

## Quebrados y otros deudores punibles\*

### 1.- Introducción.

Nos interesa abordar en esta ocasión las figuras penales contenidas en el Libro II, Título VI, Capítulo V, denominado "Quebrados y otros deudores punibles", arts. 176 a 180 del Código Penal vigente, comúnmente denominados: "Quiebra Fraudulenta"; "Quiebra culpable"; "Cooperación en la quiebra fraudulenta de una persona colectiva"; "Concurso civil fraudulento de la persona física no comerciante" y "Colusión", sin perjuicio de otras denominaciones que suelen utilizarse al respecto.

Empero lo desconcertante para iniciar la tarea es que el actual Capítulo V ("Quebrados y otros deudores punibles"), en ningún momento indica cuál es el bien jurídico protegido por la norma<sup>1</sup>. 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 a nombrar a los infractores como digno resabio del positivismo jurídico del siglo XIX y principios del XX<sup>2</sup>.

De hecho el quebrado fue siempre maltratado por el derecho<sup>3</sup>, mas allá que el infortunio económico del comerciante puede adquirir relevancia jurídica a través de la declaración de quiebra, drama que en determinadas circunstancias es susceptible de trasladarse al escenario penal<sup>4</sup>

A este escenario es necesario sumarle la desaparición del trámite de calificación de conducta en sede comercial mediante la sanción de la nueva legislación falencial - ley 24.522 - que acarrea consecuencias de naturaleza represiva; en este sentido, la actual ley suprimió la irritante facultad que tenía el juez comercial de ordenar la detención del fallido para su derivación a la justicia del crimen (art. 234, Ley 19.551)<sup>5</sup>.

En esa senda, la unificación de la legislación civil y la comercial, mediante la intromisión de nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), sancionado por la ley 26.9441, ha favorecido la desaparición del estatuto del comerciante en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y genera la esterilización de las ya vetustas normas penales que protegen la propiedad y la seguridad del comercio.

De hecho, Moia<sup>6</sup> opina que el Código Penal incluye dentro de los delitos contra la propiedad un capítulo especial dedicado a los delitos vinculados a la quiebra. Se trata de una serie de figuras que han sido interpretadas de diverso modo en cuanto al bien jurídico protegido. Desde la protección de la integridad de la garantía patrimonial de los acreedores concurrentes en el concurso, algunos autores han planteado una proyección social de estos tipos, en pos de la tutela de la confianza de los negocios<sup>7</sup>. Su aplicación jurisprudencial ha sido dispar y confusa, porque demanda una precisa coordinación de

---

\* Abogado (1993). Especialista en Derecho Penal (2002), Profesor Titular Ordinario (2011) de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina.

<sup>1</sup> Ello, por cuanto ya no se aparta del sistema seguido en general por el Código Penal Argentino, en cuanto agrupa las infracciones bajo el nombre genérico de los delitos y no bajo la denominación de los delincuentes (como se observa en la designación vigente), obedeciendo cada título a un bien jurídico protegido y representando cada capítulo dentro de ese título un modo particular de ataque a dicho bien (Ver por todos: FONTÁN BALESTRA, Carlos, "Derecho Penal. Parte especial", 10ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 569).

<sup>2</sup> LAJE ANAYA, Jorge "Quebrados y otros deudores punibles", Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 14

<sup>3</sup> RUBÍN, Miguel E., "La necesidad de reforma del régimen represivo concursal. La inaudita nueva inhabilitación para los quebrados no-comerciante sometido a proceso penal", La Ley-E, 958.

<sup>4</sup> HIGHTON, Federico – CABALLERO, Ricardo J., "Sobre la quiebra y algunas cuestiones penales", La Ley, 1977-D, 773.

<sup>5</sup> En la exposición de motivos de la Ley 24522 respecto a los aspectos sancionatorio, estableció como justificación que "El nuevo texto legal establece simplemente una inhabilitación automática en función de la declaración de quiebra, dejando librado al arbitrio de quien se sintiere perjudicado como consecuencia de haber considerado que en relación con el concurso preventivo o la quiebra se hubiere cometido algún delito, acudir por las vías correspondientes, fundando su petición en las normas que regulan específicamente esta conducta en sede criminal."

<sup>6</sup> MOIA, Ángel Luis, "La definición de comerciante en la calificación penal de la conducta del fallido", La Ley, 2015-A, 666; cita Online: AR/DOC/3674/2014.

<sup>7</sup> ARGENTI, Saúl, "Quiebra fraudulenta en sede penal", La Ley, 1.981-D, 1341; FAVAROTTO, Ricardo S.; "Acerca del bien jurídico en las insolvencias punibles", La Ley BA, 2012-355.

normas y principios de los derechos mercantil y penal, sin descuidar aspectos rituales peculiares a cada una de estas disciplinas en su aplicación.

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<sup>8</sup>, lo cual puede conllevar a desfasajes o incluso incoherencias entre ambos campos como al que desde hace años está inmerso nuestro país.

Como veremos la iniciación del proceso penal y del concursal parten de un mismo presupuesto fáctico (que el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones), pero sin que el Juez penal dependa de la decisión que el Juez concursal adopte acerca del estado de insolvencia del deudor, garantizando así la independencia total entre ambos procedimientos, con las potenciales contradicciones que ello implica y a las que nos referiremos más adelante.

Tanto la quiebra fraudulenta o culpable como la insolvencia patrimonial fraudulenta o el concurso civil fraudulento, entre los delitos contra la propiedad, por lo que sus elementos comunes con los restantes delitos agrupados por este título, siempre se trata de conductas donde se lesiona al patrimonio ajeno o propio.

Sin embargo, la quiebra fraudulenta o culpable del fallido tiene como diferencia peculiar que sus conductas consisten en un ataque al propio patrimonio, traducido en la disminución real o simulada del mismo y por los hechos previstos en los arts. 176 y 177 del Código Penal.

Tampoco puede dejar de ponderarse que las denominaciones referidas al sujeto activo del delito aparecen aún en la designación del Capítulo, lo cual es indicativo más de un derecho penal de autor que de acto, pues el epígrafe reza: "*Quebrados y otros deudores punibles*".

Está característica en el agrupamiento de las conductas punibles nos lleva a preguntarnos desde hace un tiempo, si no es necesario reformular todo un conjunto de figuras bajo una nueva rubrica a titularse "Delitos contra el orden socio-económico"<sup>9</sup>.

Nuestra idea es agrupar alrededor del sistema crediticio, como integrante del orden socio-económico, todos los comportamientos relacionados con la insolvencia punibles que se constituye en la mayor forma de lesión al derecho de crédito por defraudar las expectativas de cobro, más allá de que el debate principal gira en torno al carácter patrimonial o socioeconómico de estos delitos.

Desde una perspectiva estrictamente patrimonialista, se sostiene que el bien jurídico es el derecho del acreedor a la satisfacción de su crédito con el patrimonio del deudor, derecho de garantía que se reconoce al acreedor sobre todos los bienes, presentes y futuros del deudor. El sistema de protección y garantía del crédito en el ordenamiento civil y comercial está constituido por cauciones o garantías, de carácter personal o real, por medidas coercitivas y ejecutivas, al derecho penal le corresponde una intervención secundaria frente a los atentados graves contra el derecho de crédito del acreedor, de modo que el contenido de injusto vendrá representado por el peligro o daño que tal derecho pueda sufrir como consecuencia de la propia insolvencia del deudor.

Debido a esta perspectiva interdisciplinaria, no puede perderse de vista la configuración de la protección del acreedor como figura central de la relación obligacional y la necesidad de garantizar un espacio jurídico-penal de libertad del deudor. En un modelo económico que tiene como pilar fundamental de su existencia el tráfico jurídico y la libertad de contratación, las principales expectativas de los agentes económicos que participan en él son precisamente que las partes cumplan. Para que los agentes económicos sigan confiando en un sistema que se basa en el tráfico de bienes, se necesita confiar en el cumplimiento de las expectativas de cobro y en el valor que representan los derechos de crédito.

---

<sup>8</sup> MARTORELL, Ernesto Eduardo - CUNEO LIBARONA, Mariano, "Problemática concursal-penal - Quiebra de una sociedad dominada a través de un pacto de sindicación de acciones: Responsabilidades comerciales y penales", La Ley, 1998-C,127

<sup>9</sup> ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., "*Delitos socioeconómicos: ¿Una materia ausente de regulación en nuestro Código Penal?*", en Revista de Derecho Comercial, 2006-A, 961.-

En relación con la misma posición, Queralt Jiménez adhiere a la idea que “el bien jurídico penalmente protegido es la exigencia del sistema de crédito que se basa en la fluidez de las operaciones y en la confianza en el buen éxito de las mismas”<sup>10</sup>.

El crédito no es simplemente la suma de los derechos de los acreedores concretos, sino un instrumento de la economía en su conjunto que se concreta en un sistema crediticio, lo que se evidencia tomando en cuenta la entidad del daño económico que origina la sucesión de situaciones de insolvencia en el sistema económico<sup>11</sup>.

Como señala Bajo Fernández<sup>12</sup>, la importancia criminológica de las insolvencias punibles estriba en uno de sus efectos característicos: la reacción en cadena, pues se van transmitiendo de unos comerciantes a otros las dificultades de pago y las crisis, los despidos de trabajadores, el alza de interés en las instituciones crediticias, etc.

Dentro de un orden económico capitalista moderno en el cual que es posible beneficiarse de un crédito y evitar el pago a los acreedores mediante actos fraudulentos, pierde la confianza de los operadores económicos y carece de viabilidad.

En consecuencia, la quiebra fraudulenta como delito socioeconómico, tiene importancia no solo para satisfacer las pretensiones jurídicas patrimoniales, así como los intereses crediticios de los acreedores potenciales con el deudor, pero a su vez protege también la funcionalidad de la economía crediticia como un sistema de prestación de servicios, bienes y dinero.

## **2.- Bien jurídico.**

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<sup>13</sup>.

Tanto el concepto de “bien jurídico” en los delitos concursales como su sentido y alcance de su protección punitiva, al igual que las defraudaciones, se valen de un medio fraudulento para perjudicar los intereses patrimoniales de otros, en este caso, de los acreedores. En el fondo, de acuerdo con este razonamiento, no es posible efectuar una distinción tajante entre delitos concursales y defraudaciones<sup>14</sup>, pues tanto a los primeros como a las segundas subyace, en algún sentido, la realización de un comportamiento tendiente al perjuicio patrimonial de otro, a través de determinados medios<sup>15</sup>.

En materia de delitos concursales, existen dos grandes grupos de planteamientos relativos al bien jurídico tutelado: las tesis “patrimonialistas” y las tesis “meta patrimonialistas”<sup>16</sup>. Las primeras entienden que los delitos concursales protegen un bien jurídico individual (o sea, un interés que es de titularidad o sirve a una persona determinada o a un grupo de personas determinadas); las segundas, por el contrario, consideran que los delitos concursales tutelan un bien jurídico colectivo o supraindividual (o sea, un interés que es de titularidad o sirve a la generalidad de las personas que integran el cuerpo social).

---

<sup>10</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, Atelier, Barcelona, 2002, p. 488.

<sup>11</sup> De modo crítico Muñoz Conde al abordar la percepción macrosocial del bien jurídico protegido presenta dificultades a la hora de castigar una conducta delictiva desplegada en una quiebra de poca relevancia o de un pequeño empresario, pues en dichos casos no se estaría afectando al orden económico nacional ni generando un daño al sistema crediticio en su totalidad. En este sentido sostiene que “para ser coherente con el planteamiento macrosocial que se propone habría que excluir estos hechos del ámbito de aplicación de estos delitos” (MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho Penal. Parte Especial”, 11ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 199, ps. 396 y 397)

<sup>12</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Manual de Derech Penal. Parte Especial (Delitos patrimoniales y económicos)”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1989, pp. 132, 395.

<sup>13</sup> En Europa: España, CP, Capítulo VII del Título XIII intitulado “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio económico”; Francia, CP, Libro III, “De los delitos graves y menos graves contra el patrimonio, Capítulo IV denominado “De las defraudaciones” Sección III, y en América: Honduras, Capítulo V del Título VIII denominado “Delitos contra la propiedad”

<sup>14</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho Penal. Parte Especial”, T. III, reimpresión de la 3.ª edición revisada y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 380..

<sup>15</sup> MAYER LUX, Laura, “El bien jurídico protegido en los delitos concursales”, en Revista de Derecho de la Pontificia, Universidad Católica de Valparaíso, Nº 49, Valparaíso, diciembre-2017; consulta: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512017000200255>

<sup>16</sup> CABALLERO, Felipe, “Insolvencias punibles”, lustel, Madrid, 2008, pp. 64 y 104 y ss

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.

La diversidad de concepciones no impiden que vale aclarar que la quiebra en sí misma, no es delito; pero sí lo es, si se origina por actos dolosos (fraudulentos) o culposos del deudor.

Algunos autores estiman que se trata de delitos principalmente patrimoniales<sup>17</sup>, donde se protege la "incolumidad del patrimonio"<sup>18</sup>, dando que la masa del fallido opera como prenda común de los acreedores<sup>19</sup>, para permitir la satisfacción de sus créditos, ejecutando la masa de bienes del fallido, en una cierta igualdad de condiciones, y no el derecho de éstos considerados en forma individual.

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<sup>20</sup>.

Para otros, en términos análogos, entiende que estos delitos "lesionan la propiedad, aunque esta aparezca como un derecho y no como un bien material"<sup>21</sup> o sintéticamente el bien jurídico "no es otro que el patrimonial"<sup>22</sup> o simplemente la propiedad<sup>23</sup> y que dicha interpretación es controvertida toda vez que es fácilmente confundible con el derecho real de dominio<sup>24</sup>

Esta postura para fundamentar adecuadamente el injusto de los delitos concursales parte de la idea o noción del castigo a partir de la afectación de intereses patrimoniales, que perfectamente podrían tutelarse a través de mecanismos menos gravosos que la pena. Relacionado con ello, se sostiene que castigar penalmente la afectación de tales intereses frente a la insolvencia de la empresa deudora no haría sino encubrir un supuesto de prisión por deudas. Para superar estas críticas debe partirse de la base de que, efectivamente, a diferencia de otros bienes jurídicos individuales como la vida, la salud o la libertad, la sola afectación del patrimonio no es suficiente para fundamentar el injusto de un determinado delito o grupo de delitos.

Con otra perspectiva, Erbetta postula que el legislador sanciona las lesiones fraudulentas al derecho de crédito y, en menor medida, preservar la transparencia de los procesos concursales<sup>25</sup>. Existen algunos autores que no diferencian entre los distintos tipos penales contemplados en nuestra ley penal. Entre ellos, Creus postula que "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"<sup>26</sup>. En cambio, otros si lo hacen, como Carrera<sup>27</sup>, 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) debidamente respetada; mientras que en el tramo final (art. 180) se procura preservar la indemnidad o incolumidad de la "pars conditio" frente a las

---

<sup>17</sup> RAFECAS, Daniel E. , "El delito de Quiebra de Sociedades", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 50.

<sup>18</sup> CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge, "Derecho Penal – Parte Especial-", t.1, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 589

<sup>19</sup> D'ALESSIO, Andrés J. - DIVITTO, Mauro A., "Código Penal comentado y anotado", T. II, La Ley, Buenos Aires, p. 537; ídem TERRAGNI, Marco A., "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial -I-", T.II, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 705; ídem ANAYA LAJE, Justo, "Quebrados y otros deudores punibles", Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 15.

<sup>20</sup>RAFECAS, Daniel E. , "El delito de Quiebra de Sociedades", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 59; NUÑEZ, Ricardo C., "Tratado de Derecho Penal", T. IV, 2ª reimpression, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1989, p.499; CREUS, Carlos "Derecho Penal-Parte Especial", T. 1, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 562; entre otros

<sup>21</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial", t. VI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 188.

<sup>22</sup> SPROVIERO, Juan H., "Delitos de estafas y otras defraudaciones", T. 2, 2ª edición, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 422.

<sup>23</sup> LAJE ANAYA, Justo, "Quebrados y otros deudores punibles", Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 28; FAVIER-DUBOIS, Eduardo M. (p), "El delito de quiebra fraudulenta", Errepar, DSE N° 192, Nov./2003, TXV, p. 1158

<sup>24</sup> NAVARRO, Guillermo R. -RIZZI, Aníbal H., "El delito de quiebra", 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 12

<sup>25</sup> ERBETTA, Daniel, "Delitos de insolvencia", 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 15

<sup>26</sup> CREUS, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial", t. 1, 5ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 569.

<sup>27</sup> CARRERA, Daniel P., "Delitos vinculados a la quiebra", Jurisprudencia Argentina, 1988-II, 516

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 llevan a decir que los delitos concursales son delitos pluriofensivos. 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<sup>28</sup>, postural adoptada, entre otros por Soler<sup>29</sup> siguiendo a Carrara<sup>30</sup>.

El sector cree que se trata de una figura pluriofensiva<sup>31</sup> que protege el patrimonio de los acreedores y un interés económico-social en mantener la confianza en el sistema de relaciones jurídico crediticio que favorezca el ahorro, y con ello, la inversión que impulsa el desarrollo económico.

Por su lado, en esta concepción el bien jurídico es la "Economía Pública"<sup>32</sup>, porque la quiebra 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<sup>33</sup> o contra el "sistema crediticio"<sup>34</sup>.

Esto último se confirma en consideración al objeto de protección, pues resulta abarcativo de aquellas maniobras desplegadas con anterioridad a la declaración de quiebra, se lesiona primordialmente la fe o expectativa crediticia<sup>35</sup>. Por ello, se vuelve necesario en una futura reforma extraerlo del título VII, denominado "*propiedad*" y buscar ubicar la figura bajo un título que abarque delitos socio-económico, para proteger la seguridad del comercio y la economía en general.

En cuanto a las conductas posteriores a la declaración de la quiebra, principalmente protegen la *par conditio creditorum*, esto es, el derecho que tienen los acreedores a concurrir al proceso de quiebra y ser pagados según sus preferencias y privilegios.

De ello se deduce que en la sistemática actual adoptada por el legislador, estamos ante una figura que tiene principalmente naturaleza patrimonial, pero que también protege subsidiariamente otros bienes jurídicos de naturaleza público-económicos<sup>36</sup>, como se indicó anteriormente.

---

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> SOLER, Sebastián, "Derecho penal argentino", T. IV. 4ª edición, Tea, Buenos Aires, 1987, p. 500 y en ed. 1978, ps. 424 y 433

<sup>30</sup> CARRARA, Francesco, "Programa de derecho criminal. Parte especial", V. VII, T. 9, 4ª edición, Bogotá: Temis, 1982, ps. 51 y 53

<sup>31</sup> BENEYTES MERINO, Luis "Derecho Penal Económico" Director Enrique Bacigalupo, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 264; ídem RIQUERT, Marcelo A., "Código Penal. Comentado y Anotado", T. II, 1ª edición, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 1531.

<sup>32</sup> ARGENTI, Saúl A., "Quiebra fraudulenta en sede penal", La Ley, 1981-D,1345.

<sup>33</sup> GARCIA MARTINEZ, Francisco, "El concordato y la quiebra en el derecho argentino y comparado," T. I, El Ateneo, Buenos Aires, 1940, p. 11.

<sup>34</sup> LASCANO, Carlos Julio (h), "Insolvencias punible", Clase impartida en el Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, 1 y 2 de agosto de 2008

<sup>35</sup> Bueno es recordar en el punto a Rudolph von Ihering "Permítasenos aducir un tercer ejemplo: el del comerciante. El crédito es para él, lo que honor es para el campesino; debe de mantenerlo porque es la condición de su vida. El que le acusara de no tener cumplidas todas sus obligaciones y llenos sus compromisos, le lastimaría más sensiblemente que si le atacase en su personalidad o en su propiedad, mientras que el militar se reiría de tal acusación y el campesino la sentiría bien poco. Es tal, por esto, la situación del comerciante, que hace las leyes actuales, especialísimas en ciertos casos, y que le sean exclusivo y peculiares ciertos caos, y que le sean exclusivos y peculiares ciertos delitos, como el de la bancarrota simple y el crimen de la quiebra fraudulenta" ("La lucha por el Derecho", versión al castellano del Prof. Adolfo Posada, prólogo de L. Alas -a. Clarín-, 1939, Ed. Araujo, p. 81).

<sup>36</sup> De hecho, el Código Penal Español de 1995 al regular la insolvencia punible, no la incluye dentro de las defraudaciones sino en un título independiente dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, en el que quedan las insolvencias como la nota común de los alzamientos, quiebras y concursos, de tal forma que las insolvencias son el género, mientras que alzamientos, quiebras, suspensiones de pagos y concursos son especies del mismo género. El bien jurídico en este delito de insolvencia, se halla constituido por los derechos de los acreedores a la satisfacción de sus créditos con el

En este punto Rafecas<sup>37</sup>, 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 Favaroto<sup>38</sup>, 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), criterio el cual, como veremos, recepcionó el Anteproyecto de 2006 de reforma al código penal-.

Por último, están la postura eclética, donde parte del elemento común el hecho de que conciben a las insolvencias punibles como delitos pluriofensivos o de ofensa compleja, vale decir, que perjudican o afectan a varios bienes jurídicos simultáneamente.

Sin embargo, la mayoría de los autores que acogen esta doctrina, establecen la existencia de un bien jurídico protegido primario o principal y la concurrencia de otros bienes jurídicos accesorios o de menor relevancia.

En Italia, Antolisei, defensor de estas teorías establece que no se debe “contemplar en forma estrecha y unilateral el fenómeno de la insolvencia” porque se estarían dejando de considerar “las graves repercusiones que tal fenómeno produce en la economía general”, concretamente, “la perturbación que, a causa de la interdependencia de los establecimientos de comercio, produce en la vida económica del país, y, consiguientemente, el perjuicio que se deriva para la normalidad de los negocios y para la confianza en el ejercicio del comercio”, y agrega este autor “la lesión de ese interés social es demasiado importante para que no se tenga en cuenta”<sup>39</sup>.

En Chile, Garrido Montt ha sostenido que “el bien jurídico en la quiebra culpable y fraudulenta no es único, si bien está vinculado con el patrimonio de los acreedores, que pueden resultar afectados en cuanto a la recuperación de sus acreencias, lesiona principalmente la intangibilidad de una universalidad, a un conjunto indeterminado de derechos, obligaciones y relaciones de naturaleza económico crediticia creadas por la actividad desarrollada por el fallido. Se trata de un delito pluriofensivo...”<sup>40</sup>.

### **3.- Antecedentes normativos**

El primer antecedente normativo lo ubicamos en el Código Penal de 1886 de Carlos Tejedor, esto es, la ley penal, en blanco, debe imponer la pena sin definir al sujeto en forma particularizada: p.j. “el quebrado fraudulento sufrirá...”, “el quebrado culpable sufrirá...” (art. 328 y ss.).

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

---

patrimonio del deudor, y el contenido del injusto radica, en el peligro o en el daño que tales derechos puedan sufrir a consecuencia de la causación de insolvencia por parte del deudor.

<sup>37</sup> RAFECAS, Daniel Eduardo, “El delito de quiebra de sociedades”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 52.

<sup>38</sup> FAVAROTTO, Ricardo S.; “Acerca del bien jurídico en las insolvencias punibles”, La Ley Buenos Aires, 2012-355.

<sup>39</sup> ANTOLISEI, Francesco, “Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades”, Temis, Bogotá, 1964, p. 24.

<sup>40</sup> GARRIDO MONTT, Mario, “Derecho Penal. Parte Especial”, T. IV, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 298

contemplaba la división tripartita adoptada del derecho español<sup>41</sup>. 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 1886, 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<sup>42</sup>. 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).

Obviamente, la falta de definiciones concretas no vino sino repleta de complicaciones en cuanto a los pasos que debían seguirse una vez remitidas las actuaciones a la sede penal. La dicotomía era entonces, si el Tribunal en lo criminal debía ajustarse a lo actuado por su par comercial o si por el contrario, debía hacerlo con total prescindencia de ello.

De modo tal que 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, el proyecto de 1891 establecía que “el quebrado que, con arreglo a las disposiciones de la ley comercial se repute fraudulento, será reprimido con penitenciaría de dos a seis años e inhabilitación absoluta por doble tiempo” (art. 213 CPen). Receptando las disputas doctrinarias y jurisprudenciales habidas por aquél entonces, decide legislar sobre el particular. Así resulta pues que la norma penal, en sus artículos 213 y 214, nos remite a la ley comercial para delimitar las figuras del quebrado fraudulento y del quebrado culposo. Asimismo, cumple en aclarar un número de cuestiones referidas al deudor no comerciante, a la quiebra de sociedades anónimas y, finalmente, a la connivencia entre deudores y acreedores.

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”<sup>43</sup>. 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 repute 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

Sin embargo, y recién con el proyecto del año 1906, la corriente de pensamiento dominante se orienta hacia la autonomía jurisdiccional vigente en nuestro actual Código Penal. En tal sentido, la comisión encargada del proyecto sostiene: “...hemos empezado por precisar el delito ..., ...desde que se

---

<sup>41</sup> MALAGARRIGA, Carlos. “Efectos penales de la quiebra”, 1ª edición Lajouane, Buenos Aires, 1896, p. VII y ss

<sup>42</sup> ARGENTI, Saúl A., “Quiebra fraudulenta en sede penal”, La Ley, 1981-D, 1.343

<sup>43</sup> CARRERA, Daniel P., “Delitos vinculados a la quiebra”, Jurisprudencia Argentina, 1988-II, 515.

trata de un delito, lo natural es que sea el Código Penal quien lo defina y lo establezca con sus requisitos y condiciones" ( arts. 176º y ss.).

En 1921, 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 1878<sup>44</sup>, 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<sup>45</sup>.

De esta manera, el Código de Comercio y la Ley de Concursos y Quiebras se reservan para sí las situaciones originarias y condicionantes de la figura de la quiebra fraudulenta, una de carácter subjetivo: la calidad del comerciante, y otra de carácter objetivo: la declaración de la quiebra, respectivamente.

En cuanto a los intentos de reformas, el Proyecto de 1937 modifica la expresión "Quebrados y otros deudores punibles" por la "De la quiebra y la falencia civil", aunque ni la quiebra comercial ni la falencia civil son delitos en sí, conservando la fórmula legal del art. 176, reenumerado como art. 235.

En forma semejante el Proyecto de 1941, si bien cambia el título general por el de "Delitos de quiebra y falencia civil", tampoco altera la norma regulatoria de la quiebra fraudulenta que pasa a estar en el art. 157. El Proyecto de 1951 vuelve sobre el nombre del capítulo, proponiendo el de "Falencia delictuosa", y además describe de un modo más minucioso la que designa como "falencia dolosa" (art. 255). A su vez, el Proyecto de 1953 lo legisla dentro del título de los "Delitos contra el patrimonio en general" (art. 232). El Proyecto de 1960 lo incluye dentro de los "Delitos contra la buena fe en los negocios" (art. 228).

El Anteproyecto de 2006 inserta este ilícito dentro de las "Insolvencias punibles", formando parte del título relativo a los "Delitos contra la propiedad y el orden económico" (art. 182)

El Anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal, de 2006, se refiere a estos ilícitos con la moderna denominación de "Insolvencias punibles" (Capítulo VIII, 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). Según los fundamentos que acompañan a la propuesta: "Una de las modificaciones más importantes es la del capítulo sobre 'Quebrados y otros deudores punibles' cuya denominación se reemplaza por la de 'Insolvencias punibles. Fue criterio de la Comisión que era necesario hacerlo para superar la falta de congruencia existente entre la legislación comercial y la regulación penal. En el proyecto de 2013<sup>46</sup> elaborado E. Raúl Zaffaroni, León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo, ubica en Libro II - Título VII - bajo la denominación "Delitos contra el patrimonio" - la cesación de pagos fraudulenta (art. 155), Insolvencia fraudulenta (art. 156), actuación fraudulenta en proceso concursal (art. 157), favorecimiento ilegal de acreedores (art. 158) en el Capítulo X, como "insolvencias punibles".

---

<sup>44</sup> "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", citados por : RAFECAS, Daniel E. , "El delito de Quiebra de Sociedades", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p.59; NUÑEZ, Ricardo C., "Tratado de Derecho Penal", T. IV, 2ª reimpression, . Marcos Lerner Editora, Cordoba, 1989, p.497.

<sup>45</sup> ARGERI, Saúl A., "Quiebra fraudulenta en sede penal", La Ley, 1981-D, 1.343

<sup>46</sup> Decreto P.E.N. 678/12

Por ultimo, mediante Decreto 103/2017, se formo la comisión para la reforma del Código Penal de la Nación, presidida por el Dr. Hernán Borinsky, Carlos Mauricio González Guerra, Pablo Nicolás Turano, Carlos Alberto Mahiques, Patricia Marcela Llerena, Daniel Erbeta, Víctor María Vélez, Pablo López Viñals, Guillermo Jorge Jacobucci, Fernando Jorge Córdoba y Patricia Susana Zifer.

Las coloca en el Libro Segundo, dentro del Título VI - Delitos contra la propiedad -, Capítulo 7 con la misma denominación (“Quebrados y otros deudores punibles”).

## I.- Quiebra fraudulenta

### 4.- Texto legal vigente.

El art. 176 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”.

Como ya hiciéramos referencia, la quiebra en sí, no es punible penalmente. Sí lo son, ciertas conductas que acarrearón a un sujeto físico, 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).

La quiebra fraudulenta (o “dolosa”, según otra denominación)<sup>47</sup> 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<sup>48</sup>, 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 y su redacción proviene del Proyecto de 1906, como vimos al reseñar sus antecedentes

### 5.- La conducta punible.

El actual Código Penal de la Nación Argentina, 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 crea figuras penales autónomas que mantienen toda independencia de los casos de falencias contemplados en el LCQ en todo cuanto hace al tipo objetivo –descripción del hecho punible- y a la culpabilidad requerida –dolo o culpa<sup>49</sup>-se apartó del sistema legislativo anterior que seguía al Código de Napoleón y los códigos

---

<sup>47</sup> 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, Daniel P., “Delitos vinculados a la quiebra”, Jurisprudencia Argentina, 1988-II, 517; NAVARRO, Guillermo - RIZZI, Anibal, “El delito de quiebra”, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 51, aunque Bacigalupo prefiere denominarlo “fraude concursal a la masa”. Entre la doctrina extranjera, Carrara lo denominó “quiebra dolosa”.

<sup>48</sup> ARGERI, Saúl A., Quiebra fraudulenta en sede penal, LL, 1981-D, p. 1346

<sup>49</sup> 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?’, La Ley, 1997-D, 1245

españoles; como tipos abiertos o leyes penales en blanco, que se limitaba a imponer una pena a las previsiones hechas en las leyes civiles.

En nuestro punto de vista y *leges ferenda* sería necesario eliminación de la distinción de la calidad de comerciante<sup>50</sup> o no del deudor en este tipo de delitos desde que ello resulta acorde a los cambios verificados no sólo en la legislación concursal sino en la legislación civil y comercial en general.

De inicio debe recordarse que la quiebra no es punible en sí misma, lo punible es que el comerciante declarado en quiebra, antes o después de esta declaración, haya realizado, en fraude de sus acreedores alguno de los hechos enumerados en el artículo 176 consistentes en: a) simulaciones o suposiciones de deudas o erogaciones (inc. 1º), b) distracciones de bienes (inc. 2º), o c) favorecimiento de acreedores (inc. 3º).

La norma transcripta menciona y enumera en forma taxativa en sus tres incisos<sup>51</sup>, actos defraudatorios, ergo todo acto o acción que no corresponda a alguno de ellos, aún cuando fuese con fraude, 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. Reiterando que 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*<sup>52</sup>

La conducta punible un punto conflictivo en referencia a la forma de lesionar el bien jurídico, ya que la doctrina debate si es un delito de daño (o de lesión), o si se trata de uno de peligro.

Lejos de ser una mera cuestión dogmática tiene repercusiones en la forma de aplicar la figura penal como, por ejemplo, la posibilidad de la existencia de la tentativa o el modo 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). 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, y que la declaración falencial convertiría al delito en consumado dado que no se puede hablar de quiebra fraudulenta sin declaración de quiebra.

## 6.- El tipo legal.-

El artículo 176 del Cód. Penal en sus tres incisos enumera distintas hipótesis de comportamientos que configuran el delito de quiebra fraudulenta, en los siguientes términos: 1) Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; 2) no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa; 3) conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.

El tipo legal describe múltiples supuestos<sup>53</sup>, en la medida que la formula adopta “...hubiera incurrido en algunos...”; donde la tipicidad expresa distintas hipótesis, las cuales a pesar de la pluralidad de conductas descriptas, no hay reiteración ni concurso material sino que existe un solo delito.

---

<sup>50</sup> Para ABOSO, se trata de un tema de autoría y, por ende, de tipicidad, de manera que autor sólo puede ser aquella persona física comerciante declarada en quiebra, para actos que haya ejecutado de acuerdo al artículo 176 del Código Penal (ABOSO, Gustavo E.; “Código Penal comentado y concordado con jurisprudencia”, B de F Montevideo, Buenos Aires, 2012, p. 96).

<sup>51</sup> BUOMPADRE, Jorge E., “ Tratado de derecho penal. Parte Especial”, T. 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 394; ídem TERRAGNI, Marcos A., “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial I”, T II, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 706; ídem D’ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., “Código Penal comentado y anotado. Parte especial” T. II, 2ª edición,. La Ley, Bs. As, 2009, p. 800; entre otros.

<sup>52</sup> SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Ed. Tea, Buenos Aires, 1988, pgs. 483 y 484

<sup>53</sup> A juicio de Favarotto “ la quiebra fraudulenta abarca distintas hipótesis, entremezcladas en la imperfecta de redacción del articulo..” (FAVAROTTO, Ricardo S. en “Código Penal. Comentado y Anotado”, T. II, (Dir.) Marcelo Riquert, 1ª edición, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 1531)

Esta multiplicidad no altera la calificación del delito, ni su unidad, ni su penalidad, esto es, se trata de una figura de tipicidad reforzada, es decir, de aquellas que el tipo contempla varias posibles acciones, de manera que la realización de cualquiera de ellas lo satisface, pero al propio tiempo le es indiferente que realice más de una.

La actividad fraudulenta del quebrado puede ser anterior al período de sospecha de la ley comercial o esté incluida dentro de él, porque la ley penal no considera este refuerzo protector<sup>54</sup>.-

Por el contrario, el art. 260 del CPen. español exige que el juez demuestre que el autor del delito ha causado o agravado la insolvencia o la crisis económica. Esta configuración plantea problemas de distinta índole. Así en primer lugar es normalmente complicado determinar la existencia de una relación causal entre un comportamiento del autor y la situación de insolvencia, pues este estado es normalmente producto de varios factores. No obstante, el problema más importante del art. 260 del Cód. Penal Español se encuentra en la ausencia de determinación de la conducta típica. Pues, si en vez de causar la insolvencia, el juez opta por aplicar la modalidad de agravar la insolvencia, lo cierto es que cualquier comportamiento del deudor, realizado aun cuando no existe ningún riesgo para el derecho de los acreedores formaría parte del tipo objetivo, de modo tal que los únicos límites a la punibilidad procederían del siempre incierto tipo subjetivo, es decir, de la circunstancia de que el autor no se representara la causación de la situación de crisis<sup>55</sup>.

## 6.1. Sujeto activo y pasivo

Los delitos previstos en los arts. 176 a 180 del Código Penal a los que se refieren las resoluciones dictados en las anteriores instancias se encuentran previstos en el Capítulo V “Quebrados y otros deudores punibles”, del Título IV “Delitos contra la propiedad” del CPen. y tipifican acciones que pueden ser realizadas por sujetos activos especiales: el comerciante declarado en quiebra (art. 176); el comerciante que hubiere causado su propia quiebra (art. 177); director, síndico, administrador, miembro de comisiones fiscalizadoras o de vigilancia, gerente, contador y tenedor de libros –que lo sean al momento de comisión de los delitos descriptos en los arts. 176 o 177- (art. 178); el deudor no comerciante concursado civilmente (art. 179); uno de los acreedores en el proceso concursal (art. 180).

En el caso particular del tipo legal del art. 176, se trata de un delito de autor calificado o más modernamente llamados delitos especiales propios, ya que la conducta debe concretarla un autor idóneo, esto es, se requiere que el sujeto activo sea un comerciante<sup>56</sup>.

Por lo tanto, no cualquier persona declarada en quiebra - primero de los requisitos que el tipo requiere en relación al autor - puede cometer el delito previsto y reprimido en el art. 176 del Cód. Penal.

Por ello es necesario siempre corroborar o verificar si el imputado es o no comerciante en los términos del art. 1º del Código de Comercio derogado, es decir si es una persona que ejerce de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual.

Se trata de una cuestión que no es menor. La antijuricidad material de este tipo de conducta tiene una íntima relación con los deberes inherentes a la condición particular que detenta el autor en relación al tráfico comercial.

Sin embargo, el Código Civil y Comercial de la Nación carece de previsiones específicas sobre el comerciante. Si bien se incluyen normas que regulan aspectos derivados de la actividad del comerciante,

---

<sup>54</sup> DONNA, Edgardo A. y otros, “El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia”, T. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 750; ídem NAVARRO, Guillermo - RIZZI, Anibal, “El delito de quiebra”, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 81/82; ídem SPROVIERO, Juan H., “*Delitos de estafas y otras defraudaciones*”, T. 2, 2ª edición, Ábaco, Buenos Aires, 1998, ps. 432/433; ídem ESTRELLA, Oscar A. - GODOY LEMOS, Roberto, “Código penal. Parte Especial De los delitos en particular”, 2ª ed., tomo II, Hammurabi, Bs. As., 2007, ps. 595/596

<sup>55</sup> NIETO, Martín “

<sup>56</sup> ABOSO, Gustavo E.; “*Código Penal comentado y concordado con jurisprudencia*”, B de F Montevideo, Buenos Aires, 2012, p. 96; ídem NÚÑEZ, Ricardo C., “*Tratado de Derecho Penal*”, T. IV, Córdoba, Lerner, 1978, pp. 440/1; ídem TERRAGNI, Marco A., “*Tratado de Derecho Penal. Parte Especial -I-*”, T.II, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 705.

no se define las condiciones que identifican al comerciante, ni se regulan los derechos y las obligaciones que le son inherentes.

De manera que habrá que estar, o al concepto que proponía la doctrina con motivo del ordenamiento derogado o bien buscar una interpretación a partir de la regla establecida en el art. 320 del Cód. Civ. y Com.<sup>57</sup>, por el que se establecen obligaciones contables para ciertas personas —entre las que cabe mencionar al “comerciante”—, en tanto llevan a cabo una actividad económica organizada sin ser empresarios, o sea, sin ser titulares de una empresa, pues bien podrían realizar una actividad por cuenta propia, en forma profesional, habitual y con fin de lucro. Con otros términos, estas personas, sin ser —en ciertos casos— formalmente comerciantes, lo son en los hechos. También se podría decir que, con arreglo a la nueva normativa civil y comercial, el comerciante fue reemplazado por el empresario, situación que no tiene mayor importancia desde una perspectiva penal, pues —llámese empresario o comerciante— si realiza actos de comercio por cuenta propia, en forma habitual, concurrirá en él la condición de autoría exigida por el art. 176 del Cód. Penal.

El tipo legal exige, entonces, un autor que tenga o haya tenido la calidad de comerciante. No interesa que haya perdido esa calidad al momento de los hechos, pues igualmente la norma lo alcanza por los actos de comercio realizados cuando ostentaba dicha condición. La condición de comerciante debe ser declarada por el juez de comercio y su decisión no puede ser revisada por el juez penal.

El tipo legal exige, entonces, un autor que tenga o haya tenido la calidad de comerciante. No interesa que haya perdido esa calidad al momento de los hechos, pues igualmente la norma lo alcanza por los actos de comercio realizados cuando ostentaba dicha condición. Frente a una situación como esta, incluso puede ser también declarado en quiebra, al menos dentro del período de sospecha, fijado en un año desde que el deudor puso fin a su actividad comercial (art. 2, inc. 1º, ley 24.522).

Consideramos que la verificación de referida calidad es competencia propia del juez del proceso falencial, pero no falta quien sostiene la posibilidad que la referida calidad se sea determinada por el juez penal<sup>58</sup>.

En resumen, el juez penal puede corroborar la calidad de comerciante con los elementos de juicio que surjan del juicio del concurso o la quiebra y, para el caso que los elementos sean escasos, deberá probar dicha calidad con los elementos de prueba colectados en ambos procesos, tanto comercial como penal., y siempre tomando en cuenta lo dispuesto por el art. 320 del CCCN.

Este elemento resulta indispensable para definir la aplicación de los tipos penales previstos por los arts. 176 y 179 Cód. Penal. La especialidad de la sanción prevista para los comerciantes. Se trata de la única diferencia entre ambas figuras, cuyas conductas son idénticas, sólo diferenciadas por la condición de comerciante<sup>59</sup>

En resumidas cuentas, la presencia o ausencia de una definición de comerciante resulta de gravitante importancia en la aplicación de las normas penales vinculadas a la actividad económica.

Ahora bien, no basta con ser comerciante, a ésta calidad personal de autor es necesario agregarle una segunda circunstancia esencial: su declaración judicial de quiebra (art. 88 de la ley 24.522).

---

<sup>57</sup> Art. 320, Cód. Civ. y Com.: “Obligados. Excepciones. Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros, como se establece en esta misma Sección. Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, quedan excluidas de las obligaciones previstas en esta Sección las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local”.

<sup>58</sup> ERBETTA, Daniel, “Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, V. 7, (Dir.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, p. 457.

<sup>59</sup> MOIA, Ángel L. , “Ser o no ser...comerciante: Una cuestión relevante en la calificación penal de la conducta del fallido”, DPyC, 2014 (diciembre), 27, cita On Line: TR LALEY AR/DOC/4177/2014

La ley 24.522 enumera los supuestos donde debe ser declarada (art. 77) que son previstos en los arts. 46, 47, 48 incisos 2 y 5, 51 54, 61 y 63, tanto a pedido del deudor como del acreedor.

La declaración judicial opera un elemento circunstancial del tipo que determina el sector de antijuricidad relevante para ser punido y es lo que establece la esencia del propio delito.

De este modo, se respeta el principio de legalidad, ya que si se castigaran los actos del llamado período de sospecha se trataría de una imputación a un hecho incierto que en su momento el autor no conocía, en cuanto aquél es determinado por el juez comercial, y se convertiría un delito contra la propiedad en un tipo penal de peligro, como veremos seguidamente.

Sin embargo, ha sido materia de controversia en la dogmática, dividiendo la cuestión de prejudicial<sup>60</sup> una cuestión previa o un elemento objetivo del tipo<sup>61</sup>.

No creemos que se trate de una cuestión prejudicial, porque pueden tramitarse en paralelo y con independencia el uno del otro los dos procedimientos.

Por otro lado, la certeza sobre el estado de cesación de pagos del deudor en la declaración de quiebra dictada por el juez comercial en el ámbito de su competencia, no puede ser revisada en sede penal. No corresponde al fuero penal revisar el acierto o error de la aplicación de la ley concursal, ya que es irrevisable por el juez del crimen el fondo del asunto, pero sí puede revisar lo relativo a la existencia de una decisión firme<sup>62</sup>.

Por otro lado, dado que el actual régimen de quiebra – ley 24.522 - regula el proceso falencial, tanto para comerciantes como para no comerciantes<sup>63</sup>, la calidad del quebrado dejó de ser un presupuesto para la actuación y declaración del juez comercial, por lo que su decisión no importa pronunciamiento alguno sobre el punto, mientras que por constituir un aspecto relevante para la tipicidad del delito de quiebra fraudulenta corresponde que sea determinado por el juez penal.

Independientemente de la polémica, la quiebra debe ser fraudulenta como un elemento del tipo, toda vez que las acciones del autor son típicas en relación a una quiebra declarada y no a una simple cesación de pagos. Es evidente que la declaración de quiebra en sede mercantil debe encontrarse firme y por auto pasado en autoridad de cosa juzgada.

La determinación del sujeto pasivo en los delitos de la quiebra dependerá, en gran medida, del bien jurídico que entendemos protegido en éstos.

Por ende, si se considera que el objeto jurídico de estos delitos es el orden público económico o la economía nacional, el sujeto pasivo vendría a ser el Estado. Si se entiende que es la fe pública o la confianza en los negocios, el sujeto pasivo sería la sociedad toda, y si se piensa que es la administración de justicia el bien jurídico protegido, el sujeto pasivo va a ser la función jurisdiccional del Estado.

Para la dogmática dominante, los sujetos pasivos del delito de quiebra fraudulenta son los acreedores, es decir, los titulares de los derechos en expectativa ante la eventual atención de sus créditos mediante la ejecución de los bienes que integran el patrimonio del fallido.

Tampoco obsta a que hayan sido un solo acreedor que se presentan y verifican su crédito en el proceso de quiebra. Por un lado, y sin adentrarse en las duras disquisiciones en orden al concepto de “masa de acreedores” porque no le es atribuible al acreedor ser el único que constituye esta masa y

---

<sup>60</sup> ODERIGO, Mario A., “Declaración de quiebra y proceso por quiebra fraudulenta”, LL, 79-787

<sup>61</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos, “Tratado de Derecho Penal”, t. VI, Abeledo Perrot, Bs.As., p. 172; ídem CREUS, Carlos “Derecho penal, Parte especial”, T. I, 6º ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 537.

<sup>62</sup> SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, t. IV, Tea, Río de Janeiro, 1978, t. IV, p. 426, con cita de Ricardo C. Nuñez, “Derecho Penal Argentino- Parte Especial”, t. V, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, p. 441/442; ídem NAVARRO, Guillermo R. – RIZZI, Aníbal H. Rizzi, “El delito de quiebra”, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 56.

<sup>63</sup> El juego armónico de los arts. 176 y 179 primer párrafo del Cód. Penal suponen, 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 24.522, el art. 179 citado dejó de describir una hipótesis que pueda darse en la realidad.

porque, en definitiva, es un instituto que denota una categoría jurídica específica compuesta por quien ha verificado su crédito. Que quien lo haya hecho fuera solo uno, no obsta a la procedencia de la figura de análisis.

Sin embargo, existe otro debate con respecto a este tema, consistente en si se considera sujeto pasivo a los acreedores de forma particular, o al conjunto de ellos como una masa. En esto coincidimos con Puga Vial cuando señala que “la masa de acreedores es más una ficción legal que una realidad. La masa de acreedores es una entidad abstracta que representa la junta de acreedores, pero que en sí misma no es titular de derechos ni obligaciones y menos aún de bienes jurídicos”.<sup>64</sup>

En realidad, la masa de acreedores no es más que una institución procesal creada al solo efecto de nuclear a los que en definitiva constituyen las verdaderas víctimas del delito, que son los acreedores que forman dicho conjunto segmentado – según categorías de créditos en función de sus privilegios –

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

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

Para ello creemos como Creus que “...la masa de acreedores es una unidad procesal que no ejerce titularidad alguna sobre el bien jurídico que ataca el delito, sino sólo a través de una función de representatividad de los acreedores que la componen; son éstos, en cuanto titulares de los créditos cuyo cobro garantiza el patrimonio del deudor, los verdaderos sujetos pasivos del delito, sus víctimas.”<sup>65</sup>

Por último, quienes han sostenido que los delitos de insolvencia punible son pluroofensivos, existiría más de un destinatario del bien jurídico. Por ejemplo, primariamente el Estado y de forma accesoria, los acreedores, o viceversa

## 6.2. La declaración de quiebra

No basta el estado de cesación de pagos pues la ley demanda que el autor sea declarado judicialmente en quiebra. Sin declaración de quiebra, ni existe delito ni se dan las condiciones del autor<sup>66</sup>.

Esta declaración es un campo de disputa sobre su inserción en el tipo legal, ya que existen tres posturas en el debate doctrinario, aun no concluido, a saber: a) Se trata de un presupuesto del delito; b) una condición objetiva de punibilidad, y c) un elemento del tipo que pertenece la calidad especial del autor.

Con relación a la idea que es un presupuesto del delito<sup>67</sup> y que no pertenece al tipo legal si no tan solo la declaración de quiebra en los tipos penales del art. 176 al 179, párr. 1ro. CPen., no es una circunstancia referida al autor, ya que tiene que haber una quiebra declarada en sede mercantil -pasada en autoridad de cosa juzgada- a la que haya que calificar como fraudulenta como elemento del tipo, toda vez que las acciones del autor son típicas en relación a la quiebra declarada<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> PUGA VIAL, Juan E., “Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra”, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 83.

<sup>65</sup> CREUS, Carlos, “Quebrados y otros deudores punibles”, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 49

<sup>66</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, “Tratado de Derecho Penal- Parte Especial”, T. IV, 3ª edición actualizada por Guillermo Ledesma, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 169

<sup>67</sup> LAJE ANAYA, Justo, “Quebrados y otros deudores punibles”, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 72

<sup>68</sup> CNCasación Penal, sala 4ª, “Rodríguez”, rta. el 14/06/2000, Jurisprudencia Argentina 2001-I, 306

Respecto que la declaración de quiebra como tal es una condición objetiva de punibilidad al no ser un acto destinado u orientado exclusivamente al proceso penal, es decir, desde el punto de vista de la acción penal no sería un acto, sino un hecho jurídico abarcado por el proceso penal<sup>69</sup>.

Tal criterio parece, a juicio de Cerezo Mir, insatisfactorio, “pues aunque la declaración previa del tribunal de la jurisdicción civil no sea un acto exclusivamente orientado al proceso penal, éste no puede celebrarse sin aquélla. Por otra parte, la calificación de la quiebra, como fraudulenta, culpable o fortuita, por el tribunal civil no vincula al órgano de la jurisdicción criminal”<sup>70</sup>.

Señala Cerezo Mir, aunque estas instituciones no guarden una relación indisoluble con el proceso, se encuentran vinculadas a la aplicación del Derecho penal. Por lo tanto, concluye, “si hacemos abstracción no del proceso, sino de la aplicación del Derecho penal en general, la querrela, la prescripción y la amnistía carecerían de sentido. Son, pues, instituciones que no pertenecen al Derecho penal material”

Si bien es cierto que constituye un acto jurídico formalizado por un tercero (el juez), no por ello la declaración de quiebra deja de ser provocada en todo o en parte por el autor, quien lleva la situación a un estado en el que se dan las condiciones legales para dicha declaración. Precisamente, los actos de fraude cometidos por el sujeto activo previo a este momento, serán punibles en tanto sean causa de la declaración de quiebra y en la medida que lo sean perjuicio a los acreedores nucleados en la masa.

Es por ello que no se puede sustraer este elemento del tipo objetivo y trasladarlo a otro nivel, porque es necesario que el sujeto activo abarque esta conexión causal con el conocimiento en el dolo.

Tampoco es un elemento integrante del tipo objetivo referido al autor, como sostiene Bacigalupo al decir que “...la norma que califica al sujeto activo del delito, por cuya razón pertenece al tipo penal como elemento del sujeto”<sup>71</sup>.

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

En el tipo penal, autor de delito no es el comerciante declarado en quiebra sino sólo el comerciante.

Para Soler “la declaración de quiebra es un presupuesto objetivo del delito”, porque una cosa es la condición de comerciante declarado en quiebra que, como ya se dijo, es una condición objetiva de autor, y otra la declaración de quiebra, que es un presupuesto objetivo del delito que está contenida en el tipo. (<sup>72</sup>).

Para nosotros es un elemento integrante del tipo objetivo referido al hecho. En este sentido, se ha dicho: “El juez comercial, mediante su resolución, oponible erga omnes, está obligando a su aceptación al propio juez penal, quien no podrá objetar tal declaración, sino que solo podrá analizar si el decreto padece de algún vicio de forma que pudiera hacerlo objetable. [...] Todo lo que el juez comercial resuelva en los actuados, y que caiga en la órbita de tal sede, es atribución de su exclusiva cuenta, por lo que el juez penal está imposibilitado, de manera legal, a pronunciarse sobre la validez y eficacia de tales actos; queda descartado que tal premisa es adaptable a las contingencias propias y naturales del juicio de la quiebra y más concretamente al pronunciamiento y/o declaración de la misma. Si bien se trata de

---

<sup>69</sup> DELITALA, Giacomo, “Il ‘fatto’ nella teoria generale del reato”, Cedam, Padova, 1930, pp.99 y ss, ídem QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “Tratado de Derecho penal”, t. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p.94

<sup>70</sup> CEREZO MIR, José, “Derecho Penal. Parte General”, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2008, p.998

<sup>71</sup> BACIGALUPO, Enrique, “Estudios jurídicos-penales sobre insolvencia y delito”, Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 29

<sup>72</sup> SOLER, Sebastián, “Tratado de Derecho Penal-Parte Especial”, T. VI, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, ps. 171 y 172

una limitación que restringe la 'operatividad' del juez penal, ello no significa tampoco que lo coarte en modo alguno de manera definitiva, en una probable intervención a su cargo; pero esto último estaría circunscripto a la observancia de algún defecto formal, conforme se manifestó precedentemente. La comprobación de la declaración de quiebra es suficiente para otorgarle validez a las actuaciones con miras a obtener la viabilidad del decreto, al que deberá sujetarse el juez penal..."<sup>73</sup>

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

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

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

### 6.3. Modalidades comisivas

#### a) *Simulación o suposición de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas;*

La simulación o suposición de deudas, consiste en presentar como existentes, deudas que en realidad no existen, con el objeto de hacer creer que la diferencia entre activo y pasivo es menor del real; v.gr. a través de la presentación de deudas ficticias como si fueran reales<sup>74</sup>. 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. Quien simula efectúa un acto ficticio para abultar el pasivo, o las erogaciones de la actividad comercial o pérdida. La simulación debe interpretarse conforme a las normas del art. 333 del Código Civil y Comercial de la Nación y presupone la intervención de un tercero que, según algunos, puede ser un partícipe primario<sup>75</sup> y o coautor<sup>76</sup>.

La interpretación de esta cláusula sería muy problemática si, la conducta típica se situara fuera del ámbito concursal, en ese caso, es común la exigencia de una valoración normativa más allá de la mera realización de los gastos, etc., en el sentido de entender que la disminución patrimonial debe poner en riesgo el patrimonio del deudor y concretamente su capacidad de satisfacer las acreencias asumidas, pues de lo contrario se estaría criminalizando el uso permitido del patrimonio individual.

La ubicación de las conductas en el contexto concursal ya implica, per se, que existe un riesgo efectivo de no satisfacer las obligaciones del deudor, de manera que los actos de disminución adquieren relevancia porque incrementan ese riesgo a través de comportamiento no tolerados ya desde la perspectiva de la administración regular de un patrimonio.

<sup>73</sup> SPROVIERO, Juan H., "Delitos de estafas y otras defraudaciones", T. 2, 2ª edición, Ábaco, Buenos Aires, 1998, ps. 426/427

<sup>74</sup> TERRAGNI, Marcos A., "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial I", T II, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 706.

<sup>75</sup> ERBETTA, Daniel, "Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", V. 7, (Dirs.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, p. 519; ídem D'ALESSIO, Andrés J. — DIVITO, Mauro A., "Código Penal comentado y anotado. Parte especial" T. II, 2ª edición, La Ley, Bs. As, 2009, p. 800.

<sup>76</sup> ERBETTA, Daniel, "Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", V. 7, (Dirs.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, p. 568.

En cambio quien suponer, se traduce en reconocer algo que no lo es, es decir, dar por existente algo, que en realidad, es falso. Por ejemplo deudas reales exagera en su magnitud las cuales aun cuando gravan el patrimonio del quebrado, no lo son en la extensión que se pretenden insinuar.

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).

Por el sustraer por medio de una enajenación es quien efectivamente escamotea un bien de la garantía patrimonial, aunque ellas lo realizan para alcanzar un resultado ulterior que es ajeno a su función económica típica. A ellas habría que sumar conductas modernas como el trasvasamiento, la infra capitalización y el vaciamiento empresario, todas las que, en su caso, deberán poseer los elementos intencionales que exige la legislación actual.

También se pueden simular ventas (ej.: venta de máquinas de la empresa), gastos y pérdidas (ej.: gastos de enfermedades, honorarios médicos, facturas de farmacia, indemnizaciones, etc.). El deudor hace esto para disminuir el patrimonio en fraude de los acreedores, de modo tal que haya menos para distribuir entre ellos.

En cuanto a la prueba de tales actos, puede surgir de los numerosos incidentes de investigación, ineficacia, revocatoria concursal y demandas de extensión de quiebra promovidas contra las sociedades que dan cuenta de su indebido actuar.

**b) *No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa;***

El tipo penal castiga al quebrado deudor que esconde o encubre bienes respecto de sus acreedores o el síndico con la intención de apartarlos de su alcance y así motivar que ignoren o desconozcan su existencia.

En verdad, como el legislador busca proteger el derecho de los acreedores a cobrarse sobre el patrimonio del deudor, este inciso [segundo del art. 176 C.P.] debe interpretarse como "...un único supuesto que prevé el mismo comportamiento del agente en dos momentos distintos: antes de la declaración de quiebra sustrae u oculta bienes [...] hipótesis [a la que] se le añade una condición objetiva de punibilidad para la aplicación de la pena: el no justificar la salida de esos bienes llegado el momento de comparecer ante la autoridad judicial tras la declaración de quiebra. [...] En resumen, está claro que el contenido del ilícito está en la sustracción u ocultación, antes o después de la quiebra, de bienes del patrimonio del ente deudor, y no en la falta de justificación en sí misma"<sup>77</sup>.

Se trata de un tipo "*complejo*"<sup>78</sup>, formado por dos conductas opuestas y de naturaleza también opuesta. La primera consiste en una conducta omisiva consistente en no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener el fallido; mientras que la segunda, es un tipo doloso de comisión, al sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa.

Son actos del deudor, que en general, tienden a aumentar el pasivo o disminuir el activo, intencionalmente y en perjuicio de la masa de acreedores.

Este inciso abarca los supuestos en que el sujeto activo distrae, tanto antes como después de declarada la quiebra, bienes de su patrimonio en fraude de la masa de acreedores.

<sup>77</sup> RAFECAS, Daniel E., "El delito de quiebra de sociedades", Ad Hoc, Bs. As., 2000, ps. 106/107.

<sup>78</sup>DAMIANOVICH de CERRADO, Laura T.A., "Delitos contra la propiedad", Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 414

No justificar la salida o existencia de bienes que se debería tener, consiste en la desaparición fraudulenta de activos, sin salida contable a su ingreso o registraci3n o a un acto normal y legtimo del giro comercial, como medio de defraudar la masa<sup>79</sup>

Respecto de este 3ltimo punto, consideramos que la justificaci3n que exige la ley respecto de la salida de bienes del ente social, puede ser satisfecha por las explicaciones dadas por el imputado en cualquier momento tanto de la instancia comercial como de la penal (en este 3ltimo, inclusive en la audiencia de debate en el juicio oral). Si las explicaciones son, a criterio del juez penal, satisfactorias o razonables, y llega entonces a la conclusi3n de que es legtimo que el bien ya no est3 en el activo del ente..., entonces desaparece la imputaci3n al tipo objetivo por tratarse de una conducta socialmente adecuada<sup>80</sup>.

Se parte de la presunci3n legal seg3n la cual una vez comprobada la preexistencia de bienes en el patrimonio del ente, estos deber3an estar all3 al momento de ser requeridos para hacer frente a la masa de acreedores. La falta de justificaci3n reclamada por el tipo en su primera parte es una condici3n objetiva posterior a la comisi3n del il3cito que no necesariamente debe ser abarcada por el conocimiento del dolo del autor y nada tiene que ver con su culpabilidad.

En modo alguno lo que el legislador procura prevenir con el tipo penal del art3culo 176 inc. 2, primera parte del C3d. Penal es la mera desobediencia ante la ley, esto es, el no justificar o justificar insuficientemente la desaparici3n de bienes de su haber<sup>81</sup>.

El disvalor de la acci3n radica en los actos de sustracci3n injustificada de bienes efectuados tiempo antes de la fijaci3n de la fecha de cesaci3n de pagos.

As3, "justificar" no es la prueba causal de por qu3 ocurren determinadas cosas, sino que "...ellas fueron jur3dicas, de acuerdo con el sistema legal"<sup>82</sup>, siendo verificable por los diferentes medios de prueba -documental, testimonial, pericial, etc.- que permitan determinar la sustracci3n o distracci3n de bienes s con fraude a los acreedores.

Lo que se castiga no es el mero no justificar, si ello fuera as3 deber3amos considerarlo como un delito de peligro abstracto seg3n el cual debe castigarse como quebrado fraudulento al que no justific3 oportunamente la salida de bienes, sin conectar ese incumplimiento con ning3n resultado.

No se advierte incompatibilidad del tipo penal con la materia constitucional desde que no se sanciona una omisi3n de la carga de la prueba del imputado -ausencia de justificaci3n-, sino "... el desapoderamiento del bien del patrimonio mediante una modalidad an3mala del giro comercial de la fallida, del que la omisi3n t3pica no pasa de ser un signo. Analizada la cuesti3n respecto del "onus probando", colegimos que corresponde a la acusadora acreditar la preexistencia del bien, probando que efectivamente ha salido del patrimonio o que no existe m3s en el y que el desplazamiento o inexistencia resultan incompatibles con la normalidad del giro comercial..."<sup>83</sup>

El ocultamiento doloso de bienes, entendido como cualquier comportamiento que disminuye de facto el patrimonio del deudor quien, en todo caso, debe mantener el dominio sobre los mismos. El bien debe tener valor: art3culos 16 y 1883 del C3digo Civil y Comercial. Y ser embargable y ejecutable. Se trata de un delito de acci3n.

En general, se sostiene que la ocultaci3n debe ser posterior a la cesaci3n de pagos<sup>84</sup>. Es decir, dentro del per3odo de sospecha: art3culo 116 de la ley 24522. Ya que en ese lapso ciertos actos pueden ser ineficaces: art3culo 118. En todos los casos, la acci3n penal reclama que est3 firme la sentencia de quiebra. As3, lo que se sanciona es el ocultamiento, es decir poner los bienes fuera del alcance f3ctico y control jur3dico de los acreedores, o del 3rgano judicial, y/o sindico. El contenido del injusto, est3 en la sustracci3n u ocultaci3n, antes o despu3s de la quiebra, de bienes del patrimonio del ente deudor, y no en la falta de justificaci3n en si misma.

<sup>79</sup> ODERIGO, Mario A., "C3digo Penal anotado", Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 273

<sup>80</sup> RAFECAS, Daniel E., "El delito de quiebra de sociedades", Ad Hoc, Bs. As., 2000, ps. 107/108

<sup>81</sup> RAFECAS, Daniel E., "Quiebra fraudulenta impropia, relaciones con la administraci3n infiel y a la estafa", LL 1998-C, 1191

<sup>82</sup> DE LUCA, Javier, "Enriquecimiento il3cito y Constituci3n Nacional", La Ley, 2000-A, 249

<sup>83</sup> B3EZ, Julio C., "La bancarrota fraudulenta", LL 2000-E, 1074

<sup>84</sup> ODERIGO, Mario A., "C3digo Penal anotado", Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 273.

En otras palabras, la acción de 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.

La doctrina concuerda en que se incluyen tanto bienes muebles como inmuebles, tangibles como intangibles. Sin embargo, se excluyen los bienes que no pertenecen a la masa de acreedores como los de familia, las indemnizaciones, pensiones y especialmente, los bienes inembargables.

Ante la imposibilidad de secuestrar o incautar los libros contables del fallido, el síndico interceptó la correspondencia, lo que reforzó la presunción de la ausencia de contabilidad obedeciendo al propósito del fallido de defraudar a la masa de acreedores en relación a los bienes. Esta actividad fraudulenta del quebrado al ser anterior a la declaración de quiebra resulta punible con dicha declaración<sup>85</sup> en tanto sean hechos concatenados a ese pronunciamiento judicial y en perjuicio a los acreedores<sup>86</sup>.

Será desde el momento en que queda firme el auto que decreta la falencia de aquél en que debe comenzar a contarse el plazo de la prescripción respecto de los actos anteriores a la quiebra<sup>87</sup>, salvo que los hechos enumerados en el tipo penal con posterioridad, en cuyo caso la prescripción comienza desde su comisión, pues allí se consolida el perjuicio para la masa de acreedores<sup>88</sup>.

Si el acto del deudor es anterior a la declaración de quiebra, el delito se consuma al quedar firme la resolución judicial que declara la quiebra. Si el acto es posterior a la declaración de quiebra, el delito se consuma en el momento en que se lleva a cabo el acto. La tentativa no es admisible.

### **c) Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.**

Un principio básico de quiebra es la "igualdad de los acreedores", por ello es punible el quebrado que favorece en forma ilegítima la posición o primacía de la acreencia de uno o más acreedores sobre los restantes, ya que – de ese modo - crea un desequilibrio entre las categorías o segmentos de acreedores, en detrimento de uno y en beneficio de otros, por que traduce, también una disminución de los bienes a distribuirse entre los demás<sup>89</sup>. Se viola este principio si el deudor concede alguna ventaja, indebidamente a algún acreedor, porque la característica más saliente de la acción es dada por la relación, el trato del deudor con determinados acreedores, en lugar de cumplir conductas que redundan por igual en los intereses de la totalidad<sup>90</sup>.

Fontán Balestra explica que la acción típica, en cuanto a "ventajas indebidas", implica una situación mejor o preferente con respecto a los demás acreedores, que no puede ser lograda legítimamente. El privilegio puede consistir en la proporción de lo pagado, en la forma o tiempo de pago, en constituir en privilegiado un crédito quirografario o conceder un privilegio mejor que el que se tiene. La ventaja debe otorgarse a quien sea realmente acreedor; hacer aparecer como acreedor a quien no lo es. Debe tratarse de disposición de bienes que correspondan a la masa; las mejoras otorgadas obligándose con bienes de terceros, no son un acto realizado en fraude de los acreedores<sup>91</sup>.

---

<sup>85</sup> NAVARRO, Guillermo R., "Fraudes", Nuevo Pensamiento Jurídico, Bs. As., 1994, p. 33

<sup>86</sup> RAFECAS, Daniel E., "El delito de quiebra de sociedades", Ad Hoc, Bs. As., 2000, ps. 99/103

<sup>87</sup> NAVARRO, Guillermo R. – RIZZI, Aníbal H. Rizzi, "El delito de quiebra", Hammurabi, Bs. As., 2004, ps.

86/87; ídem C. Nac. Crim. y Corr., Fallo Plenario, "Trovatto, Pedro", rto: 1/8/1972, L.L., 148, 36

<sup>88</sup> D'ALESSIO, Andrés J. – DIVITO, Mauro A., "Código Penal comentado y anotado. Parte especial", T. II, 2ª edición., La Ley, Bs. As, 2009, p. 803; ídem DONNA, Edgardo A., "Derecho Penal. Parte Especial", t. II-B, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 673

<sup>89</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, "Tratado de Derecho Penal- Parte Especial", TIV, 3ª edición actualizada por Guillermo Ledesma, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 175; ídem BUOMPADRE, Jorge E., "Tratado de derecho penal. Parte Especial", T. 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2009, p.396,

<sup>90</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, "Tratado de Derecho Penal- Parte Especial", T. IV, 3ª edición actualizada por Guillermo Ledesma, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 175

<sup>91</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, "Tratado de Derecho Penal- Parte Especial", T. IV, 3ª edición actualizada por Guillermo Ledesma, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 177

. Sin embargo, como bien dice Erbetta, esta afirmación debe completarse con la necesaria afectación de la par *conditio creditorum*, porque la ventaja indebida debe atacar la propiedad de los acreedores no beneficiados con la ella, al disminuir la alícuota que les correspondería<sup>92</sup>.

La ventaja puede recaer sobre la totalidad del activo, sobre parte de él, sobre determinados bienes inmuebles o muebles o sobre ciertos actos jurídicos, aun cuando fueran nulos. Deben tratarse de verdaderos acreedores, pues en caso contrario, se estaría en otro supuesto de simulación y el acreedor ser pasible de incurrir en una complicidad primaria. Para Buompadre, la declaración de nulidad de la ventaja indebida no excluye el delito<sup>93</sup>.

En España y Alemania, a este delito se le conoce como "favorecimiento de acreedores" y el profesor español Queralt Jiménez aduce que "de esta suerte, al preferir a unos acreedores sobre otros, se produce una insolvencia mayor, cuando no ya total, respecto del resto de los acreedores"<sup>94</sup>.

En otras palabras, se coloca en una mejor situación concursal a uno o más acreedores respecto de otros al verificar sus créditos con una primacía fraudulenta o ilegítimamente simulada y con ello se genera un perjuicio a una parcela o alícuota de los "no beneficiados" respecto de las ventajas indebidas que se otorgan a los beneficiarios espurios. El acreedor que espuriamente consiente o acuerda la ventaja indebida se transforma en partícipe primario, de modo que le corresponde la pena del autor.

No puede perderse de vista estamos en presencia de un procesos universales liquidatorios, deben extremarse los cuidados para no entorpecer la pronta realización de los bienes como lo establece con claridad la ley concursal (art. 203, y ss., LCQ).

Los incs. 9 y 10 del art. 88 de la ley 24.522 establecen que la sentencia de quiebra debe incluir el orden de realización de los bienes del deudor, con designación de quien efectuará las enajenaciones y el nombramiento del funcionario que deberá confeccionar el inventario, en el término de treinta días. Asimismo, el art. 203 de la ley citada indica que la realización de los bienes debe comenzar de inmediato (salvo supuestos excepcionales), mientras que el art. 217 fija el plazo para la liquidación de los bienes, el que corre desde la fecha de su declaración.

#### **6.4.- El fraude a los acreedores**

Cualquiera de las conductas descriptas en el tipo legal del art. 176 del Código Penal deben tener una ultraintencionalidad: haber querido defraudar a los acreedores.

Está formula "*en fraude a cualquiera de los acreedores*" es un verdadero elemento del tipo subjetivo, ya que "*en fraude*" es una expresión que idiomáticamente se refiere a una finalidad, ya que el elemento subjetivo no se satisface con los actos que, aun coincidiendo objetivamente con los previstos en los tres incisos del art. 176 del Cód. Penal, hubieran sido ejecutados con un propósito distinto del de defraudar a los acreedores<sup>95</sup>.

Es evidente que la expresión de fraude está tomada en su sentido original de engaño: el engaño se determina aquí por la simulación del pasivo o la disminución del activo o por la disminución subrepticia del acervo patrimonial a espaldas de los acreedores o de alguno de ellos. Lo cierto es que a raíz de los hechos, los acreedores deben encontrarse, en un momento dado, con que el patrimonio que es su garantía común, no posee la capacidad de solvencia que se podría haber esperado. Por supuesto que el

---

<sup>92</sup> ERBETTA, Daniel, "Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", V. 7, (Dir.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, p. 525.

<sup>93</sup> BUOMPADRE, Jorge E., "Tratado de derecho penal. Parte Especial", T. 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 395.

<sup>94</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan, "Derecho Penal Español. Parte Especial", Atelier, Barcelona, 2002, p. 500.

<sup>95</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial", 16ª edición Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 567

concepto implica que el autor ha querido defraudar a los acreedores con sus acciones; sin ese contenido subjetivo no se da el delito<sup>96</sup>.

Además, como en toda defraudación, lo que se exige es un perjuicio, por lo que no basta el mero engaño, ya que es necesario sumarle como resultante un menoscabo patrimonial al crédito de cualquier acreedor.

Como el daño que se exige es a la propiedad de los acreedores, deberá verificarse si el acto que se llevó a cabo fue eficaz para que los bienes del fallido se tornaran insuficientes para afrontar los créditos verificados en el concurso.

El daño depende de los créditos que se verifiquen<sup>97</sup>, ya que como se trata de un delito de peligro<sup>98</sup>, requiere como único resultado la mengua en el patrimonio del deudor. Para ello debe meritarse sólo si surge o no perjuicio o posibilidad de ello para la masa concursal, pues lo esencial es saber si el patrimonio del deudor, que es garantía común, posee la capacidad de solvencia esperada, más allá de que pudiere resultar suficiente para satisfacer cada crédito en particular.

Esta postura es severamente criticada por Marull, en la medida que se trata de delito de daño y no de peligro. Razón por lo cual postula que para su “...tipificación resulta indispensable la acreditación de un perjuicio patrimonial para los acreedores, por lo cual, aún cuando se acreditaran maniobras fraudulentas por parte de un comerciante declarado en quiebra, si al momento de la distribución de los fondos se vieran satisfechos todos los créditos verificados, la conducta no sería típica de quiebra fraudulenta, sin perjuicio de poder configurar otra conducta delictiva”<sup>99</sup>.

Receptando esta crítica estimamos que el delito no admite cualquier tipo de peligro. El peligro debe ser claramente concreto, es decir que la posibilidad de percibir los créditos se reduzca tanto que resulte muy dudosa<sup>100</sup>.

## 7.- Tipo subjetivo

El dolo supone en primer lugar el conocimiento, por parte del autor, de los elementos objetivos exigidos por el tipo penal correspondiente, por ello requiere no sólo conocer todos y cada uno de los elementos normativos y descriptivos del supuesto de hecho típico de que se trate, sino además el conocimiento sobre el nexo causal que debe mediar entre su comportamiento y el resultado que encara con la finalidad de perjudicar a la masa de acreedores en el marco del proceso de quiebra.-

De allí que a la quiebra fraudulenta, se llega por el actuar fraudulento, doloso, intencional del deudor. El delito, el cual se configura en todas sus diversas hipótesis, de forma dolosa, sin ninguna otra intención ultraactiva, que hacerlo en “fraude a sus acreedores”<sup>101</sup>. De allí que sea únicamente compatible con el dolo directo<sup>102</sup>, es decir con la intención de defraudarlos; si el autor ha realizado los actos del art. 176, pero sin este propósito, no se da la figura.

---

<sup>96</sup> GRISETTI, Ricardo A. – ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, T. IV, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 689.

<sup>97</sup> DONNA, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, t.II-B, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 672.

<sup>98</sup> NAVARRO, Guillermo R., “Fraudes”, Nuevo Pensamiento Jurídico, Bs. As., 1994, p. 33.

<sup>99</sup> MARULL, Francisco G., “Punibilidad de la quiebra fraudulenta. ¿Confirmación de la selectividad del Sistema?”, en Derecho Penal Online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea). Disponible en Internet: <http://www.derechopenalonline.com>.

<sup>100</sup> MOLINARIO, Alfredo J., “Los Delitos” t. II, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1996, p. 501

<sup>101</sup> CARRERA, Daniel P., “Delitos vinculados a la quiebra”, Jurisprudencia Argentina, 1988-II, 519

<sup>102</sup> BUOMPADRE, Jorge E., “Tratado de derecho penal. Parte Especial”, T. 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 396; D’ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., “Código Penal comentado y anotado. Parte especial” T. II, 2ª edición, La Ley, Bs. As, 2009, p. 801; ídem, FIGARI, Rubén, “Delitos de índole patrimonial”, T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, 523; ídem GRISETTI, Ricardo A. – ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, T. IV, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 695; ídem ARCE AGGEO, Miguel Á.- BAÉZ, Julio C.- ASTURIAS, Miguel Á., “Código Penal.

Sin embargo, hay quienes admiten la compatibilidad del delito con el “dolo eventual”, cuando el comerciante sustrae bienes de su patrimonio, a sabiendas que ello constituye un fraude a los acreedores, pero no tiene certeza entorno si esto provocará su quiebra, aunque se represente esto último y conforma con ello<sup>103</sup>.

No es necesario que el propósito de defraudar se concrete, es suficiente con que haya existido el propósito. De manera que es un delito de peligro, pues basta el daño potencial.

En lo que atañe al aspecto subjetivo de la tipicidad, es indudable que resulta una acción dolosa, cometida con conocimiento y voluntad de los componentes objetivos y con un plus: el propósito de defraudar a los acreedores.

En el plano cognitivo se exige el pleno entendimiento de los elementos normativos y descriptivos del tipo objetivo, mientras que en la fase volitiva debe mediar la determinación de materializar algunas de las acciones ejecutivas del injusto.

Sin embargo, el tipo penal recién se completa cuando, además, el sujeto activo realiza los actos ilícitos a sabiendas de su conexión causal con el resultado típico, que no es otro que el menoscabo de la integridad del acervo patrimonial del deudor que garantiza los créditos de la masa, vale decir, cuando el comerciante declarado en quiebra actúa en fraude de los acreedores.

De allí, que Queralt Jiménez agrega un importante elemento al señalar que “alegar ignorancia es impensable: la juridificación de los procedimientos y la no despreciable circunstancia de que en estas situaciones críticas nadie actúa sin asesoramiento legal”<sup>104</sup>

## **8.- Consumación y tentativa.**

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<sup>105</sup> o posteriores a la quiebra. 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 sobreverse a los imputados; 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. En este último sentido se ha sostenido que los actos punibles

Desde que el tipo penal aludido se integra con el resolutorio de quiebra en sede mercantil, siempre que los actos fraudulentos en perjuicio de la masa de acreedores fueran anteriores a su declaración jurisdiccional, el delito se consuma al ser completado el tipo con ese decisorio ejecutoriado y es a partir de entonces que se debe contabilizar el tiempo extintivo de la acción penal. Si se trata de actos posteriores las opiniones están divididas: i) para los que piensan que es un delito de peligro, el mismo se consuma con la mera realización del acto típico, aunque no traiga aparejado perjuicios a los bienes y derechos correspondientes a la masa de acreedores; ii) en cambio, para quienes consideramos que es un delito de lesión, la quiebra fraudulenta se consuma al producirse el resultado dañoso, sin desmedro de la admisibilidad de la tentativa —en los términos del art. 42 del Cód. Penal— cuando el mismo tuvo principio de ejecución y no pudo completarse por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo, aunque resulta incompatible con las conductas omisivas del art. 176 nº 2, primera parte.

---

Comentado y Anotado”, 2ª edición actualizada, Cathedra jurídica, CABA, 2019, p. 1039; ídem TRABALLINI, Mónica, “Quebrados y otros deudores punibles”, en Estudios de las figuras delictivas, t. II-A, Advocatus, Córdoba, 1994, p. 255.

<sup>103</sup> RAFECAS, Daniel E., “El delito de Quiebra de Sociedades”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 111.

<sup>104</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, Atelier, Barcelona, 2002, p. 501.

<sup>105</sup> Para Carrara, los hechos fraudulentos posteriores a la declaración de la quiebra no deberían llamarse “hechos de bancarrota”, sino hechos de fraude en ocasión de quiebra (CARRARA, Francesco, “Programa de derecho criminal. Parte especial”, V. VII, T. 9, 4ª edición, Bogotá: Temis, 1982, ps. 51 y 53; § 3.461)

Si el delito es de peligro, se interpreta que la tentativa resulta inconcebible<sup>106</sup>, y ni hablar del artículo 176, inciso 2), ya que es de comisión por omisión. Los actos preparatorios no son punibles.

### 9.- La participación en el ámbito societario.

Aún cuando la mayoría de la jurisprudencia no acepta que las personas jurídicas -como las sociedades comerciales- puedan ser sujetos activos en este tipo de delito comunes, ello no implica desconocer que los actos realizados por los entes ideales son materialmente llevados a cabo por las personas físicas que las integran, los cuales toman las decisiones que constituyen finalmente la llamada "*voluntad social*" o "*voluntad societaria*".

Los gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra pueden incurrir en la conducta punible desde la posesión del cargo, los poderes de dirección que se le hayan entregado por estatuto o por ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, máxime cuando en la dirección de los negocios del fallido y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones.

Ello es así, porque al "*correrse el velo*" de la entidad ideal, salen a la luz los actos realizados por los distintos integrantes de la sociedad, es decir, las personas físicas encargadas de llevar adelante los negocios sociales.

El art. 178 del Código Penal - según el texto de la ley 21.338, ratificado por ley 23.077 - contempla la conducta de directivos, ejecutivos y órganos de control de las sociedades que hubieren cooperado en la ejecución de los actos que describen los arts. 176 y 177, en razón de que, de otra manera, su conducta quedaría impune, toda vez que estas personas físicas no podrían ser partícipes del delito por aplicación del principio "*societas delinquere non potest*", en conjunción con el de accesoriedad en la participación, de modo que mediante esta regulación especial, se zanan tales cuestiones y se los transforma de ese modo en autores.

En consecuencia, el carácter de comerciante resulta indiferente al momento de evaluar si sus acciones son penalmente relevantes<sup>107</sup>, ya que, además, son autores quienes como director de una sociedad comercial, y al mismo tiempo ejerciendo el dominio sobre las decisiones del órgano ejecutivo que manejaba, tomó la decisión de ocultar los bienes inmuebles del establecimiento, vendiéndolos a otra sociedad, los que a partir de allí, de ese modo, ocultó a la masa de acreedores de la sociedad fallida.

No obstante, esta responsabilidad no puede entenderse como una responsabilidad objetiva o una responsabilidad por el cargo, sino que exige que el directivo haya realizado la conducta típica u omitido la conducta debida en la situación típica, alterándose únicamente en ambos casos el requisito de autoría exigido en el tipo.

La salida de bienes que debían integrar el patrimonio de la sociedad anónima conformando la masa destinada a la satisfacción económica de los acreedores del proceso falencial sin justificación, configura desde el punto de vista subjetivo, el dolo de consecuencia necesaria o indirecto, suficiente para la configuración del delito de quiebra fraudulenta.

No queremos extendernos más en nuestro comentario, aún cuando somos conscientes que omitimos tratar el problema de la inducción por parte del titular o propietario sobre el presidente de la sociedad, lo cual daría lugar extenso análisis argumental.

---

<sup>106</sup> NAVARRO, Guillermo - RIZZI, Anibal, "El delito de quiebra", Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 83.

<sup>107</sup> Por otra parte es menester recordar que los únicos delitos vinculados con el obrar de un fallido que tienen prevista específicamente como pena accesoria la inhabilitación especial son los de quiebra fraudulenta, tipificados en los arts. 176 y 177 del Cód. Penal., puesto que los otros tipos emparentados no disponen per se la inhabilitación del reo (vgr. arts. 173 y 174 Cód. Penal).

## 10.- Penalidad

La inhabilitación prevista como pena accesoria, tanto en la legislación penal vigente como en la norma que se analiza del Anteproyecto de 2014, no debe confundirse con la inhabilitación que rige por aplicación de la ley de concursos y quiebras (arts. 234/238).

Pues la inhabilitación accesoria penal funciona en forma separada de las inhabilitaciones que le puedan corresponder al deudor en virtud de la ley de concursos, y no cesa por haber operado la rehabilitación en sede comercial<sup>108</sup>.

Cabe recordar que el artículo 236 (LCQ) dispone que la inhabilitación del fallido – que se desprende de la declaración de la quiebra- cesa de pleno derecho al año de la fecha de la sentencia de quiebra. Esta norma también prescribe que la inhabilitación del fallido puede prorrogarse o retomar su vigencia si éste es sujeto pasivo de un proceso penal, supuesto en el cual dura hasta el dictado de sobreseimiento o absolución, y si mediara condena, hasta el cumplimiento de la inhabilitación que imponga el juez penal.

No obstante la diferenciación aludida, el régimen de inhabilitación establecido por la Ley 24.522 (teniendo en cuenta la sanción de inhabilitación prevista en la ley penal vigente para el delito de quiebra fraudulenta -art. 176- y mantenida en el inc. 3º del art. 155 del Anteproyecto), motiva diversas críticas. En tal sentido, Carlos Lascano ha opinado que el régimen de inhabilitación concursal no es claro en cuanto a si la misma sería una medida de seguridad administrativa o una verdadera pena, o si cumple un rol similar al que cumple.

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.

## 11. Cuestiones procesales

### *a) La denuncia penal por falta de activos*

La ley concursal en su artículo 232 establece como presupuesto para clausurar una quiebra por falta de activo que, una vez realizada la verificación de créditos, no exista activo suficiente para satisfacer los gastos del juicio, incluso los honorarios, en la suma que, prudencialmente, aprecie el Juez<sup>109</sup> debe procederse a la suspensión del proceso falencial.-

Ergo, tratándose de una medida excepcional, la clausura por esta causa no resulta procedente cuando existen fondos o bienes para cubrir los gastos del concurso, aunque fuera en forma insuficiente, lo que impediría esa forma de clausura y a consiguiente presunción de fraude<sup>110</sup>.-

Esta 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)

Básicamente, no puede perderse de vista el art. 233 LCQ obliga al magistrado comercial comunicar la clausura por falta de activos al ámbito de la justicia penal, donde habría de resolverse lo pertinente sin incumbencia del juez comercial. Sin que ello implique prejuzgamiento acerca de la inocencia o culpabilidad del fallido, sino simplemente una medida que -sin visos de irrazonabilidad- pone en conocimiento del juez penal de la las actuaciones a fin de que investigue respecto de la posible comisión del delito de fraude.

Por su naturaleza, la presunción de fraude reviste la calidad de iuris tantum<sup>111</sup>. De modo que será en el marco del proceso penal donde cobrarán relevancia y plena virtualidad las garantías

<sup>108</sup> TRABALLINI, Mónica, "Quebrados y otros deudores punibles", en Estudios de las figuras delictivas, t. II-A, Advocatus, Córdoba, 1994, p. 250.

<sup>109</sup> RIVERA, Julio C., "Instituciones del derecho concursal", T. II, Rubinzal -Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 269

<sup>110</sup> C. Nac. Comercial, sala A, "Tybe SA s. Quiebra", rta el 11/12/2007; ídem sala E, "Canal 1 SA s/ quiebra.", rta. el 30/4/1996; ídem sala D, "Craig, Heraldo s/ quiebra.", rta. el 14/4/1994; ídem, sala B, "Argenobras SA s/ quiebra", rta. el 31/8/1993.

constitucionales de legalidad (como corolario del principio de culpabilidad por el hecho propio) y presunción de inocencia, sin que corresponda modificar el alcance del temperamento adoptado en la instancia de grado por provenir de expresa fuente legal<sup>112</sup>.

Recuérdese que la clausura del procedimiento de falencial por falta de activo constituye una medida provisional, impuesta por las circunstancias, de allí que sólo produce una suspensión del trámite, toda vez que las operaciones de la quiebra pueden reabrirse en cualquier momento en que haya fondos suficientes para atender los gastos indispensables<sup>113</sup>.

Por otra parte, la finalidad del instituto de la clausura por falta de activo es evitar que frente a la desaparición o inexistencia de bienes del fallido éste eluda su eventual responsabilidad penal<sup>114</sup>. Pero la materia atinente a si medió -o no- en la especie el fraude al que alude el art. 233 LCQ constituye una cuestión que deberá -en todo caso- ser dilucidada por ante la Justicia en lo Penal atendiendo a los antecedentes del caso<sup>115</sup>.

Aunque no faltan críticas por algunos doctrinarios<sup>116</sup> a 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'...?,".

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 última<sup>117</sup>, 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. 2° del Código Penal, o incluso en virtud del art. 102 ante la falta de cooperación del fallido<sup>118</sup>.

Más aún si contemplamos que el mismo, en su carácter de magistrado (funcionario público) y por imperio legal (274 Código Penal, art. 177 inc. 1° CPPN Ley 23.984) tiene la obligación de actuar en consecuencia.

## **b) Prescripción de la acción**

---

<sup>111</sup> C. Nac. Comercial, sala A, 11/07/1996, "Hospital Veterinario del Norte SRL s/quiebra", ídem 26/11/1997, "Palazzo, Ana s/quiebra"; íd. Sala B, 30/05/1996, "Pecar Eduardo s/concurso civil liquidatorio"; íd. Sala C, 30/6/1997, "Gómez Prospero c/Pol Gas SRL s/pedido de quiebra"

<sup>112</sup> C. Nac. Comercial, sala f - "Grande Gastón s/quiebra", rta. el 23/2/2017.

<sup>113</sup> GARCÍA MARTINEZ, Roberto - FERNÁNDEZ MADRID, Juan, "Concursos y quiebras", t. II, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1976, p. 1226; ídem QUINTANA FERREYRA, Francisco- ALBERTI, Edgardo M. , "Concursos: Ley 19.551 y modificatorias", T. 3, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 951 y ss.; ídem MARTORELL, Ernesto E., "Tratado de Concursos y Quiebras", T. III, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 582

<sup>114</sup> CNCom., esta Sala A, "Alum Metal SRL s/ quiebra", rta. el 29/08/.2006

<sup>115</sup> C. Nac. Comercial, Sala A, "Alucard Managment Group SRL s/ quiebra", rta. el 14/02/2017.

<sup>116</sup> 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?", La Ley, 1997-D,1241

<sup>117</sup> 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

<sup>118</sup> RAFECAS, Daniel E. , "El delito de Quiebra de Sociedades", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 42/44.

El supuesto del tipo penal actuado –art. 176 del Código Penal- tiene establecida junto con la pena de prisión de seis años, la de inhabilitación de diez es decir se trata de penas conjuntas.

Ante la ausencia de previsión legislativa expresa en el art. 62 del código referido a esos supuestos de pena conjunta de prisión e inhabilitación y ante la necesidad de establecer la prevaleciente, debe atenderse a la gravedad de ellas que se desprende de la interpretación de los arts. 5 y 57 del código de fondo, y en consecuencia atenderse al plazo previsto para la pena más severa.

El artículo 5 del Código Penal trae el siguiente orden: reclusión, prisión, multa e inhabilitación. De él surge como menor la de inhabilitación.

Ahora bien cuando la de prisión concurre conjuntamente con la anterior, no caben dudas que la primera es la más grave por lo antes dicho, en consecuencia, es su término el que rige en la especie<sup>119</sup>.

La intelección que precede no ha de confundirse con lo establecido en el artículo 62, inciso 4° citado, que es de aplicación sólo cuando la pena de inhabilitación es la única, supuesto distinto.

## II.- Quiebra culposa

### 1. Introducción

En el art. 177 del Código Penal es el único delito patrimonial culposo en todo el título VI del libro II del Código Penal<sup>120</sup> y esta referido se contempla un supuesto de quiebra culpable para 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<sup>121</sup>.

Parecería que el tipo recepta el deber genérico que en resguardo del crédito ha de imponerse a todo comerciante, pero cabe preguntarse si su concepción no respondió a la existencia de calificación de conducta comercial, que precisamente contemplaba la figura de la quiebra culpable determinable en aquella sede, razón por la cual frente a la derogación de ese régimen aparece sin apoyatura fáctica que la justifique, por lo menos en cuanto a la presunción que puede justificar su remisión a la justicia de instrucción al verificarse esa conducta.

Es por eso que la norma encuentra un menguado campo de aplicación que lleva en la práctica a que haya caído en desuetudo y que los jueces penales no la apliquen.

En realidad la quiebra culpable si no se interpreta de forma restrictiva, puede conducir en la práctica a la criminalización del fracaso empresarial, lo que a su vez conlleva graves problemas tanto en el plano práctico como teórico.

Generalizar esta punición con límites tan imprecisos y, además, teniendo en cuenta que por regla general habrá de recaer sobre pequeños y medianos empresarios, aún excluyendo el caso de quiebras por pasivos inferiores a un determinado monto o número de acreedores o de empleados, o bien circunscribiendo el tipo por medio de casos indicativos de imprudencia o negligencia, no se consigue atemperar el rigor de una sanción penal a un comerciante o empresario que de toda forma deberá responder por otra vía.

No es un dato menor el de la selectividad del sistema penal, que hace presumir razonablemente que, de aplicarse esta disposición, no serán los dirigentes de empresas de gran envergadura sobre los que recaiga la pena.

---

<sup>119</sup> C. Fed. Casación Penal, sala 3ª, causa N°15.930 “Alzogaray, Luis María y otra s /recurso de casación”, rta. el 12/08/2013, reg. 1353/13

<sup>120</sup> 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 (ERBETTA, Daniel, “*Delitos de insolvencia*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 73)

<sup>121</sup> SICOLI, Jorge S., “*Efectos penales de la quiebra*”, La Ley, 2009-A, 630; Cita Online: AR/DOC/3830/2008

De cualquier forma —aparte de todas estas consideraciones que mueven a proponer la supresión del tipo culposo— bueno es hacer notar que no ha habido condenas por este delito y que, además, se trata del único delito contra el patrimonio que prevé la tipicidad culposa.

Señala Rafecas, cuando analiza este supuesto, que "...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 conducta culposa prevista por el legislador en materia de delitos contra la propiedad y a los problemas que acarrea de por sí 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 éste delito tanto en su modalidad del art. 177 como en la del art. 178, el registro oficial nacional contabiliza una sola condena, y en los precedentes jurisprudenciales tan sólo es posible hallar resoluciones que hacen referencia a las primeras etapas del proceso penal y al tratamiento de la cuestión de la prescripción de la acción penal"<sup>122</sup>. Y concluye el autor citado en que "...para rescatar esta figura penal del actual estado de anomia en que se encuentra, es fundamental un punto de partida dogmáticamente claro, consubstanciado con la letra de la ley, con los antecedentes históricos y con la intención del legislador. Al tipo penal de referencia debe despojárselo de toda interpretación ambiciosa y exagerada y tratárselo como es: un delito imprudente"<sup>123</sup>.

En cambio, Terragni<sup>124</sup> se pronuncia – de modo particular – por entender que la quiebras punibles por el legislador no son ni dolosas ni culposas, porque que se castiga la manera con que determinados comportamientos quiebran la expectativa que tiene el público en un profesional del comercio, cuyas actividades están reguladas por las leyes que la protegen, justamente, a fe que tienen los proveedores y clientes en una actuación correcta entendida esta calificación como que no se aparte de los avatares corrientes de toda actividad económica.

## **2. Bien jurídico**

En este aspecto, no tiene diferencias significativas sobre la figura del art. 176 por lo cual nos remitimos al comentario en particular ya expresado, para evitar innecesarias reiteraciones.

## **3. Antecedentes normativos.**

En los antecedentes nacionales ya se mencionaba la quiebra culpable sin dar mayores precisiones y sólo refiriéndose a una disminución de la pena en el Código Tejedor, código de 1881, código de 1886, Proyecto de 1891.

Ese texto proviene, al igual que casi todo el capítulo, del Proyecto de 1906, Recién en el proyecto de 1906, aparece lo que sería a través del tiempo la redacción actual, la que es reeditada por el proyecto de 1917 y consagrada en el código de 1921.

En todas las sucesivas reformas se mantuvo la fórmula legal, en algunos cambiando simplemente el nombre, pero sin variar significativamente la estructura del tipo penal. Así, en el Proyecto Coll — Gómez (1937), donde la base del reproche penal consiste en “haber procedido, en la gestión de sus negocios, con evidente negligencia o imprudencia” (art. 236), sin perjuicio de enunciar en forma alternativa situaciones particulares. El Proyecto De Benedetti (1951) sanciona junto al delito de “falencia dolosa” (art. 255), al fallido que hubiera causado su propia quiebra “por una conducta personal culposa” (art. 256). Por su lado, el Proyecto Levene — Maldonado — Laplaza (1953) sólo incluye la mención genérica del deudor, comerciante o no, que hubiese causado la falencia “por culpa con perjuicio de sus acreedores”, aunque la extiende al que, siempre por culpa, hubiese causado la quiebra de una persona de existencia ideal (art. 233). El Proyecto Soler (1960) regula la quiebra culpable, sancionando al declarado en quiebra “que haya determinado su propia insolvencia” (art. 229). El influjo de Soler se extiende al Proyecto de 1979, pues en el art. 235 adopta una fórmula idéntica a la del Proyecto del ‘60.

Sólo el Anteproyecto del 2006 perfila de muy distinta manera la matriz de esta ilicitud, al

---

<sup>122</sup> " RAFECAS, Daniel E. , *“El delito de Quiebra de Sociedades”*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 122.

<sup>123</sup> Obra citada pág. 123.

<sup>124</sup> TERRAGNI, Marco A., *“Tratado de Derecho Penal. Parte Especial -I-”*, T.II, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 708.

contener una minuciosa regulación de los extremos que darían lugar al comportamiento típicamente imprudente o negligente (art. 183).

En el anteproyecto del 2013 se suprimió el tipo culposo, pues interpreto que es muy difícil determinar cuando existe un comportamiento culposo en el manejo de los negocios, desde que, en casi todos los casos la quiebra o la cesación de pagos supone que no ha habido un manejo muy correcto. Generalizar esta punición con límites tan imprecisos y, además, teniendo en cuenta que por regla general habrá de recaer sobre pequeños y medianos empresarios, aún excluyendo el caso de quiebras por pasivos inferiores a un determinado monto o número de acreedores o de empleados, o bien circunscribiendo el tipo por medio de casos indicativos de imprudencia o negligencia, no se consigue atemperar el rigor de una sanción penal a un comerciante o empresario que de toda forma deberá responder por otra vía.

De cualquier forma —aparte de todas estas consideraciones que mueven a proponer la supresión del tipo culposo— bueno es hacer notar que no ha habido condenas por este delito y que, además, se trata del único delito contra el patrimonio que prevé la tipicidad culposa

#### **4. La figura penal**

El artículo 177 del Código Penal reprime, 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. 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 distinto<sup>125</sup>.

De hecho, entre ambas figuras existe una diferencia sustancial, en la medida que la figura prevista en el art. 176 del C.P. exige simulación de insolvencia mayor que la real o inexistente y, 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.

Esta modalidad de las defraudaciones y, dentro de éstas, de la quiebra punible, y lo punible es el accionar de quien provoca su propia quiebra en perjuicio de los acreedores de modo manifiestamente negligente o imprudente.

De allí que es explorar el contenido de la exigencia de cuidado como elemento medular de la imputación a título de imprudencia para determinar lo que resulta cuidadoso según el contexto, enfoca en los conocimientos y capacidades del “buen hombre de negocios”<sup>126</sup> como un estándar abstracto promedio.

Es decir, que debe primar el actuar con la prudencia y diligencia necesaria en el ejercicio de todas las acciones que tengan por objeto el desenvolvimiento, conservación y correcto resguardo del propio patrimonio del quebrado; máxime si es especializado en la materia (arg. arts. 902 Cód. Civ. y 1725 Código Civil y Comercial de la Nación)

#### **5. Tipo objetivo.**

##### **5.1. Acciones típicas**

También se requiere la calidad de que el autor sea comerciante. Otro de los requisitos que impone el tipo en el sentido de que el comerciante para convertirse en un quebrado culpable, tiene que causar su propia quiebra con alguno de los actos que determina —no en forma taxativa— el mismo art. 177. De manera que el tipo, refiere Figari<sup>127</sup> requiere una relación de causalidad entre los actos

<sup>125</sup> SOLER, Sebastián, “Derecho penal argentino”, T. IV. 4ª edición, Tea, Buenos Aires, 1987, p. 500

<sup>126</sup> El buen hombre de negocios, a saber, la inclusión positiva en nuestro sistema jurídico de lo que la doctrina internacional conoce como el Business Judgment Rule o el principio de deferencia al criterio empresarial.

<sup>127</sup> FIGARI, Rubén, “Delitos de índole patrimonial”, T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, p. 476

realizados por el agente y la cesación de pagos que determina la declaración de quiebra y tienen que ser actos por sí mismos o en conjunción con otros, culpables o no, los que originaron la cesación. De ello se desprende que sólo son punibles los actos anteriores a la declaración de quiebra pues los posteriores están exentos de esa relación causal.

## 5.2. Actos de insolvencia:

### a) Gastos excesivos con relación al capital y al número de personas que componen la familia:

Estos gastos, bien los define la norma deben ser excesivos con relación al capital y número de persona que componen la familia y ello no se mide solamente en forma cuantitativa, sino con un criterio de "razonabilidad o racionalidad"<sup>128</sup>, que deberá ponderar y evaluar el juez penal, no el comercial.

Se tratan de erogaciones desproporcionadas, excesivas y/o innecesarias en tomando como patrón comparativo el manejo prudencial del patrimonio de un comerciante según el ramo o actividad que ejercita, el capital del giro que tiene y los componentes de núcleo familiar a su cargo<sup>129</sup>. Es decir, resultan aquellos que exceden las necesidades o utilidades personales y familiares del agente con relación a la constitución del propio capital o giro del negocio<sup>130</sup>, que rebasan sus reales posibilidades económicas<sup>131</sup>. No están incluidos los gastos de la actividad comercial, industrial, etcétera<sup>132</sup>.

El carácter de desproporcionado se infiere de las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta lo que resulte ser razonable y normal para la situación en que se encuentra el autor y su grupo familiar<sup>133</sup>.

Aunque - parte de la dogmática - afirma que los gastos exorbitantes deben serlo en relación con el patrimonio del comerciante<sup>134</sup>, también deben estar vinculados a su actividad comercial o a su vida personal<sup>135</sup>.

En función de las dificultades que presente este medio comisivo, Erbetta ha propuesto como exigencia que el acto sea revelador de un menosprecio o de alto desconocimiento o descuido<sup>136</sup>.

**b) Especulaciones ruinosas:** 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.

Lejos de ser un riesgo propio del negocio particular y natural o inherente al mismo, aparece como remota la posibilidad de éxito y próxima la alta probabilidad de fracaso o pérdidas. Vale decir, como

---

<sup>128</sup> D'ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., "Código Penal comentado y anotado. Parte especial", T. II, 2ª edición,. La Ley, Bs. As, 2009, p. 804.

<sup>129</sup> Sobre el mismo punto, el autor chileno Puga Vial ha señalado que "el deudor siempre tiene derecho a una modesta subsistencia, aunque ésta se logre sólo gracias a un menoscabo del capital mismo" (PUGA VIAL, Juan E., "Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra", Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 131).

<sup>130</sup> ARCE AGGEO, Miguel Á.- BAÉZ, Julio C.- ASTURIAS, Miguel Á., "Código Penal. Comentado y Anotado", 2ª edición actualizada, Cathedra jurídica, CABA, 2019, p. 1041.

<sup>131</sup> FAVAROTTO, Ricardo S. en "Código Penal. Comentado y Anotado", T. II, (Dir.) Marcelo Riquert, 1ª edición, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 1542.

<sup>132</sup> BUOMPADRE, Jorge E., "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial", V. 2, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 399.

<sup>133</sup> GRISSETTI, Ricardo A. - ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., "Código Penal de la Nación. Comentado y anotado", T. IV, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 700.

<sup>134</sup> En contra: CARRERA, Daniel P., "Delitos vinculados a la quiebra", J, 1988-II - 521

<sup>135</sup> GÓMEZ, Eusebio, "Leyes penales anotadas", T. III, Ediar, Buenos Aires, p. 239; ídem NAVARRO, Guillermo R., "Quiebra y otros fraudes en el comercio y la industria", Pensamiento Jurídico, Buenos Aires, 1984, p. 40. En contra, asestando que deben ser gastos ajenos a la actividad comercial: LAJE ANAYA, Justo: "Quebrados y otros deudores punibles", Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 98. Carlos Creus incurre en el mismo error: debe tratarse de "gastos personales o domésticos; es decir no afectados al giro comercial" (CREUS, Carlos, "Quebrados y otros deudores punibles", Ed. Astrea, Bs. As., 1993, p. 124).

<sup>136</sup> ERBETTA, Daniel, "Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", V. 7, (Dir.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 568.

enseña Favarotto, “un negocio que de antemano se halla prácticamente condenado al fracaso, sin perspectiva de beneficios y con el sacrificio patrimonial”<sup>137</sup>

Por ello el juez penal mediante la sana crítica debe valorar 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 buen hombre de negocios. En ellas se comprende no sólo las operaciones bursátiles, sino cualquier otro tipo de operaciones, comerciales, civiles, tendientes a obtener ganancia con el aumento de valor o precio o con la simple enajenación o cambio, que importen una pérdida pecuniaria grande en la situación particular en que se encontraba el comerciante al experimentarla<sup>138</sup>.

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<sup>139</sup>.

**c) Juego:** El origen legislativo mediato del “juego” como hecho imputable proviene de la legislación francesa de 1838, 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 <sup>140</sup>.

Por lo cual es abarcativa de cualquiera competición de habilidad o destreza que se realice tanto por medio de la suerte, como utilizando alguna habilidad, en el cual se comprometa de algún modo el patrimonio<sup>141</sup>. Carece de relevancia a los efectos de la tipicidad que el juego sea o no legal<sup>142</sup>.

Claro que no se el juego lo que se incrimina, ya que el derecho penal no es un instrumento de perfeccionamiento moral o inhibitorio de vicios, sino tan solo en la medida que haya sido la causa principal y excluyente de la insolvencia del quebrado y el perjuicio de los acreedores<sup>143</sup>.

No comprende al llamado “juego de bolsa” como, por ejemplo, la especulación que se efectúa en las bolsas de comercio vendiendo o comprando títulos, sin perjuicio de que esta clase de actividad pueda derivar de la especulación.

**d) Abandono de sus negocios:** consiste en la desatención negligente de los negocios – ocupaciones y transacciones de manera que implique una actitud despreocupación o indiferencia<sup>144</sup>. Producidas por el agente<sup>145</sup>.

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

---

<sup>137</sup> FAVAROTTO, Ricardo S. en “Código Penal. Comentado y Anotado”, T. II, (Dir.) Marcelo Riquert, 1ª edición, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 1542.

<sup>138</sup> NUÑEZ, Ricardo C., “Tratado De Derecho Penal”, t. IV, Lerner, Córdoba, 1989, p. 459

<sup>139</sup> ARGERI, Saúl A., “Quiebra culposa en sede penal”, LL, 1981-D, 1351

<sup>140</sup> ARGERI, Saúl A., “Quiebra culposa en sede penal”, LL, 1981-D, 1351.

<sup>141</sup> LÓPEZ PEÑA, Sebastián, “Código Penal Comentado”, T. IV, 1ª edición, (Dir.) Carlos Chiara Díaz, Nova Tesis, Parana, 2011, p. 516.

<sup>142</sup> BUOMPADRE, Jorge E., “Tratado de Derecho Penal . Parte Especial”, V. 2, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 400; ídem NAVARRO, Guillermo - RIZZI, Anibal, “El delito de quiebra”, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 133; ídem FAVAROTTO, Ricardo S. en “Código Penal. Comentado y Anotado”, T. II, (Dir.) Marcelo Riquert, 1ª edición, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 1542

<sup>143</sup> ERBETTA, Daniel, “Código penal y normas complementarias. Analisis doctrinal y jurisprudencial”, V. 7, (Dir.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 568.

<sup>144</sup> DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura T.A., “Delitos contra la propiedad”, 3ª edición, Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 422.

<sup>145</sup> LÓPEZ PEÑA, Sebastián, “Código Penal Comentado”, T. IV, 1ª edición, (Dir.) Carlos Chiara Díaz, Nova Tesis, Parana, 2011, p. 516, p. 516

los riesgos propios de la vida comercial<sup>146</sup>. No lo representa el desinterés con relación a una operación determinada, sino despreocuparse, aunque no sea en grado absoluto<sup>147</sup>, de los negocios en general<sup>148</sup>.

Sin ser necesario que el comerciante se ausente, deje sus negocios o los cierre <sup>149</sup>

**e) Cualquier acto de imprudencia o negligencia.** Este último párrafo es el único que hace alusión a la “quiebra culposa” –según los sostenedores de esa postura- comprendiendo con esta genérica expresión todo acto de naturaleza culposa que importe adoptar una conducta riesgosa –imprudencia- u omisiva de los debidos cuidados –negligencia- que conlleva el previsible peligro de colocar al ante en cesación de pagos<sup>150</sup>. Pero además, la norma requiere del siguiente aditamento, que sea “manifiesta”, como sinónimo de ostensible y sin dejar lugar a duda alguna del carácter excesivo o carente de cuidado de la operación ejecutada, lo que excluye el simple actuar arriesgado (p.ej., no bastaría dejar de realizar controles diarios de caja, pero sí puede constituir una negligencia típica el no revisarla jamás)<sup>151</sup>

Señala Creus, que este requisito tiene una doble dimensión como caracterización objetiva de la culpa, desde el ángulo de la previsibilidad del peligro que entraña la conducta en orden al bien jurídico protegido y como respuesta en la subjetividad del autor. Añade, Figari, “resumiendo, se puede decir que con la expresión final “o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta” ello implica que los actos mencionados ut- supra, a título ejemplificativo, también pueden ser culposos y dicha culpa “manifiesta”, es decir, que surja sin margen de duda del carácter de la operación realizada, ya sea por la imprudencia en afrontarla, por la negligencia “en no observar el debido cuidado, o en la atención general de los negocios o se descarta el giro arriesgado en el comercio, en el sentido de un riesgo que normalmente puede ser afrontado, ni la simple inobservancia de alguna actividad que se debió llevar a cabo en lo concerniente a la marcha de los negocios”<sup>152</sup>.

En definitiva, con la frase “cualquier otro acto de negligencia o imprudencia”, lo transforma como un tipo abierto, con la expresión excesivamente indeterminada que solo ofrece un marco referencial el juez debe cerrar con al definir o precisar, como formas del quebramiento del deber de cuidado para delimitar la entidad del descuido.

## 6. Resultado

Para algunos a diferencia de la quiebra fraudulenta, el tipo penal demanda para que la insolvencia sea punible exige que haya “perjudicado a sus acreedores” <sup>153</sup> de modo que queden impedidos de satisfacer sus créditos en la forma que se habrían pactado al dar origen a la correspondiente obligación. En esta quiebra culposa, lo mismo que en la maliciosa, hay disminución del patrimonio por un aumento del pasivo o por una reducción del activo<sup>154</sup>

## 7. Sujetos del delito

Al igual que el tipo de la quiebra fraudulenta, el sujeto activo deber ser comerciante, por ello nos remitimos a lo expresado en el . Sujeto pasivo, son aquellos acreedores que han sido reconocidos en ese carácter en los procedimientos concursales.

---

<sup>146</sup> CARRERA, Daniel P., “Delitos vinculados a la quiebra”, Jurisprudencia Argentina, 1988-II, 522.

<sup>147</sup> ARCE AGGEO, Miguel Á.- BAÉZ, Julio C.- ASTURIAS, Miguel Á., “Código Penal. Comentado y Anotado”, 2ª edición actualizada, Cathedra jurídica, CABA, 2019, p. 1041; ídem D’ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., “Código Penal comentado y anotado. Parte especial” T. II, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 804.

<sup>148</sup> FAVAROTTO, Ricardo S. en “Código Penal. Comentado y Anotado”, T. II, (Dir.) Marcelo Riquert, 1ª edición, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 1543; ídem BUOMPADRE, Jorge E., “Tratado de Derecho Penal . Parte Especial”, V. 2, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 400,

<sup>149</sup> CARRERA, Daniel P., “Delitos vinculados a la quiebra”, Jurisprudencia Argentina, 1988-II, 522.

<sup>150</sup> CREUS, Carlos, “Quebrados y otros deudores punibles”, Ed. Astrea, Bs. As., 1993, p. 127; ídem D’ ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., “Código Penal comentado y anotado. Parte especial” T. II, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 805.

<sup>151</sup> D’ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., “Código Penal comentado y anotado. Parte especial” T. II, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 804.

<sup>152</sup> FIGARI, Rubén, “Delitos de índole patrimonial”, T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, p. 481

<sup>153</sup> CREUS, Carlos, “Quebrados y otros deudores punibles”, Ed. Astrea, Bs. As., 1993, p. 134.

<sup>154</sup> ANTOLISEI, Francesco, “Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades”, trad. por Bruno, F. y Guerrero, J., Temis, Bogotá, 1964, p. 51.

## 8. Tipo subjetivo.

En nuestro país adoptamos esta última forma de legislar –*numerus clausus*- y así puede observarse en los art. 84 (homicidio culposo); art. 94 (lesiones culposa); art. 136 (celebración de matrimonio ilegal); art. 177 (quiebra culpable); art. 203 (envenenamiento, contaminación o adulteración de aguas potables); art. 223 (secretos militares); art. 262 (sustracción de caudales); art. 281 (evasión culposa).

Aquí<sup>155</sup> aparecen dos criterios diferenciados acerca de la comisión del ilícito. Una línea o “tesis tradicional” interpreta que sólo puede tratarse de un accionar imprudente que no admite la figura dolosa<sup>156</sup>, mientras que la otra línea, sostenida por Bacigalupo, entiende que aquí aparecen dos tipos penales diferenciados: uno que permite un obrar doloso, ya sea directo, indirecto o eventual, donde el autor conoce y dirige su voluntad a causar la quiebra y perjudicar a los acreedores; y el restante donde resalta la imprudencia del agente en su propia quiebra mediante algunos de los actos de negligencia o imprudencia<sup>157</sup>. Navarro y Rizzi<sup>158</sup>, por su parte, si bien comparte en cierto modo la tesis de Bacigalupo, sostiene que no se trata de dos tipos diferenciados, ya que puede tratarse de un accionar imprudente o doloso, pues la parte final de la norma se extiende a los actos nominados circunstancialmente en la fórmula legal. López Peña<sup>159</sup>, sostiene que el tipo supone actos intencionales –dolo- y actos manifiestamente culposos. Esto último implica que no cualquier acto de comercio realizado en el devenir de los riesgos propios que acarrea ésta actividad puede resultar típico, sino que la ley exige que éstos sean actos manifiestamente imprudentes teniendo en cuenta las circunstancias en que se producen.

En consecuencia la calificación de culpa manifiesta denota la idea de una exigencia no solo objetiva sino subjetiva propia de la culpa con representación, que excluye sin más la culpa inconsciente o sin representación. En esta perspectiva, nos dice Erbetta, se acerca al concepto de culpa temeraria<sup>160</sup> y Oderigo sostiene que no basta con la culpa leve<sup>161</sup>

## 9. Consumación y tentativa

Se consuma con la resolución judicial firme<sup>162</sup> desde que el perjuicio existe desde que el agente entró en cesación de pagos<sup>163</sup> y no revocada y la prescripción de la acción penal corre a partir del auto firme declarativo de la quiebra. Al incurrirse en una conducta culposa, no es factible la tentativa<sup>164</sup>, por no existir una voluntad directa de querer obrar el obrar disvalioso<sup>165</sup>. Creus, plantea la problemática en los supuestos dolosos –según su postura- pues podría considerarse la existencia de la tentativa cuando el autor haya lanzado su actividad en procura del perjuicio de los acreedores y éste no se produce por causas extrañas a la voluntad del agente, pero seguidamente agrega: “Sin embargo hay otras consideraciones que se oponen a dicha conclusión: como vimos, el perjuicio es causado típicamente por vía de la cesación de pagos cuando se declara la quiebra, pero en todo caso, será ésta la que tendría que

---

<sup>155</sup> DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura T.A., “Delitos contra la propiedad”, 3ª edición, Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 424; idem GÓMEZ, Eusebio, “Tratado de Derecho Penal”, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, p. 350; ídem SPROVIERO, Juan H., “*Delitos de estafas y otras defraudaciones*”, T. 2, 2ª edición, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 422; ídem BUOMPADRE, Jorge E., “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”, V. 2, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 399.

<sup>156</sup> RAFECAS, Daniel E., “El delito de quiebra de sociedades”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 111

<sup>157</sup> BACIGALUPO, Enrique, “Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito”, Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 132.

<sup>158</sup> NAVARRO, Guillermo - RIZZI, Anibal, “El delito de quiebra”, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 155.

<sup>159</sup> LÓPEZ PEÑA, Sebastián, “Código Penal Comentado”, T. IV, 1ª edición, (Dir.) Carlos Chiara Díaz), Nova Tesis, Parana, 2011, p. 517.

<sup>160</sup> ERBETTA, Daniel, “Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, V. 7, (Dir.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 573.

<sup>161</sup> ODERIGO, Mario A., “Código Penal anotado”, Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 274.

<sup>162</sup> BUOMPADRE, Jorge E., “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”, V. 2, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 400; ídem

<sup>163</sup> TERRAGNI, Marco A., “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial -I-”, T.II, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 708.

<sup>164</sup> BUOMPADRE, Jorge E., “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”, V. 2, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 400; ídem D’ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., “Código Penal comentado y anotado. Parte especial” T. II, 2ª edición, La Ley, Bs. As, 2009, p. 805; ídem GRISSETTI, Ricardo A. - ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, T. IV, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 703.

<sup>165</sup> ARCE AGGEO, Miguel Á.- BAÉZ, Julio C.- ASTURIAS, Miguel Á., “Código Penal. Comentado y Anotado”, 2ª edición actualizada, Cathedra jurídica, CABA, 2019, p. 1043.

perjudicar a los acreedores, por consiguiente en la figura que examinamos un perjuicio sin declaración de quiebra lo excluiría del procedimiento concursal; podría constituir cualquier otro delito contra la propiedad, pero no el del art. 177; y una declaración de quiebra sin perjuicio sería típicamente anodina. La estructura de la figura impone así una respuesta negativa a la posibilidad de tentativa”<sup>166</sup>.

### III.- Quiebra de personas jurídicas y liquidación sin quiebra de entidades financieras

#### 1. Introducción

Los tiempos actuales se han caracterizado por un reclamo constante a la punibilidad de las conductas fraudulentas por parte de los directivos de corporaciones que gozan de cierta impunidad - entre otras causas - debido a la mala técnica legislativa, o de defectos en la faz interpretativa de los tipos penales creados en tal sentido<sup>167</sup>.

Como bien apunta Hassemer, la economía dispone de instrumentos e instituciones que a su vez tienen la función de crear un orden normativo y controlarlo. El Derecho no debe dictarle a la economía lo que es adecuado y plausible, lo que es tolerable y lo que debe ser sancionado: la economía lo sabe. El derecho interviene recién cuando se pasa una línea, la cual debe ser determinada por la razón sistemática del derecho: cuando el comportamiento de la economía lesiona intereses legítimos sin justificación<sup>168</sup>.

En cuanto al supuesto contemplado en el art. 178 del Código Penal, reservado para la sociedad comercial y para las "persona jurídica que ejerza el comercio" —incluidos bancos, entidades financieras en liquidación sin quiebra—, el delito que recae sobre el patrimonio ajeno sólo puede ser cometido por aquellos sujetos que están indicados en la norma. Es decir "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".

Se trata de un artículo de remisión a la conductas delictivas prevista en forma dolosas (art. 176) o culposa (art. 177) de la quiebra, aunque corresponde señalar que cualquier futura reforma debería ceñir los supuestos de hecho típicos a la quiebra fraudulenta dolosa, en la medida que no es posible afirmar una participación dolosa en un delito culposo sin contrariar los principios de la estructura de la culpa y la participación criminal.

Es claro que una característica de la conducta radica en la acción de “cooperar”, lo que significa una excepción general a los principios de participación criminal, porque por un lado, que no descarta la intervención dolosa de dos o más sujetos activos en este delito; y por otro, que dicha intervención los transforma – independientemente – de su contribución en coautores <sup>169</sup>.

La disposición, se ha dicho, resulta imprescindible, por cuanto el quebrado es la persona jurídica y, al no existir un autor principal, carecería de responsabilidad. Con esta disposición se salva el problema y se castiga a las personas que la representan<sup>170</sup>.

Rafecas, por su parte, señala que “siguiendo el patrón de legislaciones europeas (...), 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” <sup>171</sup>.

---

<sup>166</sup>CREUS, Carlos, “Quebrados y otros deudores punibles”, Ed. Astrea, Bs. As., 1993, p. 125; ídem FIGARI, Rubén, “Delitos de índole patrimonial”, T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, p. 486

<sup>167</sup> Para ampliar: PAREDES CASTAÑÓN, José M., “Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores”, en Revista de Derecho Penal 2013-2, “Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa – I”, 2013-2, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2014, ps. 216.

<sup>168</sup> HASSEMER, Winfried, “El fundamento del Derecho Penal Económico”, en Revista de Derecho Penal, 2013-2, “Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa – I”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 125.

<sup>169</sup> VAZQUEZ IRIRUZBIETA., Carlos, “Código penal comentado”, T. III, Plus Ultra, Buenos Aires, 1970, p. 448.

<sup>170</sup> Soler, Sebastián, ob. cit., t. 4, p. 439; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado...*, ob. cit., t. VI, p. 185

<sup>171</sup> RAFECAS, Daniel E., “El delito de quiebra de sociedades”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 66

La nota saliente de este tipo de conducta radica en que el daño patrimonial es irrogado a la entidad, y consecuentemente, también resultan víctimas los miembros de la organización, si es que son ajenos a las conductas punibles<sup>172</sup>.

## **2. Antecedentes.**

Los orígenes de la presente norma se advierten en el Proyecto de 1891, reconociendo sus antecedentes en el código húngaro. De allí pasa al Proyecto de 1906, con la siguiente incorporación al referirse a todo director, administrador, o gerente “que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos siguientes”. De ésta forma pasa al Proyecto de 1917 con el agregado extensivo a los contadores o tenedores de libros, para finalmente arribarse al código penal de 1921.

## **3. Bien jurídico protegido**

Dado que se trata de un delito contra la propiedad y allí está ubicado resulta claro que el bien jurídico es la propiedad misma. Pero como ocurre con otros delitos, hay un segundo bien protegido que es el derecho de los acreedores a percibir sus créditos del patrimonio del deudor, en tanto prenda común. En el art. 176, la masa concursal no absorbe todo el patrimonio del deudor. Dado que el fallido es una persona física, están excluidos de la masa concursal los bienes que corresponden a sus derechos como ser humano. En cambio, en éste art. 178 se trata de personas de existencia ideal y se confunden masa concursal y patrimonio<sup>173</sup>.

## **4. Figura Legal**

El artículo 178 del Código Penal establece - como texto normativo – el supuesto de que “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”.

El tipo legal no se refiere a cualquier ente colectivo sino solo a las sociedades comerciales y a las personas jurídicas que ejerzan el comercio, a los bancos o entidades financieras y a las sociedades cooperativas y mutuales. Cada una de estas entidades goza de un régimen legal especial.

## **5. Tipo objetivo**

La enumeración de las personas jurídicas en concurso y de los miembros que cumplen funciones en ella, es taxativa para configurar el delito.

Se trata de elementos normativo-jurídicos del tipo objetivo, en tanto implican una primera valoración a cargo del intérprete de una serie de conceptos y categorías que pertenecen al ámbito del derecho civil y societario. El texto legal comienza enunciando las corporaciones cuyos responsables quedan alcanzados por la intervención punitiva, siempre y cuando reúnan las demás condiciones de autoría de la quiebra impropia.

El art. 178 sólo se refiere a las sociedades anónimas o cooperativas y a las personas jurídicas que ejercieran el comercio. Luego, a raíz de las varias mutaciones producidas entre 1971 (decreto-ley 18.953) y 1976 (decreto-ley 21.338), a las que ya nos hemos referido, la redacción vigente incluye a las sociedades comerciales, a las personas jurídicas que ejerzan el comercio, a los bancos y entidades

---

<sup>172</sup> FAVAROTTO, Ricardo S., “El delito de quiebra impropia”, DPyC 2012 (julio) , 165, Cita: TR LALEY AR/DOC/2882/2012

<sup>173</sup> BREGLIA ARIAS, Omar - GAUNA, Omar, "Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", T. II, , 6ª edición, Actualizada y ampliada t. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 321

financieras en procedimiento de liquidación sin quiebra, a las sociedades cooperativas y a las asociaciones mutuales (ley 23.077). Los analizaremos en forma sucinta.

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

Entendemos que este sería el enfoque correcto a aplicarle en el marco de la quiebra impropia a la declaración de falencia del ente: la de un claro criterio limitador de la intervención penal con relación a aquellos casos en donde la cesación de pagos se resuelva sin llegar a la quiebra. Ciertamente en estos casos también pueden darse actos de fraude a los acreedores. Pero no nos olvidemos de que el hecho de que estos comportamientos no sean típicos aquí, no significa que no tengan sanción en otras áreas del ordenamiento jurídico o que no encuadren en algún otro delito penal.

### **5.1. Alcances**

El art. 178 del Cód. Penal no se refiere a cualquier ente colectivo sino solo a las sociedades comerciales y a las personas jurídicas que ejerzan el comercio, a los bancos o entidades financieras y a las sociedades cooperativas y mutuales. Cada una de estas entidades goza de un régimen legal especial

#### ***a) Sociedades***

Resulta pertinente en primer término, precisar que el código civil y comercial ha eliminado el instituto de las sociedades civiles, de escasa o nula utilización y todas las sociedades quedan reguladas por la ley de sociedades que es la denominación que adopta, a partir de las modificaciones introducidas por la ley 26.694, la antigua ley de sociedades comerciales - Nº 19.550-.

De acuerdo con la Ley de sociedad comerciales, los únicos tipos de sociedades regulares que pueden constituirse son las colectivas, de capital e industrial, en comandita simple, de responsabilidad limitada, anónima (la ley 26.694 introdujo como novedad en nuestro sistema legal la figura de la sociedad anónima unipersonal) y en comandita por acciones<sup>174</sup>. La sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público que lleva la autoridad de contralor en materia de personas jurídicas de la jurisdicción del domicilio (arts. 5 y 7 de la ley 19.550).

#### ***b) Banco o entidad financiera***

Las entidades financieras se trata de instituciones que tienen como función principal la prestación y captación de dinero, transformando los activos financieros y el artículo 1 de la Ley de Entidades Financieras - Ley Nº 21.526 , según texto Ley Nº 24.627- las define, como aquellas "personas o entidades privadas o públicas oficiales o mixtas- de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros".

Y en su artículo 2º precisa que están implicadas "las siguientes clases de entidades: a) bancos comerciales; b) bancos de inversión; c) bancos hipotecarios; d) compañías financieras; e) sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles; f) cajas de crédito", aunque agrega que esa enunciación "no es excluyente de otras clases de entidades que, por realizar las actividades previstas en el artículo uno, se encuentren comprendidas en esta ley".

Estas entidades no pueden iniciar sus actividades sin previa autorización del Banco Central de la República Argentina y cualquiera sea la causa de la disolución de una entidad comprendida en la mencionada ley, las autoridades legales o estatutarias deberán comunicarlo al Banco Central de la República Argentina, en un plazo no mayor a los dos (2) días hábiles de tomado conocimiento de la misma (artículo 43 de la ley Nº 21.526).

---

<sup>174</sup> ROITBARG, Marcelo Ricardo, "Manual de derecho civil. Parte general conforme al código civil y comercial", p.137 y ss. , Astrea, Bs. As., 2016, p. 137 y ss.-

En realidad estos entes tienen también un régimen específico en la ley 21.526 para el caso de sobrevenir su insolvencia, en orden al cual -en principio y con las salvedades que especificaremos- no pueden solicitar su concurso preventivo (art. 50 de dicha ley). Esta prohibición se vincula con la desconfianza que, de otro modo, generaría en el público ahorrista la sola posibilidad de que el captador de fondos, autorizado por el Estado para esa específica actividad y bajos severos controles, puede recurrir a esta solución concursal.

Son las entidades financieras, en cambio, sujetos de la quiebra, mas por un procedimiento específico regulado en el art. 50 y ss. de la ley 21.526, con las modificaciones de las leyes 24.144, 24.485 y 24.627, se regula la temática específica de la insolvencia y sus efectos respecto de dichas entidades, debiéndose además tener presente lo dispuesto respecto a la revocación de la autorización que se les concediera para funcionar (arts. 43 y ss.) y el mecanismo de exclusión de activos y pasivos (art. 35 bis), que es de aplicación previa a la normativa concursal.

Hasta el dictado de la ley 24.144 la legislación bancaria estaba signada por una característica especialísima, cual era la insoslayable presencia e intervención del BCRA en la definición de una situación de crisis de una entidad financiera, ya sea ejerciendo el rol de liquidador extrajudicial, judicial o, peticionando la quiebra de la misma como presupuesto sine qua non para su declaración.

La reforma introducida por ley 24.144 implica un cambio cualitativo y un quiebre en la manera de pensar la extinción de las entidades bancarias en estado de crisis terminal verificada durante los casi 70 años transcurridos desde la sanción del primer ordenamiento legal bancario en el año 1935.

A partir de allí se produce el apartamiento del BCRA de los procesos en que resulte su propia decisión de revocar la autorización para funcionar de una entidad financiera, agotando, según el caso, su actuación (a) al solicitar la quiebra -medida que se decide en la propia resolución administrativa que dispone la revocación conforme lo prevé el 3er. párrafo del art. 50-, o bien (b) comunicando al juez competente tal revocación y prestando al juzgado interviniente -como única obligación legal- la asistencia y colaboración sobre los asuntos de su conocimiento en virtud del ejercicio de sus funciones de superintendencia cumplidas con anterioridad a la mencionada revocación, o (c) al otorgar la conformidad prevista en el 2do. párrafo del art. 45 para que la ex-entidad administre por sí su cese de la actividad reglada o su liquidación.

Ese apartamiento del Banco Central tiene incidencia directa en las alternativas ulteriores a la revocación de la autorización para funcionar de la entidad. En efecto, y según resulta de la normativa aplicable, las variantes posibles de ser transitadas son:

a) La quiebra, sea esta decretada. (a) a pedido del BCRA ( petición que se prevé en la resolución administrativa que revoca la autorización para funcionar), o (b) a pedido del liquidador judicial designado, o (c) por el juez, al advertir la existencia del presupuesto falencial de la insolvencia, o (d) por cualquier acreedor en el caso de no encontrarse la entidad en liquidación judicial y darse el caso especial del artículo 52 de la Ley de entidades financiera;

b) La liquidación judicial;

c) La autoliquidación, a pedido de las autoridades estatutarias, con la conformidad del BCRA,

d) El cese de la actividad reglada sin que dicho cese importe la liquidación de la sociedad.

La liquidación o la quiebra sobrevienen a partir de que el Banco Central de la República Argentina decide la revocación de la autorización para funcionar y lo comunica al juez comercial competente, concluido el proceso de suspensión durante el cual puede o no operar el sistema de escisión patrimonial establecido en el artículo 35 bis de la Ley 21.526, y la instancia judicial se abre a partir de la revocatoria de la autorización conferida desde la esfera administrativa del BCRA, que previamente se ocupó de practicar o no esa escisión patrimonial y de resolver respecto de las posibilidades de saneamiento de la entidad financiera suspendida.

La decisión revocatoria de la autorización para funcionar importa el inicio del proceso de extinción de la sociedad, que se practicará judicialmente ya sea a modo de autoliquidación, o bien dirigida por liquidadores judiciales sorteados de la lista de Síndicos Concursales, u orientada por los propios accionistas y/o su directorio, tal como lo prevé la mecánica de liquidación establecida en la ley 19.550.

Frente a este régimen especial que rige la actividad bancaria y financiera producen un notorio desajuste entre la norma penal y las disposiciones mercantiles, al punto que Erbetta<sup>175</sup> entiende que, en la actualidad, mientras esas modificaciones legales suprimen el procedimiento de liquidación sin quiebra, el art. 178 se mantiene intangible, lo que "plantea la duda acerca de si los representantes de esas entidades pueden ser alcanzados por el tipo penal cuando el mismo no contempla el caso de quiebra de un banco o entidad financiera y teniendo en cuenta que el sentido literal representa una barrera a cualquier pretensión de ampliación de la punibilidad, salvo que se incurran en analogía prohibida".

Una exégesis que satisface a Erbetta, por tratarse de una interpretación respetuosa del principio de legalidad, a pesar que hace la salvedad que si se tratara "de una asociación civil (constituida, por ejemplo, como caja de crédito), no podrá pretenderse la aplicación del tipo penal del art. 178", lo que nos parece una solución correcta.

### **c) Sociedades cooperativas**

De acuerdo a la Ley de Sociedades Cooperativas - Nº 20.337 - se reputan como tales a las "entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios" (art. 2º), rigiéndose, en forma supletoria, por las disposiciones pertinentes de la ley de sociedades comerciales, "en cuando se concilien con las de esta ley y la naturaleza de aquéllas" (art. 118), no existiendo dudas de que son personas de existencia ideal susceptibles de ser declaradas en quiebra, aunque es un tema polémico.

Además, desde la sanción del Código Penal de 1921 (ley 11.179), están comprendidas de modo expreso en el texto del art. 178. En la versión primigenia, aparecen mencionadas al inicio de la figura, a la par de las sociedades anónimas, lo que es modificado por el decreto-ley 21.338 que las inserta en el párrafo final.

Por imperio del art. 105 de la ley 20.337 son controladas a nivel nacional, en lo que respecta a este tipo de ente por el denominado INAES, (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social), ex INACyM, creado por el decreto 721/00.

### **d) Asociaciones mutuales**

El tipo penal hace mención a la Asociaciones Mutuales reguladas por la Ley Nº 20.321, éstas son "las 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" (art. 2º).

Las sociedades mutuales, en principio, están marginadas del tipo penal comentado, no sólo porque éste no las incluye de manera explícita (recién en 1976 son incorporadas a la redacción del art. 178, a raíz del dto.-ley 21.338), sino también porque el régimen regulatorio específico establece que estas organizaciones no podían ser declaradas en quiebra (art. 37, dto.-ley 20.321), lo que se confirma con la propia Ley de quiebras (art. 2º).

Este panorama normativo varía sustancialmente con la aprobación de la ley 25.374 cuyo art. 1º letra "d" modifica el citado art. 37, por lo que a partir de entonces "las mutuales quedan comprendidas en el régimen de la ley 24.522", con lo cual esta reforma despeja cualquier duda acerca de la posible inclusión de sus representantes dentro del círculo de autores del tipo penal.

## **5.2. Acción típica**

La acción típica es la de "cooperar", en clara relación a una cooperación que pueda desarrollarse para la concreción de algunos de los delitos previstos en los artículos arts. 176 y 177 de éste código.

El precepto importa una excepción a los principios generales de la participación criminal, ya que prevé la pena del autor tanto para el cómplice primario como para el secundario.

Mas no puede perder de vista que no se trata de una responsabilidad formal objetiva, sino que los sujetos revestidos de las cualidades expresamente mencionadas en el precepto, deben haber

---

<sup>175</sup> ERBETTA, Daniel, "Código penal y normas complementarias. Analisis doctrinal y jurisprudencial", V. 7, (Dirs.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, p. 459 y ss.; ídem FAVAROTTO, Ricardo S., "El delito de quiebra impropia", DPyC 2012 (julio), 165, Cita: TR LALEY AR/DOC/2882/2012

ejecutados actos de efectiva cooperación a los comportamientos descritos en los tipos legales que fueron abordados anteriormente.

Estrella y Godoy la tilda de inadecuada a al formula por se trata de una concurrencia a la delincuencia ajena<sup>176</sup>, y Creus <sup>177</sup> sostiene si bien el legislador pudo equivocar el empleo de esa terminología –cooperación- presuponiendo una necesaria intervención plural de varios sujetos, que actúan en convergencia intencional, en consideración a la estructura decisoria de las personas colectivas, la ley no puede ser interpretada a partir de ese posible equívoco, pues quedaría apartada de la punibilidad cualquier actividad personal autónoma –individual- que opere sin participación de terceros, de cualquiera de los sujetos enunciados. De allí que el significado de la expresión “cooperación” es el que se concreta en la determinación de la intervención mínima que se requiere para que los sujetos activos sean alcanzados por la punibilidad típica. O sea, en éste caso la ley comprende no sólo los actos de participación por complicidad, sino también los de ejecución en coautoría –autoral o participativa- y sin excluir las de autoría individual sin participación alguna<sup>178</sup>.

Quedan excluidos los instigadores y los auxiliares subsecuentes, ya que ellos no cooperan en la ejecución. Recapitulando, opina Figari<sup>179</sup> se podría afirmar que en este caso cualquier cooperación merece la pena correspondiente al delito que se ha calificado según se trate de las conductas descriptas en los artículos 176 y 177. Empecé, al no existir un autor principal, debido a que el quebrado es una persona jurídica, en consideración a que éstas por sí mismas no tienen capacidad para delinquir, la previsión de marras resulta de importancia para marcar los límites de la responsabilidad penal, aunque ésta no se trata de una responsabilidad formal objetiva, sino que los sujetos mencionados en la norma deben haber ejecutado actos de efectiva cooperación y no se trata de la responsabilidad penal de quienes dirigen la sociedad en quiebra, sino de quienes han cooperado a la declaración de quiebra observando las conductas en que consiste la quiebra fraudulenta o culposa<sup>180</sup>.

Aquí entonces, escapa el análisis desde el plano de la autoría y participación criminal, ya que la doctrina mayoritaria entiende que la acción de cooperar es la de intervenir en la realización de los actos de los preceptos citados, esto es, realizar actos de autor, o eventualmente, y según el caso de participación en sentido estricto<sup>181</sup>.

No se trata de la responsabilidad penal de quienes dirigen la sociedad en quiebra, sino de quienes han cooperado a la declaración de quiebra observando las conductas en que consiste la quiebra fraudulenta o culposa<sup>182</sup>.

Así las cosas, si para algunas de las personas enunciadas el acto puede quedar comprendido en el art. 176, las que hayan cooperado en la ejecución de él por simple negligencia, es decir, por culpa, responderán en los términos del art. 177. Navarro- Rizzi<sup>183</sup>, expresan que el artículo 178 del código penal (texto según ley 21.338, ratificado por ley 23.077) contempla la conducta de directivos, ejecutivos y órganos de control de las sociedades que hubieren cooperado en la ejecución de los actos que describen los artículos 176 y 177, en razón de que, de otra manera, su conducta quedaría impune, toda vez que éstas personas físicas no podrían ser partícipes del delito por aplicación del principio *societas delinquere non potest*...en conjunción con el de de accesoriedad en la participación, de modo que mediante esta regulación especial, se zanja tales cuestiones y se los transforma de ese modo en autores. En consecuencia, el carácter de comerciante de los imputados resulta indiferente al momento de evaluar si sus acciones son penalmente relevantes. Es autor de quiebra fraudulenta (art. 178 en función del art. 176 inc. 2º del código penal), quien como director de una sociedad comercial, y al mismo tiempo ejerciendo el dominio sobre las decisiones del órgano ejecutivo que manejaba, tomó la decisión de

---

<sup>176</sup> ESTRELLA-GODOY LEMOS, “Código penal. Parte Especial De los delitos en particular”, 2º ed., tomo II, Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 681

<sup>177</sup> CREUS, Carlos, “Quebrados y otros deudores punibles”, Ed. Astrea, Bs. As., 1993, p. 153.

<sup>178</sup> CREUS, Carlos, “Quebrados y otros deudores punibles”, Ed. Astrea, Bs. As., 1993, p. 154

<sup>179</sup> FIGARI, Rubén, “Delitos de índole patrimonial”, T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, p. 498

<sup>180</sup> DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura T.A., “Delitos contra la propiedad”, 3ª edición, Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 424.

<sup>181</sup> ERBETTA, Daniel, “Delitos de insolvencia”, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 591

<sup>182</sup> DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura T.A., “Delitos contra la propiedad”, 3ª edición, Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 424

<sup>183</sup> NAVARRO, Guillermo - RIZZI, Anibal, “El delito de quiebra”, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 152/153

trasladar todos los bienes muebles del establecimiento, a otro que no pertenecía a esa sociedad, los que a partir de allí, de ese modo, ocultó a la masa de acreedores de la sociedad <sup>184</sup>.

Siguiendo a Rafecas, que este supuesto está estructurado 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"<sup>185</sup>. Y hace notar el autor referido que "La moderna doctrina penal que propicia esta categoría, considera que en esta clase de delitos, en donde el fundamento de la autoría no es el dominio del hecho sino la relación especial entre sujeto y objeto de protección, no puede escindirse autoría y acción, porque eliminado el primero de los elementos se destruye el sentido social del segundo: en los delitos de infracción de deber, "...los elementos fundadores de la autoría están entretejidos en la concreta ejecución de la acción, no siendo separables de ella"<sup>186</sup>.

Sin embargo, la complejidad y evolución de los negocios modernos, evidencian, en particular en este supuesto, el insuficiente tratamiento que la legislación ha dado a este tipo delictual, que tiende a excluir de él, a un universo de supuestos que por falta de mención, quedan —a priori— excluidos del tipo, en especial todos aquellos que pueden importar un indebido "control societario", externo o interno en las diversas facetas y modalidades en que ello se puede verificar.

Remarca lo de "indebido" porque la existencia de control en materia societaria ha tenido reconocimiento legislativo y no debe presumirse su conformación con afán defraudatorio (v. art. 33 LSC). La doctrina se encargó de hacer notar esa omisión y consideró diversos supuestos liminares que pueden verificarse en el mundo societario moderno derivado del indebido control societario<sup>187</sup>.

En tal orden de ideas, destaca Verón que había sido propósito de los autores de la ley de sociedades, que el régimen de responsabilidad civil de directores y síndicos societarios sea complementado por un sistema penal societario fundado en la conveniencia de tipificar figuras que puedan ser ofrecidas con los caracteres específicos y nítidos que la constitución, funcionamiento y liquidación de las sociedades requiere; además, en los casos en que la acción de responsabilidad sea insuficiente o tardía, es preciso sancionar penalmente el incumplimiento de conductas llevadas a cabo por los administradores bajo la forma de delitos formales.

Este tema fue reactualizado en 1970 y 1971 ante las maniobras de vaciamiento perpetradas especialmente por administradores de sociedades anónimas, quienes fueron encuadrados en la figura de la defraudación o estafa, pese a su caracterología peculiar y definida. Finalmente, y más recientemente, el fraude corporativo norteamericano —encabezado por las grandes corporaciones Enron y Worldcom— de comienzos del siglo XXI, reactiva la necesidad de transparentar sus operatorias e imponer mayor severidad al accionar de los directores, "controladores", síndicos y auditores, coprotagonistas de maniobras distorsivas de los estados contables que a veces terminan en un bankruptcy (quiebra) descomunal, con graves perjuicios comunitarios<sup>188</sup>.

Ahora bien, la falta de previsión referida, no debería importar definitivamente la ausencia de sanción penal, habida cuenta la posibilidad de aplicar leyes afines frente a una sociedad fallida, aunque considero que resultaría saludable establecer un tratamiento especial y actualizado de los delitos que involucran a aquellas acciones que puedan generar la quiebra de un ente ideal, como consecuencia de maniobras derivadas del fraude cometido en la administración, de la existencia de una conducta culpable o carente de excusa voluntaria y de las que puede generarse como consecuencia del control externo o interno.

### 5.3. Sujetos del delito

---

<sup>184</sup>ARCE AGGEO, Miguel Á.- BAÉZ, Julio C.- ASTURIAS, Miguel Á., "Código Penal. Comentado y Anotado", 2ª edición actualizada, Cathedra jurídica, CABA, 2019, p. 1046

<sup>185</sup> RAFECAS, Daniel E., "El delito de quiebra de sociedades", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 59.

<sup>186</sup> RAFECAS, Daniel E., "El delito de quiebra de sociedades", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 59.

<sup>187</sup> MARTORELL, Ernesto-CUNEO LIBARONA, Mariano "Problemática concursal-penal-Quiebra de una sociedad dominada a través de un pacto de sindicación de acciones: Responsabilidades comerciales y penales" en LA LEY, 1998-C, 1277.

<sup>188</sup> VERÓN, Alberto V., "Tratado de las Sociedades Anónimas", T. IV, Astrea, Buenos Aires, 2008, ps. 232/3.

Ahora bien, el delito no puede ser cometido por cualquiera. La ley penal no motiva a todos a abstenerse de realizar los comportamientos típicos, sino que restringe el círculo de posibles autores a ciertos individuos que asumen determinadas funciones en el ámbito de las sociedades, a quienes el ordenamiento jurídico considera garantes de que no se afecte el bien jurídico tutelado.

Se trata de un tipo especial propio, en el que solo puede ser autor alguna de las personas enunciadas en el artículo. Quienes no ejerzan tales cargos o funciones en la entidad solo podrán ser sancionados como partícipes.

En éste supuesto se amplía el margen de personas que pueden ser responsables por los delitos previstos en los artículos 176 y 177, de modo que se extiende la tipicidad y punibilidad de los representantes o a quienes dirigen o manejan la empresa. La crítica de la mayoría de la doctrina recae sobre la propia letra de la ley, en cuanto enumera a los sujetos activos del delito, cuando ello podría resolverse con las reglas de participación criminal.

Quienes están enunciados expresamente en la norma y que pueden ser clasificados desde un doble punto de vista: “sujetos que ejercen funciones de dirección, control o representación de la sociedad”, entre los que puede contarse al director, síndico, administrador, miembros de la comisión fiscalizadora y gerentes —en esta categoría quedan abarcadas las personas jurídicas que enumera el último párrafo del artículo— y “sujetos que ejercen en el ente colectivo una tarea de asesoramiento y cumplen funciones auxiliares relacionadas con la contabilidad de la empresa”, que son los contadores y tenedores de libros.

Sujetos pasivos son los sujetos singulares en cuanto a que son integrantes de la masa.

## **6. Tipo subjetivo**

El delito de quiebra impropia, requiere dolo a lo que debe sumársele el elemento subjetivo especial de que el comportamiento se realice en fraude de sus acreedores. En el aspecto cognitivo se requiere conocer todos los elementos normativos y descriptivos del supuesto de hecho típico de que se trate y tener conocimiento sobre el nexo causal que debe mediar entre su comportamiento y el resultado (el perjuicio a la masa de acreedores en el marco de la quiebra).

En el aspecto volitivo, puede presentarse dolo directo de defraudar con perjuicio a la masa, o dolo de consecuencias necesarias (porque el ánimo está guiado, por ejemplo, por el afán de lucro indebido, pero el agente tiene en la esfera de su conciencia que ello traerá aparejada la quiebra del ente, o al menos el agravamiento de las condiciones económicas a las que arribará al momento de la declaración de la falencia, provocando en éste marco el fraude a la masa de acreedores. Finalmente puede darse el dolo eventual, esto es, que el agente se represente como posible el resultado lesivo y se conforme con ello, aunque habrá que analizar el caso con sumo cuidado, ya que deberá tenerse la certeza de que el sujeto activo haya cometido el delito en fraude a sus acreedores. Ejemplo de ello sería el caso del comerciante que sustrae bienes de su patrimonio o concede ventajas indebidas, a sabiendas de que ello constituye un fraude a sus acreedores, pero no sabe a ciencia cierta si estas maniobras ya de por sí tienen entidad para provocar la quiebra, aunque se representa esto último como posible y se conforma con ello <sup>189</sup>. López Peña<sup>190</sup>, expresa que el tipo subjetivo se refiere a la propia de cada uno de los delitos, dolo en el art. 176 y culpa en el art. 177.

## **7. Consumación y tentativa.**

El delito se consuma al cooperar —realizar cualquier de ejecución en alguna de las conductas descriptas en los dos artículos anteriores. Cualquier cooperación que no implique un acto de ejecución quedará fuera del tipo penal, por lo que no se admite la tentativa.

## **IV.- Concurso civil fraudulento e insolvencia patrimonial fraudulenta**

---

<sup>189</sup>ABOSO, Gustavo E.; “Código Penal comentado y concordado con jurisprudencia”, B de F Montevideo, Buenos Aires, 2012, ps. 889-890; ídem RAFECAS, Daniel E., “El delito de quiebra de sociedades”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, ps. 110-112

<sup>190</sup>LÓPEZ PEÑA, Sebastián, “Código Penal Comentado”, T. IV, 1ª edición, (Dir.) Carlos Chiara Díaz, Nova Tesis, Parana, 2011, p. 520

## 1. Introducción

La norma en examen contempla dos tipos penales, el “Concurso civil fraudulento” y la “Insolvencia fraudulenta, en sus párrafos primero y segundo respectivamente. La ley 17.567 le agrega a la norma tal como fuera legislada en el código penal de 1921, el segundo párrafo referido a la insolvencia fraudulenta.

Nuestro Código de Comercio, redactado por Acevedo y Vélez Sarsfield, también recibió en materia concursal dicha influencia del Código francés, inclusive en forma indirecta, a través de los Códigos español de 1829, de Portugal, de Holanda, del Imperio del Brasil y del Código de Würtemberg, que mejoraron sus soluciones.

Legislaba en su “Libro Cuarto – De las Quiebras”, lo relativo a un proceso concursal entonces prácticamente limitado a su faz liquidativa y que tenía como legitimados, solamente a los comerciantes, y para sostener nuestra afirmación debemos detenernos en los antecedentes legislativos.

Desde los últimos años del siglo XIX, aparece una nueva solución concursal, el “convenio preventivo judicial”, de incipiente desarrollo hasta entonces.

En nuestro país, la primera ley, de neto corte privatístico, fue la ley 4156, que recepcionó, entre otras novedades del procedimiento preventivo, con un concordato y un procedimiento de adjudicación de bienes, un régimen de mayorías de acreedores para la quiebra; etc.

Idéntica situación aconteció con la Ley N° 11.719 o “Ley Castillo”, que retornó a un régimen más publicístico, con mayor protección de los acreedores, devolviendo mayores facultades al Juez del Concurso, pero sin abandonar ni de ningún modo menguar, la importancia del estado de cesación de pagos (con idéntica denominación), como presupuesto objetivo de todos los concursos.

En cuanto a las Leyes N° 19.551 y N° 24.522, autores de enorme prestigio sostienen que “Respecto de los textos legislativos sancionados luego de 1933 cabe mencionar los arts. 1, 77, 78 y 79 de la Ley concursal N° 19.551 de 1972, la reforma de la Ley N° 22.917 de 1983, La ley concursal N° 24.522 de 1995 y las reformas parciales de las Leyes N° 25.563 y N° 25.589 de 2002, la Ley N° 25.972 de 2004 y la Ley N° 26.684 del 1º de junio de 2011.

El primer problema que se plantea es que, habiendo desaparecido la figura del deudor no comerciante concursado civilmente, es necesario interrogarse si podría interpretarse que ha operado la derogación de la 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 ...”<sup>191</sup>.

En nuestra opinión se ha operado la derogación de la figura por inexistencia del sujeto activo habilitado para cometer el injusto, porque la calidad especial de sujeto activo, no admite su extensión a quienes - por vía de analogía prohibida – carecen de la calidad de deudor no comerciante y se encuentre concursado civilmente<sup>192</sup>. Un sujeto que no reúna estas condiciones y que realice cualquiera de los actos

<sup>191</sup> CARRERA, Daniel P., “Delitos vinculados a la quiebra”, Jurisprudencia Argentina, 1988-II, 517.

<sup>192</sup> En la misma posición se puede consultar: D’ALESSIO, Andrés J. - DIVITTO, Mauro A., “Código Penal comentado y anotado”, T. II, La Ley, Buenos Aires, p. 537; ídem TERRAGNI, Marco A., “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial -I-”, T.II, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 711; ídem ANAYA LAJE, Justo, “Quebrados y otros deudores punibles”, Depalma, Buenos Aires,

descriptos en el art. 176 podría ser condenado por alguna de las figuras defraudatorias previstas por el art. 173 del CPen 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.

Sin embargo, Ledesma, postula lo contrario, en porque interpreta que al igual que el tipo penal del art. 176 cuando hace referencia al comerciante declarado en quiebra, se esta mencionado la ley de concursos y quiebras vigente, del mismo modo, se hace extensivo a los no comerciantes, y refuerza su argumento en base a que para excluir a los concursados por el hecho que carezcan de la condición de no comerciantes, cuando están contemplados en una ley especial, parece excesivo porque no constituye un requisito del tipo<sup>193</sup>

El fundamento radica en que con la sanción de la ley 11.719 que en su artículo 1º autorizaba la aplicación de los procedimientos de quiebra a los no comerciantes en determinadas condiciones, la doctrina consideró que el deudor no podía ser sujeto activo del delito –como así tampoco del art. 176- por no ser comerciante y quedaba al margen de la previsión legal. Con lo que se llegó a consagrar una verdadera laguna legal, y para subsanarla incluso se llegó a apelar a la solución de que en éste caso los deudores podrías ser posibles autores de defraudación<sup>194</sup>.

Para enmendar éste problema la ley 19551 alcanzó a superar el debate, aclarando que “cuando la ley utiliza los vocablos quiebra o concurso mercantil y quebrado o fallido, ha de entenderse que se refiere, respectivamente al concurso civil y al concursado”. Pero la ley 22.297, derogó el artículo y por consiguiente la ley resulta aplicable a todos los sujetos concursales sean comerciantes o no, por lo tanto, los concursos civiles no existen más y la quiebra se declara también a los no comerciantes. La situación se corrobora con la ley 24.522 (modificada por la ley 26.086) pues en su artículo 2 no hace diferencia entre los comerciantes o empresarios respecto de otras personas físicas.

Por ello la doctrina, sostiene que si el código penal remite en forma expresa o implícitamente a una ley que es derogada –la 19.551, hoy cabe aclara derogada- debe entenderse que la remisión queda hecha a la nueva ley, salvo que plantee una incongruencia tan importante que quite todo sustento a la ley que remite.

Concretamente, éste desajuste, entre la ley comercial y la ley penal puede resultar aparente, si se interpreta en el sentido de que la finalidad del legislador no se desvirtúa por el hecho de que en virtud de la legislación concursal vigente hayan desaparecido las categorías de concursos comerciales y civiles, por lo que el régimen legal de los concursos se aplica tanto al que es comerciante como al que no lo es, y en relación a éste último, en la medida en que hubiere cometido o cometiere -antes o después de la declaración judicial de concurso- algunos de los actos que menciona el artículo 176, resulta acuerda la norma del art. 179 1º párrafo.

No podemos objetar esta posición - sin dejar de recurrir a los argumentos de Favarotto<sup>195</sup> – que con claridad apunta a que el concurso civil fraudulento “... se halla tácitamente derogado[porque]es imposible dejar de considerar las normas extrapenales con se que se termina por conformar el injusto, siendo indispensable examinar la infraestructura jurídica del tipo a la luz de derecho concursal aplicable”.

En síntesis la observancia las reglas generales no agota la tarea de interpretación del sistema penal a partir de tan solo los tipos penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige mantener una unidad del sistema normativo y priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro

---

1967, p. 15; ídem ERBETTA. Daniel, “Código penal y normas complementarias. Analisis doctrinal y jurisprudencial”, V. 7, (Dir.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, p. 607

<sup>193</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, “Tratado de Derecho Penal- Parte Especial”, T. IV, 3ª edición actualizada por Guillermo Ledesma, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 188: ídem CREUS, Carlos, “Quebrados y otros deudores punibles”, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 189.

<sup>194</sup> UCHA, Antonio, “Las sanciones en la quiebra. Legislación comercial y penal. Doctrina y jurisprudencia”, Ed. UNL, Santa Fe, 1941, p. 234

<sup>195</sup> FAVAROTTO, Ricardo S. en “Código Penal. Comentado y Anotado”, T. II, (Dir.) Marcelo Riquert, 1ª edición, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 1531

homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”<sup>196</sup>.

## 2. Antecedentes

Los antecedentes se encuentran en forma incipiente en el código Tejedor, en el código de 1881, en el código de 1886 y el Proyecto de 1891. Es el proyecto de 1906, el que consigna el texto actual. El proyecto de 1917 lo conserva y luego pasa al código de 1921.

En cuanto a las propuestas de reforma, en los proyectos Coll — Gómez de 1937 (art. 239), Peco de 1941 (art. 161), Soler de 1960 (art. 231) y Soler y otros de 1979 (art. 237), el concurso civil fraudulento aparece plasmado de la misma manera, aunque con ligerísimas variaciones gramaticales.

En cambio, los proyectos De Benedetti de 1951 y Levene (h) y otros de 1953 lo suprimen. El Anteproyecto de 2006 no contiene una norma semejante, porque lo que se sancionan son las insolvencias del deudor que frustrase el cumplimiento de sus obligaciones por maniobras defraudatorias o, cuanto mínimo, por acciones imprudentes o negligentes (arts. 182 y 183, en ese orden), con prescindencia no sólo de la declaración de quiebra —que únicamente cumple una función agravatoria de la primera de esas figuras—, sino también de la diferencia entre deudores comerciantes y no comerciantes.

## 3. Figura legal

El artículo 179 impone pena de prisión de uno a cuatro años, al deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el artículo 176.

## 4. Tipo objetivo

Para Vázquez Irizubieta se mantiene en este delito la exigencia de la condición objetiva de punibilidad que, sin integrar el tipo penal debe dudarse que integra al delito como uno de sus elementos: se trata de una declaración judicial, que consiste en el concurso civil de acreedores que debe encontrarse consentido o ejecutoriado<sup>197</sup>

Por su parte, Fontán Balestra extiende a la condición objetiva de punibilidad a la apertura del concurso civil pues reemplaza a la declaración de quiebra del art. 176, con las mismas exigencias señaladas para aquella<sup>198</sup>

En cambio, Buompadre, entiende que la declaración de concurso civil es un elemento del tipo, su inexistencia lleva a la impunidad de los actos del deudor<sup>199</sup>

### 4.1. Sujetos

Como lo planteamos desde el inicio, estamos en presencia de un sujeto activo calificado, o especiales, aquellos delitos que sólo pueden ser cometidos por los sujetos que reúnan las calidades especiales previstas en el tipo penal. De este modo, a diferencia de lo que ocurre en los delitos comunes, en los especiales no cualquier persona puede ser autor. En este delito, la calidad especial del sujeto activo es determinante para la existencia del delito, de manera que, en ausencia de la misma, la conducta sería atípica, por ejemplo, el deudor no comerciante declarado en quiebra queda fuera de la represión penal<sup>200</sup>.

Mientras que sujeto pasivo sigue siendo la masa de acreedores<sup>201</sup> pero concursales.

---

<sup>196</sup> CSJN, Fallos, 331:858, considerandos 6° y 7°

<sup>197</sup> VAZQUEZ IRIRUZBIETA., Carlos, “Código penal comentado”, T. III, Plus Ultra, Buenos Aires, 1970, p. 452

<sup>198</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, “Tratado de Derecho Penal- Parte Especial”, T. IV, 3ª edición actualizada por Guillermo Ledesma, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 189;

<sup>199</sup> , Jorge E., “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”, V. 2, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 403

<sup>200</sup> VAZQUEZ IRIRUZBIETA., Carlos, “Código penal comentado”, T. III, Plus Ultra, Buenos Aires, 1970, p. 453.

<sup>201</sup> D’ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., “Código Penal comentado y anotado. Parte especial” T. II, 2ª edición, La Ley, Bs. As, 2009, p. 800;

## 4.2. Acción típica

La norma castiga a quien realiza alguna de las acciones prevista en el art. 176 para defraudar a los acreedores. Por lo tanto antes o después de la apertura del - hoy inexistente - "concurso civil", ya que el tipo penal habla en sus verbos "hubiere cometido o cometiere"<sup>202</sup>, con lo cual el deudor no comerciante ejecuto la simulación o supuso deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; o sustrajo u ocultó alguna cosa que correspondiere a la masa; y, por ultimo, concedió ventajas indebidas a cualquier acreedor. ;e resulta imposible el inciso 2º del art. 176 en la medida que no cabe hablar de masa de los bienes en un concurso preventivo.

Debe quedar claro que el reproche punitivo no se extiende al obrar negligente del art. 177 aplicable al quebrado culposo, sumado a queda fuera del alcance los actos dolosos o culposos previsto dentro del art. 178, en tanto al no forman parte de la prohibición de para el deudor no comerciante.

De acuerdo a los antecedentes legislativos se llega a la norma del código penal de 1921, que el legislador incorpora en forma específica referida al deudor no comerciante, habida cuenta que dentro de los tipos penales de los arts. 176 y 177 no quedaban comprendidos. Pero la regulación del concurso civil era hecha por los códigos procesales provinciales que preveían para el deudor no comerciante, un procedimiento concursal especial, denominado concurso civil al que se refirió el apartado primero del art. 179, ya que los actos del deudor, para quedar comprendidos en dicha manda, tenían que incidir en el procedimiento, y el tipo se completaba cuando el deudor se encontraba concursado civilmente, lo que se daba a partir de la apertura del concurso y ocurría cuando adquiría firmeza el auto que lo disponía, dictado por el juez a instancias del mismo deudor o de los acreedores<sup>203</sup>.

## 5. Tipo subjetivo

Se requiere un dolo directo porque es preciso que la concurrencia de un "animus nocendi" [propósito de dañar o perjudicar] y la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio<sup>204</sup>. Para quienes sostienen el dolo directo<sup>205</sup>, interpretan que se exige el conocimiento efectivo de los elementos objetivos del tipo y una intención de defraudar a los acreedores<sup>206</sup>

A ello se acopla un elemento subjetivo de de tendencia, como lo define Creus, o una ultraintención típica como lo hace Ebertta, consistente en el designo que gobierna la totalidad de la voluntad del concursado esta guiada para defraudar a los acreedores<sup>207</sup>.

Esta distinción se ubica en la forma lingüística que distingue la figura en análisis con la quiebra fraudulenta, ya que la primera se ejecuta en fraude a sus acreedores (art. 176 CPen) mientras que para defraudar a sus acreedores (art. 179, primer párrafo del CPen) hace referencia la voluntad ultra actividad destinada a producir un menoscabo, que puede ser para algunos concreto y otros potencial, como veremos seguidamente.

## 6. Consumación y tentativa

Se discute si estamos en presencia de un delito de resultado o de peligro concreto, porque en el primero de los supuestos la consumación queda condicionada a la completa realización de la conducta descrita en el tipo del art. 176 del CPen, sumado a la producción de un resultado material, como

---

<sup>202</sup> D'ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., "Código Penal comentado y anotado. Parte especial" T. II, 2ª edición,. La Ley, Bs. As, 2009, p. 800; GRISSETTI, Ricardo A. - ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., "Código Penal de la Nación. Comentado y anotado", T. IV, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 712; entre otros

<sup>203</sup> CREUS, Carlos, "Quebrados y otros deudores punibles", Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 160; ídem FIGARI, Rubén, "Delitos de índole patrimonial", T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, ps. 508/510

<sup>204</sup> GRISSETTI, Ricardo A. - ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., "Código Penal de la Nación. Comentado y anotado", T. IV, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 712

<sup>205</sup> D'ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., "Código Penal comentado y anotado. Parte especial" T. II, 2ª edición,. La Ley, Bs. As, 2009, p. 810.

<sup>206</sup> ARCE AGGEO, Miguel Á.- BAÉZ, Julio C.- ASTURIAS, Miguel Á., "Código Penal. Comentado y Anotado", 2ª edición actualizada, Cathedra jurídica, CABA, 2019, p. 1039

<sup>207</sup> ERBETTA, Daniel, "Código penal y normas complementarias. Analisis doctrinal y jurisprudencial", V. 7, (Dirs.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, p. 607

consecuencia del obrar del autor debe producir un menoscabo concreto y real de orden patrimonial a la masa de acreedores.

En cambio, quienes sostiene que se trata de una conducta de peligro de riesgo no requiere los actos de perjuicio concreto en la medida que se trata de conductas para defraudar, por lo que requiere como resultado la proximidad de una concreta lesión al bien jurídico. De allí que serán circunstancias conocidas o cognoscibles por el autor del hecho en el momento de su comisión, y si era previsible la causación de un resultado lesivo para el conjunto de los bienes que componen la masa de acreedores del deudor civilmente concursado no comerciante.

Paralelamente se ha entendido que la consumación del delito de que se trata puede darse cuando se está hablando de actos anteriores al concurso, en el momento en que queda firme la resolución de apertura del concurso preventivo o de quiebra y cuando se trata de actos posteriores en el momento en que el acto se ejecutó. La tentativa es posible en ambas hipótesis<sup>208</sup>.

## **7. Insolvencia fraudulenta (párr. 2º)**

### **7.1. Introducción**

El delito de insolvencia fraudulenta previsto en el artículo 179, 2º párrafo del CPen, es una figura que suele ser tratada ligeramente en la literatura penal, en comparación con otros delitos del mismo título y capítulo.

La insolvencia implica una situación de escasez de recursos. Como consecuencia de ella, los acreedores sufren, en el mejor caso, una postergación en el cobro de sus créditos y, en el peor, una disminución o un aniquilamiento sus créditos.

Esta situación de hecho afecta el derecho de propiedad de los acreedores que está protegido por el artículo 17 de la Constitución Nacional (art. 17) y por los instrumentos internacionales (art. 21 de la CADH). La Corte Suprema destacó que el derecho de propiedad comprende la protección del crédito en el caso “Sociedad Comercial del Plata”<sup>209</sup>. La causa del crédito muestra qué derecho constitucional está afectado y la naturaleza del derecho no cambia ante la insolvencia del deudor. En este sentido, los créditos de los acreedores laborales tienen su causa, en general, en salarios impagos, despidos arbitrarios y enfermedades y accidentes.

Ante la insolvencia del deudor, adquieren particular importancia puesto que se trata de un escenario particularmente hostil: no todos los acreedores obtienen la satisfacción integral o siquiera parcial de sus créditos y, en definitiva, el goce de sus derechos.

Vale recordar que los derechos de los acreedores no se frustran por supuestos de insolvencia real, sino por la simulación de insolvencia.

El delito de insolvencia fraudulenta, previsto en el artículo 179, inciso segundo del Código Penal, consiste en frustrar maliciosamente, en todo o en parte, mediante alguno de los seis modos comisivos que describe el tipo los derechos crediticios de uno o más acreedores, ejercidos en juicio. Es decir, que ello debe ocurrir durante el curso de un proceso, o después de una sentencia condenatoria.

En principio es un delito de autolesión porque el significado ilícito radica en la frustración del cumplimiento de una obligación civil de dar cosas o sumas de dinero<sup>210</sup> mediante alguna de las modalidades comisivas auto incapacitando el propio patrimonial del deudor (sujeto activo), es decir, de una insolvencia propiamente dicha que, a su vez y en función de la propia letra de la norma, debe concretarse mediante una acción ejecutada por el autor a través de los medios comisivos expresamente previstos (“destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuir su valor”), durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria

---

<sup>208</sup> CREUS, Carlos, “Quebrados y otros deudores punibles”, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 162 y ss.

<sup>209</sup> CSJN, Fallos: 332:2339

<sup>210</sup> BACIGALUPO, Enrique, “Estudios jurídico—penales sobre insolvencia y delito”, Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 97; CREUS, Carlos, “Derecho penal. Parte especial”, t. 1, 3º edición, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 577

Ahora bien, nadie desconoce que cualquiera de nosotros puede usar y disponer de su propiedad a su antojo, la insolvencia fraudulenta opone un claro límite a esas potestades, al consagrar un deber de abstención de determinados actos que debilitan el patrimonio<sup>211</sup>.

El interrogante que debemos formular es si existe un deber genérico de todo titular de un patrimonio de preservarlo.

En principio si el patrimonio se erige en la prenda común de los acreedores. De ello puede extraerse un deber genérico de cuidado del deudor, pues el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad también genera un deber legal: mantener y conservar el patrimonio frente a los demás, al menos dentro de ciertos límites de intangibilidad o integridad.

De hecho, se ha dicho que la incorporación de ésta figura se debió a la idea de acentuar la protección de los derechos patrimoniales de los acreedores que, frente a una situación de litigio judicial, verían frustrados sus legítimos derechos e intereses a satisfacer sus créditos por una acción de insolvencia procurada maliciosamente por el deudor, comportamiento que difícilmente podría haber quedado abarcado en la dinámica comisiva de los otros tipos penales previstos entre los delitos contra la propiedad<sup>212</sup>.

Lo hasta aquí expuesto determina, a su vez, que el fundamento de la ilicitud de la conducta prohibida por la norma bajo análisis no se circunscriba per se a la falta de cumplimiento en tiempo oportuno de una obligación civil respecto de la cual medie sentencia firme; pues, para la configuración del comportamiento típico es además requisito ineludible que la frustración de la obligación por parte del autor, y el consecuente perjuicio patrimonial del acreedor, deban hallar explicación causal y normativa (imputación objetiva) en alguna de las acciones expresa y taxativamente descriptas en la figura. Lo contrario importaría convertir en delito a un mero incumplimiento de una obligación civil.

## 7.2 Antecedentes

Los orígenes de la presente disposición se pueden encontrar ya en el código Tejedor. El código de 1881 utilizaba la palabra “alzamiento” en su texto. El código de 1886 también contemplaba el alzamiento. En el proyecto de 1891 observa una redacción similar al código de 1886 aunque con algunas diferencias idiomáticas. La figura no es abordada por los proyectos posteriores ni el por código de 1921, y reaparece recién con los caracteres actuales en la ley 17.567 que lo consideraba como un delito dependiente de instancia privada.

Tal como se encuentra su redacción actual, fue introducida al ordenamiento penal argentino por medio de Decreto Ley 17567 del año 1968, con la finalidad de realzar la protección de la incolumidad del patrimonio como prenda común de los acreedores, que en un proceso judicial ven frustrado su legítimo derecho a cobrar sus acreencias, con motivo de la situación de insolvencia procurada de forma maliciosa por el deudor demandado.

La comisión redactora originaria estuvo integrada por Soler, Fontan Balestra y Aguirre Obarrio, quienes en la exposición de motivos explicaron que con la nueva figurase pretende cubrir un vacío legal, toda vez que se tipifica una forma gravísima de inconducta que ciertamente rebasalos límites de una mera deslealtad procesal, para asumir verdaderos caracteres de fraude, pues consiste en disminuir maliciosamente o en hacer aparecer como disminuido un patrimonio, frustrando así, el cumplimiento de una obligación demandada o en vías de ejecución.

El Proyecto de 1979 a la vez que duplica la penalidad, tanto del piso como del tope de la escala sancionatoria, fijándola de uno a seis años de prisión (art. 239), suprime la específica alusión a las “obligaciones civiles”, quedando genéricamente tipificada la frustración, total o parcial, del cumplimiento de las correspondientes obligaciones (sin más).

Soler y los demás autores del proyecto de Código Penal de 1979 (doctores Cabral, Aguirre Obarrio y Rizzi) ubican la insolvencia fraudulenta, fuera del título de delitos contra la propiedad, entre los que se

---

<sup>211</sup> PÉREZ LANCE, Adrián, “Insolvencia fraudulenta”, en AA.VV. “Delitos contra la propiedad”, (Dir.) Luis F. Niño, director, T. 2, Ad Hoc, Buenos Aires, 2011, p. 931

<sup>212</sup> BUOMPADRE, “Insolvencia fraudulenta”, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 1-2; ídem citado por FIGARI, tomo II, p. 515

agrupan con la nueva denominación de "Delitos contra la confianza pública y la buena fe en los negocios", en el tít. VIII, del Libro II, cap. I, art. 239 del proyecto de referencia, sin que se den mayores explicaciones en la exposición de motivos, en la que se señala que el material agrupado bajo el tít. VIII "... muchas de cuyas figuras no resultan bien caracterizadas bajo el título de delitos contra la propiedad". Anotamos que la diferencia esencial del proyecto es la supresión de la caracterización de "civiles" para las obligaciones cuyo cumplimiento se frustra, lo que permitía, de adoptarse tal forma, extender el área de protección a lo administrativo, fiscal y previsional, según nuestra opinión <sup>213</sup>.

La ley 20.509 mantuvo el precepto, pero le dio el carácter de delito de acción pública. La ley 21.338 también conservó la norma de insolvencia fraudulenta, devolviéndole la forma de delito dependiente de instancia privada. Por último la ley 23.077 lo restituye como de carácter público.

Por otro lado, el Anteproyecto de 2006 enmarca dentro de los "Delitos contra la propiedad y el orden económico" (título séptimo), a las "Insolvencias punibles" (capítulo octavo), incluyendo tanto la insolvencia fraudulenta (art. 182), como la culposa (art. 183).

Y el Anteproyecto de 2013 lo ubica dentro de los delitos contra el patrimonio - Título VII - en el Capítulo X, bajo la denominación de insolvencias punibles, en el artículo 156 respetado sustancialmente la estructura del actual artículo 179, segundo párrafo, aunque no se requiere que efectivamente se frustre el cumplimiento de la obligación.

Por último, Anteproyecto de 2018 reformula la norma punitiva en el artículo 182, aumenta la pena de un mes a seis años de prisión, para aquel deudor que frustrare el cumplimiento de sus obligaciones 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.

### **7.3. Bien jurídico protegido.**

De hecho, estamos en presencia delito pluriofesivo<sup>214</sup>, porque el bien jurídico tutelado - primordialmente - es la propiedad del acreedor, traducida en la expectativa del cobro de su crédito, pero se agrega a partir de referencia temporal ( "...el que durante el curso de un proceso", especialmente "...después de una sentencia condenatoria...") también resguarda otros bienes jurídicos: la protección de la buena fe procesal, y en algunos casos, además, de la autoridad de las decisiones judiciales supletoriamente<sup>215</sup>.

La propia figura marca la orientación principal para determinar la clase de proceso de que se trata. La referencia a las 'correspondientes obligaciones civiles' como objeto de la 'frustración' indica claramente que como consecuencia del 'proceso' a que alude debe ser posible un resultado consistente en una sentencia condenatoria que verse sobre el cumplimiento de 'obligaciones civiles'. En otras palabras, el 'proceso' debe contener la petición de que alguien sea condenado a cumplir una obligación civil y, además, una sentencia en tal sentido debe ser técnicamente (procesalmente) posible<sup>216</sup>.

Todo ello, dentro de la idea primordial de la existencia de situaciones que llevan aparejada la posibilidad de incidir fuertemente de modo perjudicial sobre intereses ajenos, así como de que el delito de insolvencia fraudulenta aquí considerado se caracteriza, por tratarse de supuestos de gestión

---

<sup>213</sup> SOLER, AGUIRRE OBARRIO, CABRAL, RIZZI, "Proyecto Código Penal", Buenos Aires, 6/11/79, publicación del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 1980

<sup>214</sup> DONNA, Edgardo A., "Derecho Penal - Parte Especial", T. II-B, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, pp. 783 y ss; ídem URE, Ernesto J., "Once nuevos delitos", La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 32

<sup>215</sup> BACIGALUPO, Enrique, "Cuestiones relativas a la quiebra fraudulenta y otros delitos concursales," en Estudios jurídicos penales sobre insolvencia y delito, Depalma, Bs. As., 1970, p. 88/89; ídem CREUS, Carlos, "Quebrados y otros deudores punibles", Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 193; ídem

<sup>216</sup> Así lo reconoce la jurisprudencia española en, la STS 14/05/2003 ha venido a resaltar la dimensión procesal de las insolvencias, afirmando que "el bien jurídico protegido es el mismo en todas las modalidades de insolvencia: la garantía de que goza toda acreedor de ejecutar y hacer efectivo su crédito de incumplimiento, contra el patrimonio del deudor, conforme al artículo 1911 del Código Civil. Es el derecho a no impedir u obstaculizar que tal ejecución logre plena efectividad lo que la ley penal trata de salvaguarda"

fraudulenta, "por el abuso de los poderes que una persona tiene respecto de una gestión sobre bienes propios o ajenos, de los que se deriva daño o peligro para intereses patrimoniales de otro"<sup>(217)</sup>.

No es otro que la propiedad, pues, el bien jurídico preponderante que se protege mediante la configuración establecida por el art. 179, 2° párrafo, del Cód. Penal. Y por ello el delito así tipificado se encuentra en el Título VI del Libro segundo, de los Delitos contra la Propiedad. Aun cuando, por supuesto, como ya se anunciara, también se proteja de ese modo la autoridad de las decisiones judiciales.

Sin embargo esta postura no es unánime.

Por estar ubicado el tipo legal en el capítulo "Quebrados y otros deudores punibles del Código penal", hay quienes ven por propósito proteger incolumidad del patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores, a fin de que éstos puedan cobrar sus deudas ejecutando los bienes que lo componen y la tutela, es la futura propiedad de los acreedores con ostensible derecho a cobrar sus acreencias.

De allí que la propia CSJN ha dicho que "el tipo penal descrito en el art. 179 del código penal no protege la administración de justicia, sino los intereses patrimoniales del acreedor"<sup>218</sup>.

Buompadre<sup>219</sup>, parte de la idea que la mera insolvencia no puede fundamentar la intervención penal, ni siquiera cuando va acompañada de irregularidades civiles o mercantiles, sin que sólo es punible en la medida en que frustre el cumplimiento de una obligación civil, porque la protección penal debe apuntar a la propiedad de los acreedores cuyos derechos se ven afectados por la conducta maliciosa del deudor sobre su propio patrimonio. Por lo tanto, concluye este autor, el bien jurídico protegido es el patrimonio del acreedor o su derecho a la satisfacción de su crédito.

Ebertta, coincide con esta postura y también (de modo indirecto pretende) protege las normas y principios de los concursos, en el caso de al insolvencia fraudulenta se pretende incriminar las lesiones patrimoniales derivadas de incumplimiento maliciosos a las obligaciones derivadas de la sentencia, lo que el bien jurídico queda esencialmente conformado por la propiedad<sup>220</sup>.

#### **7.4. Tipo objetivo**

Señala la doctrina que el significado ilícito de la figura de insolvencia procesal fraudulenta radica en la frustración del cumplimiento de una obligación civil de dar cosas o sumas de dinero<sup>221</sup>, como consecuencia de una auto incapacidad patrimonial del deudor, es decir, de una insolvencia propiamente dicha que, a su vez y en función de la propia letra de la norma, debe concretarse mediante una acción ejecutada por el autor a través de los medios comisivos expresamente previstos ("destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuir su valor"), durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria. Donna explica que la insolvencia fraudulenta es un delito que se da en el seno de la libre administración de los bienes propios<sup>222</sup>.

En realidad al describir la tipicidad objetiva, la norma de referencia analizada contempla dos situaciones procesales en las que podría tener lugar la realización delictiva; i) cuando el deudor (demandado) se insolvente para frustrar los derechos del acreedor (demandante) durante el trámite del proceso; y ii) cuando lo hace con posterioridad al dictado de la sentencia condenatoria.

En tal sentido resulta menester recordar que la figura penal bajo examen, tal como está redactada la fórmula legal, tiene unas particularidades, esto es, que contiene un doble juego de relaciones: i) de causalidad entre la actuación sobre los propios bienes y la insolvencia; y ii) de finalidad entre la incapacidad económica autoprovocada y la postrer frustración del cumplimiento de las obligaciones

---

<sup>217</sup> PÉREZ LANCE, Adrián, "Insolvencia fraudulenta", en AA.VV. "Delitos contra la propiedad", (Dir.) Luis F. Niño, director, T. 2, Ad Hoc, Buenos Aires, 2011, p. 931

<sup>218</sup> CSJN, Competencia N°755, L. XXXVII in re "Kasimis, Andrés Sócrates s/insolvencia fraudulenta", rta. el 7/05/2002, en el dictamen del Procurador Gral.

<sup>219</sup> BUOMPADRE, Jorge E., "Insolvencia fraudulenta", Astrea, Buenos Aires, 2002, p.8.

<sup>220</sup> ERBETTA, Daniel, "Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", V. 7, (Dir.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, p. 613.

<sup>221</sup> CREUS, Carlos, "Derecho penal. Parte especial", t. 1, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 577

<sup>222</sup> DONNA, Edgardo A., "Derecho Penal - Parte Especial", T. II-B, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, pp. 783 y ss

civiles resultantes del fallo firme. Lo que termina de definir la ilicitud no es tanto la insolvencia del demandado que, a pesar de ser fraudulenta, resultaría atípica si se cumplen temporáneamente las obligaciones reconocidas por la sentencia judicial, sino la frustración de éstas, convirtiendo al fallo en un decisorio jurisdiccional de carácter puramente declarativo.

La corriente mayoritaria señala que la insolvencia no es, pues, la conducta que el tipo tiene en su mira, sino la de frustrar. En cualquier caso, existe acuerdo en clasificarlo como delito de resultado cortado, donde la esencia del tipo es la realización de alguna de las acciones previstas para insolventarse, con el designio que, por derivación, se malogre el derecho del demandante sobre los bienes del deudor que garantizan su acreencia. Así tenemos entonces que, con meridiana claridad, el texto legal aludido establece otro requisito de ese ilícito, esto es, que el imputado con esa disposición maliciosa de sus bienes “..frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles” (art. 179 CPen segundo párrafo in fine).

#### **7.4.1. Sujetos del delito**

El sujeto activo “...puede ser cualquiera que se encuentre en la situación típica, esto es, el deudor de la obligación (...) lo que define la condición de sujeto activo es la calidad de deudor demandado en un proceso o condenado por una sentencia al cumplimiento de obligaciones civiles”<sup>223</sup>. Es decir, no cualquiera puede ser autor de este delito, se trata de un tipo especial propio, en tanto sólo el deudor notificado de la demanda reúne las características requeridas para la comisión del ilícito

Por ello solo será autor del delito, el deudor demandado, ya sea por obligaciones derivadas de responsabilidad contractual, extracontractual o por actos ilícitos; aunque también podrían serlo el fiador, el garante, el asegurador y el tercero civilmente obligado, en tanto sean citados a responder como tales en el proceso.

Parte de la doctrina menciona como posibles autores del delito al deudor de la obligación, incluyendo al fiador y al mandatario<sup>224</sup>; sólo al deudor<sup>(225)</sup>; a cualquier persona responsable por una obligación civil<sup>226</sup>, así como al tercero civilmente responsable en el proceso penal<sup>227</sup>. Con respecto al apoderado judicial o al apoderado que administra pero no representa en juicio, quedan abarcados por las reglas de la participación criminal. En caso de reconvención, ambas partes pueden cometer el delito, porque son recíprocamente actores y demandados<sup>228</sup>.

La condición de comerciante es irrelevante a la hora de la realización de la conducta típica, porque alcanza con que ostente la calidad de deudor de una obligación de carácter patrimonial y de propietario de los bienes que constituyen el objeto material del delito. Porque – como bien dice Buompadre<sup>229</sup>– “la calidad de comerciante únicamente podrá tener influencia a los fines de la individualización de la pena” .

Sujeto pasivo es el titular de la obligación civil demandada judicialmente, o lo que equivale al acreedor titular de la obligación civil cuyo cobro se reclama judicialmente porque con anterioridad no pudo cobrar su acreencia; en tanto que sujeto activo, es el deudor demandado y propietario de los bienes que constituyen el objeto material del delito y reviste tal condición, asimismo, el fiador, garante y codeudor solidario.

#### **7.4.2. Acción típica**

---

<sup>223</sup> ERBETTA, Daniel, “Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, V. 7, (Dirs.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 457, p. 615 y ss

<sup>224</sup> CREUS, Carlos- BUOMPADRE, Jorge E., “Derecho Penal. Parte Especial”, T. 1, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 606.

<sup>225</sup> SOLER, “Derecho Penal Argentino”, T. IV, Tea, Buenos Aires, 1992, p. 516

<sup>226</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, “Tratado de Derecho Penal- Parte Especial”, T. IV, 3ª edición actualizada por Guillermo Ledesma, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 188

<sup>227</sup> NAVARRO, Guillermo - RIZZI, Anibal, “El delito de quiebra”, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 144

<sup>228</sup> BUOMPADRE, Jorge E., “Tratado de derecho penal. Parte Especial”, T. 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 404

<sup>229</sup> BUOMPADRE, Jorge E., “Insolvencia fraudulenta”, Astrea, Buenos Aires, 2002, p.17.

### **a) Presupuesto típico.**

Previamente, para que se pueda dar la acción típica –frustración del crédito medio de una insolvencia- se requiere un presupuesto básico, cual es la preexistencia de una obligación civil patrimonial que nace de relaciones en el derecho privado y regulada por el código civil y comercial, aún cuando uno de los sujetos de la relación sea un ente público o privado siempre que él actúe como el sujeto de relaciones privadas.

La acción del sujeto activo debe recaer sobre bienes en un sentido amplio <sup>230</sup>, Soler cree que el objeto son cosas y bienes. Vázquez Iruzubieta<sup>231</sup> define al objeto de la acción como comprensivo también de títulos créditos y valores. No obstante, no cualquier venta u ocultación alcanza al delito sino aquella que busque frustrar el pago al acreedor<sup>232</sup>.

Tal obligación reviste vital importancia en el proceso porque permite a las restantes partes conocer la delimitación de su perjuicio.

Concordantemente, que el delito presupone la existencia de una relación jurídica crediticia válidamente constituida entre el deudor y el acreedor, de modo tal que sin esa vinculación jurídica obligacional previa no podrá hablarse de delito, lo que implica que sin la previa relación de derecho entre los sujetos activo y pasivo no existe la insolvencia fraudulenta.

Debe entenderse como todas aquellas obligaciones civiles que surjan de convenciones, actos lícitos o ilícitos que generen la obligación de indemnizar o relaciones civiles de cualquier carácter, pero únicamente impuestas por una sentencia condenatoria. De hecho se debe delimitar el concepto de “obligaciones civiles”, pues cuando la ley califica a la obligación de civil, cuyo cumplimiento se frustra, se alude a su naturaleza jurídica y no a una referencia a la especie de proceso en que se debate su existencia. Si el o los actos que produjeron la insolvencia ocurrieron después de una sentencia condenatoria, debe tratarse, como se expresa en la norma, de una sentencia que condene al deudor al cumplimiento de una obligación civil. Esta obligación debe ser de dar cosas o sumas de dinero<sup>233</sup>, por que las de hacer o no hacer (arts. 773 al 772 del CPCCN) no son susceptibles de ser malogradas<sup>234</sup>, aunque algunos<sup>235</sup>, adhieran que por vía indirecta, también quedarían comprendidas, en la medida que puedan ser fuente de resarcimiento patrimonial.

El delito requiere – además - la promoción por parte del acreedor de una acción judicial tendiente a obtener el cumplimiento de la obligación civil que aquél ha contraído. Sin proceso judicial en marcha no puede haber delito; menos aún, autor en sentido penal. Sujeto pasivo es el acreedor titular de la obligación civil demandada judicialmente<sup>236</sup>

### **b) Elemento circunstancial temporal**

El tipo penal contempla un elemento circunstancial de carácter temporal: la acción típica o conducta punible debe tener lugar durante el curso de un proceso (que tenga por objeto el cumplimiento de la obligación civil que el deudor no ha realizado voluntariamente) o después del dictado de una sentencia condenatoria (que reconoce la existencia de una obligación exigible

<sup>230</sup> NAVARRO, Guillermo R., “Fraudes”, Nuevo Pensamiento Judicial Editora, Buenos Aires, 1994, p. 75.

<sup>231</sup> Citado en NAVARRO, Guillermo R., “Insolvencia fraudulenta en el Código Penal y en la ley 13.944”, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1994, p. 52.

<sup>232</sup> CCC, sala VI, J.A. 1989-IV-151, ídem NAVARRO, Guillermo R., “Insolvencia fraudulenta en el Código Penal y en la ley 13.944”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1994, p. 90.

<sup>233</sup> FAVAROTTO, Ricardo S. en “Código Penal. Comentado y Anotado”, T. II, (Dir.) Marcelo Riquert, 1ª edición, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 1568. En contra de esta afirmación, Ure aduce que puede tartarse de cualquier obligación (URE, Ernesto J., “Once nuevos delitos”, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 35.)

<sup>234</sup> D’ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., “Código Penal comentado y anotado. Parte especial” T. II, 2ª edición, La Ley, Bs. As, 2009, p. 815; ídem BUOMPADRE, Jorge E., “ Insolvencia fraudulenta”, Astrea, Buenos Aires, 2002, p.45.

<sup>235</sup> CREUS, Carlos, “Quebrados y otros deudores punibles”, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 206; ídem URE, Ernesto J., “Once nuevos delitos”, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 36; ídem ERBETTA. Daniel, “Código penal y normas complementarias. Analisis doctrinal y jurisprudencial”, V. 7, (Dirs.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 619 y ss.

<sup>236</sup> ABOSO, Gustavo E.; “Código Penal comentado y concordado con jurisprudencia”, B de F Montevideo, Buenos Aires, 2012, p. 992.

disponiendo su cumplimiento). Estas son las dos situaciones procesales en las que puede tener lugar la realización delictiva. De modo que, para ser típicos los actos del sujeto activo deben ser llevados a cabo en el lapso que va desde inicio del proceso hasta que la sentencia en su etapa de ejecución, existiendo al respecto diversas interpretaciones en la doctrina en relación al momento en que debe entenderse que el proceso judicial está en curso.

Pero, además, el tipo exige elementos circunstanciales de tiempo como presupuestos del tipo: durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria.

En efecto, "...el delito requiere que la acción que producirá como resultado de la insolvencia se desarrolle durante el curso de un proceso o cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en él. Se trata de un requisito de orden temporal que no es alternativo, pues el momento inicial estaría en el comienzo del proceso y su final en el incumplimiento de la sentencia condenatoria..."<sup>237</sup>.

La expresión "durante el curso de un proceso" se refiere al "...proceso en que se discute el cumplimiento de la obligación en cuestión y en el que eventualmente recaerá la sentencia que la reconoce como exigible (...) La voz 'proceso' indica procedimiento judicial de cualquier naturaleza, pero su interpretación en el contexto del tipo debe vincularse a uno donde se exija el cumplimiento de obligaciones civiles, tanto por vía de juicio ordinario o ejecutivo"<sup>238</sup>.

En tanto "después de la sentencia condenatoria" ocurre luego de que se ordena dar cosas o sumas de dinero. Se trata de un pronunciamiento que impone una obligación de carácter civil al condenado y en tanto se encuentre en vías de ejecución.

Creus <sup>239</sup>, entiende en éste punto, que el proceso debe considerarse iniciado desde que la demanda del acreedor es admitida por el órgano jurisdiccional. Cuando se trata "después de la sentencia condenatoria", se refiere a aquéllas obligaciones de carácter civil impuestas por un pronunciamiento judicial.

Para Favarotto "...recién cuando la reclamación económica es oficializada, y su contenido personalmente al demandado, puede tener lugar la infracción punible"<sup>240</sup>

La mayor parte de la doctrina ha sostenido que tratándose de obligaciones civiles, es decir aquellas derivadas de relaciones de derecho privado de naturaleza propiamente civil o comercial, el proceso está en curso para el deudor desde el momento en que la demanda<sup>241</sup> le ha sido notificada, puesto que esta es la forma en que el deudor toma conocimiento de que se ha iniciado una acción civil en su contra, no bastando, por lo tanto, que la demanda sea admitida jurisdiccionalmente.

De modo que, debe existir una pretensión instaurada, siendo necesario que haya sido notificada fehacientemente al demandado; y mediante esta comunicación autosuficiente se pueda acreditar la existencia de conocimiento cierto del reclamo del acreedor por el deudor. Así, es que habiendo sido cumplimentada tal notificación válidamente en sus requisitos formales y sustanciales<sup>242</sup>, cobra virtualidad, los actos maliciosos descritos en el tipo, realizados por el deudor con el fin manifiesto de frustrar el cumplimiento de sus obligaciones.

Por otro lado, materia de medidas cautelares, la generalidad de la doctrina entiende que las mismas no ponen en curso un proceso, porque dice Buompadre, en la promoción de una medida previa, no se demanda el cumplimiento de la obligación civil, sino sólo la "preparación del proceso correspondiente"<sup>243</sup>. En contra de esta postura se alza Hendler, porque considera que el proceso puede

---

<sup>237</sup> NAVARRO, Guillermo R., *"Insolvencia fraudulenta en el Código Penal y en la ley 13.944"*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1994, p. 40

<sup>238</sup> ERBETTA, Daniel, *"Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial"*, V. 7, (Dir.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 619 y ss

<sup>239</sup> CREUS, Carlos, *"Quebrados y otros deudores punibles"*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 215

<sup>240</sup> FAVAROTTO, Ricardo S. en *"Código Penal. Comentado y Anotado"*, T. II, (Dir.) Marcelo Riquert, 1ª edición, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 1566.

<sup>241</sup> URE, Ernesto J., *"Once nuevos delitos"*, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 44.

<sup>242</sup> La jurisprudencia contraria nuestra afirmación al propugnar que la "no es necesario la notificación de la demanda ni mucho menos que haya existido un conocimiento efectivo de la inerposición de aquella" (CNCrim. y Corr., sala III, 9/07/1987 – "Romero, Alicia", La Ley, 1988- B, 136)

<sup>243</sup> BUOMPADRE, Jorge E., *"Insolvencia fraudulenta"*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p.45.

tener comienzo desde la interposición de la demanda civil, con el pedido de una medida precautoria o bien con la iniciación de la causa en sede penal <sup>244</sup>.

### **c) Medios comisivos**

Los medios comisivos son enumerados en la norma de forma taxativa y consisten en destruir, que es una pérdida grave e irreparable, es decir dañar totalmente, como por ejemplo: demoler una casa, quemar un vehículo; inutilizar, que significa deteriorar; dañar, que quiere decir menoscabar o perjudicar parcialmente; ocultar, que consiste en esconder (en este caso, sería impedir a los acreedores que adviertan la existencia de bienes del deudor) o hacer desaparecer, entendido como eliminar bienes del patrimonio del deudor tal es el caso de vender un automóvil cuyo remate ya se había dispuesto, o vender bienes en general. En todos los casos, se trata de actos materiales de disposición sobre los bienes propios que provocan una disminución del patrimonio del deudor.

Figaria <sup>245</sup> precisa que los actos frustratorios disminuyen el patrimonio del deudor mediante la destrucción, inutilización, daño, ocultación, o desaparición maliciosa de bienes que lo integran o porque disminuyen fraudulentamente el valor de ellos, de modo que la disminución patrimonial puede ser tanto real como simulada y por actos materiales o jurídicos. Los primeros cuatro actos son fundamentalmente materiales, en tanto que el de desaparición también lo puede ser por un medio material, sin dejar de lado que se pueda llevar a cabo mediante un acto jurídico. Los primeros producen disminuciones patrimoniales reales, el último puede representar una disminución simulada. La disminución fraudulenta del valor de los bienes es la última modalidad descrita por la norma y se produce por actos jurídicos que no representan necesariamente la desaparición de determinados bienes, sino que se ubica en un verdadero acto de fraude en perjuicio del acreedor, es decir, un engaño o simulación referida a la situación jurídica del bien, como sería la transferencia ficticia de la cosa o constituyendo un gravamen simulado sobre la misma, pero no es obstáculo para que el tipo se extienda a acciones que no siendo simuladas, hayan disminuido efectivamente el valor de los bienes y que tengan el carácter de fraudulentas por haber abusado el deudor de la situación que tienen respecto a ellos, ocultándoselas al acreedor.

Además, en relación a dichas conductas, se ha señalado que deben consistir en una actividad maliciosa, lo que responde a la finalidad de perjudicar el crédito del acreedor, esto es, al propósito de dañarlo en sus intereses patrimoniales. A su vez, el otro medio frustratorio previsto en la norma consiste en disminuir fraudulentamente el valor de dichos bienes. En relación a la exigencia de que se obre fraudulentamente, ésta, se refiere específicamente al propósito del autor de causar perjuicio a través de una maniobra habilidosa. Se ha señalado que "...representa un verdadero acto de fraude en perjuicio del acreedor, esto es, un engaño o simulación acerca de la situación jurídica del bien, por ejemplo, transfiriendo ficticiamente la cosa a un tercero, constituyendo simuladamente un gravamen sobre ella, etcétera"<sup>246</sup>

Cabe agregar que estamos en presencia de un tipo predominantemente comisivo <sup>247</sup>, pero no existe ninguna razón válida para que no puede producirse el resultado por omisión, por ejemplo, dejando morir la hacienda de hambre.

### **d) La frustración deliberada**

La conducta típica no puede ser la de insolventarse, porque puede haber casos en que se llegue a esa situación sin que se frustre el cumplimiento de la obligación (ej. si se logra que un tercero la atienda)

---

<sup>244</sup> HENDLER S., Edmundo, "El Delito de Insolvencia Fraudulenta", en "Doctrina Penal", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 766

<sup>245</sup> FIGARI, Rubén, "Delitos de índole patrimonial", T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, ps. 521 y ss.

<sup>246</sup> BUOMPADRE, Jorge E., "Insolvencia fraudulenta", Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 34.

<sup>247</sup> Para Erbetta solo es posible mediante conductas activas (<sup>247</sup> ERBETTA, Daniel, "Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", V. 7, (Dir.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 616)

o bien existen situaciones de insolvencia que no resulta punibles a este título (ej. el deudor que se insolventa antes del comienzo de la acción judicial).

De hecho, la conducta punible ni siquiera consiste en el mero incumplimiento de las obligaciones patrimoniales, esto es el pago o la negativa a satisfacer algo, que a derecho, se le deba a otra persona. No se castiga el incumplimiento contractual.

La frustración del cumplimiento de la obligación se produce cuando queda cercenada la posibilidad de lograr la satisfacción del crédito demandado, independientemente de la existencia de una sentencia condenatoria civil<sup>248</sup>.

Para adquirir virtualidad la figura del artículo 179 del Código Penal, madre de las otras modalidades de insolvencia, la acción que vendrá a frustrar el cumplimiento de la obligación debía, indefectiblemente, efectuarse en el curso de un proceso o cuando éste quede concluido con una sentencia condenatoria dictada contra de quien es autor de la acción<sup>(249)</sup>. Los actos fraudulentos deben ser ejecutados en un determinado momento. Ese momento, es el curso de un proceso o luego de una sentencia condenatoria. En consecuencia, la desaparición, disminución, etc., de bienes anteriores a la iniciación del proceso es atípica aun cuando el autor hubiera tenido en la mira la perspectiva de un proceso patrimonial preordenando de sustraerse a sus consecuencias patrimoniales.

La expresión “después de una sentencia condenatoria” hace referencia a una obligación civil exigible, consistente en dar una suma de dinero o cosa, por ello las obligaciones hacer o no hacer están excluidas del tipo penal por cuanto no pueden ser frustradas por los medios comisivos indicados

### ***e) Sentencia firme: ¿Condición objetiva de punibilidad o procedibilidad o elemento alternativo del tipo?***

Con arreglo al texto legal, la frustración puede acontecer antes o después de la sentencia condenatoria. Ahora la sentencia condenatoria firme o consentida opera – para algunos<sup>250</sup> - como una condición objetividad de punibilidad, porque independientemente que el deudor puede llevar a cabo los medios comisivos previstos en el tipo legal, lo trascendente radica en que la frustración se genere a consecuencia de la insatisfacción del crédito del acreedor.

Para Buompadre, opera como un elemento alternativo del tipo objetivo que queda abarcado por la culpabilidad del autor y que indica, claramente, en esa etapa temporal legalmente delimitada<sup>251</sup> y Favarotto<sup>252</sup>, es un elemento implícito del tipo penal, de carácter normativo, pues antes de la sentencia condenatoria firme el actor civil sólo tendrá una expectativa jurídica, mas o menos fundada, sobre los bienes del deudor.

Sin embargo, nos parece que esta postura es equivocada porque pierde sustento típico la sentencia civil condenatoria nula o rechazada la demanda o acusada la caducidad de instancia o declarada prescripta. Y igualmente manera pierde sustento típico en el supuesto que el deudor en legal tiempo y forma paga la sentencia, a pesar de haber efectuado actos propios de las modalidades de comisiva (léase: destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor). En este popurrí no falta – como Vázquez Iruzubieta <sup>253</sup>– interpreta que se trata de una cuestión prejudicial, en cuanto la materia de la resolución, aunque no a su forma, ya que la validez de la sentencia pueda ser ataca en sede penal por defectos extrínsecos.

---

<sup>248</sup>ABOSO, Gustavo E.; “Código Penal comentado y concordado con jurisprudencia”, B de F Montevideo, Buenos Aires, 2012, p. 992

<sup>249</sup> NAVARRO, Guillermo R., “Fraudes”, Nuevo Pensamiento Judicial Editora, Buenos Aires, 1994, p. 78.

<sup>250</sup> BACIGALUPO, Enrique, “Cuestiones relativas a la quiebra fraudulenta y otros delitos concursales,” en Estudios jurídicos penales sobre insolvencia y delito, Depalma, Bs. As., 1970, p. 88/89; ídem ERBETTA, Daniel, “Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, V. 7, (Dir.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 624.

<sup>251</sup> BUOMPADRE, Jorge E., “Insolvencia fraudulenta”, Astrea, Buenos Aires, 2002, p.53.

<sup>252</sup> FAVAROTTO, Ricardo S. en “Código Penal. Comentado y Anotado”, T. II, (Dir.) Marcelo Riquert, 1ª edición, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 1567.

<sup>253</sup> VAZQUEZ IRIRUZBIETA., Carlos, “Código penal comentado”, T. III, Plus Ultra, Buenos Aires, 1970, p. 459.

Para nosotros la sentencia condenatoria firme o consentida es una condición de procedibilidad porque la a verificación de la configuración de los elementos del tipo corresponde al juicio de tipicidad para la clasificación del hecho como punible; en tanto, que la verificación de los requisitos de procedibilidad se realiza con posterioridad a la realización al hecho punible, con el objeto justamente de habilitar el ejercicio de la acción penal, es claramente un acto posterior a la realización objetiva del tipo legal.

En esa línea, nos apoya la jurisprudencia al decir que “para que proceda la apertura de un proceso por insolvencia fraudulenta se requiere como condición previa la existencia de una sentencia firme que declare la exigibilidad de una obligación civil económicamente significativa susceptible de apreciación de dinero, por ello, la disposición patrimonial perjudicial no alcanza a consumarlo y no puede considerarse momento consumativo del delito, sí en cambio, cuando una sentencia civil lo obliga a pagar y, debido a la insolvencia maliciosa lograda por el deudor el crédito no puede ser satisfecho”<sup>254</sup>.

Así, nada impide que un deudor venda algo de su patrimonio, por un precio que razonablemente corresponda y en su patrimonio se mantengan los fondos provenientes de la operación. Lo inadmisibles es que salga el bien y no entre el dinero correspondiente<sup>255</sup>.

Al respecto, la jurisprudencia también tiene dicho que “...la insolvencia fraudulenta es un delito de resultado, en el cual el tipo penal se integra cuando, además de los actos tendientes a incumplir la obligación, se verifica la existencia de un fallo condenatorio firme que no es acatado, ya que solamente bajo esas circunstancias es dable predicar que se ha frustrado el cumplimiento de aquélla”<sup>256</sup>.

Precisamente, las acciones típicas que el sujeto ejecuta constituyen a la vez medios comisivos para la insolvencia cuyos efectos buscados apuntan a la frustración del cumplimiento de la obligación; siendo que debe además verificarse el nexo causal entre los actos de insolvencia del deudor y la imposibilidad del acreedor de ejecutar los bienes de aquél para satisfacer la obligación. Lo contrario, importaría convertir en delito a un mero incumplimiento de una obligación civil.

Por ultimo la jurisprudencia postula que “...no puede haber punición en orden al delito de insolvencia fraudulenta sin sentencia condenatoria civil, pues los actos típicos no se reprimen en sí mismos, sino en cuanto frustren la ejecución forzada tendiente a satisfacer el crédito, por lo que hasta que tal hecho no ocurra, siempre queda abierta la posibilidad de que el deudor haga aparecer los bienes que había ocultado, presente nuevos en su reemplazo, etcétera”<sup>257</sup>.

## 7.6. Tipo subjetivo.

En cuanto al aspecto subjetivo de la tipicidad, está claro que se trata de una acción dolosa, cometida con pleno conocimiento de los componentes objetivos y voluntad ejecutiva. Y algo más: con el propósito de defraudar al acreedor, mediante la maliciosa realización de los actos que provocan -en primer lugar

En lo que respecta al tipo subjetivo exigido por la figura es el dolo directo<sup>258</sup>, es decir, con conocimiento de la acción junto con sus consecuencias. Como sostiene Soler<sup>259</sup> al analizar el precepto penal del artículo 179, inciso 2º del Código Penal, el dolo requiere en el autor conciencia de que frustrará total o parcialmente el derecho que se le reclama mediante el juicio pertinente<sup>260</sup>. Evidentemente es requisito esencial que el autor conozca la existencia del proceso y que su actividad

---

<sup>254</sup> CNCP, Sala 1ª, causa Nº 17.799 - “Buonanotte, Horacio Guillermo”, rta. 18/05/2011

<sup>255</sup> D’ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., “Código Penal comentado y anotado. Parte especial” T. II, 2ª edición,. La Ley, Bs. As, 2009, p. 811

<sup>256</sup> CCC, Sala 7ª, causa Nº 42.328/14 – “Alfaro, Rodolfo Javier”, rta.: 02/11/2015

<sup>257</sup> CCC, Sala IV, c. 68.876/14, Pare, Carina R., Rta.: 08/11/2017

<sup>258</sup> NAVARRO, Guillermo R., “Insolvencia fraudulenta en el Código Penal y en la ley 13.944”, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, pág. 93, con citas. También la jurisprudencia ha dicho que la insolvencia fraudulenta requiere dolo directo de frustrar el cumplimiento de la obligación durante el curso de un proceso o luego de la sentencia condenatoria (CCC, sala VI, “Chain, M.R.”, rta. 21/10/2002).

<sup>259</sup> SOLER, “Derecho Penal Argentino”, T. IV, Tea, Buenos Aires, 1992, p. 515.

<sup>260</sup> NAVARRO, Guillermo R., “Insolvencia fraudulenta en el Código Penal y en la ley 13.944”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 2004, pg. 59 y sus citas.

está destinada a eludir el cumplimiento de la sentencia. Quedan excluidos, pues, el dolo de segundo grado y el eventual <sup>261</sup>.

La doctrina coincide en que se trata de un delito doloso de dolo directo, pues el autor debe tener la voluntad de insolventarse con conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo y que tiene en curso un proceso civil en su contra o una sentencia condenatoria firme.

La “malicia” que emplea la norma resultaría ser una motivación en el sentido de que el agente debe perseguir, con los actos descritos por la normativa legal, frustrar el cumplimiento de la obligación, o sea, que los perpetre con la intención de no cumplirla voluntariamente y de imposibilitar la ejecución forzada que satisfaga el crédito, aunque no se persiga otro objetivo trascendente.

Al respecto, señalan Creus y Buompadre que: “La ley no castiga el incumplimiento doloso de la obligación sino la dolosa frustración de su cumplimiento forzado por los medios enunciados en el tipo” <sup>262</sup>. Sin embargo, se ha señalado que el dolo directo no basta para satisfacer las exigencias del tipo subjetivo. El que se completa con un elemento que se le añade: la exigencia de que se obre maliciosamente.

La malicia se refiere específicamente al propósito del deudor de dañar al acreedor en sus intereses patrimoniales.

Pero tiene que tratarse de una actividad maliciosa; la malicia no responde aquí necesariamente a una finalidad de lucro en el agente, sino a la de perjudicar el crédito del acreedor, tornando imposible su efectivización; o sea, debe tratarse de una acción realizada con la intención de que la deuda resulte inejecutable<sup>263</sup>.

Por otra parte, cuando se trata de la disminución del valor de los bienes, el tipo subjetivo exige además que el sujeto activo obre fraudulentamente, es decir, con el propósito de causar perjuicio por medio de una maniobra habilidosa.

Para otro sector doctrinario el contenido malicioso está representado por el “insolventarse” para luego frustrar el cumplimiento de la obligación<sup>264</sup>

Por supuesto que, en el aspecto subjetivo, el dolo debe abarcar los elementos del tipo objetivo, es decir, al momento de producirse la frustración de la obligación, el autor deberá conocer la resolución judicial firme que declara su existencia y exige su cumplimiento.

La frustración del pago constituye un elemento exigido por la figura prevista en el citado artículo 179, segundo párrafo, del Código Penal, y ese requisito objetivo de carácter desvalioso, como ocurre con respecto a cualquier otro elemento que integre la definición de lo prohibido por un tipo penal doloso, reclama la verificación del correlato subjetivo a su respecto, es decir, el conocimiento del autor acerca del acto procesal firme que determina la existencia de la obligación y de su incumplimiento luego de haber fracasado el procedimiento de ejecución del decisorio.

## **7.8. Consumación y tentativa**

Puede afirmarse que, en general, existe acuerdo respecto a qué tipo delictivo se consuma con el perjuicio patrimonial del acreedor de no poder realizar su crédito, con motivo del incumplimiento de las obligaciones respectivas frente a las cuales el deudor realiza las conductas típicas en cualquiera de sus modalidades. Estamos en presencia de un delito de lesión y que se consuma cuando sobreviene el resultado típico consistente en la efectiva producción de un perjuicio patrimonial al acreedor. De acuerdo con ello, se debe castigar a título de tentativa todos aquellos casos en los que la ocultación de bienes determinante de la insolvencia del deudor no fuera acompañada del resultado de perjuicio.

Si la disposición patrimonial perjudicial no alcanza a consumarlo, significando, a lo sumo, una tentativa acabada; ello, por cuanto ese sólo acto, el de la enajenación, no perfecciona la especie

---

<sup>261</sup> CCC, JPBA, 71-21-8.844 y 72-226-9.577. NAVARRO, Guillermo R., “Insolvencia fraudulenta en el Código Penal y en la ley 13.944”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 2004, p. 59.

<sup>262</sup> CREUS, Carlos- BUOMPADRE, Jorge E., “Derecho Penal. Parte Especial”, T. 1, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 604.

<sup>263</sup> CREUS, Carlos- BUOMPADRE, Jorge E., “Derecho Penal. Parte Especial”, T. 1, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 604.

<sup>264</sup> FIGARI, Rubén, “Delitos de índole patrimonial”, T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, p. 534 y ss.

acriminada, lo que recién ocurre cuando una sentencia firme en sede civil lo obliga a pagar y, debido a la insolvencia maliciosamente lograda por el deudor, el crédito no puede ser satisfecho.

Tratándose de un delito de lesión (tal como fue señalado oportunamente al caracterizar la figura) no es suficiente para su consumación, la mera provocación de la propia situación de insolvencia del deudor (o que éste se haya incapacitado para atender a la obligación) si de ello no se deriva la frustración del cumplimiento de una obligación civil.

Breglia Arias y Gauna, consideran que hay consumación cuando el deudor ya insolvente incumple la obligación que la sentencia impone dentro del plazo por ella estipulado, y no cuando se hace insolvente, pues de lo contrario podría ocurrir que prescribiera la acción tres años antes de que se dictara condena que diera lugar a la exigibilidad económica<sup>265</sup>.

Para Nuñez<sup>266</sup>, al considera que el tipo es de resultado material, el mismo se consume con la frustración, total o parcial de la ejecución de la sentencia condenatoria, porque el acto malicioso o fraudulento, sin la interferencia de otra fuente causal independiente y preponderante, ha tenido como efecto la imposibilidad de hecho o jurídica, de que el demandado cumpla, con arreglo a lo dispuesto por la sentencia condenatoria, la obligación de dar que constituye el objeto de ella. Es admisible, la tentativa. Ure<sup>267</sup>, opina que el delito es instantáneo y se consume en el acto de la destrucción, inutilización, daño, ocultación o desaparición de los bienes del patrimonio del deudor o la disminución fraudulenta de su valor. Admite la tentativa. Fontan Balestra<sup>268</sup>, entiende que el delito se consume al frustrar, en todo o en parte, el cumplimiento de una obligación civil. Aclara que lo que se frustra es dicho cumplimiento y no la acción misma con la se persigue su cumplimiento, es decir, que se torna ilusorio el derecho que resulta de la sentencia. Se trata de un delito instantáneo y es posible la tentativa referida al acto de frustrar el cumplimiento de la obligación con el que se consume el delito, y no a las acciones de destruir, dañar, etc. Satisfecha la obligación queda descartada también la tentativa.

Buompadre<sup>269</sup> opina que el delito se consume cuando queda frustrado el cumplimiento de la obligación civil, pues en ese instante el patrimonio del acreedor queda lesionado, momento a partir del cual comienza el término para la prescripción de la acción penal y la tentativa es admisible.

## 8. Colusión y connivencia con el acreedor

### 8.1. Introducción

El capítulo V del Título VI de los "Delitos contra la propiedad" del Código Penal de la República Argentina, está dedicado a los quebrados y otros deudores punibles, prevé el delito de colusión o connivencia maliciosa o dolosa realizada, en lo que respecta, en el marco de un proceso concursal.

Ubicado en el marco de los delitos contra la propiedad, es claro que ese y no otro es el bien jurídico protegido por estas figuras, aunque resulta más apropiado aludir al patrimonio, por ser un término que más se adecua a estas figuras. En el caso del tipo del art. 180 el patrimonio protegido es el de la masa de acreedores que puede verse atacado por el accionar descripto, deteniendo o extinguiendo el proceso concursal. Pero es acertada la observación de Laje Anaya cuando explica que lo que en realidad se protege con este tipo penal es la incolumidad del acto judicial, convenio, concordato o transacción para evitar que por medio de la corrupción de votos otorgados en ese acto, uno a varios

---

<sup>265</sup> BREGLIA ARIAS, Omar - GAUNA, Omar, "Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", T. II, , 6ª edición, actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 379.

<sup>266</sup> NUÑEZ, Ricardo C., "Tratado de Derecho Penal", T. IV, 2ª reimpresión, Marcos Lerner Editora, Cordoba, 1989, p.496.

<sup>267</sup> URE, Ernesto J., "Once nuevos delitos", La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 38

<sup>268</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, "Tratado de Derecho Penal- Parte Especial", T. IV, 3ª edición actualizada por Guillermo Ledesma, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 223, ídem D'ALESSIO, Andrés J. - DIVITO, Mauro A., "Código Penal comentado y anotado. Parte especial" T. II, 2ª edición,. La Ley, Bs. As, 2009, p. 815.

<sup>269</sup> BUOMPADRE, Jorge E., *Insolvencia fraudulenta*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 40 y ss.

acreedores obtengan una situación distinta sobre los demás y distinta para ellos, en el caso de no haber mediado el acuerdo anterior fraudulento<sup>270</sup>, a lo que agregamos el imponer una mayoría circunstancial afectando también así el derecho de los acreedores convocados.

Los alemanes llaman a este delito sencillamente "venta del voto"<sup>271</sup>, aunque en nuestra doctrina se lo conoce como "connivencia maliciosa" (Soler); "colusión" (Núñez – Creus), "acuerdos punibles" (Laje Anaya), entre otros nombres.

Allí se encuentran, entre otros, los tipos correspondientes a los fraudes a la masa de acreedores en el concurso preventivo y la quiebra, los convenios de compraventa de votos para imponer un concordato en violación de la "pars conditio creditorum".

Entre estos delitos, destacamos la figura de colusión, la cual, a primera vista, se refiere a los acuerdos dolosos entre el deudor y un acreedor o un grupo de acreedores, violatorios de la igualdad típica de los procesos universales y colectivos.

Al respecto, entendemos que esta nueva delimitación del tipo en cuestión resulta innecesaria y errónea. Innecesaria por cuanto la componente dolosa de la connivencia maliciosa es una parte inherente, típica y ya consagrada dentro de los tipos violatorios de los acuerdos igualitarios únicos de los procesos concursales. Es decir, resulta excedente la inclusión de este elemento, ya que para que el acuerdo sea declarado confabulatorio, y las partes "que lo suscribieron" sean sancionadas conforme a la normativa penal, ya que cualquier ardid en desmedro de la masa de acreedores es, por entidad propia, engañoso y doloso.

En lo referido a las sanciones aplicables en sede comercial a cada uno de los sujetos partícipes del acuerdo violatorio de la igualdad establecida en el primer párrafo del artículo 44, la ley 19551 preveía, para el caso del concursado, la impugnación del acuerdo, la consecuente declaración de su quiebra, la posterior calificación de su conducta como fraudulenta y finalmente la remisión de los antecedentes del proceso al fuero penal.

Sin embargo, el artículo 242 de la ley de concursos y quiebras establecía la total independencia de la cuestión penal con relación a la resolución dictada por el juez del concurso respecto de la calificación de la conducta del fallido; inclusive, no obligaba al juez penal ni importaba cuestión prejudicial alguna.

Respecto de los acreedores confabulados, los mismos eran considerados cómplices del fallido. En tal sentido el artículo 240 disponía: "Es cómplice del fallido, a los fines de la aplicación del artículo 246: ...4) el acreedor que pacte con el fallido en perjuicio de los demás".

Y los mismos, una vez determinada judicialmente su responsabilidad, eran condenados en los términos del artículo 246 y remitidos los antecedentes pertinentes a la Justicia Penal.

A partir de la sanción de la ley 24.522, el delito de colusión, especialmente en el caso del concurso preventivo, hace necesario un análisis mucho más detallado y profundo que el que era necesario a la luz del antiguo texto legal. Ello por cuanto, entre otras cuestiones, la nueva redacción incorpora la posibilidad de que el deudor proponga discrecionalmente la creación de categorías de acreedores y en forma concomitante, la posibilidad de que se efectúen diversas propuestas de pago dentro de cada una de éstas.

Es decir, con la creación de la pluralidad de categorías se han "blanqueado", en cierto modo, las posibilidades del deudor de ofrecer ventajas especiales a determinados acreedores con total independencia del resto, siendo oponible a ello la falta de razón y fundamento de la categorización efectuada, cuestión que podrá plantear el síndico en oportunidad de su informe general, los acreedores, deudores y terceros al observar dicho informe y el tribunal del proceso al resolver sobre la categorización de acreedores. Ello aun cuando esta oposición se limite únicamente a opinar y/o a rechazar la categorización propuesta para cada caso.

En tal sentido, el artículo 49 establece que habiéndose reunido las conformidades requeridas para la obtención de las respectivas mayorías, el juez del proceso no puede oponerse a la homologación del acuerdo, ni siquiera si las propuestas de pago resultan obviamente diferentes, preferentes, u otorgan

---

<sup>270</sup> LAJE ANAYA, Justo, *Quebrados y otros deudores punibles*, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 120.

<sup>271</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, Tea, Buenos Aires, 1978, p. 521.

notorias ventajas unas por sobre la otra. Y ello por aplicación del régimen de publicidad de las mismas que obliga al concursado a adjuntarlas en el cuerpo del expediente con anterioridad a la fecha prevista para la finalización del período de exclusividad.

Sin perjuicio de ello, y pese a los cambios introducidos, creemos que el delito de colusión sigue intacto y resulta totalmente aplicable al marco normativo vigente. La ley 24.522 se refiere a la "igualdad entre iguales", un concepto que viene a dinamizar la rigidez de la anterior ley, pero manteniendo la igualdad de sacrificios y beneficios que deben soportar y a que son acreedores los miembros de una misma categoría alcanzados por la misma propuesta de pago. Cualquier beneficio acordado en forma oculta, de cualquiera de las formas imaginables, resulta perfectamente tipificable en los supuestos de la figura dolosa de análisis.

Con la sanción de la nueva ley de concursos y quiebras se ha producido una importante transformación. El concepto de igualdad de acreedores, el "pars conditio creditorum", no representa más la simple igualdad entre acreedores quirografarios a que se refería antes; ahora resulta perfectamente aplicable para cualquier acreedor, con prescindencia de los privilegios que pueda tener su acreencia, y en la medida en que éste se encuentre categorizado y haya aceptado una propuesta de pago en iguales condiciones que el resto.

En consecuencia, una vez probada la connivencia del deudor con un acreedor o grupo de acreedores, deberá tramitarse, dependiendo del estado procesal del expediente, la impugnación o nulidad del acuerdo alcanzado, debiendo decretarse la quiebra del concursado. Y con relación a dicha conducta dolosa, la participación de los terceros, llámense cómplices, coautores, etc., será susceptible de sanción en los términos del último párrafo del artículo 173 que dispone: "...quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso".

Resta aclarar, finalmente, que a partir de la sanción de la ley 24522, se elimina el Capítulo IX del Título III de la ley 19551, correspondiente a la calificación de conducta del fallido y de terceros, derogándose la evaluación de la conducta mercantil de la deudora y la de sus administradores. En su reemplazo, se ha establecido en los artículos 234 a 238 un régimen de inhabilitación, el que caduca de pleno derecho al año de la fecha de la sentencia de quiebra, salvo que el inhabilitado sea sometido a proceso penal, supuesto en el cual durará hasta el dictado de sobreseimiento o absolución.

A partir de la sanción de la Ley Nº 24.522, el delito de colusión, especialmente en el caso del concurso preventivo, hace necesario un análisis mucho más detallado, por cuanto, entre otras cuestiones, la nueva redacción incorpora la posibilidad de que el deudor proponga discrecionalmente la creación de categorías de acreedores y en forma concomitante, la posibilidad de que se efectúen diversas propuestas de pago dentro de cada una de éstas<sup>272</sup>.

Es decir, con la creación de la pluralidad de categorías se han "blanqueado", en cierto modo, las posibilidades del deudor de ofrecer ventajas especiales a determinados acreedores con total independencia del resto, siendo oponible a ello, la falta de razón y fundamento de la categorización efectuada, cuestión que podrá plantear el Síndico en oportunidad de su informe general, los acreedores, deudores y terceros al observar dicho informe y el Tribunal del proceso al resolver sobre la categorización de acreedores. Y ello aún cuando esta oposición se limite únicamente a opinar y/o a rechazar la categorización propuesta para cada caso

En tal sentido, el art. 49 establece que habiéndose reunido las conformidades requeridas para la obtención de las respectivas mayorías, el Juez del proceso no puede oponerse a la homologación del acuerdo, ni siquiera si las propuestas de pago resultan obviamente diferentes, preferentes, u otorgan notorias ventajas unas por sobre la otra. Y ello por aplicación del régimen de publicidad de las mismas que obliga al concursado a adjuntarlas en el cuerpo del expediente con anterioridad a la fecha prevista para la finalización del período de exclusividad. Sin perjuicio de ello, y pese a los cambios introducidos, creemos que el delito de colusión sigue intacto y resulta totalmente aplicable al marco normativo

---

<sup>272</sup> STUPNIK, Andres A. – FERNANDEZ MARTINEZ, Antonio, "Análisis, estudio y aplicabilidad de las figuras de quiebra fraudulenta y la colusion en el marco de la ley de concursos y quiebras", Rev. Doctrina Societaria, Septiembre de 1997, Año XI, Nº 118, Tomo IX, Errepar, Buenos Aires, ps. 293 - 308.

vigente. La Ley Nº 24.522 se refiere a la “igualdad entre iguales”, un concepto que viene a dinamizar la rigidez de la anterior ley, pero manteniendo la igualdad de sacrificios y beneficios que deben soportar y a que son acreedores, los miembros de una misma categoría alcanzados por la misma propuesta de pago. Cualquier beneficio acordado en forma oculta, de cualquiera de las formas imaginables, resulta perfectamente tipificable en los supuestos de la figura dolosa de análisis.

### **8.2. Bien jurídico protegido.**

En la presente norma se trata de un delito concursal, pues altera la *pars conditio creditorum*<sup>273</sup>. De esta manera, en el caso de que se conceda una ventaja a un tercero no acreedor, no se compromete aquella máxima y la conducta sería atípica. Asimismo en el segundo párrafo la norma requiere en forma explícita un estado de quiebra o de falencia del no comerciante. Para Creus se esta en presencia de delitos concursales cuyas conductas se despliegan referidas a un procedimiento concursal en curso, ya que sólo de esa manera alcanzan a vulnerar el bien jurídico tal como se protege en el capítulo, desbaratando o procurando desbaratar la igualdad entre los acreedores”<sup>274</sup> Esta aclaración viene a colación pues en la manda se citan las palabras convenio y transacción judicial lo que denota la falta de referencia al concurso como presupuesto del delito<sup>275</sup>.

Erbetta<sup>276</sup> resalta que se trata de un delito pluriofensivo ya que “...no se considera afectado el crédito y la regla de tratamiento paritario de los acreedores, sino también la transparencia y regularidad del proceso concursal”.

Para Favarotto<sup>277</sup>, sin dejar de admitir la conveniencia de una revisión integral del capítulo, incluso llegando a posibilidad de redefinir al bien jurídico penalmente tutelado, o al menos mejorarlo para compatibilizarlo con la ley de concursos y quiebra vigente, rescata que la colusión de acreedores y deudora puede ser legítima en determinados supuestos, sin que ello derogue la figura en si misma

### **8.3. Antecedentes**

Este delito, comúnmente denominado confabulación fraudulenta, connivencia dolosa o connivencia maliciosa, receptado en el art. 180 del Código Penal en su actual redacción, reconoce su origen en el art. 345 del Código Holandés, recogido por el art. 217 del Proyecto del año 1891. De allí pasa al proyecto de 1906 y al proyecto de 1917, para luego conformar la redacción en el código penal de 1921, que sólo, por medio de la ley de fe de erratas le agrega las palabras “deudor o” después de las palabra “todo” y la palabra “ese” la última línea del párrafo segundo sustituida por “este”.

### **8.4. Figura Legal**

El artículo 180 establece que 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.

---

<sup>273</sup> FIGARI, Rubén, “Delitos de índole patrimonial”, T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, p. 541

<sup>274</sup> CREUS, Quebrados y otros deudores punibles, p. 174

<sup>275</sup> BACILUPO, Cuestiones relativas a la quiebra fraudulenta y otros delitos concursales, en Estudios jurídicos penales sobre insolvencia y delito, Depalma Bs. 1970, p. 33

<sup>276</sup> ERBETTA, Daniel, “Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, V. 7, (Dir.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 704.

<sup>277</sup> FAVAROTTO, Ricardo S. en “Código Penal. Comentado y Anotado”, T. II, (Dir.) Marcelo Riquert, 1ª edición, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 1573

El delito del art. 180 ha sido denominado por la mayoría de la doctrina colusión atento que el mismo consiste en la connivencia fraudulenta entre un acreedor y el deudor a terceros. A su vez el tipo presupone un concurso de acreedores. Se habla de connivencia entre acreedor y deudor (párrafo primero) y connivencia del deudor mediante conclusión de un convenio (párrafo segundo). Existen dos supuestos delictivos: el primero referido al acreedor y el segundo, alusivo al deudor, director, gerente o administrador de una sociedad anónima, cooperativa o persona jurídica; o sea, contemplan dos posibilidades autónomas, integrando tipos perfectamente diferenciados: en el primero hay una connivencia dolosa del acreedor, y el segundo una connivencia del mismo tipo del deudor.

Lo que caracteriza ambas figuras en el contubernio o acuerdo espurio entre el deudor o tercero con los acreedores

Debe advertirse que tratándose de actos realizados para perjudicar a terceros, donde las partes intervinientes intentan rodearlo de las apariencias necesarias para simular legalidad, operando con premeditación y ocultando los indicios comprometedores

## **8.5. Connivencia entre acreedor y deudor (párrafo primero)**

### **8.5.1. Tipo objetivo**

Al tratarse de un delito especial propio tan solo puede ser cometido por aquel en que reviste carácter de acreedor dentro del proceso concursal, en referencia a una persona de existencia física, ante que no existe una clausula de extensión de similares características, al anteriormente comentado artículo 178.

Además debe tratarse de un acreedor real y no ficticio lo que marca la diferencia con el inciso 1º de la quiebra fraudulenta (art. 176), donde la simulación del pasivo habilita la hipótesis específica. Y se le suma la necesidad de la existencia de otros acreedores para que exista una afectación concreta al tratamiento igualitario entre aquellos - en un mismo segmento - que componga la masa<sup>278</sup>

La norma establece una pena para el acreedor que consistiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia o colusión con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción.

Se trata de un delito de acción bilateral que presenta una codelincuencia necesaria, donde la base de la convergencia intencional deriva del acuerdo - que no demanda formalidad alguna - pudiendo adoptarse verbalmente o por escrito<sup>279</sup>, aunque este último caso resulta poco probable.

La venalidad del pacto radica en la venta del voto al deudor<sup>280</sup> a cambio de concesiones que generen ventajas especiales de aquel al acreedor, concepto que se puede confundir con el de ventajas indebidas que para el inciso 3 del artículo 176.

Es acción típica es aquella por la cual el acreedor da consentimiento a un concordato, convenio o transacción judicial en connivencia con el deudor o un tercero y en el cual se hubiere estipulado algún tipo de ventaja especial para el agente si dicho acto se hiciera valer y fuere aceptado en sede judicial. En suma, la conducta del acreedor consiste en pactar con el deudor o un tercero las ventajas especiales y en dar consentimiento en el juicio.

La connivencia debe recaer sobre el acuerdo entre el acreedor y deudor o terceros y cuya finalidad es la de evitar que el juicio concursal continúe. Según las enseñanzas de Creus<sup>281</sup>, se requiere por parte del agente una doble actividad: tiene que haber convenido con el deudor o con un tercero la concesión de ventajas especiales para dar su consentimiento al concordato, convenio o transacción –

---

<sup>278</sup> CREUS, Carlos, "Quebrados y otros deudores punibles", Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 178.

<sup>279</sup> ESTRELLA, Oscar A. - GODOY LEMOS, Roberto, "Código penal. Parte Especial De los delitos en particular", 2º ed., tomo II, Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 699.

<sup>280</sup> FAVAROTTO, Ricardo S. en "Código Penal. Comentado y Anotado", T. II, (Dir.) Marcelo Riquert, 1ª edición, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 1575.

<sup>281</sup> CREUS, Carlos, "Quebrados y otros deudores punibles", Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 178

esta primera parte comienza con la connivencia fraudulenta entre el acreedor y el deudor o un tercero- y posteriormente, en otra secuencia, tiene que manifestarse un consentimiento. Es decir, que la actividad delictiva llevada a cabo por el sujeto activo comienza con una etapa preparatoria que es condicionante, ya que implica la estipulación de las ventajas especiales como contraprestación por el apoyo a una solución del proceso concursal que lo resuelva o lo detenga y se perfecciona con el otorgamiento del consentimiento para que esa solución se concrete<sup>282</sup>.

En éste orden de ideas, la “connivencia” es un acuerdo fraudulento dirigido a impedir, a espaldas de los acreedores, la continuación del juicio concursal o a extinguir sus efectos suspensivos<sup>283</sup>.

Estas ventajas especiales pueden ser de cualquier tipo<sup>284</sup>, aunque generalmente tengan contenido predominantemente económico<sup>285</sup>, ya se el pago íntegro o en mejores condiciones que el segmento de acreedores, como integrantes de la masa concursal.

Figari <sup>286</sup>, expresa que de hecho el tipo requiere que se esté ante un proceso concursal, con la intervención de una pluralidad de acreedores, ya que si el convenio se realiza con un solo acreedor no puede hablarse de la concesión de ventajas especiales. Las ventajas prometidas pueden ser no sólo patrimoniales, sino de cualquier naturaleza, y por supuesto, ser éstas la consecuencia directa de la colusión, de modo tal que si las mismas fueron dadas como una liberalidad posterior al consentimiento del acreedor, la acción es atípica en el marco del art. 180. Tampoco tiene implicancia la promesa condicionada al sólo otorgamiento del consentimiento, puesto que la ventaja tiene que estipularse para el caso de “aceptación” del acuerdo, tal como lo dispone el art. 180, primera parte. La mera connivencia y aun el cumplimiento de la promesa de otorgar el consentimiento por parte del acreedor que no esté condicionada a dicha aceptación, no constituye delito<sup>287</sup>. Cabe acotar que dichas ventajas especiales no sólo son tales porque se conviene respecto a un determinado acreedor, sino también por el contenido de las mismas, ya que supone beneficios de los que gozarán los otros acreedores, con la afectación de la par conditio. Finalmente, la ventaja requiere, a fin de que la conducta sea típica, que recaigan sobre bienes desafectados a la garantía de los acreedores, de lo contrario se incursionaría en la regulación de los arts. 176 y 179<sup>288</sup>.

En segundo tramo que marca a conexión entre el acuerdo venal y el resultado, esta centrado en que el acreedor consienta el concordato, convenio o transacción judicial, a partir la propuesta consensuada con el deudor, con quien ya esta confabulado para lograr una resolución al proceso concursal favorable para ambos.

En punto a ello, a partir de la última modificación introducida a la Ley de Concursos y Quiebras por medio de la Ley Nº 25.589, los acuerdos preventivos extrajudiciales<sup>289</sup> son un mecanismo común para reestructurar sus pasivos a través de este tipo de acuerdos con sus acreedores, con la clara intención de evitar el concurso preventivo.

Rouillón<sup>290</sup>, sostiene que el acuerdo homologado judicialmente es un mecanismo de reorganización formal y que su verdadera naturaleza es la de ser un concurso preventivo abreviado con

---

<sup>282</sup> FIGARI, Rubén, “Delitos de índole patrimonial”, T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, p. 544

<sup>283</sup> CREUS, Carlos- BUOMPADRE, Jorge E., “Derecho Penal. Parte Especial”, T. 1, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 608.

<sup>284</sup> DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura T.A., “Delitos contra la propiedad”, 3ª edición, Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 438; ídem NAVARRO, Guillermo R. -RIZZI, Aníbal H., “El delito de quiebra”, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 213; entre otros.

<sup>285</sup> ERBETTA, Daniel, “Delitos de insolvencia”, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 375

<sup>286</sup> FIGARI, Rubén, “Delitos de índole patrimonial”, T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, p. 544-545

<sup>287</sup> CREUS, Carlos, “Quebrados y otros deudores punibles”, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 179

<sup>288</sup> ESTRELLA-GODOY LEMOS, “Código penal. Parte Especial De los delitos en particular”, 2ª ed., tomo II, Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 699

<sup>289</sup> Para Frascaroli Santi, el concordato extrajudicial “consiste en un acuerdo concluido entre el deudor y sus acreedores al cual se arriba después de una tratativa sólidamente unitaria sobre la base de condiciones válidas para todos. A los acreedores se les debe dar una descripción de las razones y de la entidad de la pérdida, de los medios disponibles, mediante los cuales cumplen las obligaciones asumidas con los acreedores mismos” (FRASCAROLI SANTI, Eleni, “Las formas (y los efectos) de los acuerdos extrajudiciales para solución de las crisis de la empresa”, Foro de Córdoba. Suplemento de Derecho Empresario. Año I. Nº1. 2001. Ed, Advocatus, p. 19)

<sup>290</sup> ROUILLÓN, Adolfo A., “Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522”, 14ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 160 y ss.

efectos sobre las minorías de acreedores, y ya no un contrato de limitada obligatoriedad a sus firmantes. El resultado que se obtiene de él es similar al del concurso preventivo salvo que con doble brevedad: menos trámite y menor tiempo.

Para Erbetta<sup>291</sup> resulta dudoso mantener la operatividad de la colusión, porque la propia ley autoriza a la ventajas especiales y posibilita el tratamiento desigualitario de los acreedores, pero Favarotto<sup>292</sup>, advierte que si bien la legislación concursal morigeró el rigor del principio de la *condition creditorum*, sigue vedado que el deudor y el acreedor recurran a convenciones espurias, por afuera del marco jurídico, con lo que la razón de ser la fórmula legal, aunque acota, conserva vigencia.

### **8.5.2. Sujetos del delito**

Se trata de un delito propio o especial. Sujeto activo sólo puede ser quien reviste el carácter de acreedor en la masa de acreedores del juicio que se trate. Para Erbetta<sup>293</sup>, se trata de un delito donde nos encontramos con codelincuentes o de participación necesario, al estimar que en la ocurrencia del delito necesariamente se debe contar con la participación del deudor, el cual desarrolla una actividad de connivencia con aquél.

En el caso de que el acreedor sea una persona colectiva, el delito no se comete por representante, pues si bien él puede dar el consentimiento, no es el acreedor. La participación está dada en forma expresa por la disposición de la ley con respecto al deudor o al tercero que llevan cabo el convenio en virtud del cual actúa el acreedor. Con respecto al tercero, las opiniones se dividen, porque los terceros intervinientes como autores en la connivencia son coautores y los que no intervienen en ese carácter sino de una manera necesaria o accesoria son cómplices. (arts. 45 o 46 CP). En tanto para Creus-Buompadre<sup>294</sup>, la responsabilidad del tercero se rige por las reglas generales de la participación, siendo un cómplice principal cuya punibilidad dependerá del grado que haya alcanzado la acción del acreedor. Laje Anaya sostiene que la conducta del tercero no se pune por tratarse de un caso excluido de la participación criminal<sup>295</sup>.

Sujetos pasivos, son los acreedores que integran la masa distintos a aquél que realiza la acción típica en connivencia con el deudor.

### **8.6. Tipo subjetivo**

En cuanto a la tipicidad subjetiva en la colusión, es preciso apuntar que las dos modalidades requieren el dolo directo, desde que se basan en la convergencia intencional de ambos protagonistas, el que vende (acreedor) y el que compra el voto (deudor).

### **8.7. Consumación y tentativa**

Sobre el momento consumativo, la doctrina mayoritaria<sup>296</sup> entiende que la consumación ocurre cuando el acreedor consiente el concordato, convenio o transacción judicial. Esto ocurre cuando el acreedor vota de modo favorable por ellos en el correspondiente acto procesal y es en ese momento cuando se produce la consumación. Hay autores como Laje Anaya, que sostienen que no resulta suficiente la emisión del voto, sino que, además, debe mediar una aprobación u homologación judicial del acuerdo<sup>297</sup>.

La tentativa es factible cuando la conformidad del sujeto activo no fuere prestada por razones ajenas a su voluntad<sup>298</sup>. En el caso de que el acreedor se arrepienta del concierto fraudulento y no preste su conformidad al acuerdo, habría un desistimiento impune (art. 43 CPen).

---

<sup>291</sup> ERBETTA, Daniel, "Delitos de insolvencia", 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 378

<sup>292</sup> FAVAROTTO, Ricardo S. en "Código Penal. Comentado y Anotado", T. II, (Dir.) Marcelo Riquert, 1ª edición, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 1576.

<sup>293</sup> ERBETTA, Daniel, "Delitos de insolvencia", 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 369.

<sup>294</sup> CREUS, Carlos- BUOMPADRE, Jorge E., "Derecho Penal. Parte Especial", T. 1, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 609

<sup>295</sup> FIGARI, Rubén, "Delitos de índole patrimonial", T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, p. 545

<sup>296</sup> CREUS, Carlos, "Quebrados y otros deudores punibles", Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 180; ídem ESTRELLA-GODOY LEMOS, "Código penal. Parte Especial De los delitos en particular", 2º ed., tomo II, Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 699; ídem ERBETTA. Daniel, "Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", V. 7, (Dir.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 718 y ss.

<sup>297</sup> LAJE ANAYA, Justo, Quebrados y otros deudores punibles, depalma, Bs. As., 1967, p. 121

<sup>298</sup> CREUS, Carlos, "Quebrados y otros deudores punibles", Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 182; ídem ESTRELLA-GODOY LEMOS, "Código penal. Parte Especial De los delitos en particular", 2º ed., tomo II, Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 700; ídem

## **9. Connivencia del deudor mediante conclusión de un convenio (párrafo segundo)**

### **9.1. Tipo objetivo**

#### **9.1.1. Acción típica**

Se advierte, un accionar en connivencia con el representante de la persona jurídica. Entonces incurrirá en la misma pena del primer párrafo todo deudor o director, gerente o administrador que concluyere un convenio de éste género. Figari<sup>299</sup>, dice que la conducta típica en éste caso es la de concluir –estipular- un convenio de la naturaleza prevista en el párrafo primero de la norma en cuestión, o sea, uno por el cual el deudor o un tercero hayan prometido al acreedor ventajas especiales para el caso de que en el procedimiento concursal se produzca alguna de las instituciones previstas para lo cual aquél otorgue su consentimiento.

El núcleo de la prohibición radica en la connivencia fraudulenta con el acreedor puesta de manifiesto a través de la celebración del acuerdo, escrito o verbal, por el medio de cual el deudor se concede ventajas especiales aquel -sin que aquel haya verificado su crédito en el concurso -, como contraprestación por la votación favorable del concordato, convenio o transacción.

De tal manera, dice Favarotto, el ilícito acuñado en el segundo párrafo del artículo 180 (léase compra del voto), no es más que el reverso de la colusión con el acreedor (léase la venta del voto), a la que se refiere la primera parte del tipo legal.

#### **9.1.2. Sujetos del delito**

Estamos en presencia de un delito especial, por cuanto la norma requiere que se trate de cualquier deudor, comerciante o no, declarado en quiebra o simplemente concursado, así como los representantes de personas jurídicas comprometidas en procedimientos concursales y quienes pueden concluir los convenios, a que se refiere el párrafo anterior. Figari<sup>300</sup> señala que aquí también se trata de un delito propio o especial que tiene que ser cometido por un deudor, no cualquier deudor, sino el que se encuentra en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes. Con ello se ha tratado de distinguir, con el concurso de quiebra, la situación del deudor comerciante y con el concurso judicial la del no comerciante. Aunque esto deja de tener relevancia pues de acuerdo a la ley 24.522 ambos quedan incluido dentro del tipo. Se menciona a los directores, gerentes o administradores de sociedades anónimas, cooperativas o personas jurídicas de otra índole, ya que siendo ellos los que pueden prestar el consentimiento y siendo “deudor” la persona colectiva, si no mediara una disposición específica, aquéllos quedarían al margen de la punibilidad. Creus, señala que la enumeración contenida en este segundo párrafo es más restringida de la del art. 178 ya que comprende sólo a los que ejercen la representación de la persona colectiva<sup>301</sup>. Aunque se ha afirmado que la expresión contenida en la norma y que abarca a dichas personas por su latitud tal, bajo la condición de ser susceptible de caer en estado de quiebra lo que no obsta a que se encuentren en liquidación (art. 5 ley 24522). Esta ley ha ampliado el espectro de dichas personas ya que de acuerdo al art. 2 pueden ser sujetos concursales, además de las personas de existencia ideal de carácter privado las sociedades en las que el estado nacional, provincial o municipal son parte, cualquiera sea el porcentaje de la participación. “La innovación consiste en la inclusión de tales entes como sujetos comprendidos dentro del régimen de concurso y quiebras ha venido a sincerar una situación real, cual es, la de que los entes estatales y sus administradores también sufran las consecuencias de éstos fenómenos que no son sino propios, aún cuando no deseables, de la participación en la actividad económica mercantil<sup>302</sup>.

---

SPROVIERO, Juan H., *“Delitos de estafas y otras defraudaciones”*, T. 2, 2ª edición, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 482; entre muchos otros.

<sup>299</sup> FIGARI, Rubén, *“Delitos de índole patrimonial”*, T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, p. 545 y ss.

<sup>300</sup> FIGARI, Rubén, *“Delitos de índole patrimonial”*, T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, p. 545 y ss

<sup>301</sup> CREUS, Carlos, *“Quebrados y otros deudores punibles”*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 187

<sup>302</sup> ESTRELLA, Oscar A. - GODOY LEMOS, Roberto, *“Código penal. Parte Especial De los delitos en particular”*, 2º ed., tomo II, Hammurabi, Bs. As., 2007, ps. 700-701

## 9.2. Tipo subjetivo

Se trata de un tipo doloso, de dolo directo o de primer grado y el legislador ha descartado por ahora la imprudencia como forma de imputación subjetiva para el tipo penal en análisis.

## 9.3. Consumación y tentativa.

La “conclusión” (celebración) del convenio marca el momento consumativo del delito<sup>303</sup>. La consumación presenta las mismas características que el párrafo anterior, la diferencia radica en que no es posible la tentativa<sup>304</sup>. Figari<sup>305</sup>, comenta que en éste presupuesto la consumación se da con el perfeccionamiento del pacto sin requerir otra actividad del deudor, del acreedor o de un tercero. A diferencia del caso del primer párrafo, no hay en el deudor un acto preparatorio alguno, ya que estipulada la connivencia se ha configurado el tipo.

No lo considera así Laje Amaya <sup>306</sup>, para quien ese momento es idéntico al del acreedor, pues considera que la acción es la misma.

A diferencia con la figura del 1º párrafo del artículo 180, que el comienzo del iter criminis , recién se perfecciona jurídicamente al prestar conformidad venal, para el deudor equivale a la consumación delictiva, por tal como lo describe Nuñez, a diferencia de lo que sucede con el acreedor, que luego del pacto todavía tiene algo que hacer para llegar en definitiva a la criminalidad, a las personas de las cuales aquí se trata, nada les queda por hacer en ese sentido. He aquí la razón del distinto momento consumativo del delito para el uno y para los otros<sup>307</sup>.

La doctrina, es conteste en afirmar que no es factible la tentativa<sup>308</sup>.

---

<sup>303</sup> BUOMPADRE, Jorge E., “ Tratado de derecho penal. Parte Especial”, T. 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 415

<sup>304</sup> CREUS, Carlos, “Quebrados y otros deudores punibles”, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 186; ídem ESTRELLA, Oscar A. - GODOY LEMOS, Roberto, “Código penal. Parte Especial De los delitos en particular”, 2º ed., tomo II, Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 702; ídem ERBETTA. Daniel, “Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, V. 7, (Dir.) David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, (Co.) Marco A. Terragni, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 719; ídem FAVAROTTO, Ricardo S. en “Código Penal. Comentado y Anotado”, T. II, (Dir.) Marcelo Riquert, 1ª edición, Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 1579

<sup>305</sup> FIGARI, Rubén, “Delitos de índole patrimonial”, T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, p. 545 y ss

<sup>306</sup> Comentarios, t OO, p. 211

<sup>307</sup> *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, 2ª reimpresión, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1989, p. 473

<sup>308</sup> FIGARI, Rubén, “Delitos de índole patrimonial”, T.II, Nova Tesis, Rosario, 2010, p. 548