha puesto en el tapete de congresos, investigaciones y artículos doctrinarios es el denominado *abuso del derecho en los procesos concursales*⁽¹³¹⁾ y la reclamada “*moralización*” de los mismos, así como lo atinente al tratamiento de las obligaciones correspondientes a los “*acreedores involuntarios*” y la regulación especial del *sobreendeudamiento y quiebra de los consumidores*, tópico sobre el cual volveremos oportunamente. Todos los cuales, no resultan tópicos menores, sobre los cuales, amén del esfuerzo de todos los operadores jurídicos, en especial de algunos magistrados con importantes fallos señeros al efecto, el poder *legisferante* debe tener respuestas adecuadas para ello, en especial apreciando debidamente la problemática de la insolvencia como una cuestión de *interés público*, y otorgando –consecuentemente- a los órganos jurisdiccionales las herramientas necesarias para su custodia y una actuación activista con una mayor presencia conteste a los valores que realmente se deben y merecen proteger.

* * *

⁽¹²⁹⁾ Se ha sostenido que “...El ideal de obtener remedio cuando surgen los problemas exige detener la atención en un momento de la vida de la empresa –el de mera crisis en vista al remedio- y no, como antes, el de la insolvencia como presupuesto de la liquidación falencial...” (MAFFIA, Osvaldo J. “*Metamorfosis de un concepto: De la cesación de pagos a la crisis empresarial*”, LL, 1984-C, p. 787).

⁽¹³⁰⁾ Así, hace años se ha sostenido que la quiebra como regulador del fenómeno patológico de la insolvencia – institución que perdió su originario carácter privatístico, sancionatorio y coactivo- carece de razón, debiendo buscar nuevas soluciones para resolver las dificultades patrimoniales antes de llegar al estado de cesación de pagos, y en su caso, facilitar el concurso preventivo, que a diferencia de cómo se lo concibió, dejó de constituir sólo un “beneficio” para el deudor honesto y desventurado (CAMARA, *La falencia de la falencia*, RDCO, 1980, p. 413).

⁽¹³¹⁾ Tales abusos se pueden dar tanto de parte de los deudores (mediante planes de endeudamiento que aparejan insolvencia, categorizaciones irrazonables, propuestas abusivas como de los deudores) como de los acreedores. Entre los trabajos que abordan la cuestión puede mencionarse: VAISER, Liliana. *El abuso del derecho en los procesos concursales*, Buenos Aires: 2008, Ed. Ad Hoc.

SEGUNDA PARTE

SANCIONES A LOS QUEBRADOS EN LA LEGISLACION ACTUAL. LEY CONCURSAL VIGENTE.

1. INTRODUCCIÓN.

a) *Dispersión – Sistemas en el derecho comparado:*

En concordancia con lo expuesto en la primera parte, podemos sostener que es archisabido que la regulación jurídica de la insolvencia –la quiebra- nació con un fuerte cariz represivo. Así, concebida en sus comienzos históricos como un severo instrumento de protección del crédito y de los acreedores, se la revistió de matices sancionatorios de extrema gravedad. Indiscutida e indiscutiblemente, el fallido –todo fallido- era un defraudador, un delincuente, porque la quiebra era un delito y la responsabilidad penal de aquél era crudamente objetiva. De ahí los severos castigos corporales, las inhabilitaciones y la infamia que seguían al mismo, y a veces a su familia, de por vida ⁽¹⁾.

Posteriormente, la disciplina jurídica de la quiebra fue evolucionando lentamente, a medida, y al compás que la civilización de los pueblos avanzó y fueron modificándose los conceptos sobre la personalidad humana, la familia, el patrimonio, la propiedad, etcétera; morigerándose y “humanizándose” ⁽²⁾ las sanciones previstas y adquiriendo los procesos concursales una especie de *patrimonialización* o *despersonalización* de los mismos.

Es así que hoy en día, y desde ya hace un tiempo, la quiebra declarada judicialmente solo significa un “*accidente*” y/o “*contingencia*” en la vida económica del insolvente, más aún en el mundo de los negocios, donde algunas de sus características innatas adosadas al mismo son su vorágine, vaivenes y a veces la imprevisibilidad por diversos factores. La quiebra por sí misma no es delito. La insolvencia no debe castigarse cuando no va acompañada de hechos dolosos o imprudentes, siendo la conducta culpable o fraudulenta del deudor la que debe constituir la razón del castigo. Es que en el moderno derecho de quiebra predomina el concepto desarrollado ya hace varios años atrás por MASSE, según el cual: “*nadie sabe, cuando entra en el campo de los negocios, por qué puerta saldrá. La probidad, el orden, la prudencia no son siempre garantía suficiente contra la desgracia; y aquél cuya posición comercial parece más brillante, cuyo crédito el más firme, es a menudo precipitado al abismo que se abre a su paso, por una sucesión de circunstancias que no ha podido prever ni evitar. La conducta o el fraude son a veces, sin duda, las causas determinantes de una quiebra. Pero la experiencia prueba que las quiebras culpables o fraudulentas, en sus diversos grados, son muy reducidas, y que la mayoría de las declaradas son el producto de acontecimientos en medio de los cuales el hombre de negocios ve transcurrir su vida*” ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Conf. ROUILLON, Adolfo A.N. *Los aspectos represivos en el derecho de la insolvencia*, EN: A.A.V.V. *Orientaciones en el Derecho Comercial. El Régimen penal en el derecho comercial*, Instituto Argentino de Derecho Comercial. Buenos Aires: Ed. Ad.Hoc, 2001, p. 125.

⁽²⁾ Sobre la “humanización” del derecho comercial en general, se recomienda el artículo de ALEGRIA, Héctor, “*Humanismo y derecho de los negocios*”, revista La Ley de fecha 25 de agosto de 2.004, pags. 1 a 7.

⁽³⁾ Conf. MASSE, *Le droit commercial dans ses rapports avec le dril de gens et le droit civil*, n° 1176. Citado por GARCÍA MARTÍNEZ, *El concordato*, op. cit., 1967, p. 152.

Empero, de esa prehistoria concursal citada y expuesta, que fuera desarrollada en la primera parte de este trabajo, vienen y sobreviven aun ciertos aspectos represivos que todavía subyacen en ciertas reglas concursales. Y a la vez, de esa prehistoria aún sobreviene –aunque muy disminuida, casi inexistente y cada vez en menor medida- la condena social del insolvente, su estigmatización y etiquetamiento.

En efecto, en relación al ordenamiento jurídico, debe tenerse presente que la sanción es la consecuencia de la antijuridicidad; por ende, el acto antijurídico es condición de la sanción. En materia falencial, por el sólo hecho de “quebrar”, implica acarrear una serie de sanciones, limitaciones y prohibiciones que el ordenamiento normativo prevé, lo cual es un claro resabio o vestigio de la *quiebra-sanción* y de la presunción de antaño *quebrado=defraudador o delincuente* mencionadas anteriormente.

Así, dictado el auto de quiebra, sus efectos –personales y patrimoniales según una ya tradicional clasificación, aunque algo discutida por algunos autores en cuanto a su claridad en la división- se proyectan sobre la persona del deudor, sobre su patrimonio, sobre terceros y sobre sus acreedores.

En nuestro derecho, las sanciones dispuestas para los “quebrados”, actualmente son diversas y se encuentran dispersas por todo el plexo normativo. Siguiendo a ARGERI ⁽⁴⁾, se puede sostener que las mismas se clasifican en sanciones: a) de orden civil; b) de orden cívico-político, c) de orden profesional comercial y d) de orden penal.

La legislación comparada ⁽⁵⁾, muestra tres sistemas legislativos: a) Los delitos de quiebra son regulados en la propia legislación de la quiebra, b) una ley especial regla los aspectos procesales, civiles y penales, y c) la ley de quiebras tipifica cualitativamente las conductas culpables y fraudulentas mientras la escala retributiva sancionatoria se deja librada al régimen especial penal ⁽⁶⁾. Al respecto, hay opiniones doctrinarias que abogan por la necesidad que la legislación por razones de metodología, regule las sanciones de orden penal dentro del régimen (comercial) de la quiebra ⁽⁷⁾.

b) Sistema dual de sanciones:

Aunque en nuestro derecho encontramos sanciones referidas a los quebrados que se encuentran diseminadas y dispersas por todo el ordenamiento, en rigor de verdad, debido a la importancia, especialidad y gravedad de las mismas, se pueden sintetizar en las previstas en la *faz. comercial* ⁽⁸⁾ y en la *faz. penal*, lo cual ha llevado a denominarlo un *sistema dual de sanciones*. En efecto, toda vez que la quiebra desde el punto de vista económico provoca una

⁽⁴⁾ En “*La quiebra y demás procesos concursales*”, La Plata: EP, 1974, v. 3, p. 124/125 y en “*Calificación de conducta fraudulenta en el proceso concursal*”, LL, 1980-D-1426, entre otras.

⁽⁵⁾ Conf. ARGERI, *Calificación*, p. 1426 y en *La quiebra*, v. 3., p. 125, donde expone sobre el sistema adoptado por diversas legislaciones de esa época.

⁽⁶⁾ LANDROVE DIAZ, Gerardo, “*Las quiebras punibles*”, Barcelona: 1970, p. 65 y sgtes. Citado en: ARGERI, *Calificación...*, p. 1426, nota 21.

⁽⁷⁾ A lo cual ARGERI (en *La quiebra...*, v. 3, p. 125) no comparte por romperse con ello la estructura del código penal y fragmentar su unidad.

⁽⁸⁾ La denominamos “comercial” para diferenciarla de la “penal”, sin dejar de advertir que en nuestra legislación anteriormente se encontraban estipulados los “concursos civiles”, los cuales en 1983 mediante la ley 22.917 se asimilaron a los comerciales, quedando todos al amparo de la ley concursal 19.551 entonces vigente, lo cual también adoptó su sucesora y actualmente vigente Ley 24.522.

lesión no sólo en el patrimonio del cesante sino también en el de todos aquéllos que creyendo en él le dieron crédito, y en definitiva en la economía general, es que desde siempre el Estado quiso evaluar la conducta del fallido desde una óptica bifronte: la penal y la comercial⁽⁹⁾.

Esta diferenciación, como emerge de lo expuesto en la primera parte del trabajo, era inexistente en la antigüedad toda vez que las ramas comercial y penal no estaban diferenciadas, ergo no existía una dualidad de sanciones, destacándose su aspecto represivo. Si bien luego en la evolución de los sistemas sancionatorios aconteció una metamorfosis desde un origen privado y represivo de la Quiebra hasta un estadio marcadamente publicístico y preventivo, estableciendo a la misma más como un remedio que como sanción, actualmente ello parece no cumplir los objetivos y finalidad de las sanciones previstas.

La primera, básicamente compuesta por las sanciones previstas en la legislación falencial y la segunda por los delitos tipificados al efecto en el código represivo. Al respecto, se ha sostenido que *“Mientras que en la faz comercial se discuten intereses privados de los particulares (aunque repercuten en la sociedad), en la faz penal el interés social en principio será mayor, pues a la sociedad le interesa que el orden moral no sea violado. El régimen sancionatorio comercial se centrará en una persona en cesación de pagos, es decir, con problemas que son analizados desde el punto de vista numérico y material, temas propios de derecho comercial; temática fría en lo que hace a la investigación del hecho generador de ese estado y su implicancia respecto a la sociedad (...) Por su parte, el régimen sancionatorio penal será (en realidad debiera ser, pues actualmente en lo que respecta a la materia de quiebras no lo es) el medio que se dispone para la protección de los bienes jurídicos a través de la pena; ello, tanto en su acción preventiva como represiva, pues el derecho penal, en su sentido más estricto, es la norma del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción”*⁽¹⁰⁾.

En efecto, el régimen sancionatorio comercial se centrará en una persona en concreto, en la cesación de pagos, o sea con problemas que son analizados desde el punto de vista numérico y material, previéndose una sanción llamada por algunos como “sanción profesional”; la configuración de un delito implica otra cuestión de mayor gravedad, la cual se aboca a la investigación del hecho y su implicancia respecto a la sociedad, cuya sanción debe velar por la celosa protección de los bienes jurídicos enaltecidos por la norma a través de las penas. Así, nuestra legislación criminal –reitero- no castiga el hecho en sí de la quiebra, sino el hecho humano o conducta que bajo algunas de las causas expresamente tipificadas en la norma causó la quiebra, entre ellas si medió conducta dolosa o culposa del quebrado previo al desencadenamiento del estado de quiebra y por tales motivos ponderar si cabe su reproche.

A la diferenciación expuesta, tampoco se puede soslayar el carácter *fragmentario* del derecho represivo y la *ultima ratio* que revisten las sanciones previstas en su cuerpo normativo en relación a todo ordenamiento jurídico, lo cual implica que sólo las trasgresiones que para todo el cuerpo normativo vigente resulten de mayor gravedad, y así si se encuentren tipificadas, serán consideradas “delitos” sancionadas por las penas previstas para ello.

⁽⁹⁾ O'REILLY, Cristina. *Rehabilitación del fallido*, LL, 2012-E, 934/948, revista del 6/sept./2012, p. 1.

⁽¹⁰⁾ MONTAGNA, Gastón Alejandro, *Sanciones al quebrado*. Bs. As.: Abaco, 2011, p. 35.

El problema que a priori se advierte y posteriormente será abordado con mayor profundidad, es que por un lado parece ser que tanto la legislación penal como la comercial han tenido diferentes objetivos, y por otro, que en nuestro país, existe un desfasaje, desacople y/o discordancia entre la ley falencial y la penal; la cual no ha sido modificada desde hace tiempo pese a las modificaciones que ha habido en materia concursal, lo que evidencia el “olvido” por parte del legislador del sistema normativo ⁽¹¹⁾.

Como se verá a continuación, la sanción comercial por excelencia -y tradición- que nuestra legislación falencial previó para el quebrado en los primeros tiempos se apuntó en lo que se denominó *calificación de conducta*, instituto implementado mediante el cual un juez de comercio analizaba si la quiebra de la persona obedecía a causas calificadas en el campo del derecho comercial como fraudulentas, culpables o causales, y en consecuencia a ello se regulaban las sanciones que se le aplicaban al quebrado, en especial la *inhabilitación*. Empero, como se expondrá oportunamente, el problema se suscitó en que la norma comercial había copiado la estructura de la norma penal e intentaba aplicarla en su sede, sin advertir las diferencias sustanciales entre una materia y otra, por lo que configuró un sistema ineficaz para la sanción de las conductas previstas por las normas como trasgresiones. En efecto, se pretendió implementar un sistema de control, análisis y sanción al fallido tan complejo que terminaba siendo inoperante, ineficaz e inútil.

Luego al margen y como segunda categoría de sanciones contempladas en la Ley de Concursos y Quiebras quedaron la prohibición de ausentarse del país, el arresto, la inhibición general de bienes, entre otros ⁽¹²⁾.

A continuación, se analizarán las sanciones previstas en la faz o campo comercial de la legislación nacional vigente, las normas previstas para ello y cuestiones vinculadas con las mismas, sin de dejar de efectuar paralelamente un somero repaso por los antecedentes habidos.

2. RÉGIMEN SANCIONATORIO COMERCIAL:

a) *Fundamento – Naturaleza jurídica de las sanciones:*

Sabido es que la quiebra tiene perniciosas consecuencias sobre el desenvolvimiento de los negocios y la fe que deben merecerse recíprocamente los individuos en general y los comerciantes en particular. Es por lo tanto importante escudriñar la responsabilidad que le incumbe al fallido, saber si ese estado surgió de circunstancias que no le son imputables, de eventos imprevisibles; o si por el contrario actuó con imprevisión, impericia, imprudencia, realizando actos que dolosamente lo llevaron a ese estado; y aun determinar si actuó con mala fe, en perjuicio de sus acreedores. Todo esto desde el punto de vista del derecho comercial, sin perjuicio de su responsabilidad penal.

En lo atinente al fundamento, objeto y finalidad de las sanciones previstas en el campo comercial, o sea el o los bienes jurídicos, el interés y/o los objetivos que se pretenden resguardar con las sanciones previstas para los quebrados, en particular poniendo mayor énfasis en esta parte del trabajo en las de linaje comercial/falencial, o sea la sanción

⁽¹¹⁾ Ello sin perjuicio que la imprevisión o inconsecuencia en el legislador no se presume (conf. CSJN, Fallos: 316:2390 - Esso Sapa, 26.10.93, en 319:1131, entre otros).

⁽¹²⁾ Conf. GRISPO, Jorge Daniel, en prólogo de MONTAGNA, Gastón Alejandro, *Sanciones al quebrado*. Bs. As.: Abaco, 2011, p. 12 y conforme el propio Montagna en la obra citada a fs. 46 y 99.

“profesional” que en mayor parte lo representa la *inhabilitación* (una limitación a su accionar), y las previstas en otras normas que no sean las contempladas penalmente (aunque normalmente existen muchos puntos de conexión y yuxtaposición), encontramos una diversa gama de opiniones, las cuales todas tienen algo de valioso que merecen destacarse.

Así, algunos refieren que las mismas se deben a una *protección del comercio en general*, debido a la incidencia negativa que implica la insolvencia primero para la economía misma, luego para la confianza en las reglas del derecho ⁽¹³⁾, otros destacan como bien jurídico la *economía pública*, aunque el bien específicamente tutelado es la economía crediticia y la moralización de la profesión comercial ⁽¹⁴⁾, por otro lado se destaca que los efectos que produce la legislación concursal sobre el quebrado son conocidos como interdicciones legales, dirigidas al fallido y no directamente a proteger intereses de los acreedores ⁽¹⁵⁾.

También sobre este punto, ARGERI, al abordar la conducta fraudulenta dispuesta en la ley 19.551, establecía que la calificación de quiebra fraudulenta lleva por objetivo sancionar la actividad profesional del empresario en el aspecto comercial, para proteger así el *interés del comercio* ⁽¹⁶⁾.

Asimismo, se ha sostenido que en principio debemos destacar, que el proceso de quiebra no tiene por objeto exclusivo la reparación del daño pecuniario producido a los acreedores, sino que persigue –además– la investigación de la conducta comercial del deudor y la delimitación de su responsabilidad por el juez de la quiebra (CNCom., sala A, Elemeca S.A. s/ quiebra, LA LEY, 1983-B, 138, ED, 104-404 – 13/12/82), esto en aras de la protección del crédito y del comercio en general (CNCom., sala E, Kosta’s y otro, LA LEY, 1982-B, 313 –ED, 104-729 del 1/6/81), entendiendo que la calificación de la conducta de los fallidos resulta más trascendente que ello, lo cual además no impone penas, sino que prescribe verdaderas incapacidades de derecho bajo forma de inhabilitaciones ⁽¹⁷⁾.

Al respecto, BERNE ⁽¹⁸⁾ refiere que discrepa la doctrina acerca de la naturaleza del bien tutelado, o cual es la finalidad perseguida por la ley al sancionar la conducta del fallido en el doble aspecto de la responsabilidad por las consecuencias de sus actos dañinos y de hacerlo pasible de penas corporales establecidas en el código represivo. Algunos, dentro de una concepción publicística global, piensan que el bien protegido es la economía pública

⁽¹³⁾ Vide: ALEGRIA, Héctor. *Algunas cuestiones de derecho concursal*, Buenos Aires: 1975, Abaco, p. 101 y ss. Este autor refiere que la inhabilitación no es un efecto de la quiebra sino de la calificación de conducta y se guarda adecuado paralelismo con la ausencia de inhabilitación para el concursado de buena fe (p. 103). A su vez, en págs. 100/101 refiere que el complejo humano, en fin, es responsable de la conducta asumida en una situación que interesó a la totalidad de los acreedores y a la comunidad en general. No basta con ampararse en figuras jurídicas para eximirse de responsabilidad: hay que obrar, también, conforme el derecho u la sociedad esperan de quien utilice esas figuras. Su desnaturalización no crea derechos, antes bien, genera responsabilidades.

⁽¹⁴⁾ ARGERI, Saúl A. *La quiebra*, v. 3, p. 129, 133 y 144. Quien además destacaba lo difícil que resultaba separar, dentro de la unidad del ordenamiento jurídico, la sanción profesional y la penal, ya que el bien lesionado resulta ser la Economía Pública.

⁽¹⁵⁾ Conf. HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Abaco, 2001, p. t, III, p. 842. Citado en GRAZIBLE, Darío J. *Inhabilitación falencial*, LL, 2006-F-1248, diario fecha 13/11/2006, p. 1.

⁽¹⁶⁾ ARGERI, *La quiebra*, v. 3, p. 131 y sgtes y 151 y sgtes..

⁽¹⁷⁾ Conf. SANTIAGO, Alicia Noemí. *Omisión de libros y documentación: ¿calificación de conducta culpable o fraudulenta?*, LL, 1993-E-232, nota a fallo 91.762 C, p. 233.

⁽¹⁸⁾ BERNE, Julio Glineur. *Calificación de conducta del fallido*, RDCO, año 7, agosto de 1974, p. 377 y sgtes.

(CANDIAN, *Della bancarotta*, en “Riv. Dir. Comm.”, 1935, I, p. 613). Para otros (NUVOLONE, *Fallimento*, p. 25) lo es la administración de justicia. Para una tercera corriente el objeto es más genérico, más amplio, abarca una diversidad de aspectos parciales como la defensa del orden jurídico, de la administración de justicia, de la fe pública, del comercio y de la producción (PROVINCIALI, *Tratado de derecho de quiebra*, t. III, p. 477), o el interés de una correcta marcha de las relaciones económicas (BOLAFFIO, *La bancarotta della bancarotta*, en “Riv. Dir. Comm.”, 1929, I, p. 613).

En cuanto que los demás, en opinión a la que adhiere BERNE, entienden que la finalidad perseguida por el ordenamiento legal es la *protección de los derechos de los acreedores y del Estado a la pars conditio creditorum* (conf. YADAROLA, *El problema dogmático de la falencia*, en Homenaje a Yadarola, t. II, p. 283), sin perjuicio que al propio tiempo, como efecto secundario, tienda también a la tutela del *interés social* (ANTILOSEI, *Delitos relacionados con la quiebras y las sociedades*, p. 98; Exposición de Motivos de la Ley 19.551) por las perturbaciones que el fenómeno de la insolvencia produce en la vida económica a causa de la interdependencia de las relaciones crediticias. Al respecto, BERNE (1974:378), sostiene que esta es la opinión más acertada, porque la legislación concursal regula relaciones preexistentes, siendo su principal misión el ordenamiento del patrimonio del deudor, incluso por la vía de la recomposición, para que satisfaga, en la mejor medida posible sus acreencias e interés de los acreedores. Siendo las sanciones, no todas de naturaleza criminal, como son la anulación de ciertos actos o de ciertas preferencias, están encaminadas a asegurar la *pars conditio creditorum* y la integridad del patrimonio.

Ya desde un plano penal, si bien sobre este tópico se ahondará y profundizará oportunamente, también se discrepa sobre qué bien o bienes jurídicos se apuntocan –e intentan proteger o deberían hacerlo- las sanciones previstas por dicha normativa represiva.

Así, por un lado se ha sostenido, con un sesgo privatista, que las mismas se fundamentan en la propiedad, en tanto agreden el derecho de los acreedores del quebrado a cobrar sus acreencias con los bienes del deudor en debida forma y sin respetar las condiciones igualitarias conferidas por la ley. O sea, que tienden a evitar que el deudor obligado realice actos que puedan vulnerar la completividad de su patrimonio o que conviertan en inejecutables sus bienes, que como parte de su patrimonio configuran la prenda común de los acreedores. O buscan evitar conductas que favorezcan a determinados acreedores en detrimento de otros sorteando uno de los principios medulares del derecho concursal como lo es la igual en el tratamiento de los acreedores.

Asimismo, se ha dicho que el fundamento de las inhabilitaciones del fallido gira en torno a la *pérdida del crédito y a las nociones morales de indignidad* que produce la quiebra, sumado a ello, la concepción infamante y deshonrosa que aún en la actualidad subyace ideológicamente en la normativa vigente ⁽¹⁹⁾

Por otro lado, como ya se adelantara, ya con sesgo publicístico e invocando ya cuestiones de interés general u orden público, se ha considerado como bienes jurídicos tutelados la economía pública, el comercio en general o la confianza en los negocios, por eso,

⁽¹⁹⁾ Conf. GARCIA, Silvana M. *Régimen de inhabilitaciones por quiebra*, La Ley, 2002, p. 18. Citado en GRAZIBLE, Darío J. *Inhabilitación falencial*, LL, 2006-F-1248 diario del 13/11/2006, p. 1.

la conducta del titular de un patrimonio desequilibrado e impotenciado para cumplir sus obligaciones, debe ser tenida en cuenta, no sólo para sancionarla en cada caso particular, sino para imprimir una suerte de admonición dirigida a todos los demás emprendedores, así aventar posibles abusos y su propagación “alérgica”.

- En relación a la *naturaleza jurídica* de las sanciones “comerciales” o “profesionales” previstas por la legislación falencial, en especial la *inhabilitación*, también se han vertido diferentes opiniones y criterios.

Al respecto, al abordar los efectos personales que produce el dictado de la quiebra previstos en la ley concursal, entre ellos las limitaciones para el ejercicio de ciertas actividades conjugado con la inhabilitación que produce la quiebra, se ha sostenido que ello no implica incapacidad alguna, ni de hecho ni de derecho ⁽²⁰⁾.

En este sentido, se sostuvo que *no es un incapaz de hecho, tampoco de derecho*, pues es plenamente capaz con las limitaciones patrimoniales del desapoderamiento ⁽²¹⁾; lo normado por el art. 1.160 del Código Civil, respecto a que los fallidos no pueden contratar respecto de los bienes afectados al desapoderamiento, no importa una incapacidad, pues el contrato será válido aunque afectado al sistema de oponibilidad concursal; en cuanto a los arts. 24 inc. 2º y 22 del Código de Comercio que se refieren a la imposibilidad de ejercer el comercio por parte del fallido, implica una inhabilitación en concordancia con la prescripta por la ley concursal. Tampoco importa una incapacidad el caso del art. 301 del Código Civil referido a la pérdida de la administración de los bienes de hijos menores, norma implícitamente derogada por el art. 108 inc. 3º de la ley concursal 24.522 ⁽²²⁾.

En antiguos pronunciamientos pretorianos se consideró que el comerciante fallido era un *incapaz de hecho* ⁽²³⁾, posteriormente se entendió que era un *incapaz de derecho* ⁽²⁴⁾, hasta el punto de entenderlo como un *incapaz de hecho limitado* ⁽²⁵⁾.

Pero salvadas esas diferencias, la inhabilitación de algún modo afecta la capacidad civil del fallido porque aunque puede adquirir válidamente derechos no puede ejercerlos, conservarlos ni defenderlos eficazmente frente a sus acreedores. El fallido puede disponer válidamente de sus bienes –pero ineficazmente frente a sus acreedores- porque se halla en una situación básica de capacidad civil, algo afectada y disminuida por el régimen de inhabilitación: *el fallido es un capaz inhabilitado* ⁽²⁶⁾. En sentido conteste, se sostiene que el inhabilitado no es un incapaz, constituye si una limitación al ejercicio de ciertos derechos ⁽²⁷⁾.

⁽²⁰⁾ GRAZIBLE, op. cit., p. 1.

⁽²¹⁾ Conf. MAFFIA, Osvaldo J., “*Los poderes del fallido en la quiebra*”, JA, 1981-III-732, aunque en Derecho Concursal, Depalma, 1994, t. III A, p. 467 entiende que sobre el fallido recaen incapacidades de derecho, también entendiéndolo como un incapaz de derecho GAMES, Luis M., *Capacidad y legitimación del fallido*, ED, 180-291. Citados en GRAZIBLE, p. 1, nota 8.

⁽²²⁾ HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de derecho concursal: ley 24522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, Ed. Abaco, t. III, p. 847. Citado por GRAZIBLE, op. cit., p. 1.

⁽²³⁾ CCiv. 1ª Cap., sentencia del 5 de agosto de 1940, JA, t. 71, p. 524.

⁽²⁴⁾ CCiv. 2ª Cap., sentencia del 29 de diciembre de 1949, JA, t. 1949-IV, p. 114.

⁽²⁵⁾ CNCiv., Sala E, sentencia del 18 de octubre de 1960, LL, t. 103, p. 792.

⁽²⁶⁾ Conf. MONTAGNA, *Sanciones*, 2011, p. 50. Al respecto, este autor –págs. 46/47- nos enseña que la inhabilitación es un supuesto diferente al de incapacidad. Sabido es que “capacidad” es la aptitud de una persona de adquirir derechos y contraer obligaciones, pudiendo referirse al goce de sus derechos (capacidad de derecho) o

Asimismo, se ha dicho que los efectos patrimoniales que produce la sentencia de quiebra, se traducen en limitaciones a la libertad personal del fallido, lo que denota lo poco diáfano en la separación de la tradicional clasificación entre efectos personales y patrimoniales. Son conocidos estos efectos como interdicciones legales, dirigidas al fallido y no directamente a proteger intereses de los acreedores ⁽²⁸⁾. En general, entre los efectos personales en la ley concursal encontramos la cooperación del fallido, la limitación a la libertad de salida del país, intercepción de la correspondencia y las limitaciones para el ejercicio de ciertas actividades conjugado con la inhabilitación que produce la quiebra, lo cual no implica incapacidad alguna, ni de hecho ni de derecho ⁽²⁹⁾.

En síntesis, desde nuestro punto de vista, las sanciones del orden profesional comercial a los fallidos, no son una incapacidad de hecho ni de derecho, sino una limitación a su accionar mientras dure el plazo que las normas estipulan para ello.

b) Antecedentes de la legislación argentina ⁽³⁰⁾:

Como ya se expuso, el análisis de la conducta del fallido como paso previo a la sanción comercial tradicionalmente en nuestro país reposó principalmente en lo que se llamó la “*calificación de conducta*” del quebrado; instituto implementado por la legislación falencial mediante el cual un juez de comercio analizaba si la quiebra de la persona obedecía a causas calificadas en el campo del derecho comercial como *fraudulentas*, *culpables* o *causales*; y en torno a ello se regulaban las sanciones que se aplicaban al quebrado ⁽³¹⁾, las cuales eran independientes de las aplicadas en el campo penal.

En efecto, como antecedentes encontramos que el Código de Comercio de 1862 (arts. 1593 y 1594), dictado en ausencias de normas penales, el cual regulaba la situación preceptuando que en supuesto de culpa leve se sancionaba al infractor con pena de tres meses a un año, sanción ésta que era de competencia aplicativa por el propio juez de comercio: cuando la infracción importaba calificar la quiebra de culpable o fraudulenta, la competencia remitía al fuero penal.

Dictado el *Código Penal de 1.877*, se estableció en el mismo (arts. 198 y 199) la penalidad correspondiente, interín que hacía remisión a la ley de quiebras sobre los elementos que tipificaban culpa o fraude.

a su ejercicio. El fallido no es un incapaz (Montagna, 2011:47) no obstante la redacción del art. 24 inc. 2 del Código de Comercio y del art. 1.1160 del Código Civil. Sobre el fallido, no pesa exactamente una incapacidad sino un régimen de inhabilitación derivado del desapoderamiento (CNCom., Sala D, sentencia del 7 de noviembre de 1985, ED, t. 121, p. 172. Citado en pág. 47, nota 20). Es que nos encontramos ante un supuesto 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; me refiero a un supuesto de incapacidad anómala como consecuencia del desapoderamiento y de la intervención del síndico cuya misión será la realización de los bienes del fallido.

⁽²⁷⁾ RIVERA, Julio César. *Instituciones*, II, p. 276.

⁽²⁸⁾ Conf. HEREDIA, *Tratado*, op. cit., t. III, p. 842. Citado en GRAZIBLE, op. cit. p. 1

⁽²⁹⁾ GRAZIBLE, *ibídem*.

⁽³⁰⁾ Se sigue básicamente lo expuesto por ARGERI, *Calificación de conducta fraudulenta en el proceso concursal*, LL, 1980-D-1427/1428 y por MONTAGNA, *Sanciones*, p. 37/38.

⁽³¹⁾ MONTAGNA, *Sanciones*, 2011: p. 38.

El *Código Penal de 1.922*, que no fue modificado por la ley 17.567 (Adla, XXVII-C, 2867) regla las penalidades de aplicación y precisa los elementos materiales y formales que lo tipifican dentro del Título VI de *Delitos contra la propiedad*, Capítulo V titulado *Quebrados y otros deudores punibles*.

La ley 11.719 (Adla, 1920-1940, 325) establecía sanciones de orden profesional, al respecto siguiendo las pautas impuestas por las Ordenanzas de Bilbao, calificó a los fallidos en *casuales, culpables y fraudulentos*. Las sanciones de orden penal eran remitidas al código de la materia (código penal). Este, regula las figuras delictivas y establece las penalidades correspondientes, mientras que la ley de concursos fija los presupuestos (estado de cesación de pagos del comerciante) de la acción penal. Así, dictado el auto de quiebra y firme este⁽³²⁾ era procedente la remisión de los autos al juez de Crimen, quien aplicaba las normas establecidas en el Código Penal, no existiendo problema sobre la prejudicialidad excepto hallarse el auto de quiebra firme.

La ley 19.511 (Adla, XXXII-B, 1847) siguió análoga sistemática que la ley 11.719, manteniendo las tres calificaciones de conducta del fallido: i) fraudulenta, ii) culpable y iii) casual (La calificación de la conducta del fallido y de terceros, Título III, Capítulo IX o “De las medidas relativas al fallido en casos de culpa o fraude”, como lo expresaba la ley 11719). En efecto, esta norma atiende la actividad profesional comercial del fallido, se elimina la presunción de fraude del corredor de comercio, se establecen preceptos relacionados con la responsabilidad de los funcionarios intervinientes (síncico, etcétera) así como la conducta de terceros en el proceso. Las infracciones al régimen penal se derivan al juez del Crimen, siendo la calificación de conducta autónoma de la ley penal.

Como ya se refirió, la calificación de quiebra fraudulenta llevaba por objetivo sancionar la actividad profesional del empresario en el aspecto comercial, para proteger así el interés del comercio. En la ley 11.719 los hechos configurativos de conducta fraudulenta llevaban naturaleza taxativa, en la 19.551 tanto para la fraudulenta como para la culpable enunciativa⁽³³⁾.

Si bien la ley 19.551 introdujo una técnica superadora a la antecesora⁽³⁴⁾, en lo que respecta en si a las sanciones no pudo enderezar el camino ni acercar sus diferencias con la faz penal, se dejó abierta para la sanción de una nueva ley penal que nunca llego.

A su vez, el instituto de la calificación de conducta tuvo una modificación mediante la Ley 22.917/83, ya que evolucionó de un criterio meramente formal de imputación de conductas fraudulentas a un criterio subjetivo basado en el proceder doloso y se suprimió la

⁽³²⁾ CNCrim. y Correc., en pleno, diciembre 24-971, LA LEY, t. 146, p. 102.

⁽³³⁾ Conf. ARGERI, *La quiebra*, v. 3, p. 153 y 166.

⁽³⁴⁾ ALEGRIA, Héctor. *Algunas cuestiones*, op. cit. p. 100, resaltaba como principio la Recuperación del deudor de buena fe y severidad para quien abusó del crédito, destacando que la rehabilitación inmediata no es ya una gracia, facultad potestativa del juez en ciertos casos de fracaso de convocatoria de acreedores (art. 41 de la ley 11.719, que implantaba la “liquidación sin declaración de quiebra”, instituto híbrido y potestativo, sino que es un derecho del deudor de buena fe (art. 249, ley 19.551 en todos los casos. Además refiere que la calificación de conducta cobra ahora sentido, pues no es solamente una declaración abstracta sino la manera de graduar los efectos de la conducta sobre la habilidad posterior del fallido, de sus administradores, liquidadores, síndicos, etc.

calificación, en caso de concluir el proceso concursal por avenimiento o por pago total ⁽³⁵⁾. Se entiende que el perjuicio sufrido por el acreedor por la insolvencia del deudor ha desaparecido. A su vez, dicha norma en el artículo 237 estableció nuevos criterios de interpretación de las conductas fraudulentas y culpables. Sobre dichos criterios reposaba todo el sistema de calificación instaurado en ese entonces, manteniendo el doble sistema de calificación en sede concursal y penal, reconociendo que determinadas conductas pueden resultar superpuestas con figuras penales, optándose por mantener el viejo sistema hasta tanto se modifique el Código Penal, lo cual motivó críticas de la doctrina que reclamaba que la reforma debía unificar en sede penal o comercial la calificación tal como lo establecía la doctrina ⁽³⁶⁾.

Como se analizará oportunamente, el problema se suscitó en que la norma comercial había copiado la estructura de la norma penal e intentando aplicarla en su sede, sin advertir las diferencias sustanciales entre una materia y otra, todo lo cual derivó en un sistema ineficaz e ineficiente, pues se regulaban una serie de conductas al estilo penal y se terminaba la redacción en una segunda sección estableciéndose que la acción penal que le pudiera corresponder al fallido era independiente de la clasificación de la conducta que comercialmente correspondiera, tornando incluso en vano la labor desarrollada por el juez interviniente en sede comercial ⁽³⁷⁾.

Dicha norma conservaba resabios de la “quiebra-sanción” y si bien no traía disposiciones propias del derecho criminal era severa -o al menos eso aparentaba- con los fallidos y los administradores para los cuales preveía la calificación de conducta, la cual no cumplió su función y se convirtió en una causa inútil de prolongación de los procesos.

Se pretendió implementar un sistema de control, análisis y sanción al fallido tan complejo que terminaba siendo inoperante, tornando el sistema dual de sanciones en ineficiente.

3. LA LEY 24.522 Y SUS ASPECTOS SANCIONATORIOS:

Si bien algo ya se expuso, el sistema de la normativa anterior preveía una triple calificación de conducta –en diversas leyes- conforme a las distintas situaciones que se afectaban. Así, en sede laboral el art. 251 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 se preveían las facultades del juez laboral para analizar la conducta del empleador quebrado, a fin de determinar la indemnización que le correspondería percibir al trabajador, en sede concursal donde tramitaba el llamado “incidente de calificación de conducta”, abierto por la sindicatura con una copia del informe del art. 40 de la ley 19.551, investigándose el accionar de los fallidos, representantes, administradores, etc., la cual podía ser calificada como fraudulenta,

⁽³⁵⁾ Lo cual importó un paso más para extirpar la calificación de conducta del ámbito mercantil, lo cual mereció en general la aprobación de la doctrina (Conf. TRUFFAT, Edgardo Daniel, *La clausura por falta de activo: ¿importa presunción de fraude?*, LL, 1989-C, p. 1280) En contra: FUSARO, Bertelio. *La calificación de conducta en la ley 19.551, reformada por la ley 22.917, RDCO*, Año 17, Depalma, 1984, p. 57.

⁽³⁶⁾ Conf. ROITMAN, H. *Calificación de conducta, año 17, RDCO*, Bs. Aires, Depalma, 1984, p. 669/779.

⁽³⁷⁾ Al respecto se advertía que habiendo evitado la calificación en sede ordinaria era muy difícil, cuando no imposible, la calificación en sede penal (FUSARO. *La calificación*, p. 65). Normalmente el sistema funcionó mal, engendrándose largos incidentes de calificación de conducta, con resultados dudosos y, cuando la causa se remitía a sede penal, el juez criminal se encontraba con la prescripción de la acción penal o con el transcurso de una determinada cantidad de tiempo que generaba la imposibilidad de recoger las pruebas suficientes para dictar condena (BARBIERI, *Nuevo régimen*, p. 451).-

culpable o casual, con disimiles consecuencias, ya que si era fraudulenta o culpable se remitía a sede penal, donde se analizaba el paso restante del procedimiento, debiendo el juez respectivo indagar acerca de la comisión de algunos de los delitos previstos en los arts. 176, 177, 178, 179 y 180 del Código Penal.

La ley 24.522, introdujo aristas y modificaciones significativas en torno a los aspectos sancionatorios y efectos personales de la quiebra ya que eliminó el tradicional instituto de la calificación de conducta e instauró una *inhabilitación automática y objetiva* en función de la declaración de quiebra, dejando prácticamente librado al arbitrio de quien se sintiere perjudicado instar el análisis y valoración de la conducta del quebrado en sede penal. Así, la nueva ley ha establecido una inhibición automática del fallido y/o sus administradores, por un plazo de un año, a partir de la declaración de la quiebra (arts. 234, 235 y 236, LCQ), el que puede ser ampliado si existiese causa penal abierta, con referencia a la actividad comercial del deudor, donde se le impute la comisión de delitos.

Como ya se adelantara, esta norma dejó de lado el interés del Estado en el tema reservándolo al privado de cada acreedor, sin considerar que la quiebra afecta en buen grado al interés público⁽³⁸⁾. Al respecto, algunos lo consideran una “paradoja” (conf. Montagna, 2011:40), ya que por un lado la ley 24.522 constituyó un criterio respecto a la *cesación de pagos* –presupuesto objetivo esencial para que exista la quiebra- que reposó en la denominada “*teoría amplia*” enumerando los hechos reveladores de dicho estado falencial; con lo cual abrió el marco comercial por el que un sujeto podía encontrarse en cesación de pagos, mientras que por otro lado se acotaron las sanciones que la normativa comercial le había deparado provocado una suerte de embudo, cuyo sector más angosto corresponde a las sanciones (Montagna, 2011:43).

Asimismo, eliminó los últimos vestigios de tintes represivos, ello se evidencia no sólo en la eliminación de la calificación de conducta, sino también al no mantener la facultad de ordenar el arresto de quien no prestara o negara colaboración en el proceso (art. 107, ley 19.551 facultad no reproducida en el actual artículo 103) y también en la redacción del actual art. 233 (efectos de la clausura del procedimiento por falta de activo) donde ya no tiene recepción legislativa la atribución del juez concursal de ordenar la detención del fallido y remisión a justicia penal (conf. art. 234, ley 19.551); aunque sí el art. 233 actual prevé que la clausura del procedimiento por falta de activo importa la presunción de fraude y que el juez debe comunicarla a la justicia en lo penal para la instrucción del sumario pertinente.

Por ello, las sanciones o efectos que se pueden considerar de mayor relevancia en nuestra ley falencial actual sobre el quebrado, más aún por su conexión y/o relevancia con aspectos o cuestiones penales, son: a) la inhabilitación, por excelencia, b) la clausura por falta

⁽³⁸⁾ En efecto, en la propia exposición parlamentaria el miembro informante del dictamen de la mayoría del Senado en o que al aspecto sancionatorio de penas respecta expuso lo siguiente: “El nuevo texto legal establece simplemente una inhabilitación automática en función de la declaración de la 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 las vías correspondientes, fundando su petición en las normas que regulan específicamente esta conducta en sede criminal” (Citado por MONTAGNA, *Sanciones*, 2011:40).

de activo y c) la interdicción de salida del país, las cuales oportunamente se desarrollarán con mayor profundidad.

Por otro lado, existen otra especie de sanciones o efectos previstos en la ley concursal de segundo grado u orden de relevancia, entre las cuales se encuentran: a) el desapoderamiento, b) la inhibición general de bienes y anotaciones, c) la intercepción de correspondencia, d) la legitimación procesal, e) Incautación de bienes, libros, documentación, f) actos ineficaces y g) la extensión de la quiebra y la responsabilidad de terceros, de las cuales se realizarán breves referencias.

3. A) ELIMINACIÓN DE LA CALIFICACION DE CONDUCTA: ⁽³⁹⁾

Uno de los aspectos más innovadores de la ley 24.522 ha sido sin duda, la eliminación del juicio de calificación de conducta; último resabio, quizás de la impronta represiva que caracterizó desde sus orígenes a la legislación concursal ⁽⁴⁰⁾, aunque en rigor de verdad se la suprimió de la sede comercial ya que no se eliminó de todo nuestro ordenamiento jurídico ⁽⁴¹⁾.

La calificación de conducta, que alcanzaba al fallido y a otros responsables, era el incidente en el cual se determinaba el grado de imputabilidad que unos u otros tenían en la quiebra, para someterlos a distintas consecuencias jurídicas (conf. FASSI, 1972:192 y 1977: 297) ⁽⁴²⁾. Desde un punto vista conceptual y amplio, la calificación de conducta, era la

⁽³⁹⁾ Para este instituto se toma como bibliografía específica: ARGERI, Saúl A., *La quiebra y demás procesos concursales*, La Plata: Editora Platense, 1974, t. 3, p. 122, *Calificación de conducta fraudulenta en el proceso concursal*, LL, 1980-D-1423 y *Calificación de conducta culposa en el proceso concursal*, LL, 1980-D-1435; BERGEL, Salvador Darío. *La calificación de conducta en el anteproyecto de ley de concursos mercantiles*, JA, 1970, Doctrina, p. 262; BERNE, Julio Glineur, *La calificación de conducta del fallido*, RDCO, año 7, agosto de 1974, p. 377-396; CONIL PAZ, Alberto A., *Calificación de conducta y renuncia de un director*, LL, 1994-C-37; DASSO, Ariel Ángel. *Responsabilidad y calificación de conducta concursal*, LL, 1986-C-926; FASSI, Santiago C., *Ley de concursos. Comentada y anotada. Ley 19.551*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 191 y *Concursos comerciales y civiles*, 2ª ed. ampliada, Bs. As.: 1977, p. 297; FUSARO, Bertelio. *La calificación de conducta en la ley 19.551. Reforma por la ley 22.917*, RDCO, Año 17, Depalma, 1984, p. 57 a 65; GAGLIARDO, Mariano, *Calificación de conducta concursal*, LL, 1988-E-540, nota a fallo; MEINCKE, Horacio E. – IGLESIAS, José Antonio. *La aplicación de la ley más benigna en la calificación de conducta. Un nuevo enfoque*, ED, 127 (1988)-750; RIBICHINI, Guillermo Emilio. *Calificación de conducta: un cambio saludable con reservas*, LL, 1995-D-664; ROITMAN, Horacio. *Calificación de conducta, año 17*, RDCO, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 669 a 779; ROMERA, Oscar E., *La eliminación de la calificación de conducta y sus consecuencias en la legislación concursal y el derecho penal*, en Rev. Derecho y Empresa, n° 4, Universidad Austral, Rosario, 1995, p. 263 a 271; SANTIAGO, Alicia Noemí *Omisión de libros y documentación: ¿calificación de conducta culpable o fraudulenta?*, LL, 1993-E-232, nota a fallo; entre otros citados en la bibliografía general.

⁽⁴⁰⁾ Vide PARRY, Adolfo E. y PARRY, Roberto A., *El concurso civil de acreedores*, Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 1967, Tomo I, págs. 33/39. Citado por Romera, *La eliminación*, p. 263.

⁽⁴¹⁾ Así, subsiste el comportamiento para determinar las indemnizaciones laborales, conforme artículo 251 de la LCT 20.744, que reza: Calificación de la conducta del empleador. Monto de la indemnización. Si la quiebra del empleador motivara la extinción del contrato de trabajo y aquélla fuera debida a causas no imputables al mismo, la indemnización correspondiente al trabajador será la prevista en el artículo 247. En cualquier otro supuesto dicha indemnización se calculará conforme a los previstos en el artículo 245. La determinación de las circunstancias a que se refiere este artículo será efectuada por el juez de la quiebra al momento de dictar la resolución sobre procedencia y alcances de las solicitudes de verificación formuladas por los acreedores. (*Artículo sustituido por art. 294 de la Ley N° 24.522 B.O. 9/8/1995*).

⁽⁴²⁾ Al respecto DASSO, Ariel Ángel. *Responsabilidad*, p. 926/927, refería que “Se trata del procedimiento destinado a investigar la conducta individual de cada fallido, sus factores, administradores y apoderados

apreciación de los motivos o circunstancias no taxativos que conllevan al estado de cesación de pagos de una sociedad; es decir, trata de la apreciación judicial, previo sumario juzgamiento de la actividad conductual del fallido en el manejo de sus negocios ⁽⁴³⁾.

En relación a la misma, ROITMAN destacaba la importancia de la calificación, pues a más de estar relacionado con el ejercicio futuro de la profesión comercial, lo está con la libertad de la persona ⁽⁴⁴⁾. BERGEL, sostenía que la calificación hace al cumplimiento de una de las finalidades esenciales del proceso de quiebra: sancionar la conducta de quienes actuaron en el ejercicio de actividades comerciales abusando del crédito o conduciéndose con negligencia, imprudencia o impericia. La decisión que se adopta en el incidente apunta a un doble orden de ideas: a) en el plano comercial sirve para medir el cómputo de la inhabilitación, que constituye una sanción típica; b) en el plano penal, es valioso antecedente para la actuación de la justicia represiva, en cuanto lo actuado allí, puede constituirse en cabeza del proceso ⁽⁴⁵⁾.

Como se expusiera, ya en la ley 11.719, eran tres las calificaciones: fraudulenta, culpable y casual, mantenidas por la ley 19.551. La calificación prevista procedía en todo supuesto de quiebra, aunque el proceso terminara por avenimiento (art. 227, Ley 19.551) o pago total (art. 230, Ley 19.551), aunque eran valiosos atenuantes para su calificación ⁽⁴⁶⁾ (lo cual como se expuso con la Ley 22.917/83 se modificó), empero no cuando prosperaba un acuerdo resolutorio (art. 24, Ley 19.551).

Tal institución, de larga data y tradición, logró sobrevivir en nuestras leyes, no obstante la opinión de la doctrina nacional ⁽⁴⁷⁾ y la escasa o casi nula aplicación judicial ⁽⁴⁸⁾ ⁽⁴⁹⁾, ya

generales; de los administradores, gerentes, directores, fundadores, liquidadores y síndicos de las sociedades fallidas, del síndico del concurso y sus cómplices (art. 238, 239 y 240, ley 19.551) con el fin de determinar la responsabilidad en base a la cual el ordenamiento legal aspira a sancionar por vía de represión o resarcimiento el daño experimentado por otras personas (o por la comunidad) como consecuencia de una conducta jurídicamente represible o sensurable”.

⁽⁴³⁾ Conf. GAGLIARDO, *Calificación*, p. 541. Este autor además refiere que en sede comercial, el incidente referido, tiene matices diferenciales con otros procesos que puedan tramitar en el mismo fuero. Uno de esos rasgos se advertía en que la CSJN en diversos pronunciamientos consideraba que las resoluciones por los cuales los tribunales comerciales calificaban la conducta de los fallidos no revestía el carácter definitivo en los términos del art. 14 Ley 48 (Adla, 1852-1880), destacando que era un proceso equivalente a un procedimiento instructorio, de naturaleza represiva no patrimonial.

⁽⁴⁴⁾ ROITMAN, Horacio. *Calificación*, p. 770. Al respecto, BERNE, Julio G. en *Calificación*, p. 377, refería que la calificación de conducta del fallido constituye uno de los temas más arduos del derecho concursal.

⁽⁴⁵⁾ BERGEL, *La calificación...*, p. 270.

⁽⁴⁶⁾ Conf. DE IRONDO, *Quiebra: calificación de conducta de los fallidos. Segunda parte: Procedimiento y quiebra de las sociedades*, ED, 29, p. 201, n° 10. Citado en FASSI, 1972:192.

⁽⁴⁷⁾ La supresión fue propiciada por distintos congresos y jornadas, por el I Congreso de Derecho Comercial de 1940; la VI Conferencia Nacional de Abogados, La Plata, 1959, entre otros. En doctrina: ROULLION, Adolfo “*Reforma al Régimen de los Concursos*”, Ed. Astrea, Bs. As., 1986, p. 333, CAMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*. Ed. Depalma, Bs. As., 1978, vol. I, p. 198; VITOLO, Daniel, en “*Ponencias presentadas en el IV Congreso de Derecho Societario*”, Mendoza, 1986, y en las “*Jornadas Nacionales de Derecho Concursal*”, Bs. As., 1987, entre otros. Véase Montagna, *Sanciones*, p. 39, nota 2.

⁽⁴⁸⁾ Véase la evolución del instituto de calificación en nuestro país en ROITMAN, op. cit., p. 770/775, quien refiere que con la sanción de la ley 19.551 básicamente en nada se avanzó, excepto en la merituación personal de la conducta de cada imputado y su vinculación efectiva con la insolvencia, concepto que se introduce con la ley

durante la vigencia de la ley 11.719 se sostenía su supresión⁽⁵⁰⁾. La propia convicción de esta temática quedó plasmada y reflejada en la propia Exposición de Motivos de la ley 22.917 que modificó la ley 19.551⁽⁵¹⁾.

En efecto, la ley concursal 19.551 preveía en el Capítulo IX titulado *Calificación de conducta del fallido y de terceros*, estableciendo en la Sección I las Causales, regulando la “*Conducta fraudulenta*” en el art. 235⁽⁵²⁾ y la “*Conducta culpable*” en el art. 236⁽⁵³⁾, sosteniéndose al respecto que el catálogo de hechos y de actos aportados en los distintos incisos de ambas normas no constituyen más que un muestreo de algunos sucesos que pueden descomponerse cada una de las figuras-tipo contempladas y sancionadas por la ley⁽⁵⁴⁾, y

22.917. La ley 22.917 mantuvo el doble régimen de calificación en sede concursal, reconociendo que ciertas conductas pueden resultar superpuestas con las figuras penales (incluso reconocido en Exposición de Motivos, punto 33, a), optándose por mantener el viejo sistema, hasta tanto se reformase el Código Penal, lo cual fue objeto de críticas.

⁽⁴⁹⁾ RIBICHINI, op. cit., refería que era una institución que nació “castrada” en la originaria redacción de la ley 19.551 y que fue languesciendo a caballo de la desmesurada desproporción entre el tamaño de su regulación y el costo de su tramitación, con el de la única consecuencia jurídica concreta que podía enlazarse a su producción: El del mayor o menor plazo que habría de aguardar el fallido para obtener su rehabilitación. En dicho artículo glosa un fallo -93.623 -CNCom, sala A, agosto 31-994, *Chejter, Jaime A. s/ quiebra-*, donde se destacaba a la calificación de conducta como una de las instituciones de la ley concursal y la mas importante para el orden público y el intereses general, pues posee decisiva gravitación en la rehabilitación del fallido, debe igualmente efectuarse aun cuando hayan transcurrido más de diez años desde la declaración de quiebra, lo cual crítica debido a que ya tenía media sanción el proyecto que lo derogaba.

⁽⁵⁰⁾ Véase al efecto BERGEL, *La calificación de conducta...*, p. 262 y sgtes., quien se preguntaba si frente a los antecedentes que destaca (opiniones que abogaban la supresión) y al reconocido fracaso del sistema sancionatorio articulado por la ley comercial en función de la ley penal, cabría preguntarse si lo adecuado fue el sistema o su aplicación; opinando que debía mantenerse el sistema entonces vigente, sosteniendo que el juez comercial es quien cuenta con mayores elementos para investigar adecuadamente los hechos que configuran la quiebra culpable o fraudulenta, abogando por mantener el incidente de calificación de conducta y perfeccionarlo. En dicho artículo destaca que ORIBE en Congreso Argentino de Derecho Comercial de 1940, sostuvo que la calificación de conducta debería quedar reservada a la Justicia del Crimen.

⁽⁵¹⁾ Se lee en la misma “*La Comisión estudió la conveniencia de mantener la llamada calificación de conductas en sede concursal, analizando posibles superposiciones con la tipificación del delito y la condena penal. En este aspecto, si bien son muchas las legislaciones que han abolido una legislación civil independiente de la penal, debe tenerse en cuenta que, mientras no se produzcan reformas concordantes en la legislación penal, no es conveniente eliminar de la ley Concursal la consideración de las conductas de quienes obraron con culpa o fraude en sus asuntos patrimoniales*”. En cuanto al fundamento de la responsabilidad, según DASSO (*Responsabilidad y...*, p. 929) la ley 22.917 (Adla, XLIII-D, 3771) modificatoria de la ley de concursos 19.551 introdujo una importante variante en cuanto a los fundamentos de la responsabilidad. Así el régimen adscripto claramente al sistema de responsabilidad objetiva del riesgo creado ha sido totalmente superado con la sujeción al sistema de la teoría subjetiva.

⁽⁵²⁾ “Art. 235. La conducta del fallido es fraudulenta cuando ha disminuido indebidamente el activo, ha ocultado sus libros y documentación, ha otorgado preferencias indebidas a los acreedores, ha abusado del crédito o ha negado información en el concurso.- Se consideran configurativos de tal conducta, entre otros, los siguientes actos:(...)”.-

⁽⁵³⁾ “Art. 236. La conducta del fallido es culpable cuando ha abandonado sus negocios o realizado cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.- Se consideran configurativos de tal conducta, entre otros actos, los siguientes:(...)”.-

⁽⁵⁴⁾ Lo cual llevó a sostener el carácter enunciativo de la norma del art. 235 (Conf. ARGERI, *Calificación de conducta fraudulenta en el proceso concursal*, LL, 1980-D-1429)

además, que la fraudulencia y la culpabilidad estaban tipificados en los cinco casos contemplados en la parte general del art. 235 y en las dos figuras (asimilando imprudencia y negligencia en razón de la similitud de sus efectos) contenidas en similar introducción del art. 236⁽⁵⁵⁾.

En cuando a la calificación de conducta particularmente en materia de sociedades anónimas, GAGLIARDO refería que la misma se realizaba de manera individual, atendiendo a las propias actuaciones de cada uno de los sujetos involucrados (art. 238, Ley 19.551) consignando que era una enunciación meramente enunciativa y todas ellas presunciones *juris tantum*, que durante la vigencia de la ley 11.719 (Adla, 1920-1940, 325) llevaron a Sebastián SOLER (*Derecho penal argentino*, t. IV, p. 455, Ed. La Ley, 1946) a sostener que no sólo debe existir relación de causalidad sobre la base del examen *ex post facto*, sino culpabilidad, es decir, relación subjetiva *ex ante* ⁽⁵⁶⁾. Asimismo, opinaba que la fórmula del *buen hombre de negocios* del art. 59 ley 19.550 encontraba en la ley concursal –arts. 235 y 236- supuestos que las desvirtúan, causando una sanción retributiva de índole personal ⁽⁵⁷⁾.

La duración de la inhabilitación dependía de la calificación de conducta establecida, siendo un efecto personal vinculado a la misma. Así, el artículo 244 Ley 19.551 establecía que el fallido no rehabilitado no puede ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ni ser socio, administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades comerciales o civiles; tampoco puede ser factor o apoderado con facultades generales para el ejercicio de actividad comercial, sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 108 (conservación de la facultad de desempeñar tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia). Se ha sostenido que por su amplitud, ello significaba una prohibición del derecho de trabajar y por lo tanto violatoria del art. 14 de la Constitución Nacional (SAJÓN, PALACIO, E.M., y otros, ED, 29, 804. Citado por FASSI, 1972:208)

La misma también se extendía, en caso que se los juzgara incurso en culpa o fraude, a administradores, gerentes, directores, fundadores, liquidadores y síndicos de sociedades, factores, administradores y apoderados generales de cualquier fallido y al síndico incurso en conducta fraudulenta. A su vez, se establecían sanciones para los cómplices.

En cuanto a la rehabilitación ⁽⁵⁸⁾ se establecía –art. 249- que en los supuestos de Quiebra casual y contra quienes no se había incoado proceso por los delitos de los artículos 176, 177, 178 y 180 del Código Penal o hubiera sido sobreseído definitivamente o absuelto de éstos, debía ser rehabilitado una vez comprobados esos extremos. En los restantes supuestos, preveía en el art. 250 que en caso de calificación culpable, a los cinco años contados desde la sentencia declarativa de quiebra y en caso de calificación fraudulenta, a los diez años contados de igual manera, estableciéndose que en ambos supuestos no podía decretarse la rehabilitación mientras se encontraba pendiente de cumplimiento una inhabilitación especial en causa penal.

⁽⁵⁵⁾ Véase BERNE, op. cit., 381.

⁽⁵⁶⁾ GAGLIARDO, Mariano, op. cit., p. 543 y 547.

⁽⁵⁷⁾ Véase SANTIAGO, Alicia Noemí. *Omisión de libros y documentación: ¿calificación de conducta culpable o fraudulenta*, LL, 1993-E-232, nota a fallo 91.762, CNCom., sala D, abril 30-992, One way SRL, donde se analizaba la conducta de los gerentes de la misma.

⁽⁵⁸⁾ Acto procesal que permite recuperar la capacidad legal de quien la perdió por causa de la quiebra (Conf. DASSO, Ariel Angel. *Responsabilidad y calificación de conducta concursal*, LL, 1986-C-926).

La rehabilitación debía ser solicitada por el interesado y debía acompañar los instrumentos probatorios fehacientes, dándose posterior vista al síndico y al agente fiscal, a lo cual el juez concursal resolvía el caso de oposición y siendo la resolución apelable por el interesado o los oponentes.

El sistema no era eficaz por diferentes motivos; no existía interés en llevarlo adelante por el síndico, quien se ocupaba de “otros menesteres” falenciales, por lo que en la mayoría de los casos recaía la sentencia en el incidente luego de haber transcurrido el término máximo de inhabilitación que se contaba desde la sentencia de quiebra, adunado a ello el hecho de que no existía –ni existe- registro alguno donde se inscriba la inhabilitación, lo que imposibilitaba su eficacia práctica y complicaba la represión penal por la falta de coordinación entre los sistemas concursal y criminal, lo cual obviamente se traducía en magros resultados y en un dispendio jurisdiccional innecesario ⁽⁵⁹⁾.

En este sentido, RIVERA (*Instituciones*, I, p. 85) refiere que el régimen de calificación de conducta se había revelado como altamente insatisfactorio; su aparente severidad, inclusive la anunciada en la Exposición de Motivos, no era tal cuando se advertía que el tiempo de la inhabilitación se iba consumiendo durante el trámite del incidente. Así muchas veces el incidente llegaba a sentencia cuando el plazo de la inhabilitación estaba íntegramente consumido.

Como vimos, la eliminación del instituto de la calificación de conducta, no sólo recibió la opinión mayoritaria de la doctrina, sino también las sugerencias previstas en algunos encuentros sobre el tema ⁽⁶⁰⁾. Ya la Exposición de Motivos, en su punto 11, preanuncia la eliminación. En consecuencia en el Capítulo IX sólo se refiere a la inhabilitación del fallido, a su duración y efectos, eliminándose cualquier criterio calificadorio para la aplicación por el juez comercial. Por ende la conducta del fallido será calificada en la justicia penal con los parámetros fijados por los Códigos de la materia, debiéndose aplicar las sanciones previstas en ellos ⁽⁶¹⁾.

En el ámbito laboral, la indemnización a abonar por el despido en la quiebra se fija de acuerdo a la conducta del empleador fallido, determinada por el juez de la quiebra, por lo que en cierto modo –como se adelantara- se mantiene la calificación, aunque sólo con esos efectos.

Con buen tino, en relación a la eliminación de este instituto, se ha sostenido que de esta manera, se solucionan diversos aspectos originados en la promiscua interferencia entre la

⁽⁵⁹⁾ Ver: GRAZIBLE, Darío J. “*Inhabilitación...*”, p. 1 y ROITMAN, Horacio, “*Calificación...*”, p. 774. En similar sentido, se ha sostenido que el régimen de la calificación de conducta era un fracaso (conf. RIVERA-ROITMAN y VITOLO, “*Concursos y Quiebras: ley 24.522*”, p. 366 y sgtes., Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, con cita de numerosa doctrina en sentido conteste).

⁽⁶⁰⁾ Miguel E. RUBIN, ponencia presentada en el II Encuentro Rioplatense de Institutos de Derecho Comercial, San Isidro, abril de 1991. Ver, asimismo, el Proyecto de Reforma elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1983. Citados por BARBIERI, Pablo C., *Nuevo régimen*, p. 452, nota 134).

⁽⁶¹⁾ Barbieri, op. cit., pag. 452, cree adecuado el criterio impuesto por la Reforma, dado que, de este modo se intenta dotar al juzgamiento de la conducta del fallido de la mayor seriedad posible, evitando las largas y tediosas tramitaciones del incidente en sede comercial. Deseando que paralelamente se produjera una adecuación de los tipos penales a la realidad actual de nuestro comercio, mediante la inclusión de figuras y conductas modernas que escapan a las previsiones que actualmente rigen la actividad judicial.

legislación concursal y la penal, entre ellos el de la superposición de jurisdicción con la consiguiente posibilidad del escándalo jurídico ⁽⁶²⁾.

Un tema interesante resultó la aplicación de la ley 24.522 en relación a los aspectos sancionatorios y sus efectos sobre las quiebras regidas por la ley anterior, o sea el llamado *derecho transitorio*, reeditando lo acontecido cuando se sancionó la ley 22.917 que reformara la Ley 19.551, en especial la solución a adoptar tomando en cuenta si la calificación de conducta y sus consecuencias tenían o no una connotación represiva (o punitiva) ⁽⁶³⁾ ⁽⁶⁴⁾. Así, pese a la norma de la ley 22.917, la doctrina y la jurisprudencia se dividieron sosteniendo, un sector, que este tipo de normas eran de carácter represivo y que, por ende, se debía aplicar la ley más benigna, declarando aplicable el nuevo régimen aun a los procesos iniciados con anterioridad a la sanción de la reforma. Otro sector sostuvo que eran normas comerciales y no represivas y que no debía aplicarse el nuevo régimen. En definitiva, en el plenario citado en la nota 63, se afirmó que en materia de capacidad de las personas se aplica el principio de la vigencia de las nuevas leyes y que interesando la inhabilitación comercial la capacidad del fallido, la situación queda atrapada por el artículo 4046 del Código Civil ⁽⁶⁵⁾.

En cuanto a la ley 24.522, el art. 290 de la Ley 24.522 preveía la entrada en vigencia de la misma a los 90 días contados desde su publicación, empero fue derogado por el decreto 267/95, por lo que volvieron a cobrar vida y reeditarse planteos similares y soluciones jurisprudenciales similares a los ya mencionados con normas anteriores.

En el fallo "*Loterspil, Gregorio s/ quiebra*" ⁽⁶⁶⁾, se resolvió no hacer lugar a la calificación de conducta del quebrado, -régimen de la ley 19.551-, y aplicar en cambio la inhabilitación automática instaurada por la ley 24.522, considerándola como ley penal más

⁽⁶²⁾ ROMERA, *op. cit.*, p. 264.

⁽⁶³⁾ En dicha oportunidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia, buscando una solución equitativa, echaron mano a la aplicación de la ley penal más benigna (art. 2, Código Penal), partiendo de que la calificación de conducta tenía una naturaleza represiva y sancionatoria. ROUILLON, con algunos reparos adhería a esa posición. Por su parte la CNCom sentó la vigencia de la nueva ley, sea por aplicación del art. 2 del Código Penal, o con fundamento en el art. 4.046 del Código Civil, en los fallos plenarios "*Armadores Argentinos S.A.*" (JA, 1988-III-424) en pleno y "*Balassanian, Armando*" (JA, 1988-IV-504). Una interesante opinión de los plenarios y de distintas opiniones doctrinarios puede verse en BENDERSKY, Mario J., "Aplicación del nuevo régimen de calificación de conducta establecido por la ley 22.917 a los concursos iniciados con anterioridad a su vigencia", LL 1985-C-1091). DASSO (en *Calificación...*, p. 933/934), entendía que admitida la naturaleza represiva del régimen de calificación la consecuencia fluida es la aplicación del principio de retroactividad (y ultractividad) de la ley más benigna determinado por el art. 2º del Código Penal. FUSARO (*op. cit.*, p. 62), referenciaba que existían pronunciamientos que afirmaban que la calificación de conducta en sede ordinaria no era represiva, lo cual debe entenderse en sentido penal, pues en sentido comercial si lo es.

⁽⁶⁴⁾ Otra interesante opinión sobre el tema se puede ver en el artículo de MEINCKE, Horacio E. e IGLESIAS, José A., *La aplicación de la ley más benigna en la calificación de conducta. Un nuevo enfoque*, ED, 127 (1988)-750, donde al abordar si corresponde la aplicación de la ley más benigna del art. 2 Código Penal o como leyes "nuevas" en la letra del art. 4.046 del Código Civil, entendían aplicable la que corresponda a las valoraciones actuales de la comunidad por aplicación de normas de policía, destacando que las normas que regulaban la calificación de conducta eran disposiciones de policía, no debiéndose hablar de benignidad ni de capacidad del fallido (p. 754).

⁽⁶⁵⁾ Conf. JUNYENT BAS, Francisco. *El instituto de la quiebra. Procedimiento para su declaración*, RDPC, 11-9, p. 13 y sgtes.

⁽⁶⁶⁾ C.N.Com., Sala B, 28/09/1995.

benigna, en virtud de dicho principio rector en materia punitiva ⁽⁶⁷⁾. En efecto, considerado un régimen represivo, el de la calificación de conducta, se sostuvo luego de la reforma, que era aplicable el principio de la ley penal más benigna ⁽⁶⁸⁾.

En relación a esto, se ha sostenido que con idénticos fundamentos al ya citado plenario “*Armadores*” al sancionarse la ley 22.917 tendríamos que decir que se aplicó la nueva ley en materia de inhabilitación, lo que define la cuestión, aunque cabría preguntarse si este nuevo régimen es “más benigno” y si hay una especie de “despenalización” con la derogación de la calificación de conducta.

Desde un punto de vista, el nuevo régimen, en cuanto establece una inhabilitación automática, podría ser calificado de objetivo y además considerado más severo, ya que tiene una mayor extensión, en cuanto alcanza a los administradores hasta aquellos que han actuado en la época del comienzo de la insolvencia, lo que no estaba contemplado en la ley 19.551 que sólo inhabilitaba al fallido, pues los administradores sólo sufrían la sanción si se les calificaba la conducta como fraudulenta o culpable, de conformidad al texto del artículo 245 de la ley 19.551; sintetizándose que la ley 24.522 se aplica hoy a todos los procesos en trámite, por imperio del artículo 4046 del Código Civil que no sigue el criterio de vigencia de la ley más benigna, sino del efecto inmediato de la nueva ley, aunque abroguen o modifiquen las cualidades establecidas por las leyes anteriores, tal como surge del fallo plenario citado y que ha sido ratificado en Córdoba por el Excmo. Tribunal Superior de Justicia ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁷⁾ En relación a ello, se ha sostenido que en realidad, el nuevo régimen de la ley 24.522, no es más benéfico que el de la ley 19.551, sino más represivo e inconstitucional. Es más represivo, porque la inhabilitación se aplica en forma automática, de pleno derecho, por el sólo hecho de la declaración de quiebra. Es decir que desaparecen las razones de causalidad y especificidad consagradas por los artículos 237 y 238 de la ley 19.551. Por la primera, si no existía vinculación en la "producción, facilitación, agravación o prolongación indebida" de la insolvencia, la quiebra se consideraba casual, es decir, exenta de sanción inhibitoria. La especificidad exigía que la calificación atendiera a la propia actuación de aquellos que lo hicieron por la fallida. En el régimen anterior, la inhabilitación era el resultado de un debido proceso judicial, -calificación de conducta-, con la garantía de una doble instancia. Con el nuevo régimen, la inhabilitación del fallido y sus representantes se produce de pleno derecho, por la sola declaración de quiebra, desapareciendo entonces aquél debido proceso, por lo que dicho régimen es inconstitucional. La inhabilitación según el nuevo régimen, ya no será consecuencia de un proceso judicial (calificación de conducta), con un pronunciamiento de mérito acerca de la actuación del comerciante. Ahora, se establece a priori, una inhabilitación automática, temporal, limitada, permisiva y además de incriminaciones penales, todo lo cual lleva a engaños sobre la supuesta benevolencia del breve lapso de inhabilitación (Conf. CONIL PAZ, Alberto, *¿Ley penal más benigna?*, Rev. La Ley, de 30 de julio de 1.996, 1996-C, 774. Asimismo, en *Calificación de conducta y renuncia de un director*, LL, 1994-C-37, destaca la naturaleza represiva de la calificación.

⁽⁶⁸⁾ CCom., en pleno, ED, 128-306, LORENTE, Javier A., “*Inhabilitación y rehabilitación en la ley concursal (Primera parte)*”, ED, 175-681; CONIL PAZ, Alberto A., “*¿Ley penal más benigna?*”, LA LEY, 1996-C, 744. Citados en GRAZIBLE, Darío J. *Inhabilitación falencial*, LL, 2006-F-1248, de fecha 13/11/2006, p. 2. En igual sentido, ROITMAN, op. cit., p. 779 por su naturaleza sancionatoria.

⁽⁶⁹⁾ JUNYENT BAS, Francisco. Op. cit., p. 13 y sgtes. Si bien ya fue citado en la nota 63, el mismo fue dictado en Cám. Com. en pleno, jueces: Carlos Viale, Bindo Caviglione Fraga, Manuel Jarazo Veiras, Isabel Míguez de Cantore, Héctor Di Tella, Edgardo Marcelo Alberti, Felipe Cuartero, Martín Arecha, Rodolfo Ramírez, Helios Guerrero, Juan M. Garzón Viera. Causa: "Armadores Argentinos S. A. s/Inc. de calificación de conducta", 27-4-88. Sumario: No corresponde calificar la conducta del fallido cuando la quiebra concluye por avenimiento, aun en concurso anterior a la vigencia de la ley 22.917. *RDCO*, año 21, N° 121/123, p. 456, con nota de José A. Iglesias.

Si bien algo ya se adelantara, la *relación entre la calificación de la conducta y la acción penal*, era regulada por la Ley 19.551 en los arts. 242 y 243, estableciendo en el primero la independencia de la acción penal de la calificación de la conducta y que la resolución dictada por el juez del concurso no obligaba al juez penal ni importa cuestión prejudicial, lo cual parecía que la labor del juez comercial resultaba en vano. Asimismo, en el segundo por un lado establecía que sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo precedente, la condena penal modifica la calificación cuando ésta es más benigna que la determinada por el juez en lo penal, y por el otro estipulaba que la prescripción de la acción penal se interrumpe por la deducción y trámite de la calificación. Como se ve, la ley concursal vigente suprimió la costumbre del envío mecánico de expedientes a la justicia penal, que como vimos resultó un fracaso y que en la mayoría de los casos duraba años.

3.B. LA INHABILITACIÓN FALENCIAL⁽⁷⁰⁾:

3.B.a) Conceptualización. Aspectos generales:

Como vimos, la legislación argentina, en general, siempre consideró a la inhabilitación del fallido como una consecuencia de su declaración de quiebra judicial ⁽⁷¹⁾, lo cual fue continuado por la ley 24.522; o sea, la misma es la sanción por excelencia prevista para el fallido, importando una sanción que limita su accionar y un resabio de algún tipo de efecto personal sobre quien se encuentra inmerso en un estado falencial.

Según RIVERA (*Instituciones*, t. I, p. 107), una de las características de la Ley 24.522 es la *morigeración* del carácter sancionador, sosteniendo que la ley 19.551 conservaba resabios de la “quiebra-sanción”, y si bien no traía disposiciones del Derecho Criminal, era severa –o al menos aparentemente severa- con los fallidos y sus administradores para los cuales preveía el trámite de la calificación de conducta que, como ya se expuso en este trabajo, no cumplió su función y se convirtió en una causa de inútil prolongación de los procesos.

Por ello, la ley 24.522 en reemplazo de la calificación de conducta impone una inhabilitación *automática y objetiva*, por el sólo hecho de la quiebra, de corta duración, aunque prorrogable si hubiere sospecha de haberse cometido ilícitos penales ⁽⁷²⁾⁽⁷³⁾. Como se observa, el plazo de duración *a priori* es más reducido, en cierto modo más benevolente ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷⁰⁾ Además de la bibliografía ya citada, entre los trabajos específicos tomados se encuentran el de FERNANDEZ MOORES, Javier, “*Las inhabilitaciones en la ley 24.522*”, RDPC, n° 11 (Concursos y quiebras –II), 1996, p. 99; GRAZIBLE, Darío J. *Inhabilitación falencial*, LL, 2006- del 13/11/2006; DI TULLIO, José A. *Nuevo régimen sancionatorio de la quiebra*, RDCP, n° 11 (Concursos y quiebras –II), 1996, p. 55; GARCIA, Silvana., *Régimen de inhabilitaciones por quiebra*. La Ley, Buenos Aires, 2002; O’REILLY, Cristina., *Rehabilitación del fallido*, LL 2012-E-934/948, revista del 6/sept./2.012; TRUFFAT, Edgardo Daniel, *Rehabilitación automática (art. 236, LCQ)*, RDCO, 2010-A-804/809, entre otros que serán citados oportunamente.

⁽⁷¹⁾ BARBIERI, Pablo C., *Manual teórico práctico de derecho concursal*, Ed. La Ley, Buenos Aires: 2012, p 191, quien además remite a ANTONI PIOSSEK, Carlos R. – RODRIGUEZ, Robinson, Op. cit., 418/452).

⁽⁷²⁾ La ley 24.522 establece un sistema autónomo y automático, cuya extensión varía según se trate de personas físicas o jurídicas. En el primer caso, ya se trate del fallido o de los integrantes de un órgano de administración o de administradores de personas de existencia ideal, la inhabilitación como regla cesa al año de la sentencia de quiebra. En las personas de existencia ideal es definitiva salvo en caso de conversión de la quiebra en concurso preventivo (art. 90) o conclusión de la quiebra por modos no liquidativos (conf. ROMERA, op. cit.).

⁽⁷³⁾ Esta modificación introducida por la ley 24.522 ha dado paso a la quiebra-remedio, por lo que el legislador ha consagrado un notable mejoramiento de la situación del quebrado, y que todo ello encuadra en una

Al respecto, debe subrayarse que el desapoderamiento dura lo que dura la inhabilitación (art. 107, Ley 24.522), lo que desde un punto de vista constituye un notable mejoramiento de la situación del quebrado, que no estará ya sometido a la quiebra por plazos de cinco o diez años como eran los previstos por la ley 19.551 y que en realidad no tenían otro efecto que obligar a los quebrados a renunciar a toda actividad útil o a simular utilizando terceros, sociedades de paja, a su cónyuge, entre otros artilugios que la “inventiva” e “ingenio” argentino utilizaban. Según Rivera (op. cit.), todo ello se encuadra en una “desdramatización” de la quiebra la que debe ser aprehendida como una circunstancia propia de los negocios, que sostiene que mientras no haya un fraude que justifique la actuación de la represión criminal, empero ello resulta una peligrosa desdramatización, como se corroborará a lo largo del presente trabajo.

En nuestro sistema jurídico, la noción de inhabilitación puede ser aplicada a diversos campos. Así, existe inhabilitación en el derecho penal, como una forma de pena (art. 5º, Código Penal); en el derecho administrativo con matiz también sancionatorio derivada del poder de policía administrativo; en el derecho civil, como un régimen especial de asistencia para ciertos sujetos: ebrios, drogadictos, disminuidos mentales y pródigos (art. 152 bis, Código Civil); en el derecho comercial, como impedimento para el ejercicio de ciertas profesiones (v.gr. martilleros, ley 20.256, modif. por ley 25.028, etc.)⁽⁷⁵⁾

Al igual que en el régimen falimentario, el término inhabilitación siempre alude a la idea de una imposibilidad para ejercitar ciertos derechos o acciones o para desarrollar cierta actividad o ejercer ciertos cargos, afectándolo personal y patrimonialmente, pues tiene consecuencias directas respecto del desapoderamiento.

Como se expusiera anteriormente, se ha discutido, la cuestión de si se trata de una incapacidad de hecho, la cual queda descartada, pues no existe precepto legal que la imponga (arts. 54 y 55, Código Civil), ni imposibilidad física del fallido de actuar, pero se han generado dudas sobre la incapacidad de derecho, ya que la incapacidad jurídica siempre es relativa y todos, en algún grado, somos incapaces de derecho por lo que sería cierta incapacidad jurídica (conf. Junyent Bas y Molina Sandoval, 2002: 486). Empero, como ya se refirió, claramente no es una incapacidad –ni de hecho, ni de derecho– como las que se fijan en el Código Civil, sino que sólo constituye un impedimento o limitaciones para realizar las actividades fijadas en el art. 238 LCQ (Conf. Barbieri, *Nuevo régimen*, 1997: 453).

Por ello, es dable sostener que esta inhabilitación falencial si bien no importa incapacidad, limita el ejercicio de ciertos derechos del fallido, siendo de alguna manera una disminución de la misma, al implicar la imposibilidad de ejercer ciertos derechos para desarrollar una determinada actividad o ejercer ciertos cargos por parte del quebrado, cuyas

desdramatización de la quiebra (conf. Cám. Segunda de Apelaciones de La Plata, Sala I, Sent. 27 de setiembre de 2011, en causa “Martinez, Marta Beatriz s/ Quiebra Pequeña”, votos de los Dres. Sosa Aubone y López Muro).

⁽⁷⁴⁾ Conf. DI TULLIO, José A. *Nuevo régimen sancionatorio de la quiebra*, RDCP, n° 11 (Concursos y quiebras –II), 1996, p. 55. Citado en Junyent Bas y Molina Sandoval, op. cit., p. 487.

⁽⁷⁵⁾ GARCIA, Silvana., *Régimen de inhabilitaciones por quiebra*. La Ley, Bs. As., 2002, p. 29. Citado también en Junyent Bas y Molina Sandoval, *Ley de concursos y quiebras comentada*, Lexis Nexis Depalma, Bs. As., p. 485.

actividades o cargos afectados por este régimen se encuentran determinados por la ley concursal o por otras leyes que regulan el ejercicio de ciertas actividades ⁽⁷⁶⁾.

O sea, en el régimen actual, el juez de la quiebra no efectúa valoración de la conducta "comercial" del fallido, ni mucho menos análisis de relación de causalidad entre esa conducta y el estado de cesación de pagos. Se lo inhabilita *automáticamente* por el solo hecho *objetivo* de estar en quiebra (arts. 234, 238 LCQ), resabio de la antigua ecuación fallido=defraudador, aunque para parte de la doctrina el juez de la falencia aún debe "calificar" *prima facie* ⁽⁷⁷⁾ para abreviar el plazo de inhabilitación (véanse arts. 235, 236 LCQ 24.522), tarea que se hace "a ciegas" ya que no instrucción previa de un incidente sobre tal conducta.

El sistema de inhabilitación es *automático y objetivo* en cuanto a su inicio sin importar elementos subjetivos ⁽⁷⁸⁾ o desprovista de los mismos, sosteniéndose al respecto que la inhabilitación actual es un tanto más automática que la de la ley 19.551 y un poco menos subjetiva que la de la ley derogada ⁽⁷⁹⁾.

Una interesante opinión, la desarrolla Junyent Bas ⁽⁸⁰⁾ quien sostiene que, pese al carácter automático de la inhabilitación, el régimen de responsabilidad no es objetivo; el artículo 236 expresamente dispone que ese plazo –se refiere a la inhabilitación– puede ser reducido o dejado sin efecto, a pedido de parte y previa vista al síndico, si verosíblemente el inhabilitado no estuviese *prima facie* incurso en delito penal. En una palabra, la inhabilitación puede ser dejada sin efecto si el interesado lo pide y no está incurso en delito penal. El régimen sigue siendo subjetivo pues, para la configuración de delito penal es necesario, además de la causación del delito, o sea de la acción antijurídica, la culpabilidad, o sea el reproche subjetivo culposo o doloso.

Asimismo, sostiene que la sanción comercial sigue aplicándose y ahora, en forma automática también para los administradores, lo que puede llevar en los hechos a una inversión de la carga probatoria que, en materia de responsabilidad disciplinaria pareciera afectar el principio de inocencia. En efecto, el delito penal no se presume, por lo que, si la declaración de la quiebra implica la inhabilitación como sanción automática, cabe la pregunta sobre qué debe demostrar el fallido o sus administradores para pedir la reducción o levantamiento de la inhabilitación. Pese a lo dicho la nueva ley exige a quien quiera pedir el levantamiento de la inhabilitación o la reducción de su plazo, que no esté incurso *prima facie* en delito penal. Este proceso a la postre puede derivar en una calificación de conducta, o cuestión análoga, ante la necesidad de fundar el acortamiento de los plazos en la inexistencia de delitos relacionados con la falencia. Ahora, los delitos no se presumen, por lo que el

⁽⁷⁶⁾ En este sentido, véase GRAZIBLE, *Inhabilitación*, p. 2.

⁽⁷⁷⁾ ROUILLON, Adolfo A.N. *Los aspectos represivos en el derecho de la insolvencia*, EN: A.A.V.V. *Orientaciones en el Derecho Comercial. El Régimen penal en el derecho comercial*, Instituto Argentino de Derecho Comercial. Buenos Aires: Ed. Ad.Hoc, 2001, p. 128.

⁽⁷⁸⁾ Véase FERNANDEZ MOORES, Javier E., "Las inhabilitaciones en la ley 24.522", JA, 1996-III-902; GRAZIBLE, *Inhabilitación*, p. 2.

⁽⁷⁹⁾ GARCIA, Silvina, "Régimen...", p. 32. En este sentido, se ha sostenido que resulta independiente, a priori, de cual ha sido la conducta del quebrado, fijándose ello con carácter objetivo (BARBIERI, "Concursos y quiebras", 2006, p. 492; "Manual...", p. 193, teniendo las circunstancias subjetivas cierta relevancia en supuestos de posibles extensión o reducción.

⁽⁸⁰⁾ JUNYENT BAS, Francisco, *El instituto de la quiebra. Procedimientos para su declaración*. RDPC, 11-9, 9/38.

esquema aparece contradictorio. Una cosa es la inhibición que afecta las facultades de administrar y disponer, efecto propio del desapoderamiento, y otra muy distinta continuar con una inhabilitación personal, de carácter automático, que parte de la antiquísima presunción "fallido ergo defraudador".

Por otro lado, bajo el régimen de la Ley 24.522, otros aspectos de la conducta del deudor o terceros pueden ser ventilados a los fines de escrudñar responsabilidades y evaluar indemnizaciones (vgr. Art. 173, incidentes de investigación, etcétera).

3.B.b) Texto de la ley:

La ley 24.522 en su capítulo IX del Título III de la "Quiebra", bajo la denominación "Inhabilitación del fallido", prevé:

Artículo 234.- Inhabilitación. El fallido queda inhabilitado desde la fecha de la quiebra.

Artículo 235.- Personas jurídicas. En el caso de quiebra de personas jurídicas, la inhabilitación se extiende a las personas físicas que hubieren integrado sus órganos de administración desde la fecha de cesación de pagos. A este efecto, no rige el límite temporal previsto en el Artículo 116.

Comienzo de la inhabilitación. La inhabilitación de quienes son integrantes del órgano de administración o administradores a la fecha de la quiebra, tiene efecto a partir de esa fecha. La de quienes se hubiesen desempeñado como tales desde la fecha de cesación de pagos pero no lo hicieron a la fecha de la quiebra, comenzará a tener efecto a partir de que quede firme la fecha de cesación de pagos en los términos del artículo 117.

Artículo 236.- Duración de la inhabilitación. La inhabilitación del fallido y de los integrantes del órgano de administración o administradores de la persona de existencia ideal, cesa de pleno derecho, al año de la fecha de la sentencia de quiebra, o de que fuere fijada la fecha de cesación de pagos conforme lo previsto en el artículo 235, segundo párrafo, salvo que se de alguno de los supuestos de reducción o prórroga a que aluden los párrafos siguientes.

Ese plazo puede ser reducido o dejado sin efecto por el juez, a pedido de parte, y previa vista al síndico si, verosímilmente, el inhabilitado -a criterio del Magistrado- no estuviere prima facie incurso en delito penal.

La inhabilitación se prorroga o retoma su vigencia si el inhabilitado es sometido a proceso penal, supuesto en el cual dura hasta el dictado de sobreseimiento o absolución. Si mediare condena, dura hasta el cumplimiento de la accesoria de inhabilitación que imponga el juez penal.

Artículo 237.- Duración de la inhabilitación. La inhabilitación de las personas jurídicas es definitiva, salvo que medie conversión en los términos del Artículo 90 admitida por el juez, o conclusión de la quiebra.

Artículo 238.- Efectos. Además de los efectos previsto en esta ley o en leyes especiales, el inhabilitado no puede ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ser administrador, gerente, síndico, liquidador, o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones. Tampoco podrá integrar sociedades o ser factor o apoderado con facultades generales de ellas.

Estas normas, sumadas a otras que pueden hallarse en diversos cuerpos legales, y que oportunamente se mencionarán, constituyen el régimen legal de inhabilitaciones por quiebra,

dentro del cual pueden incluirse las distintas interdicciones, incapacidades, prohibiciones, limitaciones, etcétera que le caben actualmente a los fallidos ⁽⁸¹⁾.

3.B.c) Duración, cómputo y cese. Rehabilitación:

Sabido es que son diversos los efectos –personales y patrimoniales- que produce la sentencia de quiebra, por ello y de lo que surge de las normas transcriptas, de ser el quebrado una persona física, su inhabilitación comienza desde la fecha de la quiebra y durará hasta su cese, el cual opera de pleno derecho –automáticamente- al año de la fecha de sentencia de quiebra, o en que quede firme la resolución que fija el momento inicial de la cesación de pagos, no requiriéndose la realización de trámite alguno a los fines de comprobar si verosímelmente prima facie se configuran los extremos para reducir o prorrogar dicho plazo⁽⁸²⁾.

Así, como consecuencia del desapoderamiento, el fallido queda separado e inhabilitado de la administración de sus bienes desde el día del decreto de falencia ⁽⁸³⁾. Como se dijo, en cuanto a la duración de la inhabilitación para el fallido persona física y de los integrantes del órgano de administración o administradores de la persona de existencia ideal, en principio cesa al año, salvo los supuestos de reducción o prórroga que posteriormente abordaremos, y para las personas jurídicas es definitiva, salvo que medie conversión en los términos del artículo 90 admitida por el juez o conclusión de la quiebra.

Se discute aún si en relación al cómputo del plazo de inhabilitación comienza una vez que se dicta la resolución que declara la quiebra, desde su notificación o desde su firmeza. En tal sentido, con acierto se ha sostenido que el *dies a quo* de la producción de los efectos falimentarios es el dictado de la sentencia de quiebra sin importar que la misma adquiera firmeza (doctr. Arts. 106, 128, 235 y conc. LCQ). Allí al reconocerse la existencia del estado de cesación de pagos y de tratarse de un sujeto concursable (presupuesto sustancial), se abre el proceso concursal y se crea la quiebra. Así el carácter declarativo y constitutivo de la sentencia de quiebra⁽⁸⁴⁾. En tal sentido, la quiebra decretada produce sus efectos en el pasado, presente y futuro ⁽⁸⁵⁾. Por ello, no es necesario la firmeza de la sentencia de quiebra para su cómputo ⁽⁸⁶⁾,

⁽⁸¹⁾ Conf. GARCIA, Silvina Mabel, *Régimen de inhabilitación por quiebra*, Bs. As., La Ley, 2002, p. 17.

⁽⁸²⁾ Conf. CSJN, 2/2/2010 – “Barreiro, Ángel s/ quiebra”, con nota de TRUFFAT, Edgardo Daniel, *Rehabilitación automática (art. 236, LCQ)*, RDCO, 2010-A-804/809.

⁽⁸³⁾ CNCom., Sala A, sentencia del 26 de abril de 1973, *ED*, t. 49, p. 207.

⁽⁸⁴⁾ Sobre la denominación muy arraigada tradicionalmente de “sentencia declarativa de quiebra”, se ha sostenido que “...como la decisión del juez no constituía al deudor en quiebra sino que sólo comprobada y recogía esa quiebra de hecho, a la sentencia respectiva, que desde hace un siglo la constituye, se la llamaba y se la sigue llamando *declarativa*. La sentencia “declarativa de quiebra” hacía lo que esa expresión, para entonces adecuada, indica: el juez *declaraba* que el deudor *había* quebrado, es decir, reconocía algo existente con anterioridad al fallo. Por gravitación del uso secular, se sigue diciendo “sentencia declarativa de quiebra”, aunque desde hace un siglo no hay quiebra sin sentencia que la constituya...” (Conf. MAFFIA, Osvaldo J. “*Metamorfosis de un concepto: De la cesación de pagos a la crisis empresarial*”, LL, 1984-C, p. 776).

⁽⁸⁵⁾ SATANOWSKY, Marcos. *Estudios de Derecho Comercial*, TEA, 1950, t. II, p. 209. Citado por GRAZIBLE, Darío J. *Inhabilitación falencial*, LL, 2006-F, 1248.

⁽⁸⁶⁾ GRAZIBLE, *ibídem*, p. 1. En sentido similar, ROUILLON, *Régimen...*, 2007:339 y sgtes., quien sostiene que no es menester otro trámite ni declaración judicial. BARBIERI, *Procesos...*, 1999:447, quien refiere que la inhabilitación resulta aplicable de pleno derecho desde la misma sentencia de quiebra; MOLINA SANDOVAL-JUNYENT BAS, “Ley de concursos...”, t. II, p. 488; O’REILLY, *Rehabilitación...*, p. 2, CAMARA, Héctor, “*El*

más aún cuando para el supuesto de computarse desde su dictado podría incluso cesar antes de que quede firme, por lo que se ha dicho que si no queda firme, simplemente no habrá inhabilitación (Fernandez Moores, op. cit.).

En este sentido, otros autores –de modo equívoco- sostienen que la inhabilitación comienza desde que la sentencia de quiebra esté firme ⁽⁸⁷⁾ y que deberá computarse en términos procesales desde que sea notificada o quede firme (Montagna, 2011:51).

Para el supuesto de personas de existencia ideal, recayendo en sus integrantes del órgano de administración o administradores ⁽⁸⁸⁾, que usualmente serán personas físicas ⁽⁸⁹⁾, se computará:

a) Respecto a 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 quiebra, habrá que aguardar a que se determine la fecha fijada para la cesación de pagos para que comience a correr su cómputo.

En cuanto a la cesación de la inhabilitación, como ya lo expusieramos anteriormente, bajo el régimen de la Ley 19.551 era muy difícil la cesación ⁽⁹⁰⁾, a veces insumía décadas poder hacerlo (v.gr.: CNCom., Sala E, 1/6/1981, “*Kosta’s y/o Constantin Chamatrópulo s/ quiebra*”, LA LEY, 1982-B, 373). En la actualidad la inhabilitación, como ya lo referimos, como principio general durará un (1) año para el caso del quebrado, ya sea persona física o administradores que se desempeñaren como tales a la fecha de la quiebra, y para el caso de los

concurso preventivo y la quiebra”, actualizado por Dr. Ernesto E. Martorell, p. t. III, p. 555/6 donde se mencionan textos de la propia ley que lo avalan.

⁽⁸⁷⁾ Conf. DI TULLIO, José A., “Nuevo sistema sancionatorio en la quiebra”, RDPC “Concursos y Quiebras II”, Nro. 11, p. 58 (Citado por O’Reilly, *Rehabilitación...*, p. 2). En igual sentido: ERBETTA, *Delitos...*, p. 81.

⁽⁸⁸⁾ BARBIERI, *Procesos concursales*, p. 448, refiere acertadamente que no puede extenderse a otros sujetos que no mencione el art. 236, el cual es de interpretación restrictiva. En efecto, la inhabilitación alcanza a los miembros del órgano de administración, quedan excluidos integrantes de la sindicatura o consejo de vigilancia y los socios de los entes que no participen de su dirección. En SRL socios gerentes o miembros de su gerencia (art. 157); en las S.A. a los miembros del directorio (art. 255); en la SCA, a los socios comanditados administradores (art.318), cosa que también en la sociedad SCS (art. 136), en la sociedad colectiva al socio administrador, o al órgano designado estatutariamente (art. 127); y finalmente, en la sociedad de capital e industria, a los socios administradores (art. 143), debiendo en todos los casos tenerse en cuenta la prevalencia de disposiciones estatutarias en la materia (Véase Barbieri, *Nuevo régimen*, p. 454)

⁽⁸⁹⁾ Aunque existe discusión doctrinaria en torno a si las personas jurídicas pueden ser administradores o directores de sociedades: Conf. CABANELLAS (H), Guillermo, “Contratos relativos a la administración societaria”, RDCO, 1990, p. 525; RICHARD, Efraín H. – MUIÑO, Orlando M., *Derecho societario*, p. 514. Citados en Junyent Bas – Molina Sandoval, *Ley de concursos...*, p. 488.-

⁽⁹⁰⁾ Véase lo expuesto al respecto por MARTORELL, Ernesto Eduardo – PINTO, Hugo Juvenal. *Problemática concursal-penal. ¿En qué consiste el "sometimiento a proceso penal" que permite mantener la inhabilitación del fallido (artículo 236, ley 24522)?*, LL, 1997-E, p. 1.351. Durante el régimen de la 19.551 la rehabilitación era un verdadero ‘via crucis’ procesal ya que nunca operaba de pleno derecho o se declara de oficio: la parte debe peticionarla y el juez resolver (ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, “La inhabilitación y la rehabilitación concursal”, L. I, t. LIII, N° 673, enero de 1986, año LVII, p. 138. Citado en Martorell, p. 1349) y sin la calificación de conducta no existía la posibilidad de sentencia de rehabilitación por hallarse la misma condicionada en su duración al incidente de calificación de conducta.

administradores que se desempeñaran desde la fecha fijada de cesación de pagos hasta antes de la fecha de quiebra también durará un (1) año, pero se computará desde la fecha fijada de cesación de pagos y cesará de pleno derecho.

El final de la inhabilitación es lo que se conoce tradicionalmente como *rehabilitación*, palabra que llamativamente no utiliza la ley ni en el art. 236 ni en el capítulo IX que aborda la inhabilitación. Lo cual ha sido objeto de críticas -por resultar incomprensible y por evidenciar una total falta de técnica legislativa- ya que si lo hace en el art. 107 para delimitar temporalmente los bienes que se sujetan a desapoderamiento⁽⁹¹⁾. La rehabilitación produce el cese de las inhabilitaciones personales propias de la quiebra, y también impide que los bienes adquiridos por el fallido después de ella sean sometidos a desapoderamiento y liquidación falencial (efecto patrimonial de la rehabilitación) (Conf. ROUILLON, *Régimen*, 2007: 341).

En la vigencia de la ley 19.551 la rehabilitación del fallido -fuera del caso del inc. a del art. 186- no se producía automáticamente por el mero transcurso del tiempo⁽⁹²⁾. Así, en la ley anterior, dependía de la calificación de conducta, ya que podía implicar una inhabilitación de 5 a 10 años -conducta fraudulenta-, plazos que se reducían a la mitad si el fallido pagaba la totalidad de sus deudas y los gastos del concurso⁽⁹³⁾. Por ello, es que se refiere que se pasó de un régimen de extremo rigor burocrático (aunque de total falta de efectividad práctica), a uno que conlleva incluso a una *inhabilitación implícita* (conf. Art. 107, Ley 24.522) o como se dijo, “automática”, permitiendo que deudores picaros se liberen sin escollo alguno que “...habrá de acentuar aún más la pérdida de moral colectiva exhibida por la Argentina de nuestros días...” (conf. Martorell y Pinto, 1997: p. 1350).

O sea, el *dies ad quem* del plazo de inhabilitación es al vencimiento del plazo anual cuando cesa de pleno derecho, empero algunos sostienen que es menester una resolución que lo ordene, o sea el cese de la inhabilitación (y no la rehabilitación como mal señala el art. 107 LCQ según Junyent Bas, *op. cit.*, p. 490). Ello, por razones de seguridad, certeza y publicidad, por lo que sólo a partir de esa resolución comenzara a surtir efectos la cesación de la inhabilitación y su función sólo será la de certificar un plazo (Conil Paz, *Conclusión...*, p. 163.

⁽⁹¹⁾ O'REILLY, *ibidem*, pág. 4

⁽⁹²⁾ Conf. SCBA, Ac 54546 S 8-7-1997, Juez Pisano (SD), “Matzkin, Saúl s/ Pedido de quiebra Publicaciones: AyS 1997 III, 454, Juba: B24039.

⁽⁹³⁾ Así como el Código de Comercio de 1859/1862, con su reforma en 1889, regulaba el instituto de la manera, diríamos clásica, conforme a la rehabilitación en los derechos de los países latinos: poder obtener el beneficio mediante el transcurso del tiempo, el pago íntegro del pasivo, todo ello acompañado por una conducta irreprochable del fallido. El procedimiento era de oposición, con intervención del ministerio público, debiendo a su finalización publicarse edictos de la sentencia que daba cuenta del trámite bajo pena de nulidad de lo actuado. Fue la ley 4156 (1902) la primera en introducir algunas reformas importantes en la materia: 1) contempló la situación del fallido “casual”, permitiendo su rehabilitación después de tres años de declarada su quiebra, aún sin haber obtenido carta de pago de sus acreedores; 2) dispuso en uno de sus artículos que con la inhabilitación cesaban no sólo todas las interdicciones legales derivadas de la quiebra, sino también todas las responsabilidades por los saldos impagos a los acreedores (Conf. BONFANTI, Mario A., *Rehabilitación del fallido. Replotamiento de la empresa*, RDCO, año 15, n° 86, Depalma, Buenos Aires, abril de 1982, págs. 163 y 164. Citado en Montagna, 2011: 53)

Citado por Junyent Bas, *ibidem*, p. 490), solíendose tramitar un procedimiento por separado, de corte incidental e impulsado por el interesado⁽⁹⁴⁾.

Empero, como ya se expusiera, la jurisprudencia receptando la intención del legislador determino que “*es arbitraria la sentencia que determinó que el cese de la inhabilitación no opera de pleno derecho al año de la fecha del decreto de quiebra, sino a partir de una declaración judicial obtenida mediante un trámite previo a los fines de comprobar “prima facie” si se configuran los extremos para reducir o prorrogar el plazo de inhabilitación, pues, ese requisito no surge de la ley 24.522, que en su art. 236 establece que opera de pleno derecho*” (CSJN, 2/3/2010, “Barreiro, Ángel s/ quiebra”, LA LEY, 2010-E-160; y en RDCO, 2010-A-801 con nota de Edgardo Daniel Truffat).

Como excepción al principio o regla general, 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*”⁽⁹⁵⁾, lo cual –como ya expusiéramos en este trabajo– ha llevado a sostener que de algún modo el juez comercial aún tiene la faena de “calificar” la conducta desplegada por el fallido, lo cual ha sido objetado por ir a contramano del estado de inocencia⁽⁹⁶⁾, implicar una especie de prejuizgamiento sobre la delictuosidad de una conducta y de ser valorada por un magistrado que no es el “juez natural” para ello (art. 18, Ley Fundamental).

En esto, no se ha logrado superar las inconveniencias de imponerle al juez del concurso el deber de investigar conductas delictivas cuando no es su especialidad, no se siente cómodo en esa tarea, ni es su competencia natural⁽⁹⁷⁾.

A su vez, el plazo de inhabilitación variará si el fallido fuera sometido a un proceso penal, ya que la misma se prorrogará o retornará hasta tanto se dicte el sobreseimiento (arts. 334 a 338 CPPN, arts. 321 a 327, 341 y cdtes. CPPBA), o absolución del fallido (arts. 402 y cdtes. CPPN)⁽⁹⁸⁾. Cabe cuestionarse que sucede si se declara la falta de mérito, toda vez que

⁽⁹⁴⁾ En este sentido, se ha sostenido que en la práctica se obtiene mediante una petición expresa con traslado a la sindicatura (Barbieri, *Manual*, p. 194).

⁽⁹⁵⁾ Tal prescripción, abarca a los integrantes del órgano de administración en caso de personas de existencia ideal, ello en virtud del principio *societas non delinquere potest*. Asimismo, se ha sostenido que dicha norma debería aplicarse a todo tipo de participación en la conducta delictiva investigada (vgr. autoría, complicidad, etc.) (Conf. Barbieri, *Nuevo régimen*, p. 457).

⁽⁹⁶⁾ Se ha dicho que implica una especie de “calificación encubierta” sobre la conducta del inhabilitado: para determinar si en su obrar estuvo ausente el delito, es necesaria cierta evaluación del mismo (BARBIERI, *Manual...*, p. 193), quien aclara que es un supuesto de excepcionalidad en la práctica y que la emisión del informe general del síndico (art. 39, LCQ) determina, generalmente, cierta base de análisis que puede el magistrado invocar para otorgar este beneficio. En igual sentido ha sido criticada, sosteniéndose que se establece una calificación encubierta por un juez carente de especialización, que, sin manejar habitualmente la dogmática penal, deberá pronunciarse sobre la tipificación de conducta de esta naturaleza (Iglesias, p. 253. Citado Barbieri, *Procesos...*, p. 448, *Nuevo régimen...*, p. 456). Incluso implicaría una suerte de “prejudicialidad” (conf. O’Reilly, *Rehabilitación...*, p. 4).

⁽⁹⁷⁾ ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, Bs. Aires: Ed. Hammurabi, 2009, p. 71.

⁽⁹⁸⁾ Pretorianamente se ha dicho que: “...la sola inexistencia de activo, o la clausura del procedimiento por falta de activo, es motivo legalmente suficiente para prorrogar la inhabilitación: solo el sometimiento del fallido a proceso penal es causa de la prórroga de aquélla; o, en su caso, de su restablecimiento” (CNCom., Sala D, in re “Pérez, Carlos Alberto s/ Quiebra”, sent. 6/abr./2.001). Citado en Montagna, 2011:56/57.

la norma no tiene contemplado tal supuesto, por lo que la respuesta quedará en manos del juez comercial interviniente.

En todos los supuestos, al hablar de delito penal pareciera lógico pensar que se trata de aquellos supuestos contemplados en los arts. 176 a 180 del Código Penal. Sin perjuicio que se ha dicho que el proceso penal al que está sometido el inhabilitado –requirente de la rehabilitación- no debe necesariamente ser uno de los aquellos tipos penales previstos en los arts. 176 a 180 del Cód. Penal, más sujetando tal amplitud a que exista “un nexo razonable de vinculación entre la situación de insolvencia y el delito en el que el fallido se encuentre incurso”. No cualquier delito importa vedar la reducción o cese de la inhabilitación⁽⁹⁹⁾.

Por nuestra parte, entendemos que debe tratarse sino de alguno de los delitos establecidos en las normas del código represivo ya citadas, vinculadas a conductas sancionables por quiebra fraudulenta⁽¹⁰⁰⁾.

Por otro lado, mucho se ha discutido (y se discute) sobre que debe entenderse por “*proceso penal*” al que alude la segunda parte *in fine* del art. 236 LCQ⁽¹⁰¹⁾; así se ha controvertido si debe asimilarse al requerimiento o inicio de la instrucción⁽¹⁰²⁾, la indagatoria o el procesamiento⁽¹⁰³⁾ entendiendo la mayor parte de la jurisprudencia y prestigiosa doctrina⁽¹⁰⁴⁾ que parte de la indagatoria⁽¹⁰⁵⁾.

Desde nuestro punto de vista, se comparte la opinión que corresponde entender al mismo a partir de la declaración indagatoria (declaración del imputado en los términos del art. 308 del Código Procesal Penal de la Prov. de Buenos Aires), ya que de una correcta interpretación sistémica, racional y razonable de todo el ordenamiento jurídico, no puede interpretarse dicho

⁽⁹⁹⁾ Conf. CÁMARA, Héctor. *El concurso preventivo y la quiebra*, op.cit., p. 126 y jurisprudencia allí citada. También citado por O'REILLY, *Rehabilitación...*, p. 4.

⁽¹⁰⁰⁾ En este mismo sentido: TEVEZ, Alejandra N. y LEVINSONAS, Daniel M. *Desapoderamiento y rehabilitación del fallido sometido a proceso penal. Implicancias patrimoniales en la quiebra*, La Ley del 03 de julio de 2.013, p. 2, quienes citan en igual sentido en la nota 9, a Dasso y Fernández Moores.

⁽¹⁰¹⁾ En sí, el proceso penal ha sido conceptualizado externamente como una serie de actos cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares autorizados o impelidos a intervenir (Conf. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*, tomo I, actualizado por Jorge Eduardo Vázquez Rossi. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1.998, p. 259. Citado en: SALVATIERRA, Juan Cruz, *El empleador como particular damnificado*, Revista *Doctrina Judicial*, Año XXIX – N° 28, del 10 de julio 2.013, Ed. La Ley, p. 6.

⁽¹⁰²⁾ ROMERA, op. cit., p. 267.

⁽¹⁰³⁾ Acto que marca el comienzo del proceso es el auto de procesamiento de ley 23.984 Adla LI-C, 2904 (Rivera-Roitman-Vitolo, op. cit., p. 113).

⁽¹⁰⁴⁾ ERBETTA, *Delitos...*, ps. 96/97.

⁽¹⁰⁵⁾ CNCrim. y Correc., Sala III, in re “Andrada, Nicolás”, reg. 402/95; CNCrim. y Correc., Sala III, in re “Patat, Juan”, reg. 3/95; CNCrim. y Correc., Sala IV, in re “Ruisánchez L. Ángel”, reg. 613/96. En contra: ROITMAN, Horacio, LL, t. C-2904; VITOLLO, Daniel R., *Comentarios a la ley de concursos y quiebras*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, ps. 374 y sgtes. Citados en MONTAGNA, 2011:53, nota 33. Corroborando lo que ya había sido materia de fallos plenarios y tanto de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Bs. As. (Fallo plenario “Czerniecer, Sergio A., del 11/8/992, LA LEY, 1992-A, 406), como de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Fallo plenario “Timber S.C.A.” del 21/3/973, LA LEY, 150-573), las cuatro salas de la Cámara Nacional de Casación Penal, han entendido que el primer acto indicativo de sometimiento a juicio es el llamado a prestar declaración indagatoria (Conf. Sala I, “in re”, “Percunte, Mario” reg. 422/95; sala II “in re”, “Andrada, Nicolás” reg. 402/95; sala III “in re”, “Patat, Juan” reg. 3/95 y sala IV “in re”, “Ruisánchez Lares, Angel” reg. 613/96) (Martorell y Pintos, op. cit., p. 1354).

término al mero inicio de la instrucción o de la investigación penal preparatoria, ni siquiera la notificación de su imputación (art. 60 y ccdtes. CPPBA). Ello, en virtud que de lo contrario se violaría y resultaría contraria a la garantía del estado de inocencia y del debido proceso legal (art. 18 de la Constitución Nacional).

En este sentido MARTORELL y PINTO, en un interesante trabajo sobre este punto ⁽¹⁰⁶⁾, aceptando la opinión de FERNANDEZ MOORES ⁽¹⁰⁷⁾, a la cual entiende ser aceptada como la más correcta desde la óptica del Derecho Mercantil, que “en ese esquema, el sometimiento a proceso penal lo configura la indagatoria...” y que “producida esta y no mediando auto de sobreseimiento, la inhabilitación durará hasta la absolución del imputado o cumplimiento de la accesoria”.

Por otro lado, sostiene que si se dictó auto de “falta de mérito” técnicamente continua sometido al proceso penal puesto que nuevas probanzas pueden surgir, por lo que la inhabilitación puede y debe ser mantenida (op. cit., 1352).

Asimismo, entienden que el hecho previsto en la norma, o sea el sometimiento a proceso penal, no responde a la categorización de los diversos institutos del régimen del proceso penal, por lo que aconsejan más adecuado recurrir a normas de fondo en vez de a las procesales, entendiendo que la determinación del primer acto de sometimiento a proceso no puede dejar de coincidir con la del primer acto que implique secuela de juicio, con virtualidad interruptiva de la prescripción de la acción penal (art. 67, Código Penal). Por último, estos autores concluyen que el art. 236 de LCQ, con la permisón de extender la inhabilitación mientras el mismo se encuentre sometido a proceso penal, es una herramienta valiosa para evitar un eventual “carnaval de impunidad” (Martorell y Pinto: 1997: 1355).

En otro orden, de condenarse penalmente al fallido, la inhabilitación durará hasta el cumplimiento de la pena accesoria que imponga el juez penal ⁽¹⁰⁸⁾. Asimismo, en caso de concederse el beneficio de la suspensión del juicio a prueba (ley 24.316 ⁽¹⁰⁹⁾ de *probation*, arts. 76bis, ter y quater del Código Penal, artículos 293, 515 y ccdtes. del CPPN, artículo 404 CPPBA) o la ley 24.825 de juicio abreviado (art. 431 bis CPPN, arts. 395 a 403bis CPPBA), la

⁽¹⁰⁶⁾ MARTORELL, Ernesto Eduardo – PINTO, Hugo Juvenal. *Problemática concursal-penal ¿En qué consiste el "sometimiento a proceso penal" que permite mantener la inhabilitación del fallido (artículo 236, ley 24522)?*, LL, 1997-E-1347.-

⁽¹⁰⁷⁾ FERNANDEZ MOORES, Javier, “Las inhabilitaciones en la ley 24.522”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 11, Concursos y Quiebras II, p. 107 y 108, Ed. Rubinzal-Culzoni, año 1996).

⁽¹⁰⁸⁾ BARBIERI (*Manual...*, p. 193) refiere que si bien existe una creencia casi generalizada acerca de la ineficiencia de las sanciones penales en materia falencial, se registran algunos antecedentes que parecen desvirtuar, en cierto modo, tal afirmación; así por ejemplo, se decidió que “corresponde decretar el procesamiento de los imputados en orden al delito de quiebra fraudulenta en concurso ideal con el de falsificación de documento privado, en tanto se encuentra acreditado prima facie que, durante el tiempo que permanecieron como presidentes de una empresa, emitieron facturas concernientes a operaciones simuladas y con formas inexistentes perjudicando, de esa forma, a la masa de acreedores” (CNCrim. Y Correcc., Sala IV, 25/8/2010, “Berfay S.A. s/ Quiebra Fraudulenta”, LA LEY, 2010-F-457); empero, como se corroborará oportunamente en este trabajo, dicha cita jurisprudencial resulta una verdadera excepción.

⁽¹⁰⁹⁾ Sancionada el 04/05/1994 y publicada en el Boletín Oficial el 19/05/1994, Adla, LIV-B, 1400.

decisión quedará en manos del juez comercial (conf. Montagna, 2011:53) otros entienden que ante la posibilidad que puedan surgir nuevas probanzas, continuaría la inhabilitación⁽¹¹⁰⁾.

Conforme lo establece la norma, en relación a las personas jurídicas, la inhabilitación es definitiva y perpetua⁽¹¹¹⁾, excepto que mediara conclusión de la quiebra o conversión de esta en concurso preventivo. La norma, no contempla esta especie de levantamiento para el caso de pago total (arts. 228 y 229, LCQ), por lo que muchos se han cuestionado si ello importó una omisión del legislador, y por ende solicitar la al juez comercial interviniente; o lo dio por entendido, paga todo y lógicamente se levanta la inhabilitación.

Por último, nuevamente resulta interesante plantearse si para ley concursal es lo mismo el “cese de la inhabilitación” (art. 236, LCQ) que “rehabilitación” (art. 107, LCQ), especialmente ya que para alguna doctrina jurisprudencial pareciera que no (CNCom., sala A, “Barreiro, Angel s/ quiebra” del 24.4.2007), empero la doctrina en general ha entendido que cuando el art. 107 alude a rehabilitación se refiere al “fin de la inhabilitación” al que refiere el art. 236, por lo que resultan términos análogos⁽¹¹²⁾.

3.B.d) Efectos y alcances:

La inhabilitación regulada en la ley de concursos importa para el inhabilitado una sanción que limita su accionar⁽¹¹³⁾. Los efectos de la inhabilitación falencial se encuentran establecidos en el art. 238 LCQ que dispone que además de los efectos previstos en esta ley o en leyes especiales⁽¹¹⁴⁾⁽¹¹⁵⁾, el inhabilitado no puede ejercer el comercio por sí o por

⁽¹¹⁰⁾ LORENTE, Javier, *Nueva ley de concursos y quiebras*, Gowa, Buenos Aires, 1995, p. 364. Citado por Montagna, *ibidem*.

⁽¹¹¹⁾ Existen pronunciamientos que han declarado la inconstitucionalidad de oficio del art. 237 en cuando dispone la inhabilitación definitiva de las personas jurídicas fallidas, para el caso de una entidad sindical con personería gremial, que esa medida impedía el efectivo ejercicio de los derechos extrapatrimoniales de raigambre constitucional no desapoderables y priva a los trabajadores que contribuyen con su aporte a la organización sindical de una adecuada representación por falta de recursos, en mérito al desmanejo que llevaran a cabo anteriores autoridades (JProc.Concursales y Registros N° 1, Mendoza, 2006/11/09.- Sindicato Obreros y Empleados de la Municipalidad de Godoy Cruz – LA LEY de 2006/11/15, p. fallo 111.054, con nota de Francisco Junyent Bas y Fernando M. Flores, La inhabilitación en la quiebra de asociaciones sindicales). Citado en ROUILLON, Adolfo A.N. (Coordinador). *Código de Comercio. Comentado y Anotado*. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2007, t. IV-B p. 628.

⁽¹¹²⁾ Conf. O'REILLY, Cristina., *Rehabilitación del fallido*, LL del 6/6/1, p. 4 y doctrina que cita en nota 48.

⁽¹¹³⁾ Conf. O'REILLY, *ibidem*, pág. 2.

⁽¹¹⁴⁾ El art. 264 inc. 2° de la ley 19.550, reza: “No pueden ser directores ni gerentes: (...) 2° Los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta diez (10) años después de su rehabilitación, los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta cinco (5) años después de su rehabilitación; los directores y administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta, hasta diez (10) años después de su rehabilitación”. Este artículo quedó derogado de hecho con la sanción de la ley 24.522 al eliminar la calificación de conducta. Ver otras normas que se destacan en este trabajo dispersos por todo el ordenamiento jurídico que establecen sanciones a los quebrados, entre la imposibilidad de integrar órganos de administración de personas jurídicas también lo prevén la ley 20.091 –Adla, XXXIII-A, 150-, art. 9 ley 24.083 –Adla, LII-C, 2754- entre otras.

⁽¹¹⁵⁾ Cabe distinguir entre los efectos personales y patrimoniales de la inhabilitación. Las interdicciones personales tienden a asegurar la colaboración del quebrado y la protección de los terceros frente al riesgo de un comportamiento inadecuado por parte de aquél. Los efectos patrimoniales constituyen la manifestación esencial del concurso, ya que tienden a reunir y reconstituir el patrimonio del fallido, para repartirlo el producto entre los acreedores (Conf. CNCom., sala A, 24.4.07, “Barreiro, Ángel s/ Quiebra”, LL, 2007-E, 166). Sobre la naturaleza

interpósita persona (ello en concordancia con otras normas del ordenamiento jurídico comercial como el art. 24 inc. 2° Cód. Com.), ser administrador, gerente, síndico (arts. 280 segunda parte y 286 LS, art. 64 inc. 1° ley 20.337 –Adla, XXXIII-B, 1506-), liquidador, o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones (art. 4° inc. g y h ley 18.924, entre otras). Tampoco podrá integrar sociedades⁽¹¹⁶⁾ o ser factor⁽¹¹⁷⁾ o apoderado con facultades generales de ellas⁽¹¹⁸⁾, lo cual para algunos afecta el derecho de propiedad (art. 17, Ley Fundamental).

Asimismo, se entendió que la inhabilitación que establecía el art. 104 de la ley 19.551 respecto del fallido, privaba a este de derecho de intervenir por sí, o por intermedio de apoderado, en todos los juicios en los cuales no se discuten cuestiones personales o de índole simplemente conservatoria de sus bienes o derechos (CNCom., Sala A, sentencia del 24 de abril de 1963, ED, t. 12, p. 185, citado por Montagna, 2011:55). A su vez, se ha sostenido que la inhabilitación del fallido es para disponer de los bienes, no para hacerlos ingresar (adquirir)⁽¹¹⁹⁾.

Asimismo, el fallido no es privado de desempeñar su profesión, oficio, empleo, tareas artesanales o en relación de dependencia, por imperio del art. 104 LCQ, lo contrario implicaría casi una incapacidad absoluta sobre el quebrado, lo cual sería contrario a los principios inspiradores que imperan en el Derecho Concursal actual e importaría un verdadero retroceso.

Para Montagna (*Sanciones*, p. 55/58), esta sanción o suerte de sanciones, son obsoletas y resultan tan poco creíbles de implementarse por varios motivos, entre los cuales menciona: 1) que de un análisis de las sanciones se desprende que las mismas giran en torno de un comerciante, por lo que desde un principio el criterio sancionatorio resulta errado, ya que desde hace ya mucho tiempo tanto el concurso preventivo como la quiebra no son reservados en exclusividad para los comerciantes. 2) que se trata de sancionar a una persona como comerciante, olvidando que el concepto de comerciante que tiene el Código de Comercio era adecuado a la época de su sanción, pero no para los tiempos actuales, en el que fácilmente el quebrado podrá burlar los obstáculos que la ley concursal intenta oponerle mediante la sanción

jurídica de la inhabilitación de los administradores de los fallidos personas jurídicas, y sobre sistema inglés y francés previstos al efecto, véase y ampliase ponencia de DOBSON, Juan Malcolm, *Inhabilitación de Administradores de Personas Jurídicas*, VII Congreso de Derecho Concursal y V Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza 2009.

⁽¹¹⁶⁾ Así, el fallido no podrá integrar sociedades civiles (art. 1735 inc. 4° y 1736 Código Civil) o comerciales (art. 91 2° párr. LS), ya sea como socio o accionista, aunque sí podrá formar parte de asociaciones, mutuales o fundaciones. También impide al fallido ser factor o apoderado con facultades generales de sociedades; pareciera que sí podría serlo de personas físicas (Conf. FERNANDEZ MOORES, *Las inhabilitaciones...* JA p. 902, en contra GRAZIBLE, op. cit., p. 2).

⁽¹¹⁷⁾ Sobre esta figura y la representación comercial en general véase la tradicional obra de MASNATTA, Héctor, *El factor de comercio*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires: 1961. Asimismo, véase GAGLIARDO, Mariano, *Administración y representación de sociedades comerciales*, LexisNexis, Buenos Aires: 2007.

⁽¹¹⁸⁾ En la noción de administradores de la LCQ se encuentran los administradores de hecho (Ver sobre el tema FARGOSI, Horacio P. – FARGOSI, Alejandro, “Nota sobre los directores de hecho”, LL, 1987-E-580) Junyent Bas, p. 487) y que si bien no han sido designados en forma regular, ejercen tales funciones.

⁽¹¹⁹⁾ CCiv.Com. Pergamino, C 1447 RSD-99-95 S 2-11-1995, “Navarro de Lucero, Estela y otros c/ Lucero Torres, Ramón V. s/ Concurso s/ Tercería de dominio” y en C 5512 RSD-92-5 S 14-6-2005, “Saayavedra, Graciela c/ Cancino, José Luis y otra s/ Desalojo”, Mag. Vol.: Ipiña-Levato-Gesteira, Juba: B2800584.

destacada. 3) La sanción reglamentada resulta de escaso valor coercitivo para toda la sociedad, no siguiendo ni siquiera un sistema represivo que contenga penas privativas de la libertad. 4) La duración de la inhabilitación para las personas físicas es más que acotada, insignificante⁽¹²⁰⁾, reservándose la sanción más represiva para las personas de existencia ideal, lo que prácticamente no tiene sentido pues sus “dueños” pueden fundar otra u otras empresas burlándose fácilmente de la sanción. Asimismo, existe una notable contradicción, pues si bien el art. 234 de la LCQ –que refiere a la inhabilitación de personas físicas quebradas- es de aplicación inmediata al quebrado, la aplicación de la inhabilitación al ex administrador de la persona jurídica de existencia ideal comenzará a aplicarse con mucha posterioridad a la sentencia de quiebra, pues es el síndico quien deberá presentar el informe general y quedar firme este para que recién entonces comience el cómputo del escueto plazo de un (1) año.

Al respecto se han efectuado otras críticas, como que en los últimos años del sistema ya era más grave estar inscripto como deudor moroso en una base de datos de riesgo crediticio como el “Veraz”, que estar inhabilitado por una sentencia que hubiera calificado la conducta en la quiebra⁽¹²¹⁾ y que prácticamente no existen regímenes de sanciones personales ni patrimoniales ya que la inhabilitación, por su automaticidad u brevedad, como por su carácter de medida preventiva mínima mientras se investiga lo ocurrido, puede decirse que no llega a configurar estrictamente una sanción. La filosofía de la ley 24.522 en materia de regímenes sancionatorios es la de minimización o más precisamente la de su exclusión. Que una vez más concepciones exageradamente privatistas y economistas han provocado un peligroso vacío legal, el cual siempre es perjudicial, pero que sobre la actual coyuntura histórica del país tendrá un efecto agravado, ya que seguramente va a contribuir a intensificar el nivel de corrupción existente, instalado en el consenso público como uno de los principales problemas de nuestra sociedad⁽¹²²⁾.

Asimismo, en este mismo sentido se sostiene que resultan más eficientes en la práctica, los medios inhabilitatorios bancarios, que excluyen del sistema financiero a los deudores, incluso sin ser insolventes, que el legislado para la falencia cuyas consecuencias prácticas son mínimas⁽¹²³⁾, la estrictez debe dirigirse hacia el patrimonio y no sobre la persona, por lo debería instrumentarse un régimen registral, véase que bajo el sistema actual el fallido quedará rehabilitado antes que ningún acreedor cobre, pues la más rápida de las quiebras nunca llegaría a la distribución antes del año, simplemente porque los plazos legales lo impiden. En definitiva, estamos ante un instituto casi inoperante y de excesiva deficiencia legislativa, que reduce considerablemente su efectividad.

⁽¹²⁰⁾ Como en el nuevo cuerpo legal no hay disposiciones expresas sobre la rehabilitación, y la regla del desapoderamiento establece que el mismo se extiende sobre los “bienes existentes a la fecha de la declaración de quiebra y (...) los que adquiriera hasta su rehabilitación” (art. 107, ley 24.522), esta “rehabilitación implícita” –que operará “de puro derecho”, repetimos- no sólo hará cesar la inhabilitación del art. 234, sino que dará nacimiento a un verdadero “Mardi-Gras” o “Carnival” del fallido “pícarón” (MARTORELL y PINTO, *Problemática...*, LL, 1997-E-1347).

⁽¹²¹⁾ RIVERA, Julio Cesar, *Instituciones de derecho concursal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe: 2003, p. 314.

⁽¹²²⁾ MONTESERÍN, Eduardo, Régimen de sanciones en la LC 24.522, “*El notificador*”, n° 62, Buenos Aires, 1996, p. 4928. Citado en: Montagna, 2011:58, nota 46.

⁽¹²³⁾ GRAZIBLE, *op. cit.*, p. 3.

3.B.e) Cuestiones atinentes a la rehabilitación y el levantamiento de la inhibición general de bienes y otras medidas cautelares:

En cuanto a los “*efectos patrimoniales*” de esta sanción concursal (conf. arts. 107 y 236, LCQ), la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria entienden que a partir del cese de la inhabilitación (o sea, operada la rehabilitación de pleno derecho), nace una nueva masa de bienes y por ende, los acreedores anteriores no podrán agredirla, sólo pudiendo cobrar sobre los bienes desapoderados (¹²⁴).

O sea, quedan conformadas dos masas: la masa concursal “pre-rehabilitación” conformada por los bienes “actuales” o “presentes” (existentes a la fecha de la declaración de falencia), bienes futuros (adquiridos hasta la rehabilitación) y los que ingresen como consecuencia de acciones de ineficacia, y la masa “pos-rehabilitación” integrada por bienes adquiridos luego de la rehabilitación, la cual no podrá ser agredida por los pasivos preferenciales y que aún puede dar lugar a la formación de un nuevo proceso falencial con masas activas y pasivas diferentes a la de la primera falencia (¹²⁵). Como ya se dijo, los acreedores pre concursales no podrían agredir los bienes adquiridos con posterioridad a la rehabilitación.

Por ello, una vez operada la rehabilitación corresponde disponer el levantamiento de la inhibición general de bienes que prevé el art. 88 inc. 2° de la LCQ a partir del cese de la fecha prevista para la inhabilitación, además se deberán desestimar y ordenar el levantamiento de las medidas cautelares solicitadas contra el fallido, en relación a los bienes que adquiriera con posterioridad a la rehabilitación, no debiendo subsistir las mismas hasta la conclusión del procedimiento falencial por algunas de las vías legales previstas, ni tampoco sostenerse –como lo hubo efectuado alguna jurisprudencia- que la rehabilitación sólo hace cesar los efectos personales pero no los patrimoniales (¹²⁶).

Por ello, es que con buen tino se ha dispuesto levantar el embargo trabado sobre los salarios del fallido y disponer el reintegro de los fondos ingresados como consecuencia de dicha cautelar con posterioridad a la rehabilitación (CNCom, Sala C, 12/12/2006, “*Falzarano Domingo s/Quiebra*”), se ha ordenado el levantamiento de la inhibición sólo en relación a los bienes adquiridos con posterioridad a la rehabilitación –que escapan al ámbito de la quiebra- debiendo mantenerse la inhibición general de bienes decretada respecto de cualquier bien

(¹²⁴) “*Uno de los efectos de la rehabilitación es impedir que los bienes adquiridos después de ella sean sometidos a desapoderamiento y liquidación falencial; quedando liberado de los saldos impagos con relación a los bienes que adquiere luego de la rehabilitación. En autos se ha decretado la rehabilitación en los términos del artículo 236 de la ley 24522, lo que produce los efectos legales apuntados. En consecuencia, debe admitirse el recurso articulado por la fallida y revocar la apelada resolución, correspondiendo que en la instancia de origen se proceda a levantar el embargo que pesa sobre el sueldo del fallido, desde la misma fecha en la que se produjo la rehabilitación del mismo en los términos del artículo 236 de la L.C.Q.*” (CCiv.Com., Sala 2, Quilmes, 14034 RSI-12-12 I 22-2-2012, “*Jauma, Martin Federico s/ Quiebra (pequeña)*”, Manzi-Cassanello, Juba: B2952857).

(¹²⁵) En sentido similar, TEVEZ y LEVINSONAS, *Desapoderamiento y rehabilitación...*, op. cit., p. 1, quienes citan a TRUFFAT, E. Daniel, *Algunas reflexiones sobre el desapoderamiento y la rehabilitación hoy vigentes y la posibilidad de volver a pensar el sistema*, RDCO, 2008-A-106.-

(¹²⁶) Conf. Cám. de Apel. Civ. y Com. de Rosario, Sala 1ª: “*Tomasiello, Mario s/ concurso preventivo – Hoy su quiebra*” (Causa n° 508/2007), 25/6/2008 y en “*Macera, Horacio R. s/ pedido de quiebra por acreedor*”, 22/7/2011; CNCom., Sala E, 28/6/2007, “*Gotlib Chil s/ Quiebra*”, LL On line, LL Supl. de Concursos y Quiebras, p. 27, del 26/12/2007; CNCom., Sala D, LL, 2001-D, 725.

adquirido antes de esa fecha (CNCom, Sala A, 08/05/2007, “*Fornieles Tomas s/Quiebra*”) y se ha dispuesto el rechazo de la afectación de haberes devengados con posterioridad a la rehabilitación al pago del pasivo y gastos concursales, ordenándose el levantamiento de embargo y restitución de fondos aún cuando el emolumento percibido por la relación laboral luego de la rehabilitación, en su proporción legal embargable emane de una relación de empleo de origen anterior al decreto de falencia o concomitante al estado falencial (CNCom., Sala A, 08/02/2010, “*Piasek Sergio Adrian s/ Quiebra*”). Todo lo cual, es conteste a lo dispuesto por nuestro Tribunal Cívero Federal en un fallo ya citado, donde se determinó que la inhabilitación cesa de pleno derecho, automáticamente y conforme al art. 107 LCQ el desapoderamiento comprende sólo los bienes que el fallido adquiera hasta la fecha de la rehabilitación (CSJN, 02/02/2010, “*Barreiro Angel s/Quiebra*”).

La cuestión, como se expuso, ha generado controversias y confusiones en el ámbito forense. Al respecto, para una buena práctica tribunalicia, cuando el Juez hace lugar al pedido de levantamiento de la inhabilitación del fallido (rehabilitación), generalmente dispone que se lo haga saber a los organismos correspondientes ordenando los oficios del caso. Si el oficio se dirige al Registro de la Propiedad Inmueble, dado que el fallido puede disponer de los bienes que adquiera luego de su rehabilitación, y como lo exige el Registro, hay que indicar el dato preciso de la toma de razón de la medida trabada, con su fecha y si es posible el número de registro. Empero, resulta que esos Registros no toman razón de la inhabilitación, sino solamente de la inhibición dispuesta en su consecuencia. Y es así donde se han suscitado distintas opiniones sobre el alcance de la rehabilitación, entre quienes sostienen que no debe referirse a levantamiento de la inhibición por entender que inhabilitación no es lo mismo que inhibición, los que opinan lo contrario, y otros que –como ya se dijo- distinguen sosteniendo que la rehabilitación hace cesar efectos personales pero no los patrimoniales, debiéndose mantener la inhibición general y solicitarse su levantamiento en determinados supuestos en concreto –al sólo efecto de los mismos- lo cual conlleva muchas veces a contingencias, incidencias, marchas y contramarchas en los procesos falenciales, lo cual atenta contra que la posibilidad que el fallido verdaderamente pueda comenzar de nuevo y va a contrapelo de la filosofía de la pronta reinserción del deudor.

Desde mi punto de vista, una solución –al menos parcial- nos los da efectuando tanto un análisis e interpretación razonable, racional y sistémica del ordenamiento concursal como de escudriñar la naturaleza jurídica de la inhabilitación, que es el género y se traduce en el hecho de la inhibición, que es la especie por la cual se pone de manifiesto aquella. Al efecto, una interesante forma para solucionar la cuestión es el levantamiento de las inhibiciones a partir de la fecha de su rehabilitación, quedando los bienes registrables anteriores cubiertos por el embargo que el síndico ha debido trabarles ⁽¹²⁷⁾.

Por otro lado, para evitar interpretaciones disímiles que acarreen supuestos injustos, otros plantean establecer las bases para regular un nuevo sistema, entre las cuales se encontraría la de desvincular inhabilitación con el desapoderamiento, que la inhabilitación en

⁽¹²⁷⁾ Conf. TACCARI SANTI, Raquel, en “*El levantamiento de la inhibición del fallido que dispone el art. 236 LCQ implica el de las inhibiciones, a partir de la fecha de su rehabilitación*”, ponencia en el XL Encuentro de Institutos de Derecho Comercial, Noviembre de 2.004.

sede comercial sólo debería regular efectos personales, entre otras sugerencias cuya exposición exceden el presente trabajo ⁽¹²⁸⁾.

3.B.f) Planteos de inconstitucionalidad.

Como ya se expuso, la ley 24.522 de 1.995, tomando un requerimiento largamente procurado y abogado por parte de la doctrina y la jurisprudencia y advirtiendo la evolución declinante del instituto, eliminó el instituto de la calificación de conducta del fallido, gerentes, directores, fundadores, liquidadores y síndicos de sociedades y cómplices, estableciendo una inhabilitación automática por el solo hecho de la quiebra, de corta duración, anual, aunque prorrogable si hubiere sospecha de haberse cometido ilícitos penales.

Dicho sistema instaurado, parte de la doctrina autoral entiende agraviar y lesionar los arts. 14, 17 y 18 de nuestra Ley Fundamental y lo dispuesto en diversos de tratados internacionales anudados por nuestro país que conforman el llamado bloque constitucional en conformidad al art. 75 inc. 22 Constitución Nacional⁽¹²⁹⁾, por cuanto: 1) su supresión o reducción supone la meritación por el Juez Comercial de la incursión por el fallido en un tipo penal no identificado, 2) su prolongación más allá del año opera por el solo “sometimiento” del fallido (tampoco identificado) y no por sentencia definitiva⁽¹³⁰⁾.

En sentido similar, al analizar las proyecciones jurídico penales de la Ley 24.522, se ha advertido sobre la dudosa constitucionalidad del dispositivo sancionatorio en virtud de contemplar una sanción carente de razonabilidad, afectando el *ne bis in ídem* y multiplicando las consecuencias gravosas de la falencia⁽¹³¹⁾.

Al respecto, no debemos olvidar que el sistema derogado, a diferencia del actual, aseguraba el derecho de defensa de aquellos cuya conducta iba a ser objeto de calificación por parte del juez de la quiebra. Hoy frente a la aplicación automática de la inhabilitación, el derecho de defensa ha desaparecido, habiéndose por otra parte instalado una excepción al principio de responsabilidad subjetiva ⁽¹³²⁾, lo cual en la práctica podría acarrear grandes injusticias.

También, se han efectuado planteos de inconstitucionalidad de la aplicabilidad inmediata de la inhabilitación falencial a los administradores de una persona jurídica fallida ya que

⁽¹²⁸⁾ Véase FERNANDEZ MOORES, Javier. *La inhabilitación inmortal*, nota a fallo de CNCom., sala B, 7/12/2010, fallo “Moiguer, Fernando M.”, *RDCO*, 2011-B-467/472.

⁽¹²⁹⁾ Art. 14 inc. 2º Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 11 inc. 1º y art. 22 Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 7, inc. 7º, 8º inc. 2º y 16 del Pacto de San José de Costa Rica.-

⁽¹³⁰⁾ Ver al respecto la ponencia de Javier FERNANDEZ MOORES, Javier, titulada: “*Inconstitucionalidad del régimen de inhabilitación*”, en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, desarrollado en Rosario los días 27, 28 y 29 de Septiembre de 2006, Comisión n° I. Moralización de los procesos concursados. A su vez, sus trabajos: “*Las inhabilitaciones en la ley 24.522*”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 11, Concursos y Quiebras II, p. 107 y 108, Ed. Rubinzal-Culzoni, año 1996, *La inhabilitación inmortal*, *RDCO*, 2011-B-467 y *Las inhabilitaciones en la ley 24.522*, JA, 1996-III-902.

⁽¹³¹⁾ ERBETTA, Daniel. *Delitos de insolvencia*, p. 76/79, en especial, respecto a la incidencia sobre art. 264 LS y otras inhabilitaciones.

⁽¹³²⁾ Conf. O'REILLY, *Rehabilitación...*, pág. 4.

implica una pena sin culpa, violando la presunción de inocencia, al colocar la carga de la prueba de la inocencia sobre el inhabilitado (¹³³).

3.B.g) La adopción a nuestra ley del *discharge* norteamericano. Algunas diferencias con el sistema estadounidense y otras legislaciones:

Relacionado con la temática atinente a las consecuencias que produce la declaración falencial sobre una persona, con la consecuente inhabilitación y los efectos luego del cese de la misma, se encuentra el instituto del *discharge*, propio del derecho anglosajón.

El mismo, conforme se expusiera en la primera parte de este trabajo al abordar los aspectos *ius-filosóficos* de la legislación concursal, fue adoptado e introducido de algún modo en nuestro país por la ley 24.522 de 1995 (¹³⁴), obviamente con rasgos y características propias. Así, reiteramos que la ley 24.522 en reemplazo de la calificación de conducta impuso una inhabilitación automática, por el sólo hecho de la quiebra, de corta duración (lo cual conllevado a su crítica por la exigüidad del plazo) que cesa por el transcurso del tiempo, aunque prorrogable si hubiere sospecha de haberse cometido ilícitos penales, lo que ha llegado a sostener el desembarco del *discharge* americano a nuestro derecho. Tal recepción legislativa fue a tono con otras legislaciones de derecho comparado que han ido incorporando características, elementos e instituciones del sistema estadounidense.

Al respecto, se sostuvo que siguiendo lineamientos del *discharge* propio del sistema norteamericano, “es necesario que la legislación posibilite la liberación de las energías del fallido, permitiéndole su rápida inserción para que vuelva a producir. Su fracaso anterior no debe impedirle una nueva oportunidad” (conf. José A. IGLESIAS, op. cit., pág. 250. Citado en BARBIERI, Pablo C., *Procesos concursales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 447)(¹³⁵).

Empero, sin perjuicio de algunos aspectos positivos de la incorporación de este lineamiento en cuanto a los aspectos sancionatorios y/o en relación a los efectos de la quiebra, su inserción no ha sido del todo prolija, generándose algunas consecuencias no demasiado justas.

Asimismo, es dable destacar algunas diferencias con el sistema estadounidense, en especial ya que el espíritu del *Bankruptcy Code*, es sólo disponer la liberación –“*discharge*”- de aquellos deudores de *buena fe* y respecto de algunas deudas. Esta filosofía se ve reflejada en el antecedente judicial más citado en la materia, donde se explicó que uno de los propósitos primarios de la Ley de Bancarrotas es aliviar al deudor honesto pero desafortunado del peso opresivo del endeudamiento, pero permitiéndolo un fresco y nuevo comienzo (¹³⁶).

(¹³³) GARCÍA CUERVA, Héctor M. – BARRAZA, Alberto, *Inhabilitación de administradores*, Congreso de Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, Mar del Plata, noviembre 1997, t. II, p. 449. Citado en ROULLIÓN, *Código de comercio...*, t. IV, p. 618.

(¹³⁴) Véase IGLESIAS, J.A., en *Concursos*, 1995:29 y en *La filosofía...*, LL, 1995-E-1193.

(¹³⁵) Sobre el efecto liberatorio de la quiebra hay quienes que tienen dudas sobre el mismo, ya que en la ley 24522 no hay norma equivalente al artículo 253 de la ley 19551, la cual expresamente establecía que "...el fallido queda liberado de los saldos que quedare adeudando en el concurso, respecto de los bienes que adquiera después de la rehabilitación" (conf. VILLOLDO, J. Marcelo, *La conversión de la quiebra en concurso: ¿excluye la responsabilidad penal del ex fallido-ahora concursado-?*, P.A.C.; Tomo I, Marzo de 2005; incluso hay quienes sostienen que no está claro si la rehabilitación produce efecto de "discharge" y sobre qué tipo de obligaciones (Conf. ROUILLON, *Los aspectos represivos...*, p. p. 128/130.

(¹³⁶) Supreme Court “Local Loan Co. V. Hunt”, citado en CÁMARA, Héctor, *El concurso...*, op. cit., p. 103.

En efecto, para destacar algunas comparaciones, básicamente se sigue lo que nos enseña DASSO ⁽¹³⁷⁾, quien destaca que la diferencia ha sido puesta en evidencia lateralmente, y ello con referencia a la instauración en el *U.S.Code* de un procedimiento que, como fórmula de cristalizar las obligaciones ulteriores a la aprobación de un plan de reorganización determina la *discharge* al deudor, que lo releva de toda responsabilidad de las deudas anteriores consagrando un “*fresh start*”, una especie de “nuevo punto de partida” o “borrón y cuenta nueva”, que le permite afrontar su actividad futura sin otras, cargas, lastres o resabios que no fueren las obligaciones novadas que resultaren del plan de reorganización o, en su caso, del acuerdo, aprobado judicialmente tras la conformidad de los acreedores con las mayorías exigidas por la ley. El sistema esta expuesto en la Sección 522 del *U.S. Code* pero tal descarga, o liberación que permite el *fresh start* no tiene aplicación respecto de determinadas obligaciones que no son descargables establecidos en la Sección 523 las cuales tienen como nota caracterizante las conductas extracontractuales disvaliosas que son las causas del “*crédito involuntario*”⁽¹³⁸⁾.

Este sistema, que es aplicable tanto a los procedimientos del Capítulo 7, de la liquidación; de la reorganización del Capítulo 11; a la empresa familiar agrícola del Capítulo 12 y al Capítulo 13 referido al consumidor con ingresos regulares; guarda correlato con lo que en doctrina se da en llamar “*créditos involuntarios*” y consagra la supervivencia del derecho a la reparación por los daños generados por la negligencia, culpa o dolo del deudor en tutela de acreedores que nunca tuvieron la posibilidad de elegir serlo.

El modelo estadounidense fue adaptado en Alemania por la *Insolvenzordnung* de 1994 (vigente desde el 1º de enero de 1999) en el título VIII denominado “Exoneración de la deuda residual” (*Restschuldbefreiung*), que, siguiendo el modelo de la *discharge* estadounidense, cuando se trata de un deudor individual *-rectius*: persona física- concede la exoneración de obligaciones que no fueron cumplidas, canceladas o reestructuradas, en el procedimiento de insolvencia, pero excluye de tal beneficio a las resultantes de sentencia de condena firme por delitos determinados o causados en falsedades, o errores documentales con dolo o culpa grave del deudor en torno a su situación económica; y a las obligaciones derivadas de la comisión intencional en un cuasi delito.

También la nueva ley italiana adapta la *discharge* estadounidense con un nuevo instituto que denomina “*Esdebitazione*” en virtud del cual el acreedor que nunca quiso serlo, aquel que adquiere su título por el hecho o la omisión del deudor, su culpa o negligencia, o por mera voluntad de la ley expuesta en regulación de la responsabilidad objetiva; el que no pudo elegir un vínculo crediticio, va logrando un reconocimiento diferenciado que, al margen de su carácter quirografario adquiere un tratamiento distinto de los otros quirógrafos: la descarga, la

⁽¹³⁷⁾ Conf. DASSO, Ariel A. *Un “nuevo” derecho concursal en el derecho comparado –en ocasión de la reforma al derecho italiano (2005/2006)*, publicado en LL, 2007-A-957 y www.derecho-comparado.org/Colaboraciones.

⁽¹³⁸⁾ Tales responsabilidades legales del deudor individual, por procurar dinero o propiedades invocando falsas pretensiones, falsas representaciones o fraude; los daños causados en actos dolosos y maliciosos a la persona o la propiedad del tercero; la violación de la obligación de alimentos y mantenimiento de la esposa e hijos; las generadas por fraude o defalco actuando como fiduciario; las del consumidor por bienes suntuarios mayores a los quinientos dólares en plazo de cuarenta días anteriores a la *discharge*: la que resultare de la sentencia de condena por conducción de automotor en estado de intoxicación, algunos préstamos por estudio, algunos impuestos federales, estatales o locales, etc.

esdebitazione, la exoneración de la deuda residual impuesta en el nuevo derecho concursal como un instrumento de liberación plena de los pesados lastres de un infortunio histórico superado, no alcanza de esta manera a quienes “involuntariamente” y hasta con desconocimiento absoluto de las condiciones que vinculan al deudor con sus acreedores, quedó atrapado en un concurso que, si bien, abierto bajo el signo de la colectividad, le es absolutamente extraño en su causa.

El denominado *fresh start* estadounidense considerado como un nuevo punto de partida del deudor, tras la finalización de la quiebra, está incorporado en la reforma itálica de 2003 concediéndose al quebrado, persona física, en un término máximo de un año sucesivo a la clausura de la misma, el beneficio a la cancelación de las deudas no satisfechas en el procedimiento concursal.

La ley argentina 24.522, que recogía nuevos institutos inspirados en la ley estadounidense no incluyó la remisión de la deuda residual, en forma literal, pero introdujo el de la novación (art. 55, LCQ), que, como efecto connatural a la homologación del acuerdo, constituye su espejo. Comenzar de cero, o de nuevo, es ahora un apotegma que guarda un nivel de estricta correspondencia con la nueva tésis que inspira a la reforma: la quiebra no es una patología sino simplemente una alternativa en la vida del sujeto económico y sus efectos no deben esterilizar la potencialidad de la total recuperación en orden a la facilitación de una nueva oportunidad empresaria.

El derecho continental europeo plasmó con distintas características la *discharge* de la *U.S.Code* y en Italia la fórmula elegida guarda inevitable conexión con el comportamiento del quebrado por lo cual la liberación de deudas se excluye toda vez que en los 10 años anteriores hubieren sufrido condenas penales por bancarrota o de naturaleza económica anteriores o ulteriores a la quiebra, conducta fraudulenta, o dirigida a retardar el procedimiento o bien en una última instancia no hubiera existido por lo menos una satisfacción parcial de los créditos, - sin que exija un porcentaje de mínima en tal sentido-. La esbitazione gana en la reforma italiana un capítulo propio dedicado a la quiebra, desplazando las normas abrogadas que en la ley de 1942 estaban destinadas a la rehabilitación. El instituto se aplica exclusivamente a la persona física y se excluye de su aplicación a la sociedad, persona jurídica, y a sus administradores, alcanzando a los débitos residuales no satisfechos con algunas excepciones. El fallido debe haber observado conducta positiva de cooperación al procedimiento, suministrado la debida información y documentación en orden al útil desarrollo de las operaciones y estar excluido de comportamientos de obstrucción contrarios al deber de colaboración, o de haber retardado u obstruido el desarrollo del procedimiento, haber distraído activos o denunciados pasivos inexistentes; causado o agravado la cesación de pagos haciendo dificultosa la reconstrucción del patrimonio o el desarrollo de los negocios o haber hecho el uso abusivo al crédito; haber sido condenado en sentencia de quiebra fraudulenta o delitos contra la economía pública, industria o comercio o conexos al ejercicio de la actividad de la empresa, quedando a salvo los casos en los cuales hubiera sobrevenido rehabilitación.

El trámite de un procedimiento penal determina la suspensión del procedimiento de *esdebitazione* adquiriendo aquel carácter prejudicial. La *esdebitación* o liberación de deudas residuales reconoce un elenco de excepciones a las obligaciones de mantenimiento y alimentarias y de cualquier modo derivadas de relaciones no comprendidas en la quiebra, es

decir: bienes y derechos estrictamente personales, emolumentos alimentarios, estipendios, pensiones, salarios, ingresos como productos del trabajo dentro de los límites necesarios para el mantenimiento propio de la familia; frutos del usufructo legal sobre bienes de los hijos; bienes que constituyan fondo patrimonial y sus frutos, salvo las excepciones del Cód. Civ; cosas no susceptibles de prenda; indemnización de daños por hechos ilícitos extracontractuales, así como las sanciones penales y administrativas pecuniarias que no fueren accesorias a deudas extinguidas.

Quedan a salvo de la *esdebitazione* (como en la ley argentina tratándose de la novación) los derechos que asisten a los acreedores frente a los coobligados, fiduciarios del quebrado y obligados en vía de regreso.

El decreto de *esdebitazione* corresponde al tribunal de la quiebra quien lo declarará en el decreto de clausura o a pedido del deudor dentro del año sucesivo a más tardar, previa audiencia del curador y del comité de acreedores. Su contenido es la declaración de inexigibilidad de los débitos concursales no satisfechos integralmente (sin límite de contenido económico, ni de máxima ni de mínima). El deudor como los acreedores interesados por no haber sido satisfechos íntegramente, el ministerio público y cualquier interesado pueden recurrir le decisión.

La *esdebitazione* alcanza también a los acreedores anteriores a la apertura del procedimiento que no hubieren presentado demanda de admisión al pasivo en la parte excedente de cuanto hubieren tenido derecho a percibir en el concurso, pero no beneficia al pequeño empresario individual por cuanto la dimensión de la crisis le veda, según *supra* el acceso al procedimiento de la quiebra ⁽¹³⁹⁾.

De lo expuesto, surge que la adopción del instituto del discharge en la legislación argentina debe considerarse positiva y acorde a los principios y evolución imperante en el Derecho Concursal de estos tiempo, empero se debió realizar con ciertos reparos para evitar situaciones injustas, en especial con cierta clase de acreencias concursales (v.gr. acreencias alimentarias, los denominados créditos involuntarios, etc.) que no amparen un verdadero “premio” para quienes inescrupulosamente han caído en estado falencial, lo cual configurará situaciones injustas.

Por otro lado, para evaluar las diferencias con nuestro país y la razón de dicho instituto jurídico en los Estados Unidos, no menos relevante es contemplar su idiosincrasia, tanto en sus modos de vida, sus valores, costumbres y tradiciones, todo lo cual se ve impregnado por el individualismo, liberalismo, un exacerbado capitalismo y por ende consumismo. Así, a modo ilustrativo, se ha dicho: “...*La capacidad de eludir las deudas insostenibles y empezar de nuevo es una de las peculiaridades distintivas del capitalismo estadounidense. Desde 1898, todo estadounidense tiene derecho a acogerse al capítulo VII (liquidación) o al XIII (reorganización personal voluntaria) de la Ley de Quiebras. Ricos y pobres, parece que los estadounidenses ven la bancarrota como un «derecho inalienable», casi en igualdad de condiciones con «la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad»...*” ⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁹⁾ Véase también: TEVEZ, Alejandra N. *La reforma de la ley concursal en Italia*, LL, 2006-F, 1339/1340.

⁽¹⁴⁰⁾ FERGUSON, Niall. *El triunfo del dinero. Cómo las finanzas mueven al mundo*. Traducción de Francisco J. Ramos Mena, Random House Mondadori, S. A. Travessera de Gràcia, 47-49. 08021 Barcelona, 2009, p. 78.

Sin embargo, cabe reflexionar, que amén de todos los valores y concepciones que tienen los norteamericanos, es dable tener presente las excepciones y/o reparos que se han salvaguardado para ciertos supuestos en la aplicación del *discharge*, recaudo que nuestro país sorpresivamente no tuvo presente, lo cual como se expusiera crea situaciones injustas e inequitativas, importando la posibilidad que la quiebra en vez de ser una legítima y valedera herramienta para afrontar una insolvencia se transforme en un medio de licuación de deudas total usada por deudores inescrupulosos en perjuicio de terceros.

3.B.h) La Ley de Protección de Datos personales y la rehabilitación falencial. Inconstitucionalidad de normas reglamentarias. Contrariedad e incongruencia con el sistema concursal.

Sabido es la gran evolución e importancia que ha tenido la información en la actualidad, en especial la informática, por lo cual necesariamente como respuesta tuitiva de los perjuicios que pudieran padecer las personas por su uso se ha reconocido el *derecho de la protección de los datos personales*, en especial su reglamentación en relación a registros, bases de datos que toman nota de los mismos, los almacenan y sobretodo en cuanto a las empresas que suministran y/o utilizan las mismas con fines crediticios, comerciales y financieros⁽¹⁴¹⁾, en el cual confluyen cuestiones y aristas de varias ramas del derecho (constitucional, civil, comercial, informático, etc.).

Dentro de dicho derecho, se encuentran contenidos el denominado “*derecho al olvido*” o “*derecho a la caducidad de datos personales negativos por el transcurso del tiempo*”, el cual si bien no se encuentra expresamente en el texto del art. 43 de la Constitución Nacional incorporado mediante la Reforma constitucional de 1.994 que prevé el *Hábeas data* como proceso constitucional en su párrafo tercero, se ha entendido que el mismo surge implícitamente. Al efecto, se ha argumentado que el art. 43 puso énfasis —tanto para el *hábeas data* como para el amparo colectivo— en la procedencia de estas acciones para los casos de discriminación, y entonces la subsistencia de datos vetustos puede provocarla respecto del titular de los datos (v. gr., por impedirle el acceso a un crédito que seguramente no mereciera en la época en que aquellos datos tenían vigencia, pero al que probablemente podría aspirar luego de transcurrido un tiempo razonable)⁽¹⁴²⁾.

El denominado “*derecho al olvido*” fue incluido expresamente mediante la sanción de la *Ley 25.326* de protección de datos personales y régimen legal del *hábeas data* (Publicada en el B.O. el 02-nov-2000, Nro. 29517), reglamentada por el *Decreto 1558/01* e interpretado por dictámenes del órgano de control de la ley (la Dirección Nacional de Protección de Datos

Título original: *The Ascent of Money*. Resulta interesante y sorprendente la referencia que el autor realiza sobre la gran cantidad de quiebras en la ciudad de Memphis, Tennessee, EUA.

⁽¹⁴¹⁾ Véase y ampliase al respecto: ALTMARK, Daniel Ricardo y MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Tratado de derecho informático*, Buenos Aires: La Ley, 2012; PALAZZI, Pablo. *Informes comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 2007; ALTMARK, Daniel R. y MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Régimen Jurídico de los bancos de datos*, Volumen 6 de “*Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional*”, Altmark, Daniel Ricardo (Director) - Bielsa, Rafael (Coordinador académico), Buenos Aires: Depalma, 1998, pags. 141/179, entre otros.

⁽¹⁴²⁾ Conf. PUCCINELLI, Oscar R., *El “derecho al olvido” en el derecho de la protección de datos. El caso argentino*. Publicado en *Revista Internacional de Protección de Datos Personales*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho (Bogotá, Colombia) No. 1 Julio - Diciembre de 2012. ISSN: 2322-9705. Disponible en: <http://habeasdatacolombia.edu.co>, pág. 9.

Personales) y, luego tuvo su recepción jurisdiccional definitiva por dos célebres sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dirimió el conflicto interpretativo existente alrededor de las normas emanadas de la ley citada, en especial en lo atinente al cómputo de los plazos previstos por las normas citadas y su cómputo⁽¹⁴³⁾.

En efecto, el art. 26 de la Ley 25.326, regula la *Prestación de servicios de información crediticia*, donde establece que sólo pueden tratarse datos personales de carácter patrimonial relativos a la solvencia económica y al crédito, pudiendo tratarse igualmente datos personales relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de contenido patrimonial.

Una cuestión interesante a los efectos del presente trabajo, en especial en relación a la rehabilitación del fallido, es lo previsto en cuanto al plazo de registración de los datos para evaluar la solvencia económico-financiera de las personas, para lo cual las normas citadas disponen una limitación temporal.

Así, el inc. 4° del art. 26 de la Ley 25.326, prevé: “*Sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho*”⁽¹⁴⁴⁾. A su vez, el Decreto 1558/2001 de Protección de los datos personales,

⁽¹⁴³⁾ Nuestro Tribunal más encumbrado, en los fallos “*Catania*” (CSJN, 8/11/2011, C.1380 XLII “*Catania, Américo Marcial c. BCRA (Base Datos) y otros s/habeas data*”) y en “*Napoli*” (CSJN, 8/11/2011, N.112 XLII, “*Napoli, Carlos Alberto c. Citibank N.A. s/habeas data. Recurso de hecho*”).

⁽¹⁴⁴⁾ Originalmente, en el proyecto aprobado por el Senado se preveía un plazo de caducidad general de diez años y no incluía la reducción para el caso de cancelación o extinción de la obligación. La reducción del plazo general de diez a cinco años se produjo durante el debate en la Cámara de origen y se debió a una propuesta del senador Yoma, quien sostuvo que la constancia de este tipo de datos en las organizaciones de datos comerciales “funcionan como una virtual inhabilitación o como una sanción, fundamentalmente al pequeño y mediano comerciante, lo cual implica separarlo, alejarlo o excluirlo de la cadena de crédito... Si se tiene en cuenta la anterior caracterización de la ley de quiebras, puede recordarse que establecía una división entre quebrados fraudulentos y culposos. Para los quebrados fraudulentos la inhabilitación era de diez años, la misma que se propone en el dictamen y que actualmente rige para el moroso en una organización de datos comerciales. Creemos que ese plazo es absolutamente injusto y excesivo. En realidad, la nueva ley de quiebras eliminó la separación de conducta entre quebrado fraudulento y culposo y redujo la inhabilitación a solo un año, pero – reitero un concepto que vertí en el tratamiento en general– creo que reducirla tanto también puede afectar la propia organización del crédito en la Argentina. Entonces me parece que es razonable reducir el plazo a la mitad, a cinco años, para que las organizaciones comerciales de datos puedan tener datos personales de la gente” (Antecedentes Parlamentarios, 2001-A-380). A ello contestó el senador Menem que “esta institución no se vincula con la inhabilitación del comerciante, por cuanto puede haber deudores que no sean comerciantes. El término de diez años que se ha fijado no es arbitrario. Se lo ha hecho coincidir con el término de la prescripción liberatoria, que es de diez años. De todos modos, los plazos que se fijan para estos casos hacen una valoración de política legislativa. No necesariamente tiene que coincidir con otro tipo de plazos, como el de la inhabilitación en el caso de la ley de quiebras, ni tampoco con el de la prescripción liberatoria, que de todos modos es el que teóricamente se ha tenido en cuenta. De todas maneras, me parecen razonables los argumentos y creo conveniente que se pueda poner cinco años como plazo para esos informes” (Antecedentes Parlamentarios, 2001- A-380). Evaluada luego la norma por la Cámara revisora, el diputado Di Cola expresó su disidencia en cuanto al plazo en que los datos deben quedar registrados en esas empresas, y el diputado Baglini mocionó el establecimiento de un plazo especial de diez años para los concursos o quiebras. Con estas modificaciones aceptadas y propuestas, se aprobó el apartado en cuestión por los dos tercios y pasó a revisión del Senado, que desestimó las inserciones

reglamentario de la Ley 25.326, establece que: “Para apreciar la solvencia económico-financiera de una persona, conforme lo establecido en el artículo 26, inciso 4, de la Ley N° 25.326, se tendrá en cuenta toda la información disponible desde el nacimiento de cada obligación hasta su extinción. En el cómputo de CINCO (5) años, éstos se contarán a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible. Si el deudor acredita que la última información disponible coincide con la extinción de la deuda, el plazo se reducirá a DOS (2) años. Para los datos de cumplimiento sin mora no operará plazo alguno para la eliminación. A los efectos del cálculo del plazo de DOS (2) años para conservación de los datos cuando el deudor hubiere cancelado o extinguido la obligación, se tendrá en cuenta la fecha precisa en que se extingue la deuda”, sobre el cual se ha cuestionado su constitucionalidad en virtud de exceder sus facultades reglamentarias pese a su menor rango normativo (conf. arts. 28, 31, 99 inc. 2° y ccdtes. Constitución Nacional). Tal cuestionamiento, ha sido por modificar y desvirtuar lo previsto en la ley que reglamenta, ya que siguiendo la interpretación del Decreto en cuanto al cómputo del plazo previsto, la información negativa podría no tener fin, ya que estaríamos ante el caso de una prórroga renovable *ad infinitum*, lo cual atenta contra la redención moral y crediticia del ser humano, máxime cuando una deuda ya ha sido resuelta.

Empero, amén de las diferentes cuestiones que se han suscitado en relación al cómputo de los plazos previstos en dichas normas, lo que realmente interesante para este trabajo es si lo previsto en las normas citadas contradice, resulta incongruente o atenta contra lo dispuesto en materia concursal, la cual como vimos, en principio, prevé un plazo de inhabilitación falencial de un año desde la sentencia de quiebra (conf. arts. 236, 238 y ccdtes., Ley 24.522) el cual cesa de pleno derecho recepcionándose el instituto del *discharge* anglosajón conforme ya fuera expuesto.

Desde mi punto de vista, atento a que el cese de la inhabilitación (o rehabilitación) debe asimilarse a la extinción de las obligaciones a las que alude las normas citadas, todo plazo que se disponga para continuar en registros con datos económicos y financieros del fallido que contengan obligaciones comprensivas de la quiebra, importa contrariar e incongruente con el sistema concursal vigente en lo que a ello respecta (amén de las críticas que al mismo se le efectúan en el derrotero de este trabajo), por atentar contra una rápida inserción del fallido en el mercado e impedir su nuevo comienzo (*fresh start*), obstando a trabajar, comerciar o ejercer una industria libremente y continuar ligado con un estigma que ya superó (conf. arts. 14, 14bis, 18, 19, 28, 33 y ccdtes. Ley Fundamental). Por ello, la normativa que protege los datos personales debería establecer un régimen especial para los supuestos de quiebra adecuándose a la ley concursal⁽¹⁴⁵⁾, o en su defecto podría ser pasible de planteos sobre su constitucionalidad.

3.C. LA CLAUSURA DEL PROCEDIMIENTO DE QUIEBRA POR FALTA DE ACTIVO.

propuestas por los diputados, salvo la reducción a dos años del plazo de caducidad del dato, cuando este hubiera sido cancelado (Antecedentes Parlamentarios, 2001-A- 463 a 468) (Citado en PUCCINELLI, *op. cit.*, pág. 10).

⁽¹⁴⁵⁾ En los Estados Unidos, la *Fair Credit Reporting Act* fija un plazo general de caducidad para los datos crediticios, de siete años desde el momento en que estos fueron registrados, salvo respecto de las quiebras que tienen un plazo de diez años desde la fecha que ingresa el pedido de quiebra o desde la fecha del auto, según sea el caso (Conf. PUCCINELLI, *op. cit.*, pág. 6).

3.C.a) Generalidades, antecedentes y fundamento.

La clausura del procedimiento de quiebra por falta de activo resulta de inevitable tratamiento en este trabajo toda vez que, como se verá, sus efectos tienen una connotación que puede llegar a acarrear una sanción penal para el fallido, o al menos una intervención de la justicia criminal. Nuestra actual ley concursal 24.522, de un modo escueto y aislado, en la Sección II del Capítulo VIII denominado *Clausura del procedimiento* aborda como el último modo previsto para la clausura del procedimiento falencial, la *Clausura por falta de activo*, estableciendo:

Artículo 232.- Presupuestos. Debe declararse la clausura del procedimiento por falta de activo, si después de realizada la verificación de los créditos, no existe activo suficiente para satisfacer los gastos del juicio, incluso los honorarios, en la suma que, prudencialmente, aprecie el juez. Del pedido de clausura que realice el síndico, debe darse vista al fallido; la resolución es apelable.

Artículo 233.- Efectos. La clausura del procedimiento, por falta de activos, importa presunción de fraude. El juez debe comunicarla a la justicia en lo penal, para la instrucción del sumario pertinente.

La clausura de los procedimientos por insuficiencia del activo, es una institución que fue introducida por el Código de Comercio de 1.862 ⁽¹⁴⁶⁾, inspirados en la reforma del Código francés de 1.838. En este, la sanción legislativa obedeció al deseo de evitar que el deudor eludiera la prisión por deudas, entonces vigente en Francia, mediante su continuación por tiempo indefinido, en estado de falencia, a pesar de no quedar ya bienes cuyo valor alcanzase, al menos, para cubrir las erogaciones del procedimiento ⁽¹⁴⁷⁾.

En nuestro país, al suprimirse la prisión por deudas en el año 1.872, se produjo la paradoja de que el deudor cuya quiebra era clausurada por insuficiencia del activo, retornaba al goce de sus derechos, no quedando sujeto a sanción penal alguna. Por tal motivo, la ley 4.156 de 1.902 dispuso que la clausura motivada por esa circunstancia, implicaba la presunción de fraude o culpa contra el deudor, lo cual también tomó el art. 85 de la ley 11.719.

Asimismo, la ley 19.551, en los artículos 233 y 234, preveía esta situación. Al respecto, se sostuvo que frente a la falta de bienes, atendiendo la inexistencia de finalidad práctica de cumplir el objetivo procesal *liquidatorio y distributivo* del proceso concursal de quiebra, el órgano jurisdiccional debe disponer el cierre del procedimiento. El auto que ordena la medida lleva ínsita presunción legal de cometimiento de culpa o fraude por el deudor cesante e imponía al juez ordenar la detención del fallido. De allí su naturaleza coactivo-penal ⁽¹⁴⁸⁾.

A los efectos de este trabajo, nos resulta interesante que el art. 234 de la ley 19.551, preveía que la clausura por falta de activo importa presunción de fraude, debiendo el juez ordenar la detención del fallido y su remisión a la justicia penal para la instrucción del sumario criminal correspondientes. A su vez, estipulaba que la clausura del procedimiento, que era

⁽¹⁴⁶⁾ En ese entonces regulada en los arts. 1549 y 1593 del Código de Comercio, y se preveía la detención, aunque era prácticamente de imposible concreción. Conf. F.M., "Detención del fallido por insuficiencia del activo", *LA LEY*, 138-515. Citado por MARTORELL, Ernesto E. – VALERGA ARAOZ, Jorge, *Problemática concursal – penal. La clausura del procedimiento (la quiebra) por falta de activo` y su presunción de fraude` ¿posee algún efecto penal?*", *LL*, 1997-D, p. 1243, nota 5.

⁽¹⁴⁷⁾ Conf. Voz "Quiebra", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, p. 936.

⁽¹⁴⁸⁾ Conf. VARANGOT, *Levantamiento de la quiebra. Clausura de los procedimientos*, *La Ley*, v. 114, p. 84; SATANOWSKY, v. I, pp. 17-26/33 y 37. Citados en ARGERI, *La quiebra*, v. 3, 1794, p. 107.

cuestión independiente del incidente de calificación de conducta del fallido, era incompatible con la calificación de la quiebra casual; debía perseguirse, o en su caso promoverse, el incidente de calificación profesional de la conducta y la acción penal correspondiente (¹⁴⁹).

En cuanto al fundamento para decretar la clausura reside en la falta de finalidad práctica de mantener latente la instancia jurisdiccional, imponiendo inacción a los acreedores en detrimento de sus intereses y dejando a la masa en imposibilidad de actuar por inexistencia de medios económicos para hacer frente a los gastos (¹⁵⁰).

Así, si el fin u objeto en particular del procedimiento de quiebra consiste en liquidar todo el patrimonio del deudor insolvente y pagar a todos los acreedores en moneda de quiebra hasta donde alcance el producto de la venta y liquidación de sus bienes, liquidación ordenada y lo más prolija posible de los bienes componentes del deudor, cuya distribución de su producido deberá realizarse entre los distintos acreedores de conformidad con los diferentes privilegios de los que los créditos se ven investidos(¹⁵¹) por imperio legal; en caso de advertirse su insuficiencia para al menos satisfacer los gastos del proceso, resulta un dispendio jurisdiccional innecesario mantener el mismo(¹⁵²) ya que el objetivo liquidatorio y distributivo no se podrá llevar a cabo.

A su vez, pretorianamente se sostuvo que la finalidad de la clausura de la quiebra por falta de activo –prevista en los arts. 232 y 233 de la ley 24.522- es evitar que frente a la desaparición o inexistencia de bienes del fallido éste eluda su eventual responsabilidad penal(¹⁵³).

3.C.b) Aplicación, oportunidad y algunas aclaraciones.

La clausura de la quiebra por falta de activo se produce ante la insuficiencia de los bienes del deudor para satisfacer los gastos del proceso, luego de la verificación de créditos (¹⁵⁴). Para ello, el juez debe realizar una estimación –al menos provisional- para responder a gastos y honorarios, ya que, a esta altura del procedimiento, la regulación de estos estipendios no es posible.

Es *legitimado* para petitionarlo el síndico de la quiebra. Para alguna opinión, la falta de previsión al respecto impide que se declare de oficio (¹⁵⁵), aunque calificada doctrina refiere

(¹⁴⁹) ARGERI, *La quiebra...*, v. 3, p. 113 y jurisprudencia allí citada.

(¹⁵⁰) ARGERI, *op. cit.*, p. 107; también citado por TRUFFAT, *La clausura por falta de activo: ¿importa presunción de fraude?*, LL, 1989-C, 1281.

(¹⁵¹) “Los fines del proceso de quiebra son claramente evidentes:...la satisfacción de los derechos de todos los acreedores, a través de la ejecución forzada del patrimonio del deudor, con aplicación de la regla de la *par conditio creditorum*...” (Piero PAJARDI, con la integración de H. ALEGRÍA, A. KLEIDEMACHER, Diana FARHI DE MONTALBÁN y Marcelo GEBHART: *Derecho Concursal*, Ed. Abaco, Bs. As., 1991, p. 191).

(¹⁵²) En su momento, se cuestionó la finalidad perseguida del art. 234 ley 19551 (asimilable al actual art. 233, LCQ), sosteniéndose que su proyección en el ámbito penal era nula, incluso se lo cuestionaba como integrante del terreno represivo (Conf. TRUFFAT, *La clausura...*, LL, 1989-C-1280 a 1285).-

(¹⁵³) CNCom., Sala C, 25/2/99, “Axia S.A. s/ quiebra”, LL, 1999-E-947.

(¹⁵⁴) Un fallo entendió que procedía declarar la nulidad de la resolución que decretó la clausura del procedimiento por falta de activo, si surge que no se dictó el auto verificadorio previsto por el artículo 36 de la Ley 24.522, toda vez que la regla que rige el caso establece como presupuesto de su aplicabilidad el cumplimiento de ese requisito (CNCom, Sala C, in re “Proimad S.A. s/ quiebra”, sentencia del 21 de octubre de 1992, citado por MONTAGNA, *Sanciones*, p. 73, nota. 79)

(¹⁵⁵) BARBIERI, *Manual*, p. 260.

que es posible en base a las facultades conferidas por el art. 274 LCQ⁽¹⁵⁶⁾ y existen pronunciamientos jurisprudenciales que le otorgan dicha potestad al magistrado interviniente⁽¹⁵⁷⁾.

Es un *deber* para el juzgador aplicar este instituto⁽¹⁵⁸⁾, en el caso de que se configuren sus supuestos de procedencia, en atención a la terminología utilizada por las normas citadas, no pudiendo disponerse la clausura por falta de activo hasta después de concluido el período verificadorio tempestivo, es decir, luego de emitida la resolución judicial prevista por los arts. 200 y 36 LCQ, no pudiendo resolverse antes de las mencionadas resoluciones, ni sin audiencia del fallido⁽¹⁵⁹⁾ en virtud de los efectos que ocasiona la clausura de este modo.

Al respecto, se sostuvo que conforme al artículo 232 de la Ley 24.522 debe declararse la clausura por falta de activo si después de realizada la verificación de créditos, no existe activo suficiente para satisfacer los gastos del juicio, incluso los honorarios, en la suma que prudencialmente aprecie el juez⁽¹⁶⁰⁾.

Se ha sostenido que la clausura de la quiebra por falta de activo constituye una *medida de carácter excepcional* que sólo es dable decretar cuando la insuficiencia del activo del deudor para satisfacer los gastos del juicio es manifiesta, esto es, cuando no existen fondos o bienes en cuyo producto sea posible continuar los trámites de la quiebra⁽¹⁶¹⁾.

En este sentido se ha resuelto: “*La clausura de la quiebra normada en el artículo 232 de la ley falimentaria, es una medida excepcional que solo debe decretarse cuando la insuficiencia del activo para cubrir los gastos del juicio, incluso los honorarios, resulta manifiesta, haciendo imposible continuar los trámites de aquella; sin que corresponda considerar si se encuentran satisfechos los créditos verificados*”⁽¹⁶²⁾.

Se presupone, aunque la norma no lo establezca, que para su aplicación “*el síndico ha desplegado una razonable actividad en procura de la incautación de bienes, que se verá reflejada en el expediente*”⁽¹⁶³⁾, y si se hubieran encontrado, que los mismos hayan sido

⁽¹⁵⁶⁾ MORELLO, Augusto M. y otros, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Bs. As. y de la Nación, Vol. VIII, *Concursos*, LEP. 1998, P. 4. A su vez, otros entienden que la legitimación es a instancia del síndico, del acreedor verificado y aun de oficio (ARGERI, *La quiebra*, t. III, p. 110, FASSI-GEBHART, 2004:528)

⁽¹⁵⁷⁾ “*El magistrado de origen goza de potestad para decretar de oficio la clausura del procedimiento por falta de activo (doct. art. 232 de la ley 24.522)*” (Cám. Civ. y Com., Sala 1 de Quilmes, 4446 RSI-31-5 I 9-3-2005, “Albanese, Angel Mauricio s/ Quiebra indirecta”, Busteros-Celesia-Señaris, Juba: B2902654)

⁽¹⁵⁸⁾ En efecto, se ha sostenido que esta comunicación está prevista imperativamente y no es facultativa para el magistrado concursal (Conf. ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 57).

⁽¹⁵⁹⁾ ROUILLÓN, Adolfo A.N., *Régimen...*, 15ª edición, 2007, p. 338.

⁽¹⁶⁰⁾ RIVERA, Julio César. *Instituciones del derecho concursal*. Santa Fe: R.Culzoni, 2003, tomo II, p. 269.

⁽¹⁶¹⁾ CNCom., Sala C, 25/2/99, “Axia S.A. s/ quiebra”, LL, 1999-E-947. En este sentido se la calificó como medida de carácter excepcional, donde exista insuficiencia manifiesta (conf. CNCom., Sala A, 16/4/70, JA, 9-1971-602, n° 226, y LL, 139-559. En igual sentido, sobre su excepcionalidad: CNCom., sala D, 2005/04/05.-G.R. y L.S.A. s/ quiebra – LA LEY 2006-A, 208.

⁽¹⁶²⁾ CCiv. y Com., Sala 1, Quilmes, 4446 RSI-31-5 I 9-3-2005, “Albanese, Angel Mauricio s/ Quiebra indirecta”; 8091 RSI-118-7 I 14-6-2007, “Paradisus S.A. s/ Propia Quiebra”, Juba: B2902653).

⁽¹⁶³⁾ BARBIERI, *Procesos concursales*, p. 512; *Nuevo régimen*, p. 448. En este sentido, se entiende que se presupone que la sindicatura ha llevado a cabo la incautación del activo y que los bienes inventariados han sido apreciados en cuanto su valor de realización, y que el mismo ha realizado toda la indagación necesaria para localizar otros bienes y que la insuficiencia del activo incautado deriva de una comparación entre su valor de

prudencialmente estimados por la sindicatura a los fines de su comparación con la suma a fijar por el juez. A su vez, se ha dicho que procede ante el fracaso de las diligencias de incautación (RIVERA, *Instituciones*, t II, p. 269)

La resolución que dispone la clausura de este modo, debe notificarse al domicilio *ad litem* del fallido y cualquiera que sea el resultado judicial –favorable o desfavorable- de la postulación hecha por el síndico, la resolución es apelable en relación y con efecto suspensivo (art. 232, último párr., y 273 inc. 3, LCQ).

Con razón, algunos doctrinarios ⁽¹⁶⁴⁾, critican la redacción del artículo que regula la clausura por falta de activo, manifestando que da pie a varios interrogantes o cuestionamientos, cuyas respuestas no surgen de la norma, como: a) la “falta” y “la insuficiencia de activo”: ¿son lo mismo?, b) cuando la norma habla de falta de activo a título singular, ¿se refiere a un activo determinado o a cualquier activo?, c) ¿”Debe...” o “puede” declararse la clausura del art. 232 de la ley concursal si la Sindicatura no logra encontrar ‘activos...’ de la fallida que resulten ‘suficientes para satisfacer los gastos del juicio’...?, Empero, dichos cuestionamientos ya sea por la intervención jurisprudencial, por la opinión autoral o simplemente con una interpretación razonada en conformidad a la racionalidad y razonabilidad de todo el sistema concursal, se han ido dilucidando. Incluso, dichos interrogantes o términos imprecisos, como se verá, no son los únicos que se suscitan, lo cual evidencia una pobre técnica legislativa.

Así, primeramente, para interpretar y aplicar la norma debemos escudriñar que se refiere la norma cuando habla de “activo” ⁽¹⁶⁵⁾. Para ello, debemos tener presente que dicho vocablo en el lenguaje jurídico del derecho comercial y empresarial -por su íntima relación con lo contable, económico y financiero-, tiene una acepción “económica”, que comprende un concepto comercial contable ⁽¹⁶⁶⁾ y un concepto “jurídico”. El comercial contable es más amplio, ya que comprende de una manera más general en el activo el total de los valores efectivos que un comerciante tiene a su favor. Incluyéndose los bienes inmóviles o inmovilizables, el dinero efectivo, los valores negociables, las mercaderías, etc., reducibles a

realización y los costos del procedimiento (conf. JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Ley de concursos y quiebras comentada*, Lexis Nexis Depalma, Bs. As., p. 84)

⁽¹⁶⁴⁾ MARTORELL, Ernesto E. – VALERGA ARAOZ, Jorge, *Problemática concursal – penal. La ‘clausura del procedimiento (la quiebra) por falta de activo’ y su ‘presunción de fraude’ ¿posee algún efecto penal?*”, LL, 1997-D-1241 y MONTAGNA, Sanciones..., p. 69 y en *La falta de activos en la quiebra. Algunas cuestiones que complementan la norma (Nota a la ley 24522)*, ADLA, 2008, tomo LXVIII-B, 2191.

⁽¹⁶⁵⁾ Véase lo expuesto al respecto por MONTAGNA, Sanciones, p. 70/71. A su vez, para el Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001: 9. m. *Econ. Conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo, y que se reflejan en su contabilidad* (<http://lema.rae.es/drae/?val=activo>)

⁽¹⁶⁶⁾ En términos contables, el “Activo”, es uno de los grandes rubros del balance, donde se tiene volcado todo aquello que la sociedad tiene, le ingresa o le brinda un provecho o un servicio. A su vez, el mismo se distingue entre Activo corriente donde se exponen fondos efectivos, derechos y bienes disponibles a menos de un año de plazo de la fecha de cierre del ejercicio o que se espera convertir en efectivo dentro del año siguiente a la fecha de los estados contables (encontramos las cuentas caja y bancos, créditos, bienes de cambio) y el no corriente, donde se deben exponer los bienes, derechos y fondos disponibles a más de un año de plazo (cuentas: inversiones, otros créditos, bienes de uso y activos intangibles) (Conf. MUGUILLO, Roberto Alfredo. *Aspectos contables para abogados*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, p. 48/49).

dinero y de los cuales se tenga la facultad de disponer libremente. En cambio, el concepto jurídico se expresa en forma general, comprendiendo el conjunto de bienes y derechos estimables en dinero y que forman parte del patrimonio o una universalidad jurídica ⁽¹⁶⁷⁾; el cual es al que ineludiblemente debemos acudir para interpretar y aplicar la norma; o sea todo bien tangible o intangible, material o inmaterial, créditos y/o derechos titularidad del fallido que tengan una apreciación económica y que a la postre -a los efectos liquidatorios y distributivos de la quiebra- puedan ser realizables para lograr su cometido.

En cuanto a si *insuficiencia de activo* o *falta de activo* son lo mismo, en virtud tanto de la finalidad de la norma que prevé este modo de clausura como del propio objeto que tiene un procedimiento falencial en sí, estimo que a los efectos de la aplicación normativa lo son. Así, no es necesario llegar a la falta total, ya que la insuficiencia basta ya que indicia que no hay fondos o medios para obtenerlos, y por ende no cumplir con lo que la manda exige. Además, la norma se refiere a cualquier activo, ya sea un conjunto de ellos o uno singular, si falta, es insuficiente o no alcanza debe genera los mismos efectos iuris.

Para ello, la circunstancia que determinaba la aplicación del art. 233 de la ley 19.551 era la inexistencia de activo suficiente para costear el procedimiento: sus gastos y sus honorarios y no el pasivo verificado. Dicha jurisprudencia resulta aplicable frente al nuevo texto legal, es decir a la ley 24.522 –artículo 232-, que reproduce casi sustancialmente aquel texto legal (CNCom., Sala B, in re “Ferrocon S.R.L. s/ Quiebra”, sentencia del 23 de octubre de 1995. En igual sentido: CNCom., Sala B, sentencia del 15 de octubre de 2001, in re “Plaza, María Alejandra s/ Quiebra”, dictamen 86.275)

Amén de la cita de algunos extractos de pronunciamientos, es la actividad pretoriana la que se ha expedido –en cada caso concreto- a que se entiende por *activo suficiente* o no para satisfacer los denominados gastos del juicios ⁽¹⁶⁸⁾ y en su caso meritar si corresponde la clausura, siempre haciéndolo de manera prudencial y contemplando la excepcionalidad de su aplicación.

Sin perjuicio de lo expuesto, doctrinariamente se ha sostenido que la clausura del procedimiento de liquidación por falta de activo es procedente en lo siguiente supuestos: 1) ante la falta de fondos suficientes; 2) cuando el activo existente consiste en bienes carentes de valor; 3) cuando la existencia de fondos depende de créditos por juicios a iniciar y no hay fondos en autos para el pago de gastos u gestiones tendientes al cobro; 4) ante la consignación de fondos insuficientes por el fallido; y 5) cuando no hay bienes en autos ⁽¹⁶⁹⁾.

También se ha cuestionado, cuales son los “*gastos del juicio*” incluso los honorarios, en la suma que prudencialmente aprecie el juez, que refiere la norma. La jurisprudencia por lo general ha entendido que se alude al pago de edictos, notificaciones y tasa de justicia, lo que

⁽¹⁶⁷⁾ Conf. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo I, A, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1954, p. 321, voz: activo. En igual sentido: “Es el conjunto de bienes, valores o derechos apreciables en dinero que integran un patrimonio o una universalidad jurídica (GARRONE, José Alberto, *Diccionario Manual Jurídico Abeledo-Perrot*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2ª edición, reimpresión, 2003, p. 38).-

⁽¹⁶⁸⁾ Véanse los enjundiosos extractos jurisprudenciales que cita y reseña MONTAGNA, en *Sanciones...*, p. 74/86, donde menciona supuestos en los cuales se ha admitido o no la clausura por falta de activo, a los cuales me remito.

⁽¹⁶⁹⁾ ROUILLÓN, *Código...*, t. IV-B, p. 606. Citando a ARGERI, *La quiebra...*, 1980, 2ª ed., t. III, P. 135.

no deja afuera a otros eventuales posibles que hubiera habido. Es decir, todos aquellos que conforme surjan del expediente se realizaron en relación a la quiebra encontrándose los mismos a cargo del fallido (Montagna, 2011:87)

Por ejemplo, se ha sostenido que la clausura de los procedimientos de la quiebra es una medida que no corresponde hacer efectiva cuando la falta de activo para hacer frente a los gastos es total y manifiesta o bien cuando los fondos, producto de los bienes realizados o depositados, no son suficientes para sufragar el importe de las publicaciones (CNCom, Sala B, sentencia del 28 de agosto de 1964, ED, 12-169), que la clausura de los procedimientos en la quiebra debe hacerse efectiva cuando la falta de activo es total y manifiesta o cuando no existan fondos suficientes para hacer las publicaciones de ley (CNCom., Sala A, sentencia del 22 de julio de 1963, ED, 6-949) y que la norma refiere que tampoco el activo debe alcanzar para hacer frente a los *honorarios*, sin aclarar de quienes. Todo parecería indicar que a los funcionarios de la quiebra, así lo ha entendido la jurisprudencia (CNCom., Sala E, in re “Fadis Argentina S.R.L. s/ Quiebra”, sentencia del 4 de marzo de 1994)⁽¹⁷⁰⁾.

Finalmente, el último de los interrogantes que se han planteado estos autores, si bien ya ha sido expuesto anteriormente, claramente la norma refiere imperativamente que el juez “*debe*” (art. 233, LCQ), lo cual desde mi punto de vista resulta una *vexata quaestio*.

Por último, es dable destacar que quienes pretende impedir la clausura por falta de activo mediante la atención de los gastos del proceso y los honorarios, deben indefectiblemente ingresarse los fondos que ponderen necesarios para cubrir esos costos, lo cual se materializa mediante el depósito judicial del guarismo pertinente, debiéndose hacerlo en forma previa a la resolución de clausura y no siendo indispensable que los fondos sean propiedad del fallido⁽¹⁷¹⁾. Es necesario hacerlo, no basta solicitar, manifestar y/o peticionar que los mismos previamente sean presupuestados para luego consumarlo ⁽¹⁷²⁾.

3.C.c) Efectos.

Los efectos previstos por la ley parecen claros y con –a priori- severas consecuencias, ya que la clausura de este modo importa “*presunción de fraude*”, la cual es una presunción *iuris tantum*⁽¹⁷³⁾, estableciéndose que por ello el concursal juez “*debe*” comunicarla a la justicia en

⁽¹⁷⁰⁾ Sobre quién debe afrontar los mismos en caso de falta de activo, véase infra punto 3. C. d).-

⁽¹⁷¹⁾ CNCom. , Sala B, in re “Explotación S.J. S.A. s/ Quiebra”, sentencia del 22 de julio de 1991.

⁽¹⁷²⁾ CNCom. , Sala C, in re “Logica S.R.L. s/ Quiebra”, sent. Del 25 de mayo de 1987; CNCom., Sala D, in re “Carnasievich, Alfredo s/ Quiebra”, sentencia del 24 de octubre de 2002, entre otros pronunciamientos.

⁽¹⁷³⁾ Estando vigente la ley concursal antecesora se sostenía que el juez penal no necesita de tales presunciones para ejercer su jurisdicción sobre el sospechoso del delito de quiebra (TRUFFAT, *La clausura...*, LL, 1989-C, p. 1281). Asimismo, para algunos como Truffat (op. cit., p. 1282) la presunción que preveía la norma del 234 Ley 19.551 era *iuris tantum* y para otros *iure et de iure* (Bonfanti-Garrone, *Concursos y Quiebras*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1981, p. 680). JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Ley de concursos y quiebras comentada*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires. En la actualidad, en relación al art. 233 LCQ, la mayoría entiende que es una presunción *iuris tantum* (Junyent Bas-Molina Sandoval, op. cit., p. 484, Montagna, *La falta...*, p. 2196, *Sanciones*, p. 96), aunque otros consideran que la presunción de fraude no admite prueba en contrario en el procedimiento concursal (García Mratinez, *Derecho Concursal*, p. 573. Citado en FASSI-GEHART, 2004:530, p. 530, nota 2 y también Bonfanti en la obra ya citada). Esta discusión tendría sentido pero lo pierde al aceptarse como simple presunción “*hominis*” o “*iuris tantum*” (CNCom, sala B, 30/4/1974; Romano..., GP, 26/7/974), la cual –en cuanto tal- podría ser controvertida tanto en sede Mercantil como Penal (Truffat, op. cit.1282). A su vez, la jurisprudencia ha entendido una presunción *iuris tantum* (Cám. Segunda Civ.

lo penal para la instrucción del sumario e investigación pertinente ⁽¹⁷⁴⁾. Para tal cometido, se extraen las copias certificadas pertinentes o remite al juez en turno mediante las comunicaciones correspondientes, quien deberá correr vista al Ministerio Público para que si corresponde formule el correspondiente requerimiento de instrucción, aunque como se verá hubiera sido deseable que algunos tipos previstos en el Código Penal se reformaran y adecuaran a nuestros tiempos, a fin de dotar al juez de elementos legales suficientes para el debido encuadramiento normativo, que conjuguen la ley concursal vigente con la penal existente.

Existe alguna postura autoral que considera que hubiese sido deseable que el texto legal mencionare “presunción de delito” o “presunción de delito fraudulento”, dado que el fraude *per se* no autoriza la investigación penal en el supuesto de no configurarse algún tipo delictual ⁽¹⁷⁵⁾.

A su vez, la ineludible instrucción del sumario penal acarrea, en sede concursal y en lo inmediato, la imposibilidad de rehabilitación del fallido hasta tanto se dicte sobreseimiento o absolución en sede penal (art. 236, LCQ)⁽¹⁷⁶⁾.

En relación a los alcances penales del art. 233 de la ley concursal, dicha norma consagra una presunción fraude al solo efecto de fundar una denuncia ante el fuero criminal, o sea una presunción de fraude basada en la culpabilidad (dolo o culpa) como una presunción de perjuicio económico. En suma, lo que se ha pretendido en el plano o faz comercial no es cerrar la esfera punitiva del derecho penal, sino dejarla librada al criterio del acreedor que se sienta perjudicado, en lugar de instar la acción de oficio hasta las últimas consecuencias.

Siguiendo a MARTORELL y VALERGA ARAOZ (*op. cit.*, p. 1247), creemos que a la luz de los principios que rigen el derecho penal, que el juez comercial no puede dejar de sospechar la posible comisión de delito por parte del deudor fallido y por tal se le torna indefectible la obligación de denunciar ⁽¹⁷⁷⁾. En definitiva, quiere que este caso especial de falencia pase siempre por el análisis de un juez en lo penal, sin que ello implique condicionamiento alguno para éste en cuanto a la apreciación de la prueba y calificación legal de los hechos. Pero esta presunción, es solo para el juez comercial, sin mandato específico para el juez penal. Bajo ninguna circunstancia esta presunción de fraude puede ser interpretada como una presunción

y Com., Sala 1, La Plata 107450 RSD-202-7 S 18-10-2007, “Heredia, Hugo Enrique s/ Pedido de quiebra”; Juba: B256712)

⁽¹⁷⁴⁾ CONIL PAZ, Alberto A. *Conclusión de la quiebra. Según ley 24.522*, Bs As, Editorial Ábaco, p. 209.

⁽¹⁷⁵⁾ BARBIERI, *Procesos...*, p. 513, *Nuevo régimen...*, p. 449 y en *Manual...*, p. 260. En igual sentido Escuti (h) y Junyent Bas. En contra: Erbetta, *Delitos...*, p. 61. Al respecto, ¿Si la norma art. 232 nos permite desembarazarnos de un proceso carente de sentido, que finalidad puede perseguir la presunción de fraude a que alude el art. 233 siguiente? (Conf. TRUFFAT., *op. cit.*, p 1281, para la anterior ley, quien sostenía la proyección del otrora art. 234 en el ámbito penal era nula, ya que los jueces en lo criminal investigarán si se actuaron las conductas descriptas por los arts. 176, 177 y 178 del Cód. Penal.

⁽¹⁷⁶⁾ ROUILLON, *Régimen...*, 2007:339 y sgtes.

⁽¹⁷⁷⁾ Más aún si se tiene presente que por imperio legal, el juez como funcionario público que es (art. 77, Cód. Penal y ccdtes), debe denunciar si evidencia la comisión de un delito criminal (conf. art. 274 Código Penal, art. 177 inc. 1° CPPN Ley 23.984, art. 287 inc. 1° CPPBA ley 11.922). Es más, hay quienes sostienen que al síndico concursal también le cabe dicha carga legal (Conf. NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 46)

de culpabilidad penal (dolo o culpa), teniendo el juez penal plena libertad para la apreciación de la prueba y la calificación de los hechos⁽¹⁷⁸⁾.

Para un importante sector de la doctrina, al que la jurisprudencia sigue mayoritariamente, resulta indiferente la conclusión de la quiebra. Se sostiene que la calificación del sujeto activo debe coincidir con la realización de la acción típica, resultando indiferente que dicho requisito se mantenga hasta el momento de la condena; lo relevante es que el delito se haya cometido antes del cese de la quiebra⁽¹⁷⁹⁾.

Por otro lado, la vinculación e interacción que existen entre los derechos penal y mercantil en cuanto a las pruebas de hechos y de la culpa, estimamos que debe regirse por las normas generales que brindan los arts. 1102 a 1106 del Código Civil⁽¹⁸⁰⁾.

Por último, cabe destacar que la clausura del procedimiento por falta de activo no importa la conclusión de la quiebra, por lo que nada obsta a su reapertura ante el ingreso de fondos o la comprobación de la existencia de bienes⁽¹⁸¹⁾.

En cuanto a la eliminación, por parte de la actual ley concursal, de la potestad jurisdiccional de detener al fallido en los términos del art. 234 de la otrora ley concursal, se ha sostenido su acierto en virtud que la misma era objetable constitucionalmente⁽¹⁸²⁾.

3.C.d) Supuestos de aplicación. Clausura por falta de activo, cese de inhabilitación y cuestiones penales (Jurisprudencia).

Resulta atinado exponer, además de los ya mencionados, algunos interesantes pronunciamientos jurisprudenciales tanto en relación a la aplicación de la clausura por falta de activo como en casos vinculados con la misma, el cese de la inhabilitación falencial y las cuestiones penales derivadas de ello. En efecto, se pueden citar:

“Cabe rechazar el pedido de clausura del procedimiento por falta de activo si –como en el caso- existen fondos líquidos depositados para afrontar aunque sea parcialmente algún gasto, correspondiendo que el síndico utilice esa suma y cierre la cuenta abierta en la causa, porque de otro modo no queda agotada su labor” (CNCom., Sala C, 23/4/97, “Insumos Agrodel para el Campo S.A. s/ quiebra”, J.A., del 25/3/98, pág. 43).

“En el marco del proceso concursal, la determinación de la insuficiencia de activo que habrá de poner la pesada rueda procedimental de la clausura, supone entre otros recaudos que se intentó la incautación de aquel activo, que fue inventariado el localizado, y apreciado su valor de realización; y que se llevó a cabo una indagación sumaria para la localización de bienes” (CCiv.Com 1a, San Nicolás, 8141 RSD-171-6 S 4-10-2006, “Acorróni Armando Gabriel s/ Quiebra”, Juba: B857668).

“Debe decretarse la clausura en el procedimiento concursal por falta de activo si no se presento a verificar su crédito ningún acreedor de conformidad con lo prescripto por el art. 229 in fine de la ley 245222” (CCiv.Com, Sala 2, Azul 40534 RSD-88-99 S 2-9-1999, “Roldán Celminio Irineo y otra s/ Quiebra” Mag. Vot.: Galdos-Fortunato de Serradell- De Benedictis, Juba: B3100395)

“La circunstancia de haberse decretado la clausura del procedimiento por falta de activo no es motivo legalmente suficiente para prorrogar la inhabilitación prevista en el art. 236 de la ley 24.522, pues sólo el sometimiento del fallido a proceso penal es causa de la prórroga de aquella -o en su caso,

⁽¹⁷⁸⁾ En este sentido: ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, ps. 59/61.

⁽¹⁷⁹⁾ BACIGALUPO, *Insolvencia y delito*, Buenos Aires, 1967, ps. 9 y 10. Citado en CONIL PAZ, Alberto A. *Conclusión de la quiebra. Según ley 24.522*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, p. 206.

⁽¹⁸⁰⁾ Conf. MARTORELL y VALERGA ARAOZ, *Problemática...*, p. 1241.

⁽¹⁸¹⁾ CNCom., Sala D, in re “Bamako SA s/ Quiebra”, sentencia del 6 de octubre de 1995.

⁽¹⁸²⁾ ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 58/29.

de su reestablecimiento-“(CCiv.Com.1ª,Sala 2, Mar del Plata, 134242 RSI-1380-6 I 29-12-2006: “Sousa, Laura C. s/ Quiebra”, Mag. Vot.: Zampini-Font-Azpelicueta, Juba: B1404275).

“Si el plazo del art. 236 de la ley 24.522 se encontraba sobradamente cumplido a la fecha de interposición del pedido de rehabilitación formulado, procede concluir que ésta última ha cesado de pleno derecho, sin que constituya óbice la circunstancia de que se haya dispuesto la clausura del procedimiento por falta de activo, toda vez que en caso de que el Juez penal que intervenga disponga que existen los elementos suficientes para que el imputado sea sometido a proceso, la inhabilitación retomaría su vigencia, en cuyo caso duraría hasta tanto se dicte el sobreseimiento o absolucón” (CCiv.Com. 2ª, Sala 1, La Plata, 107450 RSD-202-7 S 18-10-2007, Juez Marroco (SD), Heredia, Hugo Enrique s/ Pedido de quiebra Mag. Vot.: Marroco-López Muro, Juba: B256711)

“La presunción de fraude prevista por el art. 233 de la ley 24.522 no es consecuencia de una valoración jurisdiccional, sino de una disposición del legislador extraída de la situación objetiva que provocó la clausura del procedimiento por falta de activo. Otro tanto acontece con la remisión de la causa a la Justicia penal que también impone al tribunal la citada norma, sin formular distingo alguno que permita supeditar su decisión a la valoración de las circunstancias particulares de la causa. Por su naturaleza, la presunción de fraude reviste la calidad de "iuris tantum", pues la actividad probatoria destinada a controvertirla debe desarrollarse en sede penal, donde habrá de determinarse si la insuficiencia o ausencia de activo que contempla el art. 233 de la ley concursal, es el resultado de actos fraudulentos o no dan motivo a incriminación. Es que para ostentar la calidad de presunción "iuris et de iure" haría falta una norma expresa que vedara la posibilidad de probar en contrario” (CCiv.Com. 2ª, Sala 1, La Plata, 107450 RSD-202-7 S 18-10-2007, Juez Marroco (SD), Heredia, Hugo Enrique s/ Pedido de quiebra Mag. Vot.: Marroco-López Muro; Juba: B256712)

“La demostración de que la ausencia de activos no obedece a la intención de dañar, sino a infortunios causales o, quizá, culposos, debe hacerse ante el Juez penal, dado que el magistrado concursal se limita a disponer la clausura y a comunicarla a la Justicia del Crimen. Y tal efecto presuntivo de la inexistencia de bienes tendrá virtualidad si el Juez penal halla mérito para abrir el proceso por existencia de delito; pues en caso contrario, la presunción no tendrá operatividad alguna en los hechos” (CCiv.Com. 2ª, Sala 1, La Plata, 107450 RSD-202-7 S 18-10-2007, Juez Marroco (SD), “Heredia, Hugo Enrique s/ Pedido de quiebra”, Mag. Vot.: Marroco-López Muro; Juba: B256713)

“La presunción de fraude es al solo efecto de fundar una denuncia, exclusiva para el Juez en lo comercial sin ningún mandato específico para el Juez penal, pues para este le es indiferente la presunción de fraude, ya que investigará si se actuaron las conductas descritas por los arts. 176, 177 y 178 del Código Penal y, en su caso, aplicará las sanciones pertinentes. Por ende, es menester concluir que cesando la inhabilitación de pleno derecho y estando cumplido el plazo legal (art. 236, ley 24.522), corresponde acceder al pedido de rehabilitación efectuado por el fallido, sin perjuicio de que en caso de que el Juez penal disponga que existen elementos suficientes para que aquél sea sometido a proceso la inhabilitación retome su vigencia” (CCiv.Com. 2ª, Sala 1, La Plata, 107450 RSD-202-7 S 18-10-2007, Juez Marroco (SD), “Heredia, Hugo Enrique s/ Pedido de quiebra” Mag. Vot.: Marroco-López Muro, Juba: B256714)

“El artículo 236 de la ley 24.522 es claro al establecer que la inhabilitación del fallido "cesa del pleno derecho" al año de la fecha de la sentencia de quiebra, aunque la inhabilitación puede ser prorrogada o retome su vigencia si el fallido "es sometido a proceso penal", en caso de que el Juez de ese fuero así lo disponga en la denuncia efectuada por el magistrado del concurso” (CCiv.Com. 2ª, Sala 1, La Plata, 107450 RSD-202-7 S 18-10-2007, Juez Marroco (SD), “Heredia, Hugo Enrique s/ Pedido de quiebra”, Mag. Vot.: Marroco-López Muro, Juba: B256709)

“La inexistencia de activo informada por el Síndico en el informe general o la posible clausura del proceso por falta de activo implica el sometimiento del fallido a proceso penal, pero no es motivo

legal suficiente para prorrogar la inhabilitación” (CCiv.Com. 2ª, Sala 1, La Plata, 107450 RSD-202-7 S 18-10-2007, Juez Marroco (SD), “Heredia, Hugo Enrique s/ Pedido de quiebra”, Mag. Vot. Marroco-López Muro; Juba: B256710).

“La circunstancia de haberse decretado la clausura del procedimiento por falta de activo no resulta suficiente para prorrogar la inhabilitación cuando el fallido no se encuentra sometido a un proceso penal por presunta insolvencia fraudulenta” (CCiv.Com., Mar del Plata, sala II, 2005/12/29.- Sousa, Laura C. s/ quiebra – LLBA 2006 (agosto), 948 – Sup. CyQ 2006 (setiembre), 44, con nota de Javier E. Fernandez Moores. Citado en ROUILLON, Código..., t. IV-B, p. 611).

3.C.d) Las denominadas “quiebras sin activo” o “quiebras de papel” y el pago de las costas.

Relacionado íntimamente con la clausura del procedimiento por falta de activo, y los gastos que se deben atender para evitar su dictado, resulta interesante la problemática que se suscita en relación a la cuestión atinente a las costas del proceso en las denominadas “*quiebras sin activo*” o “*quiebras de papel*”⁽¹⁸³⁾, especialmente ante la ausencia de norma que prevea la responsabilidad en el pago de las mismas para el acreedor peticionante de la falencia.

Al respecto, cabe recordar que en cuanto a las costas del pedido de la quiebra rechazado, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, existe el criterio general que “... *no corresponde imponer las costas al actor cuando el demandado citado a dar explicaciones consigna en pago el importe del crédito cuyo incumplimiento es invocado como evidencia de la cesación de pagos motivándose así el rechazo del pedido de quiebra...*” (CNCom., en pleno, Junio 29 1982. - Pombo, Manuel, ED, 99-621). A su vez, en reiteradas causas, se rechazó el pedido del síndico que recaiga sobre el acreedor peticionante⁽¹⁸⁴⁾.

Ello, revela que en principio, conforme surge de la actividad pretoriana, el acreedor peticionante de una quiebra sólo debería cargar con las costas en forma excepcional, verbigracia en casos como cuando en realidad no ha existido incumplimiento por parte del deudor, sino que hubo falta de legitimación en los documentos acompañados al pedir la quiebra: (CNCom., Sala B, Agosto 8, 1977, Manufactura Lanera Neuquén, SA, Quiebra) o en supuestos poco usuales como cuando el acreedor hizo decretar la quiebra de su presunto deudor pero no resultó verificado como acreedor y posteriormente la quiebra concluye por inexistencia de acreedores (CNCom., Sala A, mayo 22-1991, ED, 147-301).

⁽¹⁸³⁾ Lo cual no resulta ser un fenómeno inusual en la práctica tribunalicia diaria. Así, si bien no se cuenta con información más actualizada, hacia el año 1999, según una estadística formulada por la Comisión de Actuación en Procesos Concursales del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires, elaborada sobre la base de 572 causas pertenecientes a síndicos clase “B”, en un 65% de los casos de quiebras existió clausura por falta de activo. (conf. LAULETTA, Daniel, *Las Costas del Proceso en las Quiebras Sin Activo*, ponencia en el XXXVIº Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, 5 y 6 de diciembre de 2002, publicado en www.quiebras-concursos.com.ar). Por otro lado, si bien no hay estadísticas o informes oficiales, según lo informado por un reconocido Síndico que ejerce sus funciones en el ámbito de la Prov. de Buenos Aires, estima que actualmente entre un 20 y 30% de las quiebras se clausuran sin activo.

⁽¹⁸⁴⁾ CNCom., Sala B, in re “Seibel, Alberto Ricardo s/ Quiebra”, sentencia del 25 de noviembre de 1998; CNCom., Sala E, in re “Polibags SRL s/ Quiebra”, del 4/12/1998; CNCom., Sala B, in re “Maclar Ascensores S.R.L. s/ Quiebra”, sentencia del 11/Mar./2.003; CNCom., Sala B, in re “Chapur, Roberto Jorge s/ Quiebra”, sentencia del 16/jul./1999.

De lo expuesto, se puede concluir, que acreditada la existencia de la deuda, las costas le son imputables al deudor, por haber provocado con su incumplimiento la apertura del proceso falencial. Empero existen disparidad de criterios sobre quién debe afrontarlos ya que algunos pronunciamientos que tal premisa no fue seguida.

En efecto, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, mediante sentencia de fecha 11 de abril de 1.997⁽¹⁸⁵⁾ resolvió que “... cuando el procedimiento se ha clausurado por falta de activo, la cancelación de los honorarios del síndico recae sobre el acreedor peticionante del concurso ...dijimos supra que ha sido la falta de activo la que dio origen a la clausura del procedimiento, pero esta circunstancia no puede dañar a quien desarrollando su labor (función pública) como quedó dicho, es por ello que careciendo el concursado de bienes, esta Sala tiene posición tomada en el sentido de que ello le corresponde al acreedor peticionante del concurso, o sea al Banco de Crédito Liniers S.A., ello sin perjuicio del derecho de dicho acreedor de repetir contra el concursado Gasparini...”.

Como vemos, en este caso el peticionante fue un banco, o sea quien mantenía una previa relación de negocios con el deudor, quien además por su calificada profesionalidad se encuentra a conocer de manera continua y actualizada la situación económica de sus deudores, ergo en este tipo de supuestos resultó razonable hacer cargo de las costas y gastos del proceso de la quiebra sin bienes al acreedor solicitantes, más aún cuando muchas veces las entidades bancarias lo efectúan a los efectos de registrar quebrantos, lo cual no resulta justo poner en marcha un mecanismo jurisdiccional, y la actividad de funcionarios y otros profesionales a sabiendas que el objeto del proceso resultará en vano.

Asimismo, en este sentido, la Cámara Segunda de Apelación Civil y Comercial Sala Primera de La Plata 24/8/2006, causa 96.729, reg. Sentencia n° 188/06, in re “Admitax S.R.L. s/ Quiebra”, Juzgado N° 1, con votos de los Dres. Marroco y Bissio, resolvió que en la conclusión de la quiebra por falta de activo el síndico se encuentra facultado para reclamar sus honorarios al único acreedor que pidió la quiebra, sin perjuicio del derecho que le cabe de repetir contra el concursado, lo cual resulta parece justo ya que permite percibir al funcionario concursal actuante la labor efectivamente desempeñada ⁽¹⁸⁶⁾.

3. D. LA INTERDICCIÓN O PROHIBICIÓN DE SALIDA AL EXTERIOR.

La interdicción de viaje al exterior sin previa y especial autorización, dispuesta en el art. 103 de la Ley 24.522, si bien tiene un aspecto sancionatorio, en realidad es más una incomodidad que una sanción en sí, la cual tiende su fundamento en asegurar la presencia del fallido, sus representantes, sus administradores y también de socios con responsabilidad ilimitada en caso de ser una sociedad la fallida, a fin de hacer posible el deber de colaboración impuesto en el art. 102 LCQ que se abordará infra. Prestigiosa doctrina entendió que en la aplicación de la ley antecesora, resultaba más como una sanción que como instrumento de

⁽¹⁸⁵⁾ Cám. Civ. y Com., San Isidro, in re “Gasparini, Jorge Sixto s/ Concurso civil”, ED 26.5.98, f° 48622.

⁽¹⁸⁶⁾ Sobre el tema amplíese en: RIBERA, Carlos Enrique, *Los honorarios del síndico ante la falta de activo en la quiebra*, ED, t. 177, p. 459 y sgtes. y ARGERI, Saúl, *Situación económica-jurídica del síndico en el caso de clausura del procedimiento de quiebra por falta de activo*, LL, t. 1978-D, p. 1272.

cooperación (RIVERA, *Instituciones*, t. I, 85) aunque su incumplimiento acarrearba su arresto (art. 107, cuarto párrafo, Ley 19.551) ⁽¹⁸⁷⁾.

Tal exigencia, se funda en el deber de residencia del fallido y sus administradores en el lugar donde tramita el proceso concursal, no pudiendo viajar al exterior sin previa autorización del Tribunal. Además, se ha sostenido que se trata de una medida cautelar que, si bien referente a personas, tiende a facilitar el regular desenvolvimiento del proceso concursal y, por ende, sus resultados, así como para asegurar, en su caso, la eventual aplicación de sanciones penales⁽¹⁸⁸⁾.

En particular esta prohibición rige hasta la fecha en que deba ser presentado el informe general por la sindicatura, plazo que puede ser ampliado por el juez hasta seis meses más por resolución fundada ⁽¹⁸⁹⁾. Luego de superados esos plazos, el interesado puede pedir el levantamiento definitivo de la medida.

Al respecto, pretorianamente se ha sostenido que “*Luego de la presentación del informe general, la prohibición de salir del país para el fallido y sus administradores, es excepcional (art. 103 ley 24.522) y debe decidirla el juez por resolución fundada, dados los principios constitucionales en juego (art. 14 Constitución Nacional; art. 22 Constitución Provincial). Ello así no aparece cumplimentada tal exigencia por el juzgador si éste denegó tal salida aludiendo al estado de la causa, no aportó fundamentos ni aparece una razón ponderable, refiriéndose el síndico, para más, en forma escueta y genérica al intento de venta de acciones sociales sin que al presente y pasados dos meses, se tenga noticias concretas sobre el particular*” ⁽¹⁹⁰⁾ y que “*En esta materia, las facultades judiciales deben ser ejercidas con suma prudencia, por estar en juego el derecho constitucional a entrar y salir del país*” ⁽¹⁹¹⁾.

Por último, cabe mencionar que esta previsión legislativa, al igual que la prevista por la ley concursal antecesora, han sido cuestionadas, incluso su constitucionalidad e inconventionalidad, en virtud que lesiona el derecho que toda persona tiene a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio (art. 14 Constitución Nacional y art. 22 inc. 2 del Pacto de San José de Costa Rica)⁽¹⁹²⁾.

⁽¹⁸⁷⁾ Al respecto, el más encumbrado Tribunal bonaerense sostenía: “El arresto contemplado por el art. 107 de la llamada ley 19.551 no puede aplicarse sin previa audiencia del concursado” (SCBA, Ac 38411 S 22-12-1987, Juez San Martín (SD), “Pieza separada. Interdicción salida del país.art.107, ley 19551, en autos Novo, Manuel hoy su quiebra s/ NO”, AyS 1987-V-406, Mag. Vot.: San Martín - Laborde - Cavagna Martínez - Negri – Vivanco, Trib. De origen CCiv.Com. Azul, Juba: B11168)

⁽¹⁸⁸⁾ CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la Quiebra*, Buenos Aires, 1982m t. I, p. 481.

⁽¹⁸⁹⁾ CCiv.Com. de Pergamino, C 3770 RSI-82-4 I 2-4-2004, “Kehoe S.A. s/ Quiebra”, Mag.vot.: Levato-Gesteira-Ipiña; Juba: B2801695.

⁽¹⁹⁰⁾ CCiv.Com, 1ª, de San Nicolás, 970863 RSI-656-97 I 29-12-1997, “Calisprener de Denanas R., c/ Garibaldi Jorge M. y otros s/ Daños y perjuicios”, Mag. Vot.: Civilotti-Rivero de Knezovich-Maggi, Juba: B855015.

⁽¹⁹¹⁾ CCiv. y Com., Sala 1, Lomas de Zamora, 68249 RSI-259-10 I 23-9-2010, “Salomón y Cía S.R.L c/ no s/ Quiebra”, Juba: B2551573.

⁽¹⁹²⁾ Véase: MONTAGNA, *Sanciones*, p. 65; BARBIERI, Pablo C.: “*La interdicción de salida del país del fallido, a la luz de la nueva ley concursal*” (Comentario a fallo), en *La Ley* 09.02.96, p.4 (LL, 1996-A 366). Al respecto, existen pronunciamientos que han sostenido que: “La interdicción, dentro de los plazos y previsiones legales es constitucional, por “tener naturaleza cautelar, basada en el interés concursal informativo, fundada en pautas de índole abstracta, genérica e hipotética, pero vencido el plazo máximo indicado no existe fundamento legal alguno para prorrogar la interdicción de salir del país por mayor tiempo” (CCiv.Com., Lomas de Zamora, 68249 RSI-

3. E. DEMÁS SANCIONES PREVISTAS EN LA LEY CONCURSAL.

Por otro lado, existen otras “sanciones” previstas en la ley concursal, como dijéramos de segundo grado u orden de relevancia, entre las cuales se encuentran:

3.E.a) Desapoderamiento. El cual reviste un efecto típico de la declaración de la quiebra, siendo el efecto patrimonial más importante. Consiste en la pérdida del deudor fallido de la administración y disposición de sus bienes, siendo esta tarea a cargo del síndico (¹⁹³), quedando sometido personal y patrimonialmente a las resultas del proceso falencial (arts. 107 a 109, LCQ). Existen bienes exceptuados al desapoderamiento (v.gr. bienes inembargables, entre los otros supuestos del art. 108 LCQ), y a su vez, el fallido podrá administrar los bienes propios del cónyuge, aceptar o repudiar herencias, legadas y donaciones, con las salvedades de los arts. 111, 112 y 113 de la ley 24.522.

Si bien por su naturaleza puede escapar al concepto de sanción propiamente dicha, ello al igual que la prohibición de hacer pagos al fallido (inc. 5 del art. 88), o la entrega de libros de comercio, etcétera, debe ser incluida entre los aspectos sancionatorios de la quiebra. 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 del 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, etcétera) (Conf. Montagna, *Sanciones*, p. 48).

3.E.b) Intercepción de correspondencia. El art. 88 inciso 6 del de la ley 24.522 establece que la correspondencia del fallido debe ser interceptada y entregada al síndico. La misma, quizás era adecuada para algún tiempo atrás, aunque también un tanto inocente, pudiendo generar más bien alguna incomodidad al fallido que algún tipo de beneficio para la masa de acreedores. Esta sanción con la aparición del correo electrónico y otros medios de comunicación, evidencian que esta sanción ha quedado obsoleta, por lo cual debería ser adecuada a los nuevos tiempos.

3.E.c) Legitimación procesal. El artículo 110 de la ley 24.522 establece que el fallido pierde su legitimación procesal en todo litigio referido a los bienes desapoderados, no con respecto a los que no sean objeto de ellos, siendo reemplazados en ellos por el síndico.

En efecto, la legitimación *ad processum* del deudor es plena en todo el proceso concursal, sin embargo pierde la legitimación en la causa en aquéllas actuaciones referidas a los bienes desapoderados en la quiebra (art. 110 LCQ) (¹⁹⁴). Así, entre los efectos típicos de la

259-10 I 23-9-2010, “Salomón y Cía S.R.L c/ no s/ Quiebra”, Mag.Vot.: Taberner-Rodriguez Herlein, Juba: B2551571).

(¹⁹³) Se ha dicho que una característica estructural del proceso de quiebra es la indisponibilidad jurídica y material que constituye el medio con el cual se afecta el patrimonio cesante y su administración por el síndico” (Conf. PAJARDI, Piero, *Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ábaco, 1991, p. 117).

(¹⁹⁴) Conf. GRAZIBLE, Darío J., *La legitimación del fallido*, LA LEY-2008-C, p. 1219. En efecto, se ha admitido la legitimación de la fallida en el proceso limitada al marco del art. 110 LCQ (CSJN, Fallos 329:5234, “Cakimún S.A. c/ Procter y Gamble S.A. s/ ordinario”, 21/Nov./2006).

declaración de quiebra se halla la pérdida de legitimación procesal del fallido para intervenir en todo litigio referido a los bienes desapoderados, debiendo actuar en su lugar el síndico designado, principio consagrado en el artículo 110 de la Ley 24.522 ⁽¹⁹⁵⁾.

Esta norma limita la pérdida de la legitimación a aquellos juicios donde se encuentran interesadas cuestiones atinentes a los bienes desapoderados y, en consecuencia, el fallido tiene plena legitimación en todo lo relativo a la determinación de la masa pasiva, pudiendo hacerse parte en los incidentes de revisión y de verificación tardía⁽¹⁹⁶⁾.

Al respecto, ante la pérdida de legitimación de los fallidos a partir de la declaración de quiebra, la actividad pretoriana ha sostenido que cesa la legitimación de los mismos para celebrar asambleas, máxime cuando en las sociedades estaban integradas sólo por los cónyuges declarados cesantes, siendo éstos titulares del cien por ciento de las acciones que representaban el patrimonio social ⁽¹⁹⁷⁾, que por ello corresponde declarar mal concedidos los recursos extraordinarios deducidos por el letrado apoderado del fallido con posterioridad a la fecha de la quiebra ⁽¹⁹⁸⁾, que carece de legitimación procesal para actuar en el incidente de liquidación de bienes ⁽¹⁹⁹⁾ y que la carga de las costas no autoriza a excepcionar el principio general del art. 110 de la ley 24.522 desde que la evaluación acerca de la conveniencia o no de apelar tal aspecto parcial del pronunciamiento judicial corresponde en forma excluyente al órgano que representa a la masa, ello es la Sindicatura⁽²⁰⁰⁾.

Empero, sin perjuicio de la pérdida de legitimación *ad procesum* mencionada, en un procedimiento de concurso especial (conf. art. 209, LCQ) en el que el síndico interviniente como funcionario de la quiebra no contestó la vista o traslado conferido en el trámite del mismo, correctamente se ha resuelto que queda ampliada la legitimación al fallido y se ha admitido su participación en el trámite ⁽²⁰¹⁾, ello en debido resguardo del preciado derecho de defensa del fallido.

3.E.d) Incautación de bienes, libros, documentación. Por imperio del art. 177 de la ley concursal, en forma inmediata al auto de quiebra se procede a incautar los bienes muebles y papeles del fallido. Este procedimiento también es típico en la quiebra y supone una desposesión, o sea la materialización del desapoderamiento. Se concreta en el acto de colocación de fajas de clausura en las oficinas del fallido, en la entrega de bienes al síndico

⁽¹⁹⁵⁾ CCiv.Com., Sala 1, de Quilmes, 12972 RSI-13-11 I 22-2-2011, "Banco Supervielle SA c/ Baletka, Eduardo y otro s/ Incidente civil en autos "Banco Supervielle SA c/ Baletka y otro s/ ejecución hipotecaria", Juba: B2904917.

⁽¹⁹⁶⁾ SCBA, C 94090 S 16-2-2011, "Fiscalía de Estado de la Provincia de buenos Aires s/ Incidente de verificación en autos "Garófalo, Alfredo s/ concurso preventivo", Juba: B33980.

⁽¹⁹⁷⁾ SCBA, C 95794 S 17-12-2008, "Schneir, Ariel s/ Quiebra indirecta", Juba: B30399.

⁽¹⁹⁸⁾ SCBA, L 102320 S 13-7-2011, "Ginobili, Daniel Horacio c/ Dos Muñecos S.A.C.I.F. y otra s/ Indemnización por despido", Juba: B54869. En igual sentido: SCBA, AC 87764 I 24-9-2003, "Maassen, Gustavo L. y ot. s/ Concurso preventivo (hoy quiebra). Rec. de queja", Juba: B37484; SCBA, L 78331 S 14-3-2001, "Galeano, Carlos M. c/ Iannone, Conrado y ot. s/ Haberes, indemnización por despido, etc.", Juba: B46495.

⁽¹⁹⁹⁾ CCiv.Com, 2ª, Sala 1, B 83334 RSD-356-97 S 19-12-1997, "Idigoras, Ricardo Gregorio s/ Incidente de liquidación de bienes", Mag. Vot.: Crespi-Sosa, Juba: B252522.

⁽²⁰⁰⁾ CCiv.Com. Pergamino, C 2162 RSI-294-96 I 28-11-1996, "Bourda y Pedrini S. R. L. c/ Siele, Ricardo s/ Recurso de queja", Mag. Vot.: Ipiña-Levato, Juba: B2800926.

⁽²⁰¹⁾ CCiv.Com. 1ª, Sala 3 de La Plata, 243299 RSD-273-6 S 24-10-2006, "Dominguez, Norma Susana y otros s/ Incidente concurso especial", Mag. Vot. Pérez Crocco-Lavié. Juba: B202515.

quien actúa como depositario judicial de los mismos, etcétera, estando exceptuados de la incautación, los bienes imprescindibles para la subsistencia del fallido y su familia por razones de humanidad.

3.E.e) Inhibición general de bienes. La sentencia de quiebra debe contener –conf. Art. 88, inc. 2° LCQ- la orden de anotar la quiebra, así como la inhibición general de bienes en los Registros respectivos, debiendo indicar la misma en cuales. Normalmente duran cinco años, y en general se anotan en los Registros de la Propiedad y del Automotor, por tratarse de bienes registrables e implican la indisponibilidad absoluta de dichos bienes por el fallido, o sea transferir, modificar o gravar bienes registrables o derechos reales sobre ellos.

En sí, es una medida una medida cautelar, no una sanción, por la cual se inmoviliza los activos falenciales en pos de facilitar la tarea de incautación y liquidación, por la cual se implementa el desapoderamiento del deudor ⁽²⁰²⁾ e impide al fallido de bien alguno. La misma se ha conceptualizado como “la interdicción de vender o gravar, genéricamente, cualquier cosa, inmueble o mueble registrable de que el deudor pueda ser propietario en el momento de anotarse la medida, o que adquiera con posterioridad” ⁽²⁰³⁾. Es una medida prevista en los códigos de procedimientos, tendiente a proteger al acreedor estableciendo un régimen que impide al deudor “la disposición de derechos sobre los bienes cuyo dominio conste en registros públicos y por tanto a pesar de la amplitud del concepto, sólo se aplica a los bienes inmuebles, muebles registrables y a los derechos reales sobre ellos” ⁽²⁰⁴⁾, agregando los autores que “no es una medida contra la persona, sino una limitación de la facultad de disponer de ciertos bienes” y que “también comprende otros bienes que cuentan con una forma específica de registración (fondo de comercio, depósitos bancarios, automotores, prenda con registro, etcétera”)), citando un fallo de la CNCiv, Sala C, 20/09/83; ED, 108-450 y LL, 1984-B-57.

En la práctica, como medida cautelar que es, al encontrarse en un estado falencial que denota un incumplimiento generalizado parece inoperante. Más aún cuando al no existir un registro nacional de bienes registrables inmuebles resulta ineficaz la inscripción de la citada medida, en especial a la práctica tribunalicia donde en la mayoría de los casos se ordena toma de razón en los registros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos

⁽²⁰²⁾ Conf. JUNYENT BAS, Francisco – MUSSO, Carolina, *La medidas cautelares en los procesos concursales*, Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2.005, p. 62. Estos autores, sostienen que su propio nombre (inhibición de bienes) denota la confusión del legislador. En efecto, la inhibición es una medida cautelar de *carácter personal y general* que afecta a todo el patrimonio sin individualización de bien alguno. Por el contrario, la medida cautelar sobre los bienes implica *una indisponibilidad general*, sean bienes registrables o no (págs. 62/63).

⁽²⁰³⁾ PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, 2ª edición actualizada por Carlos Enrique Camps, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, t. VIII, p. 125. La inhibición general de bienes reviste el carácter de una medida cautelar que impide la disposición de derechos sobre bienes inmuebles o registrables y que inmoviliza el patrimonio desde ese vértice (Podetti, *Tratado de las medidas cautelares*, p. 225 y 232, n° 78 y 81) (Cám. 1ª, Apelaciones Bahía Blanca, La Ley, v. 142, p. 122; Jurisp. Arg., 1971, v. 10, p. 646) Citado en MORELLO, Augusto M. – SOSA, Gualberto Lucas – BERIZONCE, Roberto O., *Códigos procesales...*, t. II-C, 2ª edición reelaborada y ampliada, LEP-Abeledo Perrot, 1996, p. 921.

⁽²⁰⁴⁾ FASSI, Santiago C. y YAÑEZ, César D.; “*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*”; T: 2; 3ª Edición; Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; Bs. As. 1989; Pág. 177.

Aires. Cuestión especial, mereció su levantamiento en caso de rehabilitación, lo cual ya fue expuesto oportunamente.

3.E.f) Actos ineficaces. Extensión de la quiebra. Responsabilidad de terceros. La ley concursal contiene un elenco de sanciones a raíz de lo que entiende por actos perjudiciales para los acreedores del quebrado. Al respecto, en la Sección III –Período de sospecha y efectos sobre los actos perjudiciales a los acreedores- del Capítulo II de efectos de la quiebra (arts. 115 al 124, LCQ) aborda la cuestión. En efecto, luego de la fijación de la fecha inicial del estado de cesación de pagos, que requiere un procedimiento especial (art. 115 y sgtes. de la ley) surge un efecto trascendente en los procesos de quiebra: la determinación del período de sospecha: que tiene un plazo máximo de retroacción de dos años hacia atrás contados a partir de la sentencia de quiebra. Esto quiere decir que los actos celebrados por el fallido durante ese lapso de tiempo están “sospechados” de haber sido efectuados en perjuicio a sus acreedores, por tanto pueden ser *revocados* de pleno derecho por el magistrado o por una acción que tramita por cuerda separada, de acuerdo a la naturaleza del acto reprochado de ineficacia. Este tipo de ineficacia redundará en beneficio de la masa concursal.

Empero, esta suerte de sanciones pesan más sobre el tercero que consuma dichos actos con el fallido que sobre el propio fallido, por lo que excede el marco abordado en este trabajo. Ello, al igual que la Extensión de la quiebra (arts. 160 a 171, LCQ) y Responsabilidad de terceros (arts. 173 a 176, LCQ).

3.E.g) Deber de cooperación:

Sin perjuicio que no resulta propiamente una sanción y es mencionada por la ley concursal como un “efecto personal” del fallido, merece destacarse el deber de cooperación que debe velar todo quebrado (conf. Art. 102, LCQ), el cual no es una carga sino una obligación, o en su caso los representantes y administradores de la sociedad; ello en virtud de la incidencia e importancia que su buen y efectivo uso podría tener en el desarrollo del proceso falencial por un lado, y por otro debido a las consecuencias que se prevén en caso de incumplimiento ya que puede ordenarse su concurrencia por intermedio de la fuerza pública si mediare inasistencia. Lo cual, es de menor severidad en parangón con la ley concursal antecesora que preveía su arresto en caso de incumplimiento (art. 107, Ley 19.551). Por lo expuesto, en rigor de verdad la norma legal actual resulta una fórmula amplia, laxa y flexible, la cual obviamente tiene como límite el preciado derecho constitucional del fallido de no declarar contra sí mismo (Art. 18, Ley Fundamental).

4. OTRAS SANCIONES PREVISTAS EN EL PLEXO NORMATIVO:

Corroborando la “*dispersión*” antes mencionada en torno a las sanciones o inhabilitaciones a los quebrados, cabe mencionar que en otras leyes además de la concursal se afecta al fallido, quien por inhabilidad falimentaria no podrá ser entre otros, administrador de bienes de hijos menores (art. 331, Cód. Civ.), tutor (art. 398 inc. 5° Cód. Civ.)⁽²⁰⁵⁾, curador (art. 475 Cód. Civ.), albacea (art. 3.864 Cód. Civ.), ni testigo en instrumentos públicos (art. 990 Cód. Civ.), escribano (art. 14 ley 12.990 –Adla, VII-302-), corredor (art. 88 bis inc. b y 114 C. Com.), martillero (art. 2° inc. b ley 20.266 –Adla, XXXIII-B, 1384-), agente de bolsa

⁽²⁰⁵⁾ El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2.012, recientemente aprobado, en el art. 110 dispone: Artículo 110.- “*Personas excluidas. No pueden ser tutores las personas: (...) b) quebradas no rehabilitadas...*”

(art. 42 inc. a ley 17.811 –Adla XXXVIII-B, 1979-), despachante de aduana (art. 12 inc. b ley 17.415 –Adla, XXVII-A,72), agente de transporte aduanero (art. 58 C.A.), apoderado general de auxiliares aduaneros (art. 76 C.A.), importador o exportador (art. 94 C.A.), fiduciario de los debenturistas (art. 342 LS), agente marítimo (art. 116 inc. b ley 20.094 –Adla, XXXIII-A, 170-), productor de seguros (art. 8° inc. b ley 22.400 –Adla, XLI-A,161-). Tampoco el fallido podrá ser parte de la administración pública (art. 8° ley 22.140 –Adla, XL-A,21-, art.4 ley 22.091-Adla, XXXIX-D, 3619-, art. 5 dec. 618/97 –Adla, LVII-C, 3045-, entre otras), del Poder Judicial (Reglamento de Justicia Nacional), o Legislativo (ley 24600 –Adla, LVI-A, 13), contratar con el Estado Nacional (art. 31 inc. c dec 1547/99 –Adla, LX-A, 153-), participar de las fuerzas de seguridad (art. 5° inc. 6° ley 20.329, art. 9° dec. 6581/58 –Adla, XVIII-B, 1075-), ser parte del servicio diplomático nacional (art. 25 inc. d ley 20.957 –Adla, XXX-B, 1379-) y cuando sea considerado fraudulento –ahora penalmente- no podrá ejercer cargos políticos (art. 8 ley 346 –ley 19.945-) (Adla, 1852-1880, 906; XXXII-D, 5166) ni adquirir la ciudadanía argentina (art. 3° 2° parte, inc. b) dec. 3213/84 –Adla, XLIV-D, 3898-).

A su vez, en el ámbito del derecho público municipal, en la Provincia de Buenos Aires, en la *Ley Orgánica de las Municipalidades* (Decreto-Ley 6769/58 y demás normas modificatorias), prevé en que para la integración de la Asamblea de Concejales y Mayores Contribuyentes a los fines del art. 193, incisos 2° y 3° de la Constitución Provincial (para todo aumento o creación de impuestos o contribución de mejoras y la autorización de empréstito alguno sobre el crédito general de la Municipalidad), la misma no podrán inscribirse los quebrados y concursados civiles (conf. art. 94 inc. c, texto según ley 5.887).

En lo que respecta a la profesión abogadil, en el ámbito de la Justicia Nacional la Ley 23.187 (B.O. del 28-jun-1985, n° 25707) prevé como sanción disciplinaria a aquellos que tengan calificación de conducta fraudulenta en concurso comercial o civil, mientras no sean rehabilitados (art. 44 inc. b) y en la Provincia de Buenos Aires, la Ley 5.177 (t.o. por Dec. 2885/01 con las modificaciones introducidas por la Ley 13.419) prevé que no podrán inscribirse en la matrícula y corresponderá la exclusión de la misma de los fallidos, hasta su rehabilitación (art. 2°, inc. 2).

Además el fallido pierde la administración de los hijos menores (art. 301 Código Civil)⁽²⁰⁶⁾, el art. 1735 inciso 4 del Código Civil prevé la exclusión de algún socio de la sociedad por insolvencia (tomando la insolvencia como sinónimo de quiebra) y el art. 3.864 del Código Civil prevé la posibilidad que los herederos de pedir la destitución del albacea por “haber quebrado en sus negocios”⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁶⁾ El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2.012, recientemente aprobado, al abordar el régimen de Representación, disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad, en el art. 694, se establece: “*Pérdida de la administración.(...)El juez puede declarar la pérdida de la administración en los casos de concurso o quiebra del progenitor que administra los bienes del hijo*”. A su vez, el anteproyecto en el art. 163 prevé entre el elenco de causales por las cuales termina la existencia de la persona jurídica: “...e) *la quiebra, excepto lo que prevea la ley especial*; y entre la legislación complementaria que deroga o sustituye, prevé en el art. 37 la sustitución del art. 94 de la Ley N° 19.550, T.O. 1984, estipulando: “*Disolución: causas. La sociedad se disuelve: (...) 6) por declaración en quiebra; la disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o se dispone la conversión...*”.

⁽²⁰⁷⁾ Citados en MONTAGNA, *Sanciones*, p. 48/50.

Asimismo, origina incompatibilidades de orden político: a) carece de potestad de emitir voto, y eventualmente, para tener cargos representativos; b) no pueden obtener ciudadanía por adopción ni aún actuando como partícipe de delito y transcurrido el término de prescripción de la pena.

En definitiva, la quiebra producirá tantas inhabilidades como normas extraconcursoales lo determinen ⁽²⁰⁸⁾, lo cual debido a la conocida “inflación legislativa” existente en estas épocas puede ocasionar inconvenientes al contradecir incluso el propio sistema sancionatorio concursal que impera en la actualidad.

Por último, paradigmática resulta ser, por resultar de algún modo regresivo ya que no resulta razonable ni congruente con la evolución y el estado actual del Derecho Concursal, la sanción administrativa dispuesta sobre una empleada pública -agente del Poder Judicial de Córdoba- por haber solicitado su propia quiebra, y por la cual el Tribunal Superior de Córdoba dispuso su cesantía⁽²⁰⁹⁾.

5. CRÍTICAS AL SISTEMA ACTUAL. REFLEXIONES. POSIBLES REFORMAS.

Como se expuso, la ley 24.522 en lo que respecta a los aspectos sancionatorios en la faz comercial, tomando un requerimiento largamente procurado por parte de la doctrina, la jurisprudencia y advirtiendo la evolución declinante del instituto en la práctica, eliminó la calificación de conducta, estableciendo como sanción una inhabilitación automática y objetiva –de dudosa o cuestionable constitucionalidad- por el solo y mero hecho de la quiebra, de corta duración, anual, aunque prorrogable si hubiere sospecha de haberse cometido ilícitos penales ⁽²¹⁰⁾.

⁽²⁰⁸⁾ Conf. MAFFIA, Osvaldo J., “La ley de concursos cometada”, Lexis Nexis-Depalma, 2003, t. II, p. 229. Citado en GRAZIBLE, op. cit., p. 2.

⁽²⁰⁹⁾ TSJ Córdoba, en pleno, 2010/03/02, “A.Z.G.R.”, ello “...al verse imposibilitado de saldar sus deudas, pues al comprometer sus finanzas personales irreflexiva e irresponsablemente, contrayendo obligaciones dinerarias excesivas, con cabal conocimiento de que no podría afrontar esos compromisos sólo con sus ingresos provenientes de sus haberes, incurrió en una falta grave al decoro que debe guardar como integrante de la Administración Pública...”. Fallo, relacionado a las denominadas “quiebras de consumidores”, y que valió la crítica de parte de la doctrina, como: ANCHAVAL, Hugo Alberto, “La quiebra de los empleados públicos”, LL, Sup. CyQ 2010 (agosto), p. 53, LL2010-E, 26, “Los hombres no lloran y los empleados públicos no quiebran: propósito de A. Z. G. R. s/quiebra propia simple”, Doctrina Semanario Jurídico nro. 1769, 12/8/2010, p. 217; CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo, “Sanciones al trabajador fallido por el hecho mismo de quebrar”, DCCyE, año 1, n° 1, septiembre de 2010, p. 39; JUNYENT BAS, Francisco, “El empleado público “sobreendeudado” y la pérdida de la fuente de trabajo”, LL, 2010-B, 1264, entre otros.

⁽²¹⁰⁾ La Dra. Patricia FERRER, en Comentarios al Proyecto de Reforma elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia y Proyecto presentado por el Ministerio de Economía, 2006, www.jursoc.unlp.edu.ar, oportunamente en relación a los arts. 234 a 238 LCQ refirió: “Las reformas propuestas no morigeran la iniquidad que importa la casi inmediata rehabilitación del fallido, sin que exista pago total, transfiriendo a la justicia penal la posibilidad de extender tal inhabilitación, fuero que tradicionalmente no ha tratado con la dureza necesaria los delitos cometidos por los quebrados. El proceso de quiebra se ha convertido en un verdadero negocio en el que resultan favorecidos el deudor y los acreedores con cierta gravitación, tales como los acreedores financieros, en perjuicio de los acreedores laborales y los acreedores comerciales (...)”

Con ello, ya que sólo la manda que prevé el art. 233 de la ley concursal de remitir automáticamente las actuaciones a la justicia criminal en caso de *presunción de fraude* ante la clausura del procedimiento falencial por falta de activo, resulta insuficiente. Ello, ya que es evidente que se ha dejado librado al arbitrio –o encono- de quien se sintiere perjudicado en decidir si insiste en ocurrir a la sede penal en procura de instar e impulsar una exhausta investigación y así lograr una valoración si la conducta desplegada por el fallido resulta pasible de ser sancionada en la justicia penal, lo cual demuestra que se ha dejado de lado el interés del Estado y desde mi punto de vista se ha menospreciado tanto las consecuencias que provoca un estado de insolvencia sino también la utilidad de las herramientas que la ley prevé para enfrentar y resolver las mismas.

A su vez, con la inhabilitación instaurada, de algún modo se recepta legislativamente el *discharge* norteamericano, lo cual si bien es loable a los efectos de dar una “nueva chance” a quien por contingencias inevitables culminó en un proceso concursal, la ley argentina debió exceptuar algunas obligaciones concursales a los efectos de evitar injusticias y sobretodo que se torne abusivo el uso de los procesos concursales, en especial el procedimiento de quiebra que es cuando lo que abunda es la escasez.

Este sistema dual o bifronte de sanciones (el comercial y el penal), como se verá oportunamente al realizar un examen exhausto de las normas penales previstas para los delitos de quiebra, ha resultado y resulta un sistema ineficaz ⁽²¹¹⁾, sobretodo debido a la liviandad de las previsiones en la ley comercial y que la ley criminal no ha ido a la par de las modificaciones de la comercial, produciéndose desajustes, desacoples o incompatibilidades entre las mismas ⁽²¹²⁾.

Es más, acorde al vaivén “pendular” que caracteriza a nuestro país en materia económica, política y legislativa, a lo cual la ley de quiebras no se ha mostrado exenta de modo alguno, luego de ya más de tres lustros de vigencia de la ley 24.522, algunas voces de doctrina critican la abrogación del instituto de la calificación de conducta, pretendiendo una segunda chance⁽²¹³⁾ para la reinstauración del instituto –con algunas modificaciones-, sobretodo para obtener sanciones para determinadas conductas disvaliosas, perseguir un efecto moralizante y destacando su efecto de disuasión para mendaces y pícaros deudores.

Ello, toda vez que se ha advertido que en sí no se ha mejorado en la materia y que se ha hecho flaco favor a que quienes han realizado conductas reprochables obtengan su merecida

⁽²¹¹⁾ La división de sanciones respecto del quebrado en el fuero comercial y en el fuero penal provocan que el sistema sancionatorio no funcione, pero no por el mero hecho de tratarse de un sistema dual de sanciones, sino porque está mal implementado (conf. MONTAGNA, *La quiebra. Necesidad de implementar un sistema dual de sanciones como defensa de los valores generales de la sociedad*, LLActualidad, p. 1 a 4, Año 74, no. 34 (18 Feb. 2010).-

⁽²¹²⁾ Ya Castillo sostuvo hace tiempo que “No puede prescindirse de la calificación de la quiebra por el juez de comercio. Lo que corresponde es armonizar la ley penal con las disposiciones de la ley de quiebras” (Castillo, R.S., “La quiebra en el derecho argentino”, t. 1, p. 512. Citado en BERGEL, Salvador Darío. *La calificación de conducta en el anteproyecto de ley de concursos mercantiles*, JA, 1970, p. 263)

⁽²¹³⁾ TRUFFAT, Edgardo Daniel. *Tiene sentido la calificación de conducta en el derecho concursal moderno? en caso afirmativo: ¿qué alcance debería tener?*, RDCO, 2009-A-501. Incluso, una de las conclusiones del “VI Congreso Argentino de Derecho Concursal”, Rosario, 2006, se advirtió la falta de incidente de calificación de conducta en la ley 24.522.

“sanción”, más aún cuando –conforme surge de los cuadros que se anexan seguidamente– desde la sanción de la ley concursal de 1.995 han sido muchos los procesos concursales tramitados y los procesos vinculados o relacionados con los mismos, los cuales si bien se han incrementado y proliferado en épocas de crisis y disminuido en épocas de crecimiento económico como lo es desde los años 2.003/2.004, mantienen un importante volumen de modo perenne⁽²¹⁴⁾, y como se verá oportunamente las sanciones penales han sido prácticamente nimias.

Es más, dicha situación se ve agravada si se contempla la proliferación de los denominados *procesos concursales de consumidores*, que en algunas provincias argentinas han abarrotado los tribunales y ha sido tildada de una verdadera “pandemia judicial” sobre todo los incoados por empleados públicos (vgr. en Entre Ríos, Santa Fe, Córdoba, Mendoza), en muchos de los cuales –no en todos– se advierte un verdadero sobreendeudamiento incongruente e irrazonable con sus ingresos y su capacidad patrimonial, pergeñado en aras de sortear el cumplimiento de sus obligaciones y a la postre perjudicar a sus acreedores, lo cual en la tercera parte de este trabajo será abordado con mayor profundidad.

Causas de procesos concursales iniciadas en Fuero Comercial de la Justicia Nacional ⁽²¹⁵⁾

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Concursos	26.933	28.094	28.893	28.664	30.181	29.896	26.896	25.564	20.181
Vinc. Concursos	6.869	10.143	10.837	13.897	13.754	15.139	13.926	12.501	10.613

Fuente: Estadísticas del Poder Judicial de la Nación respecto a causas por concursos y vinculadas, cuadro extraído de MONTAGNA, *La quiebra...*, LActualidad, p. 1 a 4)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Concursos	14.053	11.631	10.447	12.928	9.414	8.635	7.838	7.861
Vinc. Concursos	8.164	4.687	3.147	2.792	2.614	2.885	2.956	2.348

Elaboración propia. Fuente: Estadísticas del Poder Judicial de la Nación <http://www.pjn.gov.ar/>

⁽²¹⁴⁾ En muchos casos, necesariamente, como buenos actos de administración, de reestructuración de pasivos o ante la real imposibilidad de afrontar las deudas por propias contingencias económicas, pero en muchos otros tras verdaderos planes de insolvencia, vaciamiento o echando mano abusivamente a estas herramientas legales en claro perjuicio de terceros.

⁽²¹⁵⁾ “Concursos” comprende concursos preventivos, pedidos de quiebra, pedidos de propia quiebra e incidentes y “Vinc. Concursos” implica los procesos judiciales vinculados o relacionados con procesos concursales. Véanse datos desagregados en Cuadro 1 del Anexo.

Sentencias en el Fuero Comercial de la Justicia de la Nación											
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Concursos Preventivos	1.246	912	500	444	357	274	276	292	248	211	247
Quiebras decretadas	1.630	2.362	1.657	1.550	1.162	995	923	896	955	875	823

Elaboración propia. Fuente: Estadísticas del Poder Judicial de la Nación. <http://www.pjn.gov.ar/>

Por otro lado, si bien es cierto que la adopción del *discharge* americano resulta acorde a los tiempos de la filosofía que impera en el Derecho Concursal universal y a tono con las últimas reformas en el derecho comparado, no menos cierto es que deben dejarse a salvo y/o con un tratamiento diferenciado cierto tipo de deudas concursales como los llamados acreedores involuntarios y resguardar ciertas acreencias (v.gr. las derivadas de alimentos, de víctimas de accidentes de tránsito, etcétera), como lo han hecho otras legislaciones; caso contrario se permite el amparo de verdaderas injusticias y nos permite concluir que ello resulta axiológicamente consonante con la vida política-económica de los años en que se dictó la Ley 24.522.

De todo lo expuesto surge que en la rama comercial se dejó de lado el interés del Estado y de la importancia que implica una quiebra para la economía en general como genuina herramienta para sortear un estado de insolvencia, cesación de pagos e impotencia patrimonial para hacer frente al colectivo de los acreedores; reservándolo al privado –a la veleidad o encono de un acreedor en particular- sin contemplar que de algún modo afecta el interés público, los valores de la comunidad en general y de la economía toda.

* * *

TERCERA PARTE

LOS DELITOS DE QUIEBRA

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS.

Habiendo expuesto los antecedentes de los procedimientos concursales en general, así como algunos de sus aspectos represivos, tanto en la antigüedad como en legislaciones comparadas, y habiendo abordado la denominada *faz comercial* de las sanciones que el ordenamiento jurídico argentino actualmente prevé para los quebrados, nos detendremos en analizar estrictamente el *plano penal* de las mismas.

Empero, previo al análisis concreto de los aspectos represivos penales de la quiebra, resulta pertinente exponer someramente algunas cuestiones que se relacionan con la temática tratada, dan contexto a los ilícitos que se abordan y evidencian los puntos de conexión o diferenciación con otros fenómenos delictivos.

Ello, debido a que los delitos que atacan la propiedad de forma masiva, y en particular los delitos de quiebra o *bancarrota*, desde hace un tiempo son una preocupación objeto de estudio, dada su trascendencia de la esfera de los sujetos particulares damnificados para afectar al sistema económico en su conjunto (en esto tiene vinculación con los denominados *delitos económicos*), y frente a la utilización de estructuras normativas destinadas por la ley a protegerla y fomentarla, para fines delictivos opuestos (cuestión que la aproxima a los *delitos societarios*). A su vez, una nota distintiva de estos delitos en particular es su fuerte vinculación e interacción con la ley comercial⁽¹⁾.

En efecto, históricamente, la insolvencia no ha podido desentenderse, por diversos motivos, de su doble consideración y consecuente proyección en los ámbitos mercantil y criminal. Tampoco ha podido superar del todo la identificación entre insolvencia y delito⁽²⁾.

Para el análisis concreto de la vinculación entre ley penal y su par comercial, se debe tener debidamente presente el cambio normativo habido en nuestro país -ya expuesto en la primera parte del trabajo- en materia de concursos y quiebras, el cual ha ido evolucionando en forma permanente preocupado por adaptar tales institutos a la realidad social y económica del país. Y en especial, pondremos énfasis en el hecho que lamentablemente, en el ámbito penal, esta evolución no influyó en absoluto en la legislación penal, ya que los ilícitos denominados "*delitos de quiebra*" previstos en nuestro ordenamiento (arts. 176 a 179 párrafo 1° del Código Penal) se mantienen casi inalterables desde 1.921⁽³⁾, lo cual como se expondrá ha causado una

⁽¹⁾ Conf. RAFECAS, Daniel Eduardo. *Los delitos de quiebra en Argentina (con especial referencia a la quiebra societaria, art. 178, Cód. Penal)*, publicado en *Revista de Sociedades y Concursos*, Director: Ricardo A. Nissen, N° 10, mayo/junio 2001, Ed. Ad Hoc, Bs. As., pp. 49/76.

⁽²⁾ ERBETTA, Daniel. *Delitos de insolvencia*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2009, p. 30.

⁽³⁾ Lo cual ha sido objeto de airadas y reiteradas críticas. Así, ya en 1942, vigente la ley 11.719, Malagarriga advertía lo conflictiva que resultaba la interpretación de la ley penal, en relación a los delitos vinculados a la quiebra, cuando su relativo inmovilismo se enfrentaba con la evolución vertiginosa de la legislación civil y comercial en la misma materia (MALAGARRIGA, Carlos C., *La quiebra en el Código de Comercio y en el Código Penal*, en *Revista de Derecho Penal*, Bs. As.: Ed. Ediar, 1946, año 2°, p. 269), incluso las exposiciones de motivos de la ley 19.551 (1972) y la reforma concursal de la ley 22.917 (1983) mantuvieron igual diagnóstico. También: en 1980, Héctor CAMARA, en *La falencia de la falencia*, RDCO, año 15, 1980, p. 393 y sgtes., ya

inadecuación e inoperatividad de los tipos represivos previstos y un claro desfasaje entre ambas normativas, todo lo cual, sumado a otras cuestiones, conlleva a una ineficacia de las sanciones penales previstas.

Es más, adviértase que la mayor incidencia en la modificación de los alcances de la legislación penal en la materia no ha sido consecuencia de reformas penales sino de sucesivas modificaciones en materia de Derecho concursal, que han impactado decididamente en la tradicional formulación de los tipos penales⁽⁴⁾.

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 (si consideramos que los delitos de quiebra guardan la estructura del Proyecto de 1.906)⁽⁵⁾ a las previsiones de respuesta penal ante una serie de supuestos vinculados a ella, lo cual obliga al intérprete, en especial al operador del sistema penal, a realizar un particular esfuerzo en pos de armonizar tales constelaciones de normas, sin afectar el principio de legalidad, en particular el requisito de *lex certa* que debe imperar de modo muy estricto en Derecho penal. Pese a las críticas respecto de tal situación, los delitos de quiebra siguen imperturbables con la misma estructura, constituyéndose en verdaderos *agujeros negros* que desalientan o conducen a la nada proyectos de reforma de la ley penal (en la esfera legislativa) y engullen, sin dejar rastros ni secuelas, cientos de procesos penales, al menos, con el régimen vigente hasta 1995 (esto en el ámbito judicial)⁽⁶⁾.

a) Las relaciones entre el Derecho Comercial, el Derecho Empresario y la ley penal.

Sabido es que todo ordenamiento jurídico debe integrarse, complementarse e interpretarse para su aplicación con la totalidad de las denominadas “ramas” del mismo, más aún cuando se presupone que las mismas no deben entenderse como compartimentos estancos. Ello, teniendo presente la logicidad, racionalidad y razonabilidad de todo el sistema que impone el ordenamiento jurídico. En consecuencia, ante la infracción de cuestiones reguladas por la legislación comercial, cuyas consecuencias tienen un notorio interés para toda la comunidad, se acude entonces al Derecho Penal como *ultima ratio*, erigido en arma dotada del *imperium* necesario para poner coto a la actividad de pícaros. Así, nacen sus lazos con la legislación del comercio, cuyo conocimiento será esencial en muchas ocasiones para poder comprender las maniobras que pueden ser abarcadas en los tipos penales que protegen bienes jurídicos de índole negocial⁽⁷⁾.

pregonaba que ante la posibilidad entonces de un nuevo Código Penal se contemple adecuadamente los delitos en materia concursal, entre otros tantos trabajos que se citan en la bibliografía consultada.

⁽⁴⁾ ERBETTA, Daniel. *Delitos de insolvencia*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2009, p. 39 y en comentarios al capítulo: *Quebrados y otros deudores punibles*, EN: Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl (Directores); de Langhe, Marcela (Supervisión), *Código Penal y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencia, volumen 7*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2009, p. 467.

⁽⁵⁾ Ver SOLER, Sebastián: *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As.: TEA Editora, 1982, p. 481.

⁽⁶⁾ RAFECAS, Daniel Eduardo. *El delito de quiebra de sociedades*, p. 27 y en *Los delitos de quiebra...*, op. cit.

⁽⁷⁾ Véase sobre este tema, en especial la relación entre normas penales y comerciales y su evolución histórica: CUPITO, Javier Alejandro, *Los vínculos del Derecho penal con el Derecho Comercial en sus aspectos procesal y de fondo*, Rev. *Aequitas* virtual, 3ra. Etapa, Publicaciones de Doctrina publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, 2006 y también GALLO, Rosana, *Grecia y Roma. Algunas cuestiones sobre el derecho mercantil y penal a través de la historia y la literatura*, Buenos Aires: Dunken, 2013.

Todo esto no es una cuestión baladí, ya que el denominado *Derecho Concursal*, claramente continúa siendo una importante rama del *Derecho Comercial* -amén de relativos atisbos de autonomía y sus vinculaciones con otras ramas del saber jurídico y económico-, con estrechísimos vínculos con el mismo.

A su vez, tampoco podemos dejar de tener presente para un correcto análisis del fenómeno delictivo que analizamos, es el hecho que el Derecho Comercial ha evolucionado, en virtud que el mismo ya no se centra con mayor énfasis en el sujeto “comerciante” para la regulación de sus relaciones jurídicas sino en la “*empresa*”⁽⁸⁾, lo cual ha dado luz a un verdadero *Derecho Empresario* (*Empresarial* o *de la Empresa* según otras designaciones), que si bien se encuentra comprendido en gran parte por institutos, normas y principios del tradicional Derecho Comercial, claramente lo trasvasa y amplía⁽⁹⁾.

Entre el catálogo de las estrechas relaciones entre el Derecho Comercial, el denominado Derecho Empresario y el Penal, a guisa de ejemplo encontramos la responsabilidad penal de los entes de existencia ideal y obviamente el tema que nos convoca: los delitos vinculados a la quiebra, donde como expusieramos, tiene una gran ligazón con el derecho comercial y el empresarial. Todo ello, amén que dicho procedimiento concursal (y los otros que la normativa vigente prevé) puede recaer en una persona física no comerciante, lo cual es moneda corriente en nuestros días (lo cual incluso ha dado lugar a usos y abusos, sobre todo en las denominadas “quiebras de consumidores”) y a lo cual, como veremos, la ley penal no ha dado la respuesta debida.

Las vinculaciones entre la ley penal y el derecho comercial y empresario no siempre se encuentran de manera exclusiva, sino que también pueden derivarse del catálogo de situaciones que puede abarcar un tipo penal, existiendo tipos penales con incumbencia comercial eventual. A su vez, existen conductas reprimidas por la ley penal sustantiva que no se orientan sobre una actividad comercial determinada en sí, sino sobre procesos judiciales motivados en cuestiones de esa índole. Un cabal ejemplo de ello son las prescripciones del artículo 176 del Código Penal, que reprime la *quiebra fraudulenta* y que luego abordaremos en profundidad.

Se debe tener presente que los estados de infortunio o fracaso económico pueden ser consecuencia de una conducta fraudulenta, o de un actuar negligente, que se contrapone con los cuidados que se debe tener en la vida de los negocios. Este tipo de conducta interesa al

⁽⁸⁾ En la actualidad ya no existen ciertas resistencias en admitir que la empresa ha devenido en el pivote del derecho comercial (Conf. FARGOSI, Horacio en “Sociedades comerciales y responsabilidad social”, La Ley, del 1º/8/2011, p. 1, remitiéndose a lo dicho en “*El derecho comercial del siglo XXI*” en Etcheverry, Raúl A. (director), “Código de comercio...”, Bs. As, 2005, t I, p. 109 y ss) y particularmente en “El régimen de la sociedad anónima (la incidencia de la empresa en la sociedad anónima, La Ley 2005-D, 1385 y ahora en Amaya-Alegría (directores) “*Derecho Comercial-Doctrinas esenciales*” La Ley, t III, p. 135 y ss y “Consideraciones sobre el buen gobierno societario”, La Ley 2008-D, 793 y ss. o en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Anales 2a Epoca, Año LLII, n 45, p. 230).

⁽⁹⁾ Véase al respecto: SALERNO, Marcelo Urbano, *El Derecho de le Empresa en el Siglo XXI: Obligaciones y Contratos*, Ed. La Ley. 1ed., Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 31 y sgtes., quien recuerda lo escrito por el maestro español Garrigues al referir: “la vieja noción del Derecho Mercantil como Derecho reservado a las relaciones entre comerciantes, se sustituye por la de Derecho reservado a las empresas”.

derecho penal porque, quien actúa con fraude o culpa lesiona los legítimos derechos o intereses de terceros.

Así, el delito de quiebra fraudulenta requiere de una precisa coordinación de normas y principios de los derechos mercantil y penal, sin descuidar aspectos rituales peculiares a cada una de estas disciplinas en su aplicación. Debe estudiarse entonces la relación que vincula a la acción penal con el proceso de quiebra, para determinar si en rigor son independientes o de algún modo se relacionan ⁽¹⁰⁾.

Al propio tiempo, hay que resaltar que llevada la cuestión al ámbito del derecho represivo debemos partir de una premisa: tanto el derecho comercial, como el penal, tienen su propio universo de discurso; esto es, cada uno de ellos exhibe un objeto específico extraído de las disposiciones legales, lo que no siempre permite tratamientos homogéneos o similares para una misma cuestión⁽¹¹⁾, lo cual puede conllevar a desfasajes o incluso incoherencias entre ambos campos como al que desde hace años está inmerso nuestro país.

En este sentido, con criterio crítico en relación a la legislación penal vigente en nuestro país, se sostiene que “la rama penal incluye en su legislación ciertos actos calificados como delitos de quiebra, los cuales albergará recién cuando el deudor sea declarado quebrado, pues antes de que ello ocurra podremos encontrarnos en presencia de otro delito, más no de uno por quiebra. Por lo que a la casa del derecho penal, llegará un niño nacido del campo del derecho comercial, teniendo el derecho penal que educar a un hijo que no es suyo; así penará al niño sólo en caso que cometa los más que acotados delitos que su legislación prevé en forma taxativa, los cuales se mantienen incólumes desde 1942. A su vez, mientras que el derecho comercial encuentra a la legislación falencial como una norma de orden público, el derecho penal regula los delitos de quiebras bajo un título distinto al que le dedica a los delitos contra el orden público, creándose una disparidad” ⁽¹²⁾.

Como se verá, el catálogo de situaciones ilícitas que allí se describen, alude a temperamentos adoptados por el deudor que se encuentra sometido a un proceso falencial, y no resulta pertinente el análisis de su conducta en los negocios propios de su actividad. Solo compete al juzgador el análisis *ex post* a la quiebra y no los negocios desatinados que lo llevaron a dicha situación, salvo en lo atinente a si mediante los mismos existió fraude y perjuicio a terceros. Lo cual, ha llevado a sostener que tiene lugar una nueva categoría que podría ser definida como de *tipos penales de incumbencia procesal comercial* ⁽¹³⁾.

Cabe destacar que con la ley 24.522 la independencia de la acción penal recobra plena soberanía, lo que no quiere decir que no guarde ninguna vinculación con la ley concursal. Por el contrario, las figuras delictuales se integran con elementos normativos provenientes de esta

⁽¹⁰⁾ HIGHTON, Federico R. y CAVALLERO, Ricardo Juan. *Sobre la quiebra y algunas cuestiones penales*, LL, 1977-D, p. 773.

⁽¹¹⁾ Conf. MARTORELL, Ernesto Eduardo y CUNEO LIBARONA, Mariano, *Problemática concursal-penal - Quiebra de una sociedad dominada a través de un pacto de sindicación de acciones: Responsabilidades comerciales y penales*, Rev. LL, 1998-C-1277.

⁽¹²⁾ Conf. MONTAGNA, *La quiebra. Dualismo sancionatorio comercial y penal*, ED, 233 (2009), p. 975.

⁽¹³⁾ Conf. CUPITO, *ibidem*.

última ⁽¹⁴⁾, ya sea por la calificación de comerciante o deudor del imputado (arts. 176, 177 y 179, Código Penal) y por la declaración de quiebra.

Por otro lado, como ya vimos oportunamente, sin perjuicio del mencionado ligazón entre la ley comercial y la penal en este tipo de delitos, actualmente el artículo 233 de la ley 24.522, es el único que remite en forma casi automática las actuaciones de la quiebra al fuero penal, sólo en ese aislado supuesto se analizará de oficio en sede penal el porqué de la quiebra, aunque el acreedor siempre tendrá la alternativa de promover una acción penal paralela formulando la correspondiente denuncia.

Sin perjuicio que la ley concursal sólo alude a dicha remisión, el juez concursal ante otros supuestos debería instar su investigación penal o al menos remitir las actuaciones a la sede criminal, como en relación a los actos enumerados en el art. 118 de la ley 24.522, en relación al art. 161 y del art. 85 donde habla de fraude y claramente se vinculan con el art. 176 inc. 2º del Código Penal, o incluso en virtud del art. 102 ante la falta de cooperación del fallido ⁽¹⁵⁾. Más aún si contemplamos que el mismo, en su carácter de magistrado (funcionario público) y por imperio legal (conf. arts. 274 Código Penal, art. 177 inc. 1º CPPN Ley 23.984, art. 287 inc. 1º CPPBA ley 11.922) tiene la obligación de actuar en consecuencia.

Por otro lado, es evidente que el entramado de relaciones jurídicas que tanto la actividad comercial como la empresarial generan, ha dado origen a una nueva categoría de bienes jurídicos que trascienden la simple propiedad o el mero derecho a realizar una actividad sin la molesta injerencia de terceros, naciendo conductas denominadas “*pluriofensivas*”, que tutelan intereses sociales difusos, cuya verdadera esencia se encuentra aún en discusión y hasta su misma utilidad, recibiendo el mote por parte de alguna opinión autoral de “derecho penal simbólico”, entre el mismo encontramos el *Derecho Penal Económico*, el cual se relaciona con las figuras delictivas que abordamos en el presente trabajo y también los denominados *delitos económicos*, los cuales en gran parte se apuntocan y motivan criminológicamente con el fenómeno que se ha dado en llamar “*delincuencia de cuello blanco*”, o “*white collar crimes*” según su designación angloamericana⁽¹⁶⁾.

En efecto, se ha sostenido que ante las cuestiones complejas que se advierten en las modalidades delictivas en las insolvencias, hacen al delito de quiebra fraudulenta un delito de

⁽¹⁴⁾ ROMERA, Oscar E., *La eliminación de la calificación de conducta y sus consecuencias en la legislación concursal y el derecho penal*, en Rev. Derecho y Empresa, n° 4, Universidad Austral, Rosario, 1995, p. 267, citando a Rouillón y Carrera.

⁽¹⁵⁾ En este sentido, véase: MONTAGNA, en *La quiebra...*, ps. 979/980 y en *La cesación de pagos. No ignoremos...*, p. 3585/3586, RAFECAS, Daniel E., *El delito de quiebra de sociedades*, p. 42/44, entre otros

⁽¹⁶⁾ Sobre estos delitos, esta modalidad criminológica y el denominado Derecho Penal Económico en general se recomienda ver y ampliar en: AFTALION, Enrique. *Acerca del Derecho Penal Bancario y Financiero*. LL, 1979–B–823; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal económico*, Buenos Aires: Hammurabi, 2.000; BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid: Civitas, 1978, CUPITO, *op. cit.*; DE LA RUA, Jorge, *Los delitos económicos*, en Doctrina Penal, Bs. As., año III, 1980, N°9, pag.1; ELBERT, Carlos Alberto. *Manual Básico de Criminología*. Buenos Aires: Ed. Eudeba, 2001, pág. 38 y sgtes.; HENDLER, Edmundo S., *Una aproximación al tema de los delitos económicos*, publicado en parte en Revista Jurídica de Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1990-II-pp.115/123 y en www.catedrahendler.org.ar; LLERENA, Patricia y GARCIA, Luis. *Criminalidad de Empresa*, Bs. As.: Ed. Ad Hoc; MIRANDA GALLINO, Rafael. *Delitos contra el orden económico*. Ed. Pannedille. Buenos Aires, 1970; SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*; TIEDMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito*, Barcelona; entre otros.

gran particularidad entre los denominados *white collar crimes* ⁽¹⁷⁾, y en igual sentido, se ha dicho que el estudio de estos delitos se enmarca en el ámbito de lo que se denomina *delincuencia económica*, ámbito en el que la quiebra reviste especial importancia no solamente por su complejidad jurídica y económica sino también por la trascendencia del fenómeno insolvencia mercantil en la realidad social⁽¹⁸⁾.

Aunque a pesar de lo dicho, en rigor de verdad, los delitos relacionados con las quiebras y a los procesos concursales a los que abordaremos en este trabajo, hoy por hoy no necesariamente son cometidos por personas con las características con que tradicionalmente se los ha caracterizado, sino cualquier persona puede estar en condiciones cometer los mismos.

Por último, como se expusiera, atento a que en los delitos relacionados o vinculados con las quiebras se utilizan estructuras normativas –los procesos concursales en sentido lato– destinadas por la ley a proteger y fomentar los mismos, para fines opuestos y como herramientas necesarias para solucionar los problemas jurídicos que trae un estado de insolvencia, en algún punto se asemejan a los llamados *delitos societarios*⁽¹⁹⁾.

b) Los cambios en la ley extra-penal.

Cualquier reforma de la legislación comercial sobre la insolvencia tiene, se quiera o no, incidencia directa en el ámbito penal⁽²⁰⁾. Ello, debido a que, como ya se adelantara, para la aplicación de la ley penal que tipifica conductas ilícitas en el marco de procesos concursales y falenciales resulta necesario tener presente la legislación concursal; y como se expusiera, en nuestro país ha sido objeto de muchas modificaciones, contrariamente a la ley represiva que se ha mantenido pétreamente prácticamente desde hace más de una centuria.

⁽¹⁷⁾ RAFECAS, Daniel Eduardo. *Una sentencia de quiebra fraudulenta con múltiples maniobras que no conmueven su unicidad (nota a fallo)*, LL, 2004-D, p. 542.-

⁽¹⁸⁾ Conf. VILADAS JENÉ, Carles. *Los delitos de Quiebra. Norma jurídica y realidad social, 1ª edición*. Barcelona: Ed. Península, 1982, p. 15.

⁽¹⁹⁾ Bacigalupo, en un antiguo trabajo, desconocía la validez de la categoría de los delitos societarios a partir de la imposibilidad de individualizar un bien jurídico propio, sólo admitía un agrupamiento de tipos penales relacionados con las sociedades que comprendían, por un lado, los relacionados con la negociación de acciones de sociedades de los incisos 2º y 3º del art. 300 del Código Penal argentino y, por el otro, los vinculados a la administración y gestión que dividía, fundamentalmente, en dos clases: 1) los balances e informes falsos del art. 300 inc. 3º; 2) los actos antiestatutarios del art. 301 entre los que trataba como figura agravada la administración fraudulenta o infiel del art. 173 inc. 7º (BACIGALUPO, Enrique, *Cuestiones penales en la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho Penal Económico*, Bs. As.: Ed. Astrea, 1974). Sobre estos delitos, también se ha dicho que "...aceptado que el derecho penal posee sus propias reglas lógicas generadas por la especificidad de su objeto, resulta palmario que las sociedades comerciales, medios indispensables e insustituibles de la actividad económica de un país, representan un campo de actuación propicio para la realización de ciertos delitos(...)Bajo esta designación se encuentran aquellos hechos punibles cuya consumación presupone la existencia de un marco societario en relación al cual se desarrollan las acciones y omisiones punibles y aquellos que protegen cierta forma de negociación propias de las sociedades comerciales. (...)Desde nuestro punto de vista, el denominado derecho penal de las sociedades pretende designar un concepto funcional, de límites imprecisos, que engloba un conjunto de tipos penales que resulta no muy claramente diferenciable de los delitos contra la propiedad en general(...) De todos modos, cabe destacar que no todos los tipos que se refieren a las sociedades caen dentro de los delitos contra la propiedad. No obstante lo expuesto, resulta indudable que existe un conjunto de tipos penales que en derecho penal vigente se refiere a delitos cometidos en el campo de las sociedades..." (CUNEO LIBARONA y MARTORELL, op. cit., LL, 1998-C, p. 1284/1285).

⁽²⁰⁾ ERBETTA, Daniel, *Delitos de insolvencia*, p. 56.

Por ello, debido a que para la aplicación de los tipos penales previstos necesariamente se necesita de la ley concursal, los cambios habidos no deben dejar de ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de verificar el cumplimiento de todas las exigencias para llevar adelante una imputación criminal, más aún una condena, en especial debido a que influyen en la aplicación de la ley penal.

Si bien algunos aspectos de la actual legislación concursal ya han sido mencionados o destacados en la primera parte de este trabajo, cabe destacar o profundizar algunos de los mismos, más aún cuando los cambios acontecidos en la ley extrapenal (concursal) no tuvieron recepción, acople o adaptación en la ley penal.

Así, la ley 24.522 de 1.995, denominada “de concursos y quiebras”, consagra numerosos cambios con implicancias y proyecciones en el ámbito penal⁽²¹⁾, algunos de los cuales tomó de sus normas antecesoras en la materia y que tampoco tuvieron su acople en la ley penal.

En efecto, además de los datos y rasgos destacados oportunamente, cabe resaltar un principio general que inspira la ley, tendiente a profundizar el *principio de conservación de la empresa*, a que debe tender el concurso preventivo, y que se mantiene aún después de la quiebra en algunos supuestos (así para merituar eventuales ventajas a algunos acreedores después de cesación de pagos e incluso la quiebra en pos de esa finalidad continuista). De este modo, se busca “mantener en el mundo de los negocios a la empresa útil, en transitoria cesación de pagos”, siguiendo una tendencia que proviene del derecho comparado, postulado el cual –como vimos- fue acentuado para algunos supuestos en modificaciones posteriores efectuadas a la ley. Y a partir de ello, la *puesta en crisis o relativización del denominado principio pars conductio creditorum*, debido a la posibilidad de categorizar a los acreedores, lo cual implica admitir propuestas que antiguamente podían ser consideradas “ventajas indebidas” ahora ya no lo son⁽²²⁾, conceder tratos desiguales en negociaciones separadas con los distintos acreedores⁽²³⁾, también se ve en la posibilidad de presentar acuerdo preventivo extrajudicial con algunos acreedores y en la conversión del art. 225 LCQ también.

A su vez, la vigente ley concursal, efectuó un *ensanchamiento de la base de sujetos alcanzados* por la misma (art. 5 y ccdtes., Ley 24.522) y que pueden ser declarados en quiebra; y como alguno de dichos entes son sociedades comerciales asistimos a una ampliación indirecta de los sujetos alcanzados por el art. 178 del Código Penal.

Por otro lado, de la normativa concursal surge –en principio y en teoría- un mayor control frente a posibles fraudes a los acreedores (arts. 11 inc. 3º, 11 inc. 5º, 14, inc 11º y 42, Ley 24.522) y por ende una supuesta mayor prevención de conductas delictivas. Empero,

(21) Véase y ampliése en: RAFECAS, Daniel E.: *El delito de quiebra de sociedades*, Bs. As.: Ed. Ad Hoc, 2000, ps. 32/41 a quien se sigue en gran parte en este punto, también en: NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, págs. 35 a 44, quienes destaca el principio de conservación de la empresa, los cambios en torno a los sujetos alcanzados por la ley, mayor control del síndico y acreedores respecto de los actos de administración y disposición del deudor, limitación de las facultades del juez del concurso, entre otros. Asimismo, en cuanto a las proyecciones jurídico-penales de la ley 24.522, véase: ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, págs. 56/80.

(22) Verbigracia es posible proponer a homologación judicial el dar prioridad al pago de los proveedores frente a los prestamistas, y así poder seguir funcionando en el corto plazo, para darle a la empresa en crisis una posibilidad real de solución

(23) Incluso, no tiene por qué dar a conocer las condiciones acordadas con algunos de ellos (conf. ROULLIÓN, Adolfo N., *Régimen de concursos y quiebras, ley 24.522*, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 268).

contrariamente a ello, en la ley 24.522 se instauró una mayor preponderancia de las partes y un menor poder jurisdiccional, lo cual fue atemperado en parte con sus posteriores reformas al otorgar mayores facultades y activismo al órgano jurisdiccional.

También se debe tener presente la posibilidad de *conversión de la quiebra directa en concurso preventivo* (arts. 90 a 93, Ley 24.522) por la cual, si el deudor cumple con los recaudos legales, el juez puede revocar la sentencia de quiebra y declarar la apertura del concurso preventivo, con directas implicancias sobre la ley penal, desde que los tipos de los arts. 176 a 178, Código Penal, exigen en su faz objetiva, la declaración de quiebra como elemento normativo; además, se introdujo el instituto del *cramdown* (art. 48, Ley 24.522) o adquisición de la empresa en marcha por parte de terceros (acreedores o no), según el cual, tras el fracaso del acuerdo preventivo y con la finalidad de evitar la declaración de quiebra, aquéllos obtienen el derecho a convertirse en sus propietarios, a través de un acuerdo con los acreedores: ante maniobras dolosas de disminución del activo o aumento del pasivo de los encargados de la administración o fiscalización del ente, ya no podremos hablar de divergencia entre el ámbito comercial y el penal, porque en este último campo directamente no hay manera de abarcar conductas de fraude que culminen en una operación de esta índole que adquiera firmeza, al menos en el ámbito de los delitos tipificados en los arts. 176 a 178, Código Penal⁽²⁴⁾.

Por último, Rafecas en relación a la normativa concursal vigente como norma extrapenal destaca *la supresión o reducción* a una mínima expresión de *herramientas sancionadoras administrativas o penales* en manos del Juez Comercial, y particularmente, la *eliminación de la calificación de conducta del fallido*⁽²⁵⁾, tópico el cual ya fue objeto de análisis en este trabajo.

c) Causas económicas del estado de cesación de pagos.

Como se refirió en la introducción de este trabajo, existe una distinción entre cesación de pagos e insolvencia, a pesar de ello el derecho argentino en general no lo distingue⁽²⁶⁾, ya que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia los mencionan o utilizan como sinónimos⁽²⁷⁾. Sin

⁽²⁴⁾ Conf. RAFECAS, *El delito...*, ps. 36/37.

⁽²⁵⁾ RAFECAS, *op. cit.*, pág. 38.

⁽²⁶⁾ La ley concursal 24.522 sólo menciona el término “insolvencia” en el artículo 173, al abordar la responsabilidad de los representantes al referir: “...Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados...”. A su vez, el Código Penal, sólo refiere el citado término al abordar la reparación de perjuicios, donde en el artículo 33 consigna que “...En caso de insolvencia total o parcial, se observarán las reglas siguientes ...”, no haciéndolo al regular el denominado -por la doctrina y jurisprudencia- delito de “insolvencia fraudulenta” en el artículo 179, seg. párr.

⁽²⁷⁾ Nieuwenhove aborda los conceptos insolvencia, cesación de pagos y crisis, los cuales indica en orden de importancia negativa decreciente y refiriendo que existe una interrelación. Por insolvencia, entiende la incapacidad absoluta del empresario para afrontar sus compromisos, unida al cese definitivo de sus actividades y la insuficiencia del producto de la realización de sus bienes para cubrir la totalidad de sus deudas y que crisis equivaldrá al redimensionamiento de la empresa y la continuación de sus actividades en una escala inferior. En tanto crisis, equivaldrá al redimensionamiento de la empresa y la continuación de sus actividades en una escala inferior. A su vez, refiere que del estado de cesación de pagos podemos transitar hacia la insolvencia, del mismo modo que habiendo solucionado favorablemente aquél, la empresa deberá todavía recorrer un período generalmente prolongado de crisis antes de que pueda lograr nuevamente su dimensión normal (Conf.

perjuicio que al aludir o referirnos a los mismos en este trabajo tampoco se diferenciarán, es dable destacar que dicho distingo resulta por cuanto la *cesación de pagos*⁽²⁸⁾ es un estado del patrimonio de carácter general y permanente⁽²⁹⁾, para algunos irreversible, donde el deudor se encuentra imposibilitado e impotente de cumplir sus obligaciones exigibles de un modo normal, regular y corriente; y la *insolvencia* en sí, entendida en sentido amplio se configura cuando todos los bienes son insuficientes para afrontar las deudas, una insuficiencia total de activo⁽³⁰⁾.

Como es archisabido, la cesación de pagos forma parte de la estructura medular de la legislación concursal argentina actual, la cual se fue consolidando con el paso de los años, ha sobrevivido sucesivas reformas legislativas nacionales (19.551, 22.917, 24.522, 25.589) y es exigido como recaudo sustancial o presupuesto objetivo⁽³¹⁾ de acceso común a la quiebra, para lo cual la ley menciona un elenco ejemplificativo de “hechos reveladores” de dicho estado (art. 79, LCQ), y al concurso preventivo.

Como se sabe, si bien existieron diferencias en la interpretación y en los alcances del término cesación de pagos, desde hace años, confirmado de algún modo por las disposiciones de la ley 24.522, se ha aceptado la denominada *teoría amplia* pregonada por entonces por Raymundo Fernández, superando aquellas posturas que se relacionaban y asemejaban el estado de cesación de pagos con el mero incumplimiento, lo cual claramente no es lo mismo⁽³²⁾ y podría configurar un hecho revelador más⁽³³⁾. Más aún en la actualidad, cuando

NIEUWENHOVE, Pablo van. “*Insolvencia, cesación de pagos y crisis de la empresa. Soluciones judiciales y extrajudiciales*”, RDCO, Año 16, nro. 91-96 (1983), pág. 563).

⁽²⁸⁾ Recordemos que paternidad de la expresión “cesación de pagos” se atribuye a BONELLI, quien la acuñó para designar la impotencia patrimonial de solventar deudas de índole comercial (Gustavo Bonelli, *Del fallimento. Commentario al Codice di Commercio*, t. I, pág. 55).

⁽²⁹⁾ Con respecto a la permanencia del estado de cesación de pagos, por oposición a la transitoriedad de un estado de dificultad económica, se ha dicho: “No se debe confundir “dificultad” con “imposibilidad objetiva” del activo para solventar las obligaciones, que son conceptos diferentes” (Cám. Apel Civ. y Com. de Trenque Lauquen, 22/3/94, “García, Víctor T.,” LLBA, 1994-392).

⁽³⁰⁾ Muchos países conservan el término “cesación de pagos”; otros, como el derecho germánico, la noción de “imposibilidad de pago” y otros tantos utilizan el giro “insolvencia”, “desequilibrio aritmético” o enumeran los llamados “actos de quiebra”. Por su lado, el término “crisis”, sea de manera genérica o específica, se utiliza para abarcar la mayor cantidad de situaciones posibles que conduzcan a los deudores a los procesos concursales; acompañado, claro está, de la idea de saneamiento y/o reorganización de las empresas (Conf. ALEGRIA, Héctor, “*Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*”, La Ley, 2007-C, págs. 900 y sgtes.).

⁽³¹⁾ Así, el artículo 1° de la ley 24.522 lo estipula como presupuesto objetivo para la apertura de los procesos concursales, aunque el mismo prevé la salvedad de lo dispuesto por los artículos 66 y 69 de la ley, donde resulta innecesario el mismo. Al respecto, se ha criticado la innecesariedad de detallar esa salvedad, por ser técnicamente innecesaria, incompleta e incorrecta. Innecesaria ya que las salvedades están expresamente contempladas en los artículos respectivos, incompleta ya que omite otros supuestos de concursos sin este estado (v.gr. arts. 160 y 161), y es incorrecta, en cuanto a que alude al art. 69, refiriendo que el APE no es un concurso regulado por la ley, sino un contrato tipificado en ella (Conf. IGLESIAS, José A., *Concursos y quiebras: ley 24.522 comentada*, p. 35). Si bien en parte resulta acertada dicha crítica, no se comparte lo atinente a lo que el citado autor opinaba en relación al APE, el cual resulta un verdadero proceso concursal, más aún luego de las reformas introducidas al texto primigenio de la ley.

⁽³²⁾ En este sentido se ha sostenido: “...No hay que confundir la cesación de pagos con el mero incumplimiento del que no paga por circunstancias ajenas a su impotencia patrimonial. La distinción reside en la naturaleza

muchas veces el incumplimiento de algún modo forma parte de la toma de decisiones o puede ser una estrategia financiera (v.gr. empresario decide no pagar créditos fiscales priorizando otras deudas comerciales más urgentes necesarias para la producción, etc.), por lo que por incumplir una obligación no necesariamente se está inmerso en cesación de pagos.

O sea, la cesación de pagos no implica un mero desequilibrio entre activo y pasivo, pues lo que aquí tiene relevancia es el desfase económico, concepto que claramente excede una ecuación matemática o algebraica.

Representando algunos ejemplos en términos contables, la mera circunstancia objetiva que en un ejercicio el *Activo Corriente* (Ac, liquidable dentro de un año) sea menor al *Pasivo corriente* (Pc, exigible dentro del término de un año)⁽³⁴⁾ no necesariamente configura que estemos ante cesación de pagos (v.gr. empresa que vende a largo plazo). Asimismo, puede acontecer que pese a que el Activo Corriente sea mayor al Pasivo Corriente, exista cesación de pagos por falta de liquidez (salvo entidades financieras que su actividad conlleva iliquidez), incluso puede existir quiebra por falta de liquidez, aunque podría superarse (v.gr. mediante cesión de cartera de clientes por parte del deudor).

Por lo expuesto, para determinar si una persona, empresa (en sentido lato) o unidad económica se encuentra en estado de cesación de pagos debe realizarse un análisis funcional y dinámico de la situación, no de un modo estático, además de tener presente el tipo de actividad económica que desarrolla.

A su vez, si tenemos presente que el Activo corriente menos Pasivo corriente es igual al *Capital de trabajo* (working capital) de una unidad económica ($Ac - Pc = CT$), encontramos que muchas veces, a las empresas les conviene efectuar presentaciones concursales (concursos preventivos) como verdaderos mecanismos de financiación, ya que cambia la situación patrimonial, tornando el pasivo corriente en no corriente (para otros ejercicios), más aún cuando uno de los objetos de los procesos concursales (concursos preventivos y acuerdos extrajudiciales) es reestructurar los pasivos, su patrimonio, lo cual se logra mediante el

económica de la cesación de pagos, contrapuesta a la conceptualización financiera de un supuesto de iliquidez que - momentáneamente- hubiera determinado la suspensión de los pagos. En cuanto a esa diferenciación cabe señalar que la cesación de pagos tiene como características la permanencia y la generalidad.(...)como corolario de lo expuesto debemos tomar, en lo que aquí nos interesa, que el estado de cesación de pagos es un presupuesto ineludible para la apertura del concurso preventivo y que dicho estado requiere impotencia frente a “deudas exigibles” y que sea de carácter “permanente” en el tiempo y no accidental o temporal...” (Conf. Cám. Apel. Civ. y Com. de Mercedes, 19/5/2010, “Agrocefer S.A. s/ Concurso Preventivo (grande)”, Expte. n° 768, www.scba.gov.ar)

⁽³³⁾ Sobre este tema, véase: MAFFIA, Osvaldo J. “¿Hay alguna diferencia entre incumplimiento y estado de cesación de pagos?”, ED, vol. 207 (2004), quien al referirse a las “teorías” elaboradas en torno a la conceptualización advierte –pág. 913- que no son “teorías”, sino que apenas constituyen agrupamientos empíricos de datos positivos (o sea diversas regulaciones legales) y que las mismas no tienen actualidad y operancia, entre otras interesantes reflexiones en todo su artículo.

⁽³⁴⁾ Con mayor precisión técnica, debemos decir que en el *Activo Corriente* se exponen fondos efectivos, derechos y bienes disponibles a menos de un año de plazo de la fecha de cierre del ejercicio o que se espera convertir en efectivo dentro del año siguiente a la fecha de los estados contables (así se encuentran las cuentas Caja y Bancos –o Disponibilidades-, inversiones, etc.) ; y en el *Pasivo Corriente*, se anotará todo aquello que implique una deuda o costo dentro del año del ejercicio que se presenta (v.gr. las cuentas de deudas de proveedores, de deudas bancarias, por impuestos y provisiones por eventuales pasivos contingentes) (Conf. MUGUILLO, Roberto, “Aspectos contables para Abogados”, págs. 49/50).

aplazamiento de los créditos exigibles entre otras ventajas (involucración de los acreedores, reducir con quitas, además de reducción de acreedores, suspensión de ejecuciones, cristalización del pasivo, etc.). Nótese que el capital de trabajo de una empresa⁽³⁵⁾ es la diferencia entre el líquido del activo corriente y el pasivo no corriente, fundamental para desarrollar actividad de la misma, o sea el concurso resulta útil para otorgar capital de trabajo, una verdadera opción de financiación.

En este sentido Nieuwenhove⁽³⁶⁾, menciona que los rubros del activo, ordenados según su mayor o menor liquidez, se componen de activo corriente (Ac), que incluye las disponibilidades y las partidas en constante transformación realizables dentro de un año a partir de la fecha de estado patrimonial (fundamentalmente créditos y bienes de cambio) y de activo no corriente (Anc) que agrupa los rubros restantes relativamente estables (principalmente inversiones, créditos y bienes de uso).

En el pasivo, menciona el Pasivo corriente (Pc) deudas con vencimiento hasta un año, el Pasivo no corriente (Pnc) deudas con vencimientos a mediano o largo plazo, manifestando que $Pc + CT$ (capital de trabajo) + Pnc + CF (capital fijo) = Pasivo.

Por ello, refiere que es necesario que exista un superávit correcto entre Ac y Pc para afrontar los compromisos existentes y los que surgen diariamente del giro ordinario de la empresa, al que llamamos capital de trabajo o CT.

Sintetizando que CT (capital de trabajo) + CF (capital fijo) = Patrimonio de la empresa, por lo que el estado de cesación de pagos equivaldrá a la deficiencia cuantitativa o cualitativa de CT, reduciéndose su superficie a límites peligrosos, considerando la definición de aquél (se refiere a compromisos exigibles)⁽³⁷⁾. Continúa enseñando que su ilustración es estática, cuando CT es en realidad dinámico por definición, porque tanto los rubros de Ac como de Pc varían constantemente. El superávit referido es importante, es un índice de fortaleza económica u financiera de la empresa, pero por su carácter deberá ser analizado juntamente con otros índices que repercuten directamente sobre él (rotación de los bienes de cambio, margen operativo y margen neto sobre ventas, plazos de cobro, plazos de pago, etc.).

En relación a *crisis*, refiere que será la disminución global de la superficie $Ac + Anc + Pc + Pnc + CT + CF$, sin perjuicio que CT sea cualitativa y cuantitativamente acorde con la nueva realidad de la empresa que continúa con sus actividades en una escala inferior.

Por otro lado, la ecuación contable que representaría una situación de *insolvencia* sería que el $Ac + Anc$ sea inferior a $Pc + Pnc$ ⁽³⁸⁾.

Por otro lado, debemos tener presente que la quiebra es un mecanismo de recomposición patrimonial, con el objeto de liquidar el pasivo y lograr una rehabilitación a corto plazo en caso de personas físicas, y disolver la sociedad comercial en caso que la actividad cuente con esa organización jurídica (art. 94, inc. 6, LSC 19.550) .

⁽³⁵⁾ Se alude a “empresa” en sentido lato, como actividad económica generadora de bienes y servicios no necesariamente bajo la forma jurídica de una sociedad comercial.

⁽³⁶⁾ NIEUWENHOVE, *op. cit.*, págs. 564 y sgtes.

⁽³⁷⁾ Así, se concluye que cesación de pagos, pueda también ilustrarse como la deficiencia cuantitativa o cualitativa de capital de trabajo (*ibidem*, p. 569)

⁽³⁸⁾ Otro ratio utilizado como indicador de Insolvencia es igual al $Activo\ Total / Pasivo\ Total < 0$.

Expuestas algunas consideraciones atinentes a la conceptualización de la cesación de pagos y cuestiones relativas a algunas representaciones contables de dicho estado patrimonial, nos detendremos a analizar someramente las causas (causa-fuente) de linaje económico que en general llevan a ese estado. Lo cual, resulta de indudable interés ya que al momento de analizar y evaluar las conductas desplegadas por los fallidos o responsables de entes quebrados, las mismas deben tenerse debidamente presente para determinar y escudriñar si le cabe el reproche que las normas penales prevén, y así discernir lo que es un estado falencial contingente o propio del mundo negocial de uno al que ha llegado de un modo intencionado en perjuicio de sus acreedores o sin las debidas precauciones que se debieron tener, o si estamos en presencia de uno meramente “casual” si evocamos la antaño clasificación que implementó nuestra ley comercial de 1.857.

Obviamente que para analizar profundamente las causas que conllevan a una crisis económica⁽³⁹⁾ que luego de génesis a un verdadero estado de impotencia patrimonial que configure una *cesación de pagos* debería tenerse presente un caso concreto, ya que no es lo mismo si estamos analizando una persona física, donde claramente las cuestiones personales y familiares inciden en su estado patrimonial, o una sociedad comercial, en la cual también hay que distinguir si es de tipo abierto al cotizar en los mercados financieros o una sociedad cerrada o de tipo familiar.

Asimismo, para tal faena, se debe tener presente las actividades que realizan y el sector donde desarrollan la misma⁽⁴⁰⁾, la época de análisis (ámbito temporal), la coyuntura económica donde se despliega, entre otras innumerables variables, por lo que sólo se intentará mencionar un elenco de alguna de las causas más generales, comunes y habituales, ello básicamente circunscripto al contexto macroeconómico de nuestro país en las últimas décadas, el cual tiene indudablemente particularidades propias.

Es más, no se debe considerar al estado de cesación de pagos como algo individual, aislado y particular, primero ya que la misma puede “contagiar” (por el llamado efecto dominó o la ley de encadenamiento del crédito) la misma a alguien que se relaciona con la misma, así sus accipiens no podrán percibir sus acreencias, y segundo, debido a que muchas veces se han generado endeudamientos masivos y sistémicos sin existir un incumplimiento voluntario debido a cuestiones (*rectius*: decisiones) político-económicas generales (como gran presión tributaria, profunda astringencia monetaria, ausencia de crédito, restricción externa, etcétera) que conllevan a ello, lo cual trasvasa y excede lo meramente individual y configura un

⁽³⁹⁾ Se sostiene que en rigor, al abordarse lo que se denomina crisis financiera o crisis económica, se discute si existen diferencias entre una y otra y cuáles son los caracteres peculiares de cada una, o bien si deben buscarse únicamente soluciones empíricas. Es dable decir que la crisis que concita el interés del derecho concursal es la crisis financiera (actual o potencial - inminente), que puede ir acompañada o no de una crisis económica (o también llamada "crisis industrial"), pero recordando que esta última puede manifestarse por dificultades generadas en los diversos ámbitos de la empresa (tecnológico, mercado, marco regulatorio, laboral, etc.), sin llegar a producir una "crisis financiera" (aunque tengan efectos financieros)(Conf. ALEGRÍA, “Diálogo...”, op. cit.).

⁽⁴⁰⁾ O sea ponderar si su actividad se desarrolla en la producción, comercialización, distribución o consumo de una economía, y el sector de la economía en que encuadra (primario, secundario o terciario). Por ejemplo, para un análisis de dicho estado en las entidades financieras, véase: ESCANDEL, José. “La cesación de pagos en las entidades financieras y sus derivaciones concursales”, RDCO, Año 21, nros. 121-126 (1988), p. 933.

problema social y colectivo.

Ejemplo imborrable lo configura la crisis económica, política y social argentina de fines de 2001 y el posterior ‘default’ del Estado nacional y provinciales, el cual sin hesitación alguna terminó repercutiendo de un modo negativo en la actividad económica interna del país y afectó a las distintas personas particulares que interactúan patrimonialmente en la misma.

Al efecto, podemos mencionar las llamadas *causas endógenas* y *las exógenas*, es decir, las primeras son aquellas que provienen desde dentro de la unidad económica cesante, o sea de la propia dinámica interna de la compañía, sectorial o del mercado y comunidad en que esta desarrolla su actividad, y no desde el entorno político y coyuntura macroeconómica, las cuales configuran las *causas exógenas*⁽⁴¹⁾.

Las *exógenas* responden por lo general a fenómenos políticos o variables macroeconómicas de público conocimiento⁽⁴²⁾ y siempre de un modo u otro se relacionan con el crédito (público y privado), el cual como nos referimos oportunamente es de vital importancia para la producción y la vida económica de un país. Entre ellas podemos mencionar las crisis financieras que determinan el encarecimiento o indisponibilidad de crédito (v.gr. el ya citado colapso financiero del Estado argentino en diciembre de 2.001), aumentos inusitados en el precio de insumos estratégicos (v.gr.: combustibles o energía en general), cambios regulatorios imprevistos (v.gr.: normativa ambiental, prohibición de comercializar determinadas sustancias), cierre de mercados de exportación por regulaciones sanitarias (v.gr.: brote de fiebre aftosa en ganado bovino), aumento imprevisto de aranceles de exportación (v.gr. Resolución 125/2.008 del Ministerio de Economía que dispuso las denominadas “retenciones móviles” sobre oleaginosas y otros cereales), aumento en la presión tributaria, etcétera.

Como se podrá advertir, obviamente que existen variables macroeconómicas que dependen de la actividad gubernamental (ejemplo básico y directo sería el aumento de tributos), como de otros factores que resultan independientes o ajenos a esta (v.gr. fluctuación en los precios internacionales de productos que se exportan importan o exportan, catástrofes naturales, etcétera).

Entre las variables en las cuales incide la actividad gubernamental⁽⁴³⁾, ya sea mediante la sanción de normas, su ejecución o políticas tomadas al efecto, se encuentran: 1) la potencialidad del mercado interno, debiéndose aspirar a la menor cantidad de desempleados y

⁽⁴¹⁾ Hay algunos autores que refieren que existen cuatro causas fundamentales, y las clasifican en: a) Congénitas, o sea, existentes desde el inicio de las actividades de la empresa, también denominadas latentes: cálculo erróneo del capital de trabajo, inmovilizaciones excesivas, apreciaciones irrealistas del mercado, mala organización, falta de previsión coyuntural; b) Adquiridas, o sea, originadas durante la vida de la empresa: compra y producción exageradas, falta de renovación de los bienes de uso, ventas insuficientes, costos y gastos crecientes; c) Ajenas: casos fortuitos o de fuerza mayor, situación económica anormal de la región o del país, conflictos sociales sin que existan dificultades específicas en el establecimiento; y d) Mixtas: dos o todas las anteriores. Las causas congénitas y adquiridas son internas e implican siempre un grado de negligencia o culpabilidad del empresario, mientras que las causas ajenas son totalmente incontrolables por e inimputables a los titulares del patrimonio. (Conf. GOXENS DUCH, Antonio. “Suspensiones de pagos, Quiebras y convocatorias, Ed. Aguilar S.A. Madrid, 1950, citado por NIEUWENHOVE, Pablo van. “*Insolvencia...*”, *op. cit.*, pág. 566).

⁽⁴²⁾ Véase y ampliése al respecto en PORCELLI, Luis A. “*Cesación de pagos y macroeconomía. Su masividad frente a los límites del proceso concursal*”, LA LEY, 2004-B, 1165 y sgtes.

⁽⁴³⁾ En su elección y mención, se sigue a PORCELLI, *op. cit.*, 1172 y sgtes.

a una alta tasa de retribución individual; 2) los efectos económicos de la delincuencia, lo cual quiérase o no, y amén que su resolución excede lo meramente punitivo, aumenta los costos de las actividades y el padecer un hecho delictivo puede ocasionar una gran incidencia en la actividad económica desplegada; 3) el nivel de empleo, el cual obviamente de ser alto, genera un círculo virtuoso en toda la economía, por otro lado su mantenimiento no debe representar un alto costo para las actividades económicas que priven de una mínima y razonable rentabilidad a las unidades productivas, de lo contrario ello implica un desaliento para las mismas, ni tampoco una gran judicialización de los conflictos que se suscitan en el marco de las relaciones laborales, en especial la magnitud y alcance que los mismos conllevarán⁽⁴⁴⁾; 4) la moneda, su regulación legal, especialmente lo relativo a la misma en su doble carácter de unidad de cuenta y medio de pago⁽⁴⁵⁾, en especial para mantener un tipo de cambio con otras divisas que no genere un atraso de la moneda criolla con las foráneas, ni tampoco que tenga una amplia brecha que sea lesiva en la competitividad existente entre las unidades productivas nacionales con las extranjeras⁽⁴⁶⁾, lo cual claramente resulta perjudicial para las mismas, por otro lado, en Argentina el circulante en general desde hace años ha sido marcadamente escaso (salvo el incremento de los últimos años), si se lo compara con el existente en países desarrollados, empero su aumento indiscriminado puede ser una de las principales causales de la inflación (el cual ha sido uno de los flagelos que más ha acuciado en la vida económica de los argentinos, en especial a fines de los 80' con la hiperinflación y hace un tiempo nuevamente ha comenzado a ser uno de los problemas a tener presente)⁽⁴⁷⁾; 5) el crédito, el cual como ya se ha destacado resulta imprescindible para toda actividad económica -ya sea productiva como de consumo-, para lo cual se debe contar con un bajo costo y fácil acceso al mismo (no como en Argentina donde ha habido períodos de difícil acceso y alto costo),

⁽⁴⁴⁾ En efecto, si bien es cierto que no podemos llegar al extremo de tolerar una situación como la existente al momento en que la llamada “flexibilización laboral” se instauró entre nosotros, también es cierto que se debe tener previsión sobre la magnitud de una condena por infortunios laborales, así como el eventual alcance de una condena laboral, ello en relación a la extensión de la responsabilidad o la solidaridad de la misma, tanto en casos de tercerización, intermediación, vinculación o incluso recayendo en personas físicas que integran sociedades comerciales por deudas de las mismas, etcétera, las cuales muchas veces llevan al estado de insolvencia de una empresa, en especial las denominadas Pymes. Ello no sólo por la deficiencia en las normas existentes, sino además por las disímiles interpretaciones y vaivenes jurisprudenciales, incluso de los tribunales más encumbrados.

⁽⁴⁵⁾ Téngase presente que las principales funciones del dinero son: unidad de cuenta o medida, medio de pago o cancelatorio y reserva de valor.

⁽⁴⁶⁾ Recuérdese que en la década de los 90' en Argentina existió un tipo de cambio fijo, forzando la paridad cambiaria existente a partir de la ley 23.928 de “Convertibilidad”, donde un peso era igual a un dólar estadounidense. Una vez caída la convertibilidad y efectuada la “devaluación” del año 2.002, en nuestro país existe un tipo cambiario “flotante”, aunque no libre o pura, sino administrada, en la cual el BCRA interviene constantemente en el mercado de cambios para fijar un valor acorde a la política monetaria que persigue, por lo que se ha depreciando poco a poco la moneda en relación al dólar estadounidense -política monetaria de estilo crawling peg (minidevaluaciones sucesivas)-, salvo la realizada en enero de 2.014 que fue más acentuada (modelo de overshooting del tipo de cambio).

⁽⁴⁷⁾ Si bien se sostiene que en una etapa inflacionaria, sin reajustes por la misma, se reducen el número de casos de 'cesación de pagos', ya que opera la licuación de los pasivos por el transcurso del tiempo, tarde o temprano ello genera una corrosión que conllevará al mismo.

además de contar con un sector financiero y bancario institucionalizado de prestigio⁽⁴⁸⁾ para suministrar a las unidades ilíquidas de los fondos necesarios para el desarrollo de sus actividades mediante los instrumentos adecuados y convenientes⁽⁴⁹⁾; y 6) el régimen tributario, el cual sin perjuicio que resulta altamente necesario para el cumplimiento por parte del Estado de sus funciones, debe ser razonable, previsible⁽⁵⁰⁾, estable y no confiscatorio, en especial para evitar que una presión tributaria alta perjudique tanto la rentabilidad y reinversión de una unidad económica como el bienestar de un ciudadano común, más aún en nuestro país donde a veces existen superposiciones o verdaderas doble imposiciones de actividades debido a la imposiciones tributarias del orden federal, provincial y municipal. Es más, tampoco toma en cuenta la situación económica real de los contribuyentes, limitándose a imponer gravámenes; y cuando muchos de éstos no pueden cumplir por falta de capacidad real, los califica de 'evasores' y por medio de multas y otros accesorios, multiplica sus requerimientos y acrecientan sideralmente los montos adeudados.

Las causas mencionadas, son parte de un contexto que afecta indirectamente pero de manera marcada e indiscutible a los 'estados de cesación de pagos'; y, además, su inadecuado tratamiento puede desembocar en el fenómeno de contagio o alérgico al que ya hemos hecho referencia.

A su vez, existen otras variables de importancia como son la denominada "estabilidad política", la cual desde hace más de una década en nuestro país de algún modo se ha logrado (obviamente con algunos defectos y desaciertos), las tan mentadas y proclamadas "seguridad jurídica" ⁽⁵¹⁾ y "mantenimiento de las reglas de juego económicas", las cuales pareciera que sólo se reclaman y abogan en beneficio de los inversores y no de todos los agentes que interactúan en la sociedad.

Por otro lado, las causas *endógenas*, son más difíciles de identificar, ya que provienen del seno íntimo del ente, y solo quien cuente con acceso a esa información privilegiada podrá en verdad conocerlas. Sin perjuicio de ello, podemos citar algunos casos frecuentes.

Así, para el supuesto de sociedades comerciales, el clásico recambio generacional fallido, en el que el hijo o nieto del fundador, sin vocación o sin talento, conduce la misma en

⁽⁴⁸⁾ Nótese que en la Argentina, luego de la crisis de 2.001 se perdió toda credibilidad sobre el sector bancario, la cual paulatinamente se ha ido recuperando pero no del modo deseado, y con un mercado de capitales muy pequeño en relación al tamaño de nuestra economía.

⁽⁴⁹⁾ Sobre los mercados financieros y bancarios, su importancia, funciones e instrumentos, véase: ZANDRINO, Juan José y Mc INERNY, Patricio T., *Manual de derecho comercial*, Buenos Aires: La ley, 2008, pp. 487 y sgtes.

⁽⁵⁰⁾ Se ha sostenido que "El Estado debe prescribir claramente los gravámenes y exenciones, para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas en materia tributaria" (CSJN, 1933, "Multicambio S.A., Fallos, 316:1115, entre muchos otros, Fallos: 319:2185 y 3208, 327:3660, 328:456). Por otro lado, se ha sostenido que se debe lograr un grado de estabilidad legislativa que es condición –no suficiente pero sí necesaria– del siempre declamado desarrollo pleno y justo de las fuerzas económicas (CSJN Fallos 151:359, 243:92, 300:1232, 307:360 en p. 372, entre muchos).

⁽⁵¹⁾ Sobre la denominada seguridad jurídica, véase: ALTERINI, Atilio Aníbal, *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993 y MANILI, Pablo L., *La seguridad jurídica. Una deuda pendiente*, Buenos Aires: Hammurabi, 2.011.

pocos años⁽⁵²⁾, así especialmente en las denominadas “empresas de familias” donde se entremezclan relaciones societarias con afectivas por la relación de parentesco y las PyMEs, muchas veces carentes de un *management* profesionalizado. Para el supuesto de una persona física, contingencias propias de la vida pueden generar y/o conllevar a ese estado cesante (v.gr. desempleo, divorcio, problemas de salud, sobreendeudamiento por consumo irresponsable, etcétera).

Obviamente que como fenómeno complejo que es la insolvencia, la mayoría de las veces es el resultado de la combinación entre causas endógenas y exógenas, en las que ante un cambio significativo en las condiciones de mercado, le sigue una decisión o decisiones desacertadas.

Para morigerar la incidencia de las causas exógenas, el Estado debe tener políticas monetarias y fiscales adecuadas, fomentar la flexibilización de créditos para la producción, establecer una presión tributaria razonable que permita un margen de rentabilidad razonable para toda actividad económica, un manejo responsable de las finanzas públicas y un ejercicio prudente y racional del poder de policía para tales cometidos, etcétera. Empero, todo ello no detendrá las insolvencias, ya que como fenómeno social y económico, resulta algo inevitable en la matriz del sistema capitalista, que acontece inevitablemente desde antaño y continuará aconteciendo. Lo difícil es que un Estado pueda, incluso mediante un marco y esquema normativo centrado en ello, contribuir concreta y útilmente a la prevención de las causas endógenas de la insolvencia.

Para ello, resulta imprescindible que por un lado todo ente económico primeramente bregue por lograr la eficiencia⁽⁵³⁾ y en caso que el mismo no tenga una situación patrimonial, financiera y económica promisorias, se tome la decisión –a tiempo- entre reorganizar, reestructurar o liquidar⁽⁵⁴⁾ ya sea mediante los procesos concursales u otras herramientas que el ordenamiento jurídico prevé.

Obviamente que dicha decisión, en caso de entes societarios, debe tomarse en forma oportuna y temporánea y no como acontece en la realidad, donde en general se advierten conductas extrañas al no haberse intentado los citados remedios con mayor antelación pese a operar muchos años en cesación de pagos⁽⁵⁵⁾, lo cual claramente debe tenerse presente al momento de evaluar si una conducta es reprochable penalmente.

⁽⁵²⁾ De ahí el dicho en relación a las empresas de familia, que “*el abuelo las funda, el hijo las agranda y el nieto las funde*”, lo cual se corrobora con datos estadísticos que da cuenta un porcentaje menor trasvasa a una segunda generación y mucho más a la tercera.

⁽⁵³⁾ Eficiencia se asocia a la producción de mayor cantidad de bienes y servicios con menor cantidad de recursos disponibles, y donde el consumidor obtiene mayor cantidad de bienes y servicios con la menor cuantía de recursos.

⁽⁵⁴⁾ Sobre la disyuntiva de continuación o preservación de la empresa y liquidación, véase: ANAYA, Jaime L., “*El mito de la -empresa inmortal*”, ED, 127-424/438; RAMIREZ BOSCO, Lucas, “*Más allá del mito de la empresa inmortal. Paradójica economía de una decisión liquidativa ¿eficiencia vs. Subsistencia?*”, RDCO, Año 40, vol. 2007-A, págs. 137/170.

⁽⁵⁵⁾ Vide al respecto: RICHARD, Efrain Hugo. *La crisis de la organización societaria*, en “*Perspectiva del derecho de la insolvencia*”, Academia Nac. de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010, p. 268 y sgtes.

Para lograr una decisión tempestiva, resulta encomiable tener presente la llamada “zona de insolvencia” del derecho norteamericano⁽⁵⁶⁾, más aún cuando los administradores no pueden dejar de advertir señales tales como la pérdida de capital social⁽⁵⁷⁾ o de infra-capitalización, sobreendeudamiento o la insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o para cumplir el objeto social, por lo que pese a que podría parecer que en ciertos casos puede ser difícil distinguir “zona de insolvencia” de cesación de pagos, no debería serlo para los administradores, a quienes se debe aplicar un mayor rigor en la evaluación de sus conductas, tanto en el ámbito comercial como penal.

2. QUIEBRA Y LEGISLACIÓN PENAL.

Desde el aspecto penal, se puede sostener sin hesitación alguna que la quiebra, en sí, como fenómeno económico y financiero que por su trascendencia es llevado al terreno jurídico-legal, no es punible⁽⁵⁸⁾.

En este sentido, se ha sostenido que la ley no castiga el estado de quiebra como tal⁽⁵⁹⁾; pero cuando éste va acompañado de alguno de los hechos que la norma penal específica, la quiebra desde el punto de vista penal es fraudulenta o culpable, aunque no medie relación de causalidad entre el acto y la declaración de quiebra, solo basta, por lo tanto, una relación de mera coexistencia del hecho expresamente definido y la cesación de pagos; en consecuencia, el hecho enunciado funciona como presunción⁽⁶⁰⁾.

La insolvencia puede ser real, ese es el verdadero estado de quiebra. El cual se puede castigar cuando a eso haya ido a parar el deudor como consecuencia de una conducta

⁽⁵⁶⁾ Parecería prima facie que –dentro de nuestro ordenamiento legal- el test de flujo de fondos (cash flow) sería el más adecuado para ajustarnos a poder determinar el ingreso de la actividad societaria a la zona de insolvencia. Citando a Vítolo, se debe recurrir -necesariamente- a los tres análisis simultáneamente: a) balance (cuando su pasivo supera su activo), b) flujo de caja (cash flow), básicamente cuando una sociedad no puede pagar sus deudas a medida que éstas se vuelven exigibles, ha entrado en zona de insolvencia, y c) evidencia transaccional, es cuando una sociedad realiza una transacción de la cual resulta un irrazonable –por pequeño- remanente de capital en dicha sociedad y ésta enfrenta un razonable riesgo de insolvencia, ha entrado en la zona de insolvencia (conf. RICHARD, op. cit, págs. 276 y sgtes.)

⁽⁵⁷⁾ Corresponde distinguir la pérdida de capital, de la insolvencia, ya que no son conceptos idénticos. La pérdida de capital social se caracteriza por la disminución del patrimonio neto, precisamente en razón de las pérdidas de ejercicio, que cuando alcanzan cierta envergadura (art. 206, LSC), imponen su reducción y si son totales, la disolución de la sociedad salvo medidas alternativas (art. 94, inc. 5, LSC). En cambio, la insolvencia, se caracteriza por un estado del patrimonio social, que se manifiesta por la imposibilidad de hacer frente, en forma regular, a las obligaciones exigibles (art. 1º, LCQ). La primera de ellas, se manifiesta a partir de la aprobación de los estados contables, y en consecuencia es una noción jurídico contable, mientras la segunda es una noción económico financiera. Si bien normalmente la pérdida de capital social, precede a la insolvencia, ambos conceptos no son equivalentes, y en consecuencia puede haber pérdida de capital, sin insolvencia, y viceversa (Conf. ARAYA, Miguel C., *Pérdida del capital social e insolvencia*, LL, 2005-F, p. 1278).

⁽⁵⁸⁾ Conf. ARGERI, *Quiebra fraudulenta en sede penal*, LL, 1981-D, p. 1345, con citas de BONELLI y LYON-CAEN et RENAULT, nota. 38.

⁽⁵⁹⁾ Así, se sostuvo que ya no se castiga la insolvencia por el mero hecho de serlo, como aconteció en la prisión-servidumbre más remota, ni con la finalidad de constreñir al pago, como en la prisión-coercitiva más reciente, sino en atención a las causa y propósitos que condujeron a tal desenlace del impago (QUINTANO RIPOLLES, *Tratado...*, III, Madrid 1962, p. 15. Citado por VILADAS JENÉ, Carles. *Los delitos de Quiebra. Norma jurídica y realidad social*, 1ª edición. Barcelona: Ed. Península, 1982, p. 38).

⁽⁶⁰⁾ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, IV, Buenos Aires: Tea, 1987, ps. 483 y 484.

genéricamente desarreglada que razonablemente lo podía conducir a ese estado. Esa conducta puede ser apreciada por el juez sin necesidad de las perpetuas anteojeras de la ley comercial⁽⁶¹⁾.

La naturaleza de las figuras penales tienen por fin evitar que el deudor obligado realice actos que puedan vulnerar la completividad de su patrimonio o que conviertan en inejecutables sus bienes, que como parte de su patrimonio constituyen la prenda común de los acreedores. Asimismo buscan evitar conductas que favorezcan a determinados acreedores en desmedro y detrimento de otros⁽⁶²⁾.

Al respecto, sobre la conveniencia de las sanciones penales, hay quienes entienden que la cárcel es el único medio eficaz en atención al efecto disuasorio que deben perseguir las penas en materia de delincuencia económica, como ocurre en las quiebras. En general, el quebrado posee una preparación cultural más elevada que los que presuntamente cometen otros delitos por lo que podría comprender mejor el temor que aparejaría una pena privativa de la libertad⁽⁶³⁾, opinión la cual debido a la masificación de los procesos concursales debe relativizarse.

a) Cuestiones terminológicas.

Algunas cuestiones terminológicas y de denominación sobre estos delitos merecen ser abordadas mediante algunas líneas. Al respecto, hay quienes reservan el termino *quiebra*⁽⁶⁴⁾ para el proceso económico y el de *bancarrota* al delito que puede resultar el comerciante cuando en su falencia se encuentran uno o algunos de los hechos previstos en la ley de quiebras a modo de presunciones iuris tantum⁽⁶⁵⁾.

La denominación “*bancarrota*”, tiene una fuerte raíz y tradición histórica, este es un vocablo netamente castellano, y tiene su origen en las famosas ferias de Medina del Campo de los siglos XV y XVI, donde acudían mercaderes de toda España y de países extranjeros, y se realizaban negocios mercantiles de grandísimas importancia. En la misma los genoveses ejercían el giro de letras y el cambio de monedas, se colocaban en la plaza principal de esa villa con sus mesas o mostradores y un banquillo de madera para sentarse; y cuando algunos de ellos faltaba maliciosamente a la buena fe, los cónsules o magistrados de la feria le imponían, entre otras penas, la de hacer quebrar solemnemente, ante el gentío inmenso, el citado banquillo, solemne y de exclusión del comerciante por deshonesto y dañino, lo cual luego se extendió a otros países⁽⁶⁶⁾.

Fue utilizado por primera vez en un texto legal en la Ordenanza francesa de Luis XIV del año 1.673, un siglo después, el Código Penal de Francia en 1.791 emplea la palabra *bancarrota* para referirse al delito de quiebra fraudulenta. Empero, la Corte de Orleáns hizo notar que en su acepción corriente “*bancarrota*” no supone, necesariamente, la idea de dolo o fraude,

⁽⁶¹⁾ SOLER, *Derecho penal*, IV, p. 488, quien además sostiene, el paralelismo general: insolvencia simulada = quiebra fraudulenta; insolvencia real = quiebra culpable (eventualmente).

⁽⁶²⁾ MONTAGNA, *Sanciones*, p. 106.

⁽⁶³⁾ MONTAGNA, *op. cit.*, p. 107.

⁽⁶⁴⁾ O también la expresión “*falencia*”, el cual deriva del antiguo verbo «*fallir*» que tiene su origen en el verbo latino *fallere*, cuyo significado es el de «faltar» o «engañar».

⁽⁶⁵⁾ LOZA, Eufracio. *Cómputo del plazo de la acción penal en el delito de bancarrota*, LL, 104, p. 687.

⁽⁶⁶⁾ GARCIA MARTINEZ, Francisco, *El concordato y la quiebra en el derecho argentino y comparado*, volumen I, Bs. As.: Ed. Depalma, 1967, p. 154.

aunque tiene un significado más duro que la palabra “quiebra”, pues a veces esta obedece a imprudencia o inconducta, pero no a fraude, y se la califica de bancarrota. El Consejo de Estado francés tuvo en cuenta la opinión precedente y formuló la división tripartita que fue consagrada en el Código de Comercio de 1807: a) quiebra propiamente dicha, sin inconducta ni mala fe por parte del fallido; b) bancarrota simple, con ausencia de mala fe, pero culpable por imprudencia o negligencia del quebrado, considerada como un delito correccional y c) bancarrota fraudulenta, que debe ser castigada como un crimen⁽⁶⁷⁾.

A su vez, ya en el siglo XVIII Carrara en su *Programa de derecho criminal* cuando enseñaba acerca de los delitos sociales hizo especial referencia al delito de *bancarrota*, quien sostenía que, en el ámbito mercantil, la institución del *crédito* (la creencia en la honradez) se había convertido en alma, sangre y vida del comercio en los pueblos cultos, por lo que se trataba de un bienpreciado por toda la sociedad⁽⁶⁸⁾.

Así, este autor refiere que la quiebra de quien, por especulación, simula su caída, o de aquel que quiere hacer de la quiebra un instrumento para enriquecerse con perjuicio ajeno, se atrae el aborrecimiento del público, y la represión de la ley penal si se trata de un comerciante. De acuerdo a las fuentes de dicho prestigioso autor, las primeras leyes sobre quiebras dolosas se dictaron contra los banqueros, y sólo con el correr del tiempo se extendieron a todos los comerciantes. De ello, el origen del nombre *bancarrota* con lo que se lo conocía por aquél entonces⁽⁶⁹⁾.

En ese tono, se sostenía que todos los Códigos modernos de entonces, al estudiar en título aparte la bancarrota, la consideraban algo sustancialmente distinto de la inocente o casual⁽⁷⁰⁾. Entre nosotros quiebra y bancarrotas son sinónimos, pero no ocurre lo mismo en varios países de Europa continental, como Francia por ejemplo, porque en ellos el vocablo “bancarrotas” implica la idea de culpa o fraude en la conducta del comerciante que fue declarado en quiebra, por eso se lo considera denigrante, siendo la quiebra para quien es deudor de buena fe⁽⁷¹⁾.

Nótese que esa influencia llegó hasta nuestra Constitución Nacional, que tomándola de su par estadounidense la receptó con esa denominación en los arts. 67, inciso 11°, y 108, actuales 75, inc. 12, y 126 luego de la reforma constitucional de 1.994.

Empero, como se expuso, nuestra ley penal no dio acogida al término “bancarrota”, tampoco lo hizo la comercial. Bancarrota –que se suele tener como equivalente a quiebra (Cuello Calón, Eugenio “Derecho Penal”, P.E., t. 2, p. 173, nota 10) aunque también se señalan diferencias entre ambas a partir del siglo XIX (Laje Anaya, Justo. “Quebrados y otros

⁽⁶⁷⁾ GARCIA MARTINEZ, *El concordato y la quiebra*, 1967, p. 153.

⁽⁶⁸⁾ CARRARA, Francesco: *Programa de derecho criminal. Parte especial*, traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1964, vol. VII, parág. 3404.

⁽⁶⁹⁾ CARRARA, *op. cit.*, párag. 3405 y nota 1 al parág. 3407. Citado por RAFECAS, *op. cit.*, p. 48. Véase evolución histórica en ARGERI, *Quiebra fraudulenta en sede penal...*, p. 1341/4.

⁽⁷⁰⁾ Conf. MALAGARRIGA, Carlos. “Efectos penales de la quiebra”, Buenos Aires: Ed. Lajouane, 1.896, p. 2, quien al efecto citaba los códigos de entonces, así el francés, el alemán de quiebras y el italiano de 1882.

⁽⁷¹⁾ GARCIA MARTINEZ, Francisco, *El concordato y la quiebra en el derecho argentino y comparado*, volumen I, Ed. Depalma, Bs. As., 1967, p. 151.

deudores punibles”, Depalma, p. 27⁽⁷²⁾-, expresión tradicional proveniente del banco de los comerciantes que antiguamente se rompía en público, cuando éstos no podían pagar a sus acreedores, fue utilizada por la Ciencia Penal (v.gr. Carrara, Francesco “Programa del curso de Derecho Criminal”, Depalma, 1948, parág. 3402, Antilosei, Francesco “Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades”, cap. I, Bogotá: Ed. Temis, 1964, entre otros)⁽⁷³⁾.

Por otro lado, cabe destacar que la tradicional denominación legislativa de “Quebrados y otros deudores punibles” así como la de “delitos de quiebra”⁽⁷⁴⁾, han sido cuestionadas en tanto parece sugerir la idea de que lo inculpatado es haber quebrado, cuando la quiebra en sí no es delito y por imperativo constitucional sólo pueden quedar abarcados por el ámbito de punibilidad, y bajo ciertas condiciones, determinados actos de fraudes a la masa de acreedores. Asimismo, se ha considerado que la denominación “insolvencias punibles”, es compatible con la posibilidad de legislar prescindiendo de la declaración de quiebra como exigencia de la configuración delictiva ⁽⁷⁵⁾.

Desde mi punto de vista, en relación a los delitos que abordamos en este trabajo, si bien los trabajos que tratan la temática los denominan de diversa manera, como “delitos vinculados a la quiebra”, “delitos relacionados a la quiebra”, “delitos de insolvencia”, “insolvencias punibles”, “delitos de quiebra”, entre otros; sin perjuicio de haber escogido la última para la titular este trabajo, estimo como más apropiada la de “*delitos vinculados o relacionados a la quiebra*” ya que resulta más comprensivo de todas las modalidades delictivas previstas en la ley penal, maguer que en el derrotero del trabajo se utilizan diversas denominaciones y que en la legislación actual existen delitos que en mayor medida se dan en otro tipo de procesos concursales, mas no en uno falencial (v.gr. colusión del art. 180, Código Penal).

Asimismo, estimo que no resulta adecuado denominar los delitos abordados en este trabajo como “delitos de insolvencia”, ya que por el mismo se comprende y también engloba el de insolvencia fraudulenta (art. 179, segunda parte, Código Penal), el cual no es un delito relacionado con un proceso concursal en general ni uno falencial en particular.

b) Particularidades y características de los delitos de quiebra.

Seguidamente, y antes de entrar al estudio de los antecedentes, los sistemas legislativos penales instaurados para reprimir ciertas conductas efectuadas en el marco de una situación falencial en sí y a un análisis dogmático de los delitos en particular, debemos destacar algunas particularidades y características que presentan estos tipos delictuales⁽⁷⁶⁾.

Así, hace ya tiempo, ante la falta de interés que históricamente tuvo su estudio, se sostuvo ilustrativamente que *los delitos de quiebra han nacido como plantas silvestres* fuera

⁽⁷²⁾ Sobre la disquisición planteada entre los términos "quiebra" y "bancarrota", ha llevado a sostener a Laje Anaya que se aplica el término de "reo de bancarrota fraudulenta" al comerciante que refleja un estado moral de mayor perversidad, o sea aquel que llega a la insolvencia mediante actos de dolo o fraude (Ver Laje Anaya: "Quebrados y otros deudores punibles", p. 28. También citado por Favier-Dubois, Eduardo M. (p), *El delito de quiebra fraudulenta*, Errepar, DSE N° 192, Nov./2003, TXV, p. 1158).

⁽⁷³⁾ CARRERA, Daniel P. *Delitos vinculados a la quiebra*, J.A. 1988-II, p. 516.

⁽⁷⁴⁾ LAJE ANAYA, *Quebrados...*, p. 12.

⁽⁷⁵⁾ ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 123.

⁽⁷⁶⁾ En este sentido, se ha dicho que este delito presenta particularidades muy especiales, al punto que otro maestro como Bonelli (Gustavo, “Dell Fallimento”, t. III, p. 314) ha afirmado que no encuentra comparación y analogía en la escala de los delitos clasificados en el código penal (Citado por LOZA, op. cit., p. 687).

del recinto cultivado por los jardineros del Derecho Penal y la falta de cultivo científico se advierte, antes que todo en el plano legislativo⁽⁷⁷⁾.

A su vez, se ha dicho que en pocos delitos como en la quiebra, subsiste en doctrina una fuerte *tendencia a considerarlo regido por un sistema de presunciones de culpabilidad* aunque ello parezca de antaño, vetusto y una involución en el derecho represivo, persistiendo ciertas teorías que pueden arrojar resultados prácticamente iguales⁽⁷⁸⁾. Como ya se dijo, la ley no castiga el estado de quiebra como tal, pero cuando este va acompañado de alguno de los hechos que la ley comercial específica, la quiebra es fraudulenta o culposa, aunque no medie relación de causalidad entre el acto y la declaración de quiebra. Basta, por lo tanto, una relación de mera coexistencia del hecho expresamente definido y la cesación de pagos. En consecuencia, el hecho enunciado funciona como presunción⁽⁷⁹⁾.

Una característica muy especial de los delitos de quiebra es la llamada *unicidad*, ya que ellos toman en cuenta con mucha generalidad una serie de actos del deudor, para unificarlos en un solo delito⁽⁸⁰⁾. Es uno de los delitos dotado, en este sentido, de una mayor comprensión. Para declarar su existencia, no se requiere una pluralidad de hechos; pero la pluralidad de hechos no altera su naturaleza⁽⁸¹⁾ siendo una particularidad el poder de absorción de las figuras de quiebra.

Otra particularidad, es la *complejidad* que se advierte en estas figuras delictivas, esto debido por un lado a que las causas determinantes de la quiebra resultan dispares, presentándose normalmente de modo complejo⁽⁸²⁾ y por otro, debido a que los supuestos que se sancionan con los delitos de quiebra también lo son. En este sentido se ha sostenido que es sabido que los delitos de quiebra, tanto los relacionados al fraude como a la culpa, constituyen uno de los tipos más complejos del Código Penal⁽⁸³⁾ y que las cuestiones complejas que se contemplan hacen al delito de quiebra fraudulenta un delito de gran particularidad entre los denominados *white collar crimes*⁽⁸⁴⁾. En igual sentido, dos eximios juristas, Carrara (*Programma*, p. esp., t. VII, n° 3407) y Rocco (*Sull concetto giuridico della bancarotta*”, en Rivista di Diritto Commerciale, t. I, año 1911) expresaron respectivamente, refiriéndose al

⁽⁷⁷⁾ ANTILOSEI, Francesco, *Delitos relacionados con las quiebras y sociedades*, Bogotá: 1964, p. 35 invocando a Carnelutti y citado por Montagna, *Sanciones*, p. 105 y por Bergel, Salvador Darío. *La calificación de conducta en el anteproyecto de ley de concursos mercantiles*, JA, 1970, p. 263.

⁽⁷⁸⁾ En este sentido lo señala SOLER, op. cit., IV, 483.

⁽⁷⁹⁾ SOLER, op. cit., p. 484.

⁽⁸⁰⁾ Esto ha llevado a sostener que la misma es una especie de “institución privilegiada”, ya que al quebrado se le impondrá una sola pena aunque haya cometido varias falsificaciones, varias apropiaciones indebidas, varios otorgamiento de contratos simulado u otra combinación cualquiera de tales figuras (Conf. VILADAS JENÉ, Carles. *Los delitos de Quiebra. Norma jurídica y realidad social, 1ª edición*. Barcelona: Ed. Península, 1982, p. 43).

⁽⁸¹⁾ SOLER, *Tratado*, IV, p. 489.

⁽⁸²⁾ Así, OBARRIO, *Estudios sobre la quiebra*, Bs. As., 1895, menciona entre las causas determinantes de la insolvencia, conceptos emitidos por el Consejo de Estado de Francia el 3 de setiembre de 1807, en que se imputaba, también a la “suerte”, el motivo determinante de la insolvencia. Citado por ARGERI, *Si la sindicatura puede...*, p. 1075, nota. 8.

⁽⁸³⁾ BERGEL, Salvador Darío. *La calificación de conducta en el anteproyecto de la ley de concursos mercantiles*, J.A. 1970, p. 263.

⁽⁸⁴⁾ RAFECAS, Daniel Eduardo, *Una sentencia de quiebra fraudulenta con múltiples maniobras que no conmueven su unicidad (nota a fallo)*, LL, 2004-D-542.

delito de bancarrota, que era el que menos elaboración científica ofrece y que constituye uno de los problemas más difíciles y oscuros del derecho penal⁽⁸⁵⁾. Como se verá, esta supuesta complejidad, ha provocado al menos en nuestro país, un estado de anomia –por no decir de amplia impunidad- dado que la alta especialización en cuestiones concursales no es un estandarte que puedan exhibir nuestras agencias judiciales penales, ni viceversa, pese a que resulta inocultable que los delitos se cometen, con la típica multiplicación del daño patrimonial no sólo entre acreedores, sino también alcanzando muchas veces de modo dramático a depositantes, trabajadores y al Estado mismo⁽⁸⁶⁾. A su vez, dicha complejidad además se advierte, como oportunamente se verá, ya que la acción de quiebra fraudulenta es la única conducta antijurídica prevista en el Código Penal que puede hallarse integrada en un mismo momento por hechos dolosos y culposos, y además en la circunstancia que es el único ilícito que puede afectar el patrimonio mediante un actuar culposo⁽⁸⁷⁾.

Por último, cabe destacar la *importancia de la contabilidad* para escudriñar si se han configurado algunas de las conductas o supuestos reprimidos por la ley penal. En este sentido, se ha dicho que en muchos casos juegan un papel preponderante los aspectos técnicos contables, por cuanto constituyen el campo propicio para ocultar o disfrazar situaciones delictivas⁽⁸⁸⁾.

d) Sistemas legislativos.

En relación a cómo han sido reguladas las sanciones penales relativas a las quiebras en los ordenamientos jurídicos, la legislación comparada históricamente ha mostrado diferentes sistemas legislativos⁽⁸⁹⁾.

Así, ARGERI⁽⁹⁰⁾ clasificaba las mismas en tres sistemas: a) Los delitos de quiebra son regulados en la propia legislación de la quiebra (v.gr.: Real-Decreto 267 del 16 de marzo de 1.942 de Italia)⁽⁹¹⁾, b) una ley especial reglamenta las situaciones jurídicas vinculadas con las penalidades penales y civiles, así como el régimen procesal aplicable, o sea, regla los aspectos procesales, civiles y penales, y c) la ley de quiebras tipifica cualitativamente las conductas culpables y fraudulentas mientras la escala retributiva sancionatoria se deja librada al régimen especial penal⁽⁹²⁾, o sea el “quantum” sancionatorio es fijado por el código penal⁽⁹³⁾.

⁽⁸⁵⁾ Citado por LOZA, *op. cit.*, p. 687.

⁽⁸⁶⁾ RAFECAS, *Una sentencia...*, p. 543.

⁽⁸⁷⁾ NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 68/69.

⁽⁸⁸⁾ BERGEL, *op. cit.*, p. 263.

⁽⁸⁹⁾ Al respecto Soler refiere que es frecuente en la legislación comparada que la regulación de esta materia dependa directamente de la legislación comercial o de leyes especiales no puramente de carácter penal (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, IV, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, Bs. As.: Tea, 4ª edición parte especial, 1987, p. 479).

⁽⁹⁰⁾ Conf. ARGERI, *Calificación...*, p. 1426, Quiebra fraudulenta en sede penal, LL, 1981-D, 1343 y en *La quiebra y demás procesos concursales*, v. 3., p. 125, donde expone sobre el sistema adoptado por diversas legislaciones de esa época.

⁽⁹¹⁾ Véase dicha legislación en la primera parte de este trabajo, págs. 24 y sgtes. A su vez, ANAYA, Jaime Luis. *La norma penal en la ley comercial*. ED 145-749, entre las agrupaciones normativas por materia, mencionaba la ley de falencias italiana (Real Decreto de Marzo 16-1942, Título VI) y la francesa (leyes de Julio 13-1967, título III y de enero 25-1985, título VII).

⁽⁹²⁾ LANDROVE DIAZ, Gerardo, “*Las quiebras punibles*”, Barcelona: 1970, p. 65 y sgtes. Citado en: ARGERI, *Calificación...*, p. 1426, nota 21.

A su vez, CARRERA refiere que entre los sistemas posibles se cuentan el de una “Ley de quiebras” reguladora de las conductas punibles, cual la italiana (Antilosei, Parte Primera – 1) o el más antiguo caracterizado por el uso de tipos penales en blanco, pues la ley represiva consigna sólo la pena, mientras los comportamientos punibles son descriptos por la ley mercantil (Bacigalupo, Enrique. *Estudios Jurídicos penales sobre insolvencia y delito*, Depalma, p. 1 y sgtes.). Era el seguido por el Proyecto de 1891 (arts. 213 y 214), pero el Proyecto de 1906, al que corresponde el Código, se apartó de él y, en el adoptado, las conductas delictivas están descriptas en las respectivas figuras sin depender de calificaciones de la ley comercial⁽⁹⁴⁾. Sobre el punto, existían opiniones doctrinarias que abogaban por la necesidad que la legislación por razones de metodología, regule las sanciones de orden penal dentro del régimen (comercial) de la quiebra⁽⁹⁵⁾.

En relación a este tema, el español VILADAS JENÉ⁽⁹⁶⁾ si bien con acierto refiere que al abordar la legislación extranjera no pueden realizarse clasificaciones *strictu sensu*, debido al difícil encasillamiento, en sub-grupos, divisiones, por la vigencia temporal de las normas, a veces escasas; refiere la existencia de tres grandes sistemas sobre la ubicación del derecho penal de quiebras en el ordenamiento y la cuestión del requisito de la procedibilidad, refiere: 1) el sistema de “*autonomía criminal*”, que consiste en tipificar los delitos de quiebra en el Código Penal exclusivamente (Holanda, Suiza, Finlandia, República Federal Alemana; 2) el sistema “*de autonomía legislativa*” que consiste en una ley única sobre las quiebras, comprensiva de sus aspectos procesal, mercantil y penal. Este estaba bien representado en Europa por las legislaciones alemana (RFA), italiana e inglesa. No obstante la República Federal posteriormente abandonó tal sistema y el italiano objeto de duras críticas pues los inconvenientes de la autonomía se le suma los de la remisión a otros textos legales; y por último, 3) un sistema que refiere que podría denominarse “*de reenvío*” porque se basa en esta técnica legislativa, informando que quizás este es el sistema más tradicional. Con origen en el proceso codificador iniciado en Francia por Napoleón y fue seguido por Bélgica, Luxemburgo y también por España. A su vez, este autor al abordar los mismos, refiere que una reacción penal eficaz es la certeza y celeridad, consignando que la dependencia al proceso concursal enerva el penal.

Habiendo expuesto los sistemas existentes en torno a cómo los ordenamientos jurídicos han regulado en general las sanciones penales, adentrándonos en el análisis en sí de cómo han sido regulados estos tipos de delitos tanto en la legislación nacional como extranjera en los códigos represivos propiamente dichos, puede concluirse que el mismo recibió dos tratamientos totalmente dispares.

El primer sistema fue el seguido por el Código de Napoleón, el cual fue compartido por el derogado Código francés y por los diferentes códigos penales españoles hasta la reforma introducida en 1.995, en los cuales las conductas antijurídicas eran descriptas en las propias

⁽⁹³⁾ Método seguido por la ley 67.563 del 13 de julio de 1967 de Francia. Conf. ARGERI, Si la sindicatura puede intervenir en el proceso penal por quiebra fraudulenta, LL, 1980-A, p. 1075.

⁽⁹⁴⁾ CARRERA, Daniel P. *Delitos vinculados a la quiebra*, JA: 1988-II-515.

⁽⁹⁵⁾ A lo cual ARGERI, en *La quiebra...*, v. 3, p. 125, no compartía por romperse con ello la estructura del código penal y fragmentar su unidad.

⁽⁹⁶⁾ VILADAS JENÉ, Carles. *Los delitos de Quiebra. Norma jurídica y realidad social, 1ª edición*. Barcelona: Ed. Península, 1982, p. 166 y sgtes.

leyes comerciales y mediante la creación de una *norma penal en blanco* dispuesta en el código penal o en leyes penales, exclusivamente se le aplicaba la penalidad prevista para ese actuar disvalioso⁽⁹⁷⁾. Igual sistema fue adoptado entre nosotros por el Proyecto Tejedor y por todos los proyectos de reforma con algunas variantes hasta 1.906⁽⁹⁸⁾. Por su parte, en América Latina continúa hoy vigente esta tendencia a través de los códigos penales de Bolivia, Ecuador, Honduras, Panamá, Uruguay, Venezuela, República Dominicana y Haití.

En el sistema opuesto, el cual brinda un *tratamiento autónomo*⁽⁹⁹⁾, fue el adoptado por nuestra actual legislación, el cual muchos sostienen que es el más adecuado debido a la necesaria independencia que debe existir entre una y otra materia. Este sistema nació en Italia y fue finalmente adoptado por Costa Rica, Nicaragua, Perú y México, y en el continente europeo por España, Francia, entre otros países.

e) El bien jurídico tutelado.

e.1) Breves menciones sobre los orígenes y conceptualización de bien jurídico.

La noción de bien jurídico fue introducida por Birnbaum, en 1.834, quien los entendía como meros objetos materiales dignos de protección, lo cual era una consecuencia del momento histórico de su formulación (las primeras décadas del siglo XIX, fuertemente influidas por la impronta de la ilustración y el liberalismo), donde se encontraba arraigada la ideología del contrato social, el desarrollo de las ciencias y el racionalismo, todo lo cual dificultaba la comprensión y aceptación de intereses más difusos e inmateriales. Condicionado por la lucha que la burguesía dominante había librado contra el Estado absoluto u teocrático, los bienes jurídicos sólo podían ser entendidos como derechos subjetivos individuales (de los cuales resultaban titulares las personas), en contraposición con los intereses comunes o colectivos, que eran rechazados por esa misma fuerte oposición a toda idea de opresión estatal a los individuos⁽¹⁰⁰⁾.

En este sentido, se ha sostenido que el origen del bien jurídico se encuentra en la pretensión de elaborar un concepto de delito previo al que forme el legislador, que condicione sus decisiones, pretensión característica de una concepción liberal del Estado, que concibe este como un instrumento que el individuo crea para preservar los “bienes” que la colectividad en su conjunto crea se deban proteger. El bien jurídico es la elevación a la categoría de “bien tutelado o protegido por el derecho”, mediante una sanción para cualquier conducta que lesione o amenace con lesionar este bien protegido, de esta reflexión se puede deducir que el bien jurídico obtiene este carácter con la vigencia de una norma que lo contenga en su ámbito

⁽⁹⁷⁾ Nuestra Corte Federal ha sostenido que: “En el caso de las leyes penales en blanco se da la posibilidad de que, sin una variación formal aparente del tipo penal, su contenido resulte modificado por el cambio sufrido por la norma extrapenal, ya que no es posible concebir como completa la norma sin la normativa de complemento, pues ésta resulta una parte esencial de la ley sin la cual se tornaría inoperante” (CSJN, *Fallos*, 318:373).

⁽⁹⁸⁾ Arcaico sistema de los tipos penales en blanco era el Código Penal de 1896, cuyo art. 198 disponía: “El quebrado fraudulento sufrirá de tres a seis años de penitenciaría e inhabilitación por cinco a quince años para ejercer el comercio. El quebrado culpable sufrirá de uno a tres años de prisión e inhabilitación por dos a cinco años para ejercer el comercio” (Conf. HIGHTON, Federico R. y CAVALLERO, Ricardo Juan. *Sobre la quiebra y algunas cuestiones penales*, LL, 1977-D, p. 773).

⁽⁹⁹⁾ FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal*, p. 562, refiere que el sistema preferible es el de la autonomía de los códigos penales en la materia, que es el adoptado por nuestro código.

⁽¹⁰⁰⁾ Conf. FAVAROTTO, Ricardo S., *Acerca del bien jurídico en las insolvencias punibles*, LLBA, 2012, p. 355 y sgtes.

de protección, más si esta norma no existiera o caducara este no deja de existir pero sí de tener el carácter de “jurídico” ⁽¹⁰¹⁾.

No obstante algunas diferencias significativas en la proposición del tema, tres de los más grandes pensadores del derecho penal moderno (Feuerbach, Listz y Binding) transitaron en términos generales por la misma senda abierta por Birnbaum, es decir, la concepción material e individual del bien jurídico, hasta que la denominada Escuela de Kiel –una de las usinas ideológicas del discurso nacional-socialista del estado totalitario alemán- creyó que había llegado el momento de transformar, en forma radical, la configuración del poder punitivo, entendiendo que podía prescindir del concepto de bien jurídico en la construcción del derecho penal, dada su inutilidad, pues el injusto debía ser entendido como una mera infracción al deber normativo, independientemente de la existencia de afectación alguna. En cambio, en un estado de derecho la función del bien jurídico resulta trascendente, en tanto se la conciba y aplique con criterio restrictivo o reductor de punibilidad, en un doble sentido. En primer lugar, como límite impuesto al legislador en la actividad de criminalización primaria, quien no podrá aquellos que atenten contra valores axiales de nuestra CN (art. 19) y en segundo término como valla infranqueable al sistema punitivo en los procesos de criminalización secundaria, según la cual la persecución penal a las personas no podrá extenderse más allá del taxativo contorno del delito, acorde a su definición normativa u a su interpretación estricta ⁽¹⁰²⁾.

e. 2) El bien jurídico tutelado en los delitos de quiebra. Posturas doctrinarias.

En cuanto al bien jurídico tutelado en relación a los delitos que tipifican y sancionan conductas realizadas en el marco de un proceso falencial y de otros procesos concursales, han corrido ríos de tinta al respecto, tanto en nuestro país como en el derecho comparado. Así, discrepa la doctrina acerca de la naturaleza del bien tutelado, o cual es la finalidad perseguida por la ley al sancionar la conducta del fallido en el doble aspecto de la responsabilidad por las consecuencias de sus actos dañosos y de hacerlo pasible de penas establecidas en el código represivo.

En efecto, algunos dentro de una concepción publicística global, piensan que el bien protegido es la *economía pública* (CANDIAN, *Della bancarotta*, en “Riv. Dir. Comm.”, 1935, I, p. 613). Para otros (NUVOLONE, *Fallimento*, p. 25), lo es *la administración de justicia*. Para una tercera corriente el objeto es más genérico, más amplio, abarca una diversidad de aspectos parciales como *la defensa del orden jurídico, de la administración de justicia, de la fe pública, del comercio y de la producción* (PROVINCIALI, *Tratado de derecho de quiebra*, t. III, p. 477), o el *interés de una correcta marcha de las relaciones económicas*, la fe y el crédito público (BOLAFFIO, *La bancarotta della bancarotta e la sua necessaria riforma*, en “Riv. Dir. Comm”, 1929, I, p. 613) ⁽¹⁰³⁾.

En cuanto que los demás, en opinión a la que adhiere BERNE ⁽¹⁰⁴⁾, entienden que la finalidad perseguida por el ordenamiento legal es la protección de los derechos de los acreedores y del Estado a la *pars conditio creditorum* (YADAROLA, *El problema dogmático de*

⁽¹⁰¹⁾ MONTAGNA, *Sanciones al quebrado*, p. 31, nota 12.

⁽¹⁰²⁾ Conf. FAVAROTTO, *op. cit.*, p. 355.

⁽¹⁰³⁾ BERNÉ, Julio Glineur. *Calificación de conducta del fallido*, RDCO, año 7, agosto 1974, p. 377 a 396. También véase CAMARA, *La falencia de la falencia...*, p. 393.

⁽¹⁰⁴⁾ BERNE, *ibidem*.

la *falencia*, en Homenaje a Yadarola, t. II, p. 283), sin perjuicio que al propio tiempo, como efecto secundario, tienda también a la tutela del interés social (ANTILOSEI, *Delitos relacionados con la quiebras y las sociedades*, p. 98; Exposición de Motivos de la Ley 19.551) por las perturbaciones que el fenómeno de la insolvencia produce en la vida económica a causa de la interdependencia de las relaciones crediticias.

Sin perjuicio de dicho introito, cabe pasar revista por la doctrina nacional, la cual en general coincide en que lo que se intenta tutelar, es *la intangibilidad del patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores* a fin de que éstos puedan efectivizar sus créditos⁽¹⁰⁵⁾. En efecto, en nuestro país, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se inclina a tratarlo con toda razón -dada la redacción y ubicación sistemática de estos tipos penales-, como un delito contra la propiedad de los acreedores exclusivamente⁽¹⁰⁶⁾.

Así, NUÑEZ⁽¹⁰⁷⁾, considera que “son delitos que lesionan la propiedad ajena, mirada como el derecho que sobre el patrimonio de un deudor declarado judicialmente en cesación de pagos, tiene la masa de sus alrededores para satisfacer sus créditos”. Para FONTAN BALESTRA⁽¹⁰⁸⁾, en términos análogos, entiende que estos delitos “lesionan la propiedad, aunque esta aparezca como un derecho y no como un bien material”, para SPROVIERO⁽¹⁰⁹⁾, sintéticamente el bien jurídico “no es otro que el patrimonial” y LAJE ANAYA también alude a la propiedad⁽¹¹⁰⁾.

FAVIER-DUBOIS(p) refiere que en rigor las conductas tipificadas redundan en menoscabo del patrimonio del propio deudor, y no de la propiedad ajena, pero tal proceder lesiona la garantía que dicho patrimonio representa para los acreedores, de modo que la norma penal está apuntando en definitiva, a la tutela de sus créditos. Esto también explica porqué, a diferencia de lo que ocurre con otros delitos contra la propiedad, que son todos dolosos, en el caso se

⁽¹⁰⁵⁾ Conf. FAVAROTTO, *op. cit.*, p. 356. En igual sentido RAFECAS, *op. cit.*, p. 52, quien sostiene que en nuestro país, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia se inclina a tratarlo con toda razón como un delito contra la propiedad de los acreedores exclusivamente. También se ha dicho que la ley penal protege así el patrimonio del deudor como prenda común de sus acreedores, cuando al disminuir en forma tal que dificulta el pago de todos los créditos, se llega a la insolvencia por procedimientos fraudulentos o culpables, afectándose ese patrimonio (conf. LEVENE, Ricardo H., voz “quiebra culposa”, Enciclopedia Jurídica Omeba, p. 967) y que todos los delitos de este capítulo tienen por objetivo la protección de la incolumidad del patrimonio como prenda común de los acreedores (D’ALESSIO, Andrés José, y DIVITTO, Mauro A. (Coordinadores), *Código Penal comentado y anotado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, Tomo II, p. 537).

⁽¹⁰⁶⁾ RAFECAS, *op. cit.*, p. 50; NUÑEZ, *op. cit.*, p. 433; NAVARRO, Guillermo Rafael: *Fraudes*, p. 15; CREUS: *Derecho Penal-Parte Especial*, tomo 1, Astrea, 1993, p. 562; entre otros.

⁽¹⁰⁷⁾ NUÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, t. V, Bibliográfica Omeba, 1967: 433.

⁽¹⁰⁸⁾ FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, t. VI, Bs.As: Abeledo Perrot, 1990, p. 188. Este autor cuando señala que dada las particularidades específicas de este ilícito, dentro de los delitos contra la propiedad protege el derecho de los acreedores a percibir sus créditos del patrimonio del deudor en tanto prenda común, *Tratado...*, 1975, t. VI, p. 162.

⁽¹⁰⁹⁾ SPROVIERO, Juan H., *Delitos de estafas y otras defraudaciones*, tomo 2, 2ª edición, Buenos Aires: Ábaco, 1998, p. 422, citado por Favarotto, *op. cit.*, p. 356.

⁽¹¹⁰⁾ LAJE ANAYA, *Quebrados...*, p. 15.

perfecciona un delito “culposo” en la figura del artículo 177 del CP y su aplicación en el 178 del mismo cuerpo legal⁽¹¹¹⁾.

NAVARRO y RIZZI exponen que estos preceptos están destinados precisamente a la protección del bien jurídico “propiedad” y que dicha interpretación es controvertida toda vez que es fácilmente confundible con el derecho real de dominio previsto en el art. 2.506 del Código Civil⁽¹¹²⁾.

Por su lado, ERBETTA, refiere que las figuras delictivas contempladas en nuestro Código penal, procuran sancionar lesiones fraudulentas al derecho de crédito y, en menor medida, preservar la transparencia de los procesos concursales⁽¹¹³⁾.

Existen algunos autores que no diferencian entre los distintos tipos penales contemplados en nuestra ley penal. Entre ellos CREUS⁽¹¹⁴⁾ para quien “el capítulo, por medio de sus distintas figuras, tiende a proteger la incolumidad del patrimonio como prenda común de los acreedores, procurando que puedan ellos cobrar sus deudas, ejecutando los bienes que lo componen, en igualdad de condiciones con los otros acreedores”.

En cambio, otros si lo hacen, como CARRERA⁽¹¹⁵⁾, quien distingue la protección penal según las distintas figuras previstas, de manera que en la primera parte (arts. 176 al 179 párr. 1) se hace foco en el derecho de la masa de acreedores a la satisfacción de sus créditos con la “*pars conditio creditorum*” (igualdad de trato de los acreedores)⁽¹¹⁶⁾ debidamente respetada; mientras que en el tramo final (art. 180) se procura preservar la indemnidad o incolumidad de la “*pars conditio*” frente a las posibles connivencias de acreedores con el deudor, quebrado o declarado insolvente que no alteran el acervo de garantía a la masa. Asimismo, este autor refiere que la tutela penal no responde a un punto de vista patrimonial individual, sino a un punto de vista social: los intereses patrimoniales de los acreedores nucleados como masa, es decir, intereses patrimoniales procesalmente regulados. Esto y otras consideraciones lleva a decir que los delitos concursales son delitos *pluriofensivos*⁽¹¹⁷⁾.

Empero, por otro lado, contrariando la doctrina mayoritaria y dominante, hay una postura que considera más apropiado agruparlos dentro de los delitos contra de la *fe pública*⁽¹¹⁸⁾. En esta atalaya se posa SOLER⁽¹¹⁹⁾, quien siguiendo a Carrara⁽¹²⁰⁾ refiere que “las

⁽¹¹¹⁾ FAVIER-DUBOIS, Eduardo M. (P), *El delito de quiebra fraudulenta*, ps. 1.159/1.160 y en “Conflictos y armonías entre quiebra y delito de bancarrota: ¿cuasi impunidad o reforma integral?”, Errepar, DSE - N° 148 – marzo/2000 – T. XI – pág. 757.

⁽¹¹²⁾ NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 21.

⁽¹¹³⁾ ERBETTA, *Delitos de quiebra*, ps. 124/133.

⁽¹¹⁴⁾ CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 1, 5ª edición, Bs. As.: Astrea, 1996, p. 569.

⁽¹¹⁵⁾ CARRERA, Daniel P. *Delitos vinculados a la quiebra*, JA: 1988-II, p. 516.

⁽¹¹⁶⁾ Este principio, proveniente de la justicia distributiva, si bien está bastante maltrecho y en decadencia por la proliferación de preferencias y privilegios, sigue siendo el norte de toda legislación concursal.

⁽¹¹⁷⁾ CARRERA, *Op. cit.*, p. 517, con cita de Antilosei.

⁽¹¹⁸⁾ Beccaria aludía al tema en *De los delitos y de las penas*, cap. XXXIV “De los deudores”: la buena fe de los contratos y la seguridad del comercio obligan al legislador a garantizar a los acreedores en las personas de los deudores fallidos. Citado por RAFECAS, *El delito...*, p. 47, nota 1.

⁽¹¹⁹⁾ SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, tomo IV. 4ª edición. Buenos Aires: Ed. Tea, 1987, p. 500 y en ed. 1978, ps. 424 y 433.

⁽¹²⁰⁾ Para quien “el comercio es el hijo primogénito de la industria...y el crédito, o sea la creencia en la honradez, se volvió el alma, sangre y vida del comercio en los pueblos cultos, de suerte que quien privase de esa confianza

infracciones están constituidas por la incriminación de actos preparatorios o de verdaderas tentativas, independientemente del perjuicio realmente causado, y con esto se muestra una vez más la tutela que en este punto recibo el principio de la fe pública”⁽¹²¹⁾. En este sentido, en el *Proyecto de 1960* se los situó dentro de los ilícitos contrarios a la buena fe de los negocios⁽¹²²⁾.

Por su lado, ARGERI entiende que el bien jurídico es la *Economía Pública* ⁽¹²³⁾. De modo conteste, GARCIA MARTINEZ refería que “...tiene la quiebra una estrecha vinculación con el derecho penal, porque la perturbación que produce rebasa los intereses particulares de deudor y acreedores y repercute sensiblemente en la economía general, cuya tutela incumbe al Estado”⁽¹²⁴⁾. En cuanto al criterio de conceptuar los delitos en estudio como ilícitos contra la economía o el orden económico se hallan algunos ejemplos en legislaciones latinoamericanas, al que no ha sido extraña nuestra ley 20.840 (ALJA 1974-B-128), aunque muy debatida luego de las derogaciones parciales de ella, operadas por la ley 23.077 (LA 1984-B-815)⁽¹²⁵⁾.

Al respecto, MONTAGNA, quien es uno de los autores que desde hace años viene pregonando con más énfasis el estudio y crítica del sistema sancionatorio vigente en las

al comercio, lo convertiría en un cadáver, en una reminiscencia histórica” (Conf. CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte especial*, v. VII, tomo 9, 4ª edición, Bogotá: Temis, 1982, págs. 51 y 53. Citado por FAVAROTTO, *op. cit.*, p. 357 y por NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 22, quienes además destacan que esta postura adoptó von Liszt en Alemania.

⁽¹²¹⁾ Antes de sancionada la Constitución Nacional, Juan Bautista Alberdi ya enseñaba: “La legislación debe también retocarse, en beneficio de la seguridad, moralidad y brevedad de los negocios mercantiles. Donde la insolvencia culpable es tolerada, o morosa la realización de los bienes del fallido, no hay desarrollo de comercio, no hay apego a la propiedad, falta de confianza en los negocios, y con ella el principio en que descansa la vida de comercio. El Código de Comercio es la vida misma de (...) la República Argentina, cuya existencia en lo pasado y en la actualidad está representada por la industria mercantil” (*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Bs As: Ed. Francisco Cruz, 1914, Capítulo XVI). Quien pocos años después reiteraba que “...las leyes contra los deudores de mala fe contribuyen a establecer la confianza en el comercio y tienen gran influjo en la baja del interés de los capitales y en su afluencia y multiplicidad. Una buena legislación de quiebras, pero no una legislación cruel, ciega, que no sepa distinguir la desgracia del fraude, sino aquella que impida que la quiebra se convierta en industria y negocio tan lucrativo (...) será uno de los medios más eficaces de organizar el propósito de la Constitución Argentina, dirigido a atraer capitales extranjeros...” (*Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853, 1854*, Segunda parte, Capítulo III, n° 4) (Citado en MANILI, Pablo L., *La seguridad jurídica. Una deuda pendiente*, Bs. As.: Hammurabi, 2.011, págs. 147y 148).

⁽¹²²⁾ Soler además de autor del Proyecto de Código Penal de 1960, fue presidente de la comisión redactora del Proyecto de 1979, donde quedaron agrupados bajo el título de “Delitos contra la confianza pública y la buena fe en los negocios”, un criterio que en España tiene sus adeptos, entre los que se destacan Muñoz Conde, Francisco. *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona: Bosch, 1971, p. 44 (Conf. Favarotto, *op. cit.*, p. 357).

⁽¹²³⁾ ARGERI, Saúl A., *La quiebra...*, v. 3, p. 129 y 133; *Quiebra fraudulenta en sede penal*, LL, 1981-D, p. 1345.

⁽¹²⁴⁾ GARCIA MARTINEZ, Francisco, *El concordato y la quiebra en el derecho argentino y comparado*, Tomo I, Ed. El Ateneo, Bs. As., 1940, p. 11. Citando a Rocco, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, en Riv. Dir. Comm., vol. VIII, p. 669 y sigts. En este sentido, se ha sostenido que en todos los tiempos, el derecho ha sancionado atentados graves a la actividad económica de la comunidad. El ejemplo está en las normas sobre acaparamiento de trigo en Roma o el castigo de la caza furtiva en el Medioevo (Conf. DE LA RUA, Jorge, “Los delitos económicos” en “Doctrina Penal” Bs. As., año III, 1980, N°9, pag. 11/14)

⁽¹²⁵⁾ Conf. TABERNERO, Rodolfo, y MARZOLI DE BERTOLOTTI, Mirtha L., *La normativa concursal y las sanciones en el orden penal*, JA, 1991-I, p. 951.

quiebras, ya sea en el plano comercial como penal, entiende que estos delitos por su ubicación en el Código Penal son considerados como delitos que atentan contra la propiedad que agreden el derecho de los acreedores del quebrado a cobrar sus acreencias con los bienes del deudor en debida forma, y sin respetar las condiciones igualitarias conferidas por la ley. Es decir tiene en cuenta el interés privado en relación con el acreedor perjudicado ⁽¹²⁶⁾. Asimismo, cita que cierta doctrina en España entendió que los delitos de quiebra afectan también el orden socioeconómico que reside en la confianza ⁽¹²⁷⁾, opinión que comparte. Para lo cual sostiene que sin confianza no hay crédito y sin crédito no hay movimiento comercial suficiente para desarrollar un modelo económico benigno, y la quiebra es la base sustentadora, entre otras causales, de la alteración del orden socioeconómico; la quiebra es la antítesis de la confianza⁽¹²⁸⁾.

Asimismo, critica que doctrina y jurisprudencia insistan en que el delito de quiebra es un delito contra la propiedad, ello quizás por lo endeble de las sanciones que conllevan (*Sanciones*, p. 104). A juzgar por los resultados, la relevancia, magnitud y trascendencia en la tipificación de los delitos ha producido su menor aparición de por sí, por lo que colocando a los delitos que nacen de la quiebra en la misma línea que los delitos contra la seguridad de la Nación y contra los poderes públicos se podría combatir a la quiebra. Pero por el contrario, se los ha ubicado dentro del título en que más delitos ingresan a los tribunales.

A su vez, critica el error del sistema del cual nace la impunidad, dejar fuera del tipo penal al orden socioeconómico, la confianza y la buena fe, concluyendo en alguno de sus trabajos que considerar el delito de quiebra fraudulenta como un delito contra la propiedad de los acreedores, exclusivamente revela una ignorancia supina ⁽¹²⁹⁾.

Sobre este tema, DONNA ⁽¹³⁰⁾ recuerda que en Alemania este tema enfrenta a Gossel y Tiedemann, porque mientras aquel entiende que el bien jurídico tutelado es la propiedad, para el último afectan más de un bien jurídico, enfoque que comparte el citado autor ⁽¹³¹⁾. Asimismo, en relación a las discusiones sobre cuál es el bien jurídico en este tipo de delitos, con acierto refiere que en algunos planteamientos no parece advertirse la diferencia entre lo que la ley “dice” (*de lega lata*) y lo que “debería decir” (*de lege ferenda*) ⁽¹³²⁾. Dicha

⁽¹²⁶⁾ MONTAGNA, *Sanciones*, p. 103.

⁽¹²⁷⁾ BENEYTEZ MERINO, Luis, “Las insolvencias punibles”, en *Curso de derecho penal económico*, bajo la dirección de Enrique Bacigalupo, Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 170. Citado por MONTAGNA, *Sanciones*, p. 104, y en *La quiebra. Dualismo...*, p. 977. Montagna, refiere que la ubicación en el Código Penal nace viciada, no como delitos contra el comercio o la confianza de los negocios que atentan contra bienes de naturaleza social excluyendo los del carácter privado (Montagna, *Sanciones*, p. 114).

⁽¹²⁸⁾ En conformidad al artículo 496 del Código Civil, “crédito” es el derecho a exigir la cosa que es objeto de la obligación.

⁽¹²⁹⁾ MONTAGNA, *La cesación de pagos. No ignoremos la faz penal*, p. 3584.

⁽¹³⁰⁾ DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo II-B, Sta. Fe: R. Culzoni, 2001, p. 656.

⁽¹³¹⁾ También compartido por Favarotto, op. cit., p. 357.

⁽¹³²⁾ En este sentido, GÓMEZ (1941:846 y 847) al abordar el asunto critica un fallo de la Cámara Criminal de la Capital, donde se sostenía que “la bancarrota es un delito social, y su objeto jurídico no es el patrimonio privado, sino la fe pública”, objetando que “el argumento de Carrara –invocado por la mayoría de la Cámara–, en el sentido de no ser indispensable la producción del perjuicio, porque la quiebra es un delito contra la fe pública, no es verdadero, ante nuestra ley, que la incluye entre los delitos contra la propiedad” (Citado por FAVAROTTO, op. cit., p. 357).

dicotomía aparece claramente explicitada por LAJE ANAYA⁽¹³³⁾ al señalar que si bien de *lege lata* son delitos contra la propiedad, de *lege ferenda* puede decirse que estas infracciones afectan “la buena fe en los negocios, la fe pública” y hasta la economía y hacienda pública.

Asimismo, RAFECAS⁽¹³⁴⁾, a su vez, sostuvo la necesidad de aferrarse a una visión acotada del bien jurídico en los delitos de quiebra, tal como resulta del texto vigente, “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 (el orden socioeconómico; la buena fe en el tráfico comercial) y utilizarlo en contra del justiciable”, por lo cual “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”.

Este criterio es compartido por FAVAROTTO⁽¹³⁵⁾, en resguardo del estado de derecho y las garantías enaltecidas por la Constitución Nacional (art. 19, etcétera). Según este autor, la raíz del problema en torno al bien jurídico radica en la *pluriofensividad* que caracteriza a las insolvencias punibles, donde se afecta en forma preferente (pero no sólo) el derecho patrimonial de la masa acreedora sobre los bienes del fallido. Al propio tiempo, aunque de modo reflejo, se menoscaba la confianza pública en la función de garantía de ese acervo, lo que tiene trascendencia dada su conexión con un instrumento esencial del mercado y de la economía, cual es el crédito. De tal manera, confluyen dos aspectos: uno particular y preciso (la propiedad), otro social y genérico (el sistema económico)⁽¹³⁶⁾, criterio el cual, como veremos, recepcionó el *Anteproyecto de 2.006* de reforma al código represivo.

Como oportunamente se expondrá, en América Latina, los códigos penales de la República Oriental del Uruguay, Guatemala y anteriormente Paraguay, han reconocido que a través de la punición del delito de quiebra se tutela como bien jurídico la *hacienda o economía pública*, y los de Costa Rica, Nicaragua y Venezuela, la *buena fe en los negocios*⁽¹³⁷⁾.

e.3) Denominación y bien jurídico tutelado en el Código Penal Argentino. Nuestra opinión.

En las insolvencias punibles, a diferencia del resto de los epígrafes de nuestro Código Penal⁽¹³⁸⁾, el capítulo V del Título VI (Delitos contra la propiedad) del Libro Segundo del Código Penal, está dedicado a los “*quebrados y otros deudores punibles*”, es decir al sujeto del delito y no al delito mismo, como hace en otros capítulos. Así, en vez de referirse a los ilícitos por su nombre genérico (tipos de injusto), se los designa por el nombre de quien comete estos delitos (tipos de autor), englobando a estas figuras delictivas bajo dicha denominación siguiendo una tradición histórica que procede del *Código de Tejedor* de 1867 (Libro II, Sección I, Título VII, “De los delitos contra la propiedad particular”) y se mantuvo

⁽¹³³⁾ ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, vol. II, Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 185. Citado por Favarotto, op. cit., p. 357.

⁽¹³⁴⁾ RAFECAS, Daniel Eduardo. *El delito de quiebra de sociedades*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 52.

⁽¹³⁵⁾ FAVAROTTO, op. cit., p. 357 y sgtes.

⁽¹³⁶⁾ FAVAROTTO, op. cit., p. 358.

⁽¹³⁷⁾ Conf. NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 22.

⁽¹³⁸⁾ Instituido por la ley 11.179, sancionada y promulgada el 30 de septiembre de 1921 y el 29 de octubre respectivamente, publicada en el B.O. del 03-nov-1921, comenzó a regir el 29/4/1922 (conf. actual art. 314, otrora art. 303, Código Penal).

inalterada en los *Proyectos de 1891 y 1906*, desde donde se llegó al Código vigente; lo cual fue y es objeto de críticas.

En cuanto a los proyectos de códigos penales que se han sucedido en el país a partir de 1937, no han conservado la terminología del capítulo, introduciendo, algunos, variantes sin mayor significación y otros dando un cambio profundo a la sistemática del Código de 1921. Así, el Proyecto Coll-Gómez, libro II, título 6, *Delitos contra el patrimonio*, capítulo VII, *De la quiebra y de la falencia civil*; el Proyecto Peco, libro II, título 3, “*Delitos contra el patrimonio*”, capítulo IV, *Delitos de quiebra y falencia civil*; Proyecto de 1960, libro II, título 8, *Delitos contra la buena fe en los negocios*, capítulo I, *Quiebra*, regulando las conductas constitutivas de la quiebra fraudulenta y de la quiebra culpable, abarcando también la responsabilidad de directores, gerentes o liquidadores, el concurso civil fraudulento y la connivencia). Como se verá, tampoco el Anteproyecto de 2.006 mantuvo la denominación actual.

Las críticas efectuadas contra la denominación del capítulo en cuestión, se han motivado en que en lugar de proceder a determinar y especificar el modo de ataque al bien protegido, como lo hace en otros capítulos, se ha limitado a traer “desconsideradamente” el nombre de los delincuentes⁽¹³⁹⁾. En este sentido, se ha dicho que resulta un equívoco gramatical-metodológico en donde se ha encontrado la impronta de la Escuela Positiva italiana a la que la obra de Moreno (h), y antes que él Tejedor, no lograron sustraerse por completo⁽¹⁴⁰⁾. Así, ha sido considerado como una incongruencia técnica⁽¹⁴¹⁾.

Al respecto, Eusebio Gómez⁽¹⁴²⁾ expresa su asombro al constatar la inconsecuencia del codificador, no entendiéndolo del porqué del mantenimiento de dicho epígrafe, “después de haber reconocido en la Exposición de motivos, la existencia de un delito de ‘quiebra’ –creación de la ley penal- que puede cometerse con fraude o culpa”.

Por su lado, Fontán Balestra⁽¹⁴³⁾, refiere que la misma es un error de técnica tanto más sensible cuanto contraria el sistema seguido por nuestra ley de agrupar las infracciones bajo el nombre genérico de los delitos y no bajo la denominación de los delincuentes.

Hay quienes prefieren designarlos como “*delitos vinculados a la quiebra*”⁽¹⁴⁴⁾ y otros como “*insolvencias punibles*”⁽¹⁴⁵⁾, recipiendarios de las actuales tendencias, en las cuales se adscribió el *Anteproyecto de 2006*.

⁽¹³⁹⁾ Ver LAJE ANAYA, *Quebrados y otros deudores punibles*, Bs. As.: Depalma, 1967, p. 14/15. NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 25.

⁽¹⁴⁰⁾ Conf. FAVAROTTO, *op. cit.*, p. 356.

⁽¹⁴¹⁾ D’ALESSIO, Andrés José, y DIVITTO, Mauro A (Coordinadores), *Código Penal comentado y anotado*, Bs. As., Ed. La Ley, 2004, Tomo II, p. 537, citando a Fontán Balestra y Molinario.

⁽¹⁴²⁾ GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, tomo IV, Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1941, pág. 341.

⁽¹⁴³⁾ FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo VI, 2ª edic., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990, p. 187.

⁽¹⁴⁴⁾ CARRERA, Daniel. *Delitos vinculados a la quiebra*, JA: 1988-II, p. 515; LASCANO, Carlos J. (h) *La nueva ley de concursos n° 24.522 y los delitos vinculados a la quiebra*, Foro de Córdoba, año VI n° 30, Advocatus, Córdoba, 1996, p. 77.

⁽¹⁴⁵⁾ FAVAROTTO, *op.cit.*, p. 356; ERBETTA, Daniel. *Delitos de insolvencia*, Bs. As.: Ed. Hammurabi, 2009; NAVARRO, Guillermo Rafael y RIZZI, Aníbal Horacio, *El delito de quiebra*, Bs. As.: Ed. Hammurabi, 2.001.

En efecto, el Anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal de 2006, se refiere a estos ilícitos con la moderna denominación “*Insolvencias punibles*” (Capítulo VII, arts. 182 y 183), conglobados con la genérica denominación de “*Delitos contra la propiedad y el orden económico*” (Título VII) de la parte especial (libro Segundo)⁽¹⁴⁶⁾.

Por otro lado, es dable manifestar que el Anteproyecto elaborado por la Comisión conformada en el año 2.012 a la que luego haremos referencia, regula los mismos dentro del Título “*Delitos contra el patrimonio*”.

En cuanto al bien jurídico tutelado en el Código Penal argentino, nuestra opinión es conteste con aquellos quienes estiman necesario distinguir la ley penal vigente de aquella que debería ser para sancionar debidamente este tipo de delitos. Para lo cual, además cabe analizar este concepto desde su misión garantista y limitadora del poder punitivo⁽¹⁴⁷⁾, por lo que entendemos en forma conjunta con la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional que la inclusión de la figuras de los delitos de quiebra dentro del Título VI: “delitos contra la propiedad” indica claramente la opción tomada por nuestro legislador⁽¹⁴⁸⁾.

Por ello, las posiciones existentes en relación a sostener que estos delitos afectan otros bienes jurídicos lo único que hacen es crear artificialmente o clonar bienes jurídicos, apelando a conceptos tan generales como inasibles (orden público, bien común, paz pública, etc.), valores que son innegables pero no independientes, pues no existen por sí mismos sino que son resultado de la efectiva vigencia de todos los bienes jurídicos particulares⁽¹⁴⁹⁾.

Tal exceso en la invocación de bienes jurídicos, incluso va en contra del concepto mismo de bien jurídico, que funciona como baremo para el contenido y la delimitación del precepto penal⁽¹⁵⁰⁾. Más aún, cuando las imputaciones realizadas en virtud de la afectación de bienes jurídicos de esta índole resultarían violatorias del principio de lesividad (derivado del primer párrafo del Art. 19 de la C.N.) que impone la ausencia de tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico. Lo cual aplicado al tipo en análisis nos permitiría afirmar que nos encontramos ante un delito de daño y no de peligro, como aún se sostiene en algunas obras (v.gr. la de Soler).

Amén de ello, no podemos dejar de advertir que una declaración falencial contiene una serie de connotaciones y efectos tanto en la esfera privada como pública, que a priori hace que el bien jurídico a proteger en los delitos relacionados a las quiebras excede el mero patrimonio o derecho de los acreedores, lo cual debe ser replanteado ante una nueva ley penal que contemple los delitos cometidos en el marco de dichos procesos ⁽¹⁵¹⁾. En especial, tener

⁽¹⁴⁶⁾ Según FAVARROTO, op. cit., p. 358, en esa categorización de bien jurídico es indudable el influjo de uno de los más prominentes miembros de la comisión redactora, Baigún, quien ya tenía opinión tomada al respecto (en *El bien jurídico orden económico*, en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires).

⁽¹⁴⁷⁾ En igual sentido: Francisco Gabriel MARULL, *Punibilidad de la quiebra fraudulenta. ¿Confirmación de la selectividad del Sistema?*, <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,84,0,0,1,0> [18/06/2013].

⁽¹⁴⁸⁾ RAFECAS, *El delito de quiebra de sociedades*, p. 50.

⁽¹⁴⁹⁾ Confróntese y ampliése en: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2001, pag. 470.

⁽¹⁵⁰⁾ Conf. RAFECAS, *El delito de quiebra de sociedades*, p.52.

⁽¹⁵¹⁾ Se ha sostenido: “La cesación de pagos apareja connotaciones tanto de carácter público como privado, afectando al propio deudor como al acreedor, así como al interés público. Es que la ley de concursos y quiebras es una ley de orden público u los intereses que protege son generales, pues tienen en miras no sólo el comercio en

presente la importancia que este procedimiento concursal tiene en la Economía toda, ya que afecta el crédito, a la totalidad de los procesos productivos de las unidades económicas de un país (fabricación, producción, comercialización, distribución, fuentes de trabajo, etc.), incide en los trabajadores que se desempeñan en una empresa en estado cesante, tener en cuenta los abusos que se pueden cometer a través de dicho procedimiento que pueden provocar una propagación “alérgica” a unidades *in bonis* provocando un efecto “dominó”, entre otras cuestiones que merecen una debida atención del Estado y que llevan a considerar como “pluriofensivos” a estos delitos (¹⁵²).

Empero, aún a pesar de las críticas y opinión personal vertidas, estimo que el bien jurídico tutelado por nuestra ley penal actual es el de la *propiedad*, al agredirse el derecho de los acreedores del quebrado a cobrar sus acreencias con los bienes del deudor en debida forma y sin respetar las condiciones igualitarias conferidas por la ley, lo cual le da un tinte de interés privatístico y por ende pasible de las críticas –acertadas- que fueran expuestas por no considerarse a los mismos como delitos contra el comercio, la confianza en los negocios, el orden socioeconómico o contra el orden público u otro de interés público.

O sea, en conformidad a la ley penal vigente, la naturaleza u objeto de esta tipología legal de delitos, es evitar que el deudor obligado pueda vulnerar la completividad o integridad de su *patrimonio: prenda común de los acreedores* –principio general del derecho(¹⁵³)- o que conviertan en inejecutables los bienes que integran el mismo. Al propio tiempo, buscan evitar conductas que favorezcan a determinados acreedores en detrimento, desmedro o perjuicio de otros, violentando incluso una regla basamental en el derecho concursal como lo es la igualdad de trato de los acreedores (*par conditio creditorum*).

Sin perjuicio de todo lo expuesto, en especial de compartir la posición garantista radical, como la que sostienen Rafecas y Baigún, que apuntala la “interpretación restrictiva” de los tipos en cuanto su bien jurídico protegido, debemos abogar y exhortar por repensar el modo en que se encara la punición de las conductas relacionadas con las quiebras y exaltar los preciados valores en juego, enalteciendo los bienes jurídicos que se deben proteger con estas

general sino también la protección adecuada del crédito en tanto base de expansión económica. Los intereses en juego en las situaciones concursales determinan los principios receptados de universalidad, fuero de atracción, facultades jurisdiccionales, la inaplicabilidad de ciertas normas legales ante la sentencia quiebra, etcétera (CCiv. y Com. San Martín, sala I, sentencia del 26 de abril de 1990, in re “Metalma SRL s/ quiebra”, ED, 141-608) (Citado por MONTAGNA, *La quiebra. Dualismo sancionatorio comercial y penal*, ED, 233 (2009), p. 975).

(¹⁵²) No debe olvidarse que la quiebra trae consigo profundas y numerosas perturbaciones de carácter privado pero también de carácter público (García Martínez, Francisco, *El concordato y la quiebra en el derecho argentino y comparado*, Zavalía, Bs. As., t. I, p. 123. Citado en Montagna, *Sanciones*, 2011:32) Al igual que sucede con la rama comercial, se dejó de lado el interés del Estado en el tema reservándolo al privado, sin considerar que la quiebra afecta en buen grado al interés público y en general la defensa de valores de la comunidad y la economía (Montagna, *Sanciones*, p. 114)

(¹⁵³) Este principio general, a diferencia de otras legislaciones como Italia, España y Francia, no se encontraba expresamente enunciado en la ley argentina, sino que surgía de las normas contenidas en los arts. 505, 1077, 1109 y 3417 del Código Civil (Conf. FERRER, Patricia, *Derecho del acreedor hipotecario en el proceso concursal*, págs.1/2); empero en el nuevo Código Civil y Comercial recientemente sancionado en 2014, si lo hace en forma expresa en los arts. 242 y 743. Esta regla o principio que también está sentado en los Códigos: Napoleón (art. 2.092), español (art. 1.911), chileno (art. 2.465), italiano de 1942 (art. 2.740), portugués (art. 817), paraguay (art. 430 a 433), boliviano (arts. 1335), y como lo previeron entre nosotros el Anteproyecto de Biliboni (art. 1030), el proyecto de 1936 (art. 5771) y el anteproyecto de 1954 (art. 864) (RIVERA, *Instituciones*, t. 1, p. 21).

figuras, más aun teniendo presente que en un solo caso de quiebra fraudulenta se puede producir más daño económico que las miles de causas que inundan los juzgados penales por robos y hurtos, sin mensurar el daño social que también causa. Aunque obviamente enaltecer o cambiar el bien jurídico tutelado de por sí, no implica un cambio en la materia en cuanto a su debido y efectivo régimen sancionatorio.

3. LEGISLACIÓN PENAL ARGENTINA.

3. A) ANTECEDENTES⁽¹⁵⁴⁾.

Habiendo ya visto la condición jurídica del fallido y algunos aspectos sancionatorios en Roma, en la edad media, en la época estatutaria italiana y francesa ⁽¹⁵⁵⁾ y esbozado los antecedentes históricos acontecidos en ese entonces, cabe primeramente reiterar y profundizar sobre algunos antecedentes estrictamente jurídicos de la quiebra en especial de connotación represiva para luego abordar someramente los antecedentes de la legislación penal argentina en la materia.

Así, desde un plano jurídico represivo, podemos referenciar que la concepción de la quiebra como *delito* se origina en la edad media, entre los italianos, como consecuencia de la necesidad sentida de tutelar los intereses comerciales. Producida la quiebra el hecho aludido importaba presunción de fraude; presunción de gravedad extrema cuando concurría la *fuga* del deudor o este llevaba libros en forma irregular y *a fortiori* cuando omitía llevarlos⁽¹⁵⁶⁾. Más tarde los esquemas jurídicos van perfilando con más nitidez su contenido. El objetivo, que dirigía al aseguramiento y protección de los intereses comerciales, viene influenciado por la valoración de la *conducta* del fallido. La actividad dolosa (falta o destrucción de la contabilidad; substracción y ocultamiento de bienes y mercaderías; artificios engañosos destinados a diferir la declaración de quiebra, etc.) es calificada como bancarrota fraudulenta; la actividad del deudor que con su conducta lleva perjuicio a sus acreedores cuando su voluntad no va directamente enderezada a ese fin (deudores que disipan sus bienes por negligencia, imprudencia o lujo o realizan operaciones imprudentes o riesgosas) es calificada como bancarrota simple.

Como se expusiera, inicialmente, la quiebra (cesación en los pagos) era sinónimo de bancarrota (delito). Ambas importaban un concepto idéntico, lo cual se centraba en los efectos preponderantes de la sanción de orden penal. Una vez afinadas las nociones jurídicas, se

⁽¹⁵⁴⁾ Para una completa evolución de los antecedentes de la legislación penal argentina, véanse: LEVAGGI, Abelardo, “*Historia del derecho penal argentino*”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, *Lecciones de Historia Jurídica*, IV, Editorial Perrot, Buenos Aires; JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de derecho penal, tomo I, Editorial Losada, Buenos Aires, 3ª edición actualizada; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Ed. Tea, entre otros.

⁽¹⁵⁵⁾ Como vimos, la Ordenanza francesa de 1675 instituía la pena de muerte para los fallidos fraudulentos. Al tratarse el código de comercio de ese país, en 1807, Napoleón abogaba por la *presunción de fraude* en toda quiebra y señalaba la conveniencia de establecer, en tal caso, penalidades severas, extensibles incluso a la mujer del fallido (ARGERI, *La quiebra...*, v. 3, p. 130).

⁽¹⁵⁶⁾ ARGERI, *La quiebra...*, v.3, p. 130. Cámara refiere que la quiebra nació con un carácter netamente *privatístico* –problema limitado al deudor y los acreedores–, para satisfacer las pretensiones de los últimos, y *sancionatorio* –*decocto ergo fraudator*–, a diferencia del sistema anglosajón, sobre el cual refiere que en los países anglosajones se juzga la quiebra con indulgencia, como una necesidad fisiológica del comercio del cual el quebrado es simplemente una víctima, citando a Vivante (comf. CAMARA, Héctor. *La falencia de la falencia*, RDCO, año 15, 1980, págs. 394/395, nota. 6).

advirtió la necesidad de marginar esa especie de responsabilidad objetiva, naciendo una escisión doctrinal tomada por el poder legisferante que adjudicó al juez del concurso la facultad de sancionar al fallido bajo la fase profesional y derivando a la competencia del juez penal, según determinados presupuestos señalados por el legislador, la aplicación de sanciones punitivas⁽¹⁵⁷⁾.

En cuanto a los antecedentes de la legislación penal argentina, la misma desde sus inicios –conforme las Partidas- tuvo un fin intimidatorio o ejemplificador, pero a la vez preventivo.

En efecto, en el *derecho penal indiano*, se notaba que las sentencias condenatorias no dejaron de subrayar este fin preventivo⁽¹⁵⁸⁾. A lo mismo respondió el solemne ceremonial adoptado para la ejecución de las sentencias, particularmente las de muerte, penas corporales y vergüenza pública, consistente en el pregón de la sentencia que había de cumplirse (lectura en los lugares acostumbrados de la ciudad); paseo del reo por las calles con escoltas de funcionarios y tropa; imposición del castigo a la luz del día y a la vista de todos, y en caso de pena capital, posible exhibición del cadáver o de sus cuartos en los sitios más transitados. Para que el efecto buscado fuera mayor, la ejecución debía hacerse en la misma localidad donde el reo había cometido el crimen.

A su vez, existieron penas humillantes como las de azotes, galeras, obras y vergüenzas públicas, aunque a ciertas personalidades o funcionarios no (v.gr. hidalgos)⁽¹⁵⁹⁾; sin embargo, cuando la Corona se propuso combatir a todo trance determinados delitos, ya por su gravedad o por su frecuencia, no trepidó en derogar los referidos privilegios, mandando que las penas establecidas fueran aplicadas a todos los autores, cualquiera fuera su estado y condición⁽¹⁶⁰⁾. Entre los delitos exentos de todo privilegio, se encontraba el de *quiebra fraudulenta*, junto a los delitos de lesa majestad divina y humana, sodomía y desafío.

También se ha sostenido que en América hispánica existieron castigos como el emplumamiento y la picota como exhibición infamante, aunque en realidad poco se sabe de la Argentina, casi seguro debió plantarse el rollo en Buenos Aires al ser fundada y en otras ciudades hubo de haberlas también⁽¹⁶¹⁾.

En relación a las *leyes penales después de la independencia*, los años 1810-1816 no trajeron consigo inmediatamente el establecimiento de un nuevo orden jurídico, ni conciencia jurídica penal⁽¹⁶²⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ ARGERI, *La quiebra...*, v.3, p. 131.

⁽¹⁵⁸⁾ LEVAGGI, *Historia, op. cit.*, p. 54.

⁽¹⁵⁹⁾ LEVAGGI, *ibídem*, p. 56.

⁽¹⁶⁰⁾ “Durante el período indiano los presos por deudas se alojaban en la Real Cárcel mezclados con los delincuentes comunes, de allí que, para evitar semejante humillación y en razón del poco espacio y el crecimiento de la población carcelaria, se dio también por cárcel la ciudad y los arrabales, la fortaleza del presidio, e incluso la propia casa del deudor. Lo que estaba prohibido por la legislación castellano-indiana era la constitución de cárceles en casa del acreedor y también en villas o lugares de arresto, como en Francia y Alemania” (PUGLIESE LA VALLE, María Rosa, *La prisión por deudas en el derecho patrio argentino*, “*Revista de historia del derecho*”, vol. 13, Buenos Aires, 1995, ps. 306 y 307. Citado por MONTAGNA, *Sanciones*, p. 115, nota. 30)

⁽¹⁶¹⁾ JIMENEZ DE ASUA, *Tratado*, t. I, pág. 995 citando a Ricardo Levene.

⁽¹⁶²⁾ Conf. JIMENEZ DE ASUA, *ibídem*, pág. 1.001.

Luego de ello, como antecedentes podemos mencionar nuevamente la ley de agosto de 1.822 sobre prisión por deudas que se estipulaba que 4 reales equivalen a un día de prisión y la ley de 27 de agosto de 1.864, en que se considera delito y se sanciona, correspondientemente, la imposición de azotes.

A su vez, debemos mencionar el Decreto de 5 de diciembre de 1.864 encargando al doctor Carlos Tejedor la preparación de un Código Penal y el Decreto de 10 de noviembre de 1868, nombrando la Comisión revisora del Proyecto de Código penal.

Por otro lado, como ya se expusiera en la primera parte de este trabajo, la *Ley 514 de 1.872* estableció la *supresión de la prisión por deudas* en asuntos civiles y comerciales dejando como excepción los casos de quiebra mercantil (art. 1549) regidas en ese entonces por el Código de Comercio (Ley 15 de 1.862) y la insolvencia fraudulenta.

El *código de comercio de 1.862* (arts. 1593 y 1954), dictado en ausencia de código penal, regulaba la sanción punitiva en esta clase de delitos. En supuesto de culpa leve, la pena, de tres meses a un año, era aplicada por el tribunal de comercio; tratándose de quiebra culpable o fraudulenta la sanción era competencia del tribunal en sede penal.

Empero, algunas constituciones provinciales mantuvieron vigente la prisión por deudas, pero solo para ciertos casos. Así, podemos mencionar la Constitución de la Prov. de Buenos Aires del 21 de octubre de 1889, que dispuso: “Art. 33. Ninguna persona será encarcelada por deudas en causa civil salvo los casos de fraude o culpa especificados por la ley”⁽¹⁶³⁾.

En 1.877 *el Proyecto Tejedor*⁽¹⁶⁴⁾ empezó a regir como Código Penal, el cual fue de a poco ganando imperio en las Provincias, que hacían uso del otrora art. 108 de la Constitución Nacional (entre ellas Buenos Aires, Entre Ríos, Corrientes, San Luis, Catamarca, Santa Fe, Salta, Tucumán, Mendoza, Córdoba, en algunas con algunas modificaciones⁽¹⁶⁵⁾). Este cuerpo normativo, establecía solamente, la penalidad (arts. 198 y 199) y remitiéndose, respecto a los elementos configurativos del delito, al código de comercio⁽¹⁶⁶⁾. El Proyecto Tejedor seguía el sistema de ley penal en blanco, siendo característico de él establecer la pena en los siguientes términos: “el quebrado fraudulento sufrirá...”, “el quebrado culpable”, etc.

⁽¹⁶³⁾ Asimismo, las constituciones de Santa Fe de 1907 (art. 28), de Catamarca 1985 (art. 34) y de Jujuy de 1893 (art. 30), previeron disposiciones similares aunque actualmente se han eliminado dichos artículos. Con la reforma constitucional de 1994 y la jerarquía constitucional que se le otorgó, mediante el art. 75 inc. 22°, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), resulta aplicable el art. 7°, apartado 7° el cual prevé que “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictadas por incumplimientos de deberes alimentarios”.

⁽¹⁶⁴⁾ Erbetta, refiere en relación al *Código Tejedor, de 1867, que si bien la nota de elevación consta fechada 31 enero de 1869, el pie de imprenta de su publicación consigna el 1867. A su vez, destaca que el proyecto Tejedor, pese a no haber obtenido sanción por parte del Congreso Nacional, al irse convirtiendo en el Código Penal de casi todo el país por vía de sucesivas sanciones provinciales, razón por la cual es incorrecto referirse al “Proyecto Tejedor”, cuando en realidad fue “Código Tejedor” (Conf. ERBETTA, *op. cit.*, p. 141, citando a Zaffaroni-Arnedo, “*Digesto de codificación penal argentina*”, t. I, ps. 19).*

⁽¹⁶⁵⁾ JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, págs. 1.019 y 1.020.

⁽¹⁶⁶⁾ Al respecto se enseña: “En él se remite a la ley de concursos los hechos que caracterizan a la quiebra como culpable o fraudulenta, interín que la penalidad establecida en el Código se reservaba en su aplicativa al Juez en lo Penal” (ARGERI, Saúl A., *Quiebra fraudulenta en sede penal*, LL, 1981-D, p. 1.343).

Carlos Tejedor consideraba que la ley mercantil era quien debía caracterizar la conducta del deudor por una cuestión de especificidad –sea fraudulenta o culpable–, siguiendo de ese modo los lineamientos trazados por los códigos español y napoleónico.

Para establecer quiénes eran quebrados fraudulentos o culpables era preciso ocurrir a los arts. 1515 a 1518 del Código de Comercio, el cual contemplaba la división tripartita adoptada del derecho español⁽¹⁶⁷⁾. Para ratificar ese criterio, establecía que en las causas contra deudores punibles servía de bastante sumario la calificación de la quiebra hecha conforme al C. de Com., o la prueba sobre fraude, ocultación o negativa temeraria, legalmente producida en juicio civil. A su vez, existían disposiciones relativas al deudor no comerciante.

El *Proyecto de 1881*, de Villegas –Ugarriza-García, con los nuevos elementos con que la ciencia había enriquecido, comienza por suprimir la división tripartita de crímenes, delitos y contravenciones, reuniéndose los actos punibles bajo la denominación delitos.

El *Código Penal de 1.886*, sigue en líneas generales con la línea trazada por el Código Tejedor en el tratamiento penal de la quiebra, por cuanto su art. 198 expresaba: “El quebrado fraudulento sufrirá de tres a seis años de penitenciaría e inhabilitación por cinco a quince años para ejercer el comercio. El quebrado culpable, sufrirá de uno a tres años de prisión e inhabilitación por dos a cinco años para ejercer el comercio”. Empero se suprime la exención de pena y la expresa remisión a la calificación y a la prueba del juicio civil. Con respecto al deudor no comerciante, se acrimina: la maliciosa negativa de deuda, al alzamiento del deudor, la ocultación maliciosa y la falsa declaración de bienes. Esta manera de legislar el delito de quiebra daba lugar a complicadas cuestiones acerca de la prejudicialidad del juicio de quiebra, al valor de la calificación hecha ya por el juez civil y a cuál era la función del juez del crimen frente a ella, entre otras cuestiones ⁽¹⁶⁸⁾. El mismo no contenía norma similar al actual art. 178, e incluyó algunos supuestos de fraude en los que podría incurrir cualquier deudor sin la exigencia de la declaración en concurso (art. 200).

El *Proyecto de 1891* de Piñero-Rivarola-Matienzo (art. 216 inc. 2) hizo ingresar deudores ni comerciantes concursados civilmente, desde que en las manifestaciones legislativas anteriores si bien se encontraban otros deudores no comerciantes, sus delitos distaban de ser concursales, cual, por ejemplo el “alzamiento de bienes” que, remozado, configura ahora la “insolvencia fraudulenta” ⁽¹⁶⁹⁾. Con la intención de salvar algunos inconvenientes advertidos, el Proyecto de 1891 es más explícito, en sus arts. 213 y 214, al establecer: “el quebrado que con arreglo a las disposiciones de la ley comercial...” se reputa fraudulento o culpable, etcétera. Asimismo, en dicho proyecto se introducían disposiciones distintas sobre el deudor no comerciante, sobre la quiebra de sociedades anónimas tomándolo del Código Penal húngaro y sobre connivencia.

El *Código Penal reformado de 1903 ley 4.189*, permaneció fiel a la fórmula contenida en el art. 198 del Código Penal de 1886, no existe norma alguna referida a las personas jurídicas.

El *Proyecto de 1906*, es el que produce un cambio sustancial del sistema, cuyo articulado concuerda casi a la letra con el actual Código Penal, tal es así que el art. 192 del

⁽¹⁶⁷⁾ Véase: MALAGARRIGA, Carlos. “*Efectos penales de la quiebra*”, Bs. As.: Ed. Lajouane, 1.896, p. VII y ss.

⁽¹⁶⁸⁾ Véase: ARGENTI, Saúl A., *Quiebra fraudulenta en sede penal*, LL, 1981-D, p. 1.343 y sgtes.

⁽¹⁶⁹⁾ CARRERA, Daniel P. *Delitos vinculados a la quiebra*, J.A. 1988-II, p. 515.

mismo constituye el antecedente directo del actual art. 176, el art. 193 del actual art. 177 y el art. 195 del proyecto constituye el antecedente directo del actual art. 179 parte 1ª, que mantiene el texto original. En cuanto a la figura prevista para las personas jurídicas mantuvo la fórmula del proyecto Piñero con alguna adición.

Sobre este proyecto, Soler refiere que del sistema de remitir el contenido de las figuras totalmente a la ley comercial hemos pasado a un nuevo sistema que parece más razonable y claro, dejándose a la ley comercial solamente la determinación de situaciones previas y condicionantes, una de carácter subjetivo: la calidad de comerciante, y otra de carácter objetivo: la declaración en quiebra. Asimismo, considera un valioso progreso de la legislación el hecho de que se haya liberado del sistema casuístico y objetivo de las leyes comerciales, del cual ya Carrara mostró la inconveniencia y hasta la injusticia en cuanto conduce a una serie de presunciones impropias de una ley penal moderna⁽¹⁷⁰⁾.

En este mismo sentido, se sostiene que introdujo una modificación sustancial consistente en el trazado de las figuras delictivas que conforman el Capítulo referido a Quebrados y otros deudores punibles, abandonando en consecuencia, el sistema de remisión al Código de Comercio, que regía hasta entonces, más aún cuando el Código Tejedor no definía en qué consistía cada uno de ellos⁽¹⁷¹⁾.

En 1.921, mediante la ley 11.179 se sanciona el *Código Penal*, el cual entra en vigor en 1.922 y aún permanece vigente. El mismo contempla en los artículos 176 a 180 los delitos objeto de este trabajo, estableciendo el monto de la pena y los elementos materiales y formales del delito, ubicándolos en el título VI, capítulo V, que intitula como Delitos contra la propiedad. Como se vio oportunamente, la designación “*De los quebrados...*”, tiene hondo arraigo en la evolución legislativa penal del país. En efecto, la trae ya Tejedor al ocuparse de la insolvencia real o figurada de los comerciantes y otros deudores.

Al respecto, se ha dicho que entre nosotros, la versión de los tipos de quiebra tiene base en los códigos europeos del siglo XIX. En punto a la quiebra societaria, como ya se hizo referencia, el modelo original estuvo inspirado en el art. 417 del Código Húngaro de 1.878⁽¹⁷²⁾, provino del Proyecto de 1.891 y fue convertido en ley en 1921.

En cuanto al delito de quiebra fraudulenta, previsto en el artículo 176, en su mecánica, se sigue el cauce asentado por las leyes próximas anteriores, y en lo fundamental, se sigue los principios afirmados por las Ordenanzas de Bilbao que clasificaba las situaciones en fallidos fraudulentos, culpables y casuales; una vez firme el auto de quiebra, atendándose las constancias del proceso se remiten los antecedentes al Juez de Crimen quien hace práctica la aplicación de las sanciones punitivas prescriptas en el Código Penal⁽¹⁷³⁾.

Este plexo normativo, en sí, no trajo modificaciones a los artículos 176 y 177 que provienen del Proyecto de 1906, en relación al art. 178 se tomó el proyectado para el Proyecto

⁽¹⁷⁰⁾ SOLER, *Tratado*, IV, p. 481 y 482.

⁽¹⁷¹⁾ DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. II-B, p. 651 y ERBETTA, *op. cit.*, 229.

⁽¹⁷²⁾ “En cas de faillite d’une société commerciale ou d’une association, la peine prononcée contre le crime prévu à l’article 414 ou contre le delito prévu à l’article 416 frappera celles des personnes chargées de la direction des affaires qui ont commis l’acte punissable”. Reproducido por Núñez, Ricardo: *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Lerner, T. V, p. 462 y por Rafecas, Los delitos de quiebra, *op. cit.*

⁽¹⁷³⁾ ARGERI, *ibidem*.

de 1906 con el agregado del Proyecto de 1917, no modificando en nada la primera parte del art. 179.

Sin perjuicio que no es un delito “concursal”, es dable exponer que la Ley 17.567, incorporó el delito de insolvencia fraudulenta (art. 179, parte 2ª del Código Penal).

El Dec-ley 18.953 sancionado y promulgado el 17/3/71 (BO, 18/3/71), extendió el tipo revisto en el art. 178 de la ley 11.179 al caso de apertura de procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, empero la Ley 20.509, sancionada y promulgada el 27/5/73 y publicada en el BO el 28/5/73, deja sin efecto el mismo recobrando vigencia el texto del art. 178 anterior.

La Ley 21.388 sancionada y promulgada el 25 de junio de 1976 (BO, 1/9/76) durante el gobierno de facto comprendido entre los años 1976 y 1983, introdujo modificaciones. Así en el artículo 176 relativo a la quiebra fraudulenta se elevó el máximo de la pena de prisión de seis a ocho años. La pena de inhabilitación especial no sufrió modificación alguna. También reemplazó “...en fraude a sus acreedores” por “en fraude a cualquiera de sus acreedores”, variante que no incidió en el sentido dado a la frase incluida en la parte 1ª del art. 176 del Código Penal. En relación a la quiebra culpable contemplada en el art. 177, elevó los mínimos y máximos de la pena de prisión de seis meses a tres años. La pena de inhabilitación especial no sufrió modificación alguna. A su vez, del texto previsto por esta ley para el art. 178 emana el que actualmente nos rige. La pena de prisión de uno a cuatro años contemplada para el deudor no comerciante concursado civilmente cuya conducta se adecuara a algunos de los actos mencionados en el art. 176 de la ley 11.179 fue sustituida por la de dos a seis años.

Por último, la Ley 23.077 de “Defensa de la Democracia”, sancionada el 9/8/84, promulgada el 22/8/84 y publicada el 27/8/84 en el “Boletín Oficial”, derogó la ley 21.338, recobrando vigencia, consecuentemente, el texto de los arts. 176 y 177 del Cód. Penal de 1921, ley 11.179, es decir la redacción actual de la figura, con excepción del texto del art. 178 que mantuvo su reforma. Por otro lado el art. 179 recobro vigencia la escala penal originaria.

3.B) CUESTIÓN CONSTITUCIONAL. BREVE REFERENCIA.

Como se expuso, las “bancarrotas” llegaron al texto de nuestra Ley Fundamental, por lo que debido a la forma que lo hizo, al establecer que las provincias no pueden dictar leyes sobre las mismas (otrora art. 108, ora art. 126 Constitución Nacional), determinó que se planteara si la ley de bancarrotas es especial o, por el contrario, de derecho común.

No obstante ello, la mayor parte de la doctrina y la actividad jurisprudencial⁽¹⁷⁴⁾, han entendido el carácter de derecho común de la materia, admitiendo la inclusión de los delitos en el Código Penal y no mediante una ley especial⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷⁴⁾ La cuestión fue decidida y zanjada desde antiguo por la propia Corte Suprema (sentencia del 01/5/1919, *Fallos: 129-181*) como que su naturaleza es de derecho común, donde sostuvo: “Las disposiciones de la ley de quiebras incorporadas por mandato expreso del Honorable Congreso (artículo 165) al Código de Comercio, forman parte del derecho común, por lo que su interpretación y aplicación están fuera del alcance del recurso extraordinario con arreglo a lo establecido por el artículo 15 de la ley número 48 de jurisdicción y competencia. El Honorable Congreso al dictar la reforma del libro IV del Código de Comercio sobre quiebras y disponer su incorporación al mismo, siguiendo con ello una apreciación tradicional acerca del carácter que debe tener, lo ha hecho en ejercicio de la autoridad que le confiere el artículo 67, primera parte del inciso 11 de la Constitución”

Asimismo, otra cuestión fue que el término “bancarrotas” comprende no sólo la legislación comercial, sino también la civil, sin que el legislador nacional cumpliera en su totalidad con el mandato constitucional, omisión ésta que motivó que algunas legislaciones provinciales dictaran normas respecto de aquélla⁽¹⁷⁶⁾. Esto, finalmente quedó zanjado en el ámbito extra penal a través de la reforma introducida al respecto a la Ley 19.551 y mantenida por la ley 24.522, al unificarse uno y otro trámite; empero, tal como se analizará en acápites posteriores, en el ámbito penal aún la cuestión aparece irresuelta.

3.C) LOS DELITOS DE QUIEBRA EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE. CRÍTICA PRELIMINAR.

Como ya se expuso, el Código Penal de la Nación Argentina⁽¹⁷⁷⁾, tipifica los delitos relacionados a las quiebras dentro del Libro Segundo de los Delitos, Título VI: Delitos contra la propiedad, *Capítulo V: Quebrados y otros deudores punibles* en los artículos 176 a 180, denominación la cual procede del Código de Tejedor y se mantuvo inalterada en los Proyectos de 1891 y 1906, desde donde se llegó al Código vigente.

En efecto, en el artículo 176 se contempla la *quiebra fraudulenta*, en el 177 la *quiebra culposa* o *culpable*, en el 178 la llamada *quiebra impropia* o *de sociedades*, en el 179, primera parte, el *concurso civil fraudulento* y en el artículo 180 la *colusión dolosa*.

Al encarar el castigo de los comerciantes quebrados, nuestro Código Penal se apartó del sistema legislativo anterior que seguía al Código de Napoleón y los códigos españoles; como tipos abiertos o leyes penales en blanco, que se limitaba a imponer una pena a las previsiones hechas en las leyes civiles.

El Código actual, crea figuras penales autónomas que mantienen toda independencia de los casos de falencias contemplados en el Código de Comercio y ley de quiebras en todo cuanto hace al tipo objetivo –descripción del hecho punible- y a la culpabilidad requerida –dolo o culpa-⁽¹⁷⁸⁾. Fuera de dichas conductas, podrá existir o no otro delito, mas no uno imputable a la quiebra. Nuestra legislación no castiga el hecho en sí de la quiebra, sino el hecho o conducta humana que bajo alguna de las causas expresamente tipificadas en la norma causó la quiebra. El estado de cesación de pagos en que la quiebra se reposa debe ser el resultado de la conducta culposa o dolosa del quebrado, si no se puede vincular este estado con los presupuestos que estipulan las normas, podrá existir quiebra pero no quiebra punible⁽¹⁷⁹⁾.

Por otro lado, ante un sistema de sanciones, que en muy pocas ocasiones se aplica, pues de los miles de quiebras que hay por año, solo en unas muy pocas se inician acciones penales contra los quebrados, no por desidia de los propios acreedores, en quienes reposa la facultad de iniciar este tipo de procedimiento y suerte sancionatoria, sino porque iniciar este

⁽¹⁷⁵⁾ Conf. LAJE ANAYA, “*Quebrados...*”, cap. I, nros. 4 a 10; CARRERA, Daniel P. *Delitos vinculados a la quiebra*, J.A. 1988-II, p.516; entre otros autores, MONTAGNA, *Sanciones*, p. 106...la cesación de pagos. No ignoremos la faz penal, p. 3584, NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 34.

⁽¹⁷⁶⁾ NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 32.

⁽¹⁷⁷⁾ Ley 11.179 de 1.921 (T.O. 1984 actualizado).

⁽¹⁷⁸⁾ Conf. MARTORELL, Ernesto E. – VALERGA ARAOZ, Jorge, *Problemática concursal – penal. La ‘clausura del procedimiento (la quiebra) por falta de activo’ y su ‘presunción de fraude’ ¿posee algún efecto penal?*”, LL, 1997-D, 1245.

⁽¹⁷⁹⁾ MONTAGNA, *Sanciones...*, p. 103.

procedimiento tiene un costo extra para el acreedor que ya perdió su dinero con el quebrado. O sea, la conducta penal sólo se analizará por pedido de un acreedor calificado por el juez concursal, caso contrario no se analizará, lo cual resulta un caldo de cultivo para el mal uso (abuso) de los procedimientos concursales generando el descrédito en toda la sociedad.

Empero, dichas normas –pese a las modificaciones habidas en la ley de concursos y quiebras argentina- se ha mantenido inalterada; lo cual, debido a su falta de consonancia o armonía conlleva una serie de problemas de interpretación, de aplicación y en definitiva a que una serie de supuestos queden impunes. A guisa de ejemplo, problemas en cuanto a la autoría de estos supuestos delictivos, ya que ante la actual redacción del art. 2º ley 24.522 -según una interpretación- dejaría impune o no punibilidad a los deudores quebrados no comerciantes o para la aplicación práctica de la falencia a las asociaciones civiles, lo cual denota la imperiosa necesidad de su adecuación. Al respecto, si bien no debemos presumir la imprevisión del legislador -como lo ha afirmado inveteradamente nuestro Tribunal Címero federal⁽¹⁸⁰⁾-, es evidente el olvido en adecuar el sistema normativo vigente en la temática abordada, especialmente en los delitos previstos para sancionar los ilícitos relativos a la quiebra y demás procesos concursales.

Por otra parte, a juzgar por la graduación de penas que la legislación penal prevé, es muy probable que el fallido, en el supuesto de que su conducta pueda ser considerada delictiva, no termine en la cárcel, pues el sistema penal prevé mecanismos (léase: suspensión de juicio a prueba, condena de cumplimiento condicional, etcétera) para dejar en suspenso o sin efecto muchas de las propias penas que establece. Las estadísticas existentes al efecto acreditan y corroboran que la condena por los delitos de quiebra resultan prácticamente nulas o ínfimas, más aún en parangón con el resto de los delitos previstos contra la propiedad.

Además, sin perjuicio de la dualidad sancionatoria e independiente que importa la faz comercial de la penal y viceversa, es indudable su relación y conexión entre ambas, por lo que va de suyo que deben resultar armónicas y compatibles entre ambas. Ergo, no puede existir un desfase ni una inadecuación y/o desactualización entre la ley comercial (léase ley concursal) y la penal, no sólo en el texto de las normas sino que dicha coincidencia se debe dar en los objetivos de ambas legislaciones, lo cual atenta contra la aplicación y efectividad de un ordenamiento jurídico, más aún si contemplamos que en materia penal la analogía de lo taxativamente estipulado como delito se encuentra proscripta por el sagrado principio de legalidad.

4. QUIEBRA FRAUDULENTE:

4. a) Generalidades. Texto legal:

Como ya hiciéramos referencia, la quiebra en sí, no es punible penalmente. Sí lo son, ciertas conductas que acarrearán a una persona a tal estado, para lo cual la ley penal establece mediante las conductas típicas previstas, los supuestos que configuran o presuponen la configuración de un obrar doloso (quiebra fraudulenta) o culposa (quiebra culposa o culpable).

⁽¹⁸⁰⁾ “...la imprevisión o inconsecuencia en el legislador no se presume...” (CSJN, Fallos: 316:2390 - Esso Sapa, 26.10.93, 319:1131, entre otros).

La *quiebra fraudulenta* (o “dolosa”, según otra denominación)⁽¹⁸¹⁾ viene exteriorizada por la conducta dolosa del deudor en cuyo objetivo endereza a lograr la insolvencia para destruir, inutilizar, dañar, ocultar o desaparecer bienes de su patrimonio u obtener fraudulentamente el valor de ese o esos bienes para llegar a la insolvencia ⁽¹⁸²⁾, la cual se diferencia de la culposa, ya que en la misma debe existir culpa, imprudencia, negligencia.

En efecto, el artículo 176 del Código Penal contempla la llamada *quiebra fraudulenta o dolosa*, enumerando los hechos cometidos por el fallido que encuadran su configuración. Su figura proviene del Proyecto de 1.906, y dicho artículo reza:

“Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes:

1º Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas;

2º No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; substraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa;

3º Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor”.

La norma transcrita menciona y enumera en forma taxativa en sus tres incisos, los supuestos -pocos y pobres al decir de MONTAGNA, *Sanciones*, p. 118- que *a priori* se presuponen actos defraudatorios, ergo todo acto o acción que no corresponda a alguno de ellos, aún cuando fuese con fraude ⁽¹⁸³⁾, no se encontrará dentro del tipo descrito y por ende no configurará este delito, lo cual dejará muchas puertas abiertas a la comisión de estos ⁽¹⁸⁴⁾.

Reiterando conceptos ya vertidos en más de una oportunidad, la norma penal no castiga el hecho de la quiebra en sí, si la conducta del deudor que –dolosamente- la provoca, agrava la misma o causa un perjuicio mayor o desigual a uno de sus acreedores en detrimento de otro. Para ello, se establece un elenco de verdaderas presunciones *juris tantum* ⁽¹⁸⁵⁾.

El objeto de ataque de la acción u omisión configuradora del delito de quiebra fraudulenta lo constituye la denominada *masa concursal*, o sea el patrimonio del deudor fallido a excepción de los bienes excluidos del desapoderamiento (conf. art. 108, ley 24.522).

⁽¹⁸¹⁾ La mayor parte de la doctrina nacional ha aceptado designar este delito como “quiebra fraudulenta” (LAJE ANAYA, *Quebrados...*, p. 61; FONTAN BALESTRA, *Tratado...*, t. VI, p. 187; NUÑEZ, *Tratado...*, t. IV, p. 439; SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 489, CREUS, *Quebrados...*, p. 43, RAFECAS, *El delito...*, p. 47, CARRERA, *Delitos...*, p. 517; NAVARRO y RIZZI, *El delito...*, p. 51), aunque Bacigalupo prefiere denominarlo “fraude concursal a la masa”. Entre la doctrina extranjera, Carrara lo denominó “quiebra dolosa”.

⁽¹⁸²⁾ ARGERI, Saúl A., *Quiebra fraudulenta en sede penal*, LL, 1981-D, p. 1346.

⁽¹⁸³⁾ Aunque sí habría que analizar en cada caso concreto si se configura alguna otra figura como el desbaratamiento de derechos acordados (art. 173 inc. 11º, del Código Penal), insolvencia fraudulenta (art. 179, inc. 2º del Código Penal), entre otras.

⁽¹⁸⁴⁾ MONTAGNA, *Sanciones*, p. 118.

⁽¹⁸⁵⁾ Véase LOZA, Eufrazio. *Cómputo del plazo de la acción penal en el delito de bancarrota*, LL, 104, ps. 688/689. Al respecto, se ha sostenido que sólo basta una relación de mera coexistencia del hecho expresamente definido y la cesación de pagos; en consecuencia, el hecho enunciado funciona como presunción (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1988, pgs. 483 y 484). No comparte esta opinión Rocco, quien entiende que dicho nexo causal (hecho-cesación de pagos) debe excluirse por la naturaleza misma del hecho de bancarrota, tomando como ejemplo el incumplimiento del concordato (Conf. Montagna, *La cesación de pagos. No ignoremos la faz penal*, ADLA, 2005, tomo LXV-C, p. 3584).

Sobre éste deben recaer las maniobras dolosas que Carrara sintetizaba como de *disimulación de activo* o *simulación de pasivo*.

En relación a los bienes de terceros en poder del fallido (v.gr. mediante la tenencia por un comodato debidamente acreditado) y los actos que realice con los mismos, serán dejados fuera de la quiebra fraudulenta, ello toda vez que los mismos no forman parte del patrimonio del autor⁽¹⁸⁶⁾. Así, podría existir defraudación por retención indebida, administración infiel u otra figura delictiva, mas no quiebra fraudulenta o dolosa.

Por otro lado, cabe destacar que el delito de bancarrota es *único* aunque se comprueban en la quiebra con varios los hechos que la ley presume como culpables o fraudulentos. Así, el carácter único del delito no se ve conmovido frente a la comisión simultánea de conductas típicas descriptas en más de un inciso⁽¹⁸⁷⁾. Si existieran algunos culposos u otros fraudulentos, el deudor respondería sólo como autor de bancarrota fraudulenta, pues esta no es sino un grado más que la culposa⁽¹⁸⁸⁾.

4. b) Delito de daño o de peligro:

Sin perjuicio que sobre este punto se hará referencia al abordar otras cuestiones relacionadas con este delito, cabe manifestar que resulta un tema controvertido si el delito de quiebra fraudulenta es un *delito de daño* (o *de lesión*), o si se trata de uno *de peligro*⁽¹⁸⁹⁾. Dicha controversia, no es una mera cuestión dogmática ni menos baladí, ya que tiene incidencia en aspectos importantes del delito, verbigracia en la tentativa e incluso en determinar la consumación misma del tipo.

Así, si se considera a la quiebra fraudulenta como un “*delito de peligro*”, la declaración de quiebra convertirá cualquier acto de tentativa anterior a ella en delito consumado, y los posteriores se perpetuarían con la realización misma de la conducta por parte del autor, por lo que no se supondrá su tentativa⁽¹⁹⁰⁾.

Por otro lado, si se considera a la quiebra fraudulenta como “*delito de lesión*”, existen dos posturas, una por la cual los actos posteriores a la declaración de quiebra admitirán tentativa siempre y cuando el acto de fraude produzca un detrimento patrimonial que lo convierta en perjudicial para los acreedores pero no los anteriores⁽¹⁹¹⁾, y que la declaración falencial convertiría al delito en consumado dado que no se puede hablar de quiebra fraudulenta sin declaración de quiebra. En cambio, para la otra corriente, la tentativa puede acontecer antes o después de la declaración de quiebra. Al respecto, existen pronunciamientos

⁽¹⁸⁶⁾ Así se consideró la mera tenencia de un bien inmueble (CNCom., Sala D, 31/3/81, ED, t. 94, p. 311).

⁽¹⁸⁷⁾ Así se entendió, en fallo “Garcés, Jorge Enrique”, Juzgado de Sentencia letra “A”, Secretaría N° 2, causa n° 15.214, sentencia condenatoria firme del 17/11/95 (RAFECAS, Daniel Eduardo, *El delito de quiebra de sociedades*, Bs. As.: Ad-Hoc, 2.000, apéndice jurisprudencial).

⁽¹⁸⁸⁾ Conf. LOZA, *op. cit.*, p. 690, citando a Gustavo BONELLI, “*Dell Fallimento*”, t. III, p. 319.

⁽¹⁸⁹⁾ En este sentido se ha resuelto que “...la ley no exige un perjuicio efectivo para los acreedores, sino que es bastante con que los actos hayan sido ejecutados para causarlos...” (Trib. Oral Crim. Fed. Nro. 2, 2002/03/20, in re “Canale, Rodolfo L. y otros s/ quiebra”, fallo nro. 107.639, LL, 2004-D, 542). Así, lo considera Fontán Balestra, Derecho penal, p. 566.

⁽¹⁹⁰⁾ MONTAGNA, *Sanciones*, p. 119.

⁽¹⁹¹⁾ Conf. CARRERA, Daniel. *Delitos vinculados a la quiebra*, JA, 11/05/88, n° 5567. Citado además por Montagna, *Sanciones*, p. 119.

jurisprudenciales que han entendido que el delito de insolvencia fraudulenta es de daño y como tal admite la tentativa ⁽¹⁹²⁾.

En este punto, CARRERA refiere que el perjuicio para los acreedores, puede o no existir, (pues) la ley no lo exige. Lo que exige la ley es que el acto haya sido ejecutado para causarlo, cosa que es muy distinto (SOLER, 1946, t. 4, p. 468)⁽¹⁹³⁾. O sea no es un delito de daño, sino de peligro. Al respecto se ha sostenido que sin embargo, el artículo 176 no castiga la insolvencia dolosa, esto es, al que quiebra fraudulentamente, sino al quebrado que ha realizado hechos perjudiciales para la garantía pecuniaria de la masa de acreedores (NUÑEZ, t. 5, p. 447; CREUS, t. 1, parág. 1.376) ⁽¹⁹⁴⁾. Sobre este punto, con acierto, RAFECAS sostiene que se trata de un delito de daño ⁽¹⁹⁵⁾, no sólo por su ubicación sistemática entre las defraudaciones de los delitos contra la propiedad, sino que así lo consagra además 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, entre otros argumentos.

4. c) Configuración de fraude:

El delito previsto, requiere indefectiblemente que su autor realice alguno de los hechos punibles que la norma –a modo de presunción- indica taxativamente “*en fraude a sus acreedores*”.

Con buen tino se ha resuelto que la existencia de un proceso de quiebra hace funcionar un sistema de presunciones que tiende a simplificar la dificultad de acreditar el fraude, ya que lo usual es que no exista una prueba directa de la colusión dolosa ⁽¹⁹⁶⁾.

El verbo “*defraudar*” utilizado en sentido propio y común de los delitos contra el patrimonio, hace referencia a un perjuicio de índole patrimonial obtenido por medios fraudulentos, en especial por medios que actúen sobre la voluntad de un sujeto, determinando una resolución tomada libremente, pero encontrándose aquél en error del significado de lo que se decide ⁽¹⁹⁷⁾.

A su vez, es dable tener presente que el término “fraude” en el ordenamiento jurídico tiene diferentes sentidos: 1) como engaño; 2) como vicio de los actos jurídicos (art. 961 del Código Civil); 3) como provocación o agravación por el deudor de su insolvencia, mediante actos u omisiones de aquél en perjuicio de sus acreedores al sustraer bienes de su patrimonio;

⁽¹⁹²⁾ CNCrim. y Corr., Sala IV, sentencia del 18 de septiembre de 1990, JA, t. 1991-II, p. 582.

⁽¹⁹³⁾ Este autor refiere que desde el punto de vista del patrimonio de los acreedores, la quiebra no es más que un delito de peligro (SOLER, *Tratado*, IV, 1987, p. 500).

⁽¹⁹⁴⁾ CARRERA, Daniel P.; *Delitos vinculados a la quiebra*, JA: 1988-II, p. 518.

⁽¹⁹⁵⁾ RAFECAS, Daniel Eduardo, *El delito de quiebra de sociedades*, p. 62; *Una sentencia de quiebra fraudulenta con múltiples maniobras que no conmueven su unicidad*, LL, 2004-D, p. 545 y en *Los delitos de quiebra en Argentina (con especial referencia a la quiebra societaria, art. 178, Cód. Penal)*, en Rev. de Sociedades y Concursos, N° 10, mayo/junio 2001. Bs. As.: Ed. Ad Hoc. También: ERBETTA, *Delitos...*, p. 134 quien entiende que son verdaderos delitos de lesión; CREUS, Carlos. *Quebrados u otros deudores punibles*, Bs. As.: Ed. Astrea, 1989, ps. 69 y sgtes.; NUÑEZ, Ricardo. *Tratado de Derecho Penal*, t. V, Córdoba: Ed. Lerner, 1965, p. 445 y el TOC 24, in re “Pernicone, Víctor Salvador”, causa n° 223, sentencia condenatoria del 8/8/98, publicado en RAFECAS, *El delito de quiebra de sociedades*, en apéndice jurisprudencial.

⁽¹⁹⁶⁾ CSJN, Fallos, 324:4421, in re “Cararañá S.A. s/ Quiebra s/ Incidente de reposición por Banco Interfinanzas International Ltd.”, del 18 de diciembre de 2001.

⁽¹⁹⁷⁾ En igual sentido MONTAGNA, *Sanciones*, p. 120.

4) como fraude a la ley, en donde el obrar se realiza al amparo de una norma (ley de cobertura) pero en violación de otra (ley defraudada) sin que aparezca como transgredida.

Asimismo, se ha entendido al fraude a los acreedores como quien comete a través de actos o negocios jurídicos por regla general, positivos o de actuación, unilaterales o bilaterales, destinados a enajenar derechos o facultades o adjudicarlos en perjuicio de los acreedores, pues provocan o agravan la insolvencia o violentan la igualdad de los últimos teniendo conciencia de obstaculizar o impedir la prestación debida ⁽¹⁹⁸⁾.

Por “defraudar” se entiende una expresión genérica dentro de la cual está comprendida la estafa misma, por lo que estafar no es sino defraudar de una manera determinada, siendo la denominación genérica de una serie de tipos, por ende existe entre las mismas una relación de género y especie. Para Montagna (*Sanciones*, p. 120), con la expresión “defraudación” se designa a toda lesión patrimonial producida con fraude.

En síntesis, si bien el concepto de fraude presenta diversos enfoques que se resumen en cómo hacer que opere una norma jurídica con el fin de evitar la aplicación de otra, para la aplicación del tipo que analizamos, la enumeración de los supuestos contemplados en dicha norma son los únicos que autorizan su aplicación, en virtud de ser la misma de carácter taxativo ⁽¹⁹⁹⁾. Ergo, cualquier otro supuesto de fraude no enumerado en la norma no encuadraría bajo la égida de este delito, debiendo escudriñarse si se configuran lo tipificado por otras figuras penales previstas en el código represivo como el desbaratamiento de derechos acordados (artículo 173, inciso 11°), insolvencia fraudulenta (artículo 179, inciso 2°) o en otros supuestos.

4.d) La declaración de quiebra:

El delito de quiebra, al resultar un *delito especial propio*, exige que el deudor sea declarado en quiebra⁽²⁰⁰⁾. Sin la declaración judicial de quiebra, el delito “no nace”, ergo los actos fraudulentos podrán constituir delitos contra la propiedad pero de distinto tipo que el regulado en el artículo abordado.

Se discute si es elemento constitutivo del delito o si sólo es factor que hace a la apertura de la acción punitiva. Así, se ha considerado a la declaración de quiebra como una *condición objetiva del tipo penal* (Soler, IV-491), como una mera *condición de procedibilidad* ⁽²⁰¹⁾, como un *presupuesto* del delito (Fontán Balestra, VI-172) y como *elemento* del mismo (Núñez, V-443, *Manual...*, p. 267, Carrera, *Delitos...*, p. 518) ⁽²⁰²⁾.

⁽¹⁹⁸⁾ Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1975, p. 125. Citado en Montagna, *ibidem*, p. 120.

⁽¹⁹⁹⁾ MONTAGNA, *Sanciones*, p. 122.

⁽²⁰⁰⁾ Como se sabe la ley concursal prevé la sentencia de quiebra de modo directo o indirecto. Entre los arts. de la Ley 24.522 que prevén algunos de los supuestos de su dictado se pueden citar los arts. 46, 47, 48 inc. 2° y 5°, 61, 63, 80 y 82. Véase y ampliése en RAFECAS, *El delito de quiebra de sociedades*, ps. 39/41.

⁽²⁰¹⁾ Es la posición que en su momento sostuvo Jiménez de Asúa (*Tratado de Derecho Penal*, t. VII, 1971, p. 65. Al respecto ver Creus, op. cit., nota 108 y Soler, *Tratado...*, ps. 490/491, ed. TEA, Bs. As., 1982) y que hoy sostiene Tozzini como integrante de la sala I de la Cámara del Crimen, ver voto in re “Pusso” CCC, Sala I, causa N° 44.914, del 22/5/96 y en causa “Chavanne”, donde podría prosperar una defensa planteada por el avenimiento arribado con posterioridad. Se llegaría a una condena de quiebra sin un autor quebrado.

⁽²⁰²⁾ Hay quienes plantean la necesidad de indagar la declaración de quiebra por el Juez comercial, como elemento integrante del tipo, ya que actualmente, en el Derecho Penal Alemán y en Francia, a partir de la reforma de 1967, ya no es determinante para la punibilidad o procesabilidad de los hechos de bancarrota una declaración

Al respecto, se ha dicho que la declaración de quiebra: es un *elemento constitutivo* del delito, pues en caso contrario las infracciones a la normativa, anteriores al auto de quiebra, traerían por consecuencia que el fallido habría estado en permanente “estado” de delito⁽²⁰³⁾.

La evolución de la última doctrina y jurisprudencia tiende a consagrar la postura que sostiene que la declaración de quiebra del ente deudor es un elemento normativo del tipo objetivo, descartando que se trate de una condición objetiva de punibilidad. En esta postura se enrola Rafecas, quien la considera como un *elemento normativo integrante del tipo objetivo* ⁽²⁰⁴⁾, sosteniendo que si bien es cierto que constituye un acto jurídico formalizado por un tercero (el juez comercial), no por ello ha de estar, como decía Beling, “fuera de la causalidad y de la culpabilidad del autor”.

A su vez, sostiene que 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 y del perjuicio a los acreedores a constatarse en ese instante. 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 del dolo (De acuerdo al respecto Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Cárdenas editor, México, 1991, parágrafo 448, con especial referencia a la quiebra del comerciante del art. 177, C.P. como elemento del tipo objetivo), aunque más no sea indirecto o de consecuencias necesarias.

Bacigalupo sostenía que la sentencia declarativa de quiebra es “...la norma que califica al sujeto activo del delito, por cuya razón pertenece al tipo penal como elemento del sujeto” ⁽²⁰⁵⁾. Otros refieren que la quiebra resulta un elemento de autoría, sosteniendo que la declaración de la misma es un *elemento circunstancial* del delito, ya que el autor lo comete cuando la quiebra fue declarada ⁽²⁰⁶⁾.

Asimismo, desde hace ya muchos años se ha sostenido que la declaración de la quiebra por la justicia de comercio, ha sido unánimemente considerada como elemento del delito de

de la jurisdicción civil o comercial. Es suficiente que se produzca el hecho de la cesación de pagos por el deudor (Conf. TIEDMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, p. 207. Citado en ROMERA, Oscar E., *La eliminación de la calificación de conducta y sus consecuencias en la legislación concursal y el derecho penal*, en Rev. Derecho y Empresa, n° 4, Univ. Austral, Rosario, 1995, p. 270, nota 39).

⁽²⁰³⁾ ARGERI, *Quiebra fraudulenta...*, p. 1346 y en *La quiebra y demás procesos concursales*, vol. III, p. 162. En sentido similar, se ha sostenido que la quiebra y los hechos de bancarrota funcionan como *elementos constitutivos* del delito (Conf. LOZA, p. 690, con cita de BONELLI, ob. cit., p. III, p. 318; BOLAFFIO, *La bancarrota della bancarrota*, en Rivista di Diritto Commerciale, nov.-dic., 1927, p. 621, entre otros).

⁽²⁰⁴⁾ RAFECAS, Daniel Eduardo. *El delito de quiebra de sociedades*, p. 98 y sgtes., *Una sentencia de quiebra fraudulenta con múltiples maniobras que no conmueven su unicidad (nota a fallo)*, LL, 2004-D, p. 547 y en *Los delitos de quiebra en Argentina (con especial referencia a la quiebra societaria, art. 178, Cód. Penal)*, en Rev. de Sociedades y Concursos, N° 10, mayo/junio 2001. Bs. As.: Ed. Ad Hoc.

⁽²⁰⁵⁾ BACIGALUPO, Enrique, *Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito*, ed. Depalma, 1970, p. 29. Posición, la cual mantiene Edgardo Donna, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II-B, p. 659 y sgtes., Bs. As.: Rubinzal-Culzoni, 2001) Asimismo, como integrante de la sala I de la Cámara del crimen, en votos en causas “Pusso” (n° 44.914, del 22/5/96) y en el fallo absolutorio “Chavanne, Marceo Augusto” (CCC, sala 1ª, causa n° 45.511, del 6/11/97).

⁽²⁰⁶⁾ Conf. MONTAGNA, *Sanciones*, p. 122. Existen autores que consideran la posibilidad de que el juez penal rechace la vigencia del auto declarativo de quiebra por vicios formales, circunstancia que se divide según se trate de vicios insubsanables, como el caso de encontrarse en juegos garantías constitucionales, del hecho de tratarse de vicios subsanables.

quiebra fraudulenta, en el sentido de que, sin tal declaración, este delito no se configura⁽²⁰⁷⁾; entendiéndose por alguna postura como un “*presupuesto delictual*”, ya que se trata de algo que, aunque necesario para la configuración del delito, está fuera de la acción constitutiva de este⁽²⁰⁸⁾.

Para la mayoría de la doctrina autoral esta declaración judicial de quiebra por parte del Juez comercial determina el momento consumativo del delito y a su vez, como se verá oportunamente, el momento desde el que comienza a transcurrir el lapso de la prescripción de la acción. Por otro lado, se ha sostenido que la sentencia de quiebra es irrevisable por el juez penal y debe subsistir durante todo el trámite de la causa penal⁽²⁰⁹⁾.

Para finalizar el tópico abordado, cabe destacar lo expuesto por CARRERA⁽²¹⁰⁾, quien refiere: “Se sostiene que la declaración de la quiebra por el Juez concursal, “constituye el presupuesto esencial del hecho” (Eusebio Gómez, *Tratado de Derecho Penal*, t. 4, p. 352) o que se trata “de la existencia o inexistencia de un elemento constitutivo del delito, de una condición objetiva, sin la cual no puede haber proceso por falta del sujeto procesal legalmente definido” (Soler, 1946, t. 4, 460) o de “una condición de perseguibilidad con efectos de condición objetiva de punibilidad” (Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, t. 7, p. 65), o que es “presupuesto delictual” (Oderigo, *Código Penal anotado*, Bs. As. 1942, nota 917) o “un presupuesto objetivo del delito” (Fontán Balestra, t. 6, p. 172). El problema de la significación sistemática de la declaración de quiebra, resuelto, también como que no es condición objetiva de punibilidad, “sino la norma que califica al sujeto activo del delito”, por lo que “pertenece al tipo penal como elemento del sujeto” (Bacigalupo, p. 26), realmente encierra una cuestión bizantina (Navarro, p. 24) o, por el contrario, dogmáticamente reviste importancia. Sin duda, constituye una cuestión que reviste importancia, “en razón de que las consecuencias que se derivan de la solución que se le otorgue son bien distintas” (Bacigalupo, p. 19). A nuestro modo de ver –continúa diciendo Carrera-, la mejor solución es la que encuentra que la “condición de comerciante declarado en quiebra es un elemento del tipo delictivo” (Núñez, *Manual...*, p. 267). Esta conclusión, es decir que si falta, la declaración de

⁽²⁰⁷⁾ Conf. ODERIGO, Mario A., *Declaración de quiebra y proceso por quiebra fraudulenta*, LL, 79-787/788, citando en la nota 3 a: González Roura, *Derecho penal*, t. III, P. 278; Moreno, *El código penal y sus antecedentes*, t. V, p. 251; Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 460; Jofré, *El código penal de 1922*, p. 286, entre otros. A su vez, este autor, en: *Código Penal Anotado*, Ed. Depalma, 1957, sostuvo que quiebra es el estado de cesación de pagos de un comerciante. Ese estado, que es presupuesto delictual, debe ser previamente declarado por la jurisdicción mercantil, por un auto pasado en autoridad de cosa juzgada.

⁽²⁰⁸⁾ Conf. ODERIGO, op. cit., p. 788, quien coincide con GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, t. IV, p. 342 y refiere que fue su postura minoritaria en fallo de cámara publicado en LL, t. 78, p. 536, con nota de Núñez quien lo denomina “*elemento del delito*”. Se ha sostenido que: “Sin ser una cuestión prejudicial, para el proceso penal por quiebra es indispensable la declaración de la quiebra o del concurso civil en las sedes comercial o civil, 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” (SC Buenos Aires, julio 4-978, Rev. La Ley, t. 1978-C, p. 612). Citado por: PORCELLI, Luis. *Relaciones del derecho penal y concursal*, LL, 1989-E, p. 947 y ROMERA, Oscar E., *La eliminación de la calificación de conducta y sus consecuencias en la legislación concursal y el derecho penal*, en Rev. Derecho y Empresa, n° 4, Universidad Austral, Rosario, 1995, p. 263 a 271. *Idem*, SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1946, T. IV, p. 460.

⁽²⁰⁹⁾ CCrim. y Correc. Cap. Fed., int. Sala VI causa 18.246, “Nugent, Leonardo J.”, LL, rta. 8/7/1975.

⁽²¹⁰⁾ CARRERA, Daniel; *Delitos vinculados a la quiebra*; en J.A. del 11/5/88, nro. 5567, pág. 4 y 5.

quiebra, falta un elemento del tipo y, por tanto, no resulta encuadrable el comportamiento del comerciante en el artículo 176, procesalmente conduce a la desestimación de la denuncia, o bien al sobreseimiento o absolución según el estado de la causa (Núñez, t. 5, p. 443). En cambio, si se acepta que constituye una “condición objetiva de punibilidad”, su solución procesal se da a través de la declaración de nulidad de lo actuado”. Para finalizar, sostiene que: “El argumento contrario de que la declaración de la quiebra, no puede ser un elemento del tipo delictivo, por cuanto los actos de fraude a los acreedores pueden, según el caso, ser cometidos por el autor antes de tal declaración (Navarro, p. 23), es superable si se repara en que la declaración de la quiebra forma parte de la figura delictiva, en cuanto conforma el núcleo típico aglutinante de los actos de fraude del autor, tanto de los anteriores como de los posteriores a ella. En suma, la quiebra fraudulenta es un *delito especial, pues demanda un sujeto activo determinado: un comerciante declarado en quiebra*”.

Claro está que la declaración de quiebra, resulta una *conditio iuris*⁽²¹¹⁾ para la configuración de este delito, lo que si resulta difícil es determinar –una vez declarada- cuál o cuáles son los hechos que la han provocado o agravado, lo cual desde hace décadas ha generado dificultades tanto a la doctrina nacional como la extranjera ⁽²¹²⁾.

4.e) Consumación del delito:

Sobre el momento consumativo de este delito, existen opiniones encontradas respecto a si en el tipo penal contemplado en esta norma se castigan los actos anteriores⁽²¹³⁾ o posteriores a la quiebra⁽²¹⁴⁾. Así, por un lado existen pronunciamientos que sostienen que por el tipo previsto en el art. 176 del Código Penal se castigan sólo los actos posteriores, entendiendo a la declaración falencial como un presupuesto de antijuridicidad, por lo que de no existir la misma debe sobreseerse a los imputados⁽²¹⁵⁾; por otro lado, hay fallos que entienden que las conductas prohibidas en el artículo mencionado pueden ser anteriores o posteriores a la declaración de quiebra ⁽²¹⁶⁾. En este último sentido se ha sostenido que los actos punibles

⁽²¹¹⁾ “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” (SCBA, LL, 1978-C, 712; SOLER, op. cit., p. 460)

⁽²¹²⁾ En efecto, tanto ROCCO (“*Sull concetto giuridico della bancarotta*”, en *Rivista di Diritto Commerciale*, t. I, año 1911, p. 412) como BONELLI, (op. cit., t. III, p. 317), refiriéndose al delito de bancarota, sostuvieron que era el que menos elaboración científica ofrece y que constituye uno de los problemas más difíciles y oscuros del derecho penal (Citado por LOZA, *Cómputo...*, p. 688).

⁽²¹³⁾ Para Carrara, los hechos fraudulentos posteriores a la declaración de la quiebra no deberían llamarse “hechos de bancarota”, sino hechos de fraude en ocasión de quiebra (*Programma*, parág. 3.461) Citado por CARRERA, *Delitos...*, p. 519.

⁽²¹⁴⁾ Esta es la postura de ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 41, compartiéndola con Bacigalupo y Donna.

⁽²¹⁵⁾ CNCrim. y Correc., Sala I, in re “Wallach, Oscar Alberto”, causa 20.257 del 6 de agosto de 2.003. Citado en Montagna, *Sanciones*, p. 122. La inclusión en el tipo del art. 176 de las acciones anteriores a la declaración de la quiebra, aparece categóricamente rechazada por buena parte de la doctrina, entre ello Bacigalupo y como dudosa al menos para otros, entre ellos Soler (CNCrim., Sala I, “Mitchell, Costa Bonorino, Perú (J.- sent. Q – Sec. 18) causa 29.295 – C.M.A. – 25/3/1986. Citado por FAVIER-DUBOIS, Eduardo M. (p), *El delito de quiebra fraudulenta*, Errepar, DSE N° 192, Nov./2003, TXV, p. 1158.

⁽²¹⁶⁾ CNCrim. y Correc., Sala IV, in re “Mignone, Tomás”, causa 14.983 del 5 de abril de 2001; CNCrim. y Correc., Sala V, in re “Boero y Cía. y otros”, causa 20.283 del 26 de noviembre de 2002; entre otros. En igual sentido, Creus, Carlos, *Quebrados ...*, Bs. As.: Ed Astrea, 1989, ps. 77 y 78, Núñez, Ricardo, *Manual de derecho*

pueden ser realizados antes o después de la declaración de la declaración de quiebra porque llevan implícito el daño al patrimonio, prenda común de los acreedores ⁽²¹⁷⁾.

En relación al momento de consumación del delito, Núñez enseña que se han arriesgado distintas tesis: la que la sitúa siempre en el momento de la cesación de pagos; la que la ubica, siempre, en el momento de la declaración de quiebra; la que la coloca en el momento de la cesación de pagos para los hechos anteriores a ella y en el momento de ocurrir éstos si fueran posteriores; y finalmente, la que atiende al momento de la declaración de la quiebra para los hechos anteriores a ella y al momento de la consumación de ellos si fueran posteriores ⁽²¹⁸⁾. Al respecto, Donna sostuvo que “por ser un delito que exige una autoría especial propia sólo puede cometerlo quien haya sido declarado en quiebra”, agregando que debe tratarse de un autor idóneo que al momento de realizar las acciones típicas haya sido declarado en quiebra. Es decir que el comerciante debe haber sido declarado en quiebra y luego debe haber realizado los actos “indebidos” ⁽²¹⁹⁾.

Algunos fallos, no tan antiguos han sostenido que “los suscriptos adherimos a la postura sustentada tanto por los representantes del Ministerio Público Fiscal como por el a quo, en cuanto a que el tipo penal mencionado se consuma con la declaración de quiebra (CNCrim. y Corr., Sala I, in re “Losas, Hernán P. y ot.”, sentencia del 26 de mayo de 2006); “la actividad fraudulenta del quebrado puede ser incluso anterior a la declaración de quiebra, y, la consecuencia jurídica de tal declaración, es precisamente tener por consumado el actuar disvalioso anterior” (CNCrim. y Correc., Sala VI, in re “El Puesto Verde S.R.L.”, sentencia del 11 de febrero de 2003)⁽²²⁰⁾.

A su vez, se ha entendido que “El delito de quiebra fraudulenta –en el caso, el imputado denunció una deuda inexistente, omitió denunciar que era titular del 99% de las acciones de una sociedad y se allanó a una demanda que permitió al principal acreedor, cobrar fuera del proceso falencial- abarca no sólo las acciones llevadas a cabo después de la decisión firme del juez mercantil, sino también las que han tenido lugar en el período anterior a ella” (Trib. Oral Crim. Fed. Nro. 2, 2002/03/20, in re “Canale, Rodolfo L. y otros s/ quiebra”, fallo nro. 107.639, LL, 2004-D, 542, con nota de Daniel Eduardo Rafecas) ⁽²²¹⁾.

penal - Parte Especial, Bs. As.: Ed. Lerner, 1976, p. 165, nota 6, Laje Anaya, *Quebrados...*, p. 73; Highton, Federico R, y Cavallero, Ricardo J., *Sobre las quiebras y algunas cuestiones penales*, LL, 1977-D, p. 775.

⁽²¹⁷⁾ CNCrim. y Correc., Sala VII, in re “Fucile, Roberto A. s/ infracción al artículo 53 de la ley 20.091 en función del artículo 176, inciso 2 del Código Penal”, sentencia del 14 de abril de 1997. En igual sentido CNCrim. y Correc., Sala V, in re “Fusaro, Teodoro P., Vanguardia S.A.”, sentencia del 19 de febrero de 2003; CNCrim. y Correc., Sala VI, in re “El Puesto Verde S.R.L.”, sentencia del 11 de febrero de 2003, entre muchos otros. Citados en MONTAGNA, *Sanciones*, p. 123.

⁽²¹⁸⁾ NÚÑEZ, *Manual de Derecho Penal*; pág. 267, Editorial Lerner, quien entiende que es la tesis que debe predominar y para ello cita autores de talla como Soler, Fontán Balestra, entre otros.

⁽²¹⁹⁾ Del voto del Dr. Edgardo Donna en la causa “Pusso, Carlos, s/ quiebra fraudulenta”; CNCrim. y Correccional, Sala I, causa 44.914 del 22/5/96.

⁽²²⁰⁾ Citados en MONTAGNA, *Sanciones*, p. 126.-

⁽²²¹⁾ Pronunciamiento el cual quedó firme con la sentencia dictada por la Cámara de Casación el 21/03/03, publicado en LL, 2003-E, 20 y en Errepar – DSE – N° 192 – Nov. – T. XV – 1152, con nota de Favier-Dubois, Eduardo M. (p), quien critica el fallo en cuanto a la consumación del delito. Este y otros fallos (Cúneo, Horacio E. y otro” CCC sala V, 31/3/97, LL, 1997-E, 381. Asimismo la condena impuesta por el TOC 20, in re

Según RAFECAS ⁽²²²⁾, es claro que con este delito, se abarcan conductas no sólo posteriores a la declaración de quiebra, sino también anteriores a ella ⁽²²³⁾. Al respecto, refiere que la jurisprudencia de los 70 y 80 a partir de un trabajo de Enrique Bacigalupo de 1970 (“Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito”, ed. Depalma), por el cual proponía que el delito de quiebra fraudulenta sólo pueda considerarse típico una vez ya se contara “con un comerciante declarado en quiebra”, esto es que el delito solamente se configurase después que la quiebra se decretara en sede comercial, y nunca antes, cuando en rigor de verdad la abrumadora mayoría de los casos que postulan para la incriminación penal, por tratarse de maniobras dolosas en fraude a los acreedores, tienen lugar en el período de sospecha previo al inicio del procedimiento concursal, o bien durante las alternativas de éste –que puede durar años- hasta la declaración de quiebra. La opinión de Bacigalupo, conducía prácticamente a la tacita derogación del capítulo, ya que extendía tal interpretación a la quiebra culpable y la imprudente.

A su vez, sostiene que si no hay relación de causalidad, y tratándose de actos anteriores a la quiebra, habrá que determinar en qué momento debieron ser cometidos, ya que en materia penal no aparece el llamado período de sospecha propio del régimen concursal (art. 116, LC), pero del cual alguna vez se hizo referencia en fallo absolutorio ⁽²²⁴⁾.

No existe discrepancia en cuanto a que el auto de quiebra debe estar firme en el fuero correspondiente, o sea haber pasado en autoridad de cosa juzgada ⁽²²⁵⁾, ya que sostener lo contrario o conmovier en parte este principio implicaría violentar garantías constitucionales elementales como el estado o presunción de inocencia, entre otras. Así se resolvió en el

“Zaputovich, Héctor Walter”, del 30/11/2000, inédita), han entendido configurado el alcance típico a maniobras anteriores a la declaración de quiebra.

⁽²²²⁾ En: *Una sentencia de quiebra fraudulenta con múltiples maniobras que no conmueven su unicidad*, LL, 2004-D, págs. 544/545 y en *El delito de quiebra de sociedades*, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2002, p. 99 y sigtes.-

⁽²²³⁾ En igual sentido, se enrola Francisco Gabriel MARULL, quien entre sus razones menciona “...En primer término, una política criminal razonable que intente ejercer resistencia a la selectividad direccionada del sistema a la que se hizo referencia en la introducción, así lo indica. En segundo lugar, y siguiendo en esto las pautas fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación -Fallos 302:973 LL. 1980 D. 397; 299:167 LL. 1978 B. 308-, la primera regla de interpretación de las leyes es darle pleno efecto a la intención del legislador, siendo la fuente primaria para ello la letra de la ley, en tal sentido se advierte claramente que el tipo penal en cuestión no dice “...el comerciante declarado en quiebra que haya...”, sino “que hubiere”, tiempo verbal que indica con meridiana claridad que se refiere a hechos en los que se incurrió antes de la declaración formal de la quiebra, uso verbal que se repite en el Art. 178 del C.P. -quiebra fraudulenta de sociedades comerciales-. El tercer elemento a tener en cuenta es el Art. 179, párrafo 1º del C.P. que según el propio Bacigalupo es el reflejo del 176 pero para el deudor no comerciante, el cual refiere que los concursados civilmente que para defraudar a sus acreedores “...hubieren cometido o cometieren...” alguno de los actos mencionados en el art. 176, es decir antes o después de encontrarse en esa instancia. A esto se debe sumar una observación del sentido común que indica que en la generalidad de los casos las maniobras tendientes a defraudar a los acreedores en un proceso falencial se realizan antes de la declaración formal de la quiebra...” (*Punibilidad de la quiebra fraudulenta. ¿Confirmación de la selectividad del Sistema?*”, <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,84,0,0,1,0>).

⁽²²⁴⁾ RAFECAS, Daniel F., *El delito de quiebra de sociedades*, Bs. As.: Ed. Ad-Hoc, 2000, p. 136.

⁽²²⁵⁾ Conf. ODERIGO, op. cit., p. 788, quien refirió como única excepción un fallo de primera instancia, por el cual la cámara criminal y correccional de la Capital resolvió que la circunstancia de hallarse recurrido el auto de quiebra, no enerva ipso facto la acción pública correspondiente al delito de quiebra fraudulenta; pero que, si en el momento oportuno, el recurso no ha sido resuelto en lo comercial, las actuaciones criminales deben sobreeserse provisionalmente, y definitivamente si el auto ha sido revocado (Rev. La Ley, t. 11, p. 337).

plenario “Roitberg”⁽²²⁶⁾ que cuando se advierta que el auto declarativo de quiebra no se encuentra firme, debe desestimarse la denuncia por inexistencia de delito, debiendo sobreseerse definitivamente en el caso de que ya se hubiera instruido sumario.

Por otro lado, también se ha destacado que las formas de levantamiento de la quiebra no producirán efectos extintivos de la responsabilidad penal, por resultar los mismos posteriores a la consumación del delito ⁽²²⁷⁾. Así, es unánime la doctrina en separar la suerte de la persecución penal del delito más allá del éxito total o parcial de las vías de reparación del daño intentadas a posteriori por el damnificado en el ámbito civil, en especial con relación a los delitos contra la propiedad. Aunque debe remarcarse la diferencia con otros modos de conclusión de la quiebra por acuerdo con los acreedores, como son el avenimiento (arts. 225 y sgtes., Ley 24.522) ⁽²²⁸⁾ y el pago total (arts. 228 y sgtes.), que presuponen una sentencia de quiebra firme y ejecutoriada, y que producen simplemente la cesación de sus efectos patrimoniales: tales actos jurídicos no ejercen influjo sobre la previa configuración del tipo penal, aunque sí debería ser tenido en cuenta, acreditado el injusto culpable, para la determinación de la pena ⁽²²⁹⁾.

Conil Paz⁽²³⁰⁾, atinadamente se pregunta lo siguiente: ya cometidos los ilícitos atinentes a la insolvencia falimentaria, e iniciado el proceso penal, ¿qué ocurre si concluye la quiebra por algunos de los modos permitidos por la legislación concursal? Al respecto, se ha sostenido que es indiferente la conclusión de la quiebra. Ésta puede concluir por avenimiento, pago total, carta de pago, no presentación de acreedores, planteo exitoso de un recurso de reposición o levantamiento de la quiebra sin trámite y nueva figura de la conversión de quiebra en concurso preventivo, la cual -en opinión de la doctrina mayoritaria- ha venido a reemplazar al viejo acuerdo resolutorio ⁽²³¹⁾. En esa línea de pensamiento, se sostuvo que la quiebra no es un estado definitivo, sino reversible no sólo económicamente, sino jurídicamente, y si esa

⁽²²⁶⁾ CNac. Crim. y Correc., en pleno, “Roitberg, F.”, rta. 24/12/1971, La Ley, 146-101, donde se estableció: “1°) Corresponde desestimar la denuncia por el delito de quiebra fraudulenta en el caso de que el auto de falencia no se encuentra firme. 2°) Corresponder sobreseer definitivamente cuando se hubiere instruido sumario y se comprobare durante el curso de la investigación que el auto declarativo de la quiebra no se encuentra firme. 3°) No son nulas las actuaciones producidas después de abierto el plenario. 4°) No es de aplicación lo preceptuado por el artículo 149, segundo párrafo del Cód. Proc. Civil y Comercial, para el supuesto de que al ser indagado el procesado tome conocimiento en ese acto, del auto declarativo de quiebra”.

⁽²²⁷⁾ Nada obsta a la comisión del delito (art. 176, inciso 2° del Código Penal) que el conocimiento de la declaración de quiebra fuere posterior a la sustracción de las cosas correspondientes a la masa, ya que la conducta anterior se torna punible con dicha declaración.

⁽²²⁸⁾ Los efectos del avenimiento se reducen a los aspectos económicos de la quiebra, no haciendo desaparecer sus consecuencias delictuales (CONIL PAZ, Alberto: *Conclusión de la quiebra*, Bs. As.: Ed. Ábaco, 1996, p. 207.

⁽²²⁹⁾ Conf. RAFECAS, Daniel Eduardo. *El delito de quiebra de sociedades*, Bs. As.: Ad Hoc, 2000, p. 37; *Una sentencia de quiebra fraudulenta con múltiples maniobras que no conmueven su unicidad*, LL, 2004-D, p. 546. El levantamiento de la quiebra por avenimiento o por cualquier otra causa hace desaparecer el presupuesto objetivo del delito (CNCrim. y Corr., Sala IV, “Nugent, Leonardo”, 8/7/1975).

⁽²³⁰⁾ CONIL PAZ, op. cit., *ibídem*.

⁽²³¹⁾ Conf. VILLOLDO, J. Marcelo, *La conversión de la quiebra en concurso: ¿excluye la responsabilidad penal del ex fallido-ahora concursado-?*, Práctica y Actualidad Concursal (P.A.C.); Tomo I, Marzo de 2005.

reversión hace desaparecer la ilegalidad del acto imputado, el Código Penal no lo ha previsto, porque no ha seguido la evolución del derecho concursal ⁽²³²⁾.

Por último, en relación a si la conversión de la quiebra en concurso preventivo (art. 90 y sgtes., Ley 24.522) “borra” la responsabilidad penal del ex fallido (ahora devenido en concursado), por un lado se ha sostenido que la conversión implica la desaparición del estado de quiebra y el cese de la decisión judicial integradora de la figura penal ya que la desincriminación resulta de un acto jurisdiccional pleno, de igual intensidad que el que declaró la quiebra, requisito ineludible de la figura penal ⁽²³³⁾. En cambio por otro lado, se ha entendido que el auto de apertura del concurso preventivo por conversión de la quiebra no borra la responsabilidad penal, sino también que ante el renacimiento de la quiebra como consecuencia del desistimiento del concurso (uno de los supuestos de quiebra “innominada” que refiere Heredia), los actos realizados entre el decreto de quiebra primigenio y la sentencia que declara desistido el concurso (momento a partir del cual recobrará sus efectos la quiebra otrora convertida) se encontrarán alcanzados por el artículo 176 del Código Penal. En dicha norma, podrán encuadrarse los actos realizados por el fallido, más tarde concursado y, luego, definitivamente quebrado ⁽²³⁴⁾.

4.f) Disminución en el patrimonio:

El delito tipificado en la norma en análisis, requiere que la conducta de su autor produzca una disminución en su patrimonio que afecte al cobro de sus acreedores verificados en el pasivo falencial, con independencia de que el menoscabo sea descubierto con posterioridad a que el patrimonio disminuya debido a que al sustraer un bien de su patrimonio ya lo disminuyó; ello no obstante la consumación del delito se concrete cuando el deudor se transforma en fallido por haberse decretado la quiebra.

Al respecto, la relación de causalidad se configura entre la conducta del autor y la disminución de su patrimonio, sin que su conducta haya sido la causa de la quiebra.

Si se entiende como delito “*de resultado*”, la quiebra requiere nexo de causalidad entre la acción del autor y la disminución patrimonial que termina constituyendo el concreto perjuicio, al convertir en insuficientes los bienes de aquel para atender los créditos cuya ejecución se procura en la falencia. Estos actos anteriores, no se requiere que sean los causantes del estado de cesación de pagos que motivó la falencia, por ende esta relación de causalidad se limita al perjuicio producido (Montagna, *Sanciones*, p. 124) ⁽²³⁵⁾

⁽²³²⁾ FAVIER-DUBOIS, Eduardo M. (p), *El delito de quiebra fraudulenta*, Errepar, DSE N° 192, Nov./2003, TXV, p. 1157.

⁽²³³⁾ Conf. CONIL PAZ, *Conclusión...*, p. 207. Al respecto, se ha sostenido que al implicar la conversión la desaparición del auto de quiebra (se lo deja sin efecto) queda excluida toda posibilidad de sostener la imputación en los términos del delito de quiebra fraudulenta (Conf. ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 165).

⁽²³⁴⁾ Conf. Conf. VILLOLDO, J. Marcelo, *La conversión de la quiebra en concurso: ¿excluye la responsabilidad penal del ex fallido-ahora concursado-?*, *Práctica y Actualidad Concursal (P.A.C.)*; Tomo I, Marzo de 2005.

⁽²³⁵⁾ En contra: BACIGALUPO, Enrique en *Estudios jurídicos penales sobre insolvencia y delitos*, Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 11 (citado en Montagna, *Sanciones*, p. 124, nota 56) quien entiende que antes de la declaración de quiebra, el deudor y no quebrado no se encuentra jurídicamente limitado en su accionar por lo que no obrará antijurídicamente. Lo cual es criticado por Montagna, al referir que dicho autor olvida el sentido del período de sospecha, con sus implicancias.

Quienes sostienen esta teoría entienden, que enfocado el delito desde el ángulo del patrimonio del fallido, se requiere que los actos fraudulentos hayan disminuido su patrimonio, aunque ello no implique un perjuicio para cada acreedor, configurándose el delito aún cuando el patrimonio que subsista satisfaga las deudas, no resguardándose la propiedad particular de cada acreedor. La relación de causalidad de esta figura se da entre la conducta del autor y la disminución de su patrimonio, sin que se requiera que su conducta haya sido la causa de la quiebra, y sin detenerse en analizar el perjuicio que le causó la quiebra a la economía del país y a la comunidad misma (Montagna, Sanciones, p. 125).

Hay otros que consideran que el delito de quiebra fraudulenta es “*de peligro*” en vez de resultado, y que requiere como único resultado la mengua en el patrimonio del deudor⁽²³⁶⁾. En efecto, se ha sostenido que no es necesario que el acto ilícito haya efectivamente ocasionado el perjuicio⁽²³⁷⁾, bastando que sea potencial⁽²³⁸⁾.

En esta línea, se encuentran pronunciamientos que han dicho que: “entraña un perjuicio para los acreedores, el que puede no ser real, ya que la quiebra fraudulenta es un delito de peligro, la cesación de pagos que motivó el auto de falencia, seguida de la desaparición de los bienes que el procesado debía tener”⁽²³⁹⁾.

4.g) Sujeto activo. Comerciante:

La quiebra fraudulenta o dolosa, es un delito *especial propio* ya que requiere un sujeto activo determinado, el cual, se puede sostener que es triplemente calificado. Así aunque parezca una obviedad, la primera calidad que debe revestir este autor es la de ser “deudor”, sobre lo cual la jurisprudencia y toda la doctrina es pacífica. A su vez, la norma impone también que se trate de un “comerciante” y que éste debe ser “declarado en quiebra”.

En este sentido y de manera uniforme se ha señalado que el sujeto activo del delito previsto en el artículo 176, es *el comerciante declarado en quiebra*⁽²⁴⁰⁾, calidad la cual es un concepto dependiente de una valoración jurídica⁽²⁴¹⁾ que según la opinión mayoritaria⁽²⁴²⁾

⁽²³⁶⁾ CNCrim. y Correc., Sala VII, causa 21.949, 29 de agosto de 2003, in re “Godoi, Alejandro Aníbal y otro”.

⁽²³⁷⁾ ARGERI, *Quiebra fraudulenta...*, p. 1346; SOLER, *Derecho penal argentino*, v. IV, párr. 122, ed. 1940 y pág. 500 de 4ª ed. de 1987.

⁽²³⁸⁾ Véase: ODERIGO, Mario A., *Código Penal anotado*, art. 176, núm. 918, etc., 1946.

⁽²³⁹⁾ CNCrim. y Correc., Sala VI, ED, t. 32, p. 545. En igual sentido: CNCrim. y Correc., Sala VI, sentencia del 3 de septiembre de 1968, ED, t. 25, p. 281. Rafecas: *El delito...*, p. 100, refiere que en el art. 176 CP el autor del delito no es el comerciante declarado en quiebra, sino solo el comerciante.

⁽²⁴⁰⁾ SOLER, op. cit., p. 489; NUÑEZ, op. cit., p. 439 y en *Manual*, p. 265; CREUS, op. cit., p. 551; LAJE ANAYA, “*Quebrados...*”, p. 65; NAVARRO, op. cit., p. 18; FONTAN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, t. VI, ps. 195/206; NAVARRO y RIZZI, *El delito...*, p. 52; MANIGOT, *Código Penal anotado*, ps. 639/641; OSSORIO y FLORIT, *Código Penal*, ps. 301/02; PORCELLI, op. cit., p. 960, entre otros autores. Asimismo, Cám. Crim. y Correc., Sala 1ª, c. 44.914, “Pusso, Carlos A.”, rta, 31/10/95); CARRERA, op. cit., p. 517; BRUNIARD, Carlos Manuel. *La calificación de comerciante en el delito de quiebra fraudulenta*, *LLActualidad*, ejemplar del 7/11/2.000, p. 1; ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 35 y 150. Al respecto, se ha dicho que requisito para el art. 176, es que para el Código de Comercio se trate de un comerciante y que por sentencia firme en el fuero correspondiente haya sido declarado en quiebra (CCrim. y Correc. Cap. Fed. en pleno, “Roitberg, F.” rta. 24/12/1971, La Ley, 146-102). Se podrá discrepar acerca de si estos extremos funcionan como condición objetiva de punibilidad de autor (Conf. Fontan Balestra y Soler) o como un elemento del tipo (Creus y Núñez) o como un elemento normativo del tipo penal, pero resulta indiscutible que ambos deben verificarse indefectiblemente (Conf. Martorell y Valerga Araoz, op. cit., p. 1246).

⁽²⁴¹⁾ ZAFFARONI, Raúl E., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, pág. 282 y sgs.

correspondería definir al juez de la quiebra, cuya decisión no puede ser revisada por el juez penal ⁽²⁴³⁾.

La calidad de comerciante, se determina conforme al artículo 1° y concordantes del Código de Comercio ⁽²⁴⁴⁾, donde expresamente se alude a la persona que, teniendo capacidad legal para contratar, ejerce de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual. Por ello, es que prestigiosa doctrina entiende que no se dará la adecuación típica si el autor no reviste el carácter de comerciante ⁽²⁴⁵⁾.

Como se expuso, el sujeto activo del delito es la persona declarada en quiebra, aunque en conformidad al texto legal ha quedado la distinción entre “comerciante” y “no comerciante” ⁽²⁴⁶⁾, pese a que desde hace años tanto el concurso preventivo como la quiebra son instituciones que no se encuentran reservadas exclusivamente para los comerciantes, sino abiertas a las personas en general con las limitaciones que la propia Ley de Concursos y Quiebras 24.522 prevé (arts. 2, 5, 88 y ccdtes.) ⁽²⁴⁷⁾. Por ende, como se verá oportunamente, hay quienes sostienen que el art. 179 de nuestro Código Penal dejó de describir una hipótesis que pueda darse en la realidad (Montagna, *Sanciones*, p. 126).

Empero, como vimos, hay autores, que aún luego de las modificaciones habidas en la ley concursal, sostienen que esta cuestión no puede ser revisada por el juez penal ⁽²⁴⁸⁾. Lo cual ha sido objeto de críticas, ya que en conformidad a la ley 24.522, la declaración de quiebra

⁽²⁴²⁾ SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. IV, Río de Janeiro: ed. T.E.A., 1978, pág. 425/426; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino. Parte especial*, t. V, Bs. As.: ed. Bibliográfica Argentina, 1976, p. 440; CREUS, *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, Ed. Astrea, 1983, pág. 551/552, quien la repite en la pág. 541 de la edición Bs. As. 1999. Esa declaración corresponde al juez mercantil.... “una condición objetiva de autor que pertenece al tipo de la quiebra (Fontán Balestra, Carlos *Tratado de Derecho Penal*, t. 6, p. 171)

⁽²⁴³⁾ NUÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, t. 5, p. 440; FONTAN BALESTRA, t. 6, ps. 170 a 173; DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la propiedad*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2001, pag. 660. En este sentido se ha sostenido que el juez penal carece de facultades para el re-examen de la condición de comerciante y del acierto o error de la aplicación de las leyes de concurso. Sólo posee la facultad de inspeccionar la firmeza declarativo de la falencia (NAVARRO, Guillermo R., *Fraudes*, Bs. As.: Nuevo Pensamiento Judicial Editora, 1.994, p. 17/18).

⁽²⁴⁴⁾ NUÑEZ, Ricardo, op. cit., p. 440; LAJE ANAYA, op. cit., 67/68; CREUS, op. cit., ed 1983, p. 551 “in fine”/552; NAVARRO, op. cit., p. 18. Se trata pues de un concepto normativo (Conf. BRUNIARD, *La calificación...*, p. 1).

⁽²⁴⁵⁾ Por eso el proyecto Soler de 1960 se refería a la persona declarada en quiebra, precisamente para evitar esta calificación de comerciante (Conf. LASCANO (h), Carlos. *La nueva ley de concursos 24522 y los delitos vinculados a la quiebra*, en Foro de Córdoba, nro. 30; año 1986, pág. 82; Editorial Advocatus.

⁽²⁴⁶⁾ Ello, debido a que la terminología del Código Penal está referida al sistema que establecía el Código de Comercio de 1.862 que exigía, para ser declarado en quiebra, la condición de comerciante, especificando que el que no lo fuera, podía hallarse en estado de insolvencia pero no en quiebra (art. 152) (ADLA, 1852-1880-33). Al respecto, Martorell menciona que desde que fue sancionado el Código de Comercio del año 1859 para el Estado de Buenos Aires, la legislación concursal de nuestro país circunscribió los procedimientos previstos en ella a la insolvencia de los comerciantes, mientras que el Código Civil de la República Argentina, por su parte no reglamentó el concurso civil (MARTORELL, Ernesto E., *Tratado de concursos y quiebras*, tomo I, pág. 347/348, Bs. As.: ed. Depalma, 1998).

⁽²⁴⁷⁾ En efecto, como se expusiera oportunamente, ya en el año 1.983 mediante la sanción de la ley 22.917 modificatoria de la ley 19.551 unificó el régimen concursal para las personas de existencia visible en la quiebra, sistema que fue mantenido por la ley 24.522.

⁽²⁴⁸⁾ BAEZ, Julio C., *La bancarrota fraudulenta*, LL, Año LXIV n°184, 25/09/00. Citado BRUNIARD, op.cit., p. 1.

dictada por el juez mercantil, no implica ponderación del fallido; importando una modificación substancial al criterio vigente, dado que frente a la redacción del art. 176 del Código Penal, que resulta aplicable únicamente al “comerciante” en tanto esa calidad del fallido no viene definida por el juez de la quiebra, el magistrado no sólo puede, sino que debe verificar que para la ley mercantil reúna la condición de comerciante ⁽²⁴⁹⁾.

Por ello, a la luz de la legislación actual, el juez penal *debe* establecer el carácter de comerciante, porque se trata de un concepto normativo del tipo que no reconoce una declaración judicial extra-penal previa ⁽²⁵⁰⁾.

Así, cuando el Código ha utilizado la expresión “comerciante declarado en quiebra” ha querido determinar que sólo pueden ser sujetos del delito una categoría especial de infractores, que según el propio ordenamiento jurídico reciben el nombre de comerciantes en razón de la actividad que desarrollan ⁽²⁵¹⁾. Por tanto, éstos, con exclusión de otros, podrán ser sujetos del delito que tratamos ⁽²⁵²⁾.

Al respecto, se ha resuelto que la modificación introducida al régimen de la quiebra por la ley 24.522, al permitir en su artículo segundo la del no comerciante, por influir sobre la tipicidad de la conducta, que requiere que el declarado en quiebra sea comerciante, impone ese análisis al juez penal ⁽²⁵³⁾.

Por otro lado, no se debe confundir la declaración de apertura del “concurso preventivo” (art. 14, Ley 24.522), con la declaración de “concurso civil” que es la cara civil de la declaración de quiebra (art. 310, apartado 1º ley 19.551 antes de la reforma de la ley 22.917. Conf. Soler, p. 441, Núñez, p. 469, Navarro, p. 48/49, Bruniard, p. 2), por lo que el fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes que deben ser entregados al síndico. El “concurso preventivo” es irrelevante para esta normativa que exige en su faz objetiva la declaración de quiebra –o de concurso civil- firme como elemento normativo. Por ello, la unificación del procedimiento concursal y la eliminación del concurso civil para los no comerciantes, ha devenido en cuestión abstracta la posibilidad de distinguir “...sobre el acierto o error de la aplicación de las leyes del concurso” como indicaba la doctrina de los autores ⁽²⁵⁴⁾.

⁽²⁴⁹⁾ BRUNIARD, op. cit., p. 2. En cambio CREUS, *Derecho Penal...*, ed. Bs. As., 1999, mantiene postura de imposibilidad de revisar.

⁽²⁵⁰⁾ Al respecto, se ha dicho: "la experiencia como síndicos concursales nos muestra que en todos los expedientes que fueran enviados a la justicia de instrucción por inexistencia de bienes en las quiebras, ningún juez comercial declaró expresamente la calidad o no de comerciante del fallido, aunque ello surja implícito en las actuaciones" (CAMPOS, Juan Carlos. *La eliminación de la calificación de conducta en la ley 24522 y la aplicación de la legislación penal en la quiebra fraudulenta*, Errepar- DSE- N° 125, abril 1998, T. IX, p. 969).

⁽²⁵¹⁾ Cuando Fontán Balestra aborda el tema en su Tratado enseña que esta persona individual o de existencia real debe ser declarada en quiebra como comerciante, precisamente a consecuencia de las obligaciones contraídas mientras ejercía esa actividad. Concluye señalando que el “no comerciante carece de una condición objetiva de autor que pertenece al tipo de la quiebra” (FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal*, tomo VI, pág 196 y 197, 2da. Edición, Editorial Abeledo Perrot, año 1990).

⁽²⁵²⁾ LAJE ANAYE, Justo; *Quebrados y otros deudores punibles*; pág. 67/68; Ed. Depalma, año 1967.

⁽²⁵³⁾ CNac. Crim. y Correc. de la Capital Sala VII, c. 13.834, in re “Amadeo, Ricardo N. s/ quiebra”, sentencia del 8/09/2000.

⁽²⁵⁴⁾ BRUNIARD, op. cit., p. 2.

Es claro que para la ley penal no es lo mismo un no comerciante declarado en quiebra que un no comerciante concursado civilmente, porque exige para el no comerciante la declaración en concurso civil, y pretender abarcarlo por el art. 176 implicaría la aplicación en forma analógica de la ley penal violando en consecuencia el principio *nullum crimen sine lege* y por lo tanto la conducta del no comerciante queda impune⁽²⁵⁵⁾.

Como se puede advertir, sin perjuicio de las décadas que han pasado, el poder legisferante no se ha preocupado por actualizar dicho desajuste o desacople normativo y ajustarlo a los tiempos actuales, o los intentos que se han efectuado han sido en vano al no consagrarse legislativamente⁽²⁵⁶⁾. Ello conlleva a que pese a la claridad sobre la aplicación de los institutos concursales vigentes a comerciantes y no comerciantes, existen magistrados del fuero penal que el sujeto activo debe ser necesariamente un comerciante.

En efecto, se encuentran fallos que refieren: “El tipo penal del delito de quiebra fraudulenta requiere que el sujeto activo revista una calidad especial, la de comerciante, por lo que no cualquier persona declarada en quiebra segundo de los requisitos que el tipo requiere en relación al auto, puede cometer el delito previsto y reprimido en el artículo 176 del Código Penal. Si no se practicaron las medidas de prueba tendientes a verificar si el imputado es o no comerciante en los términos del artículo 1° del Código de Comercio, es decir si es una persona que ejerce de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual, se prescindió de la consideración de una circunstancia esencial a efectos de considerar la figura típica o no. Aun cuando el imputado realizó una presentación en sede comercial solicitando la apertura de su concurso preventivo, de la que surge su participación como presidente de otras sociedades, la mera circunstancia de que haya tenido tal intervención en sociedades con fines comerciales no lo convierte sin más en comerciante, dado que al ejercer sus funciones no estaba ejerciendo actos de comercio por cuenta propia sino a nombre de las sociedades en que se desempeñaba, por lo tanto es tan ente ideal el ejecutor. Las previsiones del artículo 179 del Código Penal, que sólo requiere que la conducta sea cometida por un ‘deudor no comerciante’, tampoco es la subsunción correcta ya que establece un elemento objetivo adicional: que el autor haya sido ‘concurrido civilmente’, hipótesis que en la actualidad ya no puede darse toda vez que el concurso civil se ha suprimido (Omar BREGLIA ARIAS y Omar R. GAUNA, *Código Penal y leyes complementarias*, 4ª ed., actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2011, t. 2, p. 322, con cita de Bayala Basombrío). La aplicación de este tipo penal a aquellos no comerciantes ‘quebrados’ por remisión a la nueva ley 24522 sería de carácter extensiva y aplicada ‘*in malam partem*’, cuestión que se encuentra vedada en nuestro ordenamiento jurídico, lo que surge impuesto por el principio de legalidad previsto en el artículo 18 de la

⁽²⁵⁵⁾ Esta afirmación para el caso hipotético ya la había efectuado Laje Anaya, op. cit., p. 69. De conformidad, Navarro, *Fraudes. Temas Penales*, 1994, p. 48. Conf. BOQUIN, Gabriela F, y BRUNIARD, Carlos M., “*Efectos desincriminantes de la ley 24.522. La quiebra fraudulenta*”, p. 469/472, EN: VITOLO, Daniel Roque (Director), *La Protección de los terceros en las sociedades y en los concursos*. Bs. As: Ad Hoc, 2000, ps. 471.

⁽²⁵⁶⁾ Ya en 1942, vigente la ley 11.719, Malagarriga advertía lo conflictiva que resultaba la interpretación de la ley penal, en relación a los delitos vinculados a la quiebra, cuando su relativo inmovilismo se enfrentaba con la evolución vertiginosa de la legislación civil y comercial en la misma materia (MALAGARRIGA, Carlos C., “La quiebra en el Código de Comercio y en el Código Penal”, en *Revista de Derecho Penal*, Ed. Ediar Buenos Aires, 1946, año 2°, p. 269).

Constitución nacional” (CNCrim. y Correc., Sala I, causa 25.075, in re “Nielsen, Néstor”, sentencia del 31 de marzo de 2.005) (Citado por Montagna, Sanciones, p. 127).

Empero, ello no debe ser entendido como un reproche a los mismos, toda vez que los mismos se limitan a aplicar –ni más ni menos- la legislación penal vigente, la cual como se sabe es la *última ratio* del ordenamiento jurídico. Más aún cuando están en juego ni más ni menos derechos y garantías de linaje constitucional.

Por todo lo expuesto, con acierto se sostiene que ante la actual redacción del art. 2º, ley 24.522, que permite la quiebra de los no comerciantes y deroga en la práctica el concurso civil, los deja impunes para la ley penal, la que debería ser modificada para su adecuación. Por otro lado, la aplicación práctica de la falencia a las asociaciones civiles, trae aparejadas las mismas consecuencias que las supra referidas. Por ende se deja una laguna para la punibilidad en caso de quiebra de personas físicas no comerciantes ⁽²⁵⁷⁾.

Amén de la impotencia e injusticia que se podría advertir, nos encontramos ante una laguna imposible de llenar por vía de la analogía en virtud del preciado principio de legalidad ⁽²⁵⁸⁾. En efecto, la primera fuente de interpretación de la ley es su letra ⁽²⁵⁹⁾, más cuando se trata de materia penal, siendo en realidad la única interpretación posible, en virtud del citado principio de legalidad. El cual, gobierna al derecho punitivo e impone que todo lo que se prohíba a los hombres debe ser definido por una ley anterior. Si esto no acaece, la libertad es la regla; la ley penal no tiene lagunas. Lo que antecede implica el total y absoluto rechazo de la analogía como procedimiento para interpretar la ley ⁽²⁶⁰⁾.

Por todo lo expuesto, teniendo presente que el tipo penal es la descripción acabada de una conducta humana que se considera lesiva de un bien jurídico ⁽²⁶¹⁾, lo cual traducido al derecho penal se refiere a la descripción exacta de la conducta humana reprobada ⁽²⁶²⁾, no cabe lugar a dudas que no se pueden reprochar las conductas típicas previstas en el artículo 176 a quienes no ostenten la calidad de una persona física comerciante declarada en quiebra.

Por último, cabe destacar que sin lugar a dudas este especial delito excluye de punibilidad a los menores de edad, toda vez que ellos no “cuentan con capacidad legal para contratar ni pueden ejercer por cuenta propia actos de comercio” ⁽²⁶³⁾.

4.h) Sujeto pasivo:

Sólo serán sujetos pasivos quienes fueran declarados judicialmente como acreedores ⁽²⁶⁴⁾, excluyéndose a los que invoquen serlo por haberse presentado a insinuar su

⁽²⁵⁷⁾ Conf. BOQUIN, Gabriela F, y BRUNIARD, Carlos M., “Efectos desincriminantes de la ley 24.522. La quiebra fraudulenta”, p. 469/472, EN: VITOLLO, Daniel Roque (Director), *La Protección de los terceros en las sociedades y en los concursos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, ps. 469/470.

⁽²⁵⁸⁾ Es pacífica la doctrina actual al señalar que aquello que se ha dado en llamar “principio de legalidad” implica que la ley debe ser previa, escrita y estricta.

⁽²⁵⁹⁾ Conf. CSJN, Fallos: 307:2153; 312:2078 y 314: 458, entre muchos otros.

⁽²⁶⁰⁾ MORAS MOM, Jorge R. *El delito de insolvencia fraudulenta*. Bs. As.: ed. Abeledo Perrot, 1975, p. 51.

⁽²⁶¹⁾ MORAS MOM, op. cit., p. 75.

⁽²⁶²⁾ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, t. II, p. 161)

⁽²⁶³⁾ “La quiebra punible no es delito en que pueden incurrir los menores de edad, pues no siendo declarados por la ley comerciantes, no pueden ser tenido como fallidos. Tal excepción se extiende a los casos en que aquellos cumplan la mayor edad en el momento de la cesación de pagos, cuando la deuda provenga de operaciones concluidas mientras eran menores (CNCrim. y Corr., 8/4/38, fallos, 4-730). Citado por: DAYENOFF, David; *Código Penal Comentado*, pág. 464; Editorial A-Z, año 1996.

acreencia sin haber obtenido la correspondiente sentencia verificatoria firme en su favor ⁽²⁶⁵⁾; caso contrario, la quiebra no podrá ser tildada de fraudulenta, por lo que habrá que remitirse en su caso a otras figuras penales ⁽²⁶⁶⁾. Al respecto, se ha sostenido que sujeto pasivo del delito es la *masa de acreedores* en su expresión objetiva o cualquiera de los acreedores ⁽²⁶⁷⁾.

Con acierto, se sostiene que en realidad “masa de acreedores”, término al cual gran parte de la doctrina y la jurisprudencia han erigido como sujeto pasivo del delito, no es más que una institución procesal creada al sólo efecto de nuclear a los que en definitiva constituyen las verdaderas víctimas del delito, que son los acreedores que forman parte de dicha masa ⁽²⁶⁸⁾. Por lo que definir a la *masa de acreedores* como sujeto pasivo de la quiebra fraudulenta es funcional para quienes sostienen -con base en bienes jurídicos no establecidos legalmente-, que se trata de “delitos de peligro”: no importa que los acreedores hayan visto satisfechos totalmente sus acreencias, dicen; basta que se vea afectada la *masa* para que se configure el delito; por lo que sujetos pasivos de los delitos de quiebra fraudulenta son los acreedores singulares en cuanto integrantes de la masa ⁽²⁶⁹⁾.

A su vez, igual que para peticionar la quiebra, resulta indiferente que el perjuicio recaiga sobre uno o más acreedores sobre los que abarque una u otra categoría (quirografarios o privilegiados). El objeto material del delito recae sobre todos los bienes que integran el patrimonio del deudor al momento de constituirse las respectivas obligaciones o que hayan ingresado luego en él, excluyéndose sólo los que no sean objeto de desapoderamiento.

En relación con la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), existen pronunciamientos que dados los alcances de la ley 24.769, la cual estipula para los fraudes cometidos respecto de los aportes y obligaciones la jurisdicción federal, es dicha jurisdicción

⁽²⁶⁴⁾ En los procesos concursales, es dable destacar y diferenciar los acreedores “*concursoales*” que son aquellos con causa o título anterior, que tienen derecho a presentarse y participar en el proceso concursal del deudor (Conf. Bonelli, Provinciali, Ramírez), de los “*concurrentes*” que son los acreedores que se han insinuado pidiendo el reconocimiento de sus créditos y se los ha declarado verificados. Los concursales tienen sólo un derecho potencial de participación en el proceso, que se hace efectivo cuando adquieren el carácter de concurrentes (Provinciali, Ramírez, Satta). En la quiebra, la delimitación del carácter de acreedor concursal se realiza teniendo en cuenta la fecha de la sentencia que la declara (Véase FERRER, Patricia, *Derecho del acreedor hipotecario en el proceso concursal*, 2ª ed. actualizada y ampliada. Bs. As.: Astrea, 2000, ps. 33 y 36).

⁽²⁶⁵⁾ Se ha resuelto que sujeto pasivo es la masa de acreedores que verificaron su crédito en la quiebra (conf. Tribunal Oral Criminal 28, causa 484 del 3 de mayo de 2000, in re “Gorrini, D”).

⁽²⁶⁶⁾ Conf. MONTAGNA, *Sanciones*, p. 128.

⁽²⁶⁷⁾ ARGERI, *Quiebra fraudulenta...*, p. 1346 y en *Quiebra culposa en sede penal*, LL, 1981-D, p. 1349.

⁽²⁶⁸⁾ En relación a la naturaleza, personalidad y otras cuestiones sobre el término “*masa acreedores*”, véase: DASSEN, Julio. *Naturaleza jurídica de la masa de acreedores*, J.A., 1943-I, p. 528; MAFFÍA, Osvaldo J. *¿Qué es...? “Par condicio”, “masa”, “abstracción”, “junta”, LL, 2007-F, 1.187 y PLINER, Adolfo. “La personalidad de la sucesión, de la masa de acreedores en la quiebra y de la masa de debenturistas”, RDCO, Depalma, Bs. As., 1968, p. 45 y sgtes.*

⁽²⁶⁹⁾ RAFECAS, Daniel E. *El delito de quiebra de sociedades*, ps. 65/66 y en *Los delitos de quiebra en Argentina (con especial referencia a la quiebra societaria, art. 178, Cód. Penal)*, en Rev. de Sociedades y Concursos, N° 10, mayo/junio 2001. Bs. As.: Ed. Ad Hoc. También es criticado por CREUS, *Quebrados...*, p. 49. En similar sentido, ERBETTA, *Delitos...*, p. 166, sostiene que sujetos pasivos son los acreedores que integran la masa de acreedores.

la que debe intervenir en caso de una quiebra fraudulenta cuando uno de los sujetos pasivos (acreedores) es dicho organismo ⁽²⁷⁰⁾.

En sentido contrario, y a nuestro criterio correctamente, encontramos pronunciamientos que han entendido que "...la circunstancia de que en el expediente comercial se haya presentado a verificar un crédito de la AFIP, no excita *per se* la competencia federal, pues la quiebra fraudulenta lesiona a la masa de acreedores y no a los acreedores particularmente verificados. En tal sentido ha dicho la Corte Suprema de la Nación que 'Es competente la justicia ordinaria, y no la federal, para conocer de una quiebra fraudulenta. A ello no obsta la verificación de un crédito a favor de la Dirección Nacional de Recaudación Previsional, pues aquella lesiona a la masa de acreedores con derecho al cobro de los créditos provenientes del patrimonio del deudor y no a los acreedores individualmente considerados' (Fallos, 304:1265)" ⁽²⁷¹⁾.

Como vimos, las actuaciones penales por las que se investiga un delito del linaje del aquí examinado, puede derivar de la remisión del juez comercial (art. 233, Ley 24.522), o también pueden iniciarse también el procedimiento criminal por denuncia de cualquier particular, ya que los delitos son de acción pública ⁽²⁷²⁾.

Se ha entendido que el acreedor verificado puede asumir el rol de querellante ⁽²⁷³⁾, aun cuando haya cedido parcialmente su crédito ⁽²⁷⁴⁾. También se ha sostenido que el acreedor del concurso reúne todos los requisitos necesarios para constituirse como particular damnificado en el proceso penal resultado de los procedimientos de los quebrados, con las restricciones establecidas en el Código de Procedimiento Penal (SC Buenos Aires, julio 4-978, causa 25.866, "Liebman, S.", Rev. La Ley, t. 1978-C, p. 612 y en JPBA, 38-3-7353).

En relación a las personas jurídicas de existencia ideal, como principio general en una sociedad declarada en quiebra, es el síndico quien puede asumir la representación procesal (artículo 110, ley 24.522), no pudiendo el accionista intervenir como querellante ⁽²⁷⁵⁾ (o particular damnificado en el caso de la Prov. de Buenos Aires) ⁽²⁷⁶⁾ ya que el mismo resulta perjudicado de modo "indirecto" ⁽²⁷⁷⁾; principio el cual, como tal, debe ceder en supuestos

⁽²⁷⁰⁾ CNCrim. y Correc., Sala VII, causa 25.104 del 25 de noviembre de 2004, *in re* "Imel, Natalia Evelyn"; causa 23.198 del 3 de marzo de 2004, *in re* "Salitrip S.R.L."; causa 23.115 del 3 de marzo de 2004 *in re* "Tilli, Arturo"; causa 23.309 del 3 de marzo de 2005 *in re* "Piglicampo, Adriana"; causa 23.245 del 3 de marzo de 2004 *in re* "Gamasud S.A."; causa 23.444 del 3 de marzo de 2004, *in re* "Lichieri, Cristian". Citados en Montagna, *Sanciones*, p. 128 y nota 69.

⁽²⁷¹⁾ CNCrim. y Correc., Sala V, *in re* "Stefani S.A.", sentencia del 6 de diciembre de 2.005.

⁽²⁷²⁾ CNCrim. Y Correc. Cap., julio 12-938, Rev. La Ley, t. 11, p. 337. Citado por PORCELLI, Luis. *Relaciones del derecho penal y concursal*, LL, 1989-E-951.

⁽²⁷³⁾ CNCrim. y Correc., en pleno, mayo 22-936. – "Scott, Carlos D. y otros", Rev. La Ley, t. 5, p. 286 – Fallos, t. III, p. 1. A su vez carece de personería para querellar el acreedor cuyo crédito no fue verificado (CNCrim. y Correc., sala III, marzo 19-968, E.D., t. 28, p. 298.

⁽²⁷⁴⁾ CNCrim. y Correc. Cap., mayo 29-936, Rev. La Ley, t. 5, p. 286.

⁽²⁷⁵⁾ CNCrim. y Correc., sala VI, febrero 7-975, J.A., 1975-27, p. 19.

⁽²⁷⁶⁾ Sobre algunos aspectos del instituto del particular damnificado en la legislación bonaerense, véase: SALVATIERRA, Juan Cruz, *El empleador como particular damnificado*, D.J., Rta. 10/Jul./2013, p. 5 y sgtes.

⁽²⁷⁷⁾ En este sentido: MONTAGNA, *Sanciones...*, p. 129, quien cita que "El derecho de acusar en forma particular nace de una lesión a un bien jurídico protegido –que sólo corresponde a su titular- y no a quien haya sufrido el perjuicio sin ser titular del derecho" (CNCrim. y Correc., Sala V, causa 25.807, sentencia del 8 de febrero de 2005, *in re* "Kicillof, Luis B. y otros").

como de acreditarse la falta de actuación o desidia de dicho funcionario concursal en la procura y salvaguarda de los derechos de los acreedores.

Por otro lado, se ha dispuesto que para querellar al fallido en representación de los acreedores, el síndico debe contar con un mandato extendido por estos ⁽²⁷⁸⁾, salvo supuestos de excepción como sería el caso que el administrador y el síndico hayan contribuido o incidido con su obrar a la comisión del ilícito investigado, lo cual amerita que los acreedores intervengan por su propio interés.

En cuanto a la posibilidad de intervención tanto del síndico como de los acreedores en el respectivo proceso penal donde se investiga la comisión de este tipo de ilícito, ARGERI, entendía que en vigencia de la ley 19.551, a falta de norma expresa que lo preceptuara, el síndico, y menos aún el acreedor, no pueden como principio, constituirse legítimamente en parte procesal como querellante en el trámite del proceso penal por quiebra fraudulenta. Lo cual era criticado por dicho autor, entendiendo que convendría autorizar en forma expresa a intervenir como parte al síndico y al acreedor, tal como lo hacían las legislaciones francesa e italiana que inspiraran la citada ley nacional ⁽²⁷⁹⁾.

4.i) Aspecto subjetivo.

Los hechos perjudiciales o “actos de bancarrota”, los ejecuta el autor en fraude de sus acreedores. El delito, el cual se configura con diversas hipótesis, es *doloso* en todas sus formas, las que requieren una particular intención ⁽²⁸⁰⁾. Sin embargo, se admite la compatibilidad del delito con el “dolo eventual” ⁽²⁸¹⁾.

Al igual que en la administración infiel (art. 173 inc. 7º, CP) se debe tener en cuenta la gestión global del agente (faz objetiva) y comprobarse la unidad del dolo como elemento aglutinante que convoca desde el primero hasta el último acto perjudicial a los acreedores nucleados en la masa (faz subjetiva) ⁽²⁸²⁾. Al respecto, en un caso se resolvió que la figura del art. 176 del Código Penal, exige la certeza de un ánimo especial defraudatorio de conceder ventajas indebidas a un acreedor ⁽²⁸³⁾.

4. j) Tentativa.

Se entiende la tentativa como el comienzo de ejecución de un delito, con dolo de consumación y medios idóneos para ello, que por razones ajenas a la voluntad del autor no llega a consumarse. A su vez, podemos caracterizarla con la propia ley penal, que reza: “*El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad...*” (Artículo 42, Código Penal).

Para analizar la tentativa en el delito de quiebra fraudulenta debemos distinguir primeramente si el mismo es un delito “*de peligro*” o “*de lesión*”. Si se considera como un

⁽²⁷⁸⁾ CNCrim. y Correc., Sala II, sentencia del 12 de mayo de 1992, in re “Waisman, Benjamín”.

⁽²⁷⁹⁾ ARGERI, Saúl A., *Si la sindicatura puede intervenir en el proceso penal por quiebra fraudulenta*. LL, 1980-A, ps. 1076/1077.

⁽²⁸⁰⁾ SOLER, 1946, t. 4, p. 467, CARRERA, p. 519.

⁽²⁸¹⁾ LAJE ANAYA, “Comentarios...”, t. 2, p. 192 *in fine* y con algunas reservas RAFECAS, *El delito...*, p. 111. En contra: ERBETTA, *Delitos...*, p. 186.

⁽²⁸²⁾ RAFECAS, Daniel Eduardo, *Una sentencia de quiebra fraudulenta con múltiples maniobras que no conmueven su unicidad*, LL, 2004-D, p. 547.

⁽²⁸³⁾ CNCrim. y Correc., Sala V, causa n° 34.443, 15/12/1998, “M.G.”. Citado en RAFECAS, *El delito de quiebra...*, p. 133 y sgtes. y por FAVIER-DUBOIS, Eduardo M. (p), *El delito...*, p. 1.160.

delito “de peligro”, la declaración de quiebra convierte cualquier acto de tentativa anterior a ella en delito consumado, y los posteriores se perpetrarían con la realización misma de la conducta por parte del autor, por lo que no supondría su tentativa, la cual es inadmisibles⁽²⁸⁴⁾. En cambio si consideramos a la quiebra como un delito “de lesión”, existen dos posturas: una por la cual, entiende que los actos posteriores –no anteriores- a la declaración de quiebra admitirían tentativa siempre que lo convierta en perjudicial⁽²⁸⁵⁾ para los acreedores⁽²⁸⁶⁾; la otra postura, considera que la tentativa es posible antes o después de la declaración de quiebra.

4.k) Confluencia de figuras. Unicidad del delito.

Una vez firme la sentencia de quiebra, se produce la unificación en un delito único de los actos de fraude que el quebrado pudo haber cometido en perjuicio de sus acreedores, ante o después de haber quebrado. En efecto, no conmueve el carácter único del delito, la comisión simultánea de conductas típicas descritas en más de un inciso⁽²⁸⁷⁾.

Esta unificación, según Montagna (2011:130) puede ser levemente discutida en casos que involucren actos culposos y dolosos, por lo que habría que buscar una concurrencia material (art. 55 del Código Penal) y que en suma, esta división es una clasificación doctrinaria que es dejada de lado por el criterio imperante de la absorción⁽²⁸⁸⁾.

4.l) Prescripción. Suspensión e interrupción:

La prescripción de la acción penal del delito *sub examine*, la cual implica su extinción (conf. art. 59 inciso 3º, Cód. Penal), no se cuenta a partir del momento de realización del acto defraudatorio, ni desde el momento en que se fije la fecha de cesación de pagos, sino desde que la sentencia de quiebra queda firme, ya que es desde ese momento cuando el delito “nace” y se perfecciona. Al propio tiempo, ello no debe confundirse con la prescripción por actos posteriores a la declaración de quiebra, respecto de los cuales la prescripción se computará desde que estos acaezcan.

En efecto, el delito se consuma o perfecciona con la declaración de quiebra. Si bien es verdad que esta declaración es un hecho del juez y no del deudor, es ésta –precisamente- la anomalía que presenta esta singular figura de delito⁽²⁸⁹⁾. Para la aplicación de la prescripción, no resulta un problema la cuestión dogmática si se considera a la declaración falencial como una condición objetiva, un presupuesto del delito o un elemento del mismo, representando el decreto de quiebra el “*dies a quo*” del plazo de prescripción de la acción penal.

Al respecto, la actividad pretoriana ha sostenido:

⁽²⁸⁴⁾ En este sentido: ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 190.

⁽²⁸⁵⁾ MONTAGNA, en *Sanciones*, p. 130, nota 73, refiere que si el requisito es la perjudicialidad estaríamos frente a un supuesto de delito imposible (v. art. 44, inciso 4 del Código Penal) ya que el detrimento patrimonial no se convierte en perjuicio para los acreedores de la quiebra por ser el patrimonio del fallido lo suficientemente capaz de cubrir sus créditos. Si el perjudicado resultare un acreedor no comprendido por la quiebra, el delito sería otro, más no el analizado, por lo que cabría buscar un delito de otro tipo.

⁽²⁸⁶⁾ CARRERA, Daniel. *Delitos vinculados a la quiebra*, JA, 1988-II, p.519 (rta. 11/05/88, n° 5567).

⁽²⁸⁷⁾ Juzgado de Sentencia letra “A”, Secretaría n° 2, causa n° 15.214, sentencia condenatoria firme del 17/11/1995. Fallo transcrito en RAFECAS, *El delito de quiebra de sociedades*, ps. 213/226.

⁽²⁸⁸⁾ Esa unidad se mantiene cuando junto con los hechos de fraude se mantiene cuando junto con los hechos de fraude se presentan hechos culposos, pues a su distinta naturaleza, quedan bajo la calificación más grave (NÚÑEZ, op. cit., t. 5, ps. 453/54; LAJE ANAYA, *Comentarios*, p. 192 in fine; CARRERA, *Delitos...*, p. 520).

⁽²⁸⁹⁾ Conf. LOZA, Eufrazio. *Cómputo del plazo de la acción penal en el delito de bancarrota*, LL, 104, p. 690, citando a BONELLI, *Dell Fallimento*, t. III, p. 321.

“En los casos de delito de quiebra, el plazo de prescripción de la acción penal debe computarse del día en que quede firme el auto declarativo de quiebra, salvo que se trate de hechos posteriores” (Cámara Criminal en pleno de la Capital Federal, in re “Trovatto, Pedro”, 1-8-72, JA 16-1972-68 y LL, 148:36).

“Consecuentemente es de aplicación al caso en análisis la doctrina del fallo plenario ‘Trovato, Pedro’ resuelto el 1° de agosto de 1972 –LL, 148:36- a fin de determinar el momento en que conforme a lo allí decidido, comienza a transcurrir dicho plazo, en las causas seguidas por el delito de quiebra fraudulenta, la medianoche del día en que quedare firme el auto declarativo de la quiebra” (CNCrim. y Corr., Sala V, in re “Foscarini, Adolfo”, sentencia del 13 de agosto de 2.002)⁽²⁹⁰⁾.

O sea, en las causas que se investiga la posible comisión del delito de quiebra fraudulenta, el cómputo de la prescripción comienza a computarse a partir de la medianoche del día en que quedare firme el auto declarativo de quiebra (conf. art. 63, Código Penal).

En sentido conteste, se resolvió que: *“Por ello, y toda vez que desde la firmeza de la resolución que decreta la quiebra transcurrió el plazo estipulado por el artículo 62, inciso 2 del Código Penal, atento la escala penal asignada a la figura legal establecida por el artículo 176 del Código Penal, debe declararse la prescripción de la acción penal”* (CNCrim. y Corr., Sala VI, causa 25.758 del 31 de marzo de 2.005, in re “Artes Gráficas Koala S.A.”)

Sin perjuicio que la cuestión resulta pacífica, cabe mencionar que la misma anteriormente fue controvertida ⁽²⁹¹⁾. En efecto, existen viejos pronunciamientos que sostuvieron que *“La prescripción de la acción penal en el delito de quiebra fraudulenta comienza a correr desde el día de la cesación de pagos, cuando los actos fraudulentos han sido realizados con anterioridad a ello, y el de la comisión de dichos actos en caso contrario”* ⁽²⁹²⁾.

Tal postura jurisprudencial, que en algún momento se tornó dominante, valió la crítica de parte de la doctrina, entre ellas la de LAJE ANAYA ⁽²⁹³⁾, quien sostenía que aceptar la

⁽²⁹⁰⁾ En igual sentido, se ha resuelto: *“La sala ha sostenido que en el caso de delito de quiebra fraudulenta, el término de prescripción comienza a correr desde el momento en que se encuentra firme el auto declarativo de quiebra”* (CNCrim. y Corr., Sala VI, in re “Murúa, María”, sentencia del 3 de agosto de 1999), *“Debe computarse el comienzo del término de la prescripción de la acción penal, en el supuesto del delito de quiebra fraudulenta, desde que adquiera firmeza la resolución judicial que decreta la quiebra, para los actos anteriores y, con relación a los posteriores, como ya está decretada la quiebra, queda consumado y comienza a correr desde esa fecha”* (Trib. Oral Crim. Fed. Nro. 2, 2002/03/20, in re “Canale, Rodolfo L. y otros s/ quiebra”, fallo nro. 107.639, LL, 2004-D, 543, con nota de Daniel Eduardo Rafecas. También: CNCasación Penal, sala IV, “Rodríguez, Constantino”, 2000/06/14, JA, 2001-I-306.

⁽²⁹¹⁾ Véanse las posiciones doctrinales y jurisprudenciales en DELLA CROCE, Roberto H., *Acción penal en el delito de quiebra*, JA, Doctrina – 1974-895.-

⁽²⁹²⁾ CSJN, en “Angelini, Emilio”, sentencia del 8 de setiembre de 1961, fallo 47.257, publicado en LL, t. 104, p. 687, con nota de Eufrazio R. LOZA, y ver antecedentes en LL, t. 100, fallo 45.463.

⁽²⁹³⁾ LAJE ANAYA, Justo. *Quebrados y otros deudores punibles*, Bs. As.: Depalma, 1967, nota 104; también referenciado en *Prescripción de la acción penal en el delito de quiebra*, JA 1974-199, donde destacaba la decisión plenaria de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital –JA, 16-1972-68-, que había establecido que en los casos de delitos de quiebra, el plazo de prescripción de la acción penal debe computarse desde la medianoche del día en que quedase firme el auto declarativo de la quiebra, salvo que se tratara de hechos posteriores, destacando su importancia no sólo al rectificar anteriores pronunciamientos, por compartir la opinión

integración del delito *desde la cesación de pagos y no desde la declaración de quiebra* importaba violar el principio de reserva, porque aunque la insolvencia patrimonial fuera la causa de éste para trascender al plano de lo jurídico, y porque el instituto de la quiebra era, y sigue siendo, el único camino posible para que un estado determinado pudiera surtir efectos jurídicos. Asimismo, sostenía que ello importaba admitir un contrasentido: que la prescripción empezara a correr con anterioridad al momento en que el Estado estuviera en condiciones de perseguir el delito.

Con respecto a la *suspensión e interrupción* de la prescripción, resulta de aplicación lo previsto en el art. 67 del Código Penal. En relación a la interrupción del plazo de prescripción de la acción penal en un proceso de quiebra fraudulenta, se ha entendido que corresponde otorgar entidad suficiente para interrumpir el plazo, *al escrito de querrela*, donde se efectuó un amplio, específico y pormenorizado requerimiento y con mención, expresa, de prueba documental y datos concretos del acusado y demás partícipes así como el requerimiento de instrucción que resultó su consecuencia ⁽²⁹⁴⁾. Por otro lado, la *conversión de quiebra en concurso* (art. 90, Ley 24.522) no representa una causal interruptiva ni suspensiva de la prescripción de la acción penal.

Un tema que trajo algunas disquisiciones doctrinarias ⁽²⁹⁵⁾ y jurisprudenciales durante la vigencia de la ley 19.551 era lo previsto por el segundo párrafo del art. 243, en cuanto establecía que la acción penal *se interrumpía por la deducción y trámite de la calificación de la conducta del quebrado*. Al respecto, existieron pronunciamientos jurisprudenciales que declararon su inconstitucionalidad (CNCrim. y Correc., sala IV, octubre 22-1991, in re “T.I”) ⁽²⁹⁶⁾, por violar los arts. 18 y 67 inc. 11 (hoy 75 inc. 12) de la Constitución Nacional.

Al comentar dicho fallo, ANAYA ⁽²⁹⁷⁾ sin perjuicio que reconoce la existencia de argumentos convincentes para impugnar la regla que introdujo dicha norma no estuvo de acuerdo con tacharla de inconstitucional en el citado fallo. Asimismo, sostenía la incoherencia entre los arts. 242 y 243 de la ley 19.551 con el art. 1.104 inc. 2° del Código Civil. Al respecto, BIDART CAMPOS, sostuvo que la inclusión de dicha norma se debió a la lentitud de los incidentes de calificación de conducta, inspirándose la misma en la necesidad de evitar que

de la doctrina de ese entonces (citando a Soler, IV-428; Núñez, V-452; Fontán Balestra, VI-174) sino que además porque se adecuaba a la entonces ley concursal vigente.

⁽²⁹⁴⁾ Trib. Oral Crim. Fed. Nro. 2, 2002/03/20, in re “Canale, Rodolfo L. y otros s/ quiebra”, fallo nro. 107.639, LL, 2004-D, 546, con nota de Daniel Eduardo Rafecas, pronunciamiento el cual quedó firme con la sentencia dictada por la Cámara de Casación el 21/03/03, publicado en LL, 2003-E, 20 y en Errepar – DSE – N° 192 – Nov./03 – T. XV – 1152. En sentido contrario, entre otros: CNCasación Penal, Sala II, “Paggi, Raúl E. s/ rec. de casación”, 2003/07/08, LL, 2004-B, 357.

⁽²⁹⁵⁾ LAJE ANAYA, *Prescripción...*, p. 201, criticaba la misma por contradictoria y sin sentido. Véase asimismo, CARRERA, *Delitos...*, p. 520 y HIGHTON, Federico R. y CAVALLERO, Ricardo Juan. *Sobre la quiebra y algunas cuestiones penales*, LL, 1977-D, ps. 776/777.

⁽²⁹⁶⁾ Publicado en rta. ED, t. 145, 751/752, 44.106, con notas de Nemesio González, Jaime Luis Anaya y Germán Bidart Campos. Con anterioridad, dicha sala en la causa “Mirensky, Jorge”, setiembre 25-1989, había sostenido su constitucionalidad

⁽²⁹⁷⁾ ANAYA, Jaime Luis. *La norma penal en la ley comercial*. ED 145-748. A su vez, Nemesio GONZALEZ, *Prescripción de la acción penal regulada en la ley de concursos*, ED 145-749, si bien entiende contradictoria la norma e inconsecuentes las normas de los arts. 242 que consagraba la independencia de la acción penal y el 243, tilda excesiva la tacha de inconstitucionalidad dispuesta en ese fallo.

se volviera inocua la sanción penal por haberse prescrito a acción durante la secuela del proceso concursal, entendiéndose que la norma no era inconstitucional, aunque acaso resultaba inconveniente ⁽²⁹⁸⁾.

4.m) Participación – Coautoría – Complicidad:

En relación a este tipo de delito, resultan de aplicación los principios generales de la *participación* (arts. 45 y ccdtes. del Código Penal), excepto en los casos de omisión de la parte primera del inciso 2°, que requieren exclusivamente de la conducta del deudor.

Se ha resuelto que “Corresponde considerar partícipe necesario del delito de quiebra fraudulenta al coimputado que representó a deudores inexistentes, para obtener la homologación de un concordante que el autor nunca habría de cumplir y consintió una liquidación efectuada en un proceso en el cual aquél se había allanado con anterioridad, beneficiando a un acreedor” ⁽²⁹⁹⁾. Por otro lado, se ha sostenido que pueden ser partícipes tanto un no comerciante como otro que si lo es ⁽³⁰⁰⁾.

A su vez, si bien en virtud de la legislación concursal actual ha perdido vigencia, un viejo pronunciamiento judicial oportunamente sostuvo que aunque el delito de quiebra es exclusivo de los comerciantes y se exige tal calidad especial para la configuración del mismo, ello no excluye la responsabilidad criminal del partícipe que no reúna dicha condición especial ⁽³⁰¹⁾. Dicho pronunciamiento fue comentado por DURRIEU, quien estando de acuerdo con la solución adoptada refiere que ello se trata de la aplicación práctica del principio de la comunicabilidad, según el cual las calidades del autor principal se transmiten al concurso, sosteniendo que de haberse tomado otra solución resultaría inaceptable por absurda y violatoria de lo dispuesto en los arts. 45, 46 y 48 del Código Penal ⁽³⁰²⁾.

Al respecto, sabido es que el estado de impotencia patrimonial para atender de un modo regular a sus obligaciones y que a posteriori importará la declaración falencial, no acontece de imprevisto ni sorpresivamente, sino que el mismo se desarrolla en un período denominado de pre quiebra ⁽³⁰³⁾, en cuyo período puede aparecer la cooperación de terceros. Técnicamente, la participación de ese tercero se realiza mediante la complicidad o por encubrimiento. La complicidad importa colaboración precedente o simultánea al agotamiento del hecho; el encubrimiento es derivado de intervención activa o posterior ⁽³⁰⁴⁾.

Para la complicidad y/o coautoría, no es necesario que el citado partícipe se encuentre concursado. Así, se entendió que “La circunstancia de no estar comprendido el encausado en el auto de quiebra, no impide que su situación sea “prima facie” la de cómplice, conforme al

⁽²⁹⁸⁾ BIDART CAMPOS, Germán. *La prescripción de la acción en el delito de quiebra*, ED 145-750.-

⁽²⁹⁹⁾ Del voto en disidencia parcial del doctor Sañudo, Trib. Oral Crim. Fed. Nro. 2, 2002/03/20, in re “Canale, Rodolfo L. y otros s/ quiebra”, fallo nro. 107.639, LL, 2004-D, 544, con nota de Daniel Eduardo Rafecas.

⁽³⁰⁰⁾ Conf. NAVARRO y RIZZI, *El delito...* p. 67, doctrina y jurisprudencia allí citada.

⁽³⁰¹⁾ CNCrim. y Corr, del 1° de junio de 1.945, in re “Ranieri, Antonio”, en J.A., 1945-III-749 y La Ley, t. 39, p. 106. En dicho fallo, se cita a Gómez (“Tratado de derecho penal”, t. 1, p. 496) quien sostenía que la quiebra es un delito exclusivo de comerciantes, pero a los hechos que dan existencia u originan ese delito pueden concurrir personas que no tengan ese carácter.

⁽³⁰²⁾ DURRIEU, Roberto. *Participación en el delito de quiebra*, J.A, 1945-III-745 a 749.-

⁽³⁰³⁾ Conf. FERNANDEZ, Raymundo L., *Fundamentos de la quiebra*, núms. 12 y sgts., ed 1937, citado por ARGERI, Saúl A., *Complicidad en el proceso concursal de quiebra*, LL, 1981-A-911.

⁽³⁰⁴⁾ ARGERI, *Complicidad...*, p. 912.

art. 45 del Cód. de Procedimiento si confiesa en los autos principales que es el único propietario de la farmacia que figuraba a nombre de los fallidos y que éstos ‘no tienen ninguna injerencia en su desenvolvimiento y en el desenlace de este asunto’”⁽³⁰⁵⁾.

Las anteriores leyes concursales abordaron expresamente la cuestión de la *complicidad* en los supuestos de quiebra fraudulenta, así la ley 4.156 de 1.902 (art. 139) establecía los supuestos en que debía considerarse como cómplices, la ley 11.719 de 1.933 repite textualmente su contenido y la ley 19.551 de 1.972 preceptúa ser cómplice del fallido (art. 240), con supuestos como la cooperación de actos destinados a disminuir el activo, asumir la calidad fingida de acreedor, alterar cantidades, fechas o preferencias en obligaciones verdaderas, retener indebidamente bienes del deudor fallido luego de ser interceptado, pactar con el fallido en perjuicio de otros acreedores, a los fines de la aplicación de sanciones previstas en el art. 246⁽³⁰⁶⁾.

La *coautoría* en sentido propio podría ser común, en especial en supuestos de sociedades irregulares o de hecho con personería no autónoma ni individual de la de sus componentes, o sea que no quepa la aplicación del delito contemplado en el artículo 178 sobre quiebra de sociedades (o impropia) que luego abordaremos. En relación con las sociedades, la calidad de coautores del delito de quiebra fraudulenta se ve satisfecho por la calidad de directores de la sociedad anónima fallida⁽³⁰⁷⁾ y la coautoría participativa es normal en los supuestos de simulación.

4.n) Penas:

En cuanto a las penas, la norma prevé como penas principales y conjuntas la de prisión y a su vez la de inhabilitación⁽³⁰⁸⁾, la cual en caso de ser quebrantada, le podría ser aplicada la prevista en el artículo 281 bis del Código Penal. En este sentido se ha resuelto que: “Procede imponer la pena complementaria o accesoria de inhabilitación especial aún cuando la profesión, en cuyo ejercicio se cometió el delito –comerciante-, no sea de las reglamentadas por la autoridad. También procede imponerlas cuando, tratándose de profesión reglamentada, el autor careciera de título o autorización correspondiente” (CCC, en pleno, 16/6/25, “Burlando de Zanón, Velia”, CCC-Fallos, III-295; CCC-Fallos Plenarios, II-189)⁽³⁰⁹⁾.

En relación a la cuanto a la cuantía de la pena privativa de libertad, se ha sostenido que el máximo de la escala penal es idéntico al de los restantes delitos previstos en el Código sustantivo y que se perpetran mediante fraude, no así su mínimo, el cual, en comparación a ellos, es elevado y sólo se equipara a las defraudaciones previstas en el art. 174⁽³¹⁰⁾.

Además el fallido puede ser pasible de la pena de multa prevista en el artículo 22 bis del plexo represivo, siempre y cuando hubiese actuado con lucro.

⁽³⁰⁵⁾ CNCrim. y Correc. Capital, junio 1-945, Rev. La Ley, t. 39, p. 106. Citado por PORCELLI, Luis. *Relaciones del derecho penal y concursal*, LL, 1989, p. 957.

⁽³⁰⁶⁾ ARGERI, *ibidem*.

⁽³⁰⁷⁾ CNCrim. y Corr., Sala I, causa 24.623 del 31 de marzo de 2005, in re “Llosas, Hernán Pablo”.

⁽³⁰⁸⁾ Inhabilitación especial para ejercer el comercio como profesión (argumento del art. 20 párr. 1 Código Penal, Conf. CARRERA, *Delitos...*, p. 520). Esta al tener el mismo contenido que la inhabilitación falencial prevista en el ley 24.522, se ha planteado que ello apareja serios problemas interpretativos a la luz del *non bis in idem* y del nuevo régimen de inhabilitación y rehabilitación (Véase: ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 198).

⁽³⁰⁹⁾ Citado por: NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 115.

⁽³¹⁰⁾ NAVARRO y RIZZI, *op. cit.*, p. 93.

4.ñ) Las conductas típicas. Supuestos previstos en la norma:

En relación a los hechos que configuran las conductas típicas sancionadas por quiebra fraudulenta, los mismos pueden consistir en simulaciones o suposiciones de deudas o erogaciones (inc. 1º), distracciones de bienes (inc. 2º) o favorecimiento de acreedores (inc. 3º)⁽³¹¹⁾. Dicho ello, analizaremos los supuestos que la norma prevé.

1. Primer supuesto: Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas.

En dicho supuesto, lo que se supone o simula son enajenaciones o erogaciones pasadas o de futuro cumplimiento. Las maniobras, que pueden ser activas u omisivas, tienden a disimular el activo, ya que mediante ellas se presenta a los acreedores un patrimonio reducido como consecuencia de la aparición de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas ficticias. Para ello, sin entrar a analizar el concepto civil de la simulación, es dable destacar que en el delito de quiebra fraudulenta, “simula” quien aparenta un acto jurídico no realizado, y “supone” quien sin aparentar un acto jurídico presenta como realizados los que no lo fueron ⁽³¹²⁾.

O sea, “simular” se trata de una erogación que no existe, ya sea en forma total o parcial. A la cual, se le suma la intervención de un tercero que reviste la calidad de acreedor pero que no es verdadero y que –a la postre- resulta ser el beneficiario de dicha conducta.

El caso más claro es el del fingimiento de la existencia de falsos acreedores al momento de la presentación del ente en concurso preventivo (art. 11 inc. 5º, ley 24.522) o en quiebra (art. 86, *ídem*): en ambos casos, se trata de maniobras de simulación previas a la declaración de quiebra, y en tanto disimulan el activo, conducen, total o parcialmente, a ella. Otros casos que nos sugiere la ley 24.522, son los de la presentación de deudas inexistentes mediante pagarés (art. 32 a 36); o hacer pasar actos gratuitos por onerosos (art. 75), o la simulación de acreedores laborales inexistentes para aprovechar el régimen de pronto pago (art. 16), que además, cobran con intereses (art. 19). Puede darse también la ventaja indebida después de declarada la quiebra, así por ej. el administrador, luego de declarada la quiebra directa, presenta en la verificación de créditos (art. 88 último párrafo, ley 24.522), documentos apócrifos que abultan fraudulentamente la deuda con un proveedor ⁽³¹³⁾.

En su momento, ANTILOSEI clasificaba los actos de quiebra fraudulenta que tienden a *disminuir* el activo, en actos de *disminución ficticia* y *disminución efectiva* del patrimonio; por lo cual, LAJE ANAYA interpreta que según la visión de dicho autor “nuestra ley sólo habría previsto actos disminutorios ficticios del patrimonio, porque, si se observa, y acorde con esta doctrina, es posible, en definitiva, lograr una futura reincorporación a la universalidad que constituye la masa” ⁽³¹⁴⁾.

En cuanto a la posibilidad de su tentativa, se ha sostenido que “simular” excluye la misma, pues el inicio de la acción, traducido en actos materiales, importa la consumación del delito ⁽³¹⁵⁾.

⁽³¹¹⁾ Conf. NUÑEZ, *Tratado...*, p. 446.

⁽³¹²⁾ MONTAGNA, *Sanciones*, p. 133. Núñez en su Manual (p. 265) acertadamente enseña que al respecto debemos nutrirnos de lo dispuesto por los artículos 955 y 956 del Código Civil. En cuanto a “suponer deudas”: ver los arts. 496, 574, 601, 606 y 616 del Código Civil.

⁽³¹³⁾ Conf. RAFECAS, *Los delitos de quiebra...*, op. cit.

⁽³¹⁴⁾ LAJE ANAYA; *Quebrados y otros deudores punibles*, Bs. As.: Depalma, 1967, pág. 78.

⁽³¹⁵⁾ ARGERI, *Quiebra fraudulenta...*, p. 1347; SOLER, v. IV, pág. 500, entre otras.

Para quienes sostienen que el delito bajo examen es “de resultado”, la quiebra fraudulenta requiere nexo de causalidad entre la acción del autor y la disminución patrimonial que termina constituyendo el concreto perjuicio al convertir en insuficientes los bienes de aquél para atender los créditos cuya ejecución se procura en la falencia, por lo que cabe destacar que si no existe perjuicio para los acreedores, la simulación o la suposición sólo serían tentativas del delito de quiebra fraudulenta, por ejemplo en el supuesto de que los bienes regresaran al patrimonio del deudor (acción revocatoria ordinaria del artículo 961 del Código Civil, acciones previstas en la ley 24.522), así como rectificación del acto supuesto (Conf. Montagna, *Sanciones...*, p. 133).

Así, se entendió que es autor de quiebra fraudulenta a un presidente de una sociedad anónima, quien en tal calidad luego de la presentación en concurso preventivo, simuló mediante la realización de asientos contables la existencia de una pérdida de bienes por una importante suma de dinero, si mediante dicha maniobra se contribuyó a agravar el estado de insolvencia patrimonial de la sociedad mencionada y así defraudar a sus acreedores, dado que posteriormente fue declarada la quiebra ⁽³¹⁶⁾.

A su vez, en dicho pronunciamiento se sostuvo que “la contabilidad es el reflejo de la actividad comercial, por lo que no puede sostenerse que, como no se sabe si desaparecieron máquinas o equipos, no hubo delito alguno”, lo cual denota la importancia de la contabilidad para escudriñar en este tipo de casos la configuración de este tipo de delitos ⁽³¹⁷⁾.

Sobre esto, se ha advertido en la práctica que una de las desaprensivas costumbres *contra legem* es el menosprecio a la conservación de los libros al concursar una sociedad, so pretexto de su pérdida o destrucción incumpliendo así normas imperativas de las leyes societarias y concursal⁽³¹⁸⁾, lo cual desde mi punto de vista debe ser una presunción en contra.

Se ha considerado que “...El imputado que en su propia quiebra denunció un crédito inexistente integrando su pasivo, incurrió en una simulación de las previstas por el inc. 1° del art. 176 Cód. Penal, ya que la deuda es simulada cuando no existiendo total o parcialmente, con la intervención de un tercero como acreedor, beneficiario o destinatario de ella se la aparenta en forma absoluta o relativa...” ⁽³¹⁹⁾.

2. Segundo supuesto: No justificar la salida o la existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa.

Para el análisis de este segundo supuesto ⁽³²⁰⁾ contemplado en el inciso 2° de la norma bajo análisis, debemos desagregar la misma, en las dos conductas típicas que en el mismo se prevé.

⁽³¹⁶⁾ Tribunal Oral Criminal 28, causa 484 del 3 de mayo de 2000, in re “Gorrini, D”.

⁽³¹⁷⁾ En relación a la importancia y utilidad de la contabilidad mercantil en general, véase: SALVATIERRA, Juan Cruz y SALVATIERRA, Juan Manuel. *El valor probatorio de los libros de comercio entre un comerciante y quien no lo es*, LLBA, 2010, págs. 984 y sgtes.

⁽³¹⁸⁾ RICHARD, Efraín H. *Insolvencia societaria en el Proyecto de Código*, rev. La Ley, 4 de marzo de 2013, p. 1) LL 2013-B

⁽³¹⁹⁾ Trib. Oral Crim. Fed. Nro. 2, 2002/03/20, in re “Canale, Rodolfo L. y otros s/ quiebra”, fallo nro. 107.639, LL, 2004-D, 542.

⁽³²⁰⁾ Este inciso debe tomarse como un único supuesto, el agente, tanto antes como después de declarada la quiebra, distrae bienes de su patrimonio en fraude a sus acreedores. Conf. RAFECAS, *Los delitos de quiebra...*, op. cit., quien cita a Sancinetti, Marcelo: “La quiebra fraudulenta por disminución del activo (art. 176 inc. 2,

2.a) *No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener.*

El fallido debe explicar claramente el destino que le concedió a aquellos bienes que deben estar a disposición de la masa. Para ello, no se requiere la acreditación de la licitud de la salida o desaparición de bienes, sino que lo que se requiere es la obligación del deudor de acreditar el destino dado al bien que salió o desapareció de su patrimonio, por lo que es un delito de “omisión” por el cual se incumple la obligación del deudor de justificar el destino o la existencia de bienes, justificación la cual debe ser fehacientemente acreditada⁽³²¹⁾.

Lo que se persigue es demostrar la salida del bien que se encontraba incauto en el patrimonio bajo modalidades que exceden el giro normal y se transforman en anormales, no castigándose la mera no justificación, ya que en ese sentido estaríamos en presencia de una mera desobediencia ante la ley como delito abstracto (conf. Montagna, *Sanciones*, p. 134)

Lo que necesariamente se debe justificar es la existencia o salida que tuvieron los bienes que se debía tener⁽³²²⁾, y en el caso de haberlos enajenado la de su producido, por lo que lo que pena el tipo penal es la omisión de esa justificación en atención a que importa un fraude a los acreedores, debiéndose probar su preexistencia.

La ley no obliga a confesar un delito, lo cual sería contrario a las bases de nuestro ordenamiento penal-constitucional, sino que sanciona la omisión de justificar el destino de los bienes o su producido debido a que ello es un supuesto de fraude a los acreedores⁽³²³⁾.

Tanto las distintas sumas de dinero que no se hubieran dado cuenta no multiplican el delito, que es único, y que importa el no justificar globalmente la salida o existencia de bienes que debiera tener el ente, consumándose con la declaración de quiebra. Cierta parte de doctrina, no considera inmerso en el delito de quiebra fraudulenta, si enajenó activos antes de la fecha fijada como de cesación de pagos, ello con el argumento que el ahora devenido en fallido ignoraba encontrarse en cesación de pagos (Montagna, *Sanciones*, p. 135, nota 135). Para la aplicación de este tipo, necesariamente deben surgir de las constancias de las actuaciones pruebas que permitan sostener que el ánimo del ahora quebrado tuvo el ánimo e intención de defraudar a sus acreedores.

A su vez, la subsunción de las maniobras fraudulentas en varias hipótesis delictivas a la vez (incluso dolosas y culposas) tampoco hacen plural el delito. El tipo no se reduce a los

C.P.)” en *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 89/90: “La conducta en sí [...] podría describirse de modo uniforme, con las palabras de la segunda parte del inciso: sustraer u ocultar bienes que integraran el activo, *antes* de la declaración de quiebra, o *después* de ella [...] ‘ambas formas’ son *una* y, por cierto, de comisión: *sustraer* u *ocultar*, porque la expresión ‘no justificar’, de la primera parte del inciso, no se refiere a otra cosa” (cursiva en el original) (Citado por

⁽³²¹⁾ Es un delito de omisión por el que se incumple la obligación que tiene el deudor de justificar (acreditar) el destino o la existencia de los bienes (Conf. CREUS, *ob.cit.*, p. 61). Este supuesto, es un delito doloso omisivo, por el cual el agente subtrae bienes de su patrimonio en fraude a sus acreedores, al ser la falta de justificación posterior una condición objetiva de punibilidad (conf. MONTAGNA, *Sanciones*, p. 135).

⁽³²²⁾ “El deudor debe justificar la salida de bienes que son garantía común de los acreedores demostrando su destino o que están a disposición de la masa” (CNCrim. y Corr., Sala V, causa 34.311, “Cacace, Horacio A. y otros s/ Quiebra fraudulenta impropia”, sentencia del 11 de junio de 1998). Citado en Montagna, *Sanciones*, p. 136, nota 88, quien además cita a Navarro, Guillermo R., *Fraudes*, p. 29, JA, t. 44, p. 335.

⁽³²³⁾ Al respecto, en la causa “Pernicone, Víctor Salvador s/ quiebra fraudulenta” del TOC Nro. 24, causa nro. 223, sent. Del 8/8/1997, transcripto por Rafecas..., p. 139/147, se rechazó planteo de inconstitucionalidad del inc. 2º del art. 176 del Código Penal invocado por la defensa arguyendo que viola principios de legalidad e inocencia.

hechos posquiebra, consumados una vez que la masa se encuentra procesalmente constituida; el delito se extiende a los anteriores que se perpetren sobre bienes que tendrán que corresponder a la masa, aunque en los hechos anteriores a la quiebra el perjuicio debe ser constatado en un segundo momento, esto es cuando quiebra el deudor ⁽³²⁴⁾.

Una cuestión importante a tener presente es que el reproche y responsabilidad penal no desaparece por el posterior ingreso al patrimonio del deudor de bienes que ni siquiera constaban en él al momento de la consumación, por lo cual cambiaría la calificación para el supuesto que los actos fueron realizados antes o después de la sentencia firme de quiebra.

Se ha entendido como falta de justificación de salida de bienes del patrimonio del deudor a “la falta de comprobación del ingreso del importe por la suma percibida por la enajenación de los bienes, o por un préstamo (como) la no justificación de la baja de bienes de uso, lo que representa en forma directa una disminución del activo” ⁽³²⁵⁾.

También para este supuesto se advierte la importancia de la contabilidad, la debida registración de las operaciones y el cumplimiento de las normas que regulan las mismas. Así, se ha sentenciado que “corresponde calificar de fraudulenta la conducta del fallido si no llevó la contabilidad legal, incurrió en inconducta comercial, ocultó el pasivo y abultó el activo. Asimismo se consideran lesionados los principios de confianza y buena fe que sustentan el desenvolvimiento del comercio cuando el desequilibrio económico es producido por incorrecciones, ineficacia y desorden por parte de los responsables de la empresa (CNCom., Sala B, del 9 de mayo de 1962, JA, t. 1963-II, p. 19. En igual sentido: CNCom., Sala C, del 15 de mayo de 1964, LL, t. 116, fallo n° 52.584).

Así, se consideró enmarcada en este inciso la conducta de tres directores de una sociedad anónima sobre la que pesaba un auto declarativo de quiebra no firme, que sustrajeron un inmueble del patrimonio social mediante una venta a precio vil; la de dos socios y administradores de una sociedad de hecho que no justificaron la salida de sumas de dinero que debían tener y que sustrajeron del activo del ente durante el período de sospecha; la de dos directores de una sociedad anónima que, en plena cesación de pagos, sustrajeron bienes que hubieran formado parte del acervo de garantía de la masa de acreedores; y el socio gerente de una sociedad de responsabilidad limitada que enajenó casi todos los bienes sociales después de homologado el acuerdo preventivo y antes de la quiebra Fallos "Ferri", "Cacace", el ya citado "Cúneo" y "Garcés", reproducidos en el apéndice jurisprudencial de Rafecas, op. cit., pp. 133 y sgts.

Entre otros pronunciamientos que han aplicado esta figura se pueden mencionar ⁽³²⁶⁾:

“En nada obsta a la comisión del delito (artículo 176, inciso 2 del Código Penal) que el conocimiento de la declaración de quiebra fuere posterior a la sustracción de las cosas correspondientes a la masa ya que la conducta anterior se torna punible con dicha declaración” (CNCrim. y Corr., Sala VII, causa 15.199, del 20/mayo/1991, in re “Pane de Momone, Norma B.”)

⁽³²⁴⁾ Así, la responsabilidad criminal no obedece en estricto al haber dispuesto del bien inmueble ya decretado el estado falencial, sino al ingresar al patrimonio un valor menor al real. En uno u otro supuesto, lo cierto es que el bien desapareció del patrimonio de la fallida sin ingresar correlativamente su valor (CNCrim. y Corr., Sala V, causa 28.219, “Ferri, Antonio Lucio y ot. s/ Quiebra fraudulenta”, sent. del 29 de diciembre de 1998)

⁽³²⁵⁾ CNCrim. y Corr., Sala VI, causa 24.498 del 22 de septiembre de 2.004, in re. “Chelala, Luis Humberto”.

⁽³²⁶⁾ Véase y ampliase otros transcritos por MONTAGNA, *Sanciones*, p. 136 a 139.

“Se configuró el tipo previsto en el artículo 176, inciso 2 del Código Penal –quiebra fraudulenta- cuando el sujeto activo –presidente de una sociedad declarada en quiebra- vendió un inmueble y la suma recibida no ingresó al patrimonio de aquella –que con anterioridad se encontraba en cesación de pagos- afectando a la masa de acreedores, provocando la imposibilidad de cobrar el total de su acreedores” (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa 4453, del 23 de septiembre de 2003, in re “Pibida, Osvaldo J.”)

“Configura el delito de quiebra fraudulenta la conducta desplegada por los imputados, quienes en su calidad de presidente y vicepresidente de una firma comercial retiraron sin justificación mercadería existente en los comercios de la antedicha, la cual se habría enviado para su venta, ello, durante la sustanciación del concurso de la empresa que desembocó en la declaración de quiebra, perjudicándose con el accionar descripto la garantía crediticia que tenía el querellante sobre aquellas mercaderías” (CNCrim. y Correc., Sala I, causa n° 45.818 del 8 de junio de 1999, in re “Bercholz, D”)

“Teniendo en cuenta que ese vehículo desapareció del patrimonio de la fallida y que, en su lugar, no obran constancias de que su valor de venta haya ingresado al patrimonio de esta, aunque sea para satisfacer parcialmente el interés de los acreedores que verificaron su crédito en sede comercial se encuentra cuanto menos, verificado con el grado de sospecha que requiere este estadio procesal el actuar fraudulento u el perjuicio ocasionado” (CNCrim. y Correc., Sala VI, del 11 de febrero de 2.003, in re “El Puesto Verde S.R.L.”)

“Teniendo en cuenta que con fecha 12/09/00, la justicia comercial decretó la quiebra de Massera S.A., la venta de un importante activo de la sociedad –Heladerías Fidelio- un mes previo a tal declaración -04/08/00- constituye prima facie una sustracción de bienes correspondiente a la masa de acreedores. Por otra parte, tampoco puede soslayarse que previo a la declaración de quiebra, se encontraba en trámite el concurso preventivo de la sociedad, razón por la cual tampoco los directivos de Massera S.A. podían desprenderse de ese importante activo, sin mediar siquiera autorización por parte del juez concursal (CNCrim. y Correc., Sala VI, del 13 de mayo de 2.003, in re “Reca, Adrián y ot.”)

2.b) Sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa.

El segundo caso del segundo supuesto previsto, es un delito de acción, a diferencia de la figura analizada anteriormente. Los actos deben tener carácter subrepticios ⁽³²⁷⁾ respecto a los acreedores, y el fraude se consolida con la tendencia de ellos a impedir que el procedimiento concursal se les extienda. Antes de la quiebra se sustraen bienes del deudor, luego de la misma se sustraen bienes que le pertenecen a la masa.

Cabe destacar que “Sustraer” guarda relación con “deducir, quitar, restar, sacar, retirar, rebajar o sisar”, en tanto “ocultar” es una conducta que señala “esconder, tapar, escamotear, disfrazar, encubrir” y tiene coherencia con lo “secreto, desconocido, ignorado, velado, arcano o invisible” ⁽³²⁸⁾.

RAFECAS, sostiene que al respecto le asiste razón a NUÑEZ cuando dice que la falta de libros de comercio o documentación suplementaria de ellos, no crea presunción en contra del deudor porque no está a su cargo probar la preexistencia de bienes: sostener lo contrario lleva

⁽³²⁷⁾ Conf. MONTAGNA, *Sanciones*, p. 140, nota 99, quien refiere que quedan incluidos los actos de ocultamiento, con más fuerza cuando se revelan por acciones positivas, dando como ejemplo: La falsificación de libros de comercio y auxiliares, quedando incluidos los hechos que presentan esa mecánica, como ser a través del simple silencio, sobre todo cuando el autor está jurídicamente obligado a contestar y opta por guardar silencio.

⁽³²⁸⁾ Conf. PARMA, Carlos. *Delitos dolosos cometidos en las quiebras por el fallido (Art. 176 del Cód. Penal)*, en www.carlosparma.com.ar [10/5/2013].

previsiblemente a la vulneración del principio *nemo tenetur se ipsum prodere*. Tampoco puede considerarse por sí sola la falta de justificación de la salida de bienes que debiera tener del inc. 2, cuando los libros contables son llevados en forma deficiente o irregular ⁽³²⁹⁾.

En este segundo caso analizado, se encuentran comprendidos los actos de ocultamiento (escondiendo, guardando silencio sobre su paradero, quitándolo del alcance de los acreedores), procurando impedir la ubicación de los bienes, los de desplazamiento, quitando los bienes del patrimonio del deudor apartándolos de sus acreedores ya sea trasladándolos, retirándolos del establecimiento, etcétera.

Entre algunos supuestos de aplicación de esta figura, se ha sostenido como ejemplo de sustracción la venta de mercaderías, herramientas e inmuebles (CA Azul, 3/6/31, JA, 35-1500; CCC, Sala IV, 30/8/02, causa 19.335, “Di Palma, Luis”, BJCCC, 2003-3-364)³³⁰. Entre otros se ha resuelto:

“Si el procesado dio a conocer el inventario de los bienes de la sociedad quebrada – de la que era socio gerente- y a partir de él pudo verificarse la falta de una parte de ellos, debe descartarse la ocultación omisiva. Ocultar consiste en esconder materialmente bienes susceptible de valor económico o impedir que los acreedores o el juez o los funcionarios del concurso adviertan su existencia” (CNCrim. y Corr., Sala VII, causa n° 13.972 del 31 de octubre de 1990, in re “Gandolfo, Bartolomé”)

“La omisión de llevar los libros en correcta forma, su desaparición forzosa o falta de presentación constituyen medios de ocultación, máxime recayendo al respecto un deber positivamente impuesto (artículo 37 de la ley 20.091 y resolución 21523/1992, SSN) y teniendo tales documentos valor probatorio preconstituido (conforme la legislación específica en lo comercial), resulta lógico entonces que en su incumplimiento resulte fraudulento” (CNCrim. y Corr., Sala VII, “Fucile, Roberto A. s/ infracción al artículo 53 de la ley 20091 en función del artículo 176, inciso 2 del Código Penal, del 14 de abril de 1997).

“...Comete el delito previsto en el inc. 2° del art. 176 Cód. Penal al acusado que no denunció que era titular de acciones de una sociedad, ocultando cosas correspondientes a la masa pues con ello impidió que los acreedores, el síndico y el juez de la quiebra conocieran la existencia de cosas, concepto que comprende, evidentemente, las acciones, ya que estas participan de aquella naturaleza de acuerdo a los términos del art. 2311 del Cód. Civil” (Trib. Oral Crim. Fed. Nro. 2, 2002/03/20, in re “Canale, Rodolfo L. y otros s/ quiebra”, fallo nro. 107.639, LL, 2004-D, 542).

3. **Tercer supuesto: Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.**

Este accionar, se configura cuando se coloca a determinado acreedor en una mejor situación jurídica que aquella que le cabía por la índole o linaje de su crédito antes del proceso o durante su curso, obviamente en detrimento de otros acreedores y fracturando el principio concursal medular de la “*pars conditio creditorum*”. Ello, con relación a la ejecución del mismo en ese mismo proceso universal y siempre que las ventajas incidan sobre el patrimonio del deudor.

Cabe resaltar que en este supuesto, no sólo beneficia a cierto acreedor, sino que de modo indirecto se afecta el resto de los acreedores concurrentes por quedar reducida su alícuota en la distribución de los bienes liquidados o existentes. La doctrina denomina a este delito como “bancarrotas preferenciales” ⁽³³¹⁾.

⁽³²⁹⁾ RAFECAS, Daniel Eduardo, *El delito de quiebra de sociedades*, p. 108.

⁽³³⁰⁾ Citados por: NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 77.

⁽³³¹⁾ ARGERI, *Quiebra fraudulenta...*, p. 1347.

En cuanto a la oportunidad de estas conductas, se ha sostenido que pueden ser anterior o posterior a la cesación de pagos, pues su delictuosidad deriva de su carácter fraudulento y no de la interdicción de fallido⁽³³²⁾.

Para que la mejora en su situación sea indebida, no debe estar autorizada por el ordenamiento jurídico y debe extraerse de las condiciones de modo, tiempo y lugar que no correspondía su concesión, es decir, debe tratarse de una maniobra que pueda considerarse configuradora de un riesgo jurídicamente desaprobado. En tal sentido, hay que recordar aquí la relativización que hace el legislador comercial del principio *pars conditio creditorum*, que acarrea consecuencias directas sobre la conformación del elemento normativo existente en este supuesto al exigir que la ventaja sea indebida. Así, la concesión de ventajas a unos acreedores frente a otros, en el marco de propuestas homologadas de agrupamiento de acreedores por categorías (arts. 41 y ss., ley 24.522) o de acuerdos preventivos extrajudiciales suscriptos durante el período de sospecha y también homologados (arts. 69 y ss., ley 24.522), no constituyen riesgos jurídicamente desaprobados, y por lo tanto, no son típicos⁽³³³⁾.

En cambio, como ejemplos claros de la configuración de este supuesto, se citan pagos en efectivo, transferencia de bienes, el acreedor cuyo vencimiento de su crédito está fechado meses después de la quiebra, pero lo percibe —con la connivencia dolosa del administrador del ente— antes de dicha declaración durante el período de sospecha inmediato anterior, pactos creados de privilegios que no existían en el crédito originario; pudiendo esto afectar a la totalidad de los bienes del activo o alguno de ellos⁽³³⁴⁾.

Este delito se configura, asumiendo la forma de comisión por omisión, cuando produzca el mejoramiento de la situación del acreedor, como sería la no oposición de defensas procesales que el deudor debió ejercer y no lo hizo⁽³³⁵⁾.

La ventaja otorgada debe resultar indebida, entendiéndola en sentido amplio, la cual debe tener como nota cualidad que el acreedor que la recibe no la pueda gozar frente a los demás acreedores. A su vez, resulta un requisito que dicha ventaja o ventajas se las hayan concedido a un acreedor que integre la masa de acreedores, de lo contrario la situación fáctica podría encuadrar en el inciso 2° del artículo 176 por disminuir el patrimonio del deudor, empero no el abordado en este inciso tercero.

Por otro lado, la ventaja debe recaer en un acreedor verdadero, de lo contrario estaríamos posiblemente frente a un supuesto de simulación, contemplado en el inciso 1 o en el caso del inciso 2 del artículo bajo análisis, pero no del supuesto aquí abordado.

En relación a este supuesto, se ha dicho que la posible nulificación del acto de otorgamiento de la ventaja no excluye la tipicidad de la conducta llevada a cabo⁽³³⁶⁾,

⁽³³²⁾ NUÑEZ, *Manual...*, p. 266. En contra: SOLER (1970), IV, p. 432.

⁽³³³⁾ RAFECAS, *Los delitos de quiebra...*, op. cit.

⁽³³⁴⁾ LAJE ANAYA, Justo, *Quebrados y otros deudores punibles*, Buenos Aires: Depalma, 1967, p. 87 y MONTAGNA, *Sanciones*, p. 141.

⁽³³⁵⁾ Conf. CREUS, Carlos, *Quebrados y otros deudores punibles*, Buenos Aires: Astrea, 1.993, p. 66; NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Bs. As.: Bibliográfica Argentina, 1967; MONTAGNA, *Sanciones*, p. 141.

⁽³³⁶⁾ NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, ob. cit., p. 451. Al respecto, Manigot aclara: “es delito de peligro...” por lo que resulta indiferente que el daño se materialice (Conf. MANIGOT, Marcelo; *Código Penal Anotado y Comentado*, tomo I; Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1.978, p. 641).

persistiendo el delito, lo cual parece totalmente lógico y coherente con todo el ordenamiento jurídico penal.

En relación a la aplicación de esta figura, nuestra jurisprudencia ha sostenido:

“Se concedieron ventajas indebidas a algunos acreedores en perjuicio de otros. La maniobra consistió en celebrar inmediatamente después de darse publicidad por edictos a su presentación en concurso preventivo un acuerdo informal con interpósitas personas que a su vez interesaron a algunos de los verdaderos acreedores instrumentando sus voluntades con cartas poder, que luego se definieron en la forma de aceptar derechamente la propuesta de pago del concursado, toda vez que en punidad, al subrogarlos expresaban la propia voluntad del concursado, con este artificio, luego de pagar sólo íntegramente lo homologado a estos acreedores canceló definitivamente a un grupo y directamente lo eludió con otros a quienes privó de todo derecho al cobro de sus créditos verificados” (Juzgado Nacional Criminal de sentencia “A”, causa 15.214, in re “Garcés, Jorge E. s/ Quiebra fraudulenta impropia”, sentencia del 17 de noviembre de 1995).

“...Corresponde condenar como autor del delito previsto en el inc. 3° del art. 176 Cód. Penal al acusado que concedió ventajas indebidas a un acreedor cuando se allanó, en nombre propio y en representación de una sociedad, a la demanda que aquél promoviera para recuperar un crédito que había facilitado a la empresa del imputado, toda vez que su accionar permitió que el acreedor, cuyo crédito fue luego verificado y declarado admisible en la quiebra, percibiera su acreencia por fuera del proceso universal...” (Trib. Oral Crim. Fed. Nro. 2, 2002/03/20, in re “Canale, Rodolfo L. y otros s/ quiebra”, fallo nro. 107.639, LL, 2004-D, 542).

5. QUIEBRA CULPABLE O CULPOSA:

5. a) Generalidades. Texto legal:

En el artículo 177 del Código Penal, se regula la denominada *quiebra culpable, culposa o causada culpablemente*³³⁷). Dicha norma tuvo como antecedente tanto las legislaciones española (antiguo artículo 521 del Código Español, antes de la reforma de 1.995) como la italiana. La expresión verbal de la figura responde al Proyecto de 1.906, describiendo una serie de conductas y supuestos configurativos de la misma en perjuicio de sus acreedores. Dicha norma reza:

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

³³⁷) La denominan “quiebra culpable”: NUÑEZ, *Manual*, p. 267 y *Tratado...*, t. IV, p. 465; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, p. 674; CREUS, *Quebrados*, p. 113; CARRERA, *Delitos...*, p. 520; ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 227; MONTAGNA, *Sanciones*, p. 142; RAFECAS, *El delito...*, p. 122, quien también hace referencia al tipo imprudente; entre otros, quienes entienden que dicha designación acierta en cuanto a la debida interpretación del aspecto subjetivo de la figura del art. 177 del Código Penal. En cambio, denominan “quiebra culposa”: SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 501; FONTAN BALESTRA, *Tratado...*, t. VI, p. 206; LAJE ANAYA, *Quebrados...*, p. 91; GÓMEZ, *Tratado*, p. t. IV, p. 350; NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 117; entre otros. La entienden como “causada culpablemente”: CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, p. 568.

A diferencia de lo que ocurre en otros títulos, la relación que media entre las figuras fundamentales de los arts. 176 y 177 no es la ordinaria entre la forma dolosa y la culposa del mismo tipo delictivo, sino que cada una de las figuras responde a un tipo delictivo⁽³³⁸⁾.

Navarro y Rizzi, entienden que el tipo acuñado por el art. 177 difiere del de la quiebra fraudulenta, tanto desde el aspecto subjetivo como desde el objetivo⁽³³⁹⁾.

Sobre la diferencia entre ambas figuras, se ha resuelto que la figura prevista en el art. 176 del C.P. exige simulación de insolvencia mayor que la real o inexistente. En cambio, en la del art. 177 del C.P. hay una situación real de insolvencia generada por una conducta de manifiesta imprudencia o acto de negligencia⁽³⁴⁰⁾.

Se sostiene que este delito abarca tanto los hechos culposos como los dolosos en orden a la quiebra, siendo un presupuesto de aplicación la ejecución voluntaria de los actos que se destacan en la norma (gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta), independientemente a esa ejecución voluntaria termine con su quiebra en forma directa o indirecta. O sea, sin importar que a esa voluntad se le agregue la de llegar a la quiebra o la de aceptar su producción como consecuencia de aquél. En el primer supuesto se habría actuado con dolo, y en el segundo con culpa. En los hechos dolosos el tipo previsto puede llegar a compararse con un procedimiento de fraude siempre que se trate de un hecho que no sea de los previstos en el artículo en análisis, pues si el hecho es uno de los que encuadra en este artículo, la figura es la de quiebra culpable mas no fraudulenta, aunque se hubiera actuado con fraude (conf. Montagna, *Sanciones*, p. 143).

Empero, Rafecas critica la posición de gran parte de la doctrina que entiende que el artículo 177 también abarca comportamientos dolosos⁽³⁴¹⁾, sosteniendo que estas interpretaciones se han alejado demasiado de la letra de la ley y de la clara intención del legislador de construir un tipo imprudente, subsidiario al de la quiebra fraudulenta, por medio del cual se prevean castigos penales frente a 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 de los acreedores, es decir, un tipo penal en donde el legislador se ocupa no ya los actos cometidos dolosamente en perjuicio de la masa, sino aquellos cometidos con violación ostensible al deber de cuidado, pero sin ánimo de defraudar. Sosteniendo que lamentablemente, la deficiente construcción del artículo por parte del legislador, la confusión reinante en la doctrina acerca de cómo debe interpretárselo, sumado a la total falta de experiencia de nuestros operadores jurídicos acerca de cómo proceder frente a la única figura imprudente prevista por el legislador en materia de delitos contra la propiedad y a los problemas que acarrea de por sí todo el capítulo en cuestión, ha hecho caer esta figura penal en un rotundo y absoluto fracaso político-criminal-

A su vez, sostiene que la posición correcta es la que dominó en la doctrina hasta los años '70, que lo trató como lo que es: un delito imprudente. En este sentido, pueden tomarse como

⁽³³⁸⁾ SOLER, *Derecho penal argentino*, IV, p. 479.

⁽³³⁹⁾ Conf. NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 122 y sgtes.

⁽³⁴⁰⁾ CP0000 PE, P 1567 RSI-209-94 I 22-12-1994, "C.,E. s/ Quiebra culpable y fraudulenta", Mag. Vot.: Levato-Gesteira-Ipiña, publicado en: Juba B2825154 y en ERBETTA, *Delitos...*, p. 214.

⁽³⁴¹⁾ RAFECAS, *El delito...*, p. 129/130 y en "Los delitos...".

puntos de referencia a Soler y a Núñez, entre muchos otros. Esta afirmación se basa especialmente, en la parte final del artículo. En efecto, cuando el legislador afirma "...o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta", está dejando sentadas dos circunstancias: a) las referencias a los gastos excesivos, juego, especulaciones ruinosas y abandono del negocio no son taxativas sino ejemplificativas; y b) todas ellas son punibles a través del art. 177 en tanto y en cuanto constituyan actos de negligencia o imprudencia manifiesta, de lo cual cabe extraer a la vez dos conclusiones: b') no son alcanzadas por el art. 177 (sino por el 176 o el 178), esos u otros actos realizados con dolo, es decir cuando el sujeto activo sabe y quiere la quiebra y el perjuicio de los acreedores (o al menos acepta la posibilidad y se conforma con ella); b'') tampoco lo son esos u otros actos cometidos aun con imprudencia o negligencia, pero que no alcance a ser considerada *manifiesta*⁽³⁴²⁾.

Desde una político criminal, se ha cuestionado la conveniencia o no de incriminar la llamada quiebra culpable, cuanto menos, si con esa denominación se pretende abarcarse exclusivamente a la quiebra culposa (negligencia o imprudente), sosteniéndose que no se justifica la intervención penal para incriminar un ataque culposo a la propiedad⁽³⁴³⁾.

5.b) Fraude. Conducta punible:

Como diferencia sustancial con la quiebra fraudulenta, en la culpable queda de lado la mecánica u operatoria del fraude en la generación del perjuicio como necesaria. En efecto, la conducta del deudor debe encuadrar en alguno de los supuestos que indica la norma con prescindencia de si actuó con dolo o culpa, y si existió o no un procedimiento de fraude al respecto.

En cuanto a la conducta punible, se ha sostenido que el "quebrado culpable" puede actuar con culpa, pero, igualmente, delinquir dolosamente. No escapó esto a la Ciencia Penal, pese a que mantuvo la distinción, diremos histórica entre bancarrota dolosa y culposa (Carrara, *Programa*, parág. 3408 y correlativos), pues si bien los actos del autor son dolosos desde que los ejecuta voluntariamente, se mantiene la naturaleza culposa del delito, porque aquél tenía la voluntad de quebrar y no prevenía la quiebra (nota al parág. 3494)⁽³⁴⁴⁾.

5.c) Declaración de quiebra:

De igual modo que ocurre con la quiebra fraudulenta, para la configuración del delito en análisis, resulta necesario que la quiebra haya sido decretada y que se encuentre firme.

Sólo quedan comprendidos los hechos acontecidos con anterioridad a la declaración falencial, ello debido a que a los hechos posteriores no puede atribuírseles haberla causado. Por ello, los actos cometidos por el deudor no fraudulentos pero si culpables efectuados con posterioridad a la declaración de quiebra y que disminuyan su patrimonio no se incluyen en esta figura⁽³⁴⁵⁾.

5.d) Disminución en el patrimonio:

⁽³⁴²⁾ RAFECAS, *op. cit.*, p. 124.

⁽³⁴³⁾ ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 32 y 240.

⁽³⁴⁴⁾ Citado por CARRERA, *Delitos...*, p. 521.

⁽³⁴⁵⁾ MONTAGNA, *Sanciones*, p. 143, menciona como ejemplo el descuido de bienes incautados que permanezcan bajo su guarda por efectos del desapoderamiento producto de la quiebra.

En cuanto a la disminución en el patrimonio, la quiebra culpable se diferencia de la fraudulenta, ya que en el tipo que se aborda se requiere una causalidad distinta a la fraudulenta, ya que va más allá del mero detrimento patrimonial como origen del perjuicio.

Así, el acto desplegado tuvo que: 1°) haber ocasionado el perjuicio a los acreedores y 2°) haber sido la causa de la quiebra; no bastando que el autor haya causado su propia quiebra, es imprescindible que en el marco de la falencia se haya perjudicado a los acreedores.

En cuanto al perjuicio, si pese a la quiebra el fallido puede responder al pago de las acreencias verificadas de sus acreedores con los bienes existentes en su patrimonio, no se configura este delito ya que faltaría el presupuesto del perjuicio a los acreedores.

En torno a que generó la quiebra, no se requiere que la conducta del deudor devenido en fallido sea la causa exclusiva de la producción de la quiebra, puede ella concurrir en esa producción con otras circunstancias siempre y cuando las otras causas sean la causa principal y determinante de la quiebra; es decir que basta con que el acto solo o en confluencia con otros haya conducido al deudor a la quiebra ⁽³⁴⁶⁾.

Pretorianamente, se ha sostenido que para tener por configurado el tipo del art. 177 del C.P. no ha de bastar que el sujeto activo haya incurrido en conductas negligentes o incluso, fraudulentas y que se debe inexcusablemente demostrar la directa relación de causa a efecto entre conducta e insolvencia⁽³⁴⁷⁾.

5.e) Sujeto activo. Remisión.

Al respecto cabe remitirnos a lo expuesto al abordar el sujeto activo del delito de quiebra fraudulenta.

5.f) Sujeto pasivo. Remisión.

En cuanto al sujeto pasivo de este tipo delictivo, el mismo es el acreedor verificado en la quiebra al igual de lo que acontece con la quiebra fraudulenta, por lo que también me remito - *brevitatis causae*- a lo allí expuesto.

5.g) Elemento subjetivo.

Para la posición que admite la modalidad dolosa de realización, el tipo subjetivo se integra con el conocimiento de los elementos del tipo u la voluntad de realización. Por ende el autor sabría y quiera a través del juego o las especulaciones ruinosas provocar su insolvencia y perjudicar a sus acreedores. Incluso admitiéndose el dolo eventual. En cuanto delito de tipo imprudente, caben las consideraciones propias de los elementos subjetivos comunes a los delitos culposos. Sólo se ha señalado que la calificación de culpa “manifiesta” denota la idea de una especial exigencia no sólo objetiva sino subjetiva. Por lo que difícilmente pueden quedar abarcados supuestos de culpa sin representación o inconsciente⁽³⁴⁸⁾.

5.h) Tentativa.

Esta figura no admite tentativa⁽³⁴⁹⁾. En efecto, en coherencia con lo expuesto anteriormente, debido a que uno de los requisitos para que se configure este delito es haber producido perjuicio a los acreedores; mientras el mismo no se produzca, no habrá tentativa, y

⁽³⁴⁶⁾ Conf. MONTAGNA, *Sanciones*, p. 144. Véase asimismo, NUÑEZ, t. 5, p. 460/461; CREUS, t. 1, parág. 1385, CARRERA, *Delitos...*, p. 522.

⁽³⁴⁷⁾ CP0000 PE, P 2055 RSD-39-96 S 11-4-1996, “C.,E. s/ Quiebra culpable y fraudulenta”, Juba: B2825448.

⁽³⁴⁸⁾ Conf. ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 247.

⁽³⁴⁹⁾ En este sentido, MONTAGNA, *Sanciones*, p. 144.

por el otro lado, acontecido un perjuicio sin declaración de quiebra puede configurar cualquier delito contra la propiedad pero no el de la figura bajo examen.

Al respecto, se ha sostenido que el delito, que no admite tentativa, se consuma cuando existe una declaración de quiebra, firme y no revocada, “pues sólo así la falencia tiene existencia jurídica⁽³⁵⁰⁾).

5.i) Prescripción.

La prescripción para este delito comienza a correr desde la medianoche del día en que quedó firme el auto declarativo de quiebra.

5.j) Penas.

La pena de la quiebra culposa es de prisión, cuyo mínimo es un mes y un máximo de un año, y también de inhabilitación especial, que es para el ejercicio profesional del comercio. A los fines de la mensuración de la pena a imponer, al igual que para la quiebra fraudulenta, rigen las pautas generales de los arts. 40 y 41 del Código Penal, no agravando la cantidad de maniobras la conducta, a diferencia de otros códigos penales extranjeros (v.gr., los de Paraguay, España e Italia).

La escala penal admite el cumplimiento suspensivo de la sanción a imponer (art. 26, Cód. Penal), la cual no extingue la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados por tal actuar ni tampoco la carga de abonar los gastos causídicos (art. 28, Cód. Penal). En cuanto a la procedencia o no de la suspensión de juicio a prueba o probation, me remito a lo que se expondrá infra.

5.k) Supuestos previstos en la norma.

1. Primer supuesto. Gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de familia.

Este está dado por el carácter excesivo de los gastos efectuados por el deudor que hubieran desembocado en la causación de su quiebra, ello contemplando el capital y al número de personas que integren su grupo familiar.

Obviamente los gastos, deben ser excesivos⁽³⁵¹⁾. Lo excesivo e inmódico de los gastos no se mide exclusivamente por su cantidad sino por su racionalidad y razonabilidad, pudiendo tratarse de un solo gasto, de ahí el hecho que la norma da como parámetro objetivo la relación con el capital y el número de personas que integran su familia.

Por otro lado, para su meritación deberá contemplarse el momento en el que se afrontó dicha erogación, ya que debió haber sido efectuada como causa directa de la quiebra; racionalidad y razonabilidad que deberá ponderar y evaluar el juez penal, no el comercial.

En un fallo, la jurisprudencia entendió que debía confirmarse el auto de procesamiento dictado si había quedado acreditado que los encausados contrajeron gastos excesivos en el momento en que la empresa no presentaba una buena situación financiera, perjudicando con su accionar los intereses de los acreedores, quedando su conducta, tipificada en la prevista por el artículo 177 del Código Penal”⁽³⁵²⁾.

2. Segundo supuesto. Especulaciones ruinosas.

⁽³⁵⁰⁾ NUÑEZ, *Manual...*, p. 268, FONTAN BALESTRA, t. 6, p. 180. Citados por CARRERA, *Delitos...*, p. 522.

⁽³⁵¹⁾ Conf. LAJE ANAYA, *Comentarios*, p. 196.

⁽³⁵²⁾ CNCrim. y Correc., Sala VI, sentencia del 25 de noviembre de 1997, in re “Ceras Waxxon S.R.L.”. Citado por Montagna, *Sanciones*, p. 145.

Este supuesto contempla las especulaciones ruinosas, debiéndose entender por “especulaciones” a las operaciones de índole comercial o civil tendientes a obtener ganancias y por “ruinosas” cuando implicaron un riesgo excesivo, desmesurado y extraordinario respecto del giro normal, habitual y el capital disponible, así como su administración. Ello no obstante las expectativas prósperas de ganancias que el autor pudiere haber tenido presente y en miras al momento de afrontar dichos riesgos.

Para ello el juez penal mediante la sana crítica lo que es ruinoso de lo que no pasa de ser un mero riesgo, contemplando obviamente términos y estándares de los conocimientos y experiencia de un hombre medio. Ahora bien, si el quebrado tuviera una experiencia mayor en el arte de su profesión en el que apuntó la especulación que causó la quiebra, ello debido a que cuanto mayor sea su deber de obrar mayor será su responsabilidad (términos similares al artículo 902 del Código Civil), por lo que debe diferenciarse a un hombre medio de uno llamado “de negocios” ⁽³⁵³⁾, a quien se le exige el conocido cartabón del “buen hombre de negocios” que inspira y subyace nuestro ordenamiento jurídico comercial.

La comisión del hecho punible no requiere haber efectuado tales operaciones con el fin de “retardar” la declaración judicial de quiebra. Es suficiente, porque en ello se revela la conducta desaprensiva del fallido, un actuar extraño a las exigencias normales a la profesionalidad comercial tanto ésta reclama un mínimo organizativo de la empresa ⁽³⁵⁴⁾.

Al respecto, se ha sostenido que incurre en el delito de quiebra culpable quien comete especulaciones ruinosas y actos de imprudencia manifiesta, ligados, en conexión directa, con la impotencia patrimonial determinante de la cesación de pagos y consiguiente perjuicio ⁽³⁵⁵⁾.

3. Tercer supuesto. Abandono de los negocios.

Este supuesto, contiene a la palabra “abandono” como eje central y medular de la figura en análisis; término el cual agrupa un sinnúmero de ejemplos, teniendo como parámetro a quien descuida sus negocios, se desinteresa de ellos o no presta la cautela o debida atención, no resultando necesariamente la ausencia física en los menesteres de sus negocios.

La dejadez o la ligereza deben ser manifiestas, es decir decididamente claras, no son los actos de esa naturaleza que se realizan para salvar los riesgos propios de la vida comercial ⁽³⁵⁶⁾.

No lo representa el desinterés con relación a una operación determinada, sino despreocuparse, aunque no sea en grado absoluto, de los negocios en general. Sin ser necesario que el comerciante se ausente, deje sus negocios o los cierre ⁽³⁵⁷⁾.

En efecto, se ha sostenido que la desaparición del fallido de su domicilio y local social y la inexistencia de activos que debiera haber determina el pase de las actuaciones de la justicia del crimen, supuesto que puede tornar fraudulenta la conducta de un fallido ⁽³⁵⁸⁾.

4. Cuarto supuesto. Juego. Cualquier otro acto de imprudencia o negligencia.

En este supuesto, lo que la norma pretende cubrir es a todo acto de linaje o naturaleza culposa que implique adoptar positivamente una conducta riesgosa u omisiva de los debidos

⁽³⁵³⁾ En sentido similar, MONTAGNA, *Sanciones*, p. 146.

⁽³⁵⁴⁾ ARGERI, Saúl A., *Quiebra culposa en sede penal*, LL, 1981-D, p. 1.351, con cita de Broseta Pont y Mossa.

⁽³⁵⁵⁾ CNCrim. y Correc., Sala V, sentencia del 8 de septiembre de 1969, ED, t. 28, p. 784.

⁽³⁵⁶⁾ NUÑEZ, t. 5, p. 457/458, CARRERA, *Delitos...*, p. 522.

⁽³⁵⁷⁾ NUÑEZ, t. 5, p. 459; CARRERA, *Delitos...*, p. 522.

⁽³⁵⁸⁾ CNCrim. y Correc., Sala IV, sentencia del 16 de mayo de 1968, in re “Erka S.A.”.

cuidados, sin que con ello se llegue a aceptar presunciones debido a que ni el dolo ni la culpa se presumen.

Así, por ejemplo, la falta de libros de comercio o documentación suplementaria de ellos no crea la presunción en contra del sujeto obligado porque no está a su cargo probar la preexistencia de bienes ⁽³⁵⁹⁾.

Como ya se expusiera al abordar el segundo supuesto de especulaciones ruinosas, no configurará en este último supuesto, aquellos actos que pudiendo ser considerados prima facie como una infracción al dicho deber de obrar constituyan un riesgo normalmente aceptado en el giro que se desempeñaba y desenvolvía. Así, no es lo mismo la realización de una operatoria de compra de acciones por un agente de bolsa, a que la realice una persona que recién se inicia en dicho mercado para invertir sus ahorros, todo lo cual deberá ser analizado, evaluado y meritado por el juez penal interviniente en cada caso concreto analizando las condiciones personales, de tiempo y lugar, en especial si la conducta implicó un riesgo extraordinario y desmedido que configura un verdadero acto de imprudencia.

El origen legislativo mediato del “juego” como hecho imputable proviene de la legislación francesa de 1.838, radicando el fundamento en la circunstancia que no se condice con la profesionalidad comercial, especulación aleatoria a través del juego en operaciones de pura suerte, discrepando la doctrina si queda incluida en la proscripción normativa, también el juego de Bolsa. La noción involucra dos situaciones: a) el juego propiamente dicho, que importa actividad sujeta al alea, resultando irrelevante tratarse de un juego de destreza porque en cualquier supuesto el patrimonio del empresario queda desequilibrado; y b) la apuesta, que implica por esencia, juego de azar ⁽³⁶⁰⁾.

En cuanto a “cualquier otro acto”, engloba circunstancias de naturaleza “enunciativa”, para lo cual se deberá analizar cada caso en particular, las cuales deben venir signadas por cierta entidad, deben ser manifiestas.

6. QUIEBRA IMPROPIA O DE SOCIEDADES⁽³⁶¹⁾.

6. a) Texto legal. Generalidades. Antecedentes.

El artículo 178 del Código Penal, prevé la denominada *quiebra impropia* o *quiebra de sociedades*, norma la cual tomando el principio *societas delinquere non potest*⁽³⁶²⁾ sanciona a

⁽³⁵⁹⁾ CNCrim. y Correc., Sala III, “Muzzoppapa, A.”, sentencia del 30 de diciembre de 1955; CNCrim. y Correc., Sala I, causa 45.511, “Chavanne, Marcelo A. s/ Quiebra fraudulenta impropia”, del 6 de noviembre de 1997, citados por MONTAGNA, *Sanciones*, p. 147.

⁽³⁶⁰⁾ ARGERI, *Quiebra culposa...*, p. 1.352.

⁽³⁶¹⁾ Como bibliografía especial y específica, véase: RAFECAS, Daniel Eduardo. “*El delito de quiebra de sociedades*”, Bs. As.: Ad Hoc, 2000; “*Los delitos de quiebra en Argentina (con especial referencia a la quiebra societaria, art. 178, Cód. Penal)*”, en Rev. de Sociedades y Concursos, N° 10, mayo/junio 2001. Bs. As.: Ed. Ad Hoc, ps. 49/76; “*Quiebra fraudulenta impropia - Relaciones con la administración infiel y la estafa*”, LL, 1998-C, 1191 y MONTAGNA, Gastón Alejandro. “*Quiebra de personas de existencia ideal. Dos cuestiones problemáticas en la esfera penal: Los casos de los socios y de las compañías de seguros*”, LL, 2010-A-1244/1247. Asimismo, interesante es MARTORELL, Ernesto Eduardo, “*Un fallo ponderable en materia de quiebra de una sociedad*, LL, 1993-B-280, nota a fallo 91.297, CNCom., SALA d, setiembre 10-992 – “Phonofone Co. SRL s/ quiebra s/ resp. de terceros”.

⁽³⁶²⁾ Principio el cual ha sido objeto de cuestionamientos, en virtud que diversas normas prevén penas y sanciones a personas de existencia ideal, en especial en el ámbito del denominado Derecho Penal Administrativo y es enervado totalmente en el Anteproyecto de Código Penal 2012/13 al prever sanciones para las mismas.

las personas físicas integrantes de una de existencia ideal –verdadera ficción legal- que hubiesen cooperado en la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos atinentes a la quiebra fraudulenta y la culposa. En este sentido se ha dicho que la razón de la especialidad del tipo proviene del hecho de que las personas jurídicas no pueden delinquir⁽³⁶³⁾. Dicha norma reza:

“Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual”.

Con relación a la quiebra impropia, ni el Código Penal francés (arts. 593 y ss.) ni el italiano (arts. 701 y ss.) preveían específicamente, a fines del siglo XIX, el caso de la quiebra de personas jurídicas que se dedicaran al comercio. Es así, que entre nosotros, la versión original estuvo inspirada en el art. 417 del Código húngaro de 1.878. La disposición proviene –salvo la referencia a los contadores y tenedores de libros- del Proyecto de 1.891, y fue convertida en ley en 1.922⁽³⁶⁴⁾, justificándose su existencia a los efectos que la represión recaiga sobre sus representantes ya que el fraude ni la culpa son imputables a la persona jurídica⁽³⁶⁵⁾. La versión original de la citada norma recibió algunas modificaciones en relación al alcance de la misma⁽³⁶⁶⁾ y a una ampliación de los sujetos susceptibles de ser alcanzados por la norma. Así, la ley 21.388 cambió la referencia a “*sociedad anónima o cooperativa*” por “*sociedad comercial*”, se reincorporó la alusión a los bancos u otros entes financieros que verifiquen un procedimiento de liquidación sin quiebra, se agregó al síndico y al miembro de la comisión fiscalizadora al elenco de sujetos pasibles del delito, y se agregó la última oración del artículo tal como se conoce actualmente. Estas modificaciones, fueron ratificadas posteriormente por la ley 23.077, las cuales dan luz al texto transcrito supra que aún mantiene su vigencia.

En el artículo en análisis, el legislador a través de un sofisticado casuismo⁽³⁶⁷⁾ y un esquema criticable, extiende a diversos sujetos cualificados vinculados con entes societarios y

⁽³⁶³⁾ SOLER, *Tratado*, IV, p. 50.

⁽³⁶⁴⁾ RAFECAS, *El delito...*, p. 48.

⁽³⁶⁵⁾ Conf. Exposición de motivos de dicho proyecto, citado por CARRERA, *Delitos vinculados a la quiebra*, JA, 1988-II, p. 522 y por RAFECAS, *El delito...*, p. 48.

⁽³⁶⁶⁾ La versión original se mantuvo desde su aparición hasta el 26 de marzo de 1.971, y luego tuvo un período suplementario de existencia desde el 6 de junio de 1973 hasta el 15 de julio de 1976. A su vez, del 27 de marzo de 1971 hasta el 5 de junio de 1973, se amplió el alcance del tipo penal a aquéllos casos donde “...*se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera*”.

⁽³⁶⁷⁾ El sistema casuístico, residuo de épocas históricas ya superadas contiene en sí las dificultades inherentes a su naturaleza intrínseca; choca contra la imposibilidad práctica de prever y reducir a casos particulares, aunque estos

otros entes de existencia ideal, las conductas -dolosas e imprudentes- que ya describió en los dos artículos anteriores. De este modo, y siguiendo el patrón de legislaciones europeas de aquel entonces, a la denominada "quiebra propia" (del comerciante), se le agrega la mal llamada "quiebra impropia" (de las sociedades), en donde los sujetos activos escogidos "cooperan" en la quiebra del ente, afectando así el bien jurídico tutelado.

Primeramente, es dable destacar que el término utilizado por la norma penal al referir "personas jurídicas" resulta desafortunado, toda vez que debió consignar "personas de existencia ideal", el cual deviene más apropiado en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, cabe aclarar –amén de su obviedad- que los hechos dolosos o culposos contemplados por la norma no son hechos por las personas de existencia ideal sino de sus representantes o personas que sus funciones tienen injerencia en el accionar del ente⁽³⁶⁸⁾. Las conductas punibles que prevé esta norma son las mismas que las contempladas para la quiebra fraudulenta (art. 176) y la quiebra culpable (art. 177), lo que hace este artículo es extender el régimen de autoría a las personas que se destacan en la norma. Así, debido a la índole de la persona jurídica de existencia ideal y no física, las consecuencias de la quiebra se aplican a dichas personas que se destacan y enumeran en el mencionado artículo.

En cuanto a la estructura del delito, de por sí muy particular, es dable exponer que los actos típicos que describe por derivación el art. 176, C.P., requeridos para que se configure el delito de quiebra impropia, no pueden ser cometidos por cualquiera. La ley penal no motiva a todos a abstenerse de realizar esos comportamientos típicos, sino que restringe el círculo de posibles autores a ciertos individuos que asumen determinados roles en el ámbito de las sociedades, a quienes el ordenamiento jurídico considera *garantes* de que no se afecte el bien jurídico tutelado. Por ello, la quiebra societaria está estructurada como un *delito de infracción de deber*, en referencia no al deber genérico subyacente en toda norma (destinada no sólo a autores sino también a partícipes), sino a un deber extra-penal, sólo dirigido a ciertos sujetos predeterminados que están en esta relación especial con el bien jurídico.

A su vez, como en todo delito propio o especial la calidad típicamente requerida para ser autor tiene que estar presente en el momento de la acción o de la omisión, por lo que resulta indiferente que el sujeto no permanezca ejerciendo su función cuando se declara la quiebra o su liquidación.

últimos se multipliquen, todas las posibles y mudables situaciones que la realidad de la vida presenta al intérprete y que sólo mediante fórmulas de contenido más acentuadamente genérico y abstracto pueden comprenderse en la previsión normativa (Conf. BERGEL, Salvador Darío. *La calificación de conducta en el anteproyecto de ley de concursos mercantiles*, JA, 1970, 271, con cita de Antilosei).

⁽³⁶⁸⁾ Al respecto véase la nota del artículo 43 del Código Civil, en la cual al respecto se refiere: "El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre e inteligente. La persona jurídica está privada de este carácter, no siendo sino un ser abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes, que en virtud de una ficción, son considerados como sus determinaciones propias. Semejante representación, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener sus efectos en el derecho civil, pero jamás en el criminal. (...) Los delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas han de ser siempre cometidos por sus miembros o por sus jefes, es decir, por personas naturales, importando poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o de fin al delito. (...) Castigar la persona jurídica, como culpable de un delito, sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado. Los que creen que los delitos pueden ser imputables a las personas jurídicas, les atribuyen una capacidad de poder que realmente no tienen. (...)".

6.b) Objeto de ataque. El patrimonio social.

En cuanto al objeto de ataque de la acción u omisión de los delitos de quiebra, como vimos oportunamente, resulta indudable que *es el patrimonio del fallido*, en tanto acervo de garantía para la satisfacción de los créditos por parte de los acreedores nucleados en la masa.

Si bien, como ya se expusiera, es un principio general de todos los delitos de quiebra que la masa concursal no absorbe la totalidad del patrimonio del deudor, ya que una serie de bienes que lo integran están excluidos del desapoderamiento (art. 108, LCQ). Empero, esto solo rige para los casos en que el fallido sea una persona física, ya que los supuestos legales de bienes excluidos corresponden a derechos inherentes a la dignidad del ser humano o a disposiciones relativas a la sociedad conyugal u patria potestad, y de ningún modo extensivo a las sociedades, siendo patrimonio y masa concursal un concepto de idéntica extensión a los efectos de este delito⁽³⁶⁹⁾.

En general, se sostiene que los tipos de quiebra son delitos cuyo objeto de ataque es el propio patrimonio. Sin embargo, esto no es exacto en los delitos de quiebra societaria, en donde *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, C.P. Tanto esto 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⁽³⁷⁰⁾.

Esta es una de las razones por las que es preciso tratar por separado este delito de los previstos en los arts. 176 y 177, C.P. En éstos, *el comerciante siempre opera en fraude a sus acreedores sobre su propio patrimonio* en tanto garantía común de los acreedores, porque los comportamientos típicos recaen sobre bienes y derechos económicamente valiables que el ordenamiento jurídico le asigna en propiedad. En cambio, en la quiebra de sociedades (art. 178, C.P.), *el sujeto activo siempre delinque en relación a un patrimonio ajeno*, atribuido a una persona jurídica, de la cual puede ser representante (p. ej., presidente del directorio de una sociedad anónima) o no (por ej., un síndico), pero a la que se encuentra vinculada jurídicamente⁽³⁷¹⁾. Inclusive en caso de que los sujetos activos sean al mismo tiempo dueños de la totalidad del capital social (v.gr. dos únicos socios y administradores de una sociedad de hecho)⁽³⁷²⁾.

En cuanto al patrimonio social⁽³⁷³⁾, prenda común de los acreedores, se puede mencionar que integra el mismo: a) los bienes y derechos económicamente evaluables que debía tener el ente a la fecha de quiebra, sino aquellos que debieron haber ingresado con posterioridad a dicha fecha en razón de obligaciones nacidas cuando la entidad conservaba facultades de administración y disposición propia; b) todos aquellos bienes cuya entrega al fallido hubiera sido con destino a transferirle el dominio, aunque estén impagos; c) los bienes ingresados en concepto de un contrato de depósito irregular (arts. 2188, 2189, 2191 y 2220,

⁽³⁶⁹⁾ RAFECAS, *op. cit.*, p. 53.

⁽³⁷⁰⁾ Remarcan esta cuestión Baigún, David - Bergel, Salvador: *El fraude en la administración societaria*, Ed. Depalma, 1988, Buenos Aires, pp. 129 y 131.

⁽³⁷¹⁾ Conf. RAFECAS, *El delito...*, p. 60/61

⁽³⁷²⁾ Como en el caso "Caece, Carlos y otro", CCRim. Correc., Sala V, causa n° 34.311 del 11/6/1998, transcripto por Rafecas, *op. cit.*, p. 227/250.

⁽³⁷³⁾ Amplíese en RAFECAS, *op. cit.*, ps. 54/57.

C.C.), esto es, en todos aquellos casos en que la cosa depositada fuere dinero, o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante concede al depositario el uso de ellas o se las entrega sin las precauciones que lo convierten en regular (art. 2188 inciso 2º, Cód. Civ.). En estos casos, la cosa depositada pasa al dominio del depositario. Queda claro entonces que las maniobras perjudiciales efectuadas sobre estos bienes son punibles aquí, porque forman parte del patrimonio del ente fallido; d) los bienes ingresados en concepto de un contrato de mutuo (préstamo) comercial, por medio del cual una parte entrega a la otra una cantidad de cosas que deben ser consumibles o fungibles, devolviéndole, en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad, que en nuestro ordenamiento está regulado por los arts. 2245 y cc. del Cód. Civ. y 558 y cc. del Cód. Com. En estos contratos, como el bien es entregado por el mutuante al mutuario en propiedad (art. 2245, Cód.Civ.), en caso de falencia de este último, las maniobras de disminución del activo realizadas sobre el objeto contractual del mutuo afectan el bien jurídico de los delitos de quiebra, ya que dichos bienes integran la garantía común de los acreedores.

Si bien alguna referencia ya se expusiera al respecto, cabe manifestar que no son alcanzadas por los tipos de quiebra, por no formar 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, ya que no están dirigidas a menoscabar el objeto de ataque de la acción, y por ende, no afectan el bien jurídico (por ej., la mera tenencia de un bien inmueble, o aquellos casos en donde el bien le fue entregado al ente fallido mediante un contrato de depósito regular arts. 2188, 2191 y 2219, Cód. Civ.)⁽³⁷⁴⁾.

6.c) Declaración de quiebra.

Al igual de lo que sucede en la quiebra fraudulenta u en la culpable, es requisito que existe una sentencia firme de quiebra. O sea, en el artículo 178 analizado, se requiere que la persona jurídica a la cual están vinculados los portadores de los roles seleccionados haya sido declarada en quiebra (o en liquidación en el supuesto de asociaciones mutuales), de lo contrario aún aconteciendo la conducta delictiva no se configurará el delito en examen (ejemplo: concurso preventivo, *cramdown*, acuerdo preventivo extrajudicial, o la entidad tiene otra vía de cancelación de su existencia como las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones).

6.d) Entes comprendidos y excluidos por la norma.

Entre las personas de existencia ideal a las que deben estar vinculados los sujetos alcanzados por la norma, el artículo 178 exige que el comportamiento típico sea cometido en el ámbito de “*sociedades comerciales*”, entre las cuales en conformidad a la ley 19.550 encontramos: a) sociedades por interés: sociedad colectiva (arts. 125 a 133), sociedad en comandita simple (arts. 134 a 140) y sociedad de capital e industria (arts. 141 a 145); b) sociedades por cuotas: sociedad de responsabilidad limitada (arts. 146 a 162); c) sociedades

⁽³⁷⁴⁾ En tales casos, de corresponder, procederá su calificación como defraudación por retención indebida (art. 173, inc. 2º, Cód. Penal) o administración infiel (art. 173, inc. 7º, Cód. Penal). En materia comercial, la Ley 24.522 regula en los arts. 138 y 139 el procedimiento por el cual los bienes de terceros en poder del fallido vuelvan a manos de sus propietarios sin pasar por las contingencias que prevé el procedimiento concursal ordinario.

por acciones: sociedad anónima (arts. 163 a 307) y sociedad en comandita por acciones (arts. 315 a 324); d) sociedades en donde el Estado nacional, provincial o municipal es parte: sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (arts. 308 a 314) y sociedad de economía mixta (art. 389) y e) sociedades no constituidas regularmente: sociedad de hecho⁽³⁷⁵⁾ con objeto comercial (arts. 21 a 26) y sociedad irregular (arts. 21 a 26).

Como todas estas personas jurídicas son susceptibles de ser sometidas a concurso y ser eventualmente declaradas en quiebra (conf. art. 2º, ley 24.522), los sujetos integrantes o vinculados a las mismas mencionados en el art. 178 del Código Penal, son los alcanzados por el mandato normativo y por ende, pueden ser perseguibles penalmente por el delito de quiebra impropia⁽³⁷⁶⁾. Como se advierte, la ley concursal amplió el elenco de posibles autores de los tipos penales de quiebra. En relación a las sociedades de hecho con objeto comercial y a las sociedades irregulares, no hay ninguna duda de que son “sociedades comerciales” alcanzadas por la acepción del art. 1º de la ley 19.550 y pueden ser declaradas en quiebra⁽³⁷⁷⁾, tal es así que existe un caso de condena a directivos por la quiebra fraudulenta de una sociedad de hecho⁽³⁷⁸⁾.

En conformidad a la ley de sociedades comerciales 19.550, no son sujetos de derecho las agrupaciones de colaboración (art. 367), las uniones transitorias de empresas (UTE, arts. 377 y ss.) y la sociedad accidental o en participación (art. 361 y sgtes.), por ende, no pueden ser declaradas en quiebra, ni sus integrantes, autores de los delitos objeto del presente.

En cuanto a la “*persona jurídica que ejerza el comercio*” que refiere la norma penal bajo análisis, se sostiene que tras la sanción de la ley 19.550 de sociedades comerciales, pasó a ser un anacronismo, derivado de la disposición genérica contenida en el artículo 33 del Código Civil⁽³⁷⁹⁾.

Luego continúa la enumeración con el “*banco u otra entidad financiera en procedimiento de liquidación sin quiebra*”, que tampoco puede ser utilizada, ya que en la actualidad, las entidades financieras terminan su existencia con la declaración de quiebra⁽³⁸⁰⁾.

En último lugar menciona como supuestos entes donde se pueden consumir las conductas típicas previstas en una “*sociedad cooperativa*” o en una “*mutual*”. En cuanto a las cooperativas, cabe destacar que las mismas se inspiran en los principios de Rochdale, por lo que son entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua, para organizar y prestar

⁽³⁷⁵⁾ Comúnmente se ha definido a la “sociedad de hecho”, en forma simplificada, como aquella que no tiene contrato escrito, pero tal conceptualización no surge expresamente de la ley. O sea, sociedad de hecho, es aquella que simplemente existe como tal, pero carece absolutamente de instrumentación (Conf. SALVATIERRA, Juan Cruz, *Ejecución de sentencia contra integrantes de una sociedad de hecho no demandados y otras cuestiones*, LLBA, 2.008, págs. 476/477)

⁽³⁷⁶⁾ RAFECAS, *op. cit.*, p. 71.

⁽³⁷⁷⁾ CSJN, 29/4/1970, ED, 38-478, n° 227.

⁽³⁷⁸⁾ CCrim. y Correc., Sala V, in re “Cacace, Carlos y otro”, causa n° 34.311 del 11/6/1998. Citado en RAFECAS, *op. cit.*, p. 72 y transcripto a fs. 227/250.

⁽³⁷⁹⁾ RAFECAS, *op. cit.*, p. 72.

⁽³⁸⁰⁾ Más allá de ello, de todos modos en tal caso se tratará de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, y por ende, serán punibles sus directivos y fiscalizadores, sin que se vea afectado ni el principio de legalidad ni el de prohibición de analogía (Conf. RAFECAS, *op. cit.*, p. 75 citando a: Hendler, Edmundo: *La responsabilidad penal de los directivos de entidades financieras*, Ed. Depalma, 1982, p. 48. En el mismo sentido, Navarro, *op. cit.*, p. 46).

servicios a asociados y no asociados y fomentar la educación e integración cooperativa, características reguladas en el art. 1 de la Ley 20.337, las cuales no pueden transformarse en sociedades comerciales ni en asociaciones civiles (art. 6, ley 20.337) y pueden ser declaradas en quiebra (conf. art. 86 inc. 3, ley 20.337). En relación a las asociaciones mutuales, se encuentran reguladas por la Ley 20.321, cuyo artículo 2° establece que son aquellas constituidas libremente sin fines de lucro por personas inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales o de concurrir a su bienestar material y espiritual, mediante una contribución periódica. A su vez, el artículo 37 establece que no podrán ser concursadas, debiendo el juez dar intervención al Instituto Nacional de Acción Mutua para que resuelva, de así corresponder, la intervención y/o liquidación social, norma la cual es conteste con la expresa exclusión que hace el art. 2° de la ley 24.522. Éste sería entonces, el único caso en donde la ley penal no va a exigir la declaración de quiebra del ente en el tipo objetivo, sino que reclamará en cambio su liquidación por parte de la autoridad de aplicación⁽³⁸¹⁾.

En cuanto a los entes de existencia ideal, excluidos del elenco que menciona el artículo 178 del Código Penal encontramos:

a) *Compañías de seguros*: si bien se tratan de “personas jurídicas que ejercen el comercio”, nos encontramos con la imposibilidad de alcanzar a los directivos y demás órganos de estos entes por los delitos previstos por el art. 176 inc.2° a través del 178, C.P., en razón de que las mismas *no pueden ser susceptibles de ser declaradas en concurso o quiebra*, ello en conformidad tanto a la ley concursal anterior (ley 19.551, conforme artículo 2° ley 22.917) como a la actual Ley de Concursos y Quiebras (art. 2, Ley 24.522)⁽³⁸²⁾.

No obstante dicha postura, existen opiniones doctrinarias que en relación a estas, más bien a sus administradores, directores, consejeros de vigilancia y gerentes, el artículo 53 de la ley 20.091 resulta claro, entiende que proceden respecto de sus administradores, directores, consejeros de vigilancia y gerentes las medidas previstas en la ley de concursos para el fallido en el supuesto de culpa o fraude, y que, en su caso, les serán de aplicables las sanciones previstas en el Código Penal para el quebrado fraudulento o culpable. Sosteniendo que el hecho que las compañías aseguradoras no puedan ser declaradas en quiebra, no implica que si sus agentes cometen alguno de los actos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Penal no sean pasibles de sanción penal alguna ⁽³⁸³⁾.

En este sentido se encuentran pronunciamientos donde se condenó a un presidente del directorio de una compañía de seguros que funcionaba como sociedad anónima, por el delito de cooperación fraudulenta en la liquidación sin quiebra de una entidad aseguradora (art. 53, ley 20.091, en función de los arts. 176 y 178, CP)⁽³⁸⁴⁾.

⁽³⁸¹⁾ Conf. RAFECAS, *op. cit.*, p. 76. En contra uno de los actualizadores del Tratado de Soler, Fierro, Guillermo J., *cit.*, p. 509.

⁽³⁸²⁾ Conf. RAFECAS, *op. cit.*, p. 77. ERBETTA, *Delitos...*, p. 268

⁽³⁸³⁾ A favor: MONTAGNA, *Sanciones*, p. 151. En contra: SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. 4, Tea, p. 509.

⁽³⁸⁴⁾ CNCrim. y Correc., Sala VII, “Fucile, Roberto Albino s/ Infracción al artículo 53 de la ley 20091 en función del artículo 176, inciso 2 del Código Penal”, causa 21.550, sentencia del 14 de abril de 1997, citado por Rafecas *El delito...*, p. 79 y transcripto en apéndice jurisprudencial a fs. 201 a 212.

Otro argumento sostenido en esa atalaya, es el que al igual que el artículo 178 del Código Penal lo hace respecto de otras personas jurídicas que no pueden ser declaradas en quiebra tales como bancos o entidades financieras, el artículo mencionado penaliza los actos comprendidos en los artículos 176 y 177 del Código Penal que pudieren determinados funcionarios de las aseguradoras, no obstante tales entidades no puedan ser concursadas. A su vez, se ha sostenido que la compañía aseguradora puede ser incluida sin esfuerzo entre las personas jurídicas que ejercen el comercio aunque no puede ser declarada en quiebra (conf. art. 51, ley 20.091); por lo que por su semejanza material con el hecho previsto y penado por la figura prevista en el art. 178, puede aplicarse el mismo por la llamada “analogía legal”⁽³⁸⁵⁾, postura la cual resulta altamente “discutible” o “controvertida” en virtud del principio de legalidad y proscripción de la analogía en materia penal (arts. 18 y 19, Ley Fundamental).

b) *Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones*: si bien también se trata de personas jurídicas que ejercen el comercio, también encontramos con la imposibilidad de alcanzar a los directivos y demás órganos de estos entes por los delitos previstos por el art. 176 inc.2º a través del 178, C.P., en razón de que las mismas *no pueden ser declaradas en quiebra* en un todo conformidad a la ley 24.241 que rige su actividad.

c) *Sociedades civiles (excepto mutuales y cooperativas)*: debido a que el equivalente a los actos de fraude a los acreedores cometidos por el comerciante declarado en quiebra, pero realizados por el deudor “no comerciante”, están previstos, con una escala penal menor, en el art. 179, párr. 1º, C.P., que exige como nota distintiva, que éste se halle “concurtido civilmente”, empero desde la unificación de procesos concursales civiles y comerciales en este último, materializado a través de la ley 22.917 y confirmado en la 24.522, dejó de existir el concurso civil, y no es posible colmar el elemento normativo del tipo objetivo del art. 179, párr. 1º, C.P. que desde siempre exigió que el deudor no comerciante esté “concurtido civilmente”. Algunos ejemplos de entes no alcanzados por la norma penal en cuestión son las asociaciones sindicales (art. 1º ley 23.551); las obras sociales (arts. 1 y 2, ley 23.660); las instituciones universitarias privadas (art. 62, ley 24.521) y las asociaciones civiles deportivas (v.gr.: clubes de fútbol), pese a que muchas de ellas poseen patrimonios muy importantes y en no pocos casos se advierte como fin no declarado pero subyacente el ánimo de lucro.

Al respecto, se ha sostenido que el artículo 178 del Código Penal no tiene en cuenta a las asociaciones civiles, por lo que ante la actual redacción del art. 2º, ley 24.522, deja impunes para la ley penal. Por otro lado, la aplicación práctica de la falencia a las asociaciones civiles, trae aparejada las mismas consecuencias de impunidad⁽³⁸⁶⁾.

d) *Sociedades del Estado*: estas también quedan fuera del alcance de esta norma las, ello en un todo conformidad al art. 5 de la Ley 20.705 que establece que las mismas no podrán ser declaradas en quiebra, lo cual es conteste con la previsión que estipula el artículo 2º de la Ley 24.522 que establece la exclusión de los sujetos excluidos por “leyes especiales”.

⁽³⁸⁵⁾ Conf. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa 1647 del 22 de mayo 1998, in re “Oliva, María C.” y MONTAGNA, *Sanciones*, p. 151.

⁽³⁸⁶⁾ BOQUIN, Gabriela F, y BRUNIARD, Carlos M., “Efectos desincriminantes de la ley 24.522. La quiebra fraudulenta”, p. 469 y 472, EN: VITOLLO, Daniel Roque (Director), *La Protección de los terceros en las sociedades y en los concursos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

6.e) Posibles autores del delito. Sujetos excluidos.

Como se puede advertir, este artículo lo que hace es extender el régimen de autoría a las personas que se destacan en este artículo, en donde se excluye el caso de los socios. Como en todo delito propio o especial, la calidad típicamente requerida para ser autor tiene que estar presente en el momento de la acción o de la omisión, por lo tanto resulta indiferente que el sujeto no permanezca ejerciendo su función cuando se declara la quiebra o su liquidación⁽³⁸⁷⁾.

En relación a los posibles autores del delito bajo análisis, en primer lugar se hace mención a *administradores* (director, administrador, gerente de la sociedad, miembro del consejo directivo)⁽³⁸⁸⁾, pero también a *fiscalizadores* (síndico, miembro de la comisión fiscalizadora, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia) y a *técnicos contables* (contador, tenedor de libros)⁽³⁸⁹⁾.

Siguiendo a Rafecas⁽³⁹⁰⁾ y realizando una exposición de los sujetos abarcados para cada ente, tendremos los siguientes posibles autores: 1) Sociedad colectiva: administrador (puede o no ser socio, arts. 127 a 130, Ley 19.550), 2) Sociedad en comandita simple: administrador (socio comanditado o un tercero, art. 136, Ley 19.550), 3) Sociedad de Capital e Industria: administrador (puede ser un socio capitalista o industrial, no terceras personas, art. 143 LS), 4) Sociedad de responsabilidad limitada: gerente, síndico o miembro de la comisión fiscalizadora (según el caso), 5) Sociedad anónima: director (arts. 255 y cdtes. Ley 19.550), gerente, síndico o miembro de la comisión fiscalizadora (según el caso), 6) Sociedad en comandita por acciones: administrador (puede ser un socio comanditado o un tercero, art. 318 LS), 7) Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria: director, síndico o miembro de la comisión fiscalizadora (según el caso), 8) Sociedad anónima mixta: director, síndico o miembro de la comisión fiscalizadora (según el caso), 9) Sociedad de hecho con objeto comercial: administrador (alcanza a todos los socios, art. 24 LS), 10) Sociedad irregular: administrador (alcanza a todos los socios, art. 24 LS). Además, en todos estos casos, es posible autor el contador o tenedor de libros. En cuanto a las sociedades cooperativas: miembro del consejo de administración (art. 63 y ss. ley 20.337), gerente, síndico o miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia (arts. 76 y ss., ley 20.337) y a las asociaciones mutuales: miembro del consejo directivo, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia (arts. 12 y ss., ley 20.321).

Quedan fuera del círculo de autores posibles del tipo penal del art. 178, C.P., tanto los *liquidadores*, como el *síndico de la quiebra*⁽³⁹¹⁾, los *fundadores de las sociedades*

⁽³⁸⁷⁾ En este sentido: MONTAGNA, Gastón Alejandro, *Quiebra de personas...*, p. 1.244.

⁽³⁸⁸⁾ A quienes por imperio legal les cabe el cartabón de conducta de obrar como un *buen hombre de negocios* (véase art. 59, Ley 19.550).

⁽³⁸⁹⁾ La mención a “tenedor de libros”, es una referencia extraña que efectúa la ley en su afán por abarcar la mayor cantidad de autores posibles del delito, criticable por su falta de certeza, más aún cuando no se conocen casos en la práctica judicial y su mención es superflua (Conf. RAFECAS, *op. cit.*, p. 88).

⁽³⁹⁰⁾ RAFECAS, *op.cit.*, ps. 90/91.

⁽³⁹¹⁾ Al respecto, se ha expuesto que no es criticable esta solución adoptada por el legislador, toda vez que la eventual conducta criminosa del síndico en sus funciones encontrarán adecuada respuesta penal a través de la figura de la defraudación por administración infiel. parte de la doctrina (Conf. Rafecas, Baigún-Bergel).

cooperativas⁽³⁹²⁾, y los *contadores y tenedores de libros* en el caso de las sociedades cooperativas y asociaciones mutuales.

Hay quienes discrepan con la inclusión dentro del círculo de autores de este delito a las personas físicas encargadas de la contabilidad o del control de fiscalización, ya que su intervención podría haberse resuelto en función de la teoría de la participación criminal (complicidad primaria o secundaria o eventual instigación) prevista en el art. 45 y siguientes del Código Penal⁽³⁹³⁾.

Por otro lado, en nuestra opinión, los profesionales en ciencias económicas y responsables de consultoras que prestan servicios de *auditoría contable*⁽³⁹⁴⁾, por un lado al no ser los encargados, responsables y garantes en sí de la llevanza de la contabilidad, sino que su función es “auditar” de modo externo e independiente la misma -y algunas veces detectar o prevenir irregularidades en el desenvolvimiento del ente-, y por otro al no estar específicamente mencionada su actividad en el tipo legal, *a priori* no resultarían alcanzados como sujetos autores de este delito en sí. Empero ello nada obsta que lo puedan ser si de algún modo cooperan para consumir el ilícito, para lo cual se deberá acudir a las reglas de la participación criminal y determinar su complicidad o colaboración, o incluso podrá configurar la comisión de otro ilícito.

En relación a la siempre polémica cuestión de si es alcanzado el denominado “*administrador de hecho*”, es decir, aquel que detrás de las personas que formalmente ocupan cargos directivos y de fiscalización, tiene el manejo y dirección real del ente; no integra ninguno de sus órganos, ni figura en actas o estatutos, pero conduce los destinos de la compañía; debemos sostener una posición restringida. O sea, negar la posibilidad de considerar que el administrador de hecho pueda ser autor de este delito. Si bien existen varias razones o motivos para sostener esta posición⁽³⁹⁵⁾, la mayor se apoya ni más ni menos en el preciado principio de legalidad, y por ende en la *lex certa* y en la proscripción de la analogía que en virtud del mismo debe imperar en la aplicación de normas penales. De todos modos, se reitera que tanto en este caso como en los anteriores enumerados, rigen las reglas comunes de la participación criminal (art. 45 y 46, C.P.)⁽³⁹⁶⁾.

⁽³⁹²⁾ Siempre y cuando no formen parte del órgano de administración como consejeros.

⁽³⁹³⁾ En este sentido: ERBETTA, Daniel, en “*Código Penal y normas complementarias...*”, Baigún-Zaffaroni (Directores), Ed. Hammurabi, t. VII, p. 583. “

⁽³⁹⁴⁾ Ya sea emitiendo dictámenes u opiniones mediante informes sobre el grado de confiabilidad de los sistemas de información contable en una entidad de existencia ideal o realizando la actividad denominada *forensic advisory* (conocida en nuestro país como “consultoría forense”) donde su función primordial es la prevención y detección de fraudes”. Sobre la responsabilidad de los auditores en general, véase: MARTORELL, Ernesto E., “*Estudios de auditoría: responsabilidad por sus informes*”, LA LEY, 2014-B, p. 820/831, entre otros.

⁽³⁹⁵⁾ Véase: RAFECAS, *op. cit.*, págs. 93/98. Este autor en el artículo “Los delitos...”, refiere que es de esperar una reforma de la ley penal, para así estar a la altura de otras legislaciones comparadas que resuelven el problema ya sea en la parte general o en la especial de las codificaciones penales (España, art. 31 CP. Alemania, art. 14 CP)

⁽³⁹⁶⁾ En este sentido ERBETTA, *Delitos...*, p. 263. En efecto, en un caso, el presidente y el administrador de hecho de una concesionaria automotriz fueron condenados como autor y partícipe necesario del delito de quiebra fraudulenta. Al respecto, la Cámara de Apelación que confirmó el pronunciamiento del ad quo sostuvo: “Si bien resulta inadmisibles atribuir el carácter de autor del delito de quiebra fraudulenta a quien se desempeña como administrador de hecho de la sociedad fallida, porque no se trata de alguno de los sujetos contemplados en el art. 178 del Código Penal, ello no obsta a que dicha figura le pueda ser atribuida como partícipe necesario” (Cám.

6.f) Aspecto subjetivo.

En cuanto al aspecto subjetivo del tipo en estudio, se requiere al menos dolo indirecto⁽³⁹⁷⁾. O sea, en este delito si se requiere dolo, a diferencia de la quiebra culpable, pues aquí el ánimo del sujeto debe estar guiado e inspirado por el lucro indebido siendo consiente que agrava la situación de los acreedores del ente que representa. Asimismo, hay quienes consideran que el dolo eventual también es posible, en cuanto el sujeto, si bien se representa el hecho con un posible resultado lesivo, no sabe si éste será la consecuencia de la quiebra de la sociedad⁽³⁹⁸⁾. Sobre este punto, existen escasos precedentes judiciales sobre la cuestión, que reclaman la existencia del dolo directo como condición esencial⁽³⁹⁹⁾.

Esta figura al resultar un delito especial propio⁽⁴⁰⁰⁾, requiere que la acción haya sido realizada en contradicción con lo prescripto por un deber especial que sólo le cabe a quienes así lo establece el tipo penal, ergo a guisa de ejemplo no puede asimilarse al socio mayoritario de una sociedad anónima con los sujetos que la norma penal sanciona, los cuales se relacionan con los órganos de control de la sociedad, en especial del directorio y de la sindicatura (quienes deben velar -y responder- por la justificación de la salida de bienes, su registración y documentación y en su caso dar las explicaciones correspondientes)⁽⁴⁰¹⁾.

Se ha sostenido que los órganos de administración y fiscalización de las sociedades, antes que el deseo de los accionistas deben ajustar su comportamiento a lo que la ley exige, y es por ello por lo que deben ser considerados responsables por actos cumplidos en nombre de la sociedad con prescindencia de las órdenes o directivas que reciben de quienes son titulares del paquete mayoritario de la firma pero que no se desempeñan en ningún cargo de ella⁽⁴⁰²⁾.

6.g) Antijuricidad.

Al respecto, rigen las consideraciones generales de las causas de justificación, sin mayores particularidades. Empero, dadas las exigencias tanto del tipo objetivo como subjetivo de la quiebra impropia, será muy difícil de ensayar la introducción de una causa de justificación.

Los posibles casos asimilables al estado de necesidad justificante no pueden compararse con la quiebra del comerciante del art. 176, donde podría acontecer el caso de sustracción de

Apel. y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, sala I, 07/07/2010, “S., A. A. y otros s/ Quiebra fraudulenta”, La Ley Online; AR/JUR/32199/2010 y en Lexis N° 70062400).

⁽³⁹⁷⁾ Conf. RAFECAS, *Quiebra fraudulenta impropia...*, p. 1.195. Esta es la postura de Creus (*Quebrados...*, p. 12) y la de Núñez (t. V, p. 445), más amplia es la de Fontán Balestra (t. VI, p. 173) y la de Laje Anaya: *Quebrados...*, 1967, p. 88.

⁽³⁹⁸⁾ Conf. MONTAGNA, *Sanciones*, p. 149. También RAFECAS, *op. cit.*, p. 111 citando fallo “Cuneo”.

⁽³⁹⁹⁾ CCC, La Ley, 2-289; CCC, sala V, “Monti, A.C.”, c. 9.199, del 9/8/77; sala I, c. 29.695, “Cóppola, M.A.”, del 25/3/86, todos citados por NAVARRO, *Fraudes*, p. 26.

⁽⁴⁰⁰⁾ RAFECAS, *op. cit.*, ps. 58/59, en cuanto a la estructura del delito refiere que es un *delito de infracción de deber*, en referencia no al deber genérico subyacente de toda norma (destinada no sólo a los autores sino también a partícipes), sino a un deber extrapenal, sólo dirigido a sujetos predeterminados que están en esta relación especial con el bien jurídico, como verdaderos garantes en virtud de los determinados roles que ejercen en el ámbito de las sociedades.

⁽⁴⁰¹⁾ Para esto, adquiere relevancia la adecuada construcción de las memorias (art. 66, Ley 19.550), documento al cual en la práctica muchas veces no se le da la importancia que debiera tener.

⁽⁴⁰²⁾ CNCrim. y Correc., Sala I, causa n° 45.511, “Chavanne, Marcelo A. s/ Quiebra fraudulenta impropia”, sentencia del 6 de noviembre de 1997.

fondos para el sostén propio y de su núcleo familiar⁽⁴⁰³⁾, ya que en la quiebra impropia se trata siempre de bienes ajenos, pertenecientes a la sociedad. A su vez, tampoco invocarse casos de obediencia jerárquica.

6.h) Tentativa.

Sin perjuicio que este punto ya fuera expuesto para los artículos 176 y 177, cabe exponer sobre este punto la opinión de Rafecas, quien sostiene que el hecho de que se exija la declaración de quiebra como elemento del tipo y el perjuicio efectivo para la afectación del bien jurídico, torna impensable un caso de tentativa en aquellos supuestos de comportamientos previos a dicha declaración. Ya declarada la quiebra, los actos típicos realizados con posterioridad pueden perfectamente poner en peligro el bien jurídico tutelado y no llegarse al resultado dañoso por circunstancias ajenas a la voluntad del autor⁽⁴⁰⁴⁾.

6.i) Autoría y participación.

En cuanto a la *autoría*, el art. 178 castiga a los sujetos mencionados que *cooperen* en alguno de los actos a que se refiere el art. 176. Si bien dicho término motivó diversos comentarios por parte de la doctrina, Rafecas (op. cit, p. 114/115) simplifica la cuestión refiriendo que al ser un delito de *infracción de deber*, es claro que toda cooperación lleva al sujeto garante a ser considerado autor del delito, sea cual fuere la acción u omisión en concreto, siempre que sea valorada como infracción al deber regulado normativamente, inclusive, aunque no haya tenido el dominio del hecho. Ello, debido a que la ejecución del hecho en la que hay que tomar parte para ser considerado autor o coautor según el art. 45 del Cód. Penal, es en estos tipos especiales, precisamente, la infracción al deber prestablecido jurídicamente. Es decir, que los comportamientos que en los delitos de dominio pueden ser considerados subsumibles dentro de la participación primaria o secundaria (arts. 45 y 46 del C.P.), aquí van a ser considerados como de autoría.

La norma alude a “cooperar”, lo cual debe entenderse a la intervención mínima que se requiere para que los sujetos activos sean alcanzados por la punibilidad típica, ya que la intervención puede darse igualmente en la ejecución de los actos y tratarse de una ejecución estrictamente personal, sin contribución de partícipe alguno. Ergo, el término “cooperación” comprende los actos de participación por complicidad y los de ejecución en coautoría, sin excluir las de autoría individual sin participación alguna⁽⁴⁰⁵⁾.

En relación a la *coautoría*, el posible coautor debe ocupar la posición de deber extra-penal descrita en el tipo, sin importar para su delimitación en cuanto a la participación, el criterio del dominio del hecho. Además, se debe configurar la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común, o sea cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber.

Para analizar si es posible la *coautoría*, debemos partir de la base de que, como cuestión decisiva, todo aquel que pretenda ser considerado coautor debe ocupar la posición de deber extra-penal descrita en el tipo.

En efecto, en los casos que se verifique la comisión del delito de quiebra impropia por ejemplo por varios integrantes de un órgano de administración puestos de acuerdo, todos ellos

⁽⁴⁰³⁾ Ejemplo de CREUS, *Quebrados...*, p. 108, también citado por RAFECAS, *op. cit.*, p. 112.

⁽⁴⁰⁴⁾ RAFECAS, *op. cit.*, p. 113/114.

⁽⁴⁰⁵⁾ Conf. MONTAGNA, *Sanciones*, p. 149.

serán coautores, ya que el ámbito de protección de la norma está confiado a varias personas a la vez⁽⁴⁰⁶⁾. Incluso la misma se da cuando el resultado lesivo sea obra común de sujetos con distintas atribuciones y responsabilidades dentro del ente, siempre que formen parte del elenco de sujetos mencionado por el tipo.

En cuanto a la *autoría mediata*, se refiere que el mismo es innecesario para esta figura, ya que quien se vale de un instrumento para la causación del resultado lesivo ya está infringiendo el deber, y por lo tanto, es autor directo⁽⁴⁰⁷⁾. En suma, el partícipe, ya sea cómplice o inductor, no realiza la acción típica (materialmente, al no estar obligado por deber especial alguno), y no es posible la participación si no es con referencia a un injusto penal cuyo autor es otro sujeto distinto en el que sí se den los elementos de la autoría específicos del delito, y que sea objetivamente y subjetivamente típico y antijurídico (principio de accesoriadad limitada). Rigen para ellos, como en cualquier otro supuesto de la parte especial, las disposiciones de los arts. 45 y 46 del Código Penal.

Sobre la *participación*, parte de la doctrina sostiene que es posible, ya que el hecho de que se mencionen determinados sujetos no excluye la punición de otros (arts. 45 y 46 del Código Penal), encontrándose cada interviniente en relación al bien afectado. Otros entienden que no es posible la punición de partícipes que no sean los sujetos mencionados en el art. 178. Al respecto, se sostiene que la autoría es cooperación, equivalente a participación, de modo tal que las reglas de los arts. 45 y 46 del Código Penal, son absorbidas por el art. 178 del Código Penal⁽⁴⁰⁸⁾.

En este ámbito debe encuadrarse a los liquidadores, síndicos de la quiebra, fundadores de las sociedades cooperativas, contadores y tenedores de libros en el caso de sociedades cooperativas y asociaciones mutuales y al administrador de hecho. También pueden ser cooperadores quienes realicen de cualquier modo un aporte a la comisión de algunos de los tres incisos del art. 176 CP, en especial aquel que preste para presentarse como falso acreedor, o adquirente supuesto (inc. 1º) o el acreedor que aceptare dolosamente que se satisfaga su acreencia mediante una ventaja indebida en perjuicio del resto de los acreedores que integran la masa (inc. 3º)

A su vez, puede ser posible que se dé una intervención dolosa respecto de un sujeto y culposa respecto del otro, por lo que cada uno responderá por sus actos.

La punibilidad de la cooperación en la ejecución no importa una participación culposa en hecho doloso u menos una derogación de los principios que rigen la responsabilidad por participación –artículos 47 y 48 del Código Penal-, sino que queda interviniente responde por su propia culpabilidad en los términos de la responsabilidad derivada de ella.

Asimismo, al ser un delito de infracción de deber, no resulta relevante si el agente tuvo o no el dominio del hecho.

6.j) Concurso de delitos⁽⁴⁰⁹⁾.

⁽⁴⁰⁶⁾ RAFECAS, *op. cit.*, p. 116.

⁽⁴⁰⁷⁾ Conf. RAFECAS, *op. cit.*, p. 116 coincidiendo con Bacigalupo.

⁽⁴⁰⁸⁾ NAVARRO, *Fraudes*, p. 44. Rafecas (*op. cit.*, p. 117) estima que no es así.

⁽⁴⁰⁹⁾ Sobre el delito de quiebra fraudulenta impropia y sus relaciones con la administración infiel y la estafa, véase el trabajo de Daniel Eduardo RAFECAS: *Quiebra fraudulenta impropia. Relaciones con la administración infiel y la estafa*, LL, 1998-C, págs. 1191/1196.

Son diversas las figuras penales que pueden recaer sobre los sujetos previstos en la norma, ya que la realización de actos típicos puede estar guiada tanto por el interés de la persona colectiva cuanto por los particulares autores, para sí o para terceros, y en desmedro de aquéllos que nada obstará a que las conductas punibles en la quiebra fraudulenta y culpable constituyan a su vez otras figuras penales. La confluencia se resolverá por concurso ideal (artículo 54 del Código Penal), cuando tratándose de un hecho único no se dan hipótesis de absorción con desplazamiento de una de las calificaciones. Asimismo, podrá haber concurso real cuando el procedimiento del autor tienda a ocultar un delito anterior suyo.

En este sentido, se sostiene que puede advertirse que en la mayoría de presentaciones en concurso de sociedades comerciales, la cesación de pagos se ha producido con una considerable anticipación a la presentación respectiva, en algunos casos configurando un verdadero “plan de insolvencia” quizás en silenciosa complicidad de los directores o gerentes, y síndico si lo hubiere. Así, ciertos casos podrían enmarcarse en el delito de administración fraudulenta (173 inc. 7, CP), empero tras la sanción de la ley 25.602 que derogó la subversión económica e incorporó el art. 174 inc. 6 del Código Penal, tales conductas podrían quedar comprendidas en los delitos de “vaciamiento de empresas” (término el cual no responde a una técnica dogmática del todo ortodoxa, no es más que una sarcástica metáfora, un mero término figurativo) que contienen tales normas⁽⁴¹⁰⁾.

6.k) Penas.

En cuanto a la pena prevista para la quiebra impropia, es la de la quiebra fraudulenta o de la culpable, en su caso, remitiéndonos a lo oportunamente expuesto al abordar los mismos. Como se ve, no existe entre nosotros ninguna pauta objetiva tendiente a establecer el grado de antijuridicidad material de estos delitos (a diferencia del Código Penal español en su art. 260 inc. 2 y su par de Italia en el art. 219).

Con relación a la pena de *inhabilitación especial* (art. 20, C.P.) en caso de una condena por quiebra impropia, se entiende que debe recaer sobre el empleo (tenedor de libros), profesión (contador) o cargo (integrante de órgano de administración y/o fiscalización) que revestía el autor en el ente social, e incapacitarlo para obtener otro del mismo género durante el tiempo que dure la misma. Aquí se marca otra diferencia con la quiebra del comerciante, a quien en cambio se lo debe privar del ejercicio de su profesión⁽⁴¹¹⁾.

6.l) Casos donde se ha aplicado el art. 178 en función del art. 176 del Código Penal:

Entre algunos casos en los cuales se aplicó el delito de quiebra impropia encontramos, su aplicación en función del inciso 2° del artículo 176, donde se consideró enmarcada en este inciso la conducta de tres directores de una sociedad anónima sobre la que pesaba un auto declarativo de quiebra no firme, que sustrajeron un inmueble del patrimonio social mediante una venta a precio vil (CCrim. y Corr., Sala VI, n° 28.219 del 29 de diciembre de 1998 in re Ferri, Antonio y otros); la de dos socios y administradores de una sociedad de hecho que no justificaron la salida de sumas de dinero que debían tener y que sustrajeron del activo del ente

⁽⁴¹⁰⁾ RICHARD, Efraín H., *Consecuencia de la quiebra en las personas jurídicas. Un supuesto de responsabilidad penal*, sitio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (www.acader.org.ar) y en www.astrea.com.ar.-

⁽⁴¹¹⁾ Conf. RAFECAS, *op. cit.*, p. 120, quien además refiere que la jurisprudencia ha sido particularmente descuidada en este aspecto ya que de hecho no se impone inhabilitación.

durante el período de sospecha (CCrim. y Correc., Sala V, causa n 34.311, del 11/6/1998, in re Cacace, Carlos y otro); la de dos directores de una sociedad anónima que, en plena cesación de pagos, sustrajeron bienes que hubieran formado parte del acervo de garantía de la masa de acreedores (CCrim. y Correc., Sala V, 31/3/97, LL, 1997-E, 381, in re Cúneo, Horacio E. y otro) y el socio gerente de una sociedad de responsabilidad limitada que enajenó casi todos los bienes sociales después de homologado el acuerdo homologado y antes de la quiebra (Juzgado de sentencia letra “A”, Secretaría n° 2, causa n° 15.214, sentencia condenatoria firme del 17/11/1995, in re Garcés, Jorge Enrique”)(⁴¹²).

A su vez, en función del inciso 3° del artículo 176, En el fallo “Garcés” ya citado anteriormente, se condenó (por aplicación del art. 178 en función del art. 176, incs. 2 y 3 del CP) por conceder ventajas indebidas al socio gerente de una S.R.L. que, tras la homologación de un concordato, desinteresó totalmente a algunos acreedores, pagó la primera cuota respecto de otros e incumplió totalmente el acuerdo con la mayoría. Luego se decretó la quiebra del ente a pedido de uno de los damnificados.

6.ii) Acerca del tipo imprudente de quiebra impropia o de sociedades (art. 178 en función del art. 177 del Código Penal).

Se ha entendido que el artículo 177, es un tipo imprudente, posición la cual dominó en los años 70(⁴¹³) y que al trasladar el tipo imprudente del art. 177 CP, y aplicarlo de acuerdo a lo establecido en el art. 178 CP, sólo habrán de encuadrarse comportamientos típicos por medio de los cuales algunos de los sujetos descriptos en este último haya causado o co-causado culposamente, o agravado las condiciones que desembocaron en la quiebra del ente al que representa, fiscaliza, etcétera, con perjuicio para sus acreedores, mediante uno o varios actos de imprudencia o negligencia manifiesta(⁴¹⁴).

La clave de la cuestión es discernir, en cada caso concreto, la modalidad dolosa (art. 176, inc. 2 CP) de la culposa, lo cual puede traer aparejada confusiones.

Se ha sostenido que configura el delito previsto en el artículo 178 del Código Penal en función de la quiebra culpable (artículo 177 del Código Penal) la acción atribuida a los encausados, rechazándose la figura del artículo 176 del Código Penal por cuanto no se ha acreditado que la quiebra en las sociedades anónimas las hubieran realizado “en fraude a sus acreedores”, que es una exigencia del tipo subjetivo del último artículo (CNCrim. y Correc., Sala I, sentencia del 25 de marzo de 1986, “Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nacional Criminal y Correccional”, 1986, n° 1, p. 306)

6.m) Crítica. Desactualización.

A modo de epílogo del análisis de este delito, cabe resaltar y destacar sin hesitación alguna que el artículo 178 del Código Penal ha quedado en el tiempo, y su previsión no ha ido al compás de la evolución de la problemática concursal, las variantes que la ley comercial brinda frente a la insolvencia, acentuada en la proliferación y complejidad del mundo de los negocios y en el entramado empresario, societario y negocial, ni tampoco ha tomado recepción

(⁴¹²) Conf. RAFECAS, *op. cit.*, p. 64/65.

(⁴¹³) SOLER, p. 501, NUÑEZ, p. 547.

(⁴¹⁴) RAFECAS, *op. cit.*, p. 130. Este autor, refiere el fracaso de política criminal frente a la previsible comisión de este delito tanto en su modalidad del art. 177 como la del 178, donde en el período 1989-1998 tan solo se contabiliza una sola condena en Buenos Aires año 1991 (Reg. Nac de reincidencia y estadísticas criminal).

de otras entidades de existencia ideal que actualmente pueden ser declaradas en quiebra, lo cual deja una cantidad de maniobras irregulares que se dan en la realidad y voráGINE diaria en perjuicio de terceros que al no contar con una sanción penal quedan impunes.

Téngase en cuenta que las modificaciones verificadas en el tipo de quiebra impropia o societaria sólo han apuntado a ensanchar la base de sujetos alcanzados por el mandato normativo (influencia quizás del derecho societario), pero nada tuvieron que ver con los cambios evidenciados respecto de la materia falencial aquí tratada.

A guisa de ejemplo, la desactualización del artículo 178 surge de la circunstancia que en su texto aún el mismo prevé el procedimiento de liquidación sin quiebra, el cual desapareció de nuestro país hace tiempo⁽⁴¹⁵⁾.

De lo expuesto, surge la imperiosa necesidad de una reforma que recepte todas las críticas que se han efectuado en este trabajo al abordar esta modalidad delictiva, que se superen los vacíos que surgen de la ley así como los conflictos interpretativos que han surgido y en especial que sea una norma de posible aplicación en la práctica jurisdiccional.

7. CONCURSO CIVIL FRAUDULENTO.

En cuanto al art. 179 del plexo penal, en su primera parte, prevé el denominado delito de *concurso civil fraudulento*, en su segunda parte prevé la *insolvencia fraudulenta*⁽⁴¹⁶⁾. La norma tuvo como antecedente el Proyecto de 1.891 (art. 216) y la redacción actual proviene del Proyecto de 1.906. La parte pertinente que nos interesa reza:

“Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el artículo 176...”

Esta modalidad delictiva surgió en virtud que en la redacción de los artículos 176 y 177 ya abordados, la figura del *deudor no comerciante* no se encontraba prevista. Es así, que en su momento la doctrina compartía esta inclusión y separación del deudor comerciante, ello debido a que al comerciante se le exigía –por su condición de tal y en especial por su actividad- una mayor diligencia.

Empero, dado los cambios legislativos en materia concursal y falencial, que han repercutido en el plano jurídico-penal, hay quienes sostienen que este artículo ha quedado derogado⁽⁴¹⁷⁾. Así, luego de la sanción de la ley 24.522, el primer párrafo del mismo ya no puede tener lugar ni aplicación ya que el *concurso civil* ha sido derogado en la práctica y el único régimen previsto para la liquidación compulsiva del patrimonio del *deudor no comerciante*, es el de la quiebra. Ello, debido a que –como ya se expusiera oportunamente- mediante la sanción de la ley 22.917 de 1.983 se ha unificado la regulación comercial para deudores civiles y comerciales al haberse derogado el art. 310 de la ley 19.551, unificación la cual acepta y mantiene la actual Ley 24.522.

⁽⁴¹⁵⁾ CAMARA, *op. cit.*, III-B, p. 992.

⁽⁴¹⁶⁾ Sobre este delito, véase: BUOMPADRE, *Insolvencia fraudulenta*, Bs. As.: Editorial Astrea, 2002, MORAS MOM, Jorge R. *El delito de insolvencia fraudulenta*, Bs. As.: Abeledo Perrot, 1975, ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, págs. 294/360, entre otros.

⁽⁴¹⁷⁾ MONTAGNA, *Sanciones*, p. 153. En este sentido: Bayala Basombrio y Aguirre Obarrio.

Al respecto, se sostiene que la supresión del instituto del “concurso civil”, ha tornado incongruente y abstracta la disposición del primer párrafo del art. 179 del Código Penal, de modo que un no comerciante declarado en quiebra no podrá ser incriminado por los tipos del art. 176 y 179 primer párrafo, salvo que se ajustare a lo previsto en el art. 179 último párrafo que prevé la insolvencia fraudulenta. O sea, se advierte una implícita derogación del tipo previsto. A su vez, si la garantía del principio de legalidad prohíbe la analogía (arts. 18 CN, 2 CPPN) no es posible entender que un no comerciante declarado en quiebra, pueda ser atrapado por el tipo penal del 1er. párrafo del art. 179 que claramente exige como declaración previa la de “concurtido civil”, instituto que no existe más⁽⁴¹⁸⁾.

En igual sentido se sostiene que es dudoso que la hipótesis delictiva del art. 179, parte 1ª tenga operatividad, al haber desaparecido, en el Derecho comercial, la categoría del concurso civil⁽⁴¹⁹⁾.

De la misma forma se ha sostenido: “...pese a que parte de la doctrina entiende que entonces cabe aplicar el tipo penal a aquellos no comerciantes ‘quebrados’ por remisión a la nueva ley 24.522, la sala considera que tal interpretación sería a todas luces de carácter extensiva y aplicada *in malam parte*, cuestión que se encuentra absolutamente vedada en nuestro ordenamiento jurídico, lo que surge impuesto por el principio de legalidad previsto en el artículo 18 de la Constitución nacional”⁽⁴²⁰⁾.

Por otro lado, existe doctrina que considera aún vigente el primer párrafo del artículo continúa vigente con algunos ajustes interpretativos, pues aunque la ley 22.917 varió la terminología, la figura del deudor no comerciante concursado –no concursado civilmente- existe⁽⁴²¹⁾. Una cuestión interesante a resolver es que pasa si el deudor se convierte en comerciante.

Sobre la atipicidad de este tipo delictivo, se ha sostenido: “El juego armónico de los arts. 176 y 179, párr. 1º del Cód. Penal supone, el primero, un sujeto activo comerciante, declarado en quiebra; el segundo, un sujeto activo no comerciante, concursado civilmente. Puesto que la ley 22.917 –modificatoria de la 19.551- unificó el régimen concursal para las personas de existencia visible en la quiebra, sistema que fue mantenido por la ley 24.522, el art. 179 citado dejó de describir una hipótesis que pueda darse en la realidad” (Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VII, 12/12/02, causa 19.534, “Trepichio, Susana”, BJCCC, 2002-4-624)⁽⁴²²⁾.

8. COLUSIÓN DOLOSA.

⁽⁴¹⁸⁾ BRUNIARD, Carlos Manuel. *La calificación de comerciante en el delito de quiebra fraudulenta*, LLActualidad, ejemplar del 7 de noviembre de 2.000, págs. 1 y 2.

⁽⁴¹⁹⁾ ERBETTA, *op. cit.*, p. 33 y 290.

⁽⁴²⁰⁾ CNCrim. y Correc., Sala I, causa 25.075, in re “Nielsen, Néstor”, sentencia del 31 de marzo de 2.005) (Citado por Montagna, *Sanciones*, p. 154).

⁽⁴²¹⁾ CREUS, Carlos. *Quebrados y otros deudores punibles*, Buenos Aires: Astrea, 1993, ps. 164 y 165, sobre la cual Montagna (*Sanciones*, p. 153), sostiene que en virtud de ser esa postura de 1993 sin tener oportunidad de presenciar el seguimiento tenido en la posterior de la posterior reforma –ley 24.522- en cuanto a la unificación de la regulación para deudores comerciantes y no comerciantes, debería ser tomado con cuidado. También: CNCrim. y Corr., Sala I, sentencia del 31 de marzo de 2005, in re “Nielsen, Néstor”.

⁽⁴²²⁾ Transcripto en NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 201.

Por último, el artículo 180 de nuestro Código Penal, prevé el delito de *colusión*⁽⁴²³⁾ o *connivencia maliciosa*⁽⁴²⁴⁾ o *dolosa* realizada, en lo que respecta, en el marco de un proceso concursal. El primer precedente lo constituye el Proyecto de 1.891 (art. 217) el cual daba como única fuente la del art. 345 del Código holandés, pero el Código lo recibió directamente del Proyecto de 1.906 (art. 196). El artículo prevé:

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

Este artículo, prevé las dos caras del delito de colusión: la *connivencia del acreedor* (primer párrafo) y la *connivencia del deudor o del representante de una persona de existencia ideal* (segundo párrafo)⁽⁴²⁵⁾, pero ambas tienen en común un acuerdo venal, doloso y destinado a extinguir o paralizar un proceso concursal⁽⁴²⁶⁾.

Este delito claramente está previsto para la etapa en que resulta necesario la votación de un acuerdo concursal, donde se notan los esfuerzos por obtener las “benditas” mayorías que permitan lograr la conformidad y aprobación de las propuestas, la homologación del mismo y así evitar la quiebra, dicha etapa está impregnada por obvias negociaciones, pujas y una vorágine que es un caldo de cultivo propicio y una inmejorable oportunidad para que se ofrezcan –paralelamente y al margen de la ley- mejoras sobre determinados acreedores para lograr la conformidad y también existan mayores exigencias por parte de los acreedores.

Sobre lo incorrecto e inadecuación del texto del artículo 180, se puede advertir que el mismo contiene la expresión “concurso judicial de bienes”, el cual es un instituto ignorado en nuestro país⁽⁴²⁷⁾.

Como se ve, este delito se configura en el denominado “mercado” del voto. El acreedor se concierta con el deudor en dar su voto en determinado sentido, desvirtuando la voluntad de la masa y lo vinculado con las mayorías legales, para que el deudor obtenga el acuerdo ofrecido.

Una posición doctrinaria sostiene que la infracción se configura en el momento en que se expide el voto en el sentido prometido⁽⁴²⁸⁾. Empero, otros sostienen que resultará

⁽⁴²³⁾ Según RAE: colusión. (Del lat. *collusio*, -ōnis). 1. f. *Der.* Pacto ilícito en daño de tercero. Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001, <http://www.rae.es/rae.html> [16/08/2013].

⁽⁴²⁴⁾ Así la denomina SOLER, en *Tratado*, IV, p. 517.

⁽⁴²⁵⁾ Conf. D’ALESSIO, Andrés José, y DIVITTO, Mauro A (Coordinadores), *Código Penal comentado y anotado*, Buenos Aires: Ed. La Ley, 2.004, Tomo II, p. 551. En igual sentido: MONTAGNA, *Sanciones*, p. 155.

⁽⁴²⁶⁾ ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 366 y en comentarios al art. 180 del Código Penal, EN: Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl (Directores); de Langhe, Marcela (Supervisión), *Código Penal y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencia, volumen 7*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2009, p. 703.

⁽⁴²⁷⁾ CAMARA, *op. cit.*, III-B, 992, nota 176.

⁽⁴²⁸⁾ BONELLI, Augusto, Dell fallimento, en el Comentario al “Codice de Comercio”, redactado por BENZA, BONELLI, BRUNETTI, etc., ed, Milán, sin fecha, t. III, núm. 851. Contra: LYON CAEN et RENAULT, “Traité de droit commercial”, t. VIII, núm. 960, 3ª ed., París, 1.903. Citado por ARGERI, *Complicidad...*, *op. cit.*, p. 917.

indiferente que el acuerdo o pacto entre el deudor se cumpla o no, pues el delito se consuma con la emisión del voto, por ello no existe la tentativa para la configuración de esta modalidad delictual. Si bien este punto es consensuado en relación a la persona del deudor, en lo que respecta al acreedor, Creus plantea distintos casos en los que analiza si corresponde o no hablar de tentativa⁽⁴²⁹⁾.

Se sostiene que estos delitos tutelan “el regular desenvolvimiento del procedimiento concursal”, así la regularidad de las votaciones, de un lado protege a los acreedores honestos y por otro constituye un evidente interés para la administración de justicia⁽⁴³⁰⁾.

Es dable mencionar que la figura encuentra mayor aplicación en el marco de un concurso preventivo que en el de una quiebra, pues en esta no existe la facultad del deudor de proponer un acuerdo concursal (si en el supuesto de conversión de la quiebra en concurso que prevé el art. 90 Ley 24.522); sin embargo, ello no implica que en el ámbito de una quiebra el deudor caiga en esta figura por conceder ventajas especiales en virtud de algún convenio o transacción que puedan darse.

Para la configuración del delito se requiere necesariamente de un acuerdo entre el acreedor y el deudor, que atenta contra el procedimiento concursal desbaratando sus principios basamentales como la igualdad de trato de sus acreedores (*pars conditio creditorum*). O sea, la figura aborda todo acuerdo fraudulento arribado en contraposición a la ley concursal, en beneficio doloso y con ventajas especiales para uno de sus acreedores en detrimento del resto.

Dichas ventajas pueden ser de cualquier índole, la cual –va de suyo- debe estar vedada por la ley concursal⁽⁴³¹⁾, por lo general son de linaje patrimonial⁽⁴³²⁾, y en la mayoría de los casos consiste en asegurar al acreedor votante de la propuesta, que recibirá un pago íntegro o mejor que la propuesta, por intermedio de un tercero.

El beneficio prometido debe ser exclusivo para alguno o algunos de los acreedores y no comprender al conjunto de ellos, toda vez que acontecer tal supuesto, no media acto de fraude alguno⁽⁴³³⁾.

La ventaja debe estar condicionada a la obtención del voto ya que el tipo delictivo *sub examine* no contempla cualquier tipo de ventaja, sino la que contenga como contraprestación el voto. Ergo, cualquier connivencia que escape o excede a ello, no configura este delito. Al respecto, Soler sostiene que debe tratarse de la “venta” del voto, por lo que no resulta punible el acreedor que vende el documento, aunque lo haga a un amigo del fallido que votará de determinada manera⁽⁴³⁴⁾.

La jurisprudencia ha resuelto: “El contrato celebrado con un tercero mediante el cual un acreedor compromete su voto favorable al concordato propuesto en un concurso, a cambio de ventajas especiales a su favor, con respecto a otros acreedores verificados, es de objeto ilícito,

⁽⁴²⁹⁾ CREUS, op. cit., ps. 181 y 182.

⁽⁴³⁰⁾ CREUS, Carlos, *Quebrados y otros deudores punibles*, ob. cit., p. 173, citando a CONTI, “Reati in materia de fallimento”, Novísimo digesto italiano, t. VI, p. 1192. En igual sentido, CNCrim. y Corr., Sala I, in re “Kehoe, Wilma C.”, sentencia del 3 de junio de 1999.

⁽⁴³¹⁾ NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 213.

⁽⁴³²⁾ Gran parte de la doctrina italiana considera que la ventaja “debe” ser de índole patrimonial, citado por Montagna *Sanciones*, p. 155, nota 123.

⁽⁴³³⁾ NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 213.

⁽⁴³⁴⁾ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires: Tea, p. 521.

ya que la conducta de quien lo celebra se encuentra tipificada en el art. 180 del Código Penal”⁽⁴³⁵⁾.

Respecto a la punibilidad del deudor, ha sido materia de largos debates si el mismo merecía o no sanción por conceder una ventaja, ello en virtud de la situación de desesperación o necesidad, lo cual en muchos casos es utilizada como verdaderas extorsiones, pudiendo incluso darse algún supuesto de justificación para no ser punibles (art. 34, Código Penal).

En cuanto al *primer párrafo*, el sujeto activo debe ser uno de los acreedores del proceso concursal, sujeto pasivo son los demás acreedores –como masa- a espaldas de los cuales se estipulan las ventajas especiales, la acción típica es “consentir” en un acuerdo preventivo, o sea una doble actividad del agente que consiste en convenir y después a cambio de ventajas obtenidas prestar su consentimiento válido en el juicio para que ese acuerdo o convenio o transacción sea aceptada. En relación al aspecto subjetivo, indudablemente requiere dolo directo.

Sobre la participación, el sujeto activo es el acreedor, por ende es el único que puede ser autor del delito, y si bien el tercero en connivencia puede cumplir función que lo equipararía a aquel, puede ser cómplice primario⁽⁴³⁶⁾. En este punto, interesante resulta la posibilidad de la existencia de cesión y/o transferencias de créditos para su votación⁽⁴³⁷⁾.

En relación al *segundo párrafo*, el sujeto activo puede ser el deudor o el representante de una persona de existencia ideal que estén en estado de quiebra o concurso judicial de bienes, el sujeto pasivo sigue siendo la “masa de acreedores”, la acción típica es la otra cara de la colusión y su consumación acontece con la celebración del convenio.

La ley penal enumera a las sociedades anónimas, cooperativas u otras personas jurídicas de otra índole, con lo que viene a abarcar a casi todos los entes descriptos por los arts. 33 y 34 del Código Civil. La enumeración de los directivos difiere de la que efectúa el art. 178, porque es más reducida y genérica por cuanto omite el caso de liquidación sin quiebra de las entidades financieras⁽⁴³⁸⁾.

La colusión trae como *pena* la prisión de un mes a un año, la misma que mantiene el quebrado culposo, a excepción de la inhabilitación especial que aquí no se encuentra revista. Empero, desde que en su comisión concurre ánimo de lucro, es aplicable la multa del art. 22 bis del código represivo⁽⁴³⁹⁾.

Por último, es dable destacar que la referencia a concordato, convenio o transacción judicial han planteado sucesivas desarmonías derivadas de la falta de compatibilización entre

⁽⁴³⁵⁾ Cám. 1ª Apel. Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala II, 7/3/95, “Austral Motor S.A. c. Jaureguiberry de Tano y otros”, LLBA, 1995-388; DJBA, 148-1735.

⁽⁴³⁶⁾ Conf. D’ALESSIO y DIVITTO, *op. cit.*, p. 551.

⁽⁴³⁷⁾ Sobre este punto, se ha sostenido que “el mecanismo de la cesión de créditos concursales es campo propicio para el abuso, tanto por parte del deudor, que por esta vía podría comprar voluntades a favor de su propuesta de acuerdo, o bien por parte de un acreedor, que por este medio alcanza posición de bloqueo de la propuesta y con ello obtiene una posición de privilegio que le permite imponer condiciones al deudor en su exclusivo beneficio y en perjuicio no sólo del deudor sino, especialmente, del resto de los acreedores...” aunque entiende que no existen fundamentos para vedar de antemano las cesiones de créditos concursales (LORENTE, Javier Armando. *Fundamentos para la exclusión de votos dentro del sistema concursal*, RDCO, Nro. 228, pág. 641).

⁽⁴³⁸⁾ NAVARRO y RIZZI, *op. cit.*, p. 214.

⁽⁴³⁹⁾ En este sentido: CARRERA, *Delitos...*, p. 526.

los términos empleados en la ley penal y los regulados en las leyes concursales. En efecto, en función de la actual ley de concursos (ley 24.522 y modificatorias) las expresiones típicas pueden considerarse equiparadas sólo al acuerdo preventivo como modo de solución de un concurso preventivo o al avenimiento como modo de extinción de una quiebra, derivando esa limitación de la naturaleza concursal del delito. Por otra parte, cualquiera sea la conclusión a que pueda arribarse en orden a “concordato”, cabe admitir que tanto el acuerdo preventivo como el avenimiento quedarían involucrados en el término convenio⁽⁴⁴⁰⁾.

9. EL SOBREENDEUDAMIENTO Y QUIEBRA DE CONSUMIDORES. AUSENCIA DE UNA PREVISIÓN NORMATIVA ADECUADA⁽⁴⁴¹⁾:

9. a) Planteo y delimitación del tema.

Una problemática interesante que desde ya hace algunos años ha sido uno de los centros de interés de estudio del Derecho Concursal, no sólo en nuestro país sino también en el extranjero⁽⁴⁴²⁾, es el relativo al *sobreendeudamiento* de personas físicas básicamente derivado por actos de consumo⁽⁴⁴³⁾. En especial la quiebra de las mismas, situación que se vio agravada debido a la gran proliferación en todo el país en general y en algunas jurisdicciones provinciales en particular -como Córdoba, Entre Ríos, Santa Fe, Mendoza, entre otras-, donde

⁽⁴⁴⁰⁾ Conf. ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 376/377.

⁽⁴⁴¹⁾ Sobre esta temática y temas conexos, véase y ampliése en: ALEGRÍA, Héctor, “Los llamados pequeños concursos. Concurso de personas físicas, consumidores y patrimonios reducidos”, LL 2005-E-1353; ANCHAVAL, Hugo Alberto, “Insolvencia del consumidor”, Ed. Astrea. Buenos Aires, 2011, “La quiebra de los empleados públicos”, LL, Sup. CyQ 2010 (agosto), p. 53 y sgtes. LL, 2010-E, 26, “El nuevo sujeto concursal”, Sup. CyQ 2010 (diciembre), 01/12/2010,1– LL 2010-F, 1079, Cita Online: AR/DOC/7282/2010, “El sobreendeudamiento de los consumidores y la cuestión moral”, DSE, Nro. 261, Agosto 2009, T. XXI, págs. 808/818; BARACAT, Edgar José, “Pequeñas quiebras y deudores de mala fe”, LL, 2009-B, p. 1229/1240; BERSTEN, Horacio L., “La regulación del sobreendeudamiento de los consumidores”, LL, Sup. Act., 30/08/2011; CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo, “Sanciones al trabajador fallido por el hecho mismo de quebrar”, DCCyE, año 1, n° 1, septiembre de 2010, p. 39; JUNYENT BAS, Francisco, “El empleado público “sobreendeudado” y la pérdida de la fuente de trabajo”, LL, 2010-B, 1264; JUNYENT BAS, Francisco A. e IZQUIERDO, Silvina, “¿Decoctor ergo fraudator? La quiebra de los consumidores”, Sup. CyQ 2009 (octubre), 01/10/2009,1 – LL 2009-F, 991, Cita Online: AR/DOC/3539/2009; MORCECIAN, Rubén Ricardo, “La quiebra del consumidor y su recepción jurisprudencial (Se abrió el cielo para el consumidor?)”, LIV Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Prov. de Buenos Aires, Bahía Blanca, 24 y 25 de Noviembre de 2011, libro de ponencias, Induvio Editora, págs. 271/281 y “Breves aportes en torno a los procesos concursales de consumidores”, VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal. VI Congreso Iberoamericano de la insolvencia, Tucumán, 5, 6 y 7 de Septiembre de 2012, Libro de Ponencias, Tomo III, p. 249/264; PEREYRA, Alicia S., *El concurso preventivo del consumidor*, DSE, n° 255, Febrero/2.009, T. XXI, p. 127/144; VINTI, Ángela M., *El anacronismo del sistema concursal argentino frente al consumidor como sujeto insolvente*, LLBA 2014 (mayo), 355/372, Cita Online: AR/DOC/1525/2014, entre otros.

⁽⁴⁴²⁾ Así lo informa Anchaval, quien refiere que desde hace más de 30 años en el mundo ya se comenzó a estudiar la problemática (en “El sobreendeudamiento...”, pág. 809).

⁽⁴⁴³⁾ Se sostiene que sobreendeudamiento e insolvencia son conceptos vecinos, pero no iguales. De tal manera, el sobreendeudamiento puede definirse como un estado considerablemente más leve que el segundo, ya que el consumidor sobreendeudado arrastra una continua situación de pagos a cuenta, embargos sobre su sueldo etc... y aunque los abona, ello es a costa de un desgaste personal y económico. Lo anterior determina que su nivel de vida decaiga, aumentando el ahogo, hasta desembocar en una situación de insolvencia que presupone una incapacidad patrimonial permanente para cumplir de manera regular, en todo o en parte, con las reclamaciones de los acreedores al vencimiento de sus créditos (Conf. VINTI, *op. cit.*, p. 358).

ha existido una gran cantidad de presentaciones concursales y falenciales de empleados públicos que han generado una verdadera “pandemia judicial” que han abarrotado los órganos jurisdiccionales.

Como común denominador de dichas presentaciones, se puede mencionar que en muchos casos son personas asalariadas o empleados, con un patrimonio claramente inferior al pasivo que generalmente se limita a sus ingresos como empleados, cuyas deudas básicamente tienen como origen causal actos de consumo y donde concurren mayormente un mismo tipo de acreedores, pertenecientes al sistema financiero y crediticio. En muchos de los cuales –no en todos- se advierte un verdadero sobreendeudamiento incongruente e irrazonable con sus ingresos y su capacidad patrimonial, por lo que a través procedimientos falenciales se tiene por objeto el cese de los embargos y descuentos que pesan sobre sus ingresos regulares y obtener su liberación a las obligaciones contraídas.

Si bien la temática es amplia, en especial al abordar un fenómeno complejo y multidisciplinario, ya que claramente contiene factores y aspectos económicos, sociológicos, de mercadotecnia y jurídicos, en este trabajo nos centraremos a exponer someramente la problemática, y con mayor énfasis, ahondaremos sobre la falta de previsión normativa, tanto en el plano concursal como en el penal.

9. b) El consumidor como sujeto insolvente.

Sin perjuicio que parezca una verdad de Perogrullo, el gran desarrollo del capitalismo y la globalización, ha generado que “el consumo” sea un fenómeno que atraviesa todas las clases sociales, además de ser un pilar fundamental y un eslabón necesario de la economía mundial⁽⁴⁴⁴⁾.

En efecto, la modernidad y la revolución industrial (al permitir la producción masiva y en serie), primero, y la posmodernidad, con la extensión del tráfico comercial y la publicidad, han creado una nueva categoría de sujetos de derecho: *los consumidores*⁽⁴⁴⁵⁾, quienes como último eslabón de las cadenas de comercialización han masificado la adquisición de bienes y servicios. A dicha categoría de sujetos, en especial por su calidad de personas, los ordenamientos jurídicos acertadamente –en virtud de su clara *hiposuficiencia* frente a los proveedores de los bienes y servicios que ellos adquieren- le han otorgado una preferente tutela y especial tratamiento⁽⁴⁴⁶⁾.

Asimismo, es una realidad patente de la economía globalizada actual la excesiva facilidad de acceso a cierto tipo de crédito que gozan –o padecen, según se vea- estos deudores⁽⁴⁴⁷⁾, denominada “democratización del crédito” o “créditos para todos” y los abusos

⁽⁴⁴⁴⁾ Téngase presente, que en términos económicos, el consumo es una parte muy importante de la demanda agregada de un país, siendo un eslabón del círculo “virtuoso” de una economía.

⁽⁴⁴⁵⁾ Conf. PEREYRA, *op. cit.*, págs. 128/129.

⁽⁴⁴⁶⁾ En nuestro país los derechos de los consumidores tienen reconocimiento constitucional desde 1.994 mediante la inclusión del art. 42 de la Ley Fundamental y legislativamente mediante la ley nacional 24.241 (B.O. 15/5/1993), modificada por la ley 26.361 (B.O. 07/04/2008). Téngase presente que el derecho del consumidor, junto al desarrollo y a la conservación al medio ambiente, son los llamados derechos humanos de “tercera generación”.

⁽⁴⁴⁷⁾ Se ha sostenido que en este contexto, es válido plantear inicialmente que el problema de la insolvencia del consumidor aparece como el estadio final de un proceso en el que resulta excesivamente fácil tomar un crédito, frente a las dificultades que acarrea salir de él (VINTI, *op. cit.*, p. 355)

(en materia de información primero y costos después) que se le imponen a los usuarios de créditos para consumo⁽⁴⁴⁸⁾.

Como se sabe, las causas del sobreendeudamiento, son múltiples, pudiéndose clasificar en aquellas denominadas “externas”, vinculadas a factores de mercado y al consumo moderno en particular (excesiva incitación al consumo, publicidades masivas y engañosas, fácil acceso crediticio, deficiente información de reales condiciones de contratación, etcétera); y las “internas” o ligadas a situaciones personales del deudor (adicción al consumo producidas por campañas publicitarias agresivas, excesivo uso de tarjeta de crédito, altas tasas de interés, créditos en mercado informal, gastos de salud y enfermedades, etcétera)⁽⁴⁴⁹⁾.

Ahora bien, en este fenómeno social, económico y jurídico, no sólo debe centrarse la atención en el “consumidor sobreendeudado”⁽⁴⁵⁰⁾ que posteriormente cae en insolvencia como consecuencia del consumo desordenado, irresponsable e irreflexivo, sino también en la conducta desplegada por algunos proveedores (a la postre acreedores)⁽⁴⁵¹⁾, la cual constituye también un elemento determinante en la generación del problema del sobreendeudamiento, lo cual debe necesaria e imprescindiblemente ser tenido presente por el poder legisferante para futuras reformas normativas y por el jurisdiccional al momento de aplicar las normas actualmente vigentes. En especial, contemplando el derecho de todo deudor a vivir con un mínimo de dignidad que le permita su desarrollo social y familiar en paz y armonía sin posibilidades de exclusión social⁽⁴⁵²⁾.

9.c) El tratamiento jurisprudencial de la problemática. La falta de una previsión normativa adecuada. Inexistencia de sanción penal.

Como es sabido, nuestra ley concursal no distingue entre comerciantes y no comerciantes a los efectos de acceder a los procesos concursales (conf. art. 2, Ley 24.522), tampoco entre, empleado, desempleado, profesional, banquero, estudiante, empleado público, etcétera. Ergo, los procesos concursales en general y la quiebra en particular es apta y se encuentra disponible para todos ellos, obviamente siempre que se encuentren en estado de cesación de pagos y den cumplimiento a los restantes recaudos que legalmente se exige.

Por ello, aunque el sistema concursal argentino no contenga herramientas que den una respuesta adecuada al problema de la insolvencia del consumidor y que cualquier solución que puede darse a ciertos pedidos concursales o falenciales se logra forzando correctivos

⁽⁴⁴⁸⁾ Ver en tal sentido ANCHAVAL, “*La quiebra...*”, LL, 2010-F, 1079, en especial el apartado: “I. El consumidor y el crédito”).

⁽⁴⁴⁹⁾ Sobre causas del sobreendeudamiento véase: VINTI, *op. cit.*, págs. 362/363.

⁽⁴⁵⁰⁾ Anchaval define al consumidor sobreendeudado que posteriormente cae en insolvencia como aquella persona física, destinataria final del producto, que se encuentra imposibilitada de cumplir con aquellas obligaciones asumidas, como consecuencia de un actuar no profesional ni comercial (Conf. ANCHAVAL, “*Insolvencia...*”, p. 43).

⁽⁴⁵¹⁾ Así, mediante publicidades engañosas, promociones agresivas, contratos con condiciones leoninas, etc. (Conf. BERSTEN, “*La regulación...*”, LL, pág. 1). En este mismo sentido, se menciona la publicidad masiva, en la mayoría de los casos engañosa y tendenciosa, la perniciosa práctica comercial de “las megaofertas” de grandes cadenas, la vigencia de la estrategia engañosa de “más barato a crédito que al contado”, la proliferación de instituciones financieras de segundo orden, la bancarización popular, entre otros (conf. MORCECIAN, “*Breves aportes...*”, p. 251).

⁽⁴⁵²⁾ Conf. MORCECIAN, “*Breves aportes...*”, p. 252.

dispuestos para otras situaciones⁽⁴⁵³⁾, resulta totalmente válida y ajustada a derecho su petición por parte de una persona física endeudada por actos de consumo. En especial, para comenzar de nuevo, liberarse y así finiquitar ese estado constante y permanente de “asecho judicial” (caracterizado por intimaciones, embargos de salarios, inhibiciones, etcétera) que obstruyen el desarrollo personal y familiar.

Amén de ello, en lo que respecta a los pedidos de quiebras “voluntarias” de “consumidores”, nuestros tribunales han reaccionado de diferente modo, lo cual se puede sintetizar -en una prieta y general clasificación- en dos posiciones antagónicas.

Así, por un lado, se encuentran los pronunciamientos⁽⁴⁵⁴⁾ que en lo general entienden que la quiebra es un procedimiento eminentemente liquidativo y que *a priori* ante la escasez (muchas veces representado por el ingreso proveniente de su profesión, salario u oficio) o inexistencia de activo liquidable (o de escaso valor) existe la configuración de un uso abusivo de la misma -con fundamento en el artículo 1.071 del Código Civil- lo que además configuraría un uso “disfuncional” o “antifuncional” del instituto⁽⁴⁵⁵⁾. Esta postura ha sido compartida por un sector de la doctrina⁽⁴⁵⁶⁾.

Por otro lado, se encuentran pronunciamientos que admiten los pedidos de propia quiebra⁽⁴⁵⁷⁾, sosteniéndose que al ser el consumidor una persona física y por ende un sujeto concursable, puede acceder al procedimiento conforme al presupuesto subjetivo del art. 2 de la LCQ⁽⁴⁵⁸⁾. Asimismo, la inexistencia de activos no resulta impedimento para el acceso a procedimientos falenciales, así como que también resulta un yerro calificar *prima facie* y de modo apriorístico sobre la existencia de abuso en la presentación concursal⁽⁴⁵⁹⁾.

En esta línea de doctrina judicial se enroló la Sala I de la Cámara Segunda de Apelaciones de La Plata⁽⁴⁶⁰⁾, en la cual –entre otros interesantes argumentos- se destacó que el

⁽⁴⁵³⁾ Conf. VINTI, *op. cit.*, p. 357/358.

⁽⁴⁵⁴⁾ En este sentido: Cám. Apel. Civ. y Com. Rosario, sala IV, in re “Gerlo, Rolando Antonio s/propia quiebra”, Ac. nro. 383, 07/09/2007 y Ac. 384, 7/9/2007, citados por BARACAT, *op. cit.*, p. 1233, Sent. N° 368/07 del 27/8/2007 en “Mac Guire, Daniel s/pedido de quiebra”; Sent. N° 156 del 12/6/2008 en “Calvo Sabina Noemí s/quiebra”; citados por JUNYENT BAS-IZQUIERDO, *op. cit.* Asimismo, han existido pronunciamientos en este mismo sentido en tribunales de Mar del Plata y Mendoza.

⁽⁴⁵⁵⁾ Véase y ampliése este tópico en: DE LAS MORENAS, Gabriel, “*Rechazo de quiebra voluntaria por ausencia de activos. Una polémica vigente. ¿Existe un derecho a quebrar?. ¿Es ejercitable ese derecho por las personas de escasos recursos?.*”, LL, 2008-E, 1346.

⁽⁴⁵⁶⁾ V.gr.: BARACAT, “*Pequeñas Quiebras y Deudores de Mala Fe*”, LA LEY, 2009-B, 1229.

⁽⁴⁵⁷⁾ En este sentido: Cám. Apel. Civ. y Com. Necochea, “C., J.A. s/ quiebra”, 19/09/2013, LLBA2014, Cita Online: AR/DOC/1525/2014, con nota de Vinti, Ángela M., quien comparte la solución del mismo.

⁽⁴⁵⁸⁾ Al respecto, Anchaval reconoce este derecho, aunque con limitaciones (Cfr. ANCHAVAL, Hugo, “*Insolvencia del consumidor*”, *cit.*, p. 258).

⁽⁴⁵⁹⁾ Nótese que elaborar una presunción genérica de fraude significaría adoptar una regla lesiva de los más elementales principios constitucionales de igualdad, acceso a la justicia, legalidad y debido proceso (arts. 14, 16, 18, 19, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Constitución Nacional). Por lo cual, por imperativo constitucional, se debe analizar cada caso en concreto, claramente no al momento de la presentación.

⁽⁴⁶⁰⁾ Sentencia del 27 de setiembre de 2011, en causa “Martinez, Marta Beatriz s/ Quiebra Pequeña”, con votos de los Dres. Sosa Aubone y López Muro. Este pronunciamiento, además resulta de notable interés sobre la problemática, ya que no sólo se detiene en la conducta del deudor sino además aborda la conducta de los dadores de créditos a los consumidores. Para un análisis completo del mismo, véase: MORCECIAN, “*La quiebra del consumidor y su recepción jurisprudencial (Se abrió el cielo para el consumidor?)*”, págs. 273/277.

hecho que la quiebra del consumidor no esté contemplada no puede llevarlo a excluirlo del sistema concursal y que el pedido de propia quiebra no importa en el caso una situación de abuso del derecho, ya que su aplicación no resulta al sistema concursal y que tal situación no puede ser calificada “ab-initio” de la sola lectura del pedido de quiebra, más aún cuando el legislador ha facilitado la declaración de propia quiebra (arts. 82 y 86, LCQ).

Entre quienes se posicionan en esta atalaya, sostienen que sobre la posible existencia de abuso podrá ser objeto de análisis e investigación en el marco de una posible causa penal⁽⁴⁶¹⁾. Ello, en virtud que como viéramos, la inhabilitación falencial podrá extenderse o prorrogarse en caso que el deudor se vea incurso en delito penal (art. 236, LCQ) y que en caso de quiebras sin activo suficiente, se dispone la clausura del procedimiento falencial, importa presunción de fraude y el juez concursal debe comunicarla a la justicia en lo penal para la instrucción del sumario pertinente (arts. 232 y 233, LCQ).

Ahora bien, si bien es cierto que las normas penales como consecuencia lógica de un ordenamiento jurídico en el cual la ley penal debe erigirse como *ultima ratio* para sancionar conductas disvaliosas y transgresoras de bienes jurídicos, no menos cierto es la ineficacia e ineficiencia de las sanciones penales vigentes en nuestro país (debido a la inconexidad con la ley concursal, desactualización, etcétera), lo cual conlleva a que mientras tanto inescrupulosos, maliciosos y pícaros deudores hagan mal uso y abuso de los procesos concursales en pos de licuar su pasivo y perjudicar a terceros.

En efecto, en lo que concierne estrictamente a este trabajo, no podemos dejar de tener presente todo lo expuesto anteriormente en relación a la redacción de los tipos penales actualmente vigentes en nuestro Código Penal, en virtud de los cuales por cuestiones de atipicidad (v.gr. arts. 176 y 177, Código Penal) y de actualización de sus textos a la ley concursal (art. 179, Código Penal), claramente se dejan fuera del alcance sancionatorio a una gran cantidad de personas, entre ellas las personas físicas denominadas “consumidores”.

De lo expuesto, claramente surge una falta de previsión normativa tanto en lo faz concursal (que al no contar con un procedimiento especial que cobije y contemple la problemática del sobreendeudamiento de consumidores) como en el plano penal, del cual prácticamente surge la inexistencia de una sanción eficaz, moralizante y disuasiva de conductas de tal linaje, para aquellos deudores que maliciosamente se sobreendeudan desproporcionalmente mediante actos de consumo y gastos a sabiendas que en virtud de sus ingresos y su nimio o inexistente patrimonio no podrán cancelar las obligaciones contraídas.

Empero, esa falta de previsión o ausencia de una normativa eficaz en la actualidad, no puede conllevar al rechazo de pedido de quiebras de consumidores sobreendeudados, quienes en todo su derecho echan mano a los recursos técnicos que la legislación concursal vigente les otorga en pos de lograr su rehabilitación y cese de medidas que hostigan su desarrollo económico, social y familiar. Dicha “descarga” o “liberación”, no entendida como meramente una conveniencia economicista, crematística o utilitarista a los fines de insertar nuevamente a

⁽⁴⁶¹⁾ En este sentido, Horacio y Guillermo Garaguso sostienen que la llave maestra que limita los abusos es la cuestión penal (“Pequeñas quiebras que avergüenzan a algunos juristas y jueces son necesarias para el deudor y los acreedores”, Ponencia presentada en las XV Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, pág. 405). Citados por MORCECIAN, en “Breves aportes...”, p. 259 y en “La quiebra...”, p. 278.

un potencial consumidor en el ciclo económico, sino por el hecho de ser un ser humano y poder vivir en dignidad.

Ahora bien, estos posibles abusos o fines no queridos, nos alertan para que la totalidad de la problemática sea abordada normativamente con una razonabilidad, racionalidad y logicidad de todo el sistema concursal-penal, lo cual conmina a readecuar la legislación concursal y penal vigente para distinguir aquellos deudores honestos y de buena fe de aquellos que no lo son, para lo cual habría que restaurar un nuevo sistema de calificación de conducta⁽⁴⁶²⁾, así como revisar el actual sistema de rehabilitación automática, el cual no distingue entre comerciantes y consumidores y tampoco entre deudores contumaces y de buena fe⁽⁴⁶³⁾.

10. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES Y SOBRE LA ACCIÓN PENAL:

a) Juez competente:

a.1) *Competencia territorial.* Primeramente, debemos tener presente que, como vimos, pueden presentarse varias maniobras que configuran una sola quiebra fraudulenta, que pueden coexistir maniobras fraudulentas con conductas culpables que configuran solamente quiebra fraudulenta y que las conductas de fraude pueden ser anteriores y posteriores a la declaración judicial de quiebra, resulta claro que esa unidad delictiva abarca una pluralidad de supuestos que pueden distar en el tiempo y en el espacio.

Por ello, puede acontecer que los bienes sean dispuestos fraudulentamente en diferentes lugares, muy común si es un deudor con varios establecimientos, por lo que en virtud de la unidad delictiva se debe fijar algún tipo de regla para determinar cuál será el juez competente⁽⁴⁶⁴⁾.

Así, como principio general se afirma que el hecho punible se estima cometido en todas las jurisdicciones en donde se ha desarrollado la acción, y también en el lugar de verificación del resultado. Lo cual, permite con estricto respeto a la regla del “*forum delicti commissi*”, que debe elegirse la jurisdicción correspondiente atendiendo las exigencias planteadas por la economía procesal o una mayor eficacia investigativa o mejor defensa de los procesados⁽⁴⁶⁵⁾.

A su vez, el artículo 3° de la ley concursal 24.522 fija las pautas de competencia concursal, las cuales se deben tener presente para determinar la misma, incluso en el ámbito penal.

Por lo expuesto, como en materia penal rige el principio según el cual el hecho se estima cometido en todas las jurisdicciones en las que se desarrolló alguna parte de la acción, así como en aquella en que se verificó el resultado, de todas éstas, se elige la que mejor atienda a las exigencias de una mejor economía procesal (CSJN, *Fallos*, 271:396 y 275:361); en materia de delitos de quiebra (con multiplicidad de maniobras y unidad delictiva), siguiendo esa directriz, deberemos elegir para su investigación, la justicia penal que coincida con la comercial ante la cual tramite el proceso concursal, dada la cercana vinculación que existe entre ambos

⁽⁴⁶²⁾ En este sentido: JUNYENT BAS-IZQUIERDO, *op. cit.*

⁽⁴⁶³⁾ Conf. VINTI, *op. cit.*, p. 366.

⁽⁴⁶⁴⁾ NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 219.

⁽⁴⁶⁵⁾ NAVARRO y RIZZI, *op. cit.*, p. 220.

procesos. O sea, ante el juez de la misma jurisdicción territorial donde se encuentre radicado el proceso concursal⁽⁴⁶⁶⁾.

Conteste con este principio, en materia de quiebra de sociedades, se ha resuelto que es competente para la investigación del delito el juez del domicilio legal de ellas, aunque el giro de los negocios se hubiere efectuado en otra jurisdicción, porque así coincide la radicación de ambos procesos⁽⁴⁶⁷⁾.

a.2) *Competencia federal.* La competencia de la justicia federal en lo criminal y correccional dentro de la Capital Federal y de la justicia federal en las provincias, tradicionalmente fue descartada para entender en estos supuestos por una inveterada postura jurisdiccional, según la cual las reparticiones del Estado, al no concurrir en calidad de entes de Derecho público a los juicios universales, no justifican la intervención del fuero de excepción⁽⁴⁶⁸⁾.

Este principio se vio puesto “en jaque” debido a la ampliación de los sujetos pasibles de ser concursados (art. 2º, Ley 24.522) ya que en el elenco del mismo se incluye a las sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte; empero nuestro Tribunal Federal más encumbrado nuevamente se expidió al respecto, sosteniendo la equiparación de estas sociedades a las comunes⁽⁴⁶⁹⁾ y por ende no existe razón por apartarse de la justicia ordinaria.

a.3) *Competencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires.* El Código Procesal de la Nación, el cual rige en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, atribuye a la justicia del crimen la competencia para los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, observando los principios de independencia de las acciones y de la unidad delictiva.

En efecto, como consecuencia del máximo de las respectivas escalas penales, será competente la justicia de instrucción en las conductas tipificadas en los artículos 176 y 178 del código de fondo y la justicia correccional en los restantes casos (arts. 26, 27 y ccdtes., CPPN).

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, una vez resuelta por el Juez de Garantías interviniente la elevación a juicio de la investigación, en virtud de las penas que los tipos analizados prevén, para el juicio intervendrá un Juez en lo Correccional (art. 24 del CPPBA, texto según ley 13.183).

b) Prejudicialidad - Independencia de la acción penal – Prueba:

Tradicionalmente, se consideró a la quiebra como una cuestión prejudicial en el proceso penal llevado a cabo por la posible comisión de los delitos que aquí se abordan, lo cual evidencia la relación y vinculación entre la acción penal con la llevada a cabo por ante los estrados comerciales. Ello, debido a que su posible función prejudicial debía ser considerada desde tres aspectos distintos: calificación de la quiebra, declaración de la quiebra y la cuestión relativa a la validez formal del auto declarativo de la quiebra⁽⁴⁷⁰⁾.

⁽⁴⁶⁶⁾ NAVARRO y RIZZI, *op. cit.*, ps. 220/221.

⁽⁴⁶⁷⁾ CSJN, *Fallos*, 268:40; 275:26; 279:22; 286:151 y 301:146; JPBA, 36-29, 6810 y 38-55, 7487.

⁽⁴⁶⁸⁾ CSJN, *Fallos*, 220:1489; 237:181; 245:59 y 305:2200; CCCF, Sala II, “Moreira, M.”, JPBA, 43-68-9239; entre otros.

⁽⁴⁶⁹⁾ CSJN, 26/6/1999, “Gómez Echandía, Luis I”. Citado por NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 223.

⁽⁴⁷⁰⁾ Así lo sostenía: ODERIGO, Mario A., *Declaración de quiebra y proceso por quiebra fraudulenta, LL*, t. 79, p. 788.

Así, en relación a la declaración de la quiebra, algunos autores consideraban que la declaración de la quiebra era una cuestión prejudicial, porque no puede ser hecha por el juez del crimen, sino por el de comercio⁽⁴⁷¹⁾; en cambio otros, han sostenido que no ya que para que haya cuestión prejudicial es imprescindible que haya cuestión, es decir, controversia; y que, con relación a aquella, puede no haberla, según ocurre en todos los casos en que es el propio comerciante quien pide su quiebra, o cuando se allana al pedido por sus acreedores⁽⁴⁷²⁾. En este sentido, se ha dicho que no es prejudicial la calificación de conducta de la quiebra –y esto apunta el art. 1.104 Código Civil- pero si lo es la existencia de la quiebra⁽⁴⁷³⁾.

A su vez, se ha sostenido que la quiebra funciona como una *cuestión previa*, siendo la declaración de quiebra una de carácter objetivo, y la declaración de comerciante o no del fallido de carácter subjetivo⁽⁴⁷⁴⁾.

En lo atinente a la vinculación existente entre la acción penal con la llevada a cabo por ante la sede comercial, con acierto se sostiene que con la ley 24.522 la independencia de la acción penal recobra plena soberanía, lo que no quiere decir que no guarde ninguna vinculación con la ley concursal. Por el contrario, las figuras delictuales se integran con elementos normativos provenientes de esta última⁽⁴⁷⁵⁾, así para la calificación de comerciante o deudor del imputado (arts. 176, 177 y 179 Código Penal) y para la declaración de quiebra⁽⁴⁷⁶⁾. En sentido similar, se sostiene que si bien el Código Penal no define la insolvencia, ni el concurso, ni la quiebra, ello no obsta a que deba admitirse cierta dependencia⁽⁴⁷⁷⁾. Al propio tiempo, sin que por ello se vulnere la mentada independencia, cabe traer a colación un tema ya abordado, como lo es el supuesto que la ley mercantil dispone mediante el art. 232 Ley 24.522 la comunicación obligatoria ante la falta de activo una vez

⁽⁴⁷¹⁾ LASCANO, *Jurisdicción y competencia*, ps. 172 y 173; FERNANDEZ, *Fundamentos de la quiebra*, núm., 430. Citados por ODERIGO, *Declaración de quiebra...*, LL, t. 79, p. 789, nota. 12.

⁽⁴⁷²⁾ ODERIGO, *op. cit.*, p. 789, acorde con lo sostenido por Núñez. Este autor, entendía que en relación a la calificación de la quiebra no se trataba ni se había tratado nunca de una cuestión prejudicial porque es de la esencia de las de este tipo, que se refieren a hechos distintos de los que constituirían la acción delictuosa, sosteniendo –con citas de autores foráneos- que toda cuestión prejudicial supone un hecho anterior, distinto de la infracción y cuya prueba puede hacerse separadamente.

⁽⁴⁷³⁾ FAVIER DUBOIS, *op. cit.*, p. 1.158.

⁽⁴⁷⁴⁾ CAMPOS, Juan C. *La eliminación de la calificación de conducta en la ley 24522 y la aplicación de la legislación penal en la quiebra fraudulenta*, DSyC, Errepar, Año 11, Vol. 9, no. 125 (Abr. 1998), p. 965 a 974.- p. 968. Algún autor, inspirado en las enseñanzas de Florián, llegó a sostener que la calificación de conducta es una cuestión cuasiprejudicial, pudiendo ser previa al proceso penal o resuelta concomitantemente con éste y en el mismo fuero (Conf. Ucha, A., “*Las sanciones en la quiebra*”, p. 29. Citado en BERGEL, Salvador Darío. *La calificación de conducta en el anteproyecto de ley de concursos mercantiles*, JA, 1970, p 268).

⁽⁴⁷⁵⁾ ROMERA, Oscar E., *La eliminación...*, p. 267, citando a Rouillón y Carrera.

⁽⁴⁷⁶⁾ En este sentido se ha dicho que “Sin ser una cuestión prejudicial, para el proceso penal por quiebra es indispensable la declaración de quiebra o del concurso civil, en las sedes comercial o civil (se refería a la normativa de la ley 19.551), 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 a quien no se halle declarado en quiebra en causa comercial” (SC Buenos Aires, LL 1978-C-712. Idem, SOLER, *Derecho penal argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1946, T. IV, p. 460).

⁽⁴⁷⁷⁾ ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 33.

decretada la quiebra, clausura la cual, como ya lo vimos en este trabajo, importa la presunción de fraude.

En cuanto al art. 1.104 del Código Civil, que en el inciso 2º, dispone como cuestiones prejudiciales las "...que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes...", el mismo perdió vigencia por el principio de independencia de acciones instaurado por el art. 242, segunda parte, de la Ley 19.551.

En este sentido, sin perjuicio de la derogación del art. 242 de la ley 19.551, como consecuencia de la ley 24.522 (art. 293), la cual expresamente establecía la independencia de la acción penal respecto de la calificación de conducta efectuada en sede comercial, se ha mantenido en la actualidad igual sistema que el que antecede a la ley 11.719⁽⁴⁷⁸⁾.

Por ello, es que se afirma que respecto a la "calificación de la quiebra de los comerciantes" más allá de la opinión uniforme de la doctrina en el sentido que la ley 19.551 de Concursos en su art. 242 había derogado tácitamente el inciso comentado al sentar la independencia operativa de los decisorios habidos en el ámbito comercial y penal, la Ley 24.522 de Concursos derogó todo el capítulo dedicado a la calificación de conducta y los terceros, el que es sustituido por un régimen de inhabilitación automática⁽⁴⁷⁹⁾.

En efecto, se sostiene que en vigencia ley 24.522 y con la expresa derogación del incidente de calificación de conducta se mantiene dicha independencia, por lo que carece de sentido mantenimiento de dicha norma, existiendo una derogación tácita en función del principio de no contradicción del orden jurídico y de coherencia sistemática⁽⁴⁸⁰⁾.

Si bien la prejudicialidad de la calificación de conducta del Código Civil, no existía más desde la sanción de la anterior norma, la desaparición de este incidente, inclusive en el juicio concursal –salvo en los casos en que deba existir un pronunciamiento expreso en ese sentido, a fin de determinar el monto indemnizatorio en caso de despido-, ratifica aún más tal posición, más aún en materia de prescripción⁽⁴⁸¹⁾.

Como vemos, en relación a la prueba de estos delitos, debido a las modificaciones operadas a través de la Ley 24.522, en especial al haber prácticamente desaparecido la calificación de conducta en sede comercial –ya que como se expuso oportunamente, sólo subsiste para los créditos laborales- queda tácitamente derogada la cuestión prejudicial a la que hace referencia el apartado segundo del art. 1.104 del Código Civil. Por lo demás, la interacción que existe entre los derechos penal y mercantil, en cuanto a la prueba de hecho y culpa, deberá regirse por las disposiciones generales que brindan los arts. 1.102 a 1.106 del Código Civil ⁽⁴⁸²⁾.

⁽⁴⁷⁸⁾ En este sentido se pronunciaron: SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 490; NÚÑEZ, *Tratado...*, t. IV, p. 364; LAJE ANAYA, *Quebrados...*, p. 56, FONTAN BALESTRA, *Tratado...*, t. VI, p. 161; CREUS, *Quebrados...*, p. 23 y se pronuncia: NAVARRO y RIZZI, *El delito...*, p. 44. En la jurisprudencia así se pronunciaron: CCC-Fallos, VI-320 y IV-108; LL, 55-719, SC Tucumán, LL, 11-339; entre otros.

⁽⁴⁷⁹⁾ Conf. SAUX, Edgardo I., EN: BUERES-HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bs. As.: Hammurabi, 2005, t. 3-A, p. 339, citando la obra de RIVERA-ROITMAN-VITOLLO, *Concursos y quiebras. Ley. 24522, 1995*, p. 366.

⁽⁴⁸⁰⁾ ERBETTA, Daniel. *Delitos de insolvencia*, p. 76 y 139.

⁽⁴⁸¹⁾ NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 45.

⁽⁴⁸²⁾ Conf. MARTORELL y VALERGA ARAOZ, *Los directores de sociedades anónimas*, LL, 1997-D-1241. Citado por Navarro y Rizzi, op. cit., p. 226.

A los fines de la valoración de la prueba, deberá tenerse especial prudencia ya que como se ha sostenido hasta el hartazgo, la sola declaración de quiebra no trae ínsita per se la comisión de alguno de los delitos analizados, más aún cuando en nuestro sistema jurídico rige el estado de inocencia y desde la prisión por deudas ha quedado abolida (ley 514), lo cual goza de jerarquía constitucional debido a los tratados internacionales incorporados a nuestra Carta Magna (art. 75 inc. 22° CN, Convención Americana de los Derechos Humanos y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos).

d) Intervención de las víctimas o damnificados. Remisión.

Sobre este tema, en especial a la posibilidad de los acreedores de intervenir en los procesos penales donde se investigan estos delitos en calidad de querellantes (art. 82 y ccdtes. CPPN) o de particular damnificados (art. 77 y ccdtes. CPPBA) y/o sus similares en otras jurisdicciones, ya nos hemos explayado al abordar el sujeto pasivo del delito de quiebra fraudulenta –véase págs. 182/183- donde nos remitimos.

Sin perjuicio de ello, sólo cabe agregar la existencia de una postura jurisprudencial minoritaria, que entiende que para estar legitimado para intervenir en tal carácter no necesariamente el acreedor debe tener verificado su crédito, sino que basta que haya presentado su crédito⁽⁴⁸³⁾.

Por otro lado, cabe agregar que estimamos que el Fisco -entendido en sentido lato, nacional, provincial o municipal- en caso de tener una acreencia, claramente está en condiciones de intervenir en tal calidad. No sólo por su condición de acreedor, sino también en virtud del interés fiscal que representa, indispensable para el cumplimiento de las funciones del Estado en beneficio de toda la sociedad⁽⁴⁸⁴⁾.

e) Ejercicio de la acción:

Los delitos analizados oportunamente son de acción pública, por lo que en un todo conformidad a lo establecido en el artículo 71 del Código Penal, la respectiva instrucción o investigación debe iniciarse de oficio sin que requiera impulso de parte.

Asimismo, la denuncia por quiebra fraudulenta puede ser realizada por cualquier persona, damnificada o no, siempre que se encuentre firme la sentencia que declara la quiebra.

Ello, resulta disímil de lo que acontece en otros códigos latinoamericanos, donde por ejemplo, requiere denuncia del particular damnificado –v.gr., Uruguay- o, directamente, es dependiente de instancia privada⁽⁴⁸⁵⁾.

Asimismo, es dable reiterar que desde mi punto de vista, todo juez concursal ante la sospecha o existencia de indicios de que se han cometido alguna de las conductas pasibles de las sanciones que prevén los arts. 176 a 180 del Código Penal, por su calidad de funcionario

⁽⁴⁸³⁾ Aunque hay quienes sostienen que ahí solo tienen un derecho en expectativa (Conf. NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 224.

⁽⁴⁸⁴⁾ Sobre la relación del fisco y los procesos concursales, sin perjuicio que ahonda en otro aspecto, véase: ALEGRIA, Héctor, “*La relación fisco-concurso (con especial referencia a la exclusión de voto del fisco en el acuerdo preventivo)*”, Suplemento de Concursos y Quiebras, 9 de septiembre de 2002, Ed. La Ley, p. 7/19 y en LL, 2002-E.659, quien expone claramente la tensión entre ambas, en virtud de existir intereses comprometidos, “el interés fiscal” por un lado y “la finalidad de los concursos” (la conservación de la empresa a través de una composición de intereses en el concurso preventivo, la rápida liquidación de los activos y pasivos en la quiebra) por el otro, donde es difícil encontrar equilibrio.

⁽⁴⁸⁵⁾ NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 225.

público y sus obligaciones legales debe formular la pertinente denuncia con la *notitia criminis*. Deber el cual, hay quienes se lo extienden al síndico concursal.

f) Suspensión de juicio a prueba:

Como se sabe, el beneficio de la suspensión de juicio a prueba (también erróneamente conocida en nuestro país como *probation*), es un instituto previsto en los arts. 76 bis, ter y quater del Código Penal (Título XII, incorporado por el art. 3° de la Ley 24.316, B.O. 19/5/1994) que resulta una válvula para evitar el colapso del sistema judicial, un modo de extinción de la acción penal y en especial, una gran oportunidad para los imputados a fin de evitar una eventual condena con todo lo que ello trae aparejado.

En relación a si las personas imputadas de los delitos analizados en este trabajo son pasibles de obtener este beneficio, debemos afirmar que en relación al delito de quiebra fraudulenta (art. 176), la quiebra culpable (art. 177) y la quiebra de sociedades o impropia (art. 178), debido a que el máximo de la escala penal prevista para los mismos -ya que exceden los tres años exigidos por el art. 76 bis del plexo represivo- y la amenaza de sanción de inhabilitación, en principio, impediría que quien resulte juzgado por la presunta comisión de estos delitos puedan beneficiarse con la aplicación de este instituto.

En cuanto al concurso civil fraudulento (art. 179, primera parte), sólo el máximo de la escala penal prevista para este delito podría obstar a la aplicación del instituto.

Téngase presente que la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y siguientes del Cód. Penal, es la reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años.

Empero, amén de lo expuesto, cabe manifestar que en relación a la pena de inhabilitación que se prevé para los mismos, que impediría su aplicación a los delitos mencionados, se han construido dos posturas doctrinarias y jurisprudenciales sobre la interpretación de la norma y su aplicación, la *tesis restrictiva*⁽⁴⁸⁶⁾ que era predominante hasta hace un tiempo y la *tesis amplia*⁽⁴⁸⁷⁾ que actualmente se ha ido imponiendo y afianzando en los tribunales más encumbrados, por la cual se podría conceder este beneficio pese a la sanción de inhabilitación, en especial para las modalidades del tipo imprudente (art. 177 y art. 178 en función del art. 177, Cód. Penal).

Es más, esta postura “amplia”, en una interpretación del art. 76 bis del Código Penal también permite hacer lugar a este beneficio en casos donde el juez en cada caso concreto estime que el cumplimiento de la pena puede ser dejada en suspenso (art. 26 y ccdtes., Código

⁽⁴⁸⁶⁾ No procede la suspensión de juicio a prueba, cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa (Cam. Nac. Casación Penal, plenario n° 5, “Kosuta, Teresa R. s/ recurso de casación”, LL, 1999-E-828; DJ, 2002-1-11; JA, 1999-III-606, y ED, 184-464). Postura la cual mantuvo nuestro Tribunal Cívero Federal en: CSJN, 3/12/02, “Gregorchuk, Ricardo”, JA, 2003-I-716, con voto en disidencia del doctor Vázquez.

⁽⁴⁸⁷⁾ Esta postura, la encontramos en los siguientes pronunciamientos: C.S.J.N., causa “Norverto, Jorge Braulio s/ infracción art. 302 C.P.” del 23/IV/2008; causa A.2186. XLI “Acosta, Alejandro Esteban s/inf. Art. 14 1.er párrafo, ley 23737 –causa n.o28/05–” (CSJN, Fallos 331:858), “Lorenzo, Amalia s/inf. Art. 292 del Código Penal” –causa n.o 1505, L.90. XLII–; Trib. Casación Penal Prov. Bs. As., Sala III, causa N° 11.630 de fecha 13-V-2010 “Bolo”, N° 11.287 de fecha 17-VI-2010, “G., JCM S/ Rec. De Queja” y causa N° 11.287, fallada en fecha 17-VI-2010, “G., JCM S/ Rec. De Queja”; Trib. Casación Penal Prov. Bs. As., Sala V, causa N° 54.908 de fecha 4/12/2012, “R., H. G. s/ Recurso de queja (art. 433)”; Trib. Casación Penal Prov. Bs. As., Sala VI, causa N° 55.680 de fecha 21/5/2013, “R., R. D. s/ Recurso de Queja (art. 433 del C.P.P.)”, entre otros.

Penal)⁽⁴⁸⁸⁾, entre los cuales se podría incluir sin hesitación alguna los previstos en los arts. 176, 177, 178 y 179 del Código Penal pese al máximo previsto en abstracto en sus escalas.

A diferencia de los delitos mencionados, no existe valladar alguno para aplicar este instituto al delito de colusión dolosa (art. 180, Cód. Penal) atento el máximo de la escala penal prevista en abstracto para la pena de prisión y que no contempla la pena de inhabilitación.

11. OTROS DELITOS RELACIONADOS CON LA QUIEBRA:

No es nuevo lo de la existencia de delitos que pueden “adherirse”⁽⁴⁸⁹⁾, “añadirse” o “relacionarse” a los delitos de quiebra o “concursales”. Así, a la quiebra se encuentra la posibilidad en que otras conductas que caen en adecuaciones típicas pueden configurar delito per se.

Con esa aptitud en el código represivo se presentan varios: a) estafa (art. 172)⁽⁴⁹⁰⁾, b) otorgamiento de contrato simulado o varios recibos (art. 173, inc. 7), c) administración fraudulenta⁽⁴⁹¹⁾ o “defraudación por infidelidad o abuso” (art. 173, inc. 7), d) negociaciones incompatibles (art. 265), e) favorecimiento real y receptación (arts. 277 inc. 2 y 3, 278), f) falsificación de documentos (arts. 292, 293, 294, 296, 297), g) balances falsos (art. 300 inc. 3)⁽⁴⁹²⁾, h) autorización de actos indebidos (art. 301), i) pago con cheques sin provisión de fondos (art. 302), i) antes subversión económica de los arts. 6, 7, 8 y 9 de la ley 20.840, hoy derogada por la ley 25.602, aunque incorporó el inc. 6° del art. 174 y el vetado art. 174 bis del Código Penal, j) otro es el llamado “vaciamiento de empresas”, que implica la posible concurrencia de muy diversas adecuaciones típicas como la administración infiel (art. 173, inc. 7), balance falso (300, inc. 3 y 301), etcétera ⁽⁴⁹³⁾.

⁽⁴⁸⁸⁾ Así, el Tribunal de Casación Penal de la Prov. de Buenos Aires, en plenario de fecha 9/9/2013, Causa N° 52.274 caratulada “B., L. E. y O., A. R. s/ Recurso de Queja (Art. 433 C.P.P.)” y su acumulada causa N° 52.462 caratulada “C., L. y B., A. M. s/ Recurso de Queja (Art. 433 C.P.P.)” – Pedido de Acuerdo Plenario, resolvió: “1.- La resolución que deniega la suspensión del juicio a prueba prevista en el artículo 76 bis del Código Penal es sentencia equiparable a definitiva; 2.- El instituto de la suspensión de juicio a prueba, es aplicable en todos los casos en que pudiere corresponder una condena de ejecución condicional; 3.- La aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba, es procedente en los casos de delitos que tienen prevista pena de inhabilitación ya sea principal, conjunta o alternativa; 4.- La anuencia del fiscal es, en principio, necesaria en todos los supuestos contemplados en la norma del artículo 76 bis del Código Penal”.

⁽⁴⁸⁹⁾ Ya Carrara, *Programma*, parág. 3452 y correlativos lo advertía. Citado por CARRERA, *Delitos...*, p. 526.

⁽⁴⁹⁰⁾ Se ha sostenido que los delitos de estafa y quiebra fraudulenta concurren idealmente (CNCrim. y Corr., Sala V, 16/12/75, “Natin, Alberto A.”, ED, en Disco Láse-1997) (Citado por ERBETTA, *op. cit.*, p. 217).

⁽⁴⁹¹⁾ Un tema interesante sobre la posible configuración de este delito y su relación con los llamados delitos de quiebra lo configura las operaciones que se puedan englobar en la figura del “Leveraged Buy Out” o “compra con apalancamiento”. Sobre la ilegitimidad de esa práctica y la cesación de pagos véase: FERRER, Patricia “*La compra apalancada del paquete accionario (leverage buy-out). Efectos en el supuesto de cesación de pagos de la sociedad*”, RDCO, 2003, n p. 605 n° Lexis N° 0021/000307.

⁽⁴⁹²⁾ Para ampliar sobre este delito, véanse los trabajos de: AGUILAR CARAVIA, Oscar W. *El delito de balance falso*, LL, 1986-D-1113; HENDLER, Eduardo S., *El delito de balance falso y la fe pública*, ED, 116-790 y LUCIANO, Guillermo Juan, *Delito de balance falso e incompleto*, LL, 2006-B, p. 961/976. Un pronunciamiento jurisdiccional ha sostenido que: “El delito de quiebra fraudulenta del art. 176 inc. 2° del Código Penal, en orden a lo establecido en el art. 178 del mismo, es delito independiente del de balances falsos del inc. 3° del art. 300”. (Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala I, 18/8/39, “Bloise”, CCC-Fallos, IV-293).

⁽⁴⁹³⁾ Véase: CARRERA, *op. cit.*, p. 526 y amplíese en NAVARRO y RIZZI, *op. cit.*, p. 233 y sptes. quienes analizan relaciones y posibles superposiciones entre algunas de los delitos mencionados.

Como vemos, algunos de estos delitos se cometen dentro del seno y ámbito de las sociedades comerciales, entre los cuales podemos mencionar el de administración fraudulenta, balance falso y autorización actos indebidos.

En la mayor parte de los casos reseñados no hay superposición de adecuaciones típicas, sino se trata de multiplicidad de hechos, que -de común- seguirán las reglas del concurso real⁽⁴⁹⁴⁾.

Por último, cabe manifestar que en el marco de procedimientos concursales pueden cometerse conductas encuadrables en el delito de “estafa procesal”; sobre la cual se ha sostenido que: “...como estafa en triángulo, tiene por objeto engañar al juez siendo víctima, de la perseguida disposición patrimonial, un tercero. Puede confirmar el procesamiento en orden al delito de estafa si los imputados, conscientes de la inminente declaración de quiebra y frustrado el proceso concursal provocado por ellos, intentaron desviar en perjuicio de un tercero la responsabilidad patrimonial que habría de emerger. El hecho de que ese perjuicio pudiera repercutir, a su vez, sobre los acreedores de la quiebra constituye una conducta independiente, con autonomía en los efectos que habría de producir, por lo que debe ser considerada en concurso material...”⁽⁴⁹⁵⁾.

12. ESTADÍSTICAS:

De las estadísticas consultadas surge la escasa aplicación de los tipos penales previstos en la legislación argentina para los delitos de quiebra, los cuales resultan ínfimos en parangón con otros delitos e incluso con los otros delitos contra la propiedad, entre los cuales actualmente se encuentran englobados legislativamente y que resultan ser los que más causas registran en nuestro país.

Ello, se demuestra ya que en el lapso que comprendido entre los años 1988 a 1997 el Registro Nacional de Reincidencia solo tiene contabilizados en el país un total de 12 condenas por delitos de quiebra.

Así, en 1988 se registró solo una condena penal por un caso en Capital Federal; 1989 un caso en Buenos Aires y un caso en Capital Federal; 1990 no se registraron casos; 1991 dos casos en Capital Federal; 1992 un caso en Buenos Aires y otro en Chaco. En 1993 y 1994 no se registran casos; en 1995 un caso en Buenos Aires y un caso en Capital Federal; en 1996, un caso en Buenos Aires, un caso en Corrientes y uno en Chaco; en 1997, un caso en Capital Federal⁽⁴⁹⁶⁾.

A su vez, en el período comprendido desde el año 1998 a 2012⁽⁴⁹⁷⁾, en todo el país se registran 134 condenas por quiebra fraudulenta y 10 por concurso civil fraudulento, lo cual si bien importa un incremento en su número, no modifican las conclusiones que se pueden extraer en la escasa aplicación de estas figuras delictivas.

⁽⁴⁹⁴⁾ NAVARRO y RIZZI, *Delitos de quiebra*, p. 57.

⁽⁴⁹⁵⁾ CNCrim. y Corr., Sala I, 4/11/05, “Zolkwer, Mauricio y otros”, c. 26.808, el Dial-AI22F3. Citado por ERBETTA, *Delitos...*, p. 216.

⁽⁴⁹⁶⁾ Fuente: Oficina de Estadísticas del Registro Nacional de Reincidencias y Estadísticas Criminal dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación. Citado en MONTAGNA, *Sanciones*, p. 112/113 y en diversos trabajos. A su vez, en 1997 también consta registrada una condena en Córdoba por concurso civil fraudulento.

⁽⁴⁹⁷⁾ Fuente: Dirección Nacional de Política Criminal sobre la base de las Estadísticas de Sentencias Condenatorias del Registro Nacional de Reincidencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Véase Cuadro 2 en el Anexo.

Así, por quiebra fraudulenta, en 1998 se registraron 3 condenas en Entre Ríos; en 1999 seis condenas en Buenos Aires, tres en Capital Federal y una en La Pampa; en 2000 dos condenas en Capital Federal; en el 2001 tres condenas en Capital Federal y una en Santa Cruz; en 2002 doce condenas en Capital; en 2003 diez condenas en Capital y dos en La Pampa; y en 2004 trece condenas en Capital, una en Córdoba, una en Chaco, una en La Pampa, y dos en Río Negro. Asimismo, en 2005 se registran quince condenas en Capital y una en La Pampa; en 2006 cinco en Capital y una en La Pampa; en 2007 dieciséis condenas en Capital, una en Córdoba y dos en Santa Fe; en 2008 seis en Capital y una en Río Negro; en 2009 seis en Capital Federal; en 2010 cinco en Capital y dos en la provincia de Buenos Aires; en 2011 siete en Capital y una en San Luis; y en 2012 se registra una sola condena en Capital Federal.

Por concurso civil fraudulento, en 1998 se registra una condena en Capital; en los años 1999 y 2000 no se registran condenas; en 2011 una sola condena en Santa Cruz; en 2002 no se registran condenas; en 2003 una sola en Buenos Aires; en los años 2004, 2005 y 2006 no se registran condenas por este delito; en 2007 una sola condena en la provincia de Buenos Aires; en 2008 solo una condena en Santa Fe; en 2009 una en Buenos Aires; en 2010 y 2011 no se registran condenas; y en el año 2012 cuatro (una en Capital, una en Salta, una en Mendoza y otra en Entre Ríos).

Para advertir, las escasas sentencias condenatorias de este tipo de delitos en relación a las existentes en relación a los delitos contra la propiedad (bien jurídico donde actualmente se encuentran comprendidos), véase el siguiente cuadro:

<i>Año</i>	<i>Causas por delitos contra la propiedad</i>	<i>Por quiebras fraudulentas</i>	<i>Por quiebras culpables</i>
2000	10.308	2	-
2001	12.961	3	-
2002	17.185	12	-
2003	22.214	12	-
2004	21.677	18	-
2005	22.711	16	-

(*) Fuente: MONTAGNA, Gastón Alejandro, “Sanciones al quebrado”, p. 113 y en “La quiebra. Dualismo sancionatorio comercial y penal”, p. 977.

Por otro lado, de las estadísticas del Fuero en lo Criminal y Correccional correspondiente a los Juzgados Nacionales en lo Criminal de Instrucción⁽⁴⁹⁸⁾, surge que pese a que todos los años se inician una importante cantidad de causas por este tipo de delitos, son pocas las causas que se elevan a juicio cada año. Así, en 2008 fueron iniciadas 1023 causas y ninguna elevación, en 2009 se iniciaron 832 y hubo 2 elevaciones, en 2010 se iniciaron 896 y

⁽⁴⁹⁸⁾ Véase página www.pjn.gov.ar, años 2008 a 2012.

6 fueron elevadas, en 2011 se iniciaron 1036 causas y 4 fueron elevadas a juicio, y en 2012, fueron iniciadas 912 causas y sólo 5 fueron elevadas. Es más, muy pocas quedan en trámite, debido a que la mayoría es desestimada, o se declaran incompetentes, se declara el sobreseimiento, la prescripción o son archivadas, entre otras causales.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, analizados los datos que suministra la Procuración General, a través del Sistema Informático del Ministerio Público Fiscal (SIMP) sobre las investigaciones penales preparatorias (IPP) iniciadas en general entre los años 2009 a 2012, si bien no se encuentran desagregados los delitos bajo análisis ya que se estipulan como “otros delitos contra la propiedad”, se advierte que la cantidad de causas iniciadas para investigar este tipo de delitos es escasa en parangón con otro tipo de delitos⁽⁴⁹⁹⁾.

Al propio tiempo, consultado los registros del Patronato de Liberados Bonaerense⁽⁵⁰⁰⁾, organismo estatal cuya función, en conformidad a los arts. 161 y srgtes. de la Ley 12.256 de Ejecución Penal y en consonancia con el mandato constitucional del art. 18 CN y del art. 30 Constitución Provincial, es la supervisión, asistencia, tratamiento e inclusión social de las personas que cumplen condenas o medidas judiciales en libertad; surge que de un universo con un total de 292.121 causas registradas (que representan los legajos tutelares con delito y juzgado registrados) en las que el organismo ha intervenido, existen 70 por concurso civil fraudulento (art. 179, CP) de las cuales 23 son por causas judiciales en trámite por ante la justicia bonaerense y el resto por ante la Justicia Nacional, Federal o de otras jurisdicciones, 70 por quiebra fraudulenta (art. 176, CP), de las cuales 13 son provenientes de tribunales bonaerenses y 66 por quiebra impropia o de sociedades (art. 178, CP), de las cuales 15 son por causas tramitadas en la provincia. En cuanto al tipo de intervención que este organismo ha efectuado en relación a causas que prevean este tipo de delitos, de la información suministrada surge que la mayoría han sido en el marco de suspensiones de juicio a prueba (art. 76 bis, Código Penal) y otra por condenas condicionales (Ley 24.316 con aplicación del art. 27 bis y ccdtes. del Código Penal).

Como se advierte, de todas las estadísticas expuestas, surge que 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.

En relación al artículo 178 del Código Penal que contempla el delito de quiebra impropia o de sociedades, la deficiente construcción del artículo por parte del legislador, la confusión reinante en la doctrina acerca de cómo debe interpretárselo, sumado a la total falta de experiencia de nuestros operadores jurídicos acerca de cómo proceder frente a la única figura imprudente prevista por el legislador en materia de delitos contra la propiedad y a los problemas que acarrea de por sí todo el capítulo en cuestión, ha hecho caer esta figura penal en un rotundo y absoluto fracaso político-criminal, si tenemos en cuenta que, frente a la previsible comisión de este delito tanto en su modalidad del art. 177, como en la del 178, C.P.,

⁽⁴⁹⁹⁾ Fuente: Departamento de Estadísticas – Procuración General. Véanse los cuadros y planillas estadísticas del Anexo, extraídos de www.mpf.gba.gov.ar.

⁽⁵⁰⁰⁾ Información suministrada por la Dirección de Control de la Ejecución Penal y medidas judiciales del organismo según base de datos al 29/11/2013. Véanse en el Anexo planillas con datos desagregados y detallados.

durante el lapso 1989-1998, tan solo se contabiliza, en el registro oficial nacional, una sola condena (en Buenos Aires, año 1991)⁽⁵⁰¹⁾.

Las escasas sentencias condenatorias por estos delitos, al contraponerse con las causas y procesos vinculados con los concursos (quiebras, pedidos de quiebras, propias quiebras, incidentes), las cuales se fueron incrementando desde la sanción de la Ley 24.522, debido a que la misma ha brindado soluciones muy favorables a los deudores con una tibia sanción, demuestra la ineficacia del régimen penal actualmente establecido, más aún cuando es una verdad de Perogrullo que en el marco de las mismas se realizan conductas claramente en fraude y perjuicio a terceros que merecerían un reproche de índole penal.

13. ULTIMOS PROYECTOS DE REFORMA:

Sin perjuicio que como antecedentes existen muchos proyectos de reforma sobre los delitos que se abordan en este trabajo⁽⁵⁰²⁾, alguno de los cuales ya hemos mencionado oportunamente, en virtud de su contemporaneidad y actualidad, nos circunscribiremos a desarrollar brevemente los últimos.

a) Anteproyecto de 2.006:

Este *Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación*, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación 2005/2006⁽⁵⁰³⁾, adhirió al criterio de la codificación, por el cual se procura condensar en un único estatuto normativa (penal) todas las disposiciones punitivas, evitando la dispersión, la asistematicidad y las eventuales inconsistencias que pueden acontecer⁽⁵⁰⁴⁾.

La Comisión propuso una reformulación total de los llamados “delitos de quiebra”, a partir de la regulación de dos figuras, las cuales son ubicadas dentro del Título de los “Delitos contra la propiedad y el orden económico” y en el Capítulo denominado “Insolvencias punibles”, admitiéndose el carácter pluriofensivo de estas figuras, en tanto se considera que afectan un bien de índole netamente patrimonial, como el derecho de crédito, y además, -bajo

⁽⁵⁰¹⁾ Conf. Información oficial del *Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal*. Estadística sobre sentencias condenatorias en orden al delito de quiebra culpable. Citado en RAFECAS, Daniel Eduardo. *Los delitos de quiebra en Argentina (con especial referencia a la quiebra societaria, art. 178, Cód. Penal)*, op. cit.-

⁽⁵⁰²⁾ Así, se pueden mencionar: Proyecto Villegas-Ugarriza-García de 1881, Proyecto Piñero-Rivarola-Matiezo de 1891, Proyecto Segovia de 1895, Proyecto de Código Penal de 1.906, Proyecto Coll-Gómez de 1937, Proyecto Peco de 1941, Proyecto de Código Penal de 1951, Proyecto de Código Penal de 1953, Proyecto de Código Penal de 1960, entre otros.

⁽⁵⁰³⁾ La comisión que proyectó el mismo desarrolló su labor durante los años 2005 y 2006, y el texto fue elevado el 31 de agosto de 2006 por la Comisión para la elaboración del Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (resoluciones MJyDH 303/04, 497/05, 136/06 y 736/06). La Comisión estuvo integrada por los doctores David Baigún, Carlos Chiara Díaz, Joaquín Da Rocha, Javier De Luca, Daniel Erbetta, Enrique García Vitor, Raúl Ferreyra, Edmundo Hendler, Raúl Ochoa, Alejandro Tizón, Guillermo Yacobucci y fue coordinada por Alejandro Slokar. Debe destacarse la inicial presencia del profesor Edgardo Donna y del representante del Ministerio del Interior, Gabriel Di Matteo. El texto completo y sus fundamentos fue publicado en “Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación, (2006)”, Buenos Aires: Ediar, Buenos Aires, 2007, con prólogo de Luigi Ferrajoli.

⁽⁵⁰⁴⁾ ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, págs. 39/40.

ciertas condiciones- al orden socio-económico, que en la propuesta integral de reforma relacionada es elevado a la categoría de bien jurídico⁽⁵⁰⁵⁾.

A su vez, se propuso superar la desarticulación y la falta de congruencia existentes entre la legislación comercial y la regulación penal, en especial, luego de la sanción de la ley 24.522 y sus modificaciones⁽⁵⁰⁶⁾. El texto proyectado reza:

Art. 182.- “Insolvencia fraudulenta. Será reprimido con prisión de un mes a seis años el deudor que frustrare el cumplimiento de sus obligaciones, y mediante la sustracción u ocultación de bienes a la acción de los acreedores, o el otorgamiento de actos jurídicos simulados o la celebración de actos en fraude de los acreedores. Se entenderá que existe frustración cuando el deudor cayere en cesación de pagos de acuerdo con la ley comercial aún cuando no haya sido declarada judicialmente. Si como consecuencia de los comportamientos descriptos en el párrafo anterior se declarare la quiebra del deudor, la pena será de dos a seis años de prisión e inhabilitación especial por el doble de tiempo de condena”

Art. 183.- “Insolvencia culposa. Se impondrá pena de un mes a un año e inhabilitación especial por el doble de tiempo de condena al que, por imprudencia o negligencia, hubiera causado en perjuicio de los acreedores la insolvencia de un establecimiento comercial o industrial del que fuera dueño, socio comercial, gerente, administrador, representante legal o mandatario, o cuyos negocios hubiera gestionado de hecho. Se entenderá que existe insolvencia, aunque no hubiera sido judicialmente declarada, cuando concurren hechos que, de acuerdo con la ley comercial, sean reveladores del estado de cesación de pagos, con excepción del caso en que la solvencia se encuentre comprobada por otros medios. Se considerará que hubo imprudencia o negligencia, en especial cuando: a) No se hubiera llevado la contabilidad exigida por la ley; b) Se hubieran extraviado o haya sido destruidos, sustraídos o hubieran desaparecido los libros de comercio o la documentación que la ley obliga a conservar; c) Se hubieran empleado medios ruinosos para obtener recursos; d) Se haya abandonado o descuidado de manera manifiesta la atención del establecimiento; e) Se hubieran empleado trabajadores sin registrarlos de conformidad con las leyes laborales o previsionales. No se aplicarán las consideraciones precedentes cuando el pasivo del establecimiento fuera inferior a pesos cien mil, o cuando hubiera menos de veinte acreedores quirografarios o cuando los trabajadores en relación de dependencia empleados fueran menos de veinte”⁽⁵⁰⁷⁾.

Al respecto se sostiene que los proyectistas, consideraron adecuado el criterio de otras legislaciones de no supeditar la punibilidad de los hechos a la declaración formal de la quiebra, sino a la insolvencia misma, superando de este modo la multiplicidad de interpretaciones (con sus diversas consecuencias) en torno a dicho requerimiento (considerado por algunos como condición de procedibilidad, por otros, como elemento objetivo del tipo y también, como condición objetiva de punibilidad)⁽⁵⁰⁸⁾.

A su vez, despeja toda duda respecto a si abarca también conductas realizadas dolosamente, no contiene norma alguna similar al actual artículo 179 y resuelve el problema al no exigir declaración de quiebra ni diferenciar entre comerciante y no comerciante, y no contiene previsión alguna como el delito de colusión actual.

⁽⁵⁰⁵⁾ En este sentido: ERBETTA, *op. cit.*, p. 47.

⁽⁵⁰⁶⁾ ERBETTA, *Delitos de insolvencia*, p. 405.

⁽⁵⁰⁷⁾ Erbetta no justifica intervención a hechos de negligencia e imprudencia (ERBETTA, *op. cit.*, p. 408/409) resabios infamantes y sancionatorios de la insolvencia.

⁽⁵⁰⁸⁾ ERBETTA, *op. cit.*, p. 43 y 47.

Por otro lado, se sostiene que este anteproyecto, supera los inconvenientes derivados del hecho que los deudores resulten ser sociedades o personas jurídicas distintas de quien ejecuta o realiza las acciones típicas, mediante una regla general regulada en el art. 43 (actuar en lugar o representación de otro), cuya inclusión conduce a la supresión del actual art. 178⁽⁵⁰⁹⁾.

b) Anteproyecto de Reforma de 2.012/14.

En el año 2012, mediante el Decreto 678/2012, la Presidencia de la Nación creó una Comisión para la Elaboración de un *Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación*⁽⁵¹⁰⁾, la cual el día 13 de febrero de 2.014 remitió a la Presidente de la Nación el texto del anteproyecto.

Lamentablemente, la simple presentación del mismo instaló en el tapete de la opinión pública y mediática el debate sobre la conveniencia o no de la sanción del mismo, el cual fue reducido, banalizado o menospreciado por un supuesto favorecimiento a la delincuencia que desde mi punto de vista no es tal. Para ello, se incurrió en una irresponsable generalización sin entrar a analizar cada uno de los institutos y delitos en particular, lo cual hace mella a la inmejorable oportunidad que reviste la misma para consumir -de una buena vez- una reforma integral del Código Penal, que contemple y recepte los cambios y modificaciones que desde hace tiempo se reclaman y armonice la totalidad de las disposiciones contenidas en el mismo, que desde su sanción ha sufrido unas 900 modificaciones parciales y asistemáticas que afectaron su integración y orden. En especial, para los delitos vinculados a los procesos concursales en general, para que su texto se encuentre en armonía y acople con la legislación concursal.

El Poder Ejecutivo a la fecha aún no giró el anteproyecto al Congreso Nacional, aunque sí decidió –acertadamente- exponer públicamente el texto del mismo a los efectos de impulsar su debate y discusión en las universidades, cámara empresariales, asociaciones civiles y academias de derecho.

En lo que respecta a los delitos que abordamos en este trabajo, se proyectó que dentro del Libro Segundo “De los delitos”, Título VII denominado “Delitos contra el patrimonio”, en el Capítulo X intitulado “Insolvencias punibles”, se prevé el delito de “Cesación de pagos fraudulenta” (art. 155), el de “Actuación fraudulenta en proceso concursal” (art. 157) y el de “Favorecimiento ilegal de acreedores” (art. 158).

Los textos proyectados rezan⁽⁵¹¹⁾:

“ARTÍCULO 155° Cesación de pagos fraudulenta.

1. Será penado con prisión de SEIS (6) meses a SEIS (6) años, el deudor que, en perjuicio de sus acreedores, provocare la declaración de su cesación de pagos mediante la realización de alguna de las siguientes conductas:

a) Sustracción, ocultación, daño, disminución de valor o destrucción de bienes.

⁽⁵⁰⁹⁾ ERBETTA, *op. cit.*, págs. 256/257.

⁽⁵¹⁰⁾ Integrada por el Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Eugenio Raúl ZAFFARONI en calidad de Presidente, y los señores Diputados de la Nación doctores Ricardo Rodolfo GIL LAVEDRA y Federico PINEDO, la doctora María Elena BARBAGELATA y el doctor León Carlos ARSLANIAN en calidad de integrantes, donde de algún modo se ven representadas diversas fuerzas políticas del país. Asimismo, el Dr. Julián ALVAREZ ofició de Secretario y el Dr. Roberto Manuel CARLÉS de Coordinador y tuvo la colaboración de una gran cantidad de reconocidos juristas de nuestro país.

⁽⁵¹¹⁾ Véase el texto completo del Anteproyecto en www.infojus.gob.ar/proyectocodigopenal

b) *Actos jurídicos simulados.*

c) *Simulación de gastos o pérdidas.*

d) *Obligaciones de imposible cumplimiento conforme a su estado patrimonial.*

2. *En los casos de entidades a las que se aplica el procedimiento de liquidación sin quiebra, la apertura del procedimiento de liquidación equivaldrá a la declaración de cesación de pagos.*

3. *Si como consecuencia de cualquiera de las maniobras del inciso 1º, se declarare la quiebra del deudor, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión e inhabilitación por el doble de tiempo de la condena.*

4. *El máximo de la pena de prisión será de DIEZ (10) años cuando la quiebra afectare a gran número de personas que le hubieren confiado valores al quebrado o hubieren invertido en él en procura de vivienda o de servicios de salud”*

“ARTÍCULO 157º *Actuación fraudulenta en proceso concursal.*

Será penado con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años, el que en el curso de un proceso concursal, presentare libros de contabilidad u otra documentación contable, con registros falsos, suprimidos o alterados, o informare datos falsos sobre su estado de solvencia”.

“ARTÍCULO 158º *Favorecimiento ilegal de acreedores*

1. *Será penado con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años o multa de CINCUENTA (50) a DOSCIENTOS (200) días, el deudor que, en el curso de un proceso concursal, favoreciere a un acreedor otorgándole ventajas o privilegios a que no tuviere derecho, en perjuicio de los otros acreedores.*

2. *La misma pena se impondrá al acreedor que aceptare las ventajas o privilegios del inciso anterior”.*

Como se advierte y así lo exponen los proyectistas en los fundamentos, en relación artículo 155 se toma como punto de partida los lineamientos trazados por el proyecto de 2006, tratando de aproximar la legislación penal a la regulación comercial vigente y se recepta la crítica que se efectuaba de exigir la declaración formal de la quiebra para la configuración delictual, como lo es en la actualidad para los tipos vigentes.

A su vez, acertadamente y también receptando algunas críticas doctrinarias, no se prevé un tipo culposo como lo hacía el anteproyecto de 2006 y lo prevé el actual artículo 177, ello en virtud de las dificultades que acarrea determinar cuando existe un comportamiento culposo.

Por otro lado, como se advierte, se propone suprimir el vigente artículo 180, argumentando su incompatibilidad con la actual legislación comercial, por ejemplo, debido a la posibilidad de realizar acuerdos preventivos extrajudiciales que relativizan los fundamentos que inspiraron a ese tipo penal. Asimismo, como se advierte, se incorpora el delito de “Actuación fraudulenta en proceso concursal”, que según los proyectistas se trata de una simulación defraudatoria producida durante el concurso y prevé el favorecimiento ilegal de acreedores que se corresponde al vigente inciso 3º del artículo 176.

En relación a las denominadas quiebra de sociedades, ya no existe un artículo específico como el artículo 178 vigente, lo cual se debe a que el Código Projectado prevé -en el Capítulo XIII Disposiciones generales, art. 163º- que “...*Las personas jurídicas podrán ser sancionadas por los delitos de este Título, en los términos del presente Código*”, para lo cual deberá acudir a las sanciones previstas en los artículos 59 y siguientes del Código proyectado. Adviértase, que la inclusión de sanciones de linaje penal para las personas jurídicas en el Código Penal es una de las mayores innovaciones del Anteproyecto, toda vez que en nuestro país tradicionalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas estaba

reservada para los delitos cambiarios (ley 19.359), contrabando (ley 22.156) y aquellos previstos en la ley de Abastecimiento (ley 20.680) y que desde el año 2.010 se han ido incorporado gradualmente para ciertos delitos puntuales como los cometidos contra el Sistema Integral de Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241), en lo Penal Tributario (ley 24.769), lavado de dinero, entre otros⁽⁵¹²⁾.

Por último, es dable mencionar una crítica sobre el texto proyectado en relación al ejercicio de las acciones penales de los delitos que nos ocupan en este trabajo. Así, si bien se mantiene la clasificación de acciones en públicas, privadas y públicas dependientes de instancia privada (arts. 42, 43 y 44 del Anteproyecto), se amplía el elenco de las mencionadas como acciones públicas con instancia privada, entre las cuales se menciona -artículo 43º, inc. 1, ap. h)-, los delitos por “insolvencias punibles” (Título VII, Capítulo X). Lo cual, desde nuestro punto de vista, resulta totalmente disvalioso ya que como se ha sostenido en este tipo de ilícitos no sólo existe la mera afectación a intereses privados sino también al interés público, además de coadyuvar a la posible impunidad de este tipo de ilícitos.

14. DERECHO COMPARADO.

Seguidamente, nos detendremos en exponer brevemente y hacer someras referencias en como algunas legislaciones extranjeras abordan estos delitos, en especial se transcribirán las normas penales previstas por las mismas.

a) España⁽⁵¹³⁾(⁵¹⁴):

a.1) Antecedentes. Doctrina.

El doctrinario español Viladas Jené, mediante un interesante trabajo que aborda un profundo y riguroso estudio jurídico, histórico y sociológico de los delitos de quiebra en España⁽⁵¹⁵⁾, destacando las consecuencias que la quiebra produce, que el fenómeno no es

⁽⁵¹²⁾ Sobre la incorporación de las sanciones penales al plexo penal, en especial su crítica sobre la extensión y alcances de las previsiones proyectadas, véase: DURRIEU FIGUEROA, Roberto, *Luces y sombras en la reforma penal proyectada*, LL, 2014-D, ejemplar del día 7/8/2014, pág. 3.

⁽⁵¹³⁾ Para la legislación actual del Reino de España, agradezco la desinteresada e inestimable colaboración de Carlos VILADAS JENÉ, destacado letrado y socio emérito de la oficina Barcelona del bufete Uría Menéndez de dicha nación.

⁽⁵¹⁴⁾ Entre la bibliografía ibérica consultada al efecto, se puede mencionar: FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo José. “Insolvencia punible”. En: BELTRÁN, Emilio; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (Dirs.); ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo; CAMPUZANO, Ana Belén (Coords.). *Enciclopedia de Derecho concursal, Tomo II*. Cizur Menor: Aranzadi, 2012, p. 1821-1841; FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo José. “La reforma de las insolvencias punibles”. DÍAZ MAROTO-VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2010, de 28 de enero*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011, p. 399- 406; ROCA AGAPITO, Luis; SÁNCHEZ DAFAUCE, Mario. “Las insolvencias punibles y la reforma de 2010 (arts. 257 y 261 bis)”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 287 a 290; VILADAS JENÉ, Carles. *Los delitos de Quiebra. Norma jurídica y realidad social, 1ª edición*. Barcelona: Ed. Península, 1982; y el Anteproyecto de reforma del Código Penal. Ministerio de Justicia, 2013. Págs. 118 y ss. Modificación de los artículos 259 y ss del CP. Entre las obras nacionales: NAVARRO, Guillermo Rafael y RIZZI, Aníbal Horacio. *El delito de quiebra*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2.004, p. 249, entre otras.

⁽⁵¹⁵⁾ VILADAS JENÉ, Carles. *Los delitos de Quiebra. Norma jurídica y realidad social, 1ª edición*. Barcelona: Ed. Península, 1982.

nuevo, el progresivo deterioro de las reglas éticas que regían la materia mercantil, entre otras cuestiones.

El mismo, es tomado en el presente ya que sin perjuicio de las diferencias propias de ambos países y pese al paso del tiempo, muchas de sus conclusiones y críticas se pueden reproducir a la legislación argentina vigente.

En efecto, este autor destaca y detecta defectos en la legislación española no sólo de técnica legislativa sino también de falta de adecuación a la realidad social, criticando la ley penal en blanco de los arts. 520 y 521 del código penal entonces vigente, refiriendo que "...la aplicación de los arts. 520 y 521 del Código penal en España es escasa; o, en otras palabras, el número de acciones efectivamente llevadas a término que reúnen las características exigidas por los tipos penales aludidos es muy elevado y contrasta con el de sentencias condenatorias por delitos de quiebra pronunciadas por los tribunales..."⁽⁵¹⁶⁾.

Sobre la aplicación de los citados tipos penales, destaca la cifra negra u oscura de criminalidad en materia de quiebras, exponiendo que tipificar conductas sin que después sean condenadas las personas que las llevan a cabo es tan grave como establecer declaraciones de derechos y no respetarlos en la práctica⁽⁵¹⁷⁾.

A su vez, exalta la apariencia legislativa vacía de efectividad de entonces, los defectos de técnica legislativa o inobservancia, el hecho que la muy escasa aplicación contrasta con el creciente insolvencias y efectuando un estudio dogmático de los preceptos penales entonces vigentes destaca la falta de claridad en el bien jurídico protegido para lo cual realiza un interesante análisis histórico del mismo.

Por otro lado, este autor al desarrollar la evolución histórica de las sanciones efectuadas a las quiebras y del bien jurídico sucesivamente protegido⁽⁵¹⁸⁾, distingue tres períodos, el primero abarcaría desde los tiempos del Imperio Romano hasta los de la Edad Media y podría caracterizarse del modo siguiente: se castiga por el mero hecho de ser insolvente y la sanción que se impone al mismo consiste en un primer estadio en la muerte, en un segundo estadio en la esclavitud y finalmente en la servidumbre. El segundo período comprendería la época de la Monarquía Absoluta hasta la de la Revolución Francesa y la progresiva extensión de sus postulados al resto de Europa; se caracteriza por la imposición de graves penas de prisión al insolvente por el mero hecho de no poder responder del pago de sus obligaciones. Finalmente, el tercer período abarcaría desde Napoleón y su obra codificadora hasta nuestros días; las penas de prisión siguen siendo graves pero se castiga la insolvencia en atención a las causas de ese desenlace y a los propósitos del quebrado, pero ya no por el mero hecho de quebrar. Destacando que en determinados períodos históricos los posibles protagonistas de las insolvencias eran los mismos que detentaban el poder y que, por consiguiente, eran capaces de influir, a través del Estado, sobre el ejercicio del *ius puniendi* ⁽⁵¹⁹⁾, que la regulación penal de los delitos de quiebra en ese entonces permanecía sustancialmente inalterada desde la codificación napoleónica (p. 45) y que seguían siendo respuestas a un perjuicio patrimonial

⁽⁵¹⁶⁾ VILADAS JENÉ, *op. cit.*, p. 20.

⁽⁵¹⁷⁾ VILADAS JENÉ, *op. cit.*, ps. 22 y 23.

⁽⁵¹⁸⁾ Conf. VILADAS JENÉ, *op. cit.*, p. 39 citando a QUINTANO RIPOLLES, *Tratado...*, III, Madrid, 1962, p. 7.

⁽⁵¹⁹⁾ VILADAS JENÉ, *op. cit.*, p. 41.

inferido a un “igual”, actitud armónica con la concepción individualista y patrimonialista que asume la burguesía como respuesta.

En España, los Códigos penales de 1822, 1848, 1850 y 1870 presentan normas represivas para los casos de insolvencia y quiebra fraudulenta, bajo la clásica *nomen* “alzamiento”, y que el vigente Código Penal de 1995 sigue manteniendo.

Así, los artículos 520 y 521 anteriormente previstos para estos delitos fueron modificados por el Código Penal sancionado en 1995, por el cual se modificó la anterior estructura –similar a la nuestra- como delito de daño (Título XIII “de los delitos contra la propiedad”, Capítulo IV “de las defraudaciones”, sección primera, art. 520 del Código penal antiguo. Ver Quintano Ripolles, Antonio. “Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal”, t. III, p. 67 y sgtes.) contra la propiedad y el *orden socioeconómico*, en donde se castiga no sólo al quebrado, sino también al que fuere declarado en concurso o suspensión de pagos, si la insolvencia fue causada o agravada por el deudor o persona que actúa en su nombre (art. 260.1, Código Penal Español de 1.995).

En España se sostiene que 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⁽⁵²⁰⁾), pero ello resulta atendible en tanto las insolvencias punibles (junto con todos los demás delitos tradicionales contra la propiedad) son consideradas en el Código Penal español de 1995 como “delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”.

Así y todo, Muñoz Conde sigue defendiendo la tesis tradicional que ve en estos delitos un ataque al derecho de los acreedores, postura que considera dominante en España, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial⁽⁵²¹⁾.

a.2) Código penal de 1995. Situación actual.

En la actualidad, conforme surge del texto consolidado publicado en el B.O.E., la *Ley Orgánica 10/1995* de 23 de noviembre, del Código Penal estipula dentro del Título XIII Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, el Capítulo VII. De las insolvencias punibles (Artículos 257 a 261 bis). La redacción actual y vigente de los mismos, rezan:

“Artículo 257. 1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: 1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. 2.º Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

2. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.

⁽⁵²⁰⁾ BENEYTEZ MERINO, Luis: “Las insolvencias punibles” en Curso de derecho penal económico, director: Enrique Bacigalupo, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 183. Citado por RAFECAS, *El delito de quiebra...*, p. 51.

⁽⁵²¹⁾ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*, 11ª ed., Tirant to Blanch, Valencia, 1995, p. 398. Citado por RAFECAS, *El delito...*, p. 52. Puig Peña, refiere la buena fe y la seguridad del crédito, citado por Navarro y Rizzi, op. cit., p. 22.

3. En el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, la pena a imponer será de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.

4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1.º, 4.º y 5.º del apartado primero del artículo 250.

5. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal” (Se reenumera el apartado 3 como 5 y se modifican el 3 y 4 por el art. 64 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Ref. BOE-A-2010-9953).

“Artículo 258. El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

“Artículo 259. Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto” (Se modifica por el art. único.89 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Ref. BOE-A-2003-21538).

“Artículo 260. 1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.

2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.

3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal” (Se modifica por el art. único.90 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Ref. BOE-A-2003-21538)

“Artículo 261. El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses” (Se modifica por el art. único.91 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Ref. BOE-A-2003-21538)

“Artículo 261 bis. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.

c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33” (Se añade por el art. único.65 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Ref. BOE-A-2010-9953).

Asimismo, actualmente se encuentra en tratamiento el *Anteproyecto de reforma del Código Penal, del Ministerio de Justicia, 2013*. (págs. 118 y ss.), que prevé la modificación de los artículos 259 y ss. del Código Penal. Como medidas concretas se adecua la insolvencia punible a los supuestos de acreedores declarados fraudulentos y se da una respuesta proporcionada a posibles conductas ilícitas de los administradores concursales, que también podrán ser condenados por malversación y cohecho.

b) Italia:

Si bien en la primera parte de este estudio, al abordar la regulación de los procesos concursales ya se expuso sobre las figuras delictivas existentes en Italia, donde se destacó que se encuentran reguladas a través de una ley especial (*legge fallimentare*), la número 267 dictada el 16 de marzo de 1942, la cual no sólo contiene normas de naturaleza penal, sino también de carácter comercial e inclusive de índole administrativa. Entre su articulado, podemos destacar:

Art. 216.- “Quiebra fraudulenta. Se castiga con reclusión de tres a diez años al empresario declarado en quiebra, que:

1. Hubiera distraído, ocultado, disimulado, destruido o disipado en todo o en parte sus bienes, o bien con el propósito de causar perjuicio a sus acreedores, hubiese declarado o reconocido débitos inexistentes;
2. hubiera sustraído, destruido o falsificado, en todo o en parte, con el propósito de procurar para sí o para otro un provecho injusto o causar perjuicio a los acreedores, los libros o la demás documentación contable o los hubiera llevado de modo que no hiciese posible la reconstrucción del patrimonio o del movimiento de los negocios...”

Art. 217.- “Quiebra simple. Se castiga con reclusión de seis meses a dos años al empresario declarado en quiebra, que, fuera de los casos del artículo precedente:

1. Hizo gastos personales o por familia excesivos respecto a su condición económica.
2. Consumió una notable parte de su patrimonio en operaciones puramente o manifiestamente imprudentes.
3. Efectuó operaciones gravemente imprudentes para demorar la quiebra.
4. Agravó su situación absteniéndose de requerir su propia quiebra o con otra culpa grave.
5. No satisfizo las obligaciones asumidas en un concordato preventivo o falencial.

Igual pena se aplica al fallido que durante los tres años anteriores a la declaración de quiebra o desde el inicio de la empresa, si ésta tuvo menor duración, no ha llevado los libros y otras constancias contables prescritas por la ley o las ha llevado de manera irregular o incompleta.

Salvo las otras penas accesorias del Capítulo II, Título II, Libro II del Código Penal, la condena importa inhabilitación para ejercer cargo directivo en cualquier empresa por dos años”.

Art. 218.- “Recurso abusivo del crédito. Salvo que el hecho constituya delito más grave, se castiga con reclusión hasta dos años al empresario comercial que reúna o continuamente recurra al crédito, disimulando su propia insolvencia. Salvo las otras penas accesorias del Capítulo II, Título II, Libro II del Código Penal, la condena importa inhabilitación para el ejercicio del comercio e incapacidad para ejercer cargo directivo en cualquier empresa por tres años”.

Art. 219.- “Circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes. Cuando los hechos previstos en los artículos 216, 217 y 218 ocasionen un daño patrimonial de relevante gravedad, su pena aumenta hasta la mitad. La pena de dicho artículo se aumenta:

1. Si el culpable cometió más hechos que aquellos previstos en los artículos indicados.
2. Si el culpable no podía legalmente ejercer el comercio.

En el caso que los hechos indicados en el primer inciso han ocasionado un daño patrimonial de especial benignidad, la pena se reduce hasta el tercio”.

Art. 220.- “Denuncia de acreedores inexistentes y otras inobservancias de parte del fallido. Se castiga con reclusión de seis a dieciocho meses al fallido que, fuera de los casos del art. 216, en la nómina de sus acreedores, denuncia acreedores inexistentes u omite declarar la existencia de otros bienes que deberían estar comprendidos en el inventario, o no observa las obligaciones de los arts. 16, inc. 3º y 49. Si el hecho ocurre por culpa, se aplica reclusión hasta de un año”.

Art. 221.- “Quiebra con procedimiento sumario. Cuando se aplique el procedimiento sumario, las penas de este capítulo se aplican a los hechos cometidos por el socio ilimitadamente responsable”.

c) Francia:

Esta materia, en el Código Penal francés⁽⁵²²⁾, se regula en el Libro III, “De los crímenes y delitos contra los bienes”, Título I, “De las apropiaciones fraudulentas”, Capítulo IV “De las distracciones”, en la Sección III, el cual se denomina “De la organización fraudulenta de la insolvencia”, en los artículos 314-7 a 314-9, los cuales rezan:

Artículo 314-7.- “El hecho, cometido por un deudor, antes incluso de la resolución judicial que constate su deuda, de organizar o agravar su insolvencia, bien aumentando el pasivo o disminuyendo el activo de su patrimonio, bien disminuyendo o disimulando la totalidad o parte de sus ingresos, bien disimulando algunos de sus bienes, con el fin de sustraerse a la ejecución de una condena de naturaleza patrimonial impuesta por una jurisdicción represiva o impuesta por una jurisdicción civil, en materia delictiva, cuasidelictiva o de alimentos, será castigado con tres años de prisión y multa de 45.000 euros.

Comete el mismo delito el dirigente de hecho o de derecho de una persona jurídica que organice o agrave la insolvencia de ésta en las condiciones definidas en el párrafo anterior con el fin de sustraerla de sus obligaciones pecuniarias resultantes de una condena impuesta en materia penal, delictiva o cuasidelictiva”.

Artículo 314-8.- “El órgano jurisdiccional podrá decidir que la persona condenada como cómplice de la infracción definida en el artículo 314-7 quede obligada solidariamente, en el límite de los fondos o del valor de mercado de los bienes recibidos a título gratuito u oneroso, a satisfacer las obligaciones pecuniarias que resulten de la condena a cuya ejecución el autor de la infracción haya querido sustraerse.

Cuando la condena de naturaleza patrimonial la haya impuesto un órgano jurisdiccional represivo, el tribunal podrá decidir que la pena que imponga no se confunda con la anteriormente impuesta.

La prescripción de la acción pública sólo se computará desde la condena a cuya ejecución el deudor haya querido sustraerse; no obstante, sólo se computará desde la última actuación que haya tenido por objeto organizar o agravar la insolvencia del deudor si la última actuación es posterior a esta condena”.

Artículo 314-9.- “Para la aplicación del artículo 314-7, las resoluciones judiciales y los convenios judicialmente homologados que obliguen a pagar prestaciones, subsidios o contribuciones a las cargas del matrimonio se asimilarán a las condenas al pago de alimentos”.

A su vez, en la Sección IV, se establecen las penas accesorias aplicables a las personas físicas y responsabilidad de las personas jurídicas, donde se estipula:

Artículo 314-11.- “Las personas físicas culpables de alguno de los delitos previstos en los artículos 314-5, 314-6 y 314-7 incurrirán igualmente en las penas accesorias siguientes:

1º El comiso de la cosa que haya servido o estaba destinada a cometer la infracción o de la cosa producto de la misma, con excepción de los objetos susceptibles de restitución;

2º La publicación o la difusión de la resolución adoptada en las condiciones previstas en el artículo 131-35⁽⁵²³⁾”.

⁽⁵²²⁾ Código penal de 1994 y sus modificaciones, fecha de actualización 10/12/2005 con el concurso del Prof. Dr. José Luis De la Cuesta Arzamendi, catedrático de la Universidad de San Sebastián, en: http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1969/13763/.../Code_56.pdf [20/10/2013].

⁽⁵²³⁾ El artículo 131-35 del Código penal francés (Ley nº 2004-575 de 21 de junio 2004, art. 2 III, Diario Oficial de 22 de junio de 2004).- “La pena de publicación de la resolución adoptada o de su difusión correrá a cargo del condenado. Los gastos de publicación o de difusión cobrados a este último no podrán, sin embargo, exceder del máximo de la multa impuesta. El órgano jurisdiccional podrá ordenar la publicación o la difusión de la totalidad o parte de su resolución, o de un comunicado que informe al público sobre los fundamentos y la parte dispositiva de la misma. En su caso, determinará los extractos de la resolución y los términos del comunicado que deberán publicarse o difundirse. La publicación o la difusión de la resolución o del comunicado sólo incluirán la identidad de la víctima si se cuenta con su autorización o la de su representante legal o de sus derechohabientes. La pena de publicación se ejecutará en los lugares y por el período indicado por el órgano jurisdiccional; salvo disposición en contrario de la ley que castigue la infracción, la publicación no podrá exceder de dos meses. En caso de supresión, ocultación o deterioro de los carteles publicados, se procederá a colocarlos de nuevo a cargo de la persona declarada culpable de estos hechos. La difusión de la resolución se realizará en el Diario Oficial de la República Francesa, en una o varias publicaciones de prensa o por uno o varios servicios de comunicación

Artículo 314-13.- “Las personas jurídicas podrán ser declaradas penalmente responsables de las infracciones definidas en el artículo 314-5, 314-6 y 314-7 en las condiciones previstas en el artículo 121-2.

Las penas aplicables a las personas jurídicas serán:

1° La multa, conforme a lo previsto en el artículo 131-38;

2° Las penas previstas en los apartados 8° y 9° del artículo 131-39”.

d) Bolivia:

El Código Penal boliviano⁽⁵²⁴⁾, en el capítulo IV, denominado “Estafas y otras defraudaciones”, se regula esta materia en dos artículos, los cuales rezan:

Art. 343.- “(Quiebra).- Se impondrá la pena de privación de libertad de dos a seis años al comerciante cuya quiebra fuere declarada fraudulenta con arreglo al Código o leyes de comercio. Si la quiebra fuere declarada culpable, la sanción será disminuida en un tercio”.

Art. 344.- “(Alzamiento de bienes o falencia civil).- El que no siendo comerciante se alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude, con el propósito de perjudicar a sus acreedores, incurrirá en privación de libertad de dos a seis años”.

e) Brasil:

El Código penal brasileño, Decreto-Ley N° 2848 de 07.12.1940, modificado por la Ley N° 9777 de 26/12/98 entre otras, no prevé delitos de este tipo, disponiendo entre sus disposiciones finales (Art. 360) que los delitos de quiebra se encuentran sujetos o reservados a la legislación especial⁽⁵²⁵⁾.

En efecto, como oportunamente se expuso, la *Ley 11.101 –Lei de falencias-* del 9/2/2005 en vigor desde el 10/6/2.005⁽⁵²⁶⁾, contempla disposiciones penales en el Capítulo VII, en el cual se enumera o tipifica una serie de conductas que constituyen lo que se conoce como «delitos concursales». Dicha norma no identifica estos delitos bajo ninguna denominación especial sino que únicamente describe una serie de conductas que, cometidas por el deudor en el marco de una situación de quiebra, de un procedimiento de recuperación judicial o de una recuperación extrajudicial, darán lugar a la imposición de una sanción.

Son conductas relevantes a estos efectos, entre otras, haber incurrido en gastos generales claramente injustificados, por su naturaleza o valor, y no disponer de los libros obligatorios o que su llevanza esté atrasada o sea defectuosa o confusa. También son sancionadas con reclusión las siguientes conductas: el pago anticipado de unos acreedores en perjuicio de otros; la simulación de dispendios, de deudas activas o pasivas y de pérdidas; y la destrucción, inutilización o supresión, total o parcial de los libros obligatorios. También fija penas para cualquier persona que oculte o desvíe bienes de la masa, presente en la quiebra, en el

pública por vía electrónica. Las publicaciones o los servicios de comunicación pública por vía electrónica encargados de la difusión serán designados por el órgano jurisdiccional. No podrán oponerse a la difusión”.

⁽⁵²⁴⁾ Código Penal. Ley N° 1768 de 10 de Marzo de 1997. Decreto Ley N° 10.426 de 23 de agosto de 1972, elevado a rango de ley y modificado por la ley N° 1768. Texto ordenado por Decreto Supremo N° 0667 de 08 de octubre de 2.010. Conf. <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscarg/CODIGO%20PENAL> [17/10/2013].

⁽⁵²⁵⁾ “Art. 360 - Ressalvada a legislação especial sobre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário”.

⁽⁵²⁶⁾ Texto actualizado en: <http://legis.senado.leg.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual> y en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm [23/10/2013].

procedimiento de recuperación judicial o extrajudicial declaraciones o reclamaciones falsas o aporte a la masa títulos falsos o simulados.

Los delitos concursales pueden cometerse tanto antes (delitos pre-concursales) como después de la declaración judicial de la quiebra (delitos post-concursales), si bien en la mayoría de los casos se cometen con anterioridad. El autor de los delitos concursales es, por excelencia, el quebrado, aunque también pueden ser reos de estos delitos cuando adquieran bienes de la masa, u obtengan cualquier lucro relativo a estos bienes, el síndico, el evaluador judicial de los bienes, terceros deudores y acreedores, representantes del Ministerio Público e, incluso, los propios jueces (cfr. artículo 177 de la ley). A efectos penales, es claro que en la quiebra, recuperación judicial o extrajudicial de sociedades las penas previstas para el deudor quebrado deben imponerse a sus directores, administradores, gerentes y liquidadores (art. 179 de la ley).

Además de penas privativas de libertad, detención o reclusión, según el caso, pena accesoria a todo delito concursal es la prohibición del «ejercicio del comercio», lo que trasladado a los parámetros de la teoría de la empresa es tanto como la prohibición de realizar actividades empresariales. La prohibición se hace efectiva una vez la quiebra adquiere la condición de cosa juzgada. El plazo empieza a correr el día en que finalice el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Con la rehabilitación del reo cesa la prohibición de ejercer actividades empresariales, aunque aquélla únicamente podrá concederse una vez transcurridos tres o cinco años —según cuál sea la pena impuesta—, contados a partir del día en que se cumpla la pena privativa de libertad impuesta y siempre que el condenado pruebe la extinción por sentencia judicial de todas sus obligaciones.

Los delitos concursales prescriben conforme a las disposiciones que prevé el Código Penal contados desde la fecha del decreto de quiebra, de la concesión de la recuperación judicial o de la homologación del plan de recuperación extrajudicial (cfr. artículo 182, *caput*, de la ley).

El texto de las disposiciones penales previstas en el Capítulo VII de la ley de quiebras 11.101, reza:

Seção I
Dos Crimes em Espécie
Fraude a Credores

“Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumento da pena

§ 1º A pena aumenta-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente:

I – elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos;

II – omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou altera escrituração ou balanço verdadeiros;

III – destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado;

IV – simula a composição do capital social;

V – destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.

Contabilidade paralela

§ 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até metade se o devedor manteve ou movimentou recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação.

Concurso de pessoas

§ 3º Nas mesmas penas incidem os contadores, técnicos contábeis, auditores e outros profissionais que, de qualquer modo, concorrerem para as condutas criminosas descritas neste artigo, na medida de sua culpabilidade.

Redução ou substituição da pena

§ 4º Tratando-se de falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte, e não se constatando prática habitual de condutas fraudulentas por parte do falido, poderá o juiz reduzir a pena de reclusão de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) ou substituí-la pelas penas restritivas de direitos, pelas de perda de bens e valores ou pelas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas”.

Violação de sigilo empresarial

“Art. 169. Violar, explorar ou divulgar, sem justa causa, sigilo empresarial ou dados confidenciais sobre operações ou serviços, contribuindo para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Divulgação de informações falsas”

“Art. 170. Divulgar ou propalar, por qualquer meio, informação falsa sobre devedor em recuperação judicial, com o fim de levá-lo à falência ou de obter vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Indução a erro”

“Art. 171. Sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembléia-geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Favorecimento de credores”

“Art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o credor que, em conluio, possa beneficiar-se de ato previsto no caput deste artigo”.

Desvio, ocultação ou apropriação de bens

“Art. 173. Apropriar-se, desviar ou ocultar bens pertencentes ao devedor sob recuperação judicial ou à massa falida, inclusive por meio da aquisição por interposta pessoa:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens”

“Art. 174. Adquirir, receber, usar, ilicitamente, bem que sabe pertencer à massa falida ou influir para que terceiro, de boa-fé, o adquira, receba ou use:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Habilitação ilegal de crédito”

“Art. 175. Apresentar, em falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, relação de créditos, habilitação de créditos ou reclamação falsas, ou juntar a elas título falso ou simulado:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Exercício ilegal de atividade”

“Art. 176. Exercer atividade para a qual foi inabilitado ou incapacitado por decisão judicial, nos termos desta Lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Violação de impedimento”

“Art. 177. Adquirir o juiz, o representante do Ministério Público, o administrador judicial, o gestor judicial, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro, por si ou por interposta pessoa, bens de massa falida ou de devedor em recuperação judicial, ou, em relação a estes, entrar em alguma especulação de lucro, quando tenham atuado nos respectivos processos:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

Omissão dos documentos contábeis obrigatórios

“Art. 178. Deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios:

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave”.

Seção II

Disposições Comuns

“Art. 179. Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade”.

“Art. 180. A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei”.

“Art. 181. São efeitos da condenação por crime previsto nesta Lei:

I – a inabilitação para o exercício de atividade empresarial;

II – o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei;

III – a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

§ 1º Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença, e perdurarão até 5 (cinco) anos após a extinção da punibilidade, podendo, contudo, cessar antes pela reabilitação penal.

§ 2º Transitada em julgado a sentença penal condenatória, será notificado o Registro Público de Empresas para que tome as medidas necessárias para impedir novo registro em nome dos inabilitados”.

“Art. 182. A prescrição dos crimes previstos nesta Lei rege-se-á pelas disposições do [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) - Código Penal, começando a correr do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Parágrafo único. A decretação da falência do devedor interrompe a prescrição cuja contagem tenha iniciado com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial”.

Asimismo, en la Sección III (arts. 183 a 188, Ley de quiebras) del citado capítulo, prevé disposiciones del “Procedimiento penal”, entre los cuales se destaca que el juez criminal competente para investigar los delitos previstos en esta ley es el de la jurisdicción donde fue decretada la quiebra, concedida la recuperación judicial u homologado el plan de recuperación extrajudicial (art. 183), que los delitos previstos son de acción pública incondicionada, detallando quienes pueden activar la misma (art. 184), que el Ministerio público de verificar la existencia de un crimen debe iniciar la correspondiente investigación penal (art. 187), que subsidiariamente son de aplicación las disposiciones del Código de procedimiento penal siempre que no sean incompatibles con las prevista en la ley de quiebras (art. 188), entre otras.

f) Chile:

El Código Penal de Chile⁽⁵²⁷⁾, en el Título IX, denominado “Crímenes y simples delitos contra la propiedad”, apartado 7 –De las defraudaciones–, se regula solamente en un solo artículo la materia punible, el cual reza:

Art. 466.- “El deudor no dedicado al comercio que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o que se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de esos bienes, será

⁽⁵²⁷⁾ <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984> [17/10/2013], sitio de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados. En la misma pena incurrirá si otorgare, en perjuicio de dichos acreedores, contratos simulados”.

Asimismo, es dable decir que en Chile, a partir de 1977 se han tramitado 1.260 procesos penales, de los cuales 950 se han tramitado en la Región Metropolitana y 355 en el resto del país. Entre 1983 y el 2.007 existen 95 sentencias condenatorias ejecutoriadas⁽⁵²⁸⁾.

g) Colombia:

El Código Penal de Colombia⁽⁵²⁹⁾, no contempla tipificado delitos relacionados con la materia abordada, aunque si, en el Libro Segundo dedicado a la Parte especial de los delitos en particular, prevé en el Título VII intitulado como Delitos contra el patrimonio económico, el capítulo VI, denominado “De las defraudaciones”, prevé el delito de alzamiento de bienes, el cual reza:

Artículo 253. Alzamiento de bienes. “El que alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude para perjudicar a su acreedor, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes”⁽⁵³⁰⁾.

h) Costa Rica:

El Código Penal costarricense⁽⁵³¹⁾ regula esta materia en el Libro Segundo denominado “De los delitos”, el Título VIII intitulado “Delitos contra la buena fe de los negocios”, Sección I, “Quiebra e insolvencia”, cuyos artículos rezan:

Art. 238. Quiebra fraudulenta.- “Se impondrá prisión de dos a seis años e inhabilitación para el ejercicio del comercio, de tres a diez años al comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes:

- 1) Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos, pérdidas o créditos;
- 2) Sustraer u ocultar bienes que correspondieren a la masa o no justificar su salida o su enajenación;
- 3) Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor; y 4) Haber sustraído, destruido o falsificado en todo o en parte los libros u otros documentos contables, o los hubiere llevado de modo que se hiciera imposible la reconstrucción del patrimonio o el movimiento de los negocios”. (*Así corrida su numeración por el artículo 3° de la Ley N° 9048 del 10 de julio de 2012, que lo traspaso del antiguo artículo 231 al 238, "Reforma de la Sección VIII, Delitos Informáticos y Conexos, del Título VII del Código Penal"*)

Art. 239. Quiebra culposa.- “Se impondrá prisión de seis meses a dos años, e inhabilitación para ejercer el comercio, de uno a cinco años, al comerciante declarado en quiebra que haya determinado su propia insolvencia y perjudicado a sus acreedores por sus gastos excesivos con relación al capital, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta”. (*Así corrida su numeración por el artículo 3° de la Ley N° 9048 del 10 de julio de 2012, que lo traspaso del antiguo artículo 232 al 239, "Reforma de la Sección VIII, Delitos Informáticos y Conexos, del Título VII del Código Penal"*).

Art. 240. Responsabilidad de personeros legales.- “Serán reprimidos con las penas contempladas en los dos artículos anteriores y cuando les sean imputados los hechos en ellos previstos: los directores, administradores, gerentes, apoderados o liquidadores de las sociedades mercantiles declaradas en quiebra, así como los tutores o curadores que ejerzan el comercio en nombre de menores o incapacitados”. (*Así corrida su*

⁽⁵²⁸⁾ Conf. PRADO PUGA, Arturo. *Síntesis de la legislación de quiebras en Chile*, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, RDCO, 2007-A, p 496.

⁽⁵²⁹⁾ Ley 599 de 2.000, Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. El texto se extrajo de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000_pr009.html [20/11/2013]

⁽⁵³⁰⁾ Las penas fueron aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. Anteriormente, el texto original rezaba: “Alzamiento de bienes. El que alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude para perjudicar a su acreedor, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

⁽⁵³¹⁾ Texto extraído de <https://www.iberred.org/legislacion-codigo-penal> [17/10/2013].

numeración por el artículo 3° de la Ley N° 9048 del 10 de julio de 2012, que lo traspaso del antiguo artículo 233 al 240, "Reforma de la Sección VIII, Delitos Informáticos y Conexos, del Título VII del Código Penal").

Art. 241.- Insolvencia fraudulenta.- "Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos referidos en el artículo 231. (Así corrida su numeración por el artículo 3° de la Ley N° 9048 del 10 de julio de 2012, que lo traspaso del antiguo artículo 234 al 241, "Reforma de la Sección VIII, Delitos Informáticos y Conexos, del Título VII del Código Penal")

Art. 242. Connivencia maliciosa.- "Será reprimido con prisión de tres meses a dos años o sesenta a ciento cincuenta días multa, el acreedor que consintiere en un avenimiento, convenio o transacción judicial en connivencia con el deudor o con un tercero y hubiere concertado ventajas especiales para el supuesto de aceptación del avenimiento, convenio o transacción. La misma pena se aplicará al deudor o a las personas a que se refiere el artículo 233 que concluyeren un convenio de este género. (Así corrida su numeración por el artículo 3° de la Ley N° 9048 del 10 de julio de 2012, que lo traspaso del antiguo artículo 235 al 242, "Reforma de la Sección VIII, Delitos Informáticos y Conexos, del Título VII del Código Penal").

i) Cuba:

El Código Penal cubano⁽⁵³²⁾, ley número 62 de 1987, en el Libro II: Parte Especial Delitos, Título XIII llamado "Delitos contra los derechos patrimoniales", Capítulo IX, intitulado "Defraudaciones", Sección Cuarta -adicionada por el artículo 32 del Decreto-Ley No. 175 del 17 de junio de 1997 (G.O. Ext. No. 6 de 26 de junio de 1997, pág. 45)- denominada Insolvencia Punible, prevé un artículo que reza:

Art. 337. 1. (Modificado).- "Incurrir en sanción de privación de libertad de dos a cinco años:

a) el deudor que para sustraerse al pago de sus obligaciones, se alce con sus bienes, los oculte, simule enajenaciones o créditos, se traslade al extranjero o se oculte sin dejar representante legal o bienes en cantidades suficientes para responder al pago de sus deudas o realice cualquier otro acto de disposición patrimonial en defraudación de los derechos de sus acreedores;

b) el que sea declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos, cuando la insolvencia sea causada o agravada intencionalmente por el deudor o por persona que actúe en su nombre.

2. El que en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos presente datos falsos relativos al estado financiero, con el fin de lograr la declaración de aquéllos, incurrir en sanción de privación de libertad de uno a tres años.

3. Para adecuar la sanción el tribunal tendrá en cuenta la cuantía del perjuicio ocasionado a los acreedores, así como el número y condición económica de éstos" (Este artículo fue modificado por el artículo 32 del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997 (G.O. Ext. No. 6 de 26 de junio de 1997, pág. 37).

j) Ecuador:

El Código Penal ecuatoriano⁽⁵³³⁾ en el Título "De los delitos contra la propiedad", en el Capítulo VI individualizado con la denominación "De los quebrados y otros deudores punibles", regula esta materia del siguiente modo:

Art. 576.- "Los comerciantes que, en los casos previstos por las leyes, fueren declarados culpables o responsables de quiebra, serán reprimidos:

Los de quiebra culpable, con prisión de uno a tres años; y,

Los de alzamiento o quiebra fraudulenta, con reclusión menor de tres a seis años".

Art. 577.- "Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad o de una persona jurídica que ejerza el comercio, todo director, administrador o gerente de la sociedad o persona jurídica fallida, o contador o tenedor de libros, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos culpables o fraudulentos que determinen la quiebra, será reprimido con la pena del quebrado fraudulento o culpable, en su caso".

⁽⁵³²⁾ Texto extraído de: http://www.gacetaoficial.cu/html/legislacion_cubana.html [20/10/2013].

⁽⁵³³⁾ Texto extraído de: <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-de-ecuador.pdf> [20/10/2013].

Art. 578.- Cuando no se trate de la quiebra de un comerciante, el culpado será reprimido con prisión de uno a cinco años, en el caso de insolvencia fraudulenta, y con prisión de seis meses a dos años, en el de insolvencia culpable.

Art. 579.- Serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años y multa de seis a sesenta y dos dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Los que en obsequio del fallido hubieren sustraído, disimulado u ocultado, en todo o en parte, sus bienes muebles e inmuebles;

Los que se hubieren presentado fraudulentamente en la quiebra, y sostenido, sea a su nombre, sea por interposición de persona, créditos supuestos o exagerados;

El acreedor que hubiere estipulado, sea con el fallido o cualquiera otra persona, ventajas particulares, por razón de sus votos en la deliberación relativa a la quiebra, o el que hubiere hecho un contrato particular del cual resultare una ventaja a su favor y contra el activo del fallido; y,

El síndico de la quiebra culpado de malversación en el desempeño de su cargo.

(Nota: Artículo reformado por Art. 168 de Ley No. 75, publicada en Registro Oficial 635 de 7 de Agosto del 2002).

k) El Salvador:

El Código Penal salvadoreño⁽⁵³⁴⁾, en el Libro Segundo, dedicado a la Parte Especial: De los delitos y sus penas, contempla en el Título IV, bajo el nombre “Delitos relativos al orden socioeconómico”, el Capítulo III, “De las insolvencias punibles”, donde regula:

Art. 241. Alzamiento de bienes.- “El que para sustraerse al pago de sus obligaciones, se alzare con sus bienes, los ocultare, simulare enajenaciones o créditos, se trasladare al extranjero o se ausentare sin dejar representante legal o bienes en cantidades suficientes para responder al pago de sus deudas o realizare cualquier otro acto en fraude a los derechos de sus acreedores, será sancionado con prisión de uno a tres años.

La acción penal solo podrá ser ejercida si la insolvencia resultare comprobada por actos de ejecución infructuosa en la vía civil”.

Art. 242. Quiebra dolosa.- “El que fuere declarado por juez competente en quiebra, concurso o suspensión de pagos, cuando la insolvencia fuere ocasionada o agravada dolosamente por el deudor o por persona que actuare en su nombre, será sancionado con prisión de tres a siete años”.

l) Guatemala:

El Código Penal guatemalteco⁽⁵³⁵⁾ regula el delito de quiebra bajo el Título X intitulado “De los delitos contra la economía nacional, el comercio y la industria”, Capítulo II denominado “De la quiebra e insolvencia punible, del siguiente modo:

Quiebra fraudulenta. Art. 348.- “El comerciante que haya sido declarado en quiebra fraudulenta, será sancionado con prisión de dos a diez años e inhabilitación especial por doble tiempo de la condena”.

Quiebra culpable. Art. 349.- “El comerciante que haya sido declarado en quiebra culpable, será sancionado con prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo de la condena”.

Responsabilidad personal. Art. 350. “Cuando sea declarada en quiebra una empresa mercantil, todo director, administrador o liquidador de la sociedad o establecimiento fallido que hubiere cooperado a la ejecución en alguno de los actos ilícitos que la motivaron, será sancionado con igual pena a la señalada para el quebrado fraudulento o culpable, según el caso”.

Complicidad. Art. 351.- “Serán penados como cómplices de delito de quiebra fraudulenta, quienes ejecutaren cualquiera de los actos siguientes:

1o. Confabularse con el quebrado para suponer créditos contra él o para aumentarlos, alterar su naturaleza o fecha con el fin de anteponerse en graduación, en perjuicio de otros acreedores, aun cuando esto se verifique antes de la declaración de quiebra.

⁽⁵³⁴⁾ Sancionado por el Decreto Nro. 1030 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador de fecha 26/04/1997, cuyo texto se encuentra en: <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-de-el-salvador.pdf> [20/10/2013].

⁽⁵³⁵⁾ Texto extraído de: <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-de-guatemala.pdf> [20/10/2013].

2o. Haber auxiliado al quebrado en el alzamiento, sustracción u ocultación de sus bienes.

3o. Ocultar a los administradores de la quiebra la existencia de bienes que, perteneciendo a ésta, obren en poder del responsable, o entregarlos al quebrado y no a dichos administradores.

4o. Verificar con el quebrado conciertos particulares en perjuicio de otros acreedores”.

Alzamiento de bienes. Art. 352.- “Quien, de propósito y para sustraerse al pago de sus obligaciones se alzare con sus bienes, los enajenare, gravare u ocultare, simulare créditos o enajenaciones, sin dejar persona que lo represente, o bienes suficientes para responder al pago de sus deudas, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientos a tres mil quetzales. Si el responsable fuere comerciante, se le sancionará, además, con inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena”.

Quiebra de sociedades irregularmente constituida. Art. 353.- “Para los efectos de lo dispuesto en este Código, se considerará fraudulenta la quiebra de toda sociedad constituida sin los requisitos legales y a quienes las constituyeren se aplicarán las sanciones establecidas en el Artículo 350”.

Concurtido no comerciante. Art. 354.- “El concursado no comerciante cuya insolvencia fuere el resultado, en todo o en parte, de alguno de los hechos siguientes, será sancionado con prisión de uno a dos años:

1o. Haber hecho gastos domésticos o personales excesivos y descompasados con relación a su fortuna, atendidas las circunstancias de su rango y familia.

2o. Haber sufrido, en cualquier clase de juego, pérdidas que excedieren de lo que por vía de recreo aventure en entretenimiento de esta clase, un buen padre de familia.

3o. Haber tenido pérdidas en apuestas cuantiosas, compras y ventas simuladas y otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependa exclusivamente del azar.

4o. Haber enajenado, con depreciación notable, bienes cuyo precio estuviere adeudando.

5o. Retardar su presentación en concurso, cuando su pasivo fuere tres veces mayor que su activo.

Serán penados como cómplices del delito previsto en este artículo, quienes ejecutaren con respecto al concursado cualquiera de los enumerados en el Artículo 351 de este Código”.

II) Honduras:

El Código Penal hondureño⁽⁵³⁶⁾, en el Libro Segundo: Parte Especial, prevé en el Título VII “Delitos contra la propiedad”, el Capítulo V, denominado “Insolvencia punible”, donde legisla:

Art. 233.- “El comerciante declarado en quiebra fraudulenta conforme al Código de Comercio, será castigado con reclusión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a siete años”.

Art. 234.- “Incurrirá en reclusión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de uno a tres años, el comerciante declarado en quiebra culpable por alguna de las causas comprendidas en el Código de Comercio”.

Art. 235.- “Serán penados como cómplices del delito de quiebra fraudulenta quienes ejecutaren cualquiera de los actos siguientes:

1) Confabularse con el quebrado para suponer créditos contra él o para aumentarlos, alterar su naturaleza o fecha de vencimiento con el fin de anteponerse en graduación, en perjuicio de otros acreedores, aún cuando éste se verificare antes de la declaración de quiebra.

2) Haber auxiliado al quebrado en el alzamiento, sustracción u ocultación de sus bienes.

3) Ocultar a los administradores de la quiebra la existencia de bienes que, perteneciendo a ésta, obren en poder del culpable, o entregarlos al quebrado y no a dichos administradores.

4) Verificar con el quebrado conciertos particulares en perjuicio de otros acreedores”.

Art. 236.- “Cuando sea declarada en quiebra una empresa mercantil, todo director o administrador de la misma que hubiere cooperado a la ejecución en alguno de los actos ilícitos que la motivaren, será castigado con la pena del quebrado fraudulento o culpable, en su caso”.

Art. 237.- “Será sancionado con reclusión de tres a seis años, si fuere comerciante, y de dos a cinco, si no lo fuere, el deudor que para sustraerse el pago de sus obligaciones, enajenare o gravare sus bienes sin notificarlo en forma auténtica a sus acreedores, con quince días de antelación, por lo menos; u ocultare sus bienes, simulare

⁽⁵³⁶⁾ Decreto 144-83 de fecha 23 de agosto de 1983, Publicado en la Gaceta número 24.264 del lunes 12 de marzo de 1984. Vigente a partir del 12 de marzo de 1985. Texto actualizado en:

https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo_penal_de_honduras.pdf [20/10/2013].

enajenaciones o créditos, o se trasladare al extranjero sin dejar persona que lo represente, o bienes suficientes para responder al pago de sus deudas”.

Art. 238.- “Incurrirá en reclusión de uno a dos años el concursado no comerciante cuya insolvencia fuere el resultado, en todo o en parte, de algunos de los hechos siguientes:

1) Haber hecho gastos domésticos o personales excesivos, y desproporcionados con relación a su fortuna, atendidas las circunstancias de su rango y familia.

2) Haber sufrido, en cualquier clase de juego, pérdidas que excedieren de lo que por vía de recreo, aventure en entrenamiento de esta clase, un buen padre de familia.

3) Haber tenido pérdidas en apuestas cuantiosas, compras y ventas simuladas y otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependa exclusivamente del azar.

4) Haber enajenado, con depreciación notable, bienes cuyo precio estuviere adeudando.

5) Retardar su presentación en concurso, cuando su pasivo fuere mayor en un veinticinco por ciento en relación con su activo”.

Art. 239. “Serán penados como cómplices del delito previsto en el artículo que precede, quienes ejecutaren con respecto al concursado cualesquiera de los actos enumerados en el Artículo 235”.

m) México:

El Código Penal Federal de México⁽⁵³⁷⁾, contemplaba estos ilícitos en el Libro Segundo, Título XXII denominado “Delitos en contra de las personas en su patrimonio”, Capítulo IV intitulado “De los delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso, en los arts. 391 a 394, los cuales actualmente se encuentran derogados⁽⁵³⁸⁾.”

Asimismo, como oportunamente se referenciara, la Ley de Concursos Mercantiles del 12 de mayo de 2.000⁽⁵³⁹⁾ prevé el Título Décimo Primero titulado “Aspectos penales del concurso mercantil”, cuyo Capítulo único: “De los delitos en situación de concurso mercantil”, estipula:

“Artículo 271.- El Comerciante declarado, por sentencia firme, en concurso mercantil, será sancionado con pena de uno a nueve años de prisión por cualquier acto o conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el Comerciante ha causado o agravado dolosamente el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones cuando lleve su contabilidad en forma que no permita conocer su verdadera situación financiera; o la altere, falsifique o destruya.

El juez tendrá en cuenta, para individualizar la pena, la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores y su número”.

“Artículo 272.- El Comerciante contra el cual se siga un procedimiento de concurso mercantil será sancionado con pena de uno a tres años de prisión cuando requerido por el juez del concurso mercantil, no ponga su contabilidad, dentro del plazo que para ello el juez concursal le hubiere concedido, a disposición de la persona que el juez designe, salvo que el Comerciante demuestre que le fue imposible presentarla por causas de fuerza mayor o caso fortuito”.

“Artículo 273.- Cuando el Comerciante sea una persona moral, la responsabilidad penal recaerá sobre los miembros del consejo de administración, los administradores, directores, gerentes o liquidadores de la misma que sean autores o partícipes del delito”.

“Artículo 274.- El que por sí o por medio de otra persona solicite en el concurso mercantil el reconocimiento de un crédito inexistente o simulado será sancionado con pena de uno a nueve años de prisión”.

⁽⁵³⁷⁾ Texto actualizado en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm> [20/10/2013] o también en <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm> [20/10/2013].

⁽⁵³⁸⁾ Véase su texto en NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, págs. 270/271.

⁽⁵³⁹⁾ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 2000 y última reforma publicada DOF 27-12-2007. Texto actualizado en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php> [22/10/2013].

“Artículo 275.- Los delitos en situación de concurso mercantil se perseguirán por querrela. Tendrán derecho a querrellarse el Comerciante y cada uno de sus acreedores, estos últimos aun en el caso de que algún otro acreedor hubiese desistido de su querrela o hubiere concedido el perdón”.

“Artículo 276.- En los delitos en situación de concurso mercantil, el juez penal no conocerá de la reparación del daño, materia que corresponde al juez del concurso mercantil”.

“Artículo 277.- Los delitos en situación de concurso mercantil, cometidos por el Comerciante, por personas que hayan actuado en su nombre o por terceros, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso mercantil y sin perjuicio de la continuación de éste.

Las decisiones del juez que conoce del concurso mercantil no vinculan a la jurisdicción penal. No será necesaria calificación para perseguir estos delitos”.

n) Nicaragua:

El Código Penal nicaragüense⁽⁵⁴⁰⁾, Ley No. 641, prevé estos delitos en el Libro Segundo: De los delitos y sus penas, Título VI denominado “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, en el Capítulo XI “De las quiebras e insolvencias punibles”, prevé:

Art. 258. Quiebra fraudulenta.- “Será sancionado con pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para ejercer el cargo, profesión u oficio por el mismo período la persona declarada en quiebra fraudulenta que, en perjuicio de sus acreedores, realice alguno de los siguientes actos:

- a) Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas;
- b) Sustraer u ocultar activos que correspondan a la masa patrimonial o no justificar su salida o cancelación;
- c) Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor con el objeto de aparentar obligaciones;
- d) Transferir o enajenar maliciosamente a cualquier título los activos antes de ser declarado en estado de quiebra;
- e) Falsear balances y estados financieros;
- f) Llevar a cabo negociaciones con instrumentos monetarios o los activos con la intención de reducir o simular una disminución de la masa patrimonial;
- g) Llevar duplicidad de los libros contables o llevarlos falsamente;
- h) Pagar dividendos de utilidades que manifiestamente no existían, con el ánimo de disminuir el patrimonio de la sociedad;
- i) Distribuir dividendos ficticios o ganancias que no han sido percibidas, o aquellas cuya distribución ha sido prohibida por autoridad competente.

También comete este delito el socio, directivo o funcionario que por razón de su voto o cargo o de cualquier otro modo, hubiere procurado ventajas sobre el activo de la entidad declarada en quiebra o que a consecuencia de su acción dolosa u operaciones fraudulentas, condujeran a la quiebra de la sociedad”.

Art. 259. Quiebra imprudente.- “Quien haya sido declarado en quiebra o provocado la misma por insolvencia propia en perjuicio de sus acreedores, a consecuencia de sus gastos excesivos en relación con el patrimonio propio o de terceros, especulaciones ruinosas, juegos, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia, será sancionado con pena de seis meses a dos años de prisión e inhabilitación especial por el mismo período, para ejercer el cargo, profesión, arte u oficio”.

Art. 260. Insolvencia fraudulenta.- “El deudor no comerciante concursado civilmente que dolosamente para defraudar a sus acreedores oculte, altere, falsee o deteriore información contable o situación patrimonial, será sancionado con pena de seis meses a dieciocho meses de prisión”.

Art. 261. Connivencia.- “Quien a nombre propio, por delegación o en representación de otra persona natural o jurídica, concierte con el deudor o con un tercero ventajas ilegales para el supuesto de aceptación de un avenimiento, convenio o transacción, será penado con prisión de seis meses a dos años o de noventa a ciento cincuenta días multa.

El deudor o quien actuando en representación de una persona jurídica, declarada en quiebra o concursada civilmente, sin autorización judicial o de los órganos concursales, realice cualquier acto de disposición

⁽⁵⁴⁰⁾ Texto extraído de: https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo_penal_de_nicaragua.pdf [20/10/2013].

patrimonial destinado a pagar a uno o varios acreedores con posposición del resto, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años”.

Art. 262. Elusión de responsabilidad civil derivada de delito.- “El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles provenientes del ilícito penal, realice actos de disposición patrimonial o contraiga obligaciones que disminuyan su patrimonio al grado de convertirse en insolvente, será penado con prisión de dos a cinco años”.

ñ) Panamá:

El Código Penal panameño⁽⁵⁴¹⁾, en el Libro Segundo de Los Delitos, en el Título VII denominado “Delitos contra el Orden Económico”, Capítulo VII “Quiebra e insolvencia”, regula estos delitos del siguiente modo:

Art. 280.- “Quien cause dolosa o fraudulentamente la quiebra, según el Código de Comercio, será sancionado con prisión de cinco a diez años. Si en el proceso se determina que el perjuicio económico ocasionado excede un millón de balboas (B/. 1,000,000.00), la sanción será de seis a doce años de prisión”.

Art. 281.- “Quien cause culposamente la quiebra, conforme al Código de Comercio, será sancionado con prisión de dos a cuatro años”.

Art. 282.- “Quien, para sustraerse del pago o cumplimiento de sus obligaciones, oculte sus bienes, simule la enajenación de estos, o declare créditos inexistentes en perjuicio de otro será sancionado con dos a cuatro años de prisión o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana. Quien, con alguno de los propósitos descritos en esta norma, promueva o se valga de un proceso judicial o suscriba un acuerdo fraudulento será sancionado con pena de tres a ocho años de prisión”.

o) Paraguay:

El Código Penal paraguayo, Ley N° 1.160/97⁽⁵⁴²⁾, prevé en el Libro Segundo, Parte Especial, en el Título II “Hechos punibles contra los bienes de la persona”, el Capítulo II denominado “Hechos punibles contra otros derechos patrimoniales”, los siguientes artículos:

Art. 178.- Conducta conducente a la quiebra.

“1° El que:

1. fundara o ampliara una empresa con una base de capital claramente insuficiente, según las exigencias de una administración económica prudente, y teniendo en cuenta, especialmente, la finalidad de la empresa y de los medios necesarios para el logro de ella;

2. adquiriera a crédito mercancías o valores, y vendiera, removiera o cediera estos mismos o las cosas fabricadas con ellos, considerablemente por debajo de su valor; o

3. obligado por ley a llevar libros de comercio, administrara una empresa sin procurarse mediante su correcto llevado u otros medios, el conocimiento sobre su estado patrimonial real, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2° El hecho es punible solamente cuando:

1. el autor o la empresa fundada o ampliada por él, haya caído en cesación de pago o cuando se haya declarado la quiebra; y

2. no se pueda excluir una conexión entre las conductas descritas en el inciso 1° y la cesación de pago o la declaración de quiebra.

Art. 179.- Conducta indebida en situaciones de crisis.

⁽⁵⁴¹⁾ Adoptado por la Ley 14 de 2007, con las modificaciones y adiciones introducidas por la Ley 26 de 2008, la Ley S de 2009, la Ley 68 de 2009 y la Ley 14 de 2010, No 26519 Gaceta Oficial Digital, lunes 26 de abril de 2010 5152; cuyo texto fue extraído de: https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo_penal_de_panama.pdf y <http://www.penjuranpanama.com/v2/images/stories/Revistae/legislacion/textounico%20codigo%20penal2010.pdf> [20/10/2013].

⁽⁵⁴²⁾ El texto se extrajo de: <http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/Privacidad/Ley1160.pdf> [20/10/2013], con modificaciones de la Ley N° 3440, que modificó varias disposiciones de la Ley N° 1.160/97, entre ellos los arts. 181 y 182.

“1° El que en caso de insolvencia o iliquidez inminente o acontecida: 1. gastara o se obligara a pagar sumas exageradas mediante negocios a pérdida o especulativos, juegos o apuestas, o negocios de diferencia respecto a mercancías o valores;

2. disminuyera su patrimonio mediante otros negocios jurídicos respecto a la parte que, en caso de declaración de quiebra, pertenecería a la masa;

3. removiera u ocultara partes de su patrimonio que, en caso de quiebra pertenecería (sic) a la masa;

4. simulara derechos de otros o reconociere derechos simulados;

5. antes del término del plazo legal para la guarda removiera, ocultara, destruyera o dañara libros u otros papeles de comercio que un comerciante legalmente debe llevar o guardar;

6. en contra de la ley,

a) elaborara o modificara balances de tal manera que esto dificulte conocer su estado patrimonial real; o

b) omitiera elaborar el balance de su patrimonio o el inventario en el plazo establecido.

7. en el tráfico mercantil utilizara resúmenes falsos o distorsionados del estado real de sus negocios o patrimonio, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2° El que en los casos del inciso 1°:

1. negligentemente desconociera su insolvencia o iliquidez inminente o acontecida; o

2. realizara con negligencia grave las conductas descritas en los numerales 1, 2 o 7, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

3° En estos casos, se aplicará también lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 178”.

Art. 180.- Casos graves.

“1° Cuando en los casos del artículo 178 inciso 1°, el autor:

1. actuara con la intención de enriquecerse; o

2. a sabiendas, pusiera a muchas personas en peligro de indigencia o de pérdida de los valores patrimoniales que le haya confiado, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años”.

Artículo 181.- Violación del deber de llevar libros de comercio.

“1°.- El que:

1. omitiera llevar los libros de comercio a que la ley le obliga, o los llevara o alterara de tal manera que esto dificulte conocer su real estado patrimonial;

2. antes del término del plazo legal para la guarda removiera, ocultara, destruyera o dañara libros u otros papeles de comercio que la ley le obligue a llevar o guardar; o

3. en contra de la ley,

a) elaborara balances de tal manera que esto dificultare conocer su estado patrimonial real;

b) omitiera elaborar el balance de su patrimonio o el inventario en el plazo establecido por la ley, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2°.- El que en los casos del inciso 1°, numerales 1 y 3, actuara culposamente, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.

3°.- En estos casos, se aplicará también lo dispuesto en el artículo 178, inciso 2°”.

Art. 182.- Favorecimiento de acreedores.

“1°.- El que conociendo su iliquidez, otorgara a un acreedor una garantía o cumpliera una obligación no exigible o no exigible en esa forma o tiempo y así, intencionalmente o a sabiendas, le favoreciera en perjuicio de los demás acreedores, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

2°.- En estos casos, será castigada también la tentativa.

3°.- En lo pertinente se aplicará también lo dispuesto en el artículo 178, inciso 2°”.

Art. 183.- Favorecimiento del deudor.

“1° El que con el consentimiento del deudor o en su favor:

1. conociendo su inminente cesación de pago;

2. después de la cesación de pago; o

3. en una convocatoria de acreedores, removiera o, en contra de las exigencias de una administración económica prudente, destruyera, dañara o inutilizara parte del patrimonio que, en caso de producirse el concordato, pertenecería a la masa, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2° Con la misma pena será castigado el que, una vez declarada la quiebra, obrara en la forma señalada en el inciso 1°, respecto a una parte del patrimonio que pertenece a la masa.

3° En estos casos, será castigada también la tentativa.

4° Cuando el autor:

1. actuara con la intención de enriquecerse; o
2. a sabiendas, pusiera a muchas personas en peligro de indigencia o de pérdida de los valores patrimoniales que le hayan confiado, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.

5° El hecho será punible sólo cuando el deudor haya incurrido en la cesación de pago, en convocación de acreedores o cuando sea declarada la quiebra”.

p) Perú:

El Código Penal peruano⁽⁵⁴³⁾, regula esta materia en el Libro Segundo: Parte Especial – Delitos, Título VI denominado “Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios”, el Capítulo I titulado “Quiebra”, denominación la cual fue modificada por la Octava Disposición Final de la Ley N° 27146, publicada el 24-06-99, por “Atentados contra el sistema crediticio”, cuyo texto con sus modificaciones es el siguiente:

Actos Ilícitos "Artículo 209.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de tres a cinco años conforme al Artículo 36 incisos 2) y 4), el deudor, la persona que actúa en su nombre, el administrador o el liquidador, que en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, realizara, en perjuicio de los acreedores, alguna de las siguientes conductas:

1. Ocultamiento de bienes;
2. Simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; y,
3. Realización de actos de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinados a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, posponiendo el pago del resto de acreedores.

Si ha existido connivencia con el acreedor beneficiado, éste o la persona que haya actuado en su nombre, será reprimido con la misma pena.

Si la Junta de Acreedores hubiere aprobado la reprogramación de obligaciones en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, según el caso o, el convenio de liquidación o convenio concursal, las conductas tipificadas en el inciso 3) sólo serán sancionadas si contravienen dicha reprogramación o convenio.

Asimismo, si fuera el caos de una liquidación declarada por la Comisión, conforme a lo señalado en la ley de la materia, las conductas tipificadas en el inciso 3) sólo serán sancionadas si contravienen el desarrollo de dicha liquidación.

Si el agente realiza alguna de las conductas descritas en los incisos 1), 2) ó 3) cuando se encontrare suspendida la exigibilidad de obligaciones del deudor, como consecuencia de un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación de cuatro a cinco años, conforme al Artículo 36 incisos 2) y 4)." (1)(2)

(1) De conformidad con la Novena Disposición Final de la Ley N° 27146, publicada el 24-06-99, antes de ejercer la acción penal en lo relacionado con la materia de reestructuración patrimonial, el Fiscal deberá solicitar el informe técnico del INDECOPI, el cual deberá emitirlo en el término de 5 (cinco) días hábiles. Dicho informe deberá ser valorado por los órganos competentes del Ministerio Público y del Poder Judicial en la fundamentación de los dictámenes o resoluciones respectivas; la misma que ha sido recogida por el Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI, Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, publicado el 01-11-99.

⁽⁵⁴³⁾ Decreto Legislativo N° 635 de 1991 y modificaciones. Texto extraído de: <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-peruano.pdf> [20/10/2013] y <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo> .

(2) Artículo modificado por la Primera Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 27295, publicada el 29-06-2000, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 210.- El comerciante que causa su propia quiebra perjudicando a sus acreedores por sus gastos excesivos en relación al capital o por cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación de uno a dos años conforme el artículo 36, incisos 2 y 4. (*)

(*) Artículo modificado por la Décimo Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 861, publicada el 22-10-1996, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 210.- El comerciante que causa su propia quiebra perjudicando a sus acreedores por sus gastos excesivos e innecesarios en relación al capital o por cualquier acto de negligencia o imprudencia manifiesta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres (3) años e inhabilitación de uno a dos (2) años conforme al artículo 36, incisos 2 y 4.

Si el acto hubiese sido cometido dentro de un proceso de titulización la pena privativa de libertad será no menor de tres (3) ni mayor de cinco (5) años e inhabilitación de dos (2) a cuatro (4) años conforme al artículo 36, incisos 2 y 4." (*)

(*) Artículo modificado por la Octava Disposición Final de la Ley N° 27146, publicada el 24-06- 99, cuyo texto es el siguiente:

Comisión de delito por culpa del agente. "Artículo 210.- Si el agente realiza por culpa alguna de las conductas descritas en el Artículo 209, los límites máximo y mínimo de las penas privativas de libertad e inhabilitación se reducirán en una mitad." (*)

(*) De conformidad con la Novena Disposición Final de la Ley N° 27146, publicada el 24-06-99, antes de ejercer la acción penal en lo relacionado con la materia de reestructuración patrimonial, el Fiscal deberá solicitar el informe técnico del INDECOPI, el cual deberá emitirlo en el término de 5 (cinco) días hábiles. Dicho informe deberá ser valorado por los órganos competentes del Ministerio Público y del Poder Judicial en la fundamentación de los dictámenes o resoluciones respectivas; la misma que ha sido recogida por el Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI, Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, publicado el 01-11-99.

Artículo 211.- El director, administrador, fiscalizador, gerente o liquidador de persona jurídica declarada en quiebra o en estado de liquidación, según la ley que rige su funcionamiento, que comete alguno de los hechos previstos en los artículos 209 y 210, será reprimido con la pena indicada, según el delito de que se trate. (*)

(*) Artículo modificado por la Décimo Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 861, publicada el 22-10-1996, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 211.- El director, administrador, fiscalizador, gerente o liquidador de persona jurídica o patrimonio fideicometido declarado en quiebra o en estado de liquidación, según la ley que rige su funcionamiento, que comete alguno de los hechos previstos en los artículos 209 y 210, será reprimido con la pena indicada, según el delito de que se trate." (*)

(*) Artículo modificado por la Octava Disposición Final de la Ley N° 27146, publicada el 24-06- 99, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 211.- El que en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado o concurso preventivo, logre la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor, mediante el uso de información, documentación o contabilidad falsas o la simulación de obligaciones o pasivos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación de cuatro a cinco años conforme al Artículo 36 incisos 2) y 4)." (1)(2)

(1) De conformidad con la Novena Disposición Final de la Ley N° 27146, publicada el 24-06-99, antes de ejercer la acción penal en lo relacionado con la materia de reestructuración patrimonial, el Fiscal deberá solicitar el informe técnico del INDECOPI, el cual deberá emitirlo en el término de 5 (cinco) días hábiles. Dicho informe deberá ser valorado por los órganos competentes del Ministerio Público y del Poder Judicial en la fundamentación de los dictámenes o resoluciones respectivas; la misma que ha sido recogida por el Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI, Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, publicado el 01-11-99.

(2) Artículo modificado por la Primera Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 27295, publicada el 29-06-2000, cuyo texto es el siguiente:

Suspensión ilícita de la exigibilidad de las obligaciones del deudor. "Artículo 211.- El que en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, lograre la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor, mediante el uso de información, documentación o contabilidad falsas o la simulación de obligaciones o pasivos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación de cuatro a cinco años, conforme al Artículo 36 incisos 2) y 4)."

Artículo 212.- El deudor no comerciante declarado en quiebra que, para defraudar a su acreedor, cometa alguno de los hechos mencionados en el artículo 209, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos, ni mayor de cuatro años. (*)

(*) Artículo modificado por la Décimo Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 861, publicada el 22-10-1996, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 212.- El deudor no comerciante declarado en quiebra que, para defraudar a su acreedor, comete alguno de los hechos mencionados en el artículo 209, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos (2), ni mayor de cuatro (4) años. Si el acto hubiese sido cometido dentro de un proceso de titulación la pena privativa de libertad será no menor de cuatro (4) ni mayor a ocho (8) años." (*)

(*) Artículo modificado por la Octava Disposición Final de la Ley N° 27146, publicada el 24-06- 99, cuyo texto es el siguiente:

Beneficios por colaboración. "Artículo 212.- Podrá reducirse la pena hasta por debajo del mínimo legal en el caso de autores y eximirse de pena al partícipe que, encontrándose incurso en una investigación a cargo del Ministerio Público o en el desarrollo de un proceso penal por cualquiera de los delitos sancionados en este Capítulo, proporcione información eficaz que permita:

1. Evitar la continuidad o consumación del delito.
2. Conocer las circunstancias en las que se cometió el delito e identificar a los autores y partícipes.

3. Conocer el paradero o destino de los bienes objeto material del delito y su restitución al patrimonio del deudor. En tales casos los bienes serán destinados al pago de las obligaciones del deudor según la ley de la materia.

La pena del autor se reducirá en dos tercios respecto del máximo legal y el partícipe quedará exento de pena si, durante la investigación a cargo del Ministerio Público o en el desarrollo del proceso penal en el que estuvieran incurso, restituye voluntariamente los bienes o entrega una suma equivalente a su valor, los mismos que serán destinados al pago de sus obligaciones según la ley de la materia. La reducción o exención de pena sólo se aplicará a quien o quienes realicen la restitución o entrega del valor señalado.

Artículo 213.- El acreedor que, en convivencia con el deudor o un tercero, celebra convenio o transacción por el cual estipulan ventajas en perjuicio de otro acreedor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. El representante de una persona jurídica que, en estado de quiebra consiente un convenio o transacción de este género, será reprimido con la misma pena. (*)

(*) Artículo modificado por la Octava Disposición Final de la Ley N° 27146, publicada el 24-06- 99, cuyo texto es el siguiente:

Ejercicio de la acción penal e intervención del INDECOPI. "Artículo 213.- En los delitos previstos en este Capítulo sólo se procederá por acción privada ante el Ministerio Público. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), a través de sus órganos correspondientes, podrá denunciar el hecho en defecto del ejercicio de la acción privada y en todo caso podrá intervenir como parte interesada en el proceso penal que se instaure."

Manejo ilegal de patrimonio de propósito exclusivo. "Artículo 213-A.- El factor fiduciario o quien ejerza el dominio fiduciario sobre un patrimonio fideicometido, o el director, gerente o quien ejerza la administración de una sociedad de propósito especial que, en beneficio propio o de terceros, efectúe actos de enajenación, gravamen, adquisición u otros en contravención del fin para el que fue constituido el patrimonio de propósito exclusivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos (2), ni mayor de cuatro (4) años e inhabilitación de uno a dos (2) años conforme al Artículo 36, incisos 2) y 4)." (*)

(*) Artículo añadido por la Décimo Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo N° 861, publicado el 22-10-96.

q) Puerto Rico:

El Código Penal de Puerto Rico vigente⁽⁵⁴⁴⁾, Ley Núm. 146 de 30 de julio de 2012, que derogó el aprobado mediante Ley 149-2004 conocido como “Código Penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico”, no contempla figuras como las abordadas en este trabajo.

r) República Dominicana:

El Código Penal dominicano⁽⁵⁴⁵⁾, contempla estos ilícitos en el Libro Tercero: De los Crímenes y Delitos y de su Castigo, Capítulo II: “Crímenes y Delitos contra las Propiedades”, Sección Segunda: “Bancarrotas, estafas y otras especies de fraudes”, del siguiente modo:

Párrafo I: Bancarrotas y estafas.

“Art. 402.- (Modificado por las Leyes 224 del 26 de junio del 1984 y 46-99 del 20 de mayo del 1999). Cuando en los casos previstos por el Código de Comercio, se declare a alguno culpable de bancarrota, se le impondrán las penas siguientes: en los casos de bancarrota fraudulenta, se aplicará la reclusión menor; y en los de bancarrota simple, se aplicará la prisión correccional de quince días a lo menos, y un año a lo más”.

“Art. 403.- Los cómplices de una bancarrota fraudulenta, declarados tales, sufrirán la misma pena en que incurra el bancarrotero fraudulento”.

“Art. 404.- (Modificado por las Leyes 224 del 26 de junio del 1984 y 46-99 del 20 de mayo del 1999). Los agentes de cambio y los corredores que hubieren quebrado, se castigarán con la pena de reclusión menor; y con la de reclusión mayor, si la bancarrota fuere fraudulenta”.

s) República de Haití:

El Código Penal haitiano⁽⁵⁴⁶⁾, regula esta materia en el Capítulo II bajo el título “Bancarrotas, estafas y otras especies de fraude”, del siguiente modo:

Art. 334.- “Los que, en los casos previstos por el Código de Comercio, fuesen declarados culpables de bancarrota, serán penados como sigue:

Los quebrados fraudulentos serán penados con trabajos forzados a tiempo.

Los quebrados simples serán penados con prisión de seis meses como mínimo y de dos años como máximo”.

Art. 335.- “Los que conforme al Código de Comercio fuesen declarados cómplices de bancarrota fraudulenta, serán penados con las mismas penas que los quebrados fraudulentos”.

Art. 336.- “Los agentes de cambio y corredores que hubiesen caído en falencia, serán penados a trabajos forzados a tiempo; si fuesen convictos de bancarrota fraudulenta, la pena será la de trabajos forzados a perpetuidad”.

t) Uruguay:

El Código Penal uruguayo⁽⁵⁴⁷⁾, contempla estos ilícitos en el Libro II, capítulo I del Título IX: “Delitos contra la economía y la hacienda pública”, del siguiente modo:

Art. 253. “De la quiebra fraudulenta. El quebrado fraudulento será castigado con dos a ocho años de penitenciaría y dos a diez años de inhabilitación comercial o industrial”.

Art. 254. “De la quiebra culpable. El quebrado culpable será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión y dos a cinco años de inhabilitación comercial o industrial”.

Art. 255. “De la insolvencia fraudulenta. El deudor civil que, para substraerse al pago de sus obligaciones, ocultara sus bienes, simulara enajenaciones o créditos, se trasladara al extranjero o se ocultare sin dejar persona que lo represente, o bienes a la vista en cantidad suficiente para responder al pago de sus deudas, será castigado con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”.

⁽⁵⁴⁴⁾ Véase en: <http://www.lexjuris.com/lexlex/Leyes2012/CodigoPenal2012.pdf> [20/10/2013].

⁽⁵⁴⁵⁾ Extraído de: <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penalrep.-dominicana3.pdf> [20/10/2013].

⁽⁵⁴⁶⁾ Conf. NAVARRO y RIZZI, *El delito de quiebra*, p. 268. Texto en francés en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=200019 [20/10/2013].

⁽⁵⁴⁷⁾ Texto extraído de: http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/Cod_Pen.htm y de <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-uruguay.pdf> [20/10/2013].

La acción penal no podrá ser ejercitada sino a denuncia de parte, y sólo en el caso de que la insolvencia del deudor resulte comprobada por actos infructuosos de ejecución en la vía civil”.

u) República Bolivariana de Venezuela:

El Código Penal venezolano⁽⁵⁴⁸⁾, contempla estos ilícitos en el Libro Segundo: De las diversas especies de delito, Título VI: “De los Delitos contra la Fe Pública”, en el Capítulo VI “De las quiebras”, del siguiente modo:

“Artículo 341. Los que en los casos previstos por el Código de Comercio u otras leyes especiales, sean declarados culpables de quiebra, serán castigados conforme a las reglas siguientes:

1. Los quebrados culpables serán penados con arresto de seis meses a tres años.
2. Los quebrados fraudulentos serán penados con prisión de tres a cinco años.

Estas penas se impondrán según la gravedad de las circunstancias que han dado lugar a la quiebra, aumentándose o disminuyéndose dentro de su mínimo y máximo a juicio del Tribunal.

Las personas indicadas en el artículo 922 del Código de Comercio, serán castigadas como reos de hurto por los hechos a que se contrae el mismo artículo”.

“Artículo 342. Los individuos que, en conformidad con las disposiciones de los artículos 920 y 923 del Código de Comercio, sean declarados quebrados culpables o quebrados fraudulentos, por los hechos especificados en los mismos artículos de dicho Código, serán castigados, respectivamente, con las penas señaladas en los numerales 1 y 2 del artículo precedente”.

* * *

⁽⁵⁴⁸⁾ Conf.: <http://www.mp.gob.ve/LEYES/codigo%20penal/codigo%20penal.html> [20/10/2013].

CONCLUSIONES

A modo de cierre, podemos sostener que la evolución habida en los ordenamientos jurídicos, del paso de la “*quiebra-sanción*”, donde la falencia era derechamente considerada como un delito, un estigma imborrable en sus vidas y pasible de severas sanciones corporales, infamantes e incluso extensivas a sus familiares, a la “*quiebra-remedio*”, considerada la falencia como una contingencia propia que puede acontecer en una actividad, no ha sido total. Pues si bien sólo se castiga penalmente la misma cuando va acompañada de hechos dolosos o imprudentes, aún quedan algunos resabios sancionatorios de la primera concepción previstos en las normas concursales o que al menos subyacen en las mismas.

Como vimos, en la antigüedad el criterio de sanción era siempre represivo y unívoco, no existían sanciones diferenciadas como en la actualidad, donde encontramos sanciones contempladas tanto en la rama comercial, básicamente en la ley concursal, y la penal, determinada por los delitos tipificados al efecto en el código represivo, lo cual ha llevado a denominarlo un *sistema dual de sanciones*. En rigor de verdad, en nuestro derecho encontramos sanciones que se encuentran diseminadas y dispersas por todo el ordenamiento, sin embargo debido a la importancia, especialidad y gravedad de las mismas, se pueden sintetizar en las previstas en la *faz comercial* y en la *faz penal*.

La legislación concursal, tradicionalmente contempla que por el sólo hecho de “*quebrar*”, se debe acarrear con una serie de sanciones, limitaciones y prohibiciones, lo cual es un claro resabio o vestigio de la *quiebra-sanción* y de la presunción de antaño *quebrado=defraudador* mencionada anteriormente.

En efecto, en cuanto a la sanción comercial del quebrado en nuestro país, por excelencia la *inhabilitación*, tanto para su accionar profesional comercial como en su faz patrimonial con el desapoderamiento, el mecanismo tradicional de ponderación y aplicación de sanciones se apuntó en el instituto de la *calificación de conducta*, por el cual un juez de comercio analizaba si la quiebra de la persona obedecía a causas calificadas en el campo del derecho comercial como casuales, culpables o fraudulentas, y en consecuencia a ello se regulaban las sanciones que se le aplicaban al quebrado, si correspondía la intervención y remisión al fuero penal, todas las cuales eran independientes de las aplicadas en el campo penal.

La ley concursal 19.551, regulaba el *instituto de la calificación de conducta* de los fallidos o los administradores del ente quebrado, para lo cual se formaba un incidente especial, el cual tenía directa incidencia en el término de la inhabilitación, que era de 5 años en caso de ser considerada como culpable y de 10 años para el supuesto de fraudulento, y conllevaba una remisión del expediente a la sede penal. Sin embargo, pese a la aparente severidad de las sanciones previstas en la misma, el problema se suscitó en que la norma comercial había copiado la estructura de la norma penal e intentaba aplicarla en su sede, sin advertir las diferencias sustanciales entre una materia y otra, además que los supuestos calificadorios no coincidían en general con figuras típicas descriptas en la ley penal, por lo que configuró un sistema ineficaz para la sanción de las conductas previstas por las normas como trasgresiones. En efecto, se pretendió implementar un sistema de control, análisis y sanción al fallido tan complejo que terminaba siendo inoperante, ineficaz e inútil, convirtiéndose en los hechos en una causa inútil de prolongación de los procesos y que provocaba un retraso en la rehabilitación de los fallidos.

Por ello, la Ley de Concursos y Quiebras 24.522, receptando la crítica generalizada, introdujo aristas significativas en torno a los aspectos sancionatorios y efectos personales de la quiebra, procedió a la eliminación de la calificación de conducta en la ley concursal aunque no de todo el ordenamiento jurídico (v.gr. en la Ley de Contrato de Trabajo subsiste). En reemplazo de dicho instituto se establece una inhabilitación *automática y objetiva*, por el sólo hecho de la quiebra, de corta duración: un año, plazo el cual transcurrido opera de pleno derecho el cese de la misma (rehabilitación), aunque prorrogable si hubiere sospecha de haberse cometido ilícitos penales. Cuestión interesante resulta indagar, si dicha eliminación respondió al valor supremo del interés de los acreedores, o si axiológicamente se inclinó por ser consonante con la vida política-económica de esos tiempos.

Luego, al margen y como segunda categoría de sanciones contempladas, la Ley concursal, mantiene la prohibición de ausentarse del país, el arresto, la inhibición general de bienes, entre otros.

Esta norma dejó de lado el interés del Estado en el tema reservándolo al privado de cada acreedor, sin considerar que la quiebra afecta en buen grado al interés público. Asimismo, eliminó los últimos vestigios de tintes represivos, ello se evidencia no sólo en la eliminación de la calificación de conducta, sino también al no mantener la facultad de ordenar el arresto de quien no prestara o negara colaboración en el proceso (otrora art. 107 ley 19.551, facultad no reproducida en el actual art. 103) y también en la redacción del actual art. 233 (efectos de la clausura del procedimiento por falta de activo) donde ya no tiene recepción legislativa la atribución del juez concursal de ordenar la detención del fallido y remisión a justicia penal (conf. art. 234, ley 19.551); aunque sí el art. 233 actual prevé que la clausura del procedimiento por *falta de activo* importa la presunción de fraude y que el juez debe comunicarla a la justicia en lo penal para la instrucción del sumario pertinente. Para lo cual, el criterio utilizado para analizar la falta de activo es objetivo en sede comercial, la calificación de los actos del fallido en su aspecto subjetivo queda reservado al juez penal, quien deberá escudriñar si generan responsabilidad criminal.

Como vimos, la ley 24.522, mantuvo la inhabilitación para los quebrados como sanción por excelencia prevista para el fallido, la cual no es una incapacidad de hecho ni de derecho, importando una sanción que limita su accionar y un resabio de algún tipo de efecto personal sobre quien se encuentra inmerso en un estado falencial, aunque claramente dicha norma se ha caracterizado por la *morigeración* del carácter sancionador.

O sea, en el régimen actual, el juez de la quiebra no efectúa valoración de la conducta "comercial" del fallido, ni mucho menos análisis de relación de causalidad entre esa conducta y el estado de cesación de pagos. Se lo inhabilita *automáticamente* por el solo hecho *objetivo* de estar en quiebra (arts. 234, 238 LCQ), resabio de la antigua ecuación fallido=defraudador, aunque en rigor de verdad, el juez de la falencia aún debe "calificar" *prima facie* para abreviar el plazo de inhabilitación (arts. 235, 236, LCQ 24.522), tarea que se hace "a ciegas" o de modo "encubierto" ya que no hay instrucción previa de un incidente sobre tal conducta.

Como se puede advertir, el sistema sancionatorio instaurado en la ley concursal vigente, al ser objetivo y prescindir de las conductas desplegadas por los quebrados y con una sanción temporal de muy corta duración, incluso en contraposición con otras normas dispersas por el ordenamiento jurídico que de algún modo sancionan a los fallidos, lejos está de implicar un verdadero reproche o mecanismo de disuasión para que deudores pícaros e inescrupulosos

acudan a los procesos concursales para licuar pasivos y defraudar a terceros, haciendo mal uso y abuso de los mismos.

Esto, si bien es conteste con las políticas económicas imperantes al momento de la sanción de la Ley 24.522 impregnadas por el neoliberalismo y con el tinte *privatístico* en que filosóficamente se inspiró dicha norma; no se condice siquiera con el interés de los acreedores, principio que también subyace como principio axiológico de la ley, ni menos con los cambios existentes con posterioridad y vigentes actualmente, tanto en el plano político-económico del país, como en la atenuación del carácter privatístico de la normativa concursal evidenciado con las reformas efectuadas a la ley concursal.

Por otro lado, si bien es cierto, que con el régimen previsto por la legislación actual en relación a la rehabilitación prácticamente automática del fallido, ha desembarcado a nuestro derecho el instituto norteamericano del *discharge*, lo cual debe considerarse positivo, conteste con otras legislaciones, acorde a los principios y evolución imperante en el Derecho Concursal de estos tiempos, y en especial a la posibilidad de dar una nueva chance y comienzo *-fresh start-* a quien ha devenido en quiebra; no menos cierto es que se debió exceptuar de sus efectos a algunas obligaciones concursales (v.gr. acreencias alimentarias y los denominados créditos involuntarios) a los efectos de evitar injusticias, inequidades y sobretodo que se torne abusivo el uso de los procesos concursales, en especial el procedimiento de quiebra, que es cuando lo que abunda es la escasez.

Desde el plano penal, se puede sostener sin hesitación alguna que la quiebra, en si, como fenómeno económico y financiero que por su trascendencia es llevado al terreno jurídico-legal, no es ni debe ser punible. O sea, la ley no castiga (ni debe hacerlo) el estado de quiebra como tal y per se, lo que si se castiga (y debe hacerlo) es cuando a ese estado se arriba mediante la realización de ciertos actos y supuestos que ley penal prevé, en un claro fraude y perjuicio a terceros.

En nuestro país, si bien siempre se tuvo presente a los delitos vinculados a las quiebras, dada su trascendencia de la esfera de los sujetos particulares damnificados para afectar al sistema económico en su conjunto, a juzgar por el tratamiento que le ha dado el legislador, lo anteriormente expuesto sólo parece una exposición abstracta o una expresión de deseo .

En especial, si se tiene presente que pese a su fuerte vinculación e interacción con la ley comercial, la ley penal argentina –arts. 176 a 180, del Código Penal- estructurada bajo criterios políticos criminales y diseños típicos propios de fines del Siglo XIX, se mantuvo prácticamente pétreo desde su sanción hace casi un siglo pese a la gran cantidad de modificaciones que ha tenido su par concursal. Más aún cuando en las exposiciones de motivos que le precedían a las normas modificatorias del sistema concursal, referían la necesidad de una reforma de la ley penal, la cual siempre se postergó y nunca se llevó a cabo.

O sea, la ley represiva no se ha adecuado al cambio normativo concursal habido en nuestro país, el cual ha ido evolucionando en forma permanente preocupado por adaptar tales institutos a la realidad social y económica del país. Adviértase que la mayor incidencia en la modificación de los alcances de la legislación penal en la materia no ha sido consecuencia de reformas penales sino de sucesivas modificaciones en materia de Derecho concursal, que han impactado directa o indirectamente en la tradicional formulación de los tipos penales.

Así, la ley 24.522 consagró numerosos cambios con implicancias y proyecciones en el ámbito penal, algunos de los cuales tomó de sus normas antecesoras en la materia y que tampoco tuvieron su acople en la ley penal. A su vez, la misma efectuó un *ensanchamiento de*

la base de sujetos alcanzados por la ley concursal (art. 5 y ccdtes., Ley 24.522) y que pueden ser declarados en quiebra; y como alguno de dichos entes son personas de existencia ideal asistimos a una ampliación indirecta de los sujetos alcanzados por el art. 178 del Código Penal.

Por otro lado, con la sanción de esta ley, la independencia de la acción penal recobra plena soberanía, lo que no quiere decir que no guarde ninguna vinculación con la ley comercial y concursal. Por el contrario, las figuras delictuales se integran con elementos normativos provenientes de esta última, ya sea por la calificación de comerciante o deudor del imputado y la declaración de quiebra.

Es más, pese a la estrechez, ligazón y vinculación que debe existir para este tipo de delitos, entre la norma concursal y la penal, la ley concursal sólo en el artículo 233, en el supuesto de quiebra sin activo, ordena remitir casi automática las actuaciones de la quiebra al fuero penal, sólo en ese aislado caso se analizará de oficio en sede penal el porqué de la quiebra, aunque el acreedor siempre tendrá la alternativa de promover una acción penal paralela formulando la correspondiente denuncia. Empero, sin perjuicio que la ley concursal sólo alude a dicha remisión, el juez concursal ante otros supuestos debería instar su investigación penal o al menos remitir las actuaciones a la sede criminal, como en relación a los actos enumerados en el art. 118 de la ley 24.522, en relación al art. 161 y del art. 85 donde habla de fraude y claramente se vinculan con el art. 176 inc. 2° del Código Penal, o incluso en virtud del art. 102 ante la falta de cooperación del fallido. Más aún si contemplamos que el mismo, en su carácter de magistrado -funcionario público- y por imperio legal tiene la obligación de actuar en consecuencia ante la presencia de un ilícito.

Todo ello, se debe por un lado a la desactualización de los tipos penales previstos en nuestro Código Penal, más aún cuando los mismos no han ido a la par de las modificaciones existentes en la ley concursal, lo cual genera discordancias y desacoples; y por el otro, quizás a la poca especialidad vista en las organismos acusatorios y juzgadores para escudriñar este tipo de delitos.

La falta de adaptación y acople de la ley penal con la concursal, obliga al intérprete, en especial al operador del sistema penal, a realizar un particular esfuerzo en pos de armonizar tales constelaciones de normas, sin afectar el preciado *principio de legalidad*, en particular el requisito de *lex certa* que debe imperar de modo muy estricto en Derecho Penal y teniendo presente la proscripción de la analogía. Pese a las críticas respecto de tal situación, los delitos de quiebra siguen con la misma estructura, que en la práctica constituyen en algunos supuestos verdaderos *agujeros negros*, lo cual provocan una prácticamente nula eficacia de las sanciones penales en los procesos concursales en general y en la quiebra en particular, lo cual no es una cuestión baladí, ya que ha contribuido a consecuencias no queridas, como que quiebras de papel, abusos en el marco de procesos concursales mediante claros fraudes a terceros, etcétera, queden impunes.

En efecto, esta desactualización, desacople, desarmonía y desfasaje entre ambas normas, tiene como consecuencia la atipicidad e impunidad en que se encuentran diferentes supuestos. Entre ellos, cabe mencionar a los sujetos “no comerciantes” para los delitos de *quiebra fraudulenta* (art. 176, Código Penal) y en la *quiebra culpable* (art. 177, Código Penal), así las citadas normas penales, sólo refieren a los comerciantes pese a que desde hace años tanto el concurso preventivo como la quiebra son instituciones que no se encuentran reservadas exclusivamente a los mismos, lo cual también torna inoperativo al artículo 179 del Código

Penal que prevé el concurso civil fraudulento, supuesto el cual dejó de describir una hipótesis que pueda darse en la realidad. En igual situación, nos encontramos ante la quiebra de asociaciones civiles. A su vez, otros inconvenientes se advierten en relación al artículo 178 del Código Penal que prevé la *quiebra impropia o de sociedades*, el cual claramente se encuentra desactualizado tanto en relación a algunos tipos de entidades de existencia ideal, como en relación a la complejidad del mundo de los negocios y en el entramado empresarial, societario y comercial actual. Por otro lado, el artículo 180 del código represivo, que prevé el delito de colusión, también tiene discordancias con la ley concursal actual, previendo supuestos o situaciones que en la misma actualmente no prevé (v.gr. contiene la expresión “concurso judicial de bienes” el cual es un instituto ignorado en nuestro país) y hay una clara falta de compatibilización entre algunos de los términos empleados en la ley penal y los regulados en las leyes concursales. Por otro lado, los actuales tipos penales, tampoco contemplan situaciones que la ley concursal prevé como el *cramdown* o acuerdo preventivo extrajudicial, lo cual deja una cantidad de maniobras irregulares que se dan en la realidad y vorágine diaria en perjuicio de terceros que al no contar con una sanción penal quedan impunes.

Amén de la impotencia e injusticia que se advierte, nos encontramos ante situaciones o lagunas imposibles de llenar por vía de la analogía, claramente proscripta en virtud del preciado principio de legalidad que impera en todo estado de derecho. Más aún si tenemos presente que la sanción penal se encuentra erigida como *última ratio* del ordenamiento jurídico, donde están en juego ni más ni menos derechos y garantías de linaje constitucional.

Por ello, debido a que con los actuales tipos penales se dejan impunes muchas situaciones de notoria injusticia y claro fraude a terceros, tal circunstancia, debe ser subsanada mediante una urgente reforma de la ley penal. Reforma la cual, se viene posponiendo, resultando más que una imprevisión del legislador –la cual no se presume conforme lo señala nuestra Corte Suprema- una verdadera decisión política de varias décadas.

Por más que a esta altura de la evolución del Derecho Concursal la quiebra no puede ser concebida como una sanción, y que hay que desdramatizar la misma, concibiéndola como lo que es, una contingencia que puede acontecer en la vida económica de una persona o sociedad y como un mecanismo para la recomposición patrimonial de indudable utilidad e importancia en la economía de un país, resulta adecuado que el ordenamiento jurídico contenga sanciones y efectos para que dicho procedimiento no sea utilizado con fines espurios y para encubrir maniobras fraudulentas.

En efecto, en conformidad al sistema actual, muchas conductas disvaliosas quedan en un limbo entre ambas sedes sin sanción alguna, olvidando la importancia que la regulación jurídica de los procesos concursales en todas sus dimensiones tiene para la sociedad. Recordando los antecedentes históricos de la quiebra, con sorpresa encontramos los dos extremos: el represivo, arcaico y hasta tildado de “salvaje, brutal y primitivo” sistema romano, al *laissez faire* actual; de la picota, la horca y la tortura a la impunidad y la soltura; de la deshonra, escarnio e infamia pública a lo banal; del temor concreto a la quiebra a la liviandad total por la ineficacia sancionatoria o dimensión de las sanciones, lo cual de modo alguno se debe tolerar.

Para todo lo cual, se debe instaurar un sistema sancionatorio que sea eficaz, ejemplificador y disuasivo para desalentar maniobras defraudatorias y que no se haga un mal uso o abuso de los mismos. El *sistema dual de sanciones*, actualmente imperante y vigente en

nuestro país tanto en la faz penal como en la comercial, no reúne ninguna de esas características.

De ello, dan cuenta los datos estadísticos, así desde hace ya más de una década, pese a la proliferación de procesos concursales (en sentido lato) y a los procesos vinculados a los mismos, lo cual ha llegado en algunos casos a una proliferación de verdaderos *abuso de los procesos concursales*, sólo se cuentan unas pocas condenas penales.

Tal fracaso e ineficacia, no se debe a que el sistema sea dual, sino a varias razones. Por un lado debido a la liviandad de las previsiones en la ley comercial y a que como se expuso, la ley criminal no ha ido a la par de las modificaciones de la comercial, produciendo desajustes, desacoples o incompatibilidades entre las mismas. Así, sin perjuicio de la dualidad sancionatoria e independencia que importa la faz comercial de la penal y viceversa, es indudable su relación y conexión entre ambas, por lo que va de suyo que deben resultar armónicas y compatibles entre ambas.

Por otro lado, el problema que a priori se advierte es que tanto la legislación penal como la comercial han tenido diferentes objetivos. Así, por un lado se ha considerado a la ley concursal de orden público, y por el otro encontramos con que la ley penal estipula a estos delitos como una afectación meramente patrimonial. Empero, en rigor de verdad la legislación concursal y penal vigentes, parecieran coincidir –por acción u omisión- en el poco interés público que merece tenerse presente para su sanción, en no enaltecer los valores de toda la sociedad que se desean proteger y sobre todo en el resultado de ser totalmente ineficaces para no sólo para sancionar debidamente conductas disvaliosas sino también para disuadir conductas de tal linaje. Para ello, no puede pasarse por alto que las quiebras generan importantes perjuicios no sólo a accionistas y acreedores sino también, en muchos de los casos, a la propia sociedad ya que la quiebra de una gran empresa significa el fin de muchos empleos, el desabastecimiento de productos y servicios y la disminución en la recaudación de impuestos por el Estado.

En efecto, la rama comercial dejó de lado el interés del Estado y de la importancia que implica una quiebra para la economía en general como genuina herramienta para sortear un estado de insolvencia, cesación de pagos e impotencia patrimonial para hacer frente al colectivo de los acreedores; reservándolo al privado –a la veleidat o encono de un acreedor en particular- sin contemplar que de algún modo afecta el interés público, los valores de la comunidad en general y de la economía toda.

Así, en la actualidad resulta más eficiente en la práctica los medios inhabilitatorios bancarios y se le teme más a una inscripción en una organización de información crediticia como el Veraz que a la sanción de corta duración que la ley comercial prevé para un fallido cuyas consecuencias prácticas son mínimas, por lo que la estrictez debería dirigirse más hacia el patrimonio.

En cuanto al plano penal, debido a los supuestos de atipicidad y lagunas ya descriptos en torno a la ley represiva, sumado a la falta de especialización de los órganos acusatorios y jurisdiccionales para escudriñar la responsabilidad en las complejas maniobras que normalmente se advierten para la configuración de estos delitos, la mayoría de las causas en las que se investigan estos delitos quedan sin condena. Si a ello le sumamos que las mismas son pocas, debido a que la ley concursal sólo prevé su remisión en un único supuesto, a que normalmente jueces y síndicos en contados casos han ordenado su remisión en otros supuestos

y a que muchos de los acreedores no instan a ello, vemos lo estéril e ineficacia en la aplicación de las sanciones previstas.

Tal desajuste e insuficiencia normativa se agrava, en relación a los tipos penales vigentes con respecto a la actual problemática de insolvencias empresariales fraudulentas, pergeñados a través de verdaderos planes de insolvencia, lo cual permite que inescrupulosos deudores puedan licuar deudas en perjuicio de terceros.

Por otra parte, a juzgar por la graduación de penas que le legislación penal prevé, es muy probable que el fallido, en el supuesto de que su conducta pueda ser considerada delictiva, no termine en la cárcel, pues el sistema penal prevé mecanismos (léase: suspensión de juicio a prueba, condena de cumplimiento condicional, etcétera) para dejar en suspenso o sin efecto muchas de las propias penas que establece. Las estadísticas existentes al efecto acreditan y corroboran que la condena por los delitos de quiebra resultan prácticamente nulas o ínfimas, más aún en parangón con el resto de los delitos previstos contra la propiedad, bien jurídico bajo el cual se encuentran actualmente englobados.

De todo lo expuesto, surge la imperiosa necesidad de repensar y reformular el sistema sancionatorio actualmente vigente en nuestro país, ello en pos de proteger debidamente los intereses en juego. Más aún en el plano penal, donde como ya se expusiera, resulta llamativo que en un contexto de hiperactividad legislativa en materia penal y pese a las mandas que establecieron las exposiciones de motivos de las legislaciones concursales, el régimen sancionatorio vinculado a la insolvencia haya permanecido sin cambios.

En relación al plano comercial, la sanción prevista debe ser mayor, en especial lo atinente a lo estrictamente patrimonial, protegiendo a algunos acreedores actualmente desprotegidos por la liberación que provoca la rehabilitación (v.gr. acreedores involuntarios, por créditos alimentarios, etc.), incluso a los efectos de evitar injusticias y dar un tratamiento dispar para cada uno de los fallidos o sus administradores, que permita una sanción proporcional para cada caso en concreto, restablecer el instituto de la calificación de conducta. Aunque claro está, no incurriendo en los defectos de la ley concursal antecesora, mediante un mecanismo que sea más expeditivo, con amplio derecho de defensa, acotando el tiempo de revisión de los actos que llevaron a la quiebra, y en especial, determinando y acotando su calificación y reproche a si medió a fraude o no.

En cuanto a la faz penal, siempre teniendo presente el carácter fragmentario y subsidiario de su intervención, la cual debe ser con criterio excepcional y necesario, no sólo basta una modificación de la ley penal que sólo enaltezca el bien jurídico a uno que sea de una mayor pluridimensión que el netamente patrimonial, que abarque más intereses en juego o que indique un mayor interés público (orden socioeconómico, la economía, la fe pública, etc.), ni un cambio en los tipos penales en concreto ajustándose a la ley concursal vigente y a las estructuras económicas actuales, sino que ello, además debe ir acompañado con una mayor intervención de los operadores jurídicos que actúan en sede comercial (en especial jueces y síndicos), y no con la indiferencia que se advierte actualmente, para dar debida comunicación en supuestos que prima facie se evidencia la posible comisión de maniobras defraudatorias en perjuicio de terceros. Asimismo, las agencias judiciales y organismos que empuñan la acción pública acusatoria deben contar con una especialización que les permita desentrañar si existen maniobras delictivas.

En cuanto a las figuras delictivas, se deben formular tipos adecuados, contemplando o englobando la totalidad de los procesos concursales y sus variantes, todo ello en concordancia

con las situaciones que la ley concursal prevé, a su vez se debe repensar si necesariamente debe existir declaración judicial de quiebra para la configuración de estos delitos o si puede contemplar para ello la cesación de pagos (la cual muchas veces acontece con mucha anterioridad y es diferida su exteriorización), se debe analizar la conveniencia de mantener un tipo imprudente como el actual art. 177 actual y además se deben contemplar pautas objetivas (magnitud del perjuicio, cantidad de perjudicados, si se afectaron fuentes de trabajo, daño patrimonial causado, etcétera) tendientes a establecer el grado de antijuridicidad material de estos delitos a los efectos de determinar la pena a imponer como lo prevén legislaciones extranjeras.

Si bien el actual Anteproyecto de Reforma integral del Código Penal contempla y recepta algunas de las cuestiones señaladas en relación a los delitos de quiebra, a priori pareciera que la misma resultará insuficiente y debe ser perfectible al momento de su discusión en el Congreso Nacional.

Al propio tiempo, obviamente que para una reforma de los tipos penales destinados a los procesos concursales en general y la quiebra en particular, debemos tener en claro de qué es lo que se pretende proteger, lo cual además deberá ir en consonancia y armonía con los postulados imperantes en la ley concursal. En especial, en virtud de los intereses en juego y la cantidad de afectados que se generan en estos delitos, el ejercicio de la acción no debería dejarse librado a la voluntad de los damnificados o víctimas como se prevé en el texto proyectado, sino que debieran de índole pública.

Por otro lado, para que todo el sistema sancionatorio funcione, al momento de su estructuración y delineamiento, necesariamente se debe tener presente el perjuicio que se ocasiona a los acreedores y también la defensa de los valores generales de toda la sociedad, entendiendo entre ellos la protección del crédito, la confianza, la economía, fuentes de trabajo, cadena de pagos, etc., y el perjuicio ocasionado a la misma. Asimismo, se deben rememorar las enseñanzas de Beccaria quien sabiamente –dos siglos atrás- refirió que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, pero unido a la esperanza de la impunidad.

Todo ello, claramente contribuirá a disuadir a quienes pretenden mediante el uso de los procesos concursales en general, entre ellos la quiebra, ocasionar perjuicios y fraudes en perjuicios de terceros.

Amén de todo lo expuesto, también resulta necesario un compromiso de todos los operadores jurídicos para abogar por el buen uso de los procesos concursales, teniendo presente los intereses involucrados, en especial no desnaturalizar los objetivos y utilidad que tienen los mismos para afrontar las complejidades que aparece una insolvencia. Para ello, es necesario la tan proclamada moralización de los procesos por parte de los letrados que patrocinan a los deudores, la imperiosa necesidad del estricto cumplimiento de las funciones y obligaciones de los síndicos concursales en debida custodia y protección de los intereses y derechos de los acreedores, así como un compromiso de los magistrados judiciales, que permitan en base a las herramientas legales con que cuentan detectar posibles fraudes y perjuicios a terceros encubiertos bajo la estructura de los procesos concursales.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl (Directores); Terragni, Marco Antonio (Coordinador); de Langhe, Marcela (Supervisión), *Código Penal y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial, volumen 7, parte especial*, arts. 172/185, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2009, p. 465 a 722.
- ALEGRÍA, Héctor. *Algunas cuestiones de derecho concursal*. Bs. As.: Ed. Abaco, 1975.-
- , - *Los llamados pequeños concursos. Concurso de personas físicas, consumidores y patrimonios reducidos*, LL 2005-E-1353;
- , - *Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*, La Ley, 2007-C, págs. 900 y sgtes.) y en “Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales”, Tomo I, 01/01/2008, 1001.
- ANAYA, Jaime Luis. *La norma penal en la ley comercial*. ED 145-748.
- Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación*, Buenos Aires: Ediar, 2007.
- ANCHAVAL, Hugo Alberto, *Insolvencia del consumidor*, Ed. Astrea. Buenos Aires, 2011.
- , - *La quiebra de los empleados públicos*, LL, Sup. CyQ 2010 (agosto), p. 53, LA LEY, 2010-E, 26
- , - *El nuevo sujeto concursal*, Sup. CyQ 2010 (diciembre), 01/12/2010, 1 - LA LEY, 2010-F, 1079.
- , - *El sobreendeudamiento de los consumidores y la cuestión moral*, DSE, Nro. 261, Agosto 2009, T. XXI, págs. 808/818
- ANTOLISEI, Francesco. *Delitos relacionados con la quiebra*. Santa Fe de Bogotá: Ed. Temis, 1975.-
- ARAYA, Miguel C., *Pérdida del capital social e insolvencia*, LL, 2005-F, p. 1278/1281.
- ARGERI, Saúl A. *La quiebra y demás procesos concursales*. La Plata: Ed. Platense, 1974.
- , - *Si la sindicatura puede intervenir en el proceso penal por quiebra fraudulenta*. LL, 1980-A-1073.-
- , - *Calificación de conducta fraudulenta en el proceso concursal*, LL, 1980-D-1423.-
- , - *Calificación de conducta culposa en el proceso concursal*, LL, 1980-D-1435.-
- , - *Complicidad en el proceso concursal de quiebra*, LL, 1981-A-911.-
- , - *Quiebra culposa en sede penal*, LL, 1981-D-1341.-
- , - *Quiebra fraudulenta en sede penal*, LL, 1981-D-1348.-
- BACIGALUPO, Enrique. *Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1970.-
- BARBIERI, Pablo Carlos. *Procesos Concursales*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1999.-
- , - *Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 2ª edición, 1997.-
- , - *Concursos y quiebras*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 2.006.
- , - *Manual teórico práctico de derecho concursal*, Buenos Aires: Ed. La Ley, 2012.-
- , y NOGUERA, Sebastián M., *Reformas a la ley de concursos. Ley 26.684. Comentada*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2011.-
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y las penas*, Libertador, 2005.
- BERGEL, Salvador Darío. *La calificación de conducta en el anteproyecto de la ley de concursos mercantiles*, J.A. 1970-262.-
- BERNE, Julio Glineur. *Calificación de conducta del fallido*, RDCO, año 7, agosto de 1974, p. 377 a 396.-
- BIDART CAMPOS, Germán. *La prescripción de la acción en el delito de quiebra*, ED 145-750.-
- BOQUIN, Gabriela F, y BRUNIARD, Carlos M., “Efectos desincriminantes de la ley 24.522. La quiebra fraudulenta”, p. 469/472, EN: VITOLO, Daniel Roque (Director), *La Protección de los terceros en las sociedades y en los concursos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.-
- BREGLIA ARIAS, Omar, y GAUNA, Omar, *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. 4ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2.001.-

- BRUNIARD, Carlos Manuel. *La calificación de comerciante en el delito de quiebra fraudulenta*, LLActualidad, ejemplar del 7 de noviembre de 2.000, p. 1.-
- CÁMARA, Héctor. *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, tomo III, Bs. As.: Depalma, 1978.
- , - *El concurso Preventivo y la Quiebra*. –actualizado bajo la dirección de Ernesto E. Martorell- tomo III y V, Buenos Aires: Ed. Lexis-Nexis, 2007.
- , - *La falencia de la falencia*, RDCO, año 13, n° 75, Depalma, 1980, p. 393 a 413.-
- CAMPOS, Juan C. *La eliminación de la calificación de conducta en la ley 24522 y la aplicación de la legislación penal en la quiebra fraudulenta*, DSyC, Errepar, Año 11, Vol. 9, no. 125 (Abr. 1998), p. 965 a 974.-
- CARRERA, Daniel P. *Delitos vinculados a la quiebra*, JA: 1988-II-515.-
- CONIL PAZ, Alberto A. *Conclusión de la quiebra. Según ley 24.522*. Buenos Aires: Ed. Ábaco.-
- , - *Calificación de conducta y renuncia de un director*, LL, 1994-C-37.-
- , - *¿Ley penal más benigna?*, Rev. La Ley, de 30 de julio de 1.996 (LL, 1996-C, 774).-
- CREUS, Carlos, *Quebrados y otros deudores punibles*, Bs. As.: Ed. Astrea, 1989.-
- , - *Derecho penal: parte especial*, Bs. As.: Astrea, 2007.-
- CUPITO, Javier Alejandro, *Los vínculos del Derecho penal con el Derecho Comercial en sus aspectos procesal y de fondo*, Revista Aequitas virtual, 3ra. Etapa, Publicaciones de Doctrina, Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, 2006.
- D'ALESSIO, Andrés José, y DIVITTO, Mauro A (Coordinadores), *Código Penal comentado y anotado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, Tomo II.-
- DASSEN, Julio. *Naturaleza jurídica de la masa de acreedores*, J.A.,1943-I, p. 528.
- DASSO, Ariel A., *Responsabilidad y calificación de conducta concursal*, LL, 1986-C-926.
- , - *Un “nuevo” derecho concursal en el derecho comparado –en ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)-*, en LL, 2007-A-957 y en <http://www.derecho-comparado.org/Colaboraciones>.
- , - *La reforma de la Ley de Concursos y Quiebras según Ley 26.684/2011. La observable constitucionalidad del cramdown cooperativo*, La Ley, 2011-C, p. 1247/1260.
- DELLA CROCE, Roberto H., *Acción penal en el delito de quiebra*, JA, Doctrina – 1974-895.-
- Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001, <http://www.rae.es/rae.html>.
- DOBSON, Juan Malcolm, *La reforma de 1985 del derecho concursal inglés (Algunos aspectos)*, RDCO, 1985-461.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal-Parte Especial*, Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008.-
- DURRIEU, Roberto. *Participación en el delito de quiebra*, JA, 1945-III-745.-
- Enciclopedia Jurídica OMEBA (voces: quiebra, quiebra fraudulenta, activo, etcétera).-
- DURRIEU FIGUEROA, Roberto, *Luces y sombras en la reforma penal proyectada*, LL, 2014-D, ejemplar del día 7/8/2014, págs.1/4.-
- ERBETTA, Daniel. *Delitos de insolvencia*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2009.-
- FARGOSI, Horacio, y RUSSO, Mariana S., *¿Solo reforma de la ley 24.522?*, LL, 2002-C-995.-
- FASSI, Santiago C. *Ley de concursos. Comentada y anotada. Ley 19.551*. Bs. As.: Ed. Astrea, 1972.-
- , - *Concursos comerciales y civiles. Comentario exegético de la ley y jurisprudencia actualizada*. Buenos Aires, 2ª edición ampliada. Bs. As.: Ed. Astrea, 1977.
- , y GEBHART, Marcelo, *Concursos y quiebras. Comentario exegético de la ley 24.522. 8ª edición actualizada y ampliada*. Bs. As.: Ed. Astrea, 2004.-
- FAVAROTTO, Ricardo S., *Acerca del bien jurídico en las insolvencias punibles*, LLBA, 2012-355.-
- FAVIER-DUBOIS, Eduardo M. (p), *El delito de quiebra fraudulenta*, Errepar, DSE N° 192, Nov./2003, TXV, p. 1155 a 1160.-
- , - *Conflictos y armonías entre quiebra y delito de bancarrota: ¿cuasi impunidad o reforma integral?*, Errepar, DSE N° 148, Mar./2000, T. XI, p. 757.

- FERGUSON, Niall. *El triunfo del dinero. Cómo las finanzas mueven al mundo* (Traducción de Francisco J. Ramos Mena, título original: *The Ascent of Money*). Barcelona: Random House Mondadori, S. A., 1ª edición, 2009.
- FERNANDEZ MOORES, Javier, *La inhabilitación inmortal*, nota a fallo de CNCom., sala B, 7/12/2010, fallo Moiguer, Fernando M., RDCO, 2011-B-467.-
- ,- *Las inhabilitaciones en la ley 24.522*, JA, 1996-III-902.
- ,- *Las inhabilitaciones en la ley 24.522*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 11, Concursos y Quiebras II, p. 107 y 108, Ed. Rubinzal-Culzoni, año 1996.
- ,- *Inconstitucionalidad del régimen de inhabilitación*, en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, desarrollado en Rosario los días 27, 28 y 29 de Septiembre de 2006, Comisión n° I. Moralización de los procesos concursales.
- FERRER, Patricia, *Derecho del acreedor hipotecario en el proceso concursal*, 2ª ed. actualizada y ampliada. Bs. As.: Astrea, 2000.-
- ,- *Las relaciones laborales en los procedimientos concursales. La nueva normativa introducida por la ley 24.522*. En Revista de Derecho Privado y Comunitario (RDPC), N° 10, Concursos y Quiebras, I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.
- ,- *Comentarios al Proyecto de Reforma elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia y Proyecto presentado por el Ministerio de Economía*, publicado en www.jursoc.unlp.edu.ar, 2006.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo VI, 2ª edic. actualizada por Guillermo A. Ledesma, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.-
- ,- *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 16ª edición.
- FRICK, Pablo D., *Cooperación procesal e interdicción de salida del país del director suplente en la quiebra*, Rev. DCCyE, La Ley, año 1, n° 1, septiembre 2010, p. 27 y sgtes.
- FUSARO, Bertelio. *La calificación de conducta en la ley 19.551, reformada por la ley 22.917*, RDCO, Año 17, Depalma, 1984, p. 57 a 65.-
- GAGLIARDO, Mariano, *Calificación de conducta concursal*, LL, 1988-E-540.-
- GALLO, Rosana. *Grecia y Roma. Algunas cuestiones sobre el derecho mercantil y penal a través de la historia y la literatura*. Buenos Aires: Dunken, 2.013.
- GARCIA, Silvina Mabel, *Régimen de inhabilitación por quiebra*, Bs. As., La Ley, 2002.
- GARCIA MARTINEZ, Francisco, *El concordato y la quiebra en el derecho argentino y comparado*. Bs. As.: El Ateneo, 1940.-
- ,- *El concordato y la quiebra*. Bs. As.: Depalma, 1967.-
- GARCIA MARTÍNEZ, Roberto. *Derecho Concursal*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.-
- GONZALEZ, Nemesio. *Prescripción de la acción penal regulada en la ley de concursos*, ED 145-749.-
- GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, Bs. As: Compañía Argentina de Editores, 1941.
- GOMEZ LEO, Osvaldo R., *Introducción al estudio del Derecho Concursal (Antecedentes históricos y derecho comparado)*, Separata de la RDCO, n° 142/144, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1992.-
- GRAZIBLE, Darío J. *Inhabilitación falencial*, LL, 2006-F-1248, del 13/11/2006.
- ,- *La legitimación del fallido*, LL, 2008-C, p. 1216/1222.
- HENDLER, Edmundo S., *Insolvencia y delito*, Buenos Aires, 1967.-
- ,- *Quiebra punible y concordato resolutorio*, DJ, 1974-199.-
- HENDLER, Edmundo S., *Una aproximación al tema de los delitos económicos*, Trabajo publicado en parte en Revista Jurídica de Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1990-II-pp.115/123 y en www.catedrahendler.org.ar.-
- HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de derecho concursal: ley 24522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, Bs. As.: Abaco, 2.001.
- HIGHTON, Federico R, y CAVALLERO, Ricardo J., *Sobre la quiebra y algunas cuestiones penales*, LL, 1977-D-773.

- IGLESIAS, José Antonio, *Concursos y quiebras: ley 24.522 comentada*. Bs. As.: Depalma, 1995.
,- *La filosofía de la ley de concursos y quiebras*, LL, 30/11/95; 1995-E-1188.-
,- y MEINCKE, Horacio E. *La aplicación de la ley más benigna en la calificación de conducta. Un nuevo enfoque*, ED, 127 (1988)-750.-
JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*. Bs. As.: Ed. Losada, 1971.
JUNYENT BAS, Francisco, *El instituto de la quiebra. Procedimientos para su declaración*. RDPC, 11-9, 9/38.
,- y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Ley de concursos y quiebras comentada*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires.
,- y MUSSO, Carolina, *Las medidas cautelares en los procesos concursales*, Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2.005.
LAJE ANAYA, Justo. *Quebrados y otros deudores punibles*. Bs. As.: Depalma, 1967.-
,- *Comentarios al código penal*, Buenos Aires: Depalma, 1979.-
,- *Prescripción de la acción penal en el delito de quiebra*, JA 1974-199.-
LASCANO (h), Carlos. *La nueva ley de concursos 24522 y los delitos vinculados a la quiebra*; en Foro de Córdoba, nro. 30, Editorial Advocatus, año 1996.-
LAULETTA, Daniel, *Las Costas del Proceso en las Quiebras Sin Activo*, ponencia en el XXXVIº Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, 5 y 6 de diciembre de 2002, publicado en www.quiebras-concursos.com.ar.
LEVAGGI, Abelardo. *Historia del derecho penal argentino. Lecciones de Historia Jurídica IV*, Editorial Perrot.-
LOZA, Eufracio. *Cómputo del plazo de la acción penal en el delito de bancarrota*, LL, 104-687.-
MAFFIA, Carlos, *Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (II)*, LL 1995-D-1256.-
MAFFIA, Jorge Osvaldo. *Derecho concursal*. Bs. As.: Depalma, 1988.-
MAFFIA, Jorge Osvaldo, y MAFFIA, María Ofelia Borzi de. *Legislación concursal; introducción histórico crítica*. Buenos Aires: Zavalía, 1979.-
MAFFÍA, Osvaldo J. “*Metamorfosis de un concepto: De la cesación de pagos a la crisis empresarial*”, LL, 1984-C, p. 775.
,- “¿Hay alguna diferencia entre incumplimiento y estado de cesación de pagos?”, ED, vol. 207 (2004), p. 905.
,- ¿Qué es...? “Par condicio”, “masa”, “abstracción”, “junta”, LL, 2007-F, 1.187.
MALAGARRIGA, Carlos C. *Efectos personales de la quiebra*, Bs. As.: Ed. Lajouane, 1.896.-
,- *La quiebra en el Código de Comercio y en el Código Penal*, en Revista de Derecho Penal, año 2, Buenos Aires: Ed. Ediar, 1946.-
,- *Reseña de la legislación comercial argentina (1810-1960)*, Bs As, Ed. Depalma, 1.961.-
MANIGOT, Marcelo. *Código Penal Anotado y Comentado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1.978.-
MANILI, Pablo L., *La seguridad jurídica. Una deuda pendiente*, Buenos Aires: Hammurabi, 2.011.-
MARTORELL, Ernesto Eduardo. *Tratado de derecho comercial: concursos y quiebras*. Buenos Aires: La Ley, 2010.-
,- *Tratado de concursos y quiebras*, Bs. As.: ed. Depalma, 1998.-
,- *Un fallo ponderable en materia de quiebra de una sociedad*, LL, 1993-B-280.-
,- y CUNEO LIBARONA, Mariano. *Problemática concursal-penal - Quiebra de una sociedad dominada a través de un pacto de sindicación de acciones: Responsabilidades comerciales y penales*, LL, 1998-C-1277 (rta. del 17-06-1998).-
,- y PINTO, Hugo Juvenal. *Problemática concursal-penal. ¿En qué consiste el "sometimiento a proceso penal" que permite mantener la inhabilitación del fallido (artículo 236, ley 24522)?*, LL, 1997-E-1347.-

- , y VALERGA ARAOZ, Jorge, *Problemática concursal – penal. La ‘clausura del procedimiento (la quiebra) por falta de activo’ y su ‘presunción de fraude’ ¿posee algún efecto penal?’*, LL, 1997-D-1241.-
- MARULL, Francisco Gabriel, *Punibilidad de la quiebra fraudulenta. ¿Confirmación de la selectividad del Sistema?*, en www.derechopenalonline.com.-
- MEINCKE, Horacio E e IGLESIAS, José Antonio, *La aplicación de la ley más benigna en la calificación de conducta. Un nuevo enfoque*, ED, 127 (1988)-750,-
- MONTAGNA, Gastón Alejandro, *Sanciones al quebrado*. Bs. As.: Abaco, 2011.-
- ,- *La cesación de pagos. No ignoremos la faz penal*, ADLA, 2005, tomo LXV-C, 3583 a 3587.-
- ,- *La falta de activos en la quiebra. Algunas cuestiones que complementan la norma (Nota a la ley 24522)*, ADLA, 2008, tomo LXVIII-B, 2191 a 2196.-
- ,- *La quiebra. Dualismo sancionatorio comercial y penal*, *El Derecho, Jurisprudencia General*, Universidad Católica Argentina, Universitas SRL, Vol. 233 (2009), p. 974 a 981.-
- ,- *La quiebra. Necesidad de implementar un sistema dual de sanciones como defensa de los valores generales de la sociedad*, *LLActualidad*, p. 1 a 4, Año 74, no. 34 (18 de Feb. 2010).-
- ,- *Quiebra de personas de existencia ideal. Dos cuestiones problemáticas en la esfera penal: Los casos de los socios y de las compañías de seguros*, LL, 2010-A-1244 a 1247.-
- ,- *Fallido, penas y castigos*, Rev. Doctrina Judicial, Ed. La Ley, año XVI, n° 25, Buenos Aires, 17 de mayo de 2000.-
- ,- *La quiebra. Dualismo sancionatorio comercial y penal*, ED, t. 233, p. 974 a 981.-
- MORAS MOM, Jorge R. *El delito de insolvencia fraudulenta*. Buenos Aires: ed. Abeledo Perrot, 1975.-
- MORELLO, Augusto Mario, TESSONE, Alberto J. y KAMINKER, Mario E., *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados*, t. VIII. Concursos, Ley 24.522, La Plata: LEP-Abeledo-Perrot, Bs. As., 2.004.-
- MORCECIAN, Rubén Ricardo, *La quiebra del consumidor y su recepción jurisprudencial (Se abrió el cielo para el consumidor?)*, LIV Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Prov. de Buenos Aires, Bahía Blanca, 24 y 25 de Noviembre de 2011, libro de ponencias, Induvio Editora, págs. 271/281
- ,- *Breves aportes en torno a los procesos concursales de consumidores*, VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal. VI Congreso Iberoamericano de la insolvencia, Tucumán, 5, 6 y 7 de Septiembre de 2012, Libro de Ponencias, Tomo III, p. 249/264.
- MUGUILLO, Roberto Alfredo. *Aspectos contables para abogados*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.-
- NADELMANN, Kurt H. *La quiebra en el derecho norteamericano*, Traducido por Enrique Elguera, www.juridicas.unam.mx.-
- NAVARRO, Guillermo Rafael. *Quiebra y otros fraudes en el comercio y en la industria*. Buenos Aires: Pensamiento Jurídico Editora, 1.984.-
- ,- *Fraudes*, Buenos Aires: Nuevo Pensamiento Judicial Editora, 1.994.-
- NAVARRO, Guillermo Rafael, y RIZZI, Aníbal Horacio. *El delito de quiebra*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2.004.
- NIEUWENHOVE, Pablo van. “*Insolvencia , cesación de pagos y crisis de la empresa. Soluciones judiciales y extrajudiciales*”, RDCO, Año 16, nro. 91-96 (1983), págs. 563/574.
- NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho penal argentino*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1967.-
- ,- *Manual de derecho penal: parte especial*. Córdoba: M.Lerner, 1985.-
- ,- *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba: Ed.Lerner, 1965 y Bibliográfica Omeba, 1967.
- O’REILLY, Cristina., *Rehabilitación del fallido*, LL, 2012-E, 934/948.-
- ODERIGO, Mario A., *Código Penal anotado*, 1.946.
- ,- *Declaración de quiebra y proceso por quiebra fraudulenta*, LL, 79-787.-

- OSSORIO Y FLORIT, Manuel. *Código Penal de la República Argentina. Comentarios. Jurisprudencia. Doctrina*, 14ª ed., Buenos Aires: Universidad, 2007.
- PAJARDI, Piero. *Derecho Concursal*, Buenos Aires: Ábaco, 1991.-
- PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, 2ª edición actualizada por Carlos Enrique Camps, t. VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011.
- PARMA, Carlos. *Delitos dolosos cometidos en las quiebras por el fallido (art. 176 del Cód. Penal)*, publicado en: www.carlosparma.com.ar.-
- PLINER, Adolfo. “*La personalidad de la sucesión, de la masa de acreedores en la quiebra y de la masa de deventuristas*”, RDCO, Depalma, Bs. As., 1968-51.
- PORCELLI, Luis A. *Relaciones del derecho penal y concursal (La necesidad de su sistematización)*, LL, 1989-E-945 y Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 357.
- ,- *Cesación de pagos y macroeconomía. Su masividad frente a los límites del proceso concursal*, LA LEY, 2004-B, 1165 y en “*Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales*”, Tomo I, 01/01/2008, 637, Cita Online: AR/DOC/441/2004.
- PUCCINELLI, Oscar R., *El “derecho al olvido” en el derecho de la protección de datos. El caso argentino*. Publicado en Revista Internacional de Protección de Datos Personales. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho (Bogotá, Colombia) No. 1 Julio - Diciembre de 2012. ISSN: 2322-9705. Disponible en: <http://habeasdatacolombia.edu.co>.-
- RAFECAS, Daniel Eduardo. *El delito de quiebra de sociedades*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.-
- ,- *Los delitos de quiebra en Argentina (con especial referencia a la quiebra societaria, art. 178, Cód. Penal)*, en Revista de Sociedades y Concursos, Director: Ricardo A. Nissen, N° 10, mayo/junio 2001. Bs. As.: Ed. Ad Hoc, págs. 49/76 y en www.catedrahendler.org.-
- ,- *Una sentencia de quiebra fraudulenta con múltiples maniobras que no conmueven su unicidad (nota a fallo)*, LL, 2004-D-542.-
- ,- *Quiebra fraudulenta impropia - Relaciones con la administración infiel y la estafa*, LL, 1998-C, 1191.-
- RIBICHINI, Guillermo Emilio. *Calificación de conducta: un cambio saludable con reservas*, LL, 1995-D-664.-
- RICHARD, Efraín H. “*El abuso del proceso concursal (alternativa para abordar la crisis societaria)*”, RDCO, Año 44, 2011-B, p. 655 a 674.-
- ,- *Consecuencia de la quiebra en las personas jurídicas. Un supuesto de responsabilidad penal*, sitio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (www.acader.org.ar - Bibliografía recomendada) y en www.astrea.com.ar, 2010.
- ,- *La crisis de la organización societaria*, en “*Perspectiva del derecho de la insolvencia*”, Academia Nac. de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010, p. 268 y sgtes.
- RIVERA, Julio César. *Instituciones del derecho concursal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003.-
- ,- *El derecho concursal una rama cuya legislación está en permanente cambio*, Rev. de Derecho Comparado, Año 2009 - 15. Reformas concursales (Segunda parte), Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 11/50.-
- RIVERA, Julio César, ROITMAN, Horacio y VITOLO, Daniel Roque. *Ley de concursos y quiebras*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2000.-
- ROITMAN, Horacio. *Calificación de conducta, año 17*, RDCO, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 669 a 779.-
- ROJT, Julio M. *Las deudas impagas ante el Derecho Penal*, Bs. As.:Ed. Errepar, 1996.-
- ROMERA, Oscar E., La eliminación de la calificación de conducta y sus consecuencias en la legislación concursal y el derecho penal, en Rev. Derecho y Empresa, n° 4, Universidad Austral, Rosario, 1995, p. 263 a 271.-
- ROUILLON, Adolfo A.N. (Coordinador). *Código de Comercio. Comentado y Anotado*. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2007, Tomos IV-A y IV-B.-

- ROUILLON, Adolfo A.N. *Los aspectos represivos en el derecho de la insolvencia*, EN: A.A.V.V. *Orientaciones en el Derecho Comercial. El Régimen penal en el derecho comercial*, Instituto Argentino de Derecho Comercial. Buenos Aires: Ed. Ad.Hoc, 2001, p. 125.-
-, *Régimen de Concursos y Quiebras*. Bs. As.: Ed. Astrea: 15ª edición, 2007.-
SÁEZ CAPEL, José, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas (Societas delinquere non potest)*, Rev. La Ley, del 25-06-1.998.-
SALERNO, Marcelo Urbano, *El Derecho de le Empresa en el Siglo XXI: Obligaciones y Contratos*, Ed. La Ley. 1ed., Buenos Aires: La Ley, 2005.-
SALVATIERRA, Juan Cruz, *Ejecución de sentencia contra integrantes de una sociedad de hecho no demandados y otras cuestiones*, LLBA, 2008-474.-
-, *El empleador como particular damnificado*, Revista *Doctrina Judicial*, Año XXIX – N° 28, del 10 de julio 2.013, Ed. La Ley, p.5.
-, y SALVATIERRA, Juan Manuel, *El valor probatorio de los libros de comercio entre un comerciante y quien no lo es*, LLBA, 2010-984.-
SANGUINO SANCHEZ, Jesús María (Colombia), *Por la dignidad del deudor*, Plenario edición electrónica, publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Abril de 2001, www.aaba.org.ar.
SANTIAGO, Alicia Noemí *Omisión de libros y documentación: ¿calificación de conducta culpable o fraudulenta*, LL, 1993-E-232.-
SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, tomo IV. 4ª edición, 11ª reimpresión. Buenos Aires: Ed. Tea, 1999/2000.-
SOSA AUBONE, Ricardo Daniel. *Comentario de la ley 26.086 modificatoria de la ley de Concursos y Quiebras*. EN: Revista del Colegio de abogados de La Plata, Diciembre de 2006, Año XLVI N° 67.-
-, *Ley 25.589. Concursos y quiebras. Modificación de las leyes: 24.522, 25563 y 25640: comentada y anotada, con jurisprudencia*, La Plata: Ed. Lex, 2002.
TABERNERO, Rodolfo, y MARZOLI DE BERTOLOTTO, Mirtha L., *La normativa concursal y las sanciones en el orden penal*, JA, 1991-I-949.-
TACCARI SANTI, Raquel, en “*El levantamiento de la inhibición del fallido que dispone el art. 236 LCQ implica el de las inhibiciones, a partir de la fecha de su rehabilitación*”, ponencia en el XL Encuentro de Institutos de Derecho Comercial, Noviembre de 2.004.
TEVEZ, Alejandra N. *La reforma de la ley concursal en Italia*, La Ley, 2006-F, 1330/1342.
-, y LEVINSONAS, Daniel M. *Desapoderamiento y rehabilitación del fallido sometido a proceso penal. Implicancias patrimoniales en la quiebra*, revista La Ley del 03 de julio de 2.013, págs. 1/4 (LL-2013-D)
TRUFFAT, Edgardo Daniel, *La clausura por falta de activo: ¿importa presunción de fraude?*, LL, 1989-C-1280 a 1285.-
-, *Algunas reflexiones sobre el desapoderamiento y la rehabilitación hoy vigentes y la posibilidad de volver a pensar el sistema*, RDCO, 2008-A-106.
-, *Tiene sentido la calificación de conducta en el derecho concursal moderno? en caso afirmativo: ¿qué alcance debería tener?*, RDCO, 2009-A-501.
-, *Rehabilitación automática (art. 236, LCQ)*, RDCO, 2010-A-804/809.
VAISER, Liliana. *El abuso del derecho en los procesos concursales*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.
VILADAS JENÉ, Carles. *Los delitos de Quiebra. Norma jurídica y realidad social*, 1ª edición. Barcelona: Ed. Península, 1982.
VILLOLDO, J. Marcelo, *La conversión de la quiebra en concurso: ¿excluye la responsabilidad penal del ex fallido-ahora concursado-?*, Práctica y Actualidad Concursal (P.A.C.); Tomo I, Marzo de 2005.
VINTI, Ángela M., *El anacronismo del sistema concursal argentino frente al consumidor como sujeto insolvente*, LLBA2014 (mayo), 355/372.
WILLIAMS, Ricardo. *El concurso preventivo*. Buenos Aires: Plus ultra, 1975.
ZANDRINO, Juan J. y Mc INERNY, Patricio T., *Manual de derecho comercial*, Bs. As: La ley, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, Buenos Aires: Ediar.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2001.

ANEXO

Estadísticas:

Cuadro 1. Causas de procesos concursales iniciadas en Fuero Comercial de la Justicia Nacional.

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Concursos Preventivos	1.246	926	654	680	459	341	347	373	297	283	280
Pedidos de quiebra	6.175	5.484	4.474	3.588	3.256	3.068	3.113	3.291	2.662	2.576	2.622
Pedidos de propia Quiebra	200	237	210	196	111	105	130	95	84	76	81
Incidentes	19.275	18.917	14.843	9.589	7.805	6.933	9.338	5.655	5.592	4.903	4.878
Otros procesos vinculados a los concursos:	13.926	12.501	10.613	8.164	4.687	3.147	2.792	2.614	2.885	2.956	2.348

(*) Elaboración propia. Fuente: Estadísticas del Poder Judicial de la Nación <http://www.pjn.gov.ar/>

Cuadro 2. Sentencias condenatorias dictadas en todo el país en el período 1996 a 2012.

Años	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Quiebra fraudulenta	3 (1 Capital, 1 Corrientes, 1 Chaco)	1 (Capital)	3 (Entre Ríos)	10 (6 Buenos Aires, 3 Capital, 1 La Pampa)	2 (Capital)	3 (Capital)	12 (Capital)
Concurso civil fraudulento	0	1 (Córdoba)	1 (Capital)	0	0	1 (Santa Cruz)	0

Años	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Quiebra fraudulenta	12 (10 Capital, 2 La Pampa)	18 (13 Capital, 1 Córdoba, 1 Chaco, 1 La Pampa, 2 Río Negro)	16 (15 Capital, 1 La Pampa)	6 (5 Capital, 1 La Pampa)	19 (16 Capital, 1 Córdoba, 2 Santa Fe)	7 (6 Capital, 1 Río Negro)	6 (Capital)
Concurso civil fraudulento	1 (Buenos Aires)	0	0	0	1 (Buenos Aires)	1 (Santa Fe)	1 (Buenos Aires)

Años	2010	2011	2012
Quiebra fraudulenta	7 (5 Capital, 2 Buenos Aires)	8 (7 Capital, 1 San Luis)	1 (Capital)
Concurso civil fraudulento	0	0	4 (1 Capital, 1 Salta, 1 Mendoza y 1 Entre Ríos)

(*) Fuente: Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en base a estadísticas del Registro Nacional de Reincidencia.