

**LI ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.
QUIEBRA FRAUDULENTA.**

Mercedes Gil Donnari y Guillermo Andrés Marcos.

Ponencia: El delito previsto en el art. 179, primer párrafo del Código Penal debe interpretarse derogado por inexistencia del sujeto activo previsto por el tipo.

De lege ferenda proponemos la derogación de las figuras delictivas previstas en los arts. 176 y 177 del Código Penal y la adecuación de la norma del art. 233 de la L.C.Q...

Quebrados y otros deudores punibles. Falta de adecuación de la ley penal.

Una sentencia de primera instancia del Departamento Judicial de Bahía Blanca nos ha motivado a formular estas breves reflexiones sobre una materia normalmente ajena a estos encuentros, pero que resulta vinculada a nuestra materia por la trascendencia de la promoción de actuaciones penales en cuanto a la duración de la inhabilitación del fallido (art. 236 de la L.C.Q.).¹

Nos habremos de referir, exclusivamente, a los delitos referidos a la quiebra del deudor no comerciante concursado civilmente (art. 176 del C.P.); quiebra culpable (art. 177 del C.P.) y quiebra fraudulenta (art. 179 del C.P.).

I.- Delito previsto en el art. 179 primera parte del C.P..

Es sabido que el delito de quiebra fraudulenta se encuentra previsto en el art. 176 del Código Penal para los comerciantes cuando señala que: *“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”*.

¹ La sentencia condenó al imputado como autor penalmente responsable del delito de quiebra fraudulenta previsto por el art. 179 en relación al art.176 inc.2 del C.Penal. por considerar que el deudor no comerciante concursado civilmente tenía el mismo tratamiento que el deudor comerciante declarado en quiebra, por lo cual el contenido normativo es el mismo pese a haber desaparecido dicha denominación de la legislación concursal. . Causa Correccional nro. 343/09 9-12-09 Juzgado Correccional nro. 4 del Dpto. Judicial de Bahía Blanca.

En relación al no comerciante el art. 179 del mismo ordenamiento prescribe que: *“Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiére alguno de los actos mencionados en el artículo 176”*.

El primer problema que se plantea es que, habiendo desaparecido la figura del deudor no comerciante concursado civilmente, podría válidamente interpretarse que se ha operado la derogación de tal figura típica o, por el contrario, sostenerse que las sucesivas reformas de la ley concursal han transformado al concursado civil en quebrado y que resultaría de aplicación para los no comerciantes el art. 176 del C.P..

Desde la primer perspectiva se puede sostener que el principio de reserva (art. 19 de la C.N.) o el principio de legalidad (art. 18 de la C.N.), y de mínima intervención del derecho penal, que se resumen en el *‘principio nullum crimen, nulla poena sine praevia lege’*, impiden la aplicación analógica del art. 176 del C.P. para el no comerciante.

Desde el otro punto de vista, elaborado por doctrina especializada, la reforma de la ley concursal no ha operado la derogación del delito previsto en el art. 179 sino que *“...desde que la ley penal es en esencia resguardatoria de intereses jurídicos y no constitutiva de ilicitudes, la reforma a la ley concursal dejaría la posibilidad de actuar el art. 179, párr. 1º, si se atiende a su finalidad, es decir, sería aplicable al deudor no comerciante que, como sujeto concursal -antes o después de la declaración judicial de falencia- comete alguno de los actos de bancarrota del art. 176 ...”* (Creus, Carlos, citando a Carrera en *‘Quebrados y otros deudores punibles’*, pág. 160, Astrea).

En nuestra opinión se ha operado la derogación de la figura por inexistencia del sujeto activo habilitado para cometer el injusto.: Estamos frente a un delito especial ya que el tipo penal exige una cualidad especial en el autor: Solo puede cometer este delito quien reúna la calidad de **deudor no comerciante** y se encuentre **concurado civilmente** Un sujeto que no reúna estas condiciones y que realice cualquiera de los actos descriptos en el art. 176 podría ser condenado por alguna de las figuras defraudatorias previstas por el art. 173 del CP pero nunca por concurso civil fraudulento. Entendemos que no puede hacerse una interpretación analógica o extensiva en perjuicio del imputado, sin que ello implique un apartamiento de los principios de interpretación de la ley penal.

No podemos dejar de advertir que el tema resulta opinable y que la controversia no resulta novedosa. Por tal motivo debe señalarse que estas situaciones conflictivas son consecuencia de la desarticulación existente entre las normas penales que rigen la materia y la legislación concursal. En el Capítulo V del Código Penal, denominado *“Quebrados y otros Deudores Punibles”* se describen distintos tipos penales tales como la quiebra fraudulenta, quiebra culpable, quiebra impropia y concurso civil fraudulento, habiendo mantenido sin grandes cambios su redacción originaria,

que data del año 1906 (Proyecto de Código Penal , base del Código Penal sancionado en 1921 –Ley 11.179.), normas imbuídas de principios de política criminal de fines del siglo XIX. Con anterioridad al Proyecto de 1906 y desde el Código Tejedor los delitos concursales adoptaban el sistema de leyes penales en blanco, es decir el tipo se completaba con las conductas reguladas en la legislación comercial, limitándose el código penal a establecer la pena correspondiente. A modo de ejemplo se establecía que *“el quebrado que, con arreglo a las disposiciones de la ley comercial se reputa fraudulento, será reprimido con penitenciaría de dos a seis años e inhabilitación absoluta por doble tiempo”*(art.213 CP)

Por el contrario la legislación concursal ha evolucionado desde la ley 4156, vigente a la época de sanción del Código Penal (ley 11.179 del 30 de setiembre de 1921) Aquella, de consuno con las normas de los arts. 176 y 179 del Cód. Penal, disponía que si de los informes de los interventores resultaren indicios de culpa o fraude deberían remitirse los antecedentes al juez penal (art. 135) y que los fallidos culpables o fraudulentos serían castigados con arreglo a las disposiciones del Código Penal (art. 136) describiéndose, entre los hechos determinantes de la quiebra culpable el no haberse presentado temporáneamente a concurso o haber incurrido en gastos excesivos o no haber llevado regularmente sus libros, causal ésta también determinante de la quiebra fraudulenta. Los arts. 52 y 53 disponían que la falta de presentación oportuna del comerciante en estado de cesación pagos habilitaban al juez concursal, en oportunidad de declarar la quiebra, a disponer su detención.

En similares términos se pronunciaron las leyes 11.719 y 19551.

Como se advierte el sistema funcionaba armónicamente, al coincidir las normas concursales con las represivas.

Sin embargo, la legislación concursal posterior, en particular con la sanción de la ley 24.522, ha modificado de modo trascendente aquella orientación a saber:

a) Se ha instaurado el concurso preventivo, que no existía a la fecha de sanción del Código Penal.

b) Ha desaparecido la calificación de la conducta del fallido y sus larguísimos plazos de rehabilitación (arts. 235, 236 y ss de la Ley 19.551).

c) Por otra parte, el espíritu que ha guiado la reforma de la ley 24.522 en cuanto a la derogación de la calificación de la conducta del deudor ha implicado un cambio aún más profundo, y que traduce –al decir de calificada doctrina–, una mutación radical de filosofía que reposa sobre el principio de que el deudor pueda ser rápidamente insertado, tras su fracaso, para que pueda volver a producir (Iglesias, José; ‘Concursos y Quiebras’, Ley 24.522 Comentada, pág. 250, Depalma).

d) Las estadísticas demuestran que existe un desinterés social en la persecución de estos delitos.

e) Esta humanización del derecho concursal ha sido también acompañada por la reforma constitucional de 1994 y la adhesión a diversos tratados internacionales que permiten afirmar que hoy, el ordenamiento jurídico todo, que reposa en la supremacía constitucional, reconoce al humanismo como centro de su parte dogmática, basada en la dignidad de la persona. El Código Penal, como parte del plexo normativo infraconstitucional debe estar regido por esos mismos principios.

Como consecuencia de lo expuesto, puede advertirse una profunda mutación de las normas concursales a pesar de mantenerse invariables las disposiciones del Código Penal que, aún hoy, siguen considerando punibles a los quebrados culpables.

II.- Los delitos previstos en los arts. 176 y 177 del Código Penal.

El Código Penal en sus arts. 176 y 177 define los delitos de quiebra fraudulenta y quiebra culpable, tipos que, resultaban de aplicación plena con el viejo esquema concursal pero que hoy, como se termina de sostener, han perdido actualidad.

El art. 176 tipifica la quiebra fraudulenta, siendo también un delito especial ya que establece ciertas condiciones en su autor, es decir el delito solo puede ser cometido por un **comerciante declarado en quiebra**. Describe tres hipótesis comisivas (simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener, sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiera a la masa y conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.) La redacción de este artículo también merece nuestra crítica y ha sido materia de interpretaciones diversas. Las divergencias giran básicamente en torno de los actos del deudor que quedan comprendidos: Mientras algunos autores sostienen que se incluyen solo los actos posteriores a la declaración de quiebra, otros consideran que con la expresión "hubiere incurrido" quiso el legislador incluir actos anteriores a dicha declaración. Nos inclinamos por la tesis restrictiva y minoritaria entendiendo que quedan comprendidos solo los actos del deudor posteriores a la declaración de quiebra. Lo contrario importaría declarar autor de este delito a un comerciante que al momento de cometer los hechos por los que es juzgado NO estaba declarado en quiebra, violando el texto expreso del artículo. Incluir los actos anteriores a la quiebra importa penar actos realizados en el período de cesación de pagos, antes que este se conociera, con lo cual se castigaría al deudor por hechos cometidos con desconocimiento sobre la prohibición de su conducta.

Las dificultades que se presentan también aquí son consecuencia de la desactualización del Código Penal y su falta de adecuación a la legislación concursal vigente.

Entendemos que estos y otros inconvenientes que se suscitan en la aplicación e interpretación de este artículo bien podrían evitarse derogando esta figura típica. Esta derogación que proponemos en modo alguno implica la impunidad de los actos del deudor. Muy por el contrario, en-

tendemos que se allanarían las dificultades de interpretación juzgando la conducta del deudor a la luz de las restantes disposiciones del Código Penal, en particular los distintos casos de defraudaciones y delitos contra la propiedad y la fé pública previstos en el Código Penal. Ello es así toda vez que es común en el análisis de estas figuras que se presenten situaciones de concurso ideal de leyes, es decir que el hecho en juzgamiento encuadre en mas de un tipo penal.

El art. 177 describe la quiebra culpable en los siguientes términos: *“Será reprimido como quebrado culpable, con prisión de un mes aun 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”*

Esta descripción que efectúa la norma se contrapone con el principio de mínima intervención del derecho penal, transformando en prohibiciones actos imprudentes que causen la quiebra. Se trata del único delito contra la propiedad de carácter culposo. Como en los casos anteriores la descripción de las conductas típicas concuerda con las normas comerciales hoy derogadas que calificaban la quiebra y la conducta del fallido. Al tratarse de un tipo abierto quedará en manos de la justicia en cada caso concreto determinar cuál es el deber de cuidado que ha sido violado, con los riesgos que ello implica. El direccionamiento de este artículo hacia la prisión por deudas nos inclina a sostener la derogación de la figura descripta

La quiebra no transforma al sujeto en autor de un delito y solo se configurará este cuando se acredite la realización de determinados actos en perjuicio de los acreedores. Se critica la denominación del título “Quebrados y otros deudores punibles” ya que el mismo alude erróneamente a sujetos cuando lo delictivo son determinadas conductas desplegadas por dichos sujetos.

El carácter subsidiario y de *“ultima ratio”* del derecho penal imponen la actualización de los tipos penales en cuestión para que los mismos guarden armonía con la legislación concursal vigente. La falta de actualización del Código Penal en la materia que nos ocupa no puede ser suplida por la interpretación analógica que de las mismas efectúen los jueces. Se impone una reformulación de los tipos penales vinculados al concurso y la quiebra para evitar que por vía de la interpretación judicial arribemos a resultados disímiles frente a casos similares, por los diferentes criterios jurisdiccionales.

El escaso margen de denuncias y condenas existentes por estos delitos, sumado a la inacción legislativa antes referida nos llevan a reflexionar acerca del desinterés social en la persecución penal de estas conductas.

En este sentido avanzó el Anteproyecto de Reforma Integral del CP del año 2006.: El proyecto abordó la reforma de este capítulo procurando superar la falta de armonía entre la legislación concursal y las normas

penales. Prescindió de la declaración de quiebra y sancionando la insolvencia misma. El proyecto no enumeró medios comisivos de la quiebra fraudulenta reemplazándolos por las expresiones “actos jurídicos simulados” y “actos en fraude a sus acreedores”, conforme las disposiciones del Código Civil (arts. 955,961 y 962). A pesar de ello, mantuvo la figura de de la quiebra culposa.

La falta de actualización de estas figuras penales, su escasa utilización, sumado a las razones antes apuntadas nos inclinan a proponer, de lege ferenda su lisa derogación.

III.- Clausura por falta de activo.

Lo expuesto se vincula con la previsión del art. 233 de la L:C.Q. que ordena la automática remisión de los antecedentes a la justicia penal en el supuesto de clausura por falta de activo.

Ello determina la promoción estéril de actuaciones penales ya que la mecánica derivación de los antecedentes a la justicia represiva rara vez produce la formación efectiva de causas y mucho más esporádicamente determina condenas.

La doctrina se ha mostrado particularmente crítica en relación a esta previsión (ver Junyent Bas, Francisco – Izquierdo, Silvina en “La presunción de fraude frente a la clausura por falta de activo” en Microjuris (MJ-DOC-4665-AR | MJD4665) y algún precedente judicial lo ha equiparado a la prisión por deudas (CNCom, Sala C, "Pellene Blanca Perla s/ quiebra", 4/9/2009, Albremática) estimando que la presunción de fraude reconocería como supuesto fáctico, pura y simplemente, la falta de activo o su insuficiencia para satisfacer los créditos verificados o incluso los gastos y honorarios del proceso concursal.

O sea que la sola carencia de bienes no podría –por sí sola– erigirse en presunción de fraude produciendo la maquinal remisión de los antecedentes a la justicia penal.

La norma debería reformularse facultando al Juez a efectuar la comunicación a la justicia en lo penal, solamente cuando, en su criterio, pudiera extraerse de las actuaciones la presunción de conducta criminal por parte del fallido.

IV.- Ponencia:

Como conclusión de lo expuesto, formulamos la siguiente ponencia:El delito previsto en el art. 179, primer párrafo del Código Penal debe interpretarse derogado por inexistencia del sujeto activo previsto por el tipo.

De lege ferenda proponemos la derogación de las figuras delictivas previstas en los arts. 176 y 177 del Código Penal y la adecuación de la norma del art. 233 de la L.C.Q...