

ANALISIS, ESTUDIO Y APLICABILIDAD DE LAS FIGURAS PENALES DE LA QUIEBRA FRAUDULENTO Y LA COLUSION EN EL MARCO DE LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS

por

ANDRES ARIEL STUPNIK y ANTONIO FERNÁNDEZ MARTÍNEZ

(Revista Doctrina Societaria, Septiembre de 1997, Año XI, Nº 118, Tomo IX, páginas 293 - 308. Editado por Errepar S.A., Buenos Aires, Argentina)

I. INTRODUCCION.

El derecho concursal se ha "masificado" en los últimos tiempos. Sin embargo, todavía son muchos los profesionales en Ciencias Económicas, tanto los que se desempeñan como Síndicos Concuriales como los que ejercen la actividad en calidad de asesores de empresas, que aún desconocen la existencia de figuras delictivas relacionadas con dichos procesos. En consecuencia, para ellos, y para cualquier interesado en general, este ensayo sobre las figuras penales de la quiebra fraudulenta y la colusión, previstas por los arts. 176, inc. 3º y 180, respectivamente, del Código Penal de la República Argentina.

El presente trabajo se basa en un estudio individualizado y pormenorizado de cada una de las figuras citadas, remontándose en primer lugar a sus antecedentes y su evolución a través del tiempo, a su interpretación a la luz de diferentes corrientes doctrinarias y, finalmente, a la congruencia entre las previsiones establecidas por el Código de fondo con otras normas vigentes y, particularmente, con la Ley Concurial. Por último, se establecen las principales diferencias y similitudes entre ambas figuras.

Sin embargo, y dada la filosofía con la que nos hemos propuesto el desarrollo de este ensayo, entendemos resultaría redundante dedicarle un capítulo aparte a las conclusiones a las que hemos arribado. Y ello, toda vez que las mismas se han volcadas junto al análisis específico de cada uno de los temas tratados.

Consideramos asimismo necesario destacar, a diferencia de lo sucedido con el delito de quiebra fraudulenta, lo arduo que ha resultado la búsqueda y compilación de material respecto a la figura de la colusión. Los escasos antecedentes bibliográficos, así como de jurisprudencia en el tema, denota la poca atención que prestan síndicos, abogados, jueces, intelectuales y particulares en general, a un tema que, en honor a la verdad, resulta por demás habitual en los procesos concursales actuales.

Y ello, aún a riesgo de resultar exagerados, debe preocuparnos de sobremanera; de no revertirse esta miopía, esta negación de la realidad que nos rodea, los esfuerzos intelectuales de prestigiosos pensadores como Anaya, Nuñez, Alberti, Quintana Ferreyra y Bacigalupo, entre otros, no servirá de nada. Sus profundas ideas, sus desvelos doctrinarios, sólo servirán para glorificar fallos, que si bien resultarán ricos en doctrina, serán nulos en la práctica cotidiana.

II. LA QUIEBRA FRAUDULENTO. ANALISIS DEL INC. 3º DEL ART. 176 DEL CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA.

1) ANTECEDENTES

Nuestro Código Penal trata el tema de la quiebra fraudulenta dentro del título VI (delitos contra la propiedad) del libro segundo, bajo el capítulo V, en la sección referida a quebrados y otros deudores punibles. Sin embargo el entedimiento de nuestros legisladores respecto de esta figura antijurídica no siempre ha sido la misma.

Todo lo contrario, con el pasar de los años, y a medida que nuevas teorías y estudios se realizaban, variaron sustancialmente la forma en que interpretaban los delitos. Así pues, vemos que el Código Penal de 1886 seguía la línea de pensamiento de Tejedor, esto es, la ley penal, en blanco, debe imponer la pena sin definir al sujeto en forma particularizada: vgr: "el quebrado fraudulento sufrirá...", "el quebrado culpable sufrirá...".

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.

Al respecto, el proyecto del año 1891, 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.

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 trata de un delito, lo natural es que sea el Código Penal quien lo defina y lo establezca con sus requisitos y condiciones".

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.

Al respecto, podemos decir que la autonomía antes referida, se ve plasmada en la vigente Ley de Concursos y Quiebras. En la misma se deja sin efecto la calificación de conducta del fallido y de terceros, dejando esta interpretación exclusivamente a la

Justicia Penal quien, por medio de las disposiciones mencionadas en el primer párrafo del presente, se reserva dichas facultades. La Justicia Comercial por su parte, se reserva únicamente la inhabilitación comercial como medio sancionatorio por la comisión de las conductas punibles.

2) ANALISIS DEL TEXTO LEGAL

2.a) El presente capítulo está dedicado íntegramente al estudio del delito de la quiebra fraudulenta tipificado en el inciso 3º del art. 176. No obstante ello, y a los fines de una mejor interpretación del mismo, entendemos resulta conveniente realizar primero, un análisis del primer párrafo del artículo 176, el cual establece:

"Será reprimido como quebrado fraudulento, con prisión de 2 a 6 años e inhabilitación especial de 3 a 10 años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores hubiese incurrido en alguno de los hechos siguientes: ..."

A continuación, y únicamente a los efectos de una mayor comprensión de la parte pertinente bajo análisis, transcribimos solamente los párrafos correspondientes a cada caso.

"Será reprimido, como quebrado fraudulento ..."quien hubiera incurrido en alguno de los siguientes hechos..."

Como dijimos anteriormente, en la actualidad, luego de la reforma introducida por la Ley Nº 24.522, queda exclusivamente en manos de la justicia penal la calificación de fraudulencia que se haga del fallido, para lo cual la norma de fondo hace una enumeración taxativa de las circunstancias que hacen pasible de tal calificación al deudor.

"... inhabilitación especial de 3 a 10 años..."

El Código aquí no especifica los efectos de esta inhabilitación por lo que, entendemos, la misma debe ser complementada con las disposiciones previstas por el art. 238 de la ley de Concursos y Quiebras y por los artículos 1º a 4º, ambos inclusive, del Código de Comercio. En tal sentido, el art. 238 LCQ establece:

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

Al respecto, y si bien las inhabilitaciones fijadas por ambas normas son distintas y autónomas, la Ley Nº 24.522 nos remite a lo que se decida en sede penal en cuanto a la extensión en el tiempo que tendrá la misma (art. 236, LCQ). Y ello por cuanto ésta última determina que la inhabilitación mercantil 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 dura hasta el dictado de sobreseimiento o absolución, de mediar condena en dicha sede.

"... el comerciante..."

El Código de Comercio en su artículo 1º define como comerciante a "todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejerzan de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual". Consideramos este tema como bastante conflictivo en cuanto a la determinación de las personas a las que les resulta aplicable tal distinción.

Y ello por cuanto, ni la Ley de Concursos y Quiebras vigente, ni siguiera la antigua derogada (Ley Nº 19.551), se refieren a la calidad de comerciante como elemento subjetivo necesario de aquellos sujetos autorizados para solicitar la formación de un concurso preventivo o de quienes pueden ser declarados en quiebra. Solamente se limitan a definir a la persona, ya sea de existencia visible o ideal, hecho que supone más abarcativo el abanico de quienes están incluidos en la categoría prevista. Entonces, y como ejemplo de ello, podremos decir que una ama de casa puede ser declarada en estado falencial, pero no podremos decir que reúne los requisitos para denominarla comerciante.

Al respecto, parte de la doctrina sostiene que las condiciones para ser considerado comerciante interesan solamente en un sistema legislativo en el cual no se establezca la declaración previa, tácita, contenida en el nuestro. En tal sentido, existe jurisprudencia que establece la abstracción de la calidad de comerciante del fallido a fin de la calificación de la conducta ("Farjat, José, s/Incidente de Calificación de Conducta", CN.Com. Sala "A", 06/10/89, y "Kopelman, Abel Jorge s/Incidente de Calificación de Conducta", CN.Com. Sala "C", 24/04/91).

Asimismo y en idéntico sentido González Roura sostiene que toda vez que el sujeto llega al proceso criminal determinado por una resolución expresa del juez de comercio, y ello por aplicación de la segunda parte del art. 1º o del art. 5º de la Ley de Quiebras (19.551), no podrá discutirse en sede penal que el sujeto reviste la calidad requerida por la ley para ello".

"... declarado en quiebra..."

Esta es la condición objetiva imprescindible para la aplicación de las sanciones que prescribe la ley. Según Molinaro, hasta el momento en que no exista una resolución declarativa de la quiebra pasada en autoridad de cosa juzgada, no es posible acordar intervención a la justicia del crimen. Es decir, no existirá auto firme de declaración de quiebra cuando se hayan deducido recursos sobre la sentencia declarativa de ello o, en caso de que no se hubiesen interpuesto los mismos, no hubiese transcurrido el término legal para hacerlo. Tampoco existirá auto firme de quiebra cuando no se haya notificado al fallido en forma legal, a excepción de los casos en que el deudor solicita su propia quiebra.

Anulado el auto de quiebra, esta será inexistente y cualquier acción interpuesta a la justicia penal con resolución pendiente, se entenderá desistida, sobreseída, o absuelta, según el estado de la causa (Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, 23/12/38).

"... en fraude de sus acreedores..."

Respecto al significado del fraude, existen dos ramas de pensamiento divergentes. Una primera que sostiene que se debe producir un daño efectivo a los acreedores por medio del cual sufran una pérdida pecuniaria en la distribución del activo (Plenario de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de fecha 15/03/27, voto en disidencia del vocal Oribe), y la segunda, que sostiene que la sola realización del acto delictivo con el ánimo de defraudar a los acreedores configura el delito mismo (Plenario de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de fecha 15/03/27, voto del vocal disidente).

Respecto a ello, y en sentido opuesto a Sebastián Soler, quien considera el delito de quiebra fraudulenta como un delito de peligro, Fontán Balestra y Nuñez suponen que éste es un delito de daño efectivo, en tanto la estructura del art. 176 del Código de fondo considera como elemento objetable de punibilidad al perjuicio pecuniario irrogado al acervo constitutivo de la garantía de los créditos de la masa.

2.b) El inciso 3º, comunmente denominado de favorecimiento de acreedores, establece como hecho objetivo punible la concesión de ventajas indebidas a cualquier acreedor, violatorio del principio de la igualdad de acreedores ante la masa de los bienes.

El principio afectado por este hecho, es decir el bien público jurídicamente tutelado, es el de la "pars conditio creditorum", es decir la concesión de ventajas indebidas a favor de algún acreedor en desmedro de la masa de acreedores. El acreedor favorecido deberá ser un acreedor verdadero, con títulos suficientes; si éste es falso o simulado, entonces el delito deberá ser configurado como una sustracción del inciso 2º del mismo artículo (No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; substraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa). La ventaja otorgada será tal y se considerará plenamente concedida al ser aceptado el pago, la garantía, o el privilegio pertinente, recayendo en el acreedor confabulado la figura de coautor del delito.

Respecto al momento en que debe verificarse la concesión de las ventajas para la consideración de las mismas en los términos de la presente figura delictiva, y contrariamente a lo que sostiene Sebastián Soler, quien supone que la misma resulta punible en tanto sea otorgada con posterioridad al inicio de la cesación de pagos, Nuñez considera que la misma resulta tipificable con total prescindencia de dicha fecha. Sin embargo, y toda vez que éste autor no delimita los extremos temporales del "momentum delictivo", consideramos conveniente brindar un punto de referencia, es decir un punto límite, hasta el cual puedan condenarse en sede penal los actos del comerciante quebrado.

Y atento la relación existente entre ambas figuras y el concepto de la cesación de pagos, entendemos que dicho momento debería limitarse a la extensión del período de sospecha, determinado por el art. 116 LCQ. Al respecto, éste artículo establece:

“Fecha de cesación de pagos: retroacción. La fijación de la fecha de iniciación de la cesación de pagos no puede retrotraerse a los efectos previstos por esta sección, más allá de los dos (2) años de la fecha del auto de quiebra o de presentación en concurso preventivo.

Período de exclusividad. Denomínase período de sospecha al que transcurre entre la fecha que se determine como iniciación de la cesación de pagos y la sentencia de quiebra.”

Sin perjuicio de esto, y respecto del significado del término fraude incorporado en el primer párrafo del art. 176 bajo análisis, cuestión discutida en los últimos párrafos del apartado anterior, observamos que, en forma consistente con las conclusiones a que arribaron Fontán Balestra y Nuñez, respectivamente, los artículos 118 y 119 de la Ley de Concursos y Quiebras, implícitamente definen los actos por los cuales se otorgan ventajas indebidas como tipos delictivos de daño efectivo.

Y ello por cuanto dichos artículos consideran actos violatorios de la igualdad de acreedores, y por ende susceptibles de revocatoria concursal y declaración de ineficacia respecto de los restantes acreedores, los actos a título gratuito, el pago anticipado de deudas cuyo vencimiento debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad a ella, la constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia respecto de obligaciones no vencidas que originariamente no gozaban de esa garantía, y todos los demás actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha, si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor.

Sin embargo, no deberá considerarse ventaja alguna la sustitución de un título por otro a un acreedor en tanto el remplazo efectuado no le repute un mejor derecho al que era titular antes de tal sustitución. Y ello en coincidencia con prestigiosa doctrina nacional, Nuñez, Sebastián Soler, Carrara, e internacional (doctrina alemana) que sostiene que a diferencia de lo que sucede en la figura delictiva de la estafa, no existe la tentativa de este delito, ya que una vez firme el auto de quiebra, los hechos que en la estafa serían tentativa, en la quiebra ya son hechos consumados.

III. EL DELITO DE COLUSION. ANALISIS DEL ART. 180 DEL CODIGO PENAL DELA REPUBLICA ARGENTINA.

1) INTRODUCCION

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. Allí se encuentran, entre otros, los tipos correspondientes a los fraudes a la masa de acreedores en el concurso preventivo y la quiebra, la quiebra provocada y la quiebra

negligente, y 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.

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.

Dicho texto, luego incorporado al Código Penal por Ley N° 11.221, originalmente establecía que:

“Al acreedor que consienta un arreglo judicial de resultados de un convenio hecho, bien con el deudor, bien con un tercero, y en virtud del cual haya estipulado ventajas particulares, se le castigará, si se aceptare aquél, con un año de prisión a lo sumo.

Igual pena se aplicará al deudor o al director-gerente o comisario de una sociedad anónima o de una cooperativa en estado de quiebra o de cesión judicial de bienes, que de su consentimiento a semejante contrato.”

Actualmente, es el art. 180 del Código Penal quien define el delito de colusión en los siguientes términos:

“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.”

2) ANALISIS DEL TEXTO LEGAL

De una primera lectura de la norma, se desprende cierta dualidad en el delito bajo análisis; se contemplan dos situaciones que si bien son idénticas, son tratadas en forma independiente, como si fueran dos tipos penales totalmente aislados uno del otro. Una es la connivencia dolosa que incrimina al acreedor y la restante, la connivencia dolosa del deudor o su representante con un acreedor o grupo de ellos.

Pues, el art. 180, por un lado, reprime el votar, como acreedor perteneciente a la masa, en concordatos, convenios o transacciones judiciales a cambio de especiales ventajas. Y por el otro lado, reprime al deudor o representante de una persona jurídica en estado de quiebra o concurso judicial de bienes -que entendemos se refiere al concurso preventivo- que concluye con un acreedor o grupo de acreedores un convenio por el cual se otorguen ventajas para el caso de aprobación del concordato, convenio o transacción judicial.

Entonces, mientras que la conducta de uno -el acreedor- resulta tipificable por el ejercicio de una acción en particular, es decir, se trata de un delito de resultado que sanciona dicha acción específicamente, la conducta de los restantes sujetos -el deudor o sus representantes- es tipificable por una conducta temporalmente anterior a la emisión del voto fraudulento: la conclusión del convenio que otorgue las ventajas especiales. Es decir, se trata en este segundo caso, de un delito de tentativa: la norma legal tratará de evitar el resultado del ardid confabulatorio.

Así, en el delito del acreedor, la emisión del voto consuma el delito, mientras que en el del deudor, la actividad que perfecciona el delito es la celebración del convenio con miras a la obtención del voto. En este último caso, la emisión posterior del voto, la aceptación o no por parte de la mayoría de acreedores, servirá únicamente a los fines anecdóticos.

3) PRIMERAS OBSERVACIONES

Con prescindencia de la forma en que el tema de fondo ha sido receptado por la normativa concursal, surgen las primeras cuestiones a las que creemos debe dársele respuesta antes de continuar con el estudio del delito de colusión y, particularmente, sobre la concordancia entre la ley penal y la ley de concursos en lo referente a esta figura.

Entre estas cuestiones, invariablemente, el primer interrogante que surge es determinar si la presente figura de colusión trata efectivamente de un delito concursal o no, independientemente de su inclusión en el capítulo correspondiente a la quiebra fraudulenta y otros delitos concursales. Y ello atento que la exegésis del citado artículo resulta controvertida por la inclusión en su cuerpo de los términos "convenio" y "transacción judicial" que no guardan una referencia directa, indiscutible, con el concurso como presupuesto de la comisión del delito.

Al respecto, Bacigalupo entiende que existen dos razones, una sistemática y otra exegética que apoyan la conclusión de que es efectivamente un delito concursal.

La razón sistemática que nos brinda la respuesta a dicho interrogante surge del análisis mismo de nuestro sistema jurídico, en el cual no es posible sin la existencia de un concurso (ya sea concurso preventivo o quiebra) determinar la antijuridicidad de un convenio o de una transacción judicial donde se otorguen ventajas a un acreedor sobre otros. Y esto por cuanto que el régimen contractual argentino está edificado sobre el régimen de la autonomía de la voluntad y la transacción judicial como acto lícito. Y es por esta razón que surge claramente que se trata de un delito, sin duda,

concurzal. Únicamente en caso de procesos colectivos y universales, que deben supeditarse al estricto respeto a la *pars conditio creditorum* y donde una mayoría tiene poder amplio “*ex-lege*” para imponer sus decisiones a una minoría, se podría concebir y reprimir el otorgamiento de ventajas especiales a unos, en desmedro del derecho de otros.

Respecto a la razón de carácter exegético, la misma radica en la coherencia que debe suponerse existente entre los dos párrafos integrantes del artículo de marras. En efecto, de acuerdo a la literalidad del segundo párrafo, la punibilidad del deudor o su representante depende de la declaratoria en sede judicial del estado falencial, al que el Código se remite en los términos de “quiebra o concurso judicial de bienes”, que entendemos, es extensible al concurso preventivo.

En consecuencia, resulta claro que se trata de un delito concurzal, cuya conducta se refiere a procedimientos concursales en curso, ya que sólo de esa manera alcanzan a vulnerar el bien jurídico tutelado: las normas y procedimientos concursales, es decir, el cumplimiento de la *pars conditio creditorum* y el debido cuidado del interés común de la masa por sobre el interés individual de cada uno de los acreedores.

Asimismo, y respecto al bien jurídico tutelado, en todos los casos, la casi obligatoria referencia a la masa de acreedores, demuestra que se protege, en primer término, la propiedad del conjunto de los acreedores en tanto el patrimonio del deudor es prenda común de ellos. Pero aún cuando dicha propiedad constituye el principal de los bienes jurídicos tutelados, lo cierto es que reviste tal carácter en una forma muy determinada, únicamente en el caso de delitos concursales.

Y es por ello pues, que los delitos allí tipificados, se refieren a las lesiones a la propiedad de la masa de acreedores cometidas mediante la infracción de las normas del concurso. Entonces, debe admitirse, complementariamente, que también existen aquí otros bienes jurídicos protegidos en forma indirecta: las normas y principios de los concursos (tanto preventivos como resolutorios). Es decir, la ley tutela la incolumidad del acto judicial, convenio, concordato o transacción, realizados dentro del marco del concurso preventivo o la quiebra, para evitar que, por medio de la corrupción de votos otorgados en ese acto, uno o varios acreedores obtengan una situación distinta sobre los demás y distinta para ellos, de no haber mediado el acuerdo fraudulento.

Y es justamente por la citada protección a los principios (e institutos) típicos de los concursos que entendemos que, aunque sea en forma indirecta, pero no por ello en menor grado, también resultaría incorporada dentro del conjunto de bienes públicos que el legislador ha querido proteger a través de la sanción de la presente norma, la “*pars conditio creditorum*”, es decir el elemento necesario de este tipo de procesos. Al respecto, y en tal sentido, nuestros Tribunales se han expresado en los siguientes términos, a saber:

“... La conducta tipificada y condenada por el legislador en el inc. 5º del art. 59 de la ley concurzal -Ley Nº 19.551-, consiste en el convenio clandestino entre el deudor y alguno o algunos de sus acreedores con miras a burlar, secretamente, el principio de las *pars conditio creditorum*;

lo castigado es el acuerdo subrepticio en beneficio de determinados titulares de acreencia, en desmedro, obviamente, de los demás..." (1º Instancia firme, Juzgado Nacional en lo Comercial de la Capital Federal Nº 13, 29/12/1981, "Di Paolo Hnos. S.A. s/Concurso Preventivo". Revista Jurídica Argentina La Ley, año 1984, tomo A, páginas 368 y siguientes).

Un segundo interrogante que se plantea, es el de establecer cuando se dan las condiciones necesarias que sirven para la correcta aplicación de los supuestos tipificados en el delito de colusión; es decir cuando se perfecciona el delito en sí mismo.

Al respecto, si bien algunos autores entienden que se consuma el delito con la confabulación misma, otros consideran que se produce recién con la emisión del voto, es decir en el acto externo demostrativo de un concurso anterior fraudulento.

La cuestión es entonces determinar si es necesaria para la consumación del delito, que la masa de acreedores apruebe la solución convenida por el acreedor confabulado. Y ello por cuanto el segundo párrafo del artículo en cuestión, no alude, de la misma forma explícita en que lo hace el primero, a que el delito se verifica "para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción", sino que se refiere únicamente a la "conclusión de un convenio de este género", el cual dentro del contexto del cuerpo normativo, entendemos referido ya sea a un acuerdo preventivo o a uno resolutorio.

Sebastián Soler, al respecto, sostiene que el momento consumativo está en la emisión del voto, en el consentimiento dado y no en la celebración del acuerdo. Para él, resulta totalmente indiferente el cumplimiento o incumplimiento del pacto celebrado, ya que basta que el voto haya sido dado en la esperanza de la ventaja para que el momento consumativo se perfeccione. Obvia resulta entonces, la respuesta que otorga este autor al interrogante sobre la obtención del voto de la masa de acreedores a favor de la propuesta efectuada.

Otros autores, como Anaya, sin embargo, sostienen que no se advierte la existencia de delito hasta tanto no se perfeccione el acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor con la emisión del voto. Hasta dicho momento, solo ha existido un acuerdo de voluntades -malvado claro está-, pero que no ha sido perfeccionado sino hasta la emisión del voto que otorga efectivamente las ventajas indebidas. Y en forma concordante con esta línea de pensamiento, se refiere a la exigencia legal de que el acto procesal sea aceptado para que el delito se haya consumado.

Es decir, hasta tanto no se encuentre firme dicho acto, por agotamiento de las instancias procesales ya sea para la impugnación o anulación del mismo, la connivencia dolosa entre el deudor o su representante y un acreedor o grupo de acreedores, sólo habrá quedado en grado de tentativa y en consecuencia no resultaría tipificable como delito en los términos del art. 180.

Asimismo, en una postura similar, Nuñez sostiene que el acreedor no consuma su delito al confabularse, sino al consentir, acto que denomina como cumplimiento del

pacto fraudulento, en virtud de la confabulación, el concordato, convenio o transacción judicial. Es decir, considera que el acreedor consiente al votar favorablemente el acuerdo que constituye el objeto de la connivencia y no al pactar dicha connivencia.

Y es este último autor quien, en relación al segundo interrogante, distingue “el momentum de la comisión del delito” dependiendo si se trata del tipo penal previsto para el acreedor o del tipo previsto para el deudor o sus representantes. Es así que considera que el deudor, director, gerente o administrador delinque al concluir el convenio fraudulento con el acreedor; es decir el acto inculpativo es la connivencia con el acreedor que compromete a éste último a consentir un acuerdo en violación de la *pars conditio creditorum*, mientras que el acreedor, luego del pacto, todavía tiene algo que hacer para llegar en definitiva a la criminalidad; es decir, no existirá la tipificación del acto criminal receptado en el primer párrafo del artículo en cuestión (es decir con respecto a la conducta del acreedor o tercero) hasta tanto no se haya perfeccionado la emisión del voto.

4) EL DELITO DE COLUSION y LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS

Habiendo ya determinado que la figura del delito de colusión corresponde al tipo de los delitos concursales, corresponde ahora analizar como han sido receptadas las normas pertinentes del Código Penal en la ley concursal. Para ello, deberemos distinguir dos momentos: El primero, hasta la derogación de la Ley N° 19.551, y un segundo, posterior, a partir de la promulgación de la Ley N° 24.522.

4.a) Así pues, el tema de la connivencia dolosa entre el deudor y un acreedor o grupo de acreedores, estaba en la Ley N° 19.551 contemplado en los siguientes artículos, a saber:

“Art. 16. El concursado no puede realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación ...”

“Art. 17. Los actos cumplidos en violación a lo dispuesto en el artículo 16 son ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores ...”

“Art. 44. La propuesta debe contener cláusulas iguales para los acreedores quirografarios y no puede consistir en prestación que dependa de la voluntad del deudor ...”

“Art. 59. Los acreedores con derecho a voto y quienes hubieran deducido incidente por no haberse presentado en término o por no haber sido admitidos sus créditos quirografarios pueden impugnar el acuerdo dentro del plazo de diez días siguientes a la finalización de la junta. La impugnación solamente puede fundarse en: 1)..., ... 5) Acuerdos entre el deudor y acreedores, violatorios del art. 44, párrafo 1º ...”

“Art. 67 ... Son absolutamente nulos los beneficios otorgados a los acreedores que excedan de los establecido en el acuerdo ...”

“Art. 235 (Calificación de Conducta). La conducta del fallido es fraudulenta cuando ha disminuido indebidamente el activo, ha ocultado sus libros y documentación, ha otorgado preferencias indebidas a los acreedores, ha abusado del crédito o ha negado información en el concurso...”

Es decir, hasta la derogación de la Ley Nº 19.551, importaba connivencia dolosa -fraudulenta en el caso de quiebra- el otorgamiento de beneficios especiales a uno o unos en desmedro del resto. La situación fáctica que delimitaba la infracción alcanzaba a todo acuerdo que no comprendiera a la totalidad de los acreedores a quienes se dirigía la propuesta -acreedores quirografarios- ya que ello suponía que había sido realizada en forma oculta; de lo contrario, los demás acreedores la hubiesen suscripto indudablemente.

Sin embargo, nuestros Tribunales, se han extendido en el entendimiento de los requisitos esenciales para que procediese la impugnación del acuerdo fraudulento, agregando la necesidad de existencia de dolo y violencia. En tal sentido, han sostenido que:

“... La gestión extrajudicial del deudor tendiente a lograr la concurrencia de los acreedores a la junta para votar favorablemente su propuesta no hace impugnabile el acuerdo aprobado en tanto no exista concierto fraudulento, no se concedan ventajas indebidas y no se emplee dolo o violencia...” (Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital Federal, Sala A, Nº 3114, 28/06/1977, “Vialco S.A.”. Revista Jurídica Argentina La Ley, año 1978, tomo B, página 699).

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, no es necesario demostrar la existencia efectiva del dolo, ya que cualquier ardid en desmedro de la masa de acreedores, es, por entidad propia, engañoso y doloso.

Errónea, por cuanto confunde el concepto de dolo con el de violencia. Según el Diccionario de la Lengua Española dolo significa engaño, fraude, simulación. En los delitos, voluntad intencional, propósito de cometerlos. En los contratos o actos jurídicos, engaño que influye sobre la voluntad de otro para la celebración de aquéllos y también la infracción maliciosa en el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Violencia, por su parte, se refiere a la calidad de violento, y éste como cualquier accionar ejecutado fuera de su natural estado, situación o modo; que se ejecuta contra

el modo regular o fuera de razón y justicia, es decir, con prescindencia de los efectos o consecuencias que se hallan planeado y/o acaídos.

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 art. 44, la Ley Nº 19.551 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 art. 242 LCQ establecía la total independencia de la cuestión penal en relación a la resolución dictada por el juez del concurso respecto a la calificación de la conducta del fallido; inclusive, no obligaba al juez penal ni importaba cuestión prejudicial alguna.

Respecto a los acreedores confabulados, los mismos eran considerados cómplices del fallido. En tal sentido, el art. 240 disponía:

“Es cómplice del fallido, a los fines de la aplicación del art. 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 art. 246 y remitidos los antecedentes pertinentes a la justicia penal. Las sanciones previstas en sede comercial eran:

“Art. 246. Cómplices.- El cómplice debe ser condenado: 1) a perder cualquier derecho que tenga en el concurso; 2) a reintegrar los bienes objeto de desapoderamiento sobre los que hubieren recaído su complicidad; 3) a pagar al concurso los daños y perjuicios; 4) a pagar al concurso una suma igual a la que se intentó sustraer...”

4.b) 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 y profundo que el que era necesario a la luz del antiguo texto legal. Y 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. 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 vigente. La Ley N° 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 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 en 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 art. 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 N° 24.522, se elimina el Capítulo IX del Título III de la Ley N° 19.551 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 arts. 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, o hasta el cumplimiento de la accesoria de inhabilitación que imponga el juez penal, de mediar condena en dicha sede.

IV. LAS FIGURAS DE COLUSION y LA QUIEBRA FRAUDULENTA

La principal diferencia entre ambas figuras, aunque puede resultar obvia, es que para que la conducta del fallido sea tipificable como fraudulenta en los términos del inciso 3º del art. 176 del Código Penal, debe encontrarse firme la sentencia de quiebra. Al respecto, nos remitimos en todo cuanto resulte necesario a lo expuesto en el capítulo referido a la quiebra fraudulenta.

Por el contrario, en el caso de la figura legislada por el art. 180, no es necesaria dicha declaración. La ley se conforma con la existencia de un concurso que tanto puede haber alcanzado el estadio de quiebra declarada (aunque no necesariamente firme), en cuyo caso el convenio puede estar dirigido al logro de un acuerdo resolutorio, como encontrarse en la etapa del acuerdo preventivo, en cuyo caso el convenio estará dirigido al logro de un acuerdo de éste último tipo.

Es decir, a diferencia de lo que sucede en el caso de la colusión, la sentencia declaratoria de quiebra será un elemento objetivo esencial para la calificación del tipo fraudulento. Y es en este punto que radica justamente la importancia de esta primera observación: El delito de colusión es el único tipo penal previsto que sanciona conductas que están ligadas a hechos antijurídicos del concurso preventivo; el resto de los tipos se refieren en su totalidad, a conductas antijurídicas que serán tipificables únicamente si media sentencia firme de quiebra.

Sin embargo no deberá confundirse la necesidad de que medie la declaración de quiebra, con la temporalidad de las actividades llevadas a cabo por el deudor sujetas a estudio. En otras palabras, resultarán punibles las acciones cometidas en épocas en que el deudor todavía conservaba la administración de su patrimonio, es decir, cuando aún no revestía la calidad subjetiva de quebrado.

La segunda diferencia entre ambas figuras delictivas radica en las valoraciones que deben tenerse en cuenta para la correcta tipificación del acto en estudio como antijurídico. Así, para el caso de la figura de colusión, se deberá estar solamente a la celebración del convenio fraudulento a escondidas de la masa de acreedores, con prescindencia de cualquier otra situación fáctica. Por el contrario, para la valoración de los hechos determinantes de la calificación de la conducta del fallido en los términos del inciso 3º del art. 176, deberá efectuarse, no solamente una valoración objetiva de la conducta del mismo durante la substanciación del trámite concursal, sino que deberá analizarse la gestión comercial en general, es decir teniendo una visión de conjunto de la actividad mercantil y de las actitudes adoptadas antes y durante el proceso.

Respecto a la tercer diferencia, observamos que para el caso del delito de colusión, contrariamente a lo que ocurre en el caso de la quiebra fraudulenta, existe pluralidad de personas punibles. Así pues, mientras que el art. 180 reprime por un lado la conducta fraudulenta del deudor o sus representantes y por otro, la connivencia de un acreedor o grupo de ellos, el art. 176, inc. 3º se limita unicamente a juzgar la conducta del deudor fallido. Resta aclarar que sobre este punto en particular, nos hemos referido "in extenso" en el capítulo 2) de la sección dedicada al delito de colusión.

Finalmente, y respecto a las ventajas que se otorgan, tema sobre el cual versa la cuarta gran diferencia entre ambas figuras delictivas, nos remitimos a los dichos de Ricardo C. Nuñez, quien se refiere al tema en los siguientes términos: "Las ventajas deben estar a cargo de bienes que no integran el acervo de garantía de la masa de acreedores, como son los bienes de un tercero, o los del fallido o concursado una vez liberado, o los bienes de éste que no responden a la masa. Por lo tanto quedan excluidas del artículo 180 las ventajas hechas a expensas de los bienes que integran el patrimonio que garantiza los créditos de la masa, las cuales constituyen sustracciones o ventajas comprendidas en los artículos 176 y 179, según el caso."

En cuanto a las similitudes entre ambas figuras, destacamos que ambas son, principalmente, violatorias del principio de igualdad de los acreedores ante la masa de los bienes; pero también, y respecto de los otros acreedores, implican un atentado contra la integridad del acervo de garantía, pues en relación a ello, la ventaja indebidamente concedida disminuye su monto.

V. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Código Penal y Leyes Complementarias (t.o. en 1984 y modificaciones). AZ Editora, Buenos Aires, Argentina.
- Real Academia Española, "Diccionario de la Lengua Española". Decimonovena edición, 1970. Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid, España.
- Quintana Ferreyra, "Concursos. Ley N° 19.551 Comentada, Anotada y Concordada". Tomo 1 (artículos 1° a 83), página 635 a 638. Editorial Astrea, 1985, Buenos Aires, Argentina.
- Sebastián Soler (actualización de Manuel A. Bayala Basombrio), "Derecho Penal Argentino". Tomo IV, páginas 517 a 521, 10° reimpresión, 1992. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina.
- Enrique Bacigalupo, "El Delito de Insolvencia Fraudulenta". Revista de Derecho Penal y Criminología, página 70, Edición N° 1, Enero - Marzo 1968, Ediciones La Ley S.A.E. e I., Buenos Aires, Argentina.
- Justo Laje Anaya, "Quebrados y otros deudores punibles". Páginas 119 a 123. Ediciones Depalma, 1967, Buenos Aires, Argentina.
- Carlos Creus, "Quebrados y otros deudores punibles". Páginas 172 a 189, 1° reimpresión, 1993. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina.