

LA QUIEBRA EN EL CÓDIGO PENAL Y EN LA LEY DE CONCURSOS

Clarisa Ferder
Mauricio Libster

En virtud de todo lo desarrollado en la ponencia que se adjunta a la presente, la síntesis de nuestra propuesta es la siguiente:

Nuestra *primera propuesta* apunta a la redacción concordante de la quiebra fraudulenta en el Código Penal y la Ley de Concursos en cuanto a qué es una conducta fraudulenta (elemento objetivo) y el elemento subjetivo que debe ser siempre el dolo de un comerciante, tomando en cuenta también para componerlos los aspectos que pudieran ser penalmente punibles en materia de hechos reveladores de la cesación de pagos, presupuesto inexcusable de la declaración de quiebra (art. 86 L.C.).-

La *segunda propuesta* es en cuanto a la despenalización de la quiebra culpable en el Código Penal, por lo que proponemos sea eliminado el art. 177 de dicho cuerpo legal.-

Nuestra *tercera propuesta* apunta que se legisle que la prescripción de la acción penal comience a correr desde la medianoche del día que se decretó la quiebra y se determine la *inmediata* intervención del juez de instrucción a los efectos de la investigación de los hechos que motivaron la quiebra que en gran parte habrán sido incluidos en el tipo penal específico, lo que implicará no sólo el cumplimiento de una norma de procedimiento a introducirse de lege ferenda, sino la actual del art. 164 del C.P.C.-

Nuestra *cuarta y última propuesta* radica en eliminar del art. 242 de la Ley de Concursos el párrafo atinente a la "supuesta independencia" a que este hace referencia e incorporar al mismo que el juez en lo comercial deberá esperar al juez en lo penal para resolver en el incidente de calificación de conducta; en caso de ser condenado en sede penal, deberá fallar de acuerdo y, en caso de ser absuelto, tal fallo no será obligatorio.-

La decisión de abordar este tema radica en la importancia de crear un sistema normativo acorde con los tiempos que vivimos y a los modelos elegidos por el derecho comparado, donde se armonicen los aspectos conflictivos del tráfico mercantil, de vital necesidad para la seguridad en las operaciones comerciales.-

Se debe encarar la corrección de la desarticulación de los regímenes jurídicos complementarios, intentando compatibilizarlos para no tornar *inocuo* el sistema normativo.-

Especialmente y, avocándonos desde ahora al tema específico de la quiebra, los compendios normativos específicos son *ineficaces* por las razones expuestas a continuación:

I.- No existe un criterio concordante entre la ley de Concursos y el Código Penal en cuanto al criterio con el cual se califica una conducta de fraudulenta o culpable.-

II.- Creemos que la sanción penal prevista para la quiebra culpable no debería existir.-

III.- Divergencia de criterios en cuanto al punto de partida de la acción penal emanada de la quiebra y su interrupción.-

IV.- No debería hablarse de *independencia* de la calificación de conducta en sede comercial con respecto a la acción penal mencionada en el art. 242 de la Ley 19.551, pues esta no existe.-

Para componer esa *ineficacia* proponemos:

A) la reforma del art. 176 del Código Penal;

B) la eliminación del art. 177 del mismo cuerpo normativo;

C) la inclusión de una norma donde se prevea que el juez penal debe investigar los hechos a partir de la declaración de quiebra en sede comercial en la medida en que los hechos que la motivaron (art. 86 de la Ley de Concursos) sean los que parcialmente transcribirá el Código Penal de los enunciados en la Ley de Concursos por ser de naturaleza tal que admitan la punición del derecho represivo, o, en caso de resultar esta solución imposible, restablecer la vigencia de la segunda parte del art. 243 de la Ley de Concursos, atento a la necesidad de evitar que la demora en el incidente de calificación de conducta vuelva inocua la sanción penal por prescripción de la acción.

I.- INCONGRUENCIA ENTRE CRITERIOS DE LA LEY DE CONCURSOS Y EL CODIGO PENAL

Código Penal

Art. 176: "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”.-

Art. 177. “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”.-

Ley de Concursos (19.551)

Art. 235.- *Conducta fraudulenta.* “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:

1) distraer, ocultar, disimular o destruir bienes del activo, incluso mediante enajenaciones simuladas, constitución de derechos o celebración de contratos que disminuyan su valor venal;

2) suponer gastos, pérdidas o egresos de bienes del activo, o que hubieren estado en su poder desde la fecha en que se encuentre efectivamente en cesación de pagos o ingresaren después en su patrimonio. A los efectos de este inciso no rige el límite de retroacción del art. 120.

3) simular o suponer deudas, contraerlas sin causa; denunciar o reconocer créditos fraguados o inexistentes;

4) realizar pagos, dación en pago u otorgar prelación a algún acreedor después que haya conocido o debido conocer su cesación de pagos;

5) enajenar, gravar o aplicar a sus negocios propios en forma indebida, fondos o efectos que hubiere recibido en razón del título por el que no se le transfiriere el dominio;

6) depositar las sumas efectivamente retenidas como agente legal de retención;

7) percibir, después de decretada la quiebra, dinero, efectos o cualquier otro bien sobre el que recaiga desapoderamiento;

8) adquirir a nombre de terceras personas bienes susceptibles de desapoderamiento o derechos sobre ellos sometidos a igual régimen;

9) distribuir o pagar dividendos ficticios de la sociedad luego fallida, con conocimiento de su ilegitimidad;

10) negarse injustificadamente a dar las explicaciones que se le soliciten sobre su situación patrimonial o darlas en forma indebida;

11) no presentar la documentación, y en su caso los libros, que hagan posible la reconstrucción de su patrimonio o del movimiento de sus negocios, o presentarlos falseados o trancos;

12) presentar balances, cuentas de resultado o estados contables falsos, o memorias notoriamente inexactas, en el juicio o fuera de él;

13) prometer la constitución o transmisión de cualquier clase de derechos sobre bienes estando imposibilitado legalmente, o prometerlo a varias personas de manera incompatible;

14) realizar actos de comercio u otros patrimoniales mediando inhabilitación o incompatibilidad, o violar lo dispuesto por los arts. 17, 66 y 67, párrafo tercero;

15) recurrir al crédito disimulando su estado de cesación de pagos;

16) enajenar fuera de los usos de plaza y a pérdida o por menos del precio corriente, cantidad considerable de bienes que hubiere adquirido a crédito dentro del año anterior a la declaración de quiebra, cuyo precio adeudare en todo o en parte”.-

Art. 236. *Conducta culpable.* “La conducta del fallido es culpable cuando ha abandonado sus negocios o realizado cualquier acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

Se consideran configurativos de tal conducta, entre otros actos, los siguientes:

1) realizar gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia;

2) arriesgar sumas considerables en juego o apuestas;

3) dejar de cumplir un acuerdo preventivo o resolutorio, salvo que acontecimientos extraordinarios o imprevisibles hubieran hecho imposible su cumplimiento;

4) asumir obligaciones en interés de terceros que fueren excesivas con relación a su situación patrimonial o sin tomar garantías suficientes;

5) demorar injustificadamente la presentación en concurso;

6) ausentarse o no comparecer durante el trámite del juicio o dejar de cumplir con lo dispuesto por los arts. 26, 93, 106 y 107 de esta ley, sin perjuicio de lo

establecido por el art. 235, inc. 10;

7) no realizar en debido tiempo y forma las inscripciones exigidas por el Código de Comercio;

8) en materia de sociedades, omitir la presentación, en tiempo y forma, de memorias, balances, cuentas de resultados, estados contables y documentos anexos;

9) utilizar medios ruinosos para procurarse recursos;

10) realizar, cuando se encuentra en cesación de pagos, compras a crédito por un monto que no guarda relación con exigencias de su giro;

11) estar en débito por una cantidad doble al haber del último inventario, en el lapso entre éste y la quiebra;

12) llevar irregularmente sus libros y documentación mercantil;

13) presentar o invocar proyecciones de balances y cuentas de resultados, de origen y aplicación de fondos o financieros o estudios de factibilidad técnica, financiera o económica y financiera del deudor a la fecha de su confección o utilizarlos truncados o parcializados”.-

Respecto del hecho de la *inmixión o intromisión* del juez en lo penal previamente a la calificación de conducta del juez comercial, el art. 86 de la ley de concursos enumera una serie de hechos reveladores del estado de cesación de pagos donde prevé situaciones de naturaleza tal que admiten su inclusión en un tipo de derecho represivo y que de hallarse presentes deben habilitar la intervención del juez penal poniendo así en marcha la acción penal (por ejemplo los incisos 3, 5 y 7), estos son hechos lo suficientemente graves y significativos para que sean denunciados por el juez de la quiebra.-

Hechos reveladores (art. 86 de la Ley 19.551)

“Pueden ser considerados hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entre otros:

1) reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor;

2) mora en el cumplimiento de una obligación;

3) ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir las obligaciones;

4) clausura de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolle su actividad;

5) venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago;

6) revocación judicial de actos realizados en fraude de los acreedores;

7) cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recursos”.-

PROPUESTA

Se debe armonizar la redacción del Código Penal con la Ley de Concursos en cuanto a qué es una conducta fraudulenta (elemento objetivo) y el elemento subjetivo que debe ser siempre el dolo de un comerciante, tomando en cuenta también para componerlos, los aspectos que pudieran ser penalmente punibles en materia de hechos reveladores de la cesación de pagos, presupuesto inexcusable de la declaración de quiebra (art. 86 L.C.).-

Consideramos que los artículos que rigen la quiebra en el Código Penal y la Ley de Concursos deberían estar redactados de manera concordante, dado que, siguiendo la estructura actual nos encontramos con un sistema en el cual no existe integración normativa alguna, pudiendo llegarse a la lamentable conclusión que una calificación de conducta declarada fraudulenta en un Juzgado Comercial, al no configurar *exactamente* el escueto *tipo* definido en el Código Penal, puede derivar en una absolucón en un Juzgado Penal.-

II.- DESPENALIZACION DE LA QUIEBRA CULPABLE

En cuanto a la figura de la quiebra culpable, proponemos sea despenalizada y, eliminado el artículo 177 del Código Penal. Esto es razonable desde que la figura madre de este delito que es la *defraudación*, sólo admite los tipos dolosos, al igual que los delitos que atentan contra el comercio y la industria, tipificados en el Título XII, de los delitos contra la fe pública, del Código Penal.- Además, los hechos, tanto de la Ley de Concursos como del actual tipo penal, apuntan más a la esfera personal de la decisión que afecta a terceros en forma indirecta y no planeada para tal efecto.-

III.- DIVERGENCIA DE CRITERIOS EN CUANTO AL COMIENZO DE LA ACCION PENAL EMANADA DE LA QUIEBRA Y SU INTERRUPCION

Siguiendo a Creus, el delito configurado en los artículos 176 del Código Penal requiere la declaración de quiebra, es decir, el dictado de la resolución que la declare (art. 95, ley 19.551).-

Dicha acción funciona con relación al delito, en un doble carácter: como su presupuesto, ya que tiene que haber una quiebra a la que haya que calificar de fraudulenta y como característica del autor, que tiene que tratarse de un comerciante declarado en quiebra.-

Como presupuesto se discutió si se trataba de una cuestión prejudicial, de una cuestión previa o, simplemente, de un elemento objetivo del delito.-

Nosotros, concordantemente con el autor mencionado, creemos que es un elemento del tipo (no una condición objetiva de punibilidad), ya que las acciones del autor son típicas en relación a una quiebra declarada, no a una simple cesación de pagos.-

Por las razones expuestas, no puede computarse la prescripción de la acción sino a partir del momento en que la declaración de quiebra se ha producido, salvo que se trate de actos de fraude posteriores a la declaración.-

Momento inicial del cómputo de la prescripción

- Fallo plenario de la C.C.C. de fecha 1/8/72 in re "Trovatto, Pedro", donde se declaró que "en los casos de delito de quiebra, el plazo de prescripción de la acción penal debe computarse desde la medianoche del día en que quedare firme el auto declarativo de la quiebra, salvo que se trate de hechos posteriores".-

a) El art. 243, segundo párrafo, de la ley de quiebras Nº 19.551 en cuanto establece que interrumpe el curso de la prescripción de la acción penal el trámite de calificación de conducta, resulta inconstitucional por ser violatorio de los arts. 18 y 67 inc. 11 de la Constitución Nacional al atacar la defensa que encarna el instituto de la prescripción de la acción penal.

b) debe obviarse la aplicación del 2º párrafo del art. 243 de la ley 19.551 por ser inconstitucional, para practicar el cómputo del término de la prescripción de la acción penal, debiendo partirse a tal efecto desde el momento en que quedó firme el auto declarativo de quiebra.

Sala IV c. 40.189, Teperman, Isaac, 29/152 rta., 22/10/91.-

En un comentario a dicho fallo publicado en la revista de El Derecho del 7 de abril de 1992, el Dr. Nemesio González, considerando que la declaración de inconstitucionalidad resulta abusiva, sostiene que *"dicho efecto interruptor tendrá lugar sólo cuando falten elementos para decidir en sede penal. Si, en cambio, obraran probanzas suficientes en el proceso penal, el juez de esta jurisdicción tiene potestad para calificar la quiebra atento la independencia de la acción penal respecto de la calificación de aquélla en sede comercial, la que no "importa cuestión prejudicial"*. Ello es así a mérito de lo establecido en el art. 242 de la ley 19.551.

En tales supuestos, los hechos presuntamente delictivos, se resolverán sin que la interrupción de referencia pueda operar. Lo que no podrá el juez en lo penal es resolver decretando la prescripción antes de la calificación de conducta

determinada por el juez en lo comercial, pues la acción penal no estaría extinguida en función del art. 243 in fine de la ley de concursos. El juez del fuero represivo sólo puede resolver sobre el fondo del asunto, así procesando como condenando, según el caso, sobreseyendo por inexistencia de delito o falta de prueba, o absolviendo llegado el caso al estadio de la sentencia final.

La interrupción funcionará también cuando la denuncia sea tardía y el juez del fuero represivo no encuentre elementos para penetrar al fondo del asunto. Esta hipótesis es la cuantitativamente menor, pues resultará extraño que en las actuaciones de la quiebra no haya elementos para decidir si prima facie se realiza algunos de los tipos penales de los arts. 176 a 178 y 179 del Código Penal, o si las conductas enjuiciadas son penalmente indiferentes.

Si no se encontraran elementos idóneos en las actuaciones concursales, el juez en lo criminal, podrá decretar sobreseimiento provisional a la espera que se resuelva el incidente de calificación de quiebra por el juez competente.

Por lo tanto, no me parece alarmante que la ley 19.551 (art. 243 in fine) haya previsto la aludida causal de la interrupción de la acción penal. Si el incidente de calificación de conducta se dilatará excesivamente, el interesado podrá pedir pronto despacho y exigir el derecho a la jurisdicción y el debido cumplimiento del servicio de la justicia. Como se ve, la vigencia de la acción penal en virtud del art. 243 in fine de la ley 19.551 comprenderá casos excepcionales...”.-

“Es cierto que a nosotros, que sólo damos por razonable una medida restrictiva de derechos personales cuando, en la opción frente a otras idóneas para el mismo fin buscado, no se ha elegido la más severa, se nos podrá argüir que acá sería posible lograr el objetivo que se propuso el art. 243 de la ley concursal readaptando la duración del trámite calificadorio con procedimientos más rápidos en vez de imponer una solución interruptiva de la acción penal.

Sin embargo, la convergencia equilibrada entre el propósito de la persecución penal y el de la prescripción de la acción no nos deja ver con nitidez que el medio escogido -de por sí objetivamente razonable- resulte más gravoso para los derechos personales que la abreviación procesal -y fáctica- del incidente calificadorio de la quiebra...” Germán J. Bidart Campos, comentario a fallo publicado en El Derecho, abril 7 de 1992.-

¿Cuál es la razón por la cual la mayor parte de las quiebras llegan prescriptas a los juzgados penales?

Como ya hemos comentado anteriormente, la prescripción comienza a correr a partir del auto declarativo de quiebra, lo que implica un extenso lapso hasta la culminación del incidente de calificación de conducta.-

Pero, el problema no es aquí donde se suscita, sino en el hecho que no se debiera esperar la calificación de conducta del Juez en lo Comercial para iniciar

la acción penal, sino que, dicho juez,

en caso de haberla decretado por hechos que también, por su naturaleza, hayan sido incluidos en el tipo penal pertinente, y en consecuencia constituyan delito, además de ser obligado por el art. 164 del Código de Procedimientos en lo Criminal que prescribe que "toda autoridad o todo empleado público que en ejercicio de sus funciones adquiera el conocimiento de un delito que dé nacimiento a la acción pública, estará obligado a denunciarlo a los funcionarios del Ministerio Fiscal, al Juez competente, o a los funcionarios o empleados superiores de policía en la Capital y Territorios Federales. En caso de no hacerlo, incurrirán en las responsabilidades establecidas en el Código Penal", debería habilitar al Juzgado Penal de turno en la investigación de los hechos que basaron la declaración de la quiebra.-

A partir de ese momento, la investigación correría por separado e *independientemente*, hasta tanto se llegue al momento de calificar la conducta donde el juez comercial interrumpirá su proceso hasta tanto el juez penal haya calificado la conducta, como ocurre en todos los otros juicios donde se inician acciones civiles y penales.-

Propuesta

a) Legislar que la prescripción de la acción penal comienza a correr desde la medianoche del día que se decretó la quiebra.-

b) Determinar la inmediata intervención del juez de instrucción a los efectos de la investigación de los hechos que motivaron la quiebra que en gran parte habrán sido incluidos en el tipo penal específico, lo que implicará no sólo el cumplimiento de una norma de procedimiento a introducirse de lege ferenda, si no la actual del art. 164 del C.P.C.-

IV.- SUPUESTA INDEPENDENCIA DE LA ACCION CIVIL Y LA PENAL

La ley de concursos 19.551 prescribe claramente la independencia entre la acción penal y la calificación de conducta hecha por el juez del concurso, en cuanto ésta no obliga al juez penal ni importa cuestión prejudicial alguna, art. 242. Inversamente, la condena penal dictada modifica la calificación comercial cuando ésta es más benigna que la determinada por el juez penal, art. 243.-

Un fallo del año 1985 emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, confirma la opinión del Dr. Soler expuesta en el párrafo anterior, y, asevera nuestro título de "supuesta independencia de la acción civil y penal".-

“La calificación de conducta fraudulenta y culpable en los términos de los arts. 235 y 236 de la ley de concursos, es definitiva a los efectos civiles en relación a las personas alcanzadas, con independencia del contenido de la sentencia penal posterior, de la cual sólo puede derivarse una situación más grave, C.S., 4/7/85 in re “Fer Metal S.A.”

La Corte tomó como base para llegar a este acertado fallo, una jurisprudencia emanada de la Cámara Criminal y Correccional, sala IV, 4/10/68, que decía que “la calificación de conducta del fallido en sede comercial no constituye cuestión prejudicial alguna para la justicia en lo penal”.-

Concluye Soler, ateniéndose a los fallos mencionados ut supra, que *“la expresa exigencia del texto del art. 176 hace para nosotros claro que no puede haber delito sin previa declaración del estado de quiebra en la jurisdicción comercial, y que siendo imposible que el juez del crimen formule tal declaración, no puede iniciarse proceso sin la existencia establecida de aquella condición...”*.-

Propuesta

Eliminar del art. 242 de la Ley de Concursos el párrafo atinente a la *supuesta independencia* a que este alega e incorporar al mismo que el juez en lo comercial deberá esperar al juez en lo penal para resolver en el incidente de calificación de conducta; en caso de ser condenado en sede penal, deberá fallar de acuerdo y, en caso de ser absuelto, tal fallo no será obligatorio.-