

28

IV CONGRESO DE DERECHO SOCIETARIO

COMISION Nº 2

RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIALES

DANIEL ROQUE VÍTOLO

PONENCIA: Debe suprimirse la calificación de conducta del fallido en la quiebra y de los administradores de sociedades comerciales declaradas en quiebra. Debe suprimirse el régimen del art. 264 inc. 2 de la ley 19.550. Para los casos de actos de culpa o fraude debe estarse a lo establecido por las normas pertinentes del Código Penal.

Resulta un tema controvertido, dentro de nuestro ámbito, el referente a la coexistencia de dos regímenes sancionatorios simultáneos, respecto de la conducta seguida por los fallidos en el transcurso del proceso que los lleva a su declaración en falencia y, por ende, de los administradores de sociedades comerciales, cuando el fallido es -precisamente- una sociedad comercial.

En efecto, tanto la ley 19.551 como el Código Penal, contienen normas referidas a dicha conducta imponiendo sanciones en los casos en que la misma encuadre dentro de los supuestos de culpa o fraude previstos.

Es la misma ley concursal la que se ha ocupado de establecer -ya desde el régimen anterior- que la acción penal es independiente de la calificación de la conducta en sede comercial y que la resolución dictada por el Juez de este fuero no obliga al Juez penal ni constituye cuestión prejudicial. (art. 242)

El primer planteo que debe formularse es si se justifica la
variación del criterio sustentado por la ley 11.719, el cual señalaba que los fallidos culpables o fraudulentos y sus cómplices, serían castigados con arreglo a las disposiciones del Código Penal (art. 168). El título XIX resultaba aplicable a los administradores, directores y gerentes en el caso de sociedades comerciales, en razón de lo dispuesto por los arts. 193 y 194.

La coexistencia de dos regímenes sancionatorios, desde nuestro punto de vista, sólo puede sostenerse cuando el fundamento de dichas sanciones provengan de resguardos distintos, amparen bienes susceptibles de protección jurídica distinta y, en suma, los fines perseguidos por la imposición de la sanción difieran entre sí.

Resulta necesario, entonces, hacer referencia a que es objeto de intensa discusión el tema acerca del carácter primario o complementario del derecho penal, con relación a los restantes preceptos del derecho.

Bien señala Soler (Derecho Penal Argentino, Tº 1, p. 10) que para unos las definiciones del derecho penal dan lugar al nacimiento de una forma de ilicitud específicamente penal, de manera que este derecho tiene una función constitutiva, creadora de ilicitudes. De tal forma, la ilicitud penal sería una forma autónoma de ilicitud. (En esta posición estarían Carrara, Rocco, Manzini, Florian, Mezger y Bettiol)

Para los que niegan la naturaleza autónoma de la ilicitud penal, este derecho se distingue esencialmente por su carácter sancionatorio. La enunciación de esta idea se encuentra claramente en Rousseau: "las leyes criminales -dice- en el fondo, mas bien que una especie de leyes particular son la sanción de todas las otras." (Du contrat social, I, II, cap. XII)

"El derecho penal no se caracteriza -dice Hippel- por crear

una protección jurídica para bienes que no tienen otra, sino por el medio de protección: la amenaza y ejecución de una pena". Este es un derecho sancionador. (Deutsches Strafrecht, # 3, V.)

La función típica del derecho penales la de crear tipos de acción que acarrearán una pena cuando sean ejecutados antijurídicamente. Para efectuar esta valoración, el derecho todo forma una unidad.

La consideración de las leyes penales como autónomamente constitutivas de una ilicitud específica crea la posibilidad de discrepancias entre las diversas regulaciones y, por lo tanto una positiva inseguridad. Por ello debe descartarse; la prohibición penal es la culminación y no el comienzo de la ilicitud:

Ahora bien, en materia comercial, desde el punto de vista de la ley de concursos, la calificación de conducta apunta -fundamentalmente- a la protección del interés público, en la medida que la declaración de falencia afecta, en mayor o menor medida, al comercio en general, lo que determinaría la necesidad de juzgar al fallido en su conducta durante el ejercicio de su comercio, y en el caso específico de los administradores de sociedades comerciales, por las funciones desempeñadas como órganos de representación y administración de dichos entes, habida cuenta que se trata del juzgamiento de conductas, y los actos realizados por los entes no son mas que consecuencias de las conductas de sus órganos. Prueba evidente de esto último es que los arts. 237 y 238 de la ley 19.551 sustituyen el antiguo sistema objetivo, a efectos de la calificación, para tender a la actuación individual de los sujetos comprometidos, cuya conducta sólo será calificada en la medida que sus actos hayan influido directa o indirectamente en la producción, facilitación, agravación o prolongación de la insolvencia del deudor.

En tal sentido pueden señalarse, entre otros los siguientes pronunciamientos: C.C. y Com. Rosario, Sala 2ª, 28/9/76, Agroinco Soc. Coop. Ltda. s/ Quiebra, Zeus, Tº 11, sec. Jurisp., p 33; C. 1ª C. y Com. Bahía Blanca, 30/4/79, Viviendas Confortline S.R.L., J.A. 28-975, p 400; C.N. Com. Sala C, 26/5/83, Clipsa S.C.A. s/ Inc. Calif. Conduct.; Sala D, 25/10/79, Albinatti Simone y Cía S.R.L. s/ Incid. Calif. de Cond.-

Igualmente, también puede señalarse como respaldo respecto del bien jurídicamente tutelado por el régimen de calificación de conducta de la ley concursal -el comercio en general, el crédito, la economía etc.- la existencia de pronunciamientos numerosos como: C.N. Com. Sala A, 13/12/82, Elemeca S.A., L.L. 1983-B-138; C.N. Com. Sala E., 1/6/81, L.L. 1982-B-313; C.N. Com. Sala B., 15/3/82, Cía Azucarrera Tucumana S.A., E.D. 99-444; y C.N. Com. Sala C, 28/11/78, L.L. 1981-A-558 e ídem 15/9/77, J.A. 1978-I, Síntesis.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia se ha mostrado coincidente respecto del carácter no represivo del incidente de calificación de conducta en sede comercial.

Dos fallos de fines del año pasado reiteran esta pacífica posición de nuestros Tribunales: C.N. Com. Sala A., 26/6/85, Tecnimport S.A. s/ Quiebra; C.N. com. Sala B., 27/8/85, Faieraizen, Jorge y otros s/ Quiebra y C.N. Com. Sala C, 3/2/84, que confirmara la Corte Suprema en autos Fer Metal S.A. en julio de 1985, sin tomar en cuenta el régimen de obligatoriedad respecto del sujetopasivo impuesto por el derecho Penal, de donde se deduce el carácter no sancionatorio de la calificación.

Los primeros fallos mencionados recogieron los argumentos de la Fiscalía de Cámara, fundada en que el hecho de que la ley 19.551 imponga sanciones civiles, no tiene relevancia -en la medida que se le quiere asignar- pues son muchas las sanciones que se encuentran en el ordenamiento civil o

comercial, sin que a nadie se le ocurra asignarle naturaleza penal y, en tal sentido, no se advertiría el inconveniente de que la ley haya previsto sanciones civiles, o verdaderas incapacidades para el fallido. Nada obstaría, entonces, para la coexistencia de dos regímenes sancionatorios independientes, concluyendo que la ley 19.551 no impone penas sino que prescribe verdaderas incapacidades de derecho bajo la forma de inhabilitaciones.

Tal conclusión implicaría adherir -justamente- a la posición que otorga al derecho penal la función constitutiva, creadora de ilicitudes, de modo que la ilicitud penal constituya una forma autónoma de ilicitud. Es decir: la inhabilitación como pena impuesta por el Juez penal al fallido es una pena, pero sólo por ser creación del régimen penal, ya que la inhabilitación impuesta por el Juez comercial sólo sería una incapacidad para el fallido o una mera sanción civil, de carácter no reprobivo.

La naturaleza de las ponencias, y el reglamento del presente Congreso hacen que no corresponda, en este estado realizar un exhaustivo análisis de la Teoría General del Delito, como tampoco su régimen comparativo frente a otros sistemas sancionatorios, punto sobre el cual se encuentra en elaboración un trabajo específico de próxima aparición.

Sin embargo, podría señalarse que la afirmación de la naturaleza sancionatoria del derecho penal no significa que este derecho sea temporalmente posterior al derecho restante; quiere únicamente significar que la sanción supone sistemáticamente la existencia de un principio positivo, lógicamente anterior a la ley penal. Lo que hace que una ilicitud sea del derecho penal no es una característica jurídica sustancial, específica de esa ilicitud, sino el carácter peculiar de la sanción penal, que la distingue de todas las otras consecuencias jurídicas del acto ilícito.

(Soler, Op. cit. p. 11)

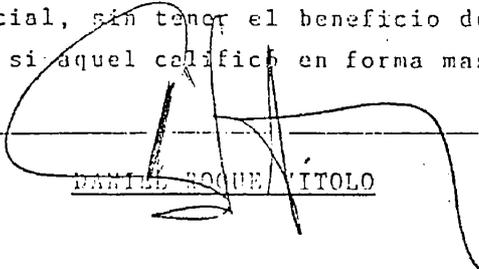
Lo cierto es que sistemáticamente se ha tratado de negar el carácter sancionatorio y represivo de la calificación de conducta, deslindándola del conjunto de normas dotadas de sanciones retributivas, a pesar de la existencia de los elementos comunes en la "acción".

Sin embargo, con algunas variantes, desde el Primer Congreso de Derecho Comercial celebrado en 1940, pasando por la VI Jornada Nacional de Abogados, La Plata 1959, las Jornadas de Derecho Comercial de la Universidad de Cuyo, en 1965, el Congreso de Derecho Comercial de Rosario, en 1969 y otros eventos científicos, se ha propiciado la supresión del incidente de calificación de conducta en las quiebras.

No puede ser de otro modo, según nuestro criterio:

A la inhabilitación que surge del régimen comercial, la cual se computa desde la declaración en quiebra, habrá de agregarse la que determine el Juez penal en caso de condena, la cual regirá a partir de la fecha en que se imponga la pena. Como si esto no fuera suficiente, aún después de su rehabilitación no podrán ser directores ni gerentes por 10 años en caso de haberse calificado su conducta como culpable o fraudulenta y, aún cuando fuera calificada de casual, tampoco lo podrán ser por el término de cinco años contados de la misma manera. (art. 264, inc. 2, Ley 19.550)

Consideramos que ha llegado el momento en que debe unificarse el régimen sancionatorio que pesa sobre los fallidos y administradores de sociedades fallidas, suprimiendo la calificación de conducta en la quiebra, y permitiendo con la rehabilitación -una vez cumplidas las condenas respectivas, recomenzar el ejercicio de la actividad al inhabilitado, el cual hoy -inclusive- debe soportar que la calificación del Juez penal, si es más severa, modifique su calificación comercial, sin tener el beneficio de verla igualmente modificada si aquel calificó en forma más benigna. (art. 243)


DANIEL ROQUE VITOLO