

El concurso preventivo del señor “B” y porqué Argentina está en el puesto 111 del ranking de Resolución de la Insolvencia.

Miguel Eduardo Rubín. Publicado en El Derecho 19 de mayo de 2020.

Sumario: 1. Otra vez acerca de las prácticas de los concursados de mala fe. 2. El concurso del señor “B”. 3. La realidad concursal argentina en números. 4. Los objetivos del concurso preventivo fraudulento. 5. Cuestiones relacionadas con la Contabilidad. 6. Los dictámenes del contador del art. 11 LCQ. 7. El drama de la verificación tempestiva. 8. Anomalías que pasan sin pena ni gloria. 9. El derecho represivo relacionado con la insolvencia. 10. El Derecho Penal Concursal. 11. Repasando las estadísticas de la persecución penal de los delitos relacionados con la insolvencia y una conclusión obvia.

1. Otra vez acerca de las prácticas de los concursados de mala fe

Hace unos años publiqué un estudio sobre las maniobras que se llevan a cabo en ciertos procesos concursales de nuestro país y efectué una revista de los antidotos que ofrece la Ley para combatirlas¹.

Todavía está fresca la tinta de otra monografía que escribí sobre un tema aledaño² que, supongo, también será publicada.

En verdad, las cosas no han mejorado gran cosa en estos tiempos. Los trucos de algunos concursados para desprenderse de sus deudas legítimas se siguen dando con cierta asiduidad.

Este estudio está dedicado a demostrar que ello ocurre, en parte, porque nuestras leyes no ofrecen suficientes herramientas para combatir esos desvíos, pero también, porque los remedios que están regulados no son utilizadas con suficiente energía y eficacia.

2. El concurso del señor “B”

Dos o más hermanos tenían negocios en común. Todo era paz y armonía hasta que uno de ellos muere. Desde ese momento, el o los hermanos sobrevivientes entran en pugna

¹ Rubín, Miguel E., “Del manual del defraudador concursal y de la tecnología desarrollada por la Jurisprudencia y la Doctrina para detectar y desactivar las trampas allí propuestas”, E.D. 250-653, luego reproducido en la Revista Electrónica de Derecho Concursal (Perú), n° 92, diciembre/2012.

² Rubín, Miguel E., Verificación de crédito en el concurso con reconocimiento de la obligación”, a publicarse en Microjuris.

con los sucesores del fallecido. Ese es el numen de un drama que ha nutrido a la Literatura universal.

En este caso se trataba de tres hermanos que apellidaré “B”³. Uno de ellos falleció en el año 2008. No mucho después de esa infausta pérdida se desencadenó un conflicto económico, que luego pasó por los tribunales, entre los hermanos “B” y la señora “C”, viuda del tercer hermano.

En el año 2014, cuando, al parecer, aquella causa judicial estaba en tiempo de definiciones, los dos hermanos “B”, simultáneamente, pidieron y obtuvieron la apertura de sus concursos preventivos⁴, procesos que, según se puede conjeturar, tuvieron por una de sus finalidades primordiales, evitar, o por lo menos, alejar en el tiempo, el pago de lo que le debían a la señora “C”⁵.

³ Los nombres y apellidos de las partes, aunque constan en algunas publicaciones del fallo, por motivos de decoro, los suprimí en esta monografía.

⁴ Aclaro que todo lo que sé de este concurso resulta de la publicación de la sentencia de la Cámara (CNCom, Sala “E”, 12/03/2018, “B., N. E. s/Conc. Prev.”, MJJ113139), pues no consulté el expediente ni tuve participación alguna en la causa.

Me enteré de la existencia del concurso preventivo del hermano del señor “B” (exp. n° 104.220) a través de la versión en Internet del Boletín Oficial del 07/05/2014.

Ambos procesos, por lo que se lee en ese periódico, tramitaron por ante el mismo Juzgado y Secretaría.

Desconozco si ambos procesos concursales pasaron por circunstancias similares.

⁵ Las reyertas familiares por cuestiones de dinero que, en algún momento pasan por un proceso concursal, ocasionalmente conmueven la sensibilidad de los jueces ocasionando decisiones que, aunque irreprochables desde el punto de vista moral, conforman soluciones *contra legem*.

Así, en cierto concurso preventivo en el cual la esposa del concursado fue la principal acreedora y activa impugnante del acuerdo, la Cámara de Apelaciones, después de desestimar el recurso que esta última había ensayado contra la sentencia homologatoria, dispuso que dicho acuerdo sería válido para los demás acreedores, pero “inoponible a la apelante”, curioso final para un proceso que, se supone, es universal (CNCom, Sala “C”, 28/09/2009, “Vilar, Manuel J. s/Conc. Prev.”, MJJ50705).

Esa decisión judicial, de más que discutible sustento legal, por razones diversas, mereció algunas muestras de aprobación (Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos A., “Inoponibilidad del acuerdo preventivo en caso de liquidación de la sociedad conyugal”, L.L. 2010-A, pág. 195; Vítolo, Daniel R., “La evolución del régimen de privilegios en la Ley de Concursos y Quiebras. De un “orden cerrado” estable a un “orden poroso” inestable”, E.D. 267-614, Cita Digital: ED-DCCLXXV-922; Favier Dubois, Eduardo M. (p) y Favier Dubois, Eduardo M. (h), “Remedios legales típicos y atípicos frente al concurso preventivo fraudulento”, DSC agosto/2012, <http://www.errepar.com>; Favier Dubois, Eduardo M. (h), “La acción autónoma de inoponibilidad de los efectos de un concurso preventivo fraudulento”, ponencia presentada ante el VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal, Tucumán, año 2012).

Desde luego, también hubo puntos de vista críticos, a los que adscribo (merecen destacarse: Truffat, E. Daniel, “Reflexiones sobre abuso y discriminación en la propuesta de acuerdo. Con motivo de un fallo tan querible como erróneo”, L.L. 2004-F, pág. 790; Graziabile, Darío J., “¿Inoponibilidad parcial del acuerdo homologado? Interferencia del derecho patrimonial de familia en el concurso”, DSE, marzo/2010, n° 268, t° XXII, pág. 272; del mismo autor: “¿Inconstitucionalidad del acuerdo preventivo homologado?”, L.L.B.A. 2004, pág. 817).

De hecho, por lo menos en el caso que aparece publicado, la señora “C” (por sí y en representación de sus hijas menores de edad) intervino como acreedora, desempeñando un rol tan protagónico como plagado de desaciertos.

Los dos concursos personales estuvieron atravesados por curiosas circunstancias. Imagino (no encuentro otra explicación) que el hecho de que las demandas concursales de los hermanos “B” se hubieran presentado simultáneamente y ante el mismo juzgado se debió a su condición de coobligados ex art. 68 LCQ.

Pero lo que resulta extraño es que los dos concursos tramitaron por ante la Justicia Nacional en lo Comercial de la ciudad de Buenos Aires a pesar de que ambos concursados denunciaron tener el mismo domicilio, en la provincia de Córdoba. De manera que, de algún modo, los hermanos “B” debieron convencer al juez de que la sede de la administración de sus negocios a la que se refiere el art. 3 inc. 1 LCQ estaba situada en la Capital Federal, extremo que, como veremos más adelante, es más que dudoso.

En el concurso de uno de los señores “B” (insisto: el único que encontré en los repertorios jurisprudenciales) fue clave la ya citada sentencia de la Cámara de Apelaciones que revocó la decisión de Primera Instancia que había homologado el acuerdo preventivo.

Para entonces habían transcurrido cuatro años desde la apertura del proceso, lapso que luce excesivo para un concurso de persona humana con muy pocos acreedores.

La referida decisión de la alzada exhibe esta paradoja: si bien, de manera irreprochable, la Cámara dejó sin efecto la homologación del concordato, no concluyó el proceso declarando la quiebra y, lo que es más, en esa especie de nulidad virtual de lo actuado hasta entonces, dejó todo en la nada, con lo cual estuvo lejos de dar alivio a los damnificados por el fingido insolvente.

Vale aclarar que esa sentencia de segunda instancia no constituyó un hecho aislado en tan extensa como extraña batalla judicial. Tanto la Ley como cada sujeto del proceso tuvieron su cuota de responsabilidad para que se fueran acumulando varias irregularidades y equivocaciones.

El señor “B”, al demandar la apertura de su concurso preventivo, denunció que su Activo estaba integrado únicamente por algunos vehículos y máquinas, todo ello, de valor módico. También afirmó tener tan solo dos acreedores.

Pero, a la hora de la verdad, se presentaron tempestivamente doce pedidos de verificación, incluyendo, claro está, el de la señora “C” (por sí y en representación de

sus hijas menores de edad) y el de su abogado (vuelvo a suponer) por los honorarios ganados en los pleitos en los cuales el señor “B” fue condenado en costas.

En la oportunidad del art. 34 LCQ el señor “B” impugnó los créditos de la señora “C” y de su letrado. Por su parte, la señora “C” objetó a todos los demás pedidos de verificación aduciendo que eran créditos ficticios, que carecían de respaldo contable y que no habían sido denunciados al pedir la apertura del concurso; todo lo cual, a su vez, le hacía pensar que no figuraban en la contabilidad del hipotético deudor.

Empero (esto se infiere, porque no está dicho en la sentencia que comento) ninguno de tales cuestionamientos fue tenido en cuenta, pues todos los créditos fueron declarados “admisibles” en la sentencia del art. 36 LCQ.

Curiosamente, ni la señora “C”, ni ningún otro interesado, interpusieron incidente de revisión ni la acción de dolo de los arts. 37 y 38 LCQ respecto de crédito alguno, por lo que aquella sentencia que validó los doce créditos alcanzó firmeza.

La señora “C”, si bien impugnó la primera propuesta de acuerdo efectuada por el señor “B”, luego, cuando este introdujo sucesivas mejoras a dicho ofrecimiento, dejó vencer sendos plazos procesales sin objetar a ninguna de ellas.

Fue así como el juez de Primera Instancia, sin tomar en cuenta las singulares circunstancias que luego mencionaré, homologó el acuerdo preventivo consistente en el pago del 60% del capital nominal de los créditos reconocidos, en cinco cuotas anuales, iguales y consecutivas, venciendo la primera de ellas al año siguiente, esto es, en el año 2019. Dichas cuotas cargaría un interés del 15% anual.

Tomando en cuenta que en el año 2018 la depreciación de la moneda argentina fue del 47,6% (la cifra más alta de los 27 años anteriores según el INDEC⁶) y que, antes y después de ese período, también hubo una fuerte inflación, es notorio que la fórmula concordataria era ruinosa para los acreedores. Sin embargo, obtuvo, y con creces, la adhesión de las mayorías de ley, conformada, desde luego, por los “otros” acreedores, es decir, todos menos la señora “C”, sus hijas y su abogado.

La señora “C” (insisto: que no había impugnado la última fórmula de acuerdo preventivo) interpuso entonces recurso de apelación contra la sentencia que homologó el concordato, recurso que tuvo el apoyo (por mera adhesión) del Defensor de Menores e Incapaces.

⁶ <https://www.lanacion.com.ar/economia/dolar/inflacion-diciembre-2018-indec-precios-nid2211091>

El planteo recursivo tampoco era técnicamente apropiado, pues, según relata la sentencia glosada, se concentró en tratar de evitar el levantamiento de la inhibición general de bienes que dicha resolución conllevaba. El único cuestionamiento al acuerdo propiamente dicho consistió en genéricas denuncias de “connivencia entre el concursado y los acreedores insinuantes”.

En esas condiciones, el conflicto llegó a la segunda instancia.

La Fiscal General ante la Cámara de Apelaciones -según dijo la sentencia que vengo describiendo- cuestionó la propuesta por abusiva, pero únicamente por la tasa de interés, pues la consideró insuficiente. Es decir, no objetó la quita del 40% del capital nominal que se estaba dando –reitero- en tiempos de grave inflación monetaria.

Finalmente el expediente pasó a la consideración de los jueces de la Cámara. Fue entonces cuando los colegiados descubrieron que la síndico, en el detalle del Activo de su Informe General, había incluido, como bien del concursado, el porcentaje indiviso de un campo en la provincia de Córdoba, el que, obviamente, no había sido denunciado al demandarse el concursamiento.

El tribunal, antes de decidir, le exigió a la funcionaria concursal que explique las razones de la sorpresiva aparición de ese bien en el Activo concursal y que acredite documentalmente tal titularidad.

El asombro de los jueces habrá ido en aumento cuando la síndico “..se limitó a decir que fue la acreedora “C” quien le dio la información y que la documentación requerida [que, todo parece indicar, nunca había visto] obra en poder del concursado”.

Recién entonces, intimación del tribunal mediante, “el deudor acompañó copia de las constancias documentales que dan cuenta de la existencia de cinco fracciones de campo y un lote de terreno ubicado en zona urbana e intentó justificar las razones por las cuales estos bienes no fueron denunciados en el escrito inaugural”⁷.

En ese insólito entorno, el concursado, en palabras de la sentencia de la Cámara, “..ofreció [volver a] mejorar sensiblemente el acuerdo concordatario”.

Corrido que fue el traslado de esa presentación, “..tanto la recurrente [la señora “C”] como la Fiscal General se opusieron a la mejora ofrecida y solicitaron la nulidad del acuerdo..”.

⁷ El concursado señaló que, con tales bienes, él y su hermano y condómino, en el año 2013 (es decir, poco antes de solicitarse los concursos preventivos de ambos), constituyeron un fideicomiso, pero que no llegaron a transferir el dominio fiduciario por motivos burocráticos.

Finalmente, la Cámara, como se caía de maduro, hizo lugar a los recursos y revocó la referida homologación, pero nada más que eso.

Breve resumen de lo que ocurrió y de lo que no ocurrió en el caso en comentario:

- a. El señor “B”, en la oportunidad del art. 11 LCQ, no denunció los bienes más importantes de su patrimonio.
- b. En el Informe General aparecieron incluidos, sin ninguna explicación, bienes importantísimos del deudor que -reitero- este no había denunciado como de su propiedad en la presentación inicial.
- c. Ni la falta de exteriorización de esos bienes en la demanda concursal, ni su repentina e inexplicada aparición en el estado del Activo de la síndico, ocasionaron reacción alguna del juez del concurso.
- d. El señor “B”, en la misma presentación primigenia, tampoco reconoció a la mayoría de quienes terminarían siendo admitidos como sus acreedores.
- e. Esto último, a la Sindicatura, no le resultó anómalo, y, de hecho, a pesar de las objeciones que se habían cruzado en las condiciones del art. 34 LCQ, aconsejó la verificación de todos los créditos insinuados.
- f. Algo similar hizo el magistrado de Primera Instancia, pues, como anticipé, dispuso la incorporación al Pasivo concursal de todos los acreedores que habían solicitado la verificación.
- g. El mismo juez del concurso, en el año 2018, es decir, durante el período de tremenda inflación monetaria, homologó un acuerdo con una quita del 40% del monto nominal del capital de los créditos e intereses al 15% anual.
- h. El juez de Primera Instancia primero, y los jueces de la Cámara después, concedieron el recurso de apelación a quien no estaba legitimada, pues -reitero- la señora “C”, si bien había impugnado la primigenia fórmula de acuerdo concordatario, no impugnó la que se terminó homologando. De ese modo, no era **acreedora impugnante** conforme el art. 51 LCQ.
- i. Además, la señora “C”, para fundar su recurso, no invocó ninguna de las causales del art. 50 LCQ, que, vale recordarlo, son taxativas⁸.
- j. La Cámara de Apelaciones admitió el recurso, pero no por sus fundamentos, sino haciendo lugar al planteo de la Fiscal General. De ese modo dejó sin efecto

⁸ CNCom, Sala “A”, 02/10/2009, “La Capilla S.A. s/Conc. Prev. s/Inc. de apelación”, MJJ52133; Molina Sandoval, Carlos A., “Sobre la vía procesal idónea para incoar la propuesta abusiva en el marco del concurso preventivo”, MJD2977.

la homologación el acuerdo preventivo por haber sido celebrado en fraude a la ley (art. 52 inc. 4 LCQ)⁹.

- k. Sin embargo, el mencionado tribunal de alzada, en esa misma sentencia, siguiendo una tendencia bastante extendida¹⁰, no dispuso la quiebra del concursado, aunque, como veremos, ello, en gran medida es culpa del texto de la ley.
- l. Por último, el tribunal *ad quem*, después de poner de resalto “..el reprochable accionar de la síndica..”, sobre todo por no haber cumplido eficientemente con su deber de investigación (art. 275 LCQ)” (proceder que, por lo que llevamos visto, fue apenas uno de los exponentes de su deficiente labor), tan solo le impuso “..una sanción de apercibimiento”¹¹, es decir, una de las más leves de las previstas en la ley¹².
- m. A pesar de que la señora “C”, el Asesor de Menores, la Fiscalía de Cámara y los integrantes del tribunal tuvieron serias sospechas de que los “demás” acreedores no eran genuinos, de que el deudor había ocultado bienes, de que había recurrido al concurso con ánimo de fraude, nadie denunció ninguno de esos hechos ante la Justicia Penal, denuncia que debiera ser la consecuencia natural de la nulidad del acuerdo¹³.

Justo es recordar que, salvo la señora “C”, todos los demás sujetos del proceso que mencioné, ante la evidencia de un delito de acción pública, están obligados a denunciarlo en esa sede, tema al que volveré.

Algo al pasar dije que, en este caso, el texto de la Ley también tuvo su cuota de responsabilidad. Me explico.

⁹ Sin embargo, debo reconocer que el tribunal hizo lo que correspondía, pues, como se ha dicho tantas veces, “..en todos los casos y aún en ausencia de cuestionamiento alguno, el juez está obligado a examinar si la propuesta es abusiva o importa un fraude a la ley” (CNCom, Sala “F”, 26/04/2011, “Mallarini, Jorge A. s/Conc. Prev.”, MJJ66180).

¹⁰ Es lo que ocurrió, por ejemplo, en CNCom, Sala “C”, 27/11/2009, “Casares, Carlos M. s/Conc. Prev. s/Inc. de nulidad del acuerdo por Pochat, Juan M.”, MJJ52571, con nota de Barreiro, Marcelo G. y Parducci, Diego, “¿Un nuevo supuesto de nulidad del acuerdo preventivo?”, DSE n° 287, octubre/2011, tº XXIII, pág. 1099.

¹¹ El **apercibimiento**, aunque cuenta como antecedente para aplicar penalidades, en realidad no es una sanción, sino una advertencia (Rubín, Miguel E., “Régimen disciplinario de los síndicos concursales”, E.D. 187-1368, Cita Digital: ED-DCCLXIV-362).

¹² Sin embargo, el decisorio dijo que el apercibimiento “..resulta razonable y guarda proporción respecto de la entidad de las faltas cometidas (LCQ: 255)”.

¹³ Grispo, Jorge D., “Efectos de la nulidad del acuerdo preventivo”, E.D. 176-1016.

El art. 62 de la ley 19551 era clarísimo: “La resolución por la que no se homologue el acuerdo debe disponer la declaración de quiebra..”.

Cuando vino la reforma de la ley 24522 el art. 52 LCQ (fiel a la política legislativa de esa época) pasó a establecer que el juez del concurso sólo podía denegar la homologación de una propuesta de acuerdo si no obtenía la aprobación de las mayorías legales. Para esa hipótesis, tanto el art. 46 LCQ como el art. 77 inc. 1 LCQ determinaban que el magistrado debía disponer la quiebra, salvo en el supuesto del art. 48 LCQ.

Pero desde al año 2002, cuando la ley 25589 (cambiando radicalmente el enfoque) introdujo el inc. 4 en el art. 52 LCQ que determina que “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”¹⁴, nuestro régimen concursal adolece de un grave defecto: no está dicho en ese art. 52, ni en el art. 77, ni en ninguna parte, que el juez deba disponer la quiebra cuando rechaza el acuerdo porque la propuesta es abusiva o en fraude a la ley.

Para más, los comentaristas, con razón, han señalado que la enumeración del inc. 1 del art. 77 LCQ es taxativa, por lo que “no pueden crearse alternativas de quiebra indirecta por analogía”¹⁵.

Es cierto, como razonó la Dra. Kemelmajer de Carlucci al votar en el célebre caso “Argenfruit”¹⁶, que “la alternativa natural de la no-homologación del acuerdo debiera ser la quiebra”; y, en verdad, es lo que hicieron, sin mayores explicaciones, en unos pocos precedentes, el tribunal capitalino¹⁷ y algunos de sus colegas provinciales¹⁸. Pero la verdad es que la interpretación literal de las referidas normas (que es la primera que

¹⁴ Me ocupé de esta reforma en: Rubín, Miguel E., “Las nuevas atribuciones del juez del concurso respecto del acuerdo preventivo según la ley 25.589. Un hito en la evolución del Derecho Concursal argentino”, E.D. 198-964, Cita Digital: ED-DCCLXIV-21; y en “La nueva reforma al régimen concursal que trajo la ley 25.589”, L.L. 2002-C, pág. 1368.

¹⁵ Por ejemplo: Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos A., “Ley de Concursos y Quiebras Comentada”, ed. Abeledo-Perrot, tº II, comentario al art. 77.

¹⁶ CSJ Mendoza, Sala I, 24/06/2003, “Argenfruit S.A. en j 5759/27.007 Pedro López e Hijos S.A.C.I.A. p/Conc. s/Inc. Cas.”, <https://www.casm.org.ar/web/notiver.asp?1204>.

¹⁷ CNCom, Sala “D”, 22/02/2018, “Rideria S.A. s/Quiebra”, MJJ113160; ídem, Sala “E”, 17/02/2017, “Filippelli Salazar, Gustavo R. s/Quiebra”, MJJ107226.

¹⁸ Por ejemplo: CCiv y Com Necochea, 12/03/2009, “Frechero, Osvaldo S. y Benítez, Margarita B. s/Conc Prev s/Inc. de impugnación al acuerdo”, MJJ42700; CCiv y Com Mercedes, 31/10/2013, “Casasco, Ricardo A. s/Conc. Prev.”, MJJ85001.

hay que hacer¹⁹) nos pone ante una disyuntiva atroz²⁰: que el concursado abusivo o fraudulento salga indemne y que el concurso sea, para los acreedores, nada más que una pérdida de tiempo.

En resumidas cuentas, en el caso en estudio, si bien la Cámara de Apelaciones, al revocar la sentencia que homologó el acuerdo²¹, impidió que se consuma una maniobra ilegítima, su protagonista, el señor “B”, pasó a estar en el mejor de los mundos, pues, después de tantos años, no le había pagado un centavo a sus verdaderos acreedores, y lo que es más, no recibió sanción alguna por las transgresiones a la ley que cometió.

3. La realidad concursal argentina en números.

Desde del siglo XIX, más precisamente desde los tiempos de Eugen Ehrlich (considerado padre de la Sociología Jurídica²²), el Derecho es considerado un fenómeno social y estudiado como tal²³.

Sin embargo, en esta materia, sus especialistas están lejos de haber construido consensos definitivos²⁴, sobre todo a partir de lo que se ha dado en llamar la globalización²⁵.

¹⁹ CSJN, 30/10/2018, “Martínez, Leonardo M. c. Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.”, MJJ114910.

²⁰ No me detendré en esta oportunidad en lo que se ha dado en llamar la “tercera vía”, es decir la posibilidad de que el tribunal confiera al cesante una oportunidad adicional para mejorar su propuesta concordataria (véase, al respecto, Dasso, Ariel A., “La propuesta abusiva, la `tercera vía` o el color del cristal con que se mira. El mito del empresario inmortal”, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, año 2, n° 2, abril/2011, pág. 3), alternativa que nos sumerge en muchos otros problemas, por ejemplo si es equitativo conceder ese alivio procesal a quien utiliza fraudulentamente el proceso concursal, o cuál debiera ser el apercibimiento que el juez debe establecer para el caso en el cual el concursado no mejore genuinamente su ofrecimiento dentro del nuevo plazo concedido.

²¹ Sin decirlo, el colegiado (acertadamente, por cierto) resistió la tentación de seguir el criterio que del ya mencionado caso “Vilar”.

²² Messio, Patricia E., “La función social del derecho. El derecho vivo”, Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación n° 39/40, enero-junio/2006, II-LI-986.

²³ En nuestro país esta asignatura tuvo especial impulso desde la creación de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (https://www.facebook.com/pg/SASJuridica/posts/?ref=page_internal), institución que, desde el año 2000, viene organizando periódicamente los Congresos Nacionales de Sociología (véase al respecto: González, Manuela G. y Lista, Carlos A., “La Sociología Jurídica en la Argentina”, en “Sociología Jurídica en Argentina: tendencias y perspectivas”, ed. EUDEBA, pág. 9).

²⁴ Ferrari, Vincenzo, “Cincuenta años de Sociología del Derecho. Un balance”, rev. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 43 n° 129, septiembre-diciembre/2010, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332010000300016

²⁵ Noguera-Fernández, Albert, “Reformulando la Sociología Jurídica: transformaciones del derecho en la mundialización y nueva ciudadanía”, rev. Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá (Colombia), n° 11, enero-junio/2009, pág. 11, <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/23>

No obstante, son muy constructivos los estudios que se han desplegado sobre la **eficacia del derecho** (concepto sobre el que tampoco hay demasiadas certezas), que es uno de los temas primordiales de la Sociología del Derecho²⁶, también en América Latina²⁷.

Sin ánimo de participar en el debate dogmático sobre este tópico²⁸, y nada más que con el fin de establecer un punto de partida para este estudio, habré de considerar que la eficacia de un sistema jurídico depende de los siguientes factores:

- Que el legislador tenga en claro cuáles son los objetivos a cuidar; lo cual, durante mucho tiempo, se denominó **interés jurídico protegido**.
- Que, en base a esos objetivos, se elabore una normativa con buena técnica.
- Que esas disposiciones legales persuadan a la amplia mayoría de la población que es mejor cumplirlas que transgredirlas²⁹.
- Que, cuando se cometan los ilícitos, las sanciones lleguen rápido y sean serias³⁰, finalidad que se asimila a la **seguridad jurídica**³¹. Esta actividad, por cierto, está en manos de los otros dos poderes del Estado.

Cualquiera de esos pilares que falle hará que el sistema fracase.

Apliquemos las ideas que acabo de enunciar al sistema jurídico concursal. Apunté en otra monografía³² que la eficiencia de un sistema concursal se mide por la cantidad de

²⁶ Greppi, Andrea, "Eficacia", rev. Eunomía (Revista en Cultura de la Legalidad), nº 3, septiembre/2012–febrero/2013, pág. 150.

²⁷ García Villegas, Mauricio, "Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina", rev. El otro Derecho, nº 26-27, abril/2002, pág. 13, <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2904/NotaspreliminaresparalacaracterizaciondelderechoenAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²⁸ Entre nosotros fue Donzis, en un interesante estudio, quien se ocupó de este tema (Donzis, Rubén H., "La eficacia social de las normas jurídicas", Revista Electrónica de Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas, año II, nº IV, diciembre/2006, pág. 6, http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/re_tpenj_004.pdf).

²⁹ Donzis (op. cit.) identificó a la **aceptación del Derecho** (entendida como el acatamiento espontáneo a las normas) como uno de los aspectos que más contribuyen a la eficacia jurídica.

³⁰ Lell aprecia que la eficacia de un sistema jurídico básicamente depende de la utilización de mecanismos sancionatorios persuasivos (Lell, Helga M^a, "La eficacia de 'lo justo normativo': lejos de la convicción y cerca de la persuasión", rev. Prisma Jurídico, vol. 12, nº 2, julio-diciembre/2013, pág. 631, https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/89343/CONICET_Digital_Nro.28d271c1-5dbb-4757-92d4-263966542acd_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y).

³¹ Véase, al respecto: Saggese, Roberto M. A., "Justicia y seguridad jurídica", E.D. Filosofía, 212-1195, Cita Digital: ED-DCCLXVII-823.

³² Rubín, Miguel E., "¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del Derecho Concursal argentino (primera parte)", E.D. 260-536.

casos en los cuales se logra un reparto equitativo de las desgracias que ocasiona la insolvencia del deudor y por el número de insolventes que pueden recuperar su actividad productiva en el corto plazo³³.

Si el ordenamiento concursal es poco eficaz, la mayoría de los procesos terminan en la liquidación de bienes, la rehabilitación de los concursados llega tarde o nunca, y el resultado de esa operación no satisface a sus acreedores.

Como el Derecho Concursal se mueve en el terreno de la insolvencia, donde las necesidades siempre superan a los recursos disponibles, la tentación de recurrir al ilícito es muy grande. De allí que la eficacia del sistema concursal también debe medirse por su capacidad para disuadir a los deudores para que no perjudiquen ilegítimamente a sus acreedores (y viceversa); y, en su caso, por su aptitud para castigar con rapidez y energía a quienes cometen las faltas³⁴.

¿Cómo saber si un sistema concursal es más eficiente que otro? Para eso hay que comparar las normas de cada país y el resultado de su aplicación mediante estadísticas confiables³⁵.

En nuestro país, a nivel nacional, hay numerosos organismos que colectan datos relacionados con los procesos judiciales en general y sobre los procesos concursales en particular. La Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación³⁶, la de la Corte Suprema de la Nación³⁷, el Registro de Juicios Universales³⁸ y la Oficina de Estadísticas del Consejo de la Magistratura³⁹ llevan algunas estadísticas sobre esos temas.

También hay un organismo inter-jurisdiccional que hace lo propio⁴⁰.

³³ Para ampliar estos conceptos: López Gutiérrez, Carlos, Torre Olmo, Begoña y Sanfilippo Azofra, Sergio, “¿Puede una ley concursal ser eficiente? Una aproximación conceptual a la solución de los problemas de insolvencia”, Revista Innovar Journal, Colombia, vol. 21, nº 41, año 2011, <https://revistas.unal.edu.co/index.php/innovar/article/view/35397/35765>.

³⁴ Cámara, Miriam M., “Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolvencias punibles” (tesis doctoral), ed. Universidad Autónoma de Barcelona, pág. 30, <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/399987/mmc1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³⁵ Calvo García, Manuel y Picontó Novales, Teresa, “La investigación empírica en el ámbito de la Sociología Jurídica”, ed. UOC, <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/36375-investigacion-empirica-ambito-sociologia-juridica>

³⁶ http://old.pjn.gov.ar/07_estadisticas/estadisticas/07_estadisticas/index.php

³⁷ <https://www.csjn.gov.ar/datos-estadisticos/>

³⁸ Que, entre sus funciones, tiene la de confeccionar estadísticas mensuales sobre los procesos concursales (https://www.csjn.gov.ar/dgarchivo/d_juicios_univ.html).

³⁹ <http://www.consejomagistratura.gov.ar/index.php/administracion-general>

⁴⁰ La Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ju.Fe.Jus.) reúne los datos estadísticos provenientes de cada jurisdicción

Sin embargo, la información disponible sobre los procesos concursales, comparada con la de países avanzados⁴¹, es poca y deficiente.

De tal suerte que, para saber lo que ocurre en Argentina, hay que acudir a las investigaciones de organismos internacionales.

En el informe “*Doing Business*” del Banco Mundial que se terminó en mayo de 2019⁴², entre otros datos, se identificaron los puntos débiles de las leyes concursales y los principales cuellos de botella procedimentales y administrativos que afectan a los procesos de insolvencia en casi todo el mundo.

Allí, en materia de Resolución de la Insolvencia⁴³, Argentina (en descenso respecto de la medición del año anterior) aparece en el puesto 111⁴⁴, en tanto que, por no citar más que ejemplos de América Latina, Perú luce en el puesto 90, Uruguay en el 70, Chile en el 53, Colombia en el 32 y Puerto Rico en el 10.

No es más alentadora la tasa de recuperación del crédito en los procesos de insolvencia. En Argentina, por cada u\$s 100 invertidos, los acreedores recuperan, en promedio, u\$s 19,2, sólo parecido en la región a Venezuela, y muy por debajo de países como Chile (u\$s 60,1), México (u\$s 70,3) y Colombia (u\$s 71,4).

4. Los objetivos del concurso preventivo fraudulento.

Uno de los males que dañan a nuestro sistema concursal tiene que ver con la escasa o nula persecución y sanción judicial a los ilícitos.

(<http://www.jufejus.org.ar/index.php/datos-estadisticos-de-las-justicias-provinciales-en-formato-abierto>). Sin embargo, sólo acumuló datos, muchos de los cuales no son comparables entre sí, y, de hecho, hasta donde sé, no se han realizado estudios sobre la base de la información disponible.

⁴¹ Por ejemplo, en Gran Bretaña, el *National Statistics* preparara dos informes: uno, para las compañías, denominado “*Company Insolvency Statistics*” (el último conocido al momento de escribir este artículo es el de abril a junio de 2019, <https://www.gov.uk/government/statistics/company-insolvency-statistics-april-to-june-2019>), y otro, para las personas humadas, denominado “*Individual insolvency statistics*” (el último disponible corresponde a los meses de enero a marzo de 2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/798390/Commentary_-_Individual_Insolvency_Statistics_Q1_2019.pdf).

Lo propio hace el Gobierno nacional de Canadá. En este caso el informe lleva por título “*Insolvency Statistics in Canada*”, y el último publicado es el de diciembre de 2019 (<https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/eng/br04196.html>).

⁴² https://espanol.doingbusiness.org/es/data/exploreconomies/argentina#DB_ri

⁴³ La explicación del método utilizado puede verse en <https://espanol.doingbusiness.org/es/methodology/resolving-insolvency>

⁴⁴ En este ranking Finlandia y los EEUU ocupan los dos primeros puestos por su máxima eficiencia.

Veamos un supuesto paradigmático: lo que ocurre en los concursos preventivos. Quien recurre fraudulentamente a este procedimiento generalmente (puede haber otros) busca los siguientes objetivos⁴⁵:

- a. Ocultar bienes para que escapen a la acción de los acreedores.
- b. Desprenderse de la mayor cantidad de deudas posible.
- c. Pagarle lo mínimo posible a los acreedores que sean judicialmente reconocidos, lo cual, usualmente, viene de la mano de la creación artificial de acreedores a fin de lograr las mayorías necesarias para la aprobación del acuerdo⁴⁶.

Seguidamente analizaré algunas de las barreras legales que se deben cruzar para conseguir esos fines.

5. Cuestiones relacionadas con la Contabilidad.

Lo primero que tiene que hacer quien pretenda concursarse para alcanzar aquellos fines ilícitos es alterar su contabilidad⁴⁷: allí no deben aparecer ciertos bienes y obligaciones legítimas y deben surgir otras obligaciones falsas.

Para ello hay que ocultar comprobantes y generar artificialmente otros; por ejemplo, los que deben presentarse al tribunal con los legajos de los acreedores denunciados para cumplir con la manda del art. 11 inc. 5 LCQ.

Naturalmente, todo eso implica violar varias normas contables, civiles y penales⁴⁸, tema al que volveré más adelante.

Para tomar conciencia cabal del problema vale recordar cuáles son los deberes elementales del concursado en materia contable.

Toda persona que se dedique a una actividad económica organizada está obligada a llevar contabilidad (art. 320 CCyC)⁴⁹, carga que debe cumplir “sobre una base uniforme de la que resulte un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deben

⁴⁵ Véase al respecto: Boretto, Mauricio, “A propósito del fraude en el concurso preventivo”, L.L. 2001-E, pág. 522.

⁴⁶ Rubín, Miguel E., “Del manual del defraudador concursal y de la tecnología desarrollada por la Jurisprudencia y la Doctrina para detectar y desactivar las trampas allí propuestas”, cit.

⁴⁷ Nissen, Ricardo A., “Los fraudes cometidos a través de los estados contables”, E.D. 198-1073.

⁴⁸ Pueden darse en estas hipótesis el delito de falsificación de documentos (arts. 292 y siguientes CP), el de defraudación por otorgamiento de un contrato simulado o de falsos recibos (art. 173 inc. 6 CP), etc.

⁴⁹ En tiempos del Código de Comercio la exigencia de llevar libros de contabilidad regía únicamente para los comerciantes matriculados (arts. 43 y 44 CCom). De allí que la Jurisprudencia entendía que la presentación de libros de contabilidad llevados en legal forma no se podía exigir al comerciante no matriculado como requisito de apertura de su concurso preventivo (CCom, Sala “A”, 29/05/1998, “Capalbo, Genaro s/Conc. Prev.”, E.D. 182-866).

registrarse, de modo que se permita la individualización de las operaciones y las correspondientes cuentas acreedoras y deudoras” (art. 321 CCyC)⁵⁰.

Debo destacar que, a pesar de la relevancia que algunos autores le asignan a la Contabilidad en el concurso preventivo, en particular, desde la sanción del Código Civil y Comercial⁵¹, la verdad es que, ni este Código⁵², ni la Ley concursal, tienen sanciones especiales para los ilícitos relacionadas con la contabilidad del cesante⁵³.

⁵⁰ Nuestro Código Civil y Comercial, siguiendo la línea del Código de Comercio, contiene algunas normas genéricas en materia de Contabilidad, pero no disciplina la técnica contable. Esto último, desde que se sancionó el decreto-ley 5.103/1945, no es regulado por el Estado, sino por los organismos profesionales de los contadores (que son entidades privadas), como el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal, la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, el Consejo Emisor de Normas de Contabilidad y Auditoría y el Centro de Estudios Científicos y Técnicos.

Dicha metodología quedó convalidada por la ley 20488, que repotenció las atribuciones de los consejos profesionales en Ciencias Económicas para sancionar normas contables profesionales dentro de sus respectivas jurisdicciones.

De ese modo, Argentina se diferencia de países como España, Francia y Alemania, en los cuales las reglas sobre la debida técnica contable son emitidas por el Estado (Mileti, Mabel, Berri, Ana M., Gastaldi, Jorgelina, Ilundain, Lydia, Judais, Alberto, Marcolini, Silvina y Verón, Carmen, “Sistemas de regulación contable: análisis comparativo de los sistemas argentino, mexicano, español, británico y alemán”, estudio presentado en las VI Jornadas de Investigaciones en la Facultad de Ciencias Económicas y Estadística, Universidad Nacional de Rosario, http://www.fcecon.unr.edu.ar/web/sites/default/files/u16/Decimocuartas/Mileti,Berri,Marcolini,Veron_sistema%20de%20regulacion%20contable.pdf).

Hay autores que entienden que el modelo que sigue nuestro país no es el adecuado (así: Álvarez Lancellotti, J. Ignacio, “Posibles soluciones a la problemática de la regulación de los informes contables financieros. Análisis para el caso argentino”, http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tesis/1501-1284_AlvarezLancellottiJl.pdf).

⁵¹ Por ejemplo: Junyent Bas, Francisco y Chiavassa, Eduardo N., “Responsabilidad de los administradores y el deber de llevar contabilidad”, E.D. 257-825, Cita Digital: ED-DCCLXXIV-480; Favier Dubois, Eduardo M. (p) y Favier Dubois, Eduardo M. (h), “Los impactos de la contabilidad en las sociedades y en los concursos”, en la obra colectiva del Instituto Argentino de Derecho Comercial “Aspectos legales y tributarios en las sociedades y los concursos”, ed. Legis.

⁵² Se le criticó al Código el haber reducido los atributos de la contabilidad a la **uniformidad** y **veracidad**, y el haber dejado de lado las enseñanzas que, desde las ciencias contables, se han ido desarrollando en los últimos 52 años (Fushimi, Jorge F., “Contabilidad y estados contables en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, ponencia presentada en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, año 2016, <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/7983/CDS130301901.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

No es esa la única objeción que ese cuerpo normativo recibió en materia contable. Así: Junyent Bas, Francisco, “La contabilidad y las insuficiencias del nuevo régimen”, ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil, Mar del Plata, noviembre/2012; Cultraro, Gustavo A. R., “Las razones para exigir una contabilidad regular. Una cuestión olvidada por el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial”, en “Aspectos contables, impositivos y previsionales en las sociedades y los concursos”, ed. Legis, pág. 69.

⁵³ Solo la falta de presentación de los libros de comercio conforme el art. 14 inc. 5 LCQ es castigada con el **desistimiento del concurso** (art. 30 LCQ), sanción que trae aparejada la consecuencia negativa que prevé el art 31 LCQ. Volveré sobre el particular.

Nótese que, si bien el síndico, en el Informe General, debe dictaminar sobre las deficiencias que hubiera detectado de los libros de contabilidad (art. 39 inc. 4 LCQ), esas anomalías, en los hechos, no tienen trascendencia alguna pues, a diferencia de lo que ocurría con la ley 19551 (art. 61, inc. 5), la insuficiencia de la contabilidad y documentación no pesa en la decisión sobre homologación del acuerdo⁵⁴.

Por un instante concentremos nuestra atención en la contabilización de las deudas. Todo instrumento que refleje una obligación propia (esto también vale para los títulos incausados, como los pagarés, los cheques y algunos reconocimientos de deuda), para quien lo otorgó, constituye “documentación relevante” a los fines contables⁵⁵. En consecuencia, esa operación debe estar expuesta en, por lo menos, un asiento en sus libros contables, comenzando por el Diario (art. 327 CCyC)⁵⁶.

Es decir, nadie puede, a su antojo, decidir cuáles comprobantes registra en su contabilidad y cuál no, ya que en ello va el **principio de exposición**, íntimamente ligado al de **significatividad** (ambos forman parte de los **Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados** obligatorios en nuestro país) que obligan a exponer en la Contabilidad todos los negocios que resultan de tales constancias⁵⁷.

Así como es inconcebible que un asiento contable no tenga un comprobante que lo respalde, es igualmente inadmisibles que haya un documento que dé cuenta de una obligación que no esté reflejado en un asiento contable. Ello hace al A-B-C de la obligación de llevar Contabilidad⁵⁸.

También es obligatorio que aparezca en la contabilidad la deuda que es reclamada en un pleito, sobre todo si hubo sentencia condenatoria. De acuerdo a la Resolución Técnica

⁵⁴ Así, en un caso, aunque el síndico informó que no pudo determinar en qué consistía el Activo de la deudora, y a pesar de que la Fiscalía de Cámara entendió que, por ello, no correspondía homologar el acuerdo preventivo, el tribunal de todos modos revirtió la sentencia de Primera Instancia que había rechazado el concordato (CNCom, Sala “C”, 08/07/2008, “Fachadas Integrales SRL s/Quiebra s/Inc. de apelación”, MJJ41502).

⁵⁵ El concepto de **documentación relevante** aparece, por ejemplo, en el art. 53 de la Ley española 22/2015 sobre Auditoría de Cuentas.

⁵⁶ Salvochea, Ramiro, “Contabilidad y registración contable en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, MJD7440.

⁵⁷ Gavelán Izaguirre, Jorge J., “Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados. Vigencia y aplicación”, http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/quipukamayoc/2000/primer/princi_conta.htm

⁵⁸ Bello Knoll, Susy I., “La obligación de llevar contabilidad”, ponencia presentada ante el XLIII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, San Martín, Provincia de Buenos Aires, 27 y 28 de abril de 2006; Wetzler Malbrán, Alfredo R., “La prueba de libros y el requisito del respaldo documental”, E.D. 152-561; García Caffaro, José L., “Documentación respaldatoria y complementaria en la prueba de los libros de comercio”, L.L. 1992-C, pág. 453.

FACPCE N° 9⁵⁹, es mandatorio exponer esa circunstancia en la contabilidad como **Deuda** (punto B.1.) o, si esa sentencia está recurrida, como **Previsión** (punto B.2.)⁶⁰, que, como dice esa norma, es la estimación “del monto probable de la obligación contingente y la posibilidad de su concreción”.

Por su parte la Resolución Técnica n° 17, tanto en el punto 2.2. (Devengamiento) como en el 4.8. (Consideración de Hechos Contingentes) obliga a exhibir esos pasivos, aunque no estén definitivamente consolidados.

Las infracciones a esas obligaciones pueden dar lugar a sanciones al contador que se ocupe de esa contabilidad por parte del Tribunal de Ética del Consejo Profesional⁶¹.

Por ende, en esos casos, cuando esas anomalías son detectadas, tanto la sindicatura concursal, como el tribunal, conforme los arts. 7, 30 y siguientes del mencionado Código, deben impetrar la correspondiente denuncia.

Nada de eso se da en la práctica concursal de nuestro país. A lo sumo (y esto ocurre muy pocas veces), las registraciones contables defectuosas de la concursada obran como presunción en su contra en materia de verificación de créditos⁶².

El art. 11 inc. 4 LCQ establece la carga de acompañar a la demanda concursal copia de los balances y demás estados contables exigibles al deudor (esto es, los previstos en el art. 326 CCyC y en leyes especiales).

Esos estados contables deben ser coherentes con la información obrante en los registros contables⁶³, de manera que, si se han fraguado los datos de la contabilidad, aquellos necesariamente exhibirán datos falsos o incompletos “sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa”⁶⁴. Ello puede encuadrar en el delito del

⁵⁹ “Normas Particulares de Exposición Contable para Entes Comerciales, Industriales y de Servicios”, vigentes en jurisdicción nacional por Resolución CD 93/2005 del 10/08/2005 del CPCECABA.

⁶⁰ Las Previsiones son “aquellas partidas que, a la fecha a la que se refieren los estados contables, representan importes estimados para hacer frente a situaciones contingentes que probablemente originen obligaciones para el ente”.

⁶¹ Melzi, Flavia I., “El profesional en Ciencias Económicas y la ética”, rev. Enfoques, 2008-9, pág. 34.

⁶² Alonso, Daniel F., “Los libros del concursado en la verificación tempestiva de créditos”, RDPC 2019-2, pág. 79; CNCom, Sala “F”, 02/11/2017, “Geo Allianz SRL s/Quiebra s/Inc. de revisión”, MJJ108039, donde se cita como antecedente el caso de la misma Sala: 28/11/2013, “Radio Remixes Le Con SRL s/Quiebra s/Inc. de revisión por AFIP”.

⁶³ CNCom, Sala “D”, 07/06/2018, “Janeiro de López Casariego, Josefa y otro c. B. Flores y Cía. S.A.”, MJJ112054.

⁶⁴ Los defectos de información de los Balances y demás cuadros contables constituyen un problema universal, pero hay que reconocer que se han exacerbado en nuestro país (Bollini Shaw, Carlos, “La realidad patrimonial societaria y su desajuste respecto a lo establecido por la Ley de Sociedades.

art. 300 inc. 2 CP (t.o. ley 26733)⁶⁵, que, tanto el síndico, como el juez del concurso y el fiscal deben denunciar ni bien llegan a su conocimiento los hechos que los revelen⁶⁶.

Conexo con lo anterior, para solicitar la apertura del concurso preventivo, hay que dejar en el juzgado sendos estados detallados y valorados del Activo y del Pasivo actualizados a la fecha de presentación, con indicación precisa de su composición, las normas seguidas para su valuación, la ubicación, estado y gravámenes de los bienes y demás datos necesarios para conocer debidamente el patrimonio (art. 11 inc. 3 LCQ).

Esta exigencia, salvo precedentes dignos de mención⁶⁷, usualmente no es juzgada más que desde el plano formal⁶⁸.

Un problema similar conlleva la carga del art. 11 inc. 8 LCQ, pues lo que se diga (o deje de decirse) al respecto puede hacer incurrir en los delitos del Régimen Penal Tributario (ley 24769 y sus sucesivas reformas)⁶⁹.

Tampoco hay denuncias de esa índole promovidas por síndicos o jueces concursales.

Es que, frecuentemente, los requisitos legales de la demanda concursal que tienen que ver con la contabilidad son tomados por la Jurisprudencia con elasticidad⁷⁰. Así, en un

Conveniencia del cambio de estos parámetros. Problemas por las falsas declaraciones que reflejan los balances”, E.D. 199-505).

⁶⁵ Balbín, Sebastián y Carolina, Agustín, “Los delitos de balance falso e informe falso en la ley de sociedades comerciales”, E.D. 205-999; Báez, Julio C., “El delito de balance falso”, L.L. 2002-B, pág. 401; Romero Villanueva, Horacio J., “El delito de balance falso en el ámbito societario”, RDCO 2002, pág. 111; De Llano, Hernán G., “El delito de balance e informes falsos y la magnitud económica de los hechos”, L.L. 2000-F, pág. 1133.

⁶⁶ El art. 237 CNPP dispone que están obligados a denunciar los delitos de acción pública: “Los magistrados y demás funcionarios públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones” (ap. “a”), y en el ap. “d” incluye a “las personas que por disposición de la ley, de la autoridad o por algún acto jurídico tengan a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, respecto de los delitos cometidos en perjuicio de ésta **o de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control**, siempre que conozcan del hecho por el ejercicio de sus funciones” (las negrillas fueron agregadas al texto original), lo que confirma que los síndicos concursales (al igual que los jueces y fiscales) están comprendidos en esta obligación.

⁶⁷ Me refiero, en particular, al caso “Jardín Zoológico de Buenos Aires”, en el cual la Cámara de Apelaciones, confirmando la decisión del juez de Primera Instancia, rechazó la demanda de concurso preventivo por los defectos que exhibían los estados del Activo y del Pasivo; defectos que fueron descriptos en la sentencia (CNCom, Sala “A”, 15/03/2017, “Jardín Zoológico de Buenos Aires S.A. s/Conc. Prev.”, MJJ107228).

⁶⁸ Sólo se rechaza el concurso si no se presentan dichos estados (así: CNCom, Sala “C”, 15/03/2016, “Clean Man S.A. s/Conc. Prev.”, IJ-XCVII-292).

⁶⁹ Noguera, Sebastián M., “El peligro de la sinceridad en la presentación en concurso preventivo (art. 11, inc. 8, de la Ley 24.522)”, MJD6528.

⁷⁰ En un caso, ante la ausencia total de libros de comercio, el tribunal sostuvo que sería suficiente que el cesante presentara “la documentación respaldatoria de los negocios concertados que permitan

caso de quiebra que se pretendió convertir en concurso preventivo⁷¹ el tribunal sostuvo que las exigencias de presentar, entre otros elementos⁷², los libros de comercio (art. 11 inc. 6 LCQ) no podía “..verse agravadas por una interpretación en exceso rigurosa..”. Por eso, entendiendo que “El extravío de los libros sociales y contables -debidamente acreditado con la denuncia policial-, no implica necesariamente eludir la manda...”, por lo que se justificó “..la prórroga del término legal en torno de su cumplimiento”⁷³.

Más adelante volveré sobre otras cuestiones contables, pero desde la perspectiva penal.

6. Los dictámenes del contador del art. 11 LCQ.

Con la solicitud de concurso preventivo también hay que acompañar dos dictámenes de contador público: uno, acerca de la veracidad de la información contenida en los referidos estados del Activo y del Pasivo (art. 11 inc. 3 LCQ)⁷⁴; y otro, que debe acompañar a los legajos de los acreedores, “sobre la correspondencia existente entre la denuncia del deudor y sus registros contables o documentación existente y la inexistencia de otros acreedores en registros o documentación existente” (art. 11 inc. 5 LCQ)⁷⁵.

Esta exigencia fue incorporada a nuestro régimen concursal por la ley 24522. Algunos autores la criticaron por entender que es de escasa utilidad práctica y porque encarece el

reconstruir con razonabilidad los actos de su gestión y situación patrimonial que motivaron la alegada insolvencia” (CCom, Sala “D”, 09/11/2010, “López, Daniel A. s/Conc. Prev.”, MJJ61776).

⁷¹ CCom, Sala “F”, 20/04/2010, “Ser Pro Servicios Profesionales en Recursos Humanos SRL s/Quiebra s/Inc. de apelación”, MJJ56750. El mismo criterio se aplicó en, CCom, Sala “F”, 17/11/2016, “Levinguer, Carlos E. s/Conc. Prev.”, MJJ102379.

⁷² En la especie, quien pidió la apertura del concurso adujo que sus libros se habían perdido y, por ello, no podía presentar, entre otras cosas, sus balances ni la documentación respaldatoria de cuatro de los acreedores denunciados.

⁷³ Es justo aclarar que la misma Sala, en otro caso en el que se había invocado la pérdida de los libros, confirmó el rechazo de la petición concursal aunque, en este último supuesto, también se habían incumplido otros recaudos (CCom, Sala “F”, 12/07/2012, “Timuka SACI s/Conc. Prev.”, MJJ74727).

⁷⁴ Sánchez Trapes, Ricardo, “El contador público en la petición de concurso preventivo. art. 11 inc. 3 ley 24522”, <http://www.cpba.com.ar>.

⁷⁵ En el proyecto de reformas a la Ley de Concursos del año 2019 de los diputados Gustavo Bevilacqua y Alejandro A. Grandinetti que propuso un nuevo régimen de pequeño concurso para personas humanas, se mantuvo la exigencia de estos dictámenes (0761-D-2019, <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0761-D-2019&tipo=LEY>).

proceso⁷⁶. Otros, en cambio, opinaron que contribuye a la transparencia de la verdadera situación del Pasivo del concursado⁷⁷.

La verdad es que la creación de este requerimiento tiene otra explicación. Los estados del Activo y del Pasivo, como la mayoría de los recaudos del art. 11 LCQ, ya existían en los tiempos de la ley 19551. Empero, antes, como ahora, el juez, cuando recibía la demanda concursal contaba con solo cinco días para expedirse acerca de la admisión o el rechazo del concurso. De manera que, sobre todo en los casos de gran magnitud, en general, el togado se limitaba (y se limita) a hacer una revisión superficial del cumplimiento de las cargas del art. 11 LCQ⁷⁸.

Esa realidad alentó a los concursados de mala fe a tomarse a la ligera la información que suministraban en los mentados estados, o, peor, como un circunstancia que facilita el engaño en la información suministrada.

De allí que la reforma de 1995, al agregar el requisito de los dictámenes contables, procuró darle más seriedad a los datos que vienen con las demandas concursales.

La experiencia demuestra que ese objetivo no se alcanzó⁷⁹.

En jurisdicción nacional, conforme lo dispuesto por el art. 13 de la ley 20488, para confeccionar sus dictámenes, los contadores deben “..aplicar las normas de auditoría aprobadas por los organismos profesionales..”.

En consecuencia, para hacer el trabajo previsto por el art. 11 incs. 3 y 5 LCQ, el contador está obligado a ajustar su dictamen a las Resoluciones Técnicas N° 37 (Normas de Auditoría)^{80 81} y 17 (Normas Contables Profesionales)⁸² de la Federación Argentina de Profesionales de Ciencias Económicas⁸³.

⁷⁶ Lorente, Javier A., “Nueva ley de concursos y quiebras”, ed. Gowa, pág. 49; Iglesias, José A., “Concursos y quiebras. Ley 24.522”, ed. Depalma, pág. 46; Graziabile, Darío J., “Cómo hacer una demanda de concurso preventivo. Teoría y práctica”, ED. 209-733.

⁷⁷ Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos, “Ley de Concursos y Quiebras comentada”, ed. Abeledo-Perrot, año 2009, tº I, pág. 74.

⁷⁸ Proceder que, en cierto modo, fue justificado por Graziabile, Darío J., “Cumplimiento de los recaudos del artículo 11 LCQ para la apertura del concurso preventivo”, comentando el fallo de la CCiv. y Com. San Martín, Sala I, 01/06/2006, “De Luca, Eduardo s/Conc. Prev.”, L.L.B.A. año 2006, pág. 1000.

⁷⁹ Casadío Martínez, Claudio A. “Certificaciones y auditorías contables inexactas y responsabilidad del contador público que las suscribe”, DSC N° 272 07/10, pág. 725.

⁸⁰ El art. 11 LCQ, tanto el inc. 3 como en el inc. 5, con toda razón, exige que el contador presente un **dictamen** no una **certificación**. La diferencia entre las dos tareas profesionales surge de la referida RT n° 37.

La **certificación** (según el cap. VI.i.1. de dicha RT) no es más que una “..constatación con los registros contables y otra documentación de respaldo” “sin que las manifestaciones del contador al respecto representen la emisión de un juicio técnico acerca de lo que se certifica”. En cambio en el **dictamen**

Coherente con esas disposiciones, el art. 7 del Código de Ética Unificado dispone que “No deben aconsejar ni intervenir cuando su actuación profesional permita, ampare o facilite actos incorrectos, pueda utilizarse para confundir o sorprender la buena fe de terceros, usarse en forma contraria al interés público, a los intereses de la profesión o para violar la ley”. “La utilización de la técnica para deformar o encubrir la realidad es agravante de la falta ética”⁸⁴.

Por ende, el proceder del contador que dictamina ex art. 11 incs. 3 y 5 LCQ puede encuadrar en lo prescripto por el art. 275 CPen⁸⁵, norma que reprime al perito⁸⁶ “...que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente”⁸⁷, motivo por el cual, tratándose de un delito de acción pública, reitero, tanto el síndico como el juez

punto 11 de dicha RT) “..el contador debe exponer su opinión, o abstenerse explícitamente de emitirla, acerca de si los estados contables en su conjunto **presentan razonablemente, en todos sus aspectos significativos, la información que ellos deben brindar de acuerdo con las normas contables profesionales u otro marco de información que permita opinar sobre presentación razonable**”.

La RT n° 37 (anteriormente RT n° 7) puede encontrarse en http://www.facpce.org.ar:8080/NORMASWEB/index_argentina.php?c=1&sc=1. Recibió duras críticas doctrinarias (por ejemplo: Martorell, Ernesto E., “Responsabilidad de los auditores. La resolución técnica 37 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales en Ciencias Económicas: una nueva oportunidad perdida”, E.D. 267-565, Cita Digital: ED-DCCLXXV-284).

⁸¹ Ese dictamen debe ser hecho por un profesional independiente, es decir, no puede estar a cargo del mismo contador que preparó los estados contables (punto 2 de la mentada Resolución).

Además, como lo que busca la ley es que se confirmen los datos que surgen de la contabilidad, entiendo que el dictamen no debe contener “salvedades” o “excepciones” de fuste (“salvedades” o “excepciones” a las que hace referencia el punto 1.3. de dicha RT) ni una “opinión adversa” (punto 18).

⁸² http://www.facpce.org.ar:8080/NORMASWEB/index_argentina.php?c=1&sc=1&p=3

⁸³ Heredia, Pablo D., “Tratado exegético de Derecho Concursal”, ed. Ábaco, t° I, pág. 374.

⁸⁴ Código de Ética Unificado para Profesionales en Ciencias Económicas de la República Argentina, Resolución N° 204/00 F.A.C.P.C.E., http://www.facpce.org.ar:8080/NORMASWEB/index_argentina.php

⁸⁵ Dell’Elce, Quintino P., “El delito de falso testimonio y su relación con la labor profesional que desempeñan los peritos judiciales en el ámbito forense”, presentación ante las X Jornadas de Actuación Judicial organizadas por el Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de la Capital, abril/1998, luego publicado en la rev. de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, año XII, n° 25, enero-julio/2000, pág. 203; del mismo autor: “¿Pueden los peritos judiciales ser acusados de cometer el delito de falso testimonio con motivo del desempeño de su labor profesional específica?”, ponencia presentada ante las Jornadas Nacionales de Actuación Profesional en el Ámbito de la Justicia y Resolución Alternativa de Conflictos organizadas por la FACPCE, junio/1998.

⁸⁶ Debe tenerse en cuenta que **perito**, para el art. 275 CPen, “..es aquel experto que suministra al juez elementos de juicio en áreas científicas o técnicas específicas que escapan a la formación jurídica del magistrado..”, concepto que abarca, tanto al experto designado por el magistrado como a otras figuras (STJ Río Negro, 28/07/1999, “FRL s/Falso Testimonio agravados/Casación”, SE 115/99, El Dial-AX1B12).

⁸⁷ Dell’Elce, Quintino P., “El delito de falso testimonio y su relación con los peritos judiciales”; rev. de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, año XII, n° 25, enero-julio/2000, pág. 203; Cianni, Alfredo y Giordano, Alfredo, “La pericia contable en el proceso penal”, L.L. 1993-E, pág. 1187.

del concurso están obligados a denunciarlo ante la Justicia Penal (art. 277 CPen, y, en la órbita nacional, art. 237 CNPP)⁸⁸.

También podría ser sujeto activo del delito del art. 265 CPen (conf. art. 32 ley 27401)⁸⁹. Empero, tanto por tratarse de delitos típicamente dolosos⁹⁰, como por otras razones que más adelante veremos, las causas judiciales que motivan (y, sobre todo, las condenas) son una *rara avis* en nuestro medio.

Que un crédito genuino no aparezca en la contabilidad del deudor, ni en el estado del Pasivo, ni sea mencionado en los dictámenes de contador del art. 11 LCQ sólo puede deberse a una de estas circunstancias:

- Que el concursado (o quienes actúan por la sociedad concursada) no le hubieran mostrado a dicho profesional toda la documentación que verdaderamente instrumenta esa obligación, o
- que, después de efectuar la averiguación, por dolo o negligencia, el contador hubiera emitido el dictamen con información incompleta, errónea o falsa, o
- que se dé una combinación de los dos factores anteriores.

Cualquiera de esas opciones transgrede la Ley⁹¹.

Sin embargo, las faltas en esta materia forman parte de una realidad cotidiana, lo cual es fácil de comprobar. Basta con cotejar las descripciones del Activo y del Pasivo del art. 11 LCQ y sus respectivos dictámenes de contador que traen las demandas concursales con los informes del síndico de los arts. 35 y 39 LCQ en nuestro país: en la inmensa mayoría de los casos se encontrarán divergencias, y, en no pocas hipótesis, tales divergencias son bastante o muy significativas.

7. El drama de la verificación tempestiva.

Otro de los flancos débiles del sistema concursal se encuentra en el procedimiento de verificación tempestiva de créditos de los arts. 32 y siguientes LCQ.

El informe individual de créditos debe hacerse en un plazo bastante breve. Los contadores rara vez consideran al oficio de ser síndicos concursales como su actividad

⁸⁸ CSJN, 12/08/1997, “Zambrana Daza, Norma B. s/Infracción a la ley 23737” (Z-17. XXXI-R.H.), EDJ9626.

⁸⁹ Scelzi, M^a Florencia, “¿Cuáles son las responsabilidades penales de un perito judicial?”, <https://abogados.com.ar/cuales-son-las-responsabilidades-penales-de-un-perito-judicial/11234>

⁹⁰ Fontán Balestra, Carlos, “Tratado de Derecho Penal”, ed. Abeledo-Perrot, t^o VII, pág. 409.

⁹¹ Rubín, Miguel E., “Del manual del defraudador concursal y de la tecnología desarrollada por la Jurisprudencia y la Doctrina para detectar y desactivar las trampas allí propuestas”, cit.

profesional única o primordial. Por lo tanto, esta etapa de la verificación de créditos usualmente les significa un engorro, sobre todo cuando afloran cuestiones de índole legal; cuestiones que, de ser posible, prefieren que sean resueltas en un incidente de revisión, proceso que, además, abre la posibilidad honorarios adicionales⁹².

El juez del concurso, a la hora de tomar las decisiones del art. 36 LCQ, también está urgido por un plazo legal y, por ende, cada vez que el deudor o un acreedor objetan un pedido de verificación o que el síndico aconseja no verificar, debe dedicar un esfuerzo adicional, lo cual conspira contra el objetivo de resolver a tiempo.

Una gran víctima de estos contratiempos, a no dudarlo, es el acreedor legítimo que, en ese trance, no obtiene el reconocimiento de su crédito. Si debe acudir al incidente de revisión para ser admitido en el Pasivo concursal (lo que conlleva esfuerzos y costos que no todo el mundo puede o está dispuesto a asumir), aunque consiga una sentencia favorable, habrá perdido definitivamente el derecho a votar la propuesta de acuerdo (derecho que sólo tienen los acreedores verificados o declarados admisibles por la sentencia del mencionado art. 36 LCQ), baja que puede constituir el verdadero objetivo del concursado malicioso⁹³.

8. Anomalías que pasan sin pena ni gloria.

Otro factor que contribuye a que los malos deudores hagan de las suyas en los concursos preventivos tiene que ver con numerosas irregularidades a las cuales, por lo general, ni los síndicos ni los jueces, prestan atención.

Veamos el caso (bastante frecuente) de la sociedad que, a través de sus autoridades, emite un cheque, un pagaré o un reconocimiento de deuda, pero que, luego, al concursarse, pretende desconocerlo como sustento de un crédito en su contra.

En esto, como en todo lo que tiene que ver con el Derecho y la Justicia, la Lógica juega un importante rol. Se supone que el administrador de una sociedad, en ejercicio de sus importantes funciones, no debiera andar por la vida firmando esa clase de documentos por cuenta y orden de su representada y entregándolos a terceros porque sí, sin razón.

Por lo tanto, si los socios de esa sociedad obraran de buena fe, ni bien toman conocimiento de que la compañía aparece como formalmente comprometida por una obligación inexistente, lo primero que debieran hacer es aplicar los correctivos que trae

⁹² Chiapero de Bas, Silvana M^a, Título: "Costas y honorarios en los procesos concursales incidentales", J.A. 2005-II-1161.

⁹³ Rubín, Miguel E., "Del manual del defraudador concursal y de la tecnología desarrollada por la Jurisprudencia y la Doctrina para detectar y desactivar las trampas allí propuestas", cit.

el Derecho. Por ejemplo, si la infracción del administrador es grave (supongamos que se trata del presidente de una sociedad anónima) debieran reunirse en asamblea para removerlo de su cargo (art. 234 inc. 2 LGS)⁹⁴, o, en todo caso, debieran promover en su contra las acciones por mal desempeño de los arts. 59 y 274 LGS⁹⁵, o, independiente o conjuntamente, las acciones penales por administración fraudulenta (art. 173 inc. 7 CP)⁹⁶ o por emisión de documento idealmente falso (art. 292 CP)⁹⁷.

Por ende, si la sociedad o los socios consideran que el directivo emitió un instrumentos de deuda sin motivo válido y, no obstante, se quedan de brazos cruzados, entonces se debe presumir que ese documento, así como la obligación que registra, en realidad son legítimos, y que, por lo tanto, su desconocimiento en sede concursal no es más que una maniobra ilegal.

9. El derecho represivo relacionado con la insolvencia.

La persecución de los ilícitos en materia concursal pasa tanto por el ordenamiento concursal como por el plexo penal⁹⁸.

Si abierto el concurso se descubre que el cesante, en la oportunidad del art. 11 LCQ, no denunció a uno o más acreedores suyos cuando debía hacerlo, o si malversó la información sobre tales acreedores que le suministró al tribunal, al síndico y a sus acreedores, ello debiera tener algún tipo de sanción legal.

Es lo que sucede, por ejemplo, en el Derecho estadounidense⁹⁹, donde, como ocurre en todos los regímenes del *Common Law*¹⁰⁰, la cuestión se toma con mucha seriedad. Por

⁹⁴ Richard aprecia “..que si se aconsejara no verificar un crédito por falta de acreditación causal y suposición de dolo en la emisión del título que lo acredita (doctrina “Translinea” o “Difry”), congruentemente debería informar si el representante societario que lo suscribió fue removido o investigado, y si mantuviera representación aconsejar acotarla mediante intervención judicial, pues podría seguir emitiendo títulos que generando deudas no representarían ingresos al activo” (Richard, E. Hugo, “Informe general del síndico en concurso de sociedades”, ponencia presentada ante el VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, libro de ponencias, tº 3, pág. 491, <https://www.fcjs.unl.edu.ar/wp-content/uploads/2017/09/Tomo-3.pdf>).

⁹⁵ CNCom, Sala “B”, 12/09/2019, “Fernández, Liliana C. c. Petrycom S.A. y otros”, MJJ121373.

⁹⁶ Tiene resuelto la Jurisprudencia que el mero hecho de que el presidente de una sociedad emita en su representación pagarés sin que exista una deuda legítima encuadra en ese delito (CAp. Penal Rosario, Sala III, 28/06/2013, “Gastaldi, Marcelo, Estévez, Gonzalo M., Ubieta, Juan J. V., Silvetim, J. Carlos, Scarabino, J. Pablo, Dalbes, Juan F., Salvo, Mauricio H. y Espadas, Olga N. s/Administración fraudulenta”, MJJ80301).

⁹⁷ Para conformar el tipo penal del art. 292 CP sólo basta la posibilidad de un perjuicio: CNCrim. y Correc. Fed., Sala I, 30/06/2016, “Legajo de apelación de C. J. F. s/Falsificación documentos”, causa CFP 3803/15/2/CA2, E.D. 268-486.

⁹⁸ Montagna, Gastón A., “La quiebra. Dualismo sancionatorio comercial y penal”, E.D. 233-974.

eso, a medida que aparecen nuevas formas de delinquir, las normas jurídicas son revisadas y actualizadas¹⁰¹.

En los procesos del cap. XI del régimen concursal, es decir, aquellos que tienen un lejano parentesco con nuestro concurso preventivo, las omisiones o falsedades del deudor al presentarse en concurso pueden recibir, entre otros castigos, la designación de un *trustee*, quien, desde entonces, puede reemplazar por completo al concursado en sus atribuciones de administración y disposición de los bienes de su patrimonio, a punto tal que la propuesta de acuerdo puede ser formulada por el *trustee* y no por el concursado.

Cuando el *United States trustee*¹⁰² tiene sospechas razonables de que el concursado (o el directivo, si se trata de una sociedad) participó en actos de fraude, comportamientos deshonestos o conductas delictivas en la gestión de sus negocios, puede (y normalmente lo hace) designar a un *trustee* para que encare la acción legal respectiva¹⁰³.

No menos rigurosas son las reglas para los pequeños concursos. De acuerdo a la Sección §1116 la información falsa que el deudor le brinde al tribunal o la que el *trustee* encuentre en la contabilidad u otra documentación, puede ser considerada como delito de perjurio¹⁰⁴.

⁹⁹ Hay otros sistemas aún más estrictos, como el alemán (Blech, Ulrich y Mueller, Hengeler, “*Overview of The Insolvency in Germany*”, en “*European Insolvency Regulations. Application of the European Regulation on Insolvency Proceedings*”, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, pág. 196).

¹⁰⁰ Kenney, Martin S., “*The use of sealing and gagging relief in complex insolvency proceedings involving the investigation of fraud and discovery of hidden assets*”, rev. *Insolvency and Restructuring International*, vol. 2, nº 1, abril/2008, pág. 9.

¹⁰¹ Harner, Michelle M., “*Final Report of the ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11*”, <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=books>

¹⁰² El **US Trustee** es un funcionario público federal de supervisión de los concursos que pertenece al cuerpo de funcionarios del Departamento de Justicia y que es designado por el *Attorney General* o por el juez del concurso. Fue incorporado al régimen del capítulo XI por la reforma concursal de 1978 (Miguens, Héctor J., “El proceso de Reorganización Concursal de Estados Unidos (*Chapter Eleven del U. S. Code*). Introducción y aspectos generales”, rev. *Quaestio Iuris* (Universidad del Estado de Rio de Janeiro, Brasil), año 2016, vol. 9, pág. 545).

¹⁰³ §1104 del Código de Bancarrotas (<https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title11/chapter11&edition=prelim>).

Appointment of trustee or examiner

(e) “*The United States trustee shall move for the appointment of a trustee under subsection (a) if there are reasonable grounds to suspect that current members of the governing body of the debtor, the debtor's chief executive or chief financial officer, or members of the governing body who selected the debtor's chief executive or chief financial officer, participated in actual fraud, dishonesty, or criminal conduct in the management of the debtor or the debtor's public financial reporting*”.

¹⁰⁴ §1116. **Duties of trustee or debtor in possession in small business cases**

Esas medidas se aplican con cierta asiduidad¹⁰⁵.

También se emplean las reglas del delito de perjurio en los procesos liquidativos, es decir, en los casos del Capítulo 7¹⁰⁶.

En nuestro ordenamiento concursal, cuando “no se ha dado cumplimiento al artículo 11” la sanción consiste en el rechazo de la petición de concurso (art. 13 LCQ)¹⁰⁷.

Pero como esa sentencia es apelable (mismo art. 13 LCQ), y puesto que los jueces suelen ser muy indulgentes en estos trances¹⁰⁸, muchas veces el recurso es aprovechado para cumplir tales recaudos faltantes en la alzada¹⁰⁹. De ese modo, ampliando pretorianamente el plazo de gracia del último párrafo del art. 11 LCQ, el concurso se abre y la sanción se esfuma.

Otra sanción que tiene estatuida nuestro plexo concursal en el art. 30 LCQ para supuestos puntuales¹¹⁰, es la declaración de **desistimiento del concurso**¹¹¹.

Tal decisión judicial trae aparejada la prohibición de presentar una nueva petición de concurso dentro del año siguiente “si existen pedidos de quiebra pendientes”; veda que también rige para los casos en los cuales la demanda concursal fue rechazada o no fue

“(B) a statement made under penalty of perjury that no balance sheet, statement of operations, or cash-flow statement has been prepared and no Federal tax return has been filed”;

“(7) allow the United States trustee, or a designated representative of the United States trustee, to inspect the debtor's business premises, books, and records at reasonable times, after reasonable prior written notice, unless notice is waived by the debtor”.

¹⁰⁵ White III, Clifford J. y Theus Jr., Walter W., *“Taking the Mystery Out of the Chapter 11 Trustee Appointment Process”*, https://www.justice.gov/sites/default/files/ust/legacy/2014/05/01/abi_201405.pdf

¹⁰⁶ En estos procesos, además, el deudor malicioso pierde el derecho a la condonación de los saldos insolutos de sus deudas. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando el tribunal descubre que el deudor no presentó sus libros de contabilidad o trajo informes financieros inadecuados, o que no explicó satisfactoriamente cualquier pérdida de activos (11 U.S.C. § 727; Fed. R. Bankr. P. 4005).

¹⁰⁷ Gerbaudo, Germán E., “Las causales de rechazo de la apertura del concurso preventivo”, L.L. Litoral mayo/2016, pág. 5; CNCom, Sala “F”, 06/05/2014, “Dominici, Diego G. s/Conc. Prev.”, MJJ89985; ídem, 12/07/2012, “Timuka SACI s/Conc. Prev.”, MJJ74727; ídem, Sala “D”, 05/08/2003, “Colegio San Eduardo S.A. s/Conc. Prev.”, EDJ6353.

¹⁰⁸ Sólo el incumplimiento absoluto y grosero del recaudo motiva la sanción del art. 13 LCQ (CNCom, Sala “A”, 11/03/2011, “Balliana, Adrián H. s/Conc. Prev.”, MJJ65164). Es lo que ocurrió cuando el pretense concursado, después de tres meses de la presentación inicial, todavía no había terminado de cumplir las exigencias legales (CNCom, Sala “D”, 24/09/2019, “Limser SRL s/Conc. Prev.”, MJJ121679).

¹⁰⁹ Por ejemplo: CNCom, Sala “F”, 07/07/2016, “Compañía Neolatina S.A. s/Conc. Prev.”, MJJ100468.

¹¹⁰ Es decir, sólo para el caso de falta de presentación de los libros contables o por no depositar los gastos de correspondencia o por no efectuar las publicaciones de los arts. 27 y 28 LCQ.

¹¹¹ Me ocupé de este tema en: Rubín, Miguel E., “El desistimiento del concurso preventivo en la ley 24522”, E.D. 165-1341.

ratificada en los términos del art. 6 LC (art. 31 LCQ)¹¹², penalidad que también es juzgada con magnanimidad¹¹³.

En nuestro sistema legal el art. 17 2º párrafo LCQ determina que, “..cuando el deudor contravenga lo establecido en los artículos 16 y 25, cuando oculte bienes, omita las informaciones que el juez o el síndico le requieran, **incurra en falsedad en las que produzca o realice algún acto en perjuicio evidente para los acreedores**¹¹⁴, el juez puede separarlo de la administración por auto fundado y designar reemplazante”¹¹⁵.

A primera vista el precepto parece tener cierta afinidad con las medidas correctivas del régimen estadounidense que sumarié anteriormente. No es así.

Por empezar, es dudoso que la intervención judicial pueda disponerse en hipótesis en las cuales el juez del concurso descubra que el deudor malversó la información ofrecida en su presentación inicial, pues la redacción de la norma parece apuntar a hechos que ocurren después de la apertura del proceso.

Además, si bien es cierto que, como sostuvo una autora, el juez del concurso puede llegar a destacar a un administrador con desplazamiento total del deudor¹¹⁶, y, en verdad, hay precedentes jurisprudenciales aislados en los cuales esa medida se dispuso¹¹⁷, no es menos cierto que el último párrafo del art. 17 LCQ limita el alcance de

¹¹² La técnica legislativa con la que fueron concebidos los arts. 30 y 31 LCQ es cuestionable. ¿Por qué reservar el **desistimiento del concurso** previsto como **sanción** del art. 30 LCQ sólo para el caso de falta de presentación de los libros contables o por no haber hecho el depósito de los gastos de correspondencia, si, el art. 31 LCQ aplica la misma penalidad a los supuestos de rechazo del concurso por cualquier otro motivo? ¿Por qué la prohibición de demandar un nuevo concurso fue ubicada en el art. 31 LCQ dedicado al **desistimiento voluntario** y no en el artículo anterior reservado al **desistimiento del concurso** dispuesto como **sanción** o en un tercer artículo independiente?

¹¹³ Así: CNCom, Sala “D”, 16/05/2018, “Ripoli Cattaneo, Eva C. J. s/Conc. Prev.”, exp. 14161/2017, <https://www.abogados.com.ar/archivos/2018-05-22-055514-ripoli-cattaneo-eva-cornelia-juana-s-concurso-preventivo.pdf>

¹¹⁴ El énfasis fue agregado al texto original.

¹¹⁵ La intervención judicial en el concurso preventivo, como bien se ha dicho, puede ser dispuesta de oficio o a pedido del Ministerio Público o de uno o más acreedores (Chomer, Héctor O. y Frick, Pablo D., “Concursos y quiebras Ley 24.522 comentada, anotada y concordada. Complementaria del Código Civil y Comercial”, ed. Astrea, tº I, pág. 357).

¹¹⁶ Villanueva, Julia, “Concurso preventivo”, ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 198.

¹¹⁷ En el caso “Oil Combustibles”, puesto que el Pasivo post-concursal había crecido meteóricamente, “con el fin de preservar a la empresa concursada”, se resolvió separar a los administradores de la sociedad concursada y se designó a en su reemplazo a quienes se venían desempeñando como coadministradores (Juzg. Nac. Com. nº 5, Secr. Especial, 20/03/2018, “Oil Combustibles S.A. s/Conc. Prev. s/Inc. de Informes Mensuales Sindicatura” (exp. nº 19981/2016/19), <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20180321092404167>).

Con argumentos muy similares, lo mismo se dispuso posteriormente en el caso “Correo Argentino” (Juzg. Nac. Com. nº 6, 02/03/2020, “Correo Argentino S.A. s/Conc. Prev.”, MJJ124036).

la intervención, pues establece que “En todos los casos, el deudor conserva en forma exclusiva la legitimación para obrar, en los actos del juicio que, según esta ley, correspondan al concursado”¹¹⁸.

Es decir que, por más intervención que disponga el magistrado, respecto de cuestiones cruciales del procedimiento y del manejo de su patrimonio, el concursado retiene sus atribuciones¹¹⁹. Así, por ejemplo, cuenta con el derecho a proponer, durante el período de exclusividad, las condiciones del acuerdo preventivo o su mejora, decisión en la cual el interventor no tiene más función que la de opinar.

Desde otro ángulo, como el interventor judicial, fuera de funciones de administración y disposición secundarias, lo único importante que tiene que hacer es opinar sobre las decisiones importantes que siguen en manos del concursado, como acertadamente se acotó¹²⁰, estamos ante una superposición de órganos consultivos, pues la misma ocupación le corresponde al síndico y al Comité de Acreedores¹²¹ (en cualquiera de sus variantes: art. 14 inc. 13, 42, LCQ)¹²², comité que, además, para lo mismo, puede sumar a asesores profesionales (art 260 LCQ).

Vale subrayar que en este último precedente el tribunal entendió que “La intervención plena de una sociedad constituye un mecanismo sancionatorio articulable -aun cuando preexista una coadministración-, cuando la concursada omita informaciones o las falsee, o en cualquiera otra situación que implique riesgo para el concurso...”. Esta decisión, a su vez, encuentra antecedente en un fallo del mismo fuero de hace algunos años (CNCom, Sala “E”, 07/11/2007, “Nikmaze S.A. s/Conc. Prev. s/inc. de Apelación”, MJJ20278).

¹¹⁸ De hecho, la experiencia demuestra que, en los pocos casos en los cuales se ha recurrido a esta medida, lo normal es que la intervención no pase de una coadministración. Por ejemplo: CNCom, Sala “D”, 25/10/2018, “Latin Marketing S.A. s/Conc. Prev. s/Inc. art. 250 CProc”, MJJ115732, elDial.com-AAAD5D.

Hay supuestos en los cuales la intervención se limita a un solo asunto. Es lo que ocurrió en un concurso en el cual el juez detectó que el cesante había vendido un caballo de carrera de manera irregular. En esa oportunidad, el tribunal *ad quem*, al tiempo que invalidó la operación, dispuso que “..cualquier operatoria de venta del producto, sea canalizada a través de la intervención judicial del concurso..” (CNCom, Sala “D”, 08/11/2006, “Las Dos Manos S.A s/Conc. Prev. s/Inc. de administración (asunto Latency)”, MJJ13066).

¹¹⁹ Véase al respecto: Molina Sandoval, Carlos, “Intervención judicial de sociedades en liquidación y en concurso preventivo”, DSC nº 193, diciembre/2003, tº XV, pág. 1262.

¹²⁰ Camaño, Rosa, “La coadministración en las grandes empresas concursadas”, <https://comercioyjusticia.info/factor/actualidad-profesional/la-coadministracion-en-las-grandes-empresas-concursadas/>

¹²¹ Marega, Alexis M., “El comité de control en los procesos de concursos y quiebra”, MJD13672.

¹²² El comité de acreedores, en la actualidad, suma al representante de los acreedores laborales (Gerbaudo, Germán E., “Las facultades de control y de información ejercida por los trabajadores en el concurso preventivo”, MJD14954).

¿Terminan allí las funciones y deberes del juez del concurso cuando detecta comportamientos ilícitos del concursado? No, en determinadas hipótesis previstas por la Ley también debe denegar la homologación del acuerdo; aunque, como comprobamos en el caso del concurso del señor “B”, los resultados prácticos de esta medida muchas veces están lejos de ser alentadores.

Es cierto que hubo numerosas iniciativas doctrinarias para mejorar el *status quo* que estoy describiendo¹²³, pero, seamos francos, todas han naufragado en el océano de las buenas intenciones¹²⁴.

Resta, claro está, lo que tiene que ver con la persecución penal de los delitos relacionados con lo concursal, pero, como veremos a continuación, el panorama es igualmente desalentador.

10. El Derecho Penal Concursal.

Antes y durante el concurso preventivo, el concursado y los terceros pueden cometer delitos que afecten a los acreedores, y, por derivación, a la sociedad toda.

En esta materia el caso “Enron” y la consecuente ley *Sarbanes-Oxley* del año 2002¹²⁵, generaron en los EEUU y en el mundo todo, un antes y un después¹²⁶.

Ello se nota en las férreas normas referidas a los estados financieros de las empresas (Sec. 302 SOA) y en la creación de una serie de delitos para quienes las incumplan, delitos que son castigados con hasta veinte años de prisión y multas de hasta u\$s 5.000.000 (Sec. 906 SOA)¹²⁷.

¹²³ Entre muchas otras: Junyent Bas, Francisco e Izquierdo, Silvina, “Fraude y concurso. La complejidad normativa y algunas alternativas del derecho judicial”, en la obra colectiva “El fraude concursal y otras cuestiones de derecho falimentario”, ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo, pág. 143; Favier Dubois, Eduardo M. (p) y Favier Dubois, Eduardo M. (h), “Remedios legales típicos y atípicos frente al concurso preventivo fraudulento”, DSC agosto/2012, <http://www.errepar.com>.

¹²⁴ En ese contexto llama la atención que algunos autores argentinos pidan la vuelta de la **calificación de conducta** a la sede concursal, mientras que, en España (que es donde el instituto sigue funcionando desde hace siglos) claman por su derogación (Gurrea-Martínez, Aurelio, “La incomprensible vigencia de la sección de calificación en el Derecho concursal español del siglo XXI”, en “*Ibero-American Institute for Law and Finance*”, *Working Paper* n° 1/2016, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2710117).

¹²⁵ Desde entonces conocida por sus siglas “SOA”.

¹²⁶ Una buena síntesis de los ilícitos posibles en este ámbito puede verse en Cano, Miguel, Castro, René M. y Estupiñán, Rodrigo, “Manipulación contable y fraude corporativo”, publicación de la U.S. Inter American Affairs, <http://interamerican-usa.com/articulos/Auditoria/Manip-Frad-cont.htm>

¹²⁷ Varela Ventura, Luis, “Delitos contables mercantiles en el Derecho Penal Económico chileno: Sistematización de su marco regulatorio, elementos comunes de sus tipos penales y desafíos pendientes”, rev. Política Criminal, vol. 11, n° 21, julio/2016, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000100010>.

Ese vendaval represivo tuvo reflejos en la Unión Europea¹²⁸. Fue así como se fomentó la tipificación de **delitos contables** en el Derecho Penal de los estados miembros¹²⁹. De ese modo se estableció la obligación de todos los países de la UE de adoptar medidas legislativas que regulen como hecho punible, con sanciones penales o de otro tipo, las conductas dolosas destinadas a "cometer", "ocultar" o "disimular" por medio de la contabilidad los delitos de corrupción pública y privada contempladas en el propio convenio (arts. 2 al 12 CPC-CE), el delito contable tributario de extender o utilizar facturas falsas, el delito contable mercantil de entregar información falsa o incompleta sobre los estados financieros de una empresa (art. 14 letra a CPC-CE), y la omisión de contabilidad (art. 14 letra b CPC-CE)¹³⁰.

Alemania¹³¹ (que, para cumplir esa obligación, también siguió el modelo de la SOA) introdujo modificaciones en distintos cuerpos legales creando los **delitos contables mercantiles** de aplicación general a las sociedades de capital, y que fueron añadidos al § 331 y siguientes del libro III del HGB¹³².

La figura de la **delincuencia contable** fue introducida en el Código Penal alemán en el año 2009¹³³; siendo reformada en el año 2015 para extender su aplicación a las pequeñas y medianas empresas¹³⁴.

¹²⁸ Sobre contabilidad en general, hay antecedentes normativos previos, como la Cuarta Directiva 78/660/CEE del 25/07/1978 sobre Armonización de la Contabilidad de los Estados Miembros, la Directiva 86/635/CEE del 08/12/1986 relativa a las Cuentas Anuales y Consolidadas de los Bancos. Pero, después de "Enron", con el mismo espíritu de la normativa estadounidense, se introdujeron al Derecho comunitario una serie de directrices y recomendaciones para perfeccionar el sistema contable. Ejemplo de ello son la Directivas UE 2004/109/CE del 15/02/2004 y la 2006/43/CE del 17/05/2006 (al respecto: Varela Ventura, Luis, "Delitos contables mercantiles en el Derecho Penal Económico chileno: Sistematización de su marco regulatorio, elementos comunes de sus tipos penales y desafíos pendientes", cit.).

¹²⁹ Villacorta Hernández, Miguel A., "Novedades en los delitos relacionados con la contabilidad", rev. Técnica contable, vol. 64, nº 749, año 2012, pág. 62.

¹³⁰ Varela Ventura, Luis, "Delitos contables mercantiles en el Derecho Penal Económico chileno: Sistematización de su marco regulatorio, elementos comunes de sus tipos penales y desafíos pendientes", cit.

¹³¹ Véase sobre el particular: Wassmer, Martin P., "Sistemas penales comparados. Insolvencias punibles. Alemania", <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12224/Insolvencias.pdf?sequence=2>

¹³² HGB es el acrónimo de *Handelsgesetzbuch* (Código de Comercio alemán).

¹³³ Sobre este punto me guié por Francés Lecumberri, Paz, "Tratamiento penal del falseamiento de cuentas y otros documentos en las sociedades (art. 290 del Código Penal)" (tesis doctoral), <https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/29283/09%20Tesis%20doctoral%20Paz%20Franc%C3%A9s%20Lecumberri.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹³⁴ España hizo lo propio, aunque ya el Código Penal de 1928 tenía una norma (art. 734) que regulaba un **delito contable** avanzado para su tiempo.

La infracción de las obligaciones relacionadas con la contabilidad se encuentra regulada por el §283b StGB¹³⁵, norma que se complementa con el art. 283.7 relativa a los delitos de insolvencia¹³⁶.

El § 283.7 StGB castiga con pena de prisión de hasta cinco años o con pena de multa a quien, en un estado de excesivo endeudamiento o de insolvencia inminente o ya en esa situación, realice, entre otras conductas típicas:

5. Omite el deber de llevar de los libros contables, o los tenga o altere de modo que dificulte la reconstrucción de la propia situación patrimonial de la empresa.

6. Oculte, destruya o dañe dichos libros u otros documentos de conservación obligatoria según el Derecho Comercial, o haga más difícil la reconstrucción de la propia situación patrimonial.

7. Violando las normas de Derecho mercantil:

a) Realice los balances de manera tal que haga dificultosa la reconstrucción de la propia situación patrimonial u,

b) Omite realizar el balance o el inventario en los términos prescritos;

8. De cualquier otra manera “..disminuya el propio patrimonio u oculte o disimule la real situación económica de la entidad”¹³⁷.

De su lado el § 332 HGB regula un delito específico para los auditores y sus asistentes, el que se castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años.

Los delitos contables mercantiles fueron reintroducidos en el Código Penal de 1995, plexo que, en los "Delitos societarios" (art. 290 y ss.) estableció un tipo penal específico (Varela Ventura, Luis, "Delitos contables mercantiles en el Derecho Penal Económico chileno: Sistematización de su marco regulatorio, elementos comunes de sus tipos penales y desafíos pendientes", cit.).

¹³⁵ StGB es el acrónimo de *Strafgesetzbuch*, es decir, el nombre del Código Penal alemán.

¹³⁶ El delito de bancarrota, regulado por el § 283 I StGB, tiene las siguientes modalidades: "caso especialmente grave de bancarrota" (§283 a), "Violación de llevar contabilidad" (§283 b), "Favorecimiento de acreedores" (§283 c) y el "Favorecimiento de deudores" (§283 d).

¹³⁷ El referido § 283b StGB castiga con la pena de prisión de dos años o con pena pecuniaria a quien:

1. Estando obligado por ley, omite la obligación de conservación de los libros contables, o los tenga y altere de manera que dificulte la reconstrucción de la situación patrimonial de la empresa;

2. Antes del final de plazo de conservación dispuesto por la ley, quite, oculte, destruya o dañe libros contables, u otros documentos a cuya conservación esté obligado según el Derecho mercantil, haciendo con esto más difícil la reconstrucción de la situación patrimonial de la empresa;

3. con vulneración de las normas de Derecho mercantil:

a) redacte el balance de manera tal que dificulte la reconstrucción de la situación patrimonial de la empresa u,

b) omite la redacción del balance o inventario en los términos prescritos por la ley.

Además, en el apartado 2, castiga con pena privativa de libertad de hasta 1 año o con multa, a quienes en los casos del inciso 1, numeral 1 ó 3, actúe imprudentemente.

En nuestro país el Código Civil y Comercial todo lo que estatuye para las infracciones a los deberes de llevar regularmente la contabilidad es la pérdida de valor probatorio en caso de pleito civil.

La ley concursal (fuera de las disposiciones genéricas que enuncié precedentemente) tampoco contiene previsiones especiales para esta clase de faltas.

Nada agregan, en ese aspecto, los arts. 274 y 276 LCQ relativos a las facultades y deberes del juez y del representante del ministerio fiscal en el proceso concursal¹³⁸.

El Código Penal argentino no fue remozado, y ello repercute negativamente en su eficacia¹³⁹. Únicamente reprime al quebrado fraudulento (art. 176), al quebrado culpable (art. 177), y reglas similares se deben aplicar a los directivos y funcionarios de las sociedades quebradas (art. 178) y al “deudor no comerciante concursado civilmente” (art. 179), figuras estas últimas que desaparecieron de nuestro ordenamiento concursal hace años¹⁴⁰.

Por último, el art. 180 CP reprime al acreedor que, en connivencia con el deudor o con un tercero, da su conformidad a un concordato, convenio o transacción judicial, a cambio de ventajas especiales.

Muchas de esas figuras tienen la redacción que se le dio al Código Penal en 1922¹⁴¹.

Como bien se apuntó, se trata de normas que quedaron anclada en el pasado¹⁴², y que, por su poca aplicación en la práctica forense, han recibido mínima atención de la

¹³⁸ Sin duda, la extensión de las atribuciones de los jueces concursales, como lo volví a comprobar recientemente, es uno de los asuntos más difíciles de determinar (Rubín, Miguel E., “¿Hasta dónde llega el poder del juez del concurso? A propósito de un fallo de la Corte Suprema”, MJD15095).

¹³⁹ Ronco, Mauro, “Legalidad, determinación y eficacia en el Derecho Penal Económico”, Revista de Derecho Penal, año 2008, pág. 32, Cita Digital: ED-DCCLXX-501.

¹⁴⁰ Igualmente vetusta es la figura de quien frustra el legítimo derecho de su acreedor del art. 179 2º párrafo CP, precepto que fue introducido en el año 1968 por el Decreto-Ley 17567 (Favaretto, Ricardo S., “El delito de insolvencia fraudulenta”, rev. de Derecho Penal y Criminología, año 2, 2012, n° 8, pág. 191).

¹⁴¹ Marull, Francisco G., “Punibilidad de la quiebra fraudulenta. ¿Confirmación de la selectividad del sistema?”, <https://derechopenalonline.com/punibilidad-de-la-quiebra-fraudulenta-confirmacion-de-la-selectividad-del-sistema/>

No se entiende porque las importantes reformas del régimen concursal argentino del siglo XX no fueron acompañadas por adecuaciones de la legislación penal relacionadas con la insolvencia.

Es lo que ocurrió, por ejemplo, en España. Después de la modificación radical ocasionada por la Ley Concursal de 2003, y luego de una serie de intentos de transformación del Código Penal de 1995 (como el anteproyecto de 2012), se dictó la Ley Orgánica 1 del 2015, que incluyó, en los arts. 259 a 261bis, una nueva normativa sobre las **insolvencias punibles** (Bacigalupo Saggese, Silvina, “La reforma de los delitos de insolvencias punibles en el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n° 18, Sección Noticias comentadas, primer semestre de 2013, pág. 3; Monge Fernández, Antonia, “Reflexiones críticas sobre el delito concursal punible”, Revista Derecho Penal, n° 56, julio-setiembre/2016, pág. 77).

Doctrina¹⁴³. Para más, los pocos estudios que se dedicaron a este asunto suelen ofrecer interpretaciones alambicadas, lo que dificulta aún más su empleo¹⁴⁴.

En no pocas oportunidades se trató de actualizar esas normas del Código Penal. Dentro de esas iniciativas se encuentran el Proyecto de Ley de Reformas Puntuales al Código Penal de la Nación del 21/12/1998¹⁴⁵, el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de la Nación Argentina del año 2014¹⁴⁶ y el Proyecto de reformas al Código Penal de 2019¹⁴⁷.

Ninguna prosperó.

En el ámbito de los procesos concursales se dan distintas clases de delitos. Por lo tanto, como anticipé, conforme el art. 237 CNPP, tanto el juez, como el fiscal y el síndico que intervienen en el proceso concursal, ni bien tomen conocimiento de circunstancias que hagan presumir la comisión de un delito de acción pública, tienen la obligación de denunciarlas ante el tribunal penal.

Reforzando aquel precepto legal, el art. 249 CP manda a reprimir con multa e inhabilitación especial al “funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio”, el art. 274 CP sanciona al “funcionario público que,

¹⁴² Rafecas, Daniel, “El delito de quiebra de sociedades” ed. Ad-Hoc, pág. 23.

¹⁴³ Alliaud, Alejandra M., “La insolvencia fraudulenta y su presupuesto circunstancial”, Revista de Derecho Penal, tº 2009, pág. 23, Cita Digital: ED-DCCLXX-806.

¹⁴⁴ Navarro, Guillermo R., “Insolvencia fraudulenta en el Código Penal y en la Ley 13.944”, ed. Jurídicas de Cuyo, pág. 40; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge E., “Derecho Penal. Parte Especial”, 7ª ed., ed. Astrea, pág. 604.

¹⁴⁵ Elaborado por la Comisión creada por resolución del Ministerio de Justicia n° 420/97 (al respecto: Ferreira, Ernesto J., “Análisis de algunos de los problemas de atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales con relación a los delitos especiales en los supuestos de intervención plural de sujetos”, Revista de Derecho Penal, tº 2009, pág. 5, Cita Digital: ED-DCCLXIII-763).

¹⁴⁶ Roitman, Horacio y Videla, Maximiliano G., “Las insolvencias punibles vinculadas a una situación concursal en el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de la Nación Argentina del año 2014”, en Lascano, Carlos J. (director), “Comentarios al Anteproyecto de Código Penal de la Nación”, pág. 195.

¹⁴⁷ Esta propuesta tenía contemplaba delitos específicos cometidos en el concurso preventivo, en el acuerdo preventivo extrajudicial, en la quiebra, la liquidación judicial forzosa o cualquier otro proceso concursal.

Tal el supuesto de quien “presentare libros de contabilidad u otra documentación contable, con registros falsos, suprimidos o alterados, o informare datos falsos sobre su estado de solvencia o sobre sus acreedores”, y a quien “..maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o del patrimonio del demandado o fraudulentamente disminuir su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones” (Crocioni, Francisco J. (coordinador), “Comentarios al proyecto de Código Penal”, ed. La Ley, https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/suplemento_especial_penal_version_2.pdf).

faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes..”¹⁴⁸, el art. 277 inc. 1 CP reprime con prisión, entre otros, a quien “No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole” (ap. “d”)¹⁴⁹, y el art. 279 inc. 3 CP agrega que, cuando “el autor de los hechos descritos en los incisos 1 o 3 del artículo 277 fuera un funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones, sufrirá además pena de inhabilitación especial..”.

El tema ha sido estudiado profusamente en el Derecho español¹⁵⁰.

Empero, entre nosotros, aquellas normas, a partir del caso “Alderete”¹⁵¹, han sido sometidas a una interpretación tan restrictiva que prácticamente quedaron vacías de contenido¹⁵².

Y si bien el art. 232 LCQ obliga al juez de la quiebra que dispone la clausura del procedimiento por falta de activo a girar los antecedentes al juez penal para la instrucción del sumario pertinente (art. 233 LCQ)¹⁵³, la realidad demuestra que esa medida rara vez termina en condena.

Ello se debe principalmente a dos motivos: uno, originado en el Fuero Concursal; el otro, en el Fuero Penal.

Los juzgados con competencia concursal generalmente envían a la Justicia Penal los antecedentes del art. 233 LCQ después de varios años de ocurridos los hechos que

¹⁴⁸ Véase al respecto: Brest, Irina D., “Ejercicio de la acción penal”, MJD12341.

¹⁴⁹ El inc. 3 ap. “d” del mismo artículo determina que la escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando el autor fuere funcionario público.

¹⁵⁰ Por ejemplo: Llarena Conde, Pablo, “Consideración puntual de determinados aspectos relativos a la responsabilidad penal de jueces y magistrados”, pág. 55, Gimeno Jubero, Miguel A., “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal del juez”, pág. 75, en rev. Estudios de Derecho Judicial, año 2008, número dedicado a la Responsabilidad personal del juez, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3117582>

Sobre este tema, en nuestro país, versó la conferencia de Antonio del Moral (integrante del Tribunal Supremo de España) titulada “La responsabilidad penal del juez en el Derecho español”, dictada en el marco de las VII Jornadas de Derecho Judicial (“Responsabilidades Judiciales: Responsabilidad Política o Constitucional, Administrativa, Civil y Penal”), Buenos Aires, año 2014.

¹⁵¹ CNCasac. Penal, Sala III, 27/11/2001, “Alderete, Víctor A. s/Recurso de casación”, Registro n° 722.01.3, causa n° 3142.

¹⁵² Arnaldo, Luis A., “El delito de omisión de denuncia a partir de la ley 25.246”, L.L. 2003-A, pág. 84; García, Cándido E., “Algunas consideraciones acerca de la conducta debida por los funcionarios públicos ante la presencia de delitos”, E.D. 188-907.

¹⁵³ CNCom, Sala “D”, 04/10/2016, “Salgado de Suegras, Noemí M. s/Quiebra”, MJJ102049; ídem, Sala “E”, 21/08/2014, “Canuel SRL s/Quiebra”, MJJ92092.

podrían considerarse ilícitos; en ocasiones, cuando se ha superado sus respectivos plazos de prescripción¹⁵⁴. Además, esa carga procesal se cumple remitiendo mínimas constancias del expediente. Muy pocas veces son explicados los antecedentes fácticos o cuáles son las pruebas de los supuestos delitos¹⁵⁵.

De su lado los juzgados penales, si no interviene un querellante, usualmente dejan que las causas queden en los brazos de Morfeo hasta que se las archiva¹⁵⁶.

Las normas de la ley de Concursos referidas a las funciones y responsabilidades del síndico concursal (en particular el art. 254 LCQ), como se ha hecho notar, adolecen de bastante imprecisión¹⁵⁷. Si bien el funcionario concursal tiene a su cargo la “averiguación de la situación patrimonial del concursado, los hechos que puedan haber incidido en ella y la determinación de sus responsables” (art. 275 LCQ), no hoy disposición del ordenamiento concursal que lo obligue a denunciar ante el juez del concurso más que algunas irregularidades puntuales¹⁵⁸.

Es cierto, como sostuve hace bastantes años¹⁵⁹, que el síndico concursal tiene la obligación de denunciar ante la Justicia Penal la presunta comisión de delitos de

¹⁵⁴ Si bien el art. 67 CP establece que “La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio”, la Justicia Penal no terminó de definir si hay que esperar que el proceso de quiebra concluya para que recién se le pueda dar curso a la acción por los delitos de este tipo (CNCasación Penal, Sala I^a, 15/08/2006, “Coppola, Laura B. s/Recurso de casación”, MJJ64155; ídem, Sala II^a, 03/05/1999, “Coria López Torres, Alfonso R. y otra s/Recurso de casación”, MJJ64207; ídem, Sala III^a, 28/06/2005, “Parente Sinisi, Camila C. s/Recurso de casación”, MJJ5884).

¹⁵⁵ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial lo dijo con todas las letras: para la comunicación de la clausura de la quiebra por falta de activo a la Justicia Penal no es necesario formular un examen de la actuación del deudor desde la óptica criminal, pues ese aspecto está reservado al juez competente en la materia (CNCom, Sala “D”, 04/10/2016, “Salgado de Sueiras, Noemí M. s/Quiebra”, <https://ar.vlex.com/vid/salgado-sueiras-noemi-mirta-650670589>).

¹⁵⁶ Biscay, Pedro, “La persecución penal de los delitos económicos en la Argentina ha demostrado ser un fracaso”, <http://www.diariojudicial.com/nota/15438>.

¹⁵⁷ Favier Dubois, Eduardo M. (h), “Las investigaciones en los procesos concursales. Una agenda hacia las buenas prácticas”, L.L. 2010-E, pág. 715.

¹⁵⁸ Si mientras elabora el informe del art. 35 LCQ descubre alguna conducta legalmente reprochable del concursado, la ley (al menos de manera expresa) no lo manda a denunciarla ante el juez del concurso. Y en el Informe General únicamente está forzado a anotar al magistrado de las deficiencias que hubiera detectado en materia contable (art. 39 inc. 4 LCQ), las anomalías en materia de aportes a la sociedad deudora (art. 39 inc. 7 LCQ) y los actos que considere susceptibles de ser revocados según los arts. 118 y 119 (art. 39 inc. 8 LCQ).

¹⁵⁹ Rubín, Miguel E., “Calificación de conducta”, ed. Hammurabi, pág. 24, “Régimen disciplinario de los síndicos concursales”, E.D. 187-1368. Luego, en similar orientación: Erbetta, Daniel, “Sobre la responsabilidad penal del síndico del concurso en la legislación argentina”, en Riquert, Marcelo (director), “Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero”, ed. Hammurabi, pág. 133.

instancia pública (conf. art. 277 CP), y que también le pueda corresponder, según los casos, algún grado de participación criminal conforme lo establecen los arts. 45 y siguientes CP¹⁶⁰. Sin embargo, hoy, a la luz de la actitud dubitativa de la Jurisprudencia¹⁶¹, esas normas parecen escritas en el agua.

11. Repasando las estadísticas de la persecución penal de los delitos relacionados con la insolvencia y una conclusión obvia.

Los factores que acabo de enunciar confluyen para que la represión de los delitos conectados con los procesos concursales históricamente haya sido muy pobre.

Según datos de la Oficina de Estadísticas del Registro Nacional de Reincidencias y Estadística Criminal dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación, entre los años 1988 y 1997, únicamente se dieron, en todo el país, un total de 12 condenas por delitos de quiebra o liquidación fraudulenta de personas físicas o entes sociales¹⁶².

Vale apuntar que, en el año 1998, sólo en los Tribunales de la Capital Federal, se decretaron 1.310 quiebras.

En el devenir se mantuvo esa tendencia¹⁶³:

- En el año 2000, sobre un total de 10.308 causas penales, tan sólo se dieron 2 condenas por quiebra fraudulenta.
- En el año 2001, sobre un total de 12.961 causas penales, apenas hubo 3 condenas de esa índole.
- En el año 2002, sobre un total de 17.185 causas penales, hubo 12 condenas por delitos de quiebra, igual que en el año 2003, en el que se dieron 22.214 causas penales.
- En el año 2004, sobre 21.677 causas penales, hubo 18 condenas.
- En el año 2005, sobre un total de 22.711 causas penales, se dieron 16 condenas.

Y en el año 2016, a nivel nacional, sobre un total de 4.042 procesamientos dictados en el ámbito federal, sólo uno fue por insolvencia fraudulenta¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Parma, Carlos, "Responsabilidad penal del síndico", <https://www.astrea.com.ar/resources/doctrina/doctrina0125.pdf>.

¹⁶¹ Ver, al respecto: Ramírez, Nicolás, "¿Es el síndico concursal funcionario público según el artículo 77 del Código Penal?", E.D. 234-612, Cita Digital: ED-DCCLXX-991.

¹⁶² Marull, Francisco G., "Punibilidad de la quiebra fraudulenta. ¿Confirmación de la selectividad del sistema?", cit.

¹⁶³ López Grisolí, Gustavo, "Modificaciones en la Ley de Concursos y Quiebras a la luz del Código Penal", Departamento de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, tesina N° 122, año 2005, http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/122_lopez.pdf.

En suma, los resultados de la persecución de los ilícitos concursales (en particular en materia Penal) son magros¹⁶⁵.

A partir de la información relevada por el sistema FiscalNet y la brindada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, el Ministerio Público Fiscal de la Nación pudo determinar que más de la mitad de las causas por delitos concursales se inician por denuncias de los juzgados comerciales¹⁶⁶. La mayoría de esas causas fueron iniciadas como respuesta automática a las comunicaciones que los jueces concursales remiten a la Justicia Penal por imperativo del referido art. 233 LCQ¹⁶⁷ cuando clausuran el procedimiento por falta de activos¹⁶⁸.

Estudios iniciados en el año 2015 detectaron que, en el año 2014, hubo un notable aumento de la cantidad de causas penales por fraudes concursales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (más del 1.000%)¹⁶⁹. Sin embargo, en el período 2010/2015, apenas se elevaron a juicio 23 causas. En el año 2015, en esa clase de casos, no se dictó ninguna sentencia condenatoria¹⁷⁰.

En suma, normas anticuadas y corruptelas que se repiten, he allí la explicación de nuestro puesto 111 en el ranking de Resolución de la Insolvencia de los sistemas concursales.

Sin duda hay mucho por hacer. Es hora de poner manos a la obra.

¹⁶⁴ https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/inf_proc_federales_2016.pdf

¹⁶⁵ En este punto retomaré lo dicho en: Rubín, Miguel E., "La necesidad de reforma del régimen represivo concursal. La inaudita nueva inhabilitación para los quebrados no comerciantes sometidos a proceso penal", L.L. Suplemento Concursos y Quiebras del 25/08/2009, pág. 18; Rubín, Miguel E., "¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del Derecho Concursal argentino", cit.

¹⁶⁶ Informe de Gestión del año 2016 del Ministerio Público Fiscal de la Nación, <https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2017/05/Informe-Anual-2016.pdf>.

¹⁶⁷ Figura que, como lo explicó Graziáble al comentar un fallo, está plagada de defectos (Graziáble, Darío J., CNCom, Sala "C", 26/11/2009, "Pellene, Blanca P. s/Quiebra", L.L. del 04/09/2009).

¹⁶⁸ Junyent Bas, Francisco e Izquierdo, Silvina, "La presunción de fraude frente a la clausura por falta de activo", MJD4665.

¹⁶⁹ Fuente: FiscalNet.

¹⁷⁰ Fuente: Dirección de Desempeño Institucional del MPF.