

INSOLVENCIAS. CIVIL Y SOCIETARIA

Dr. Gustavo Bordes¹

(Antecedentes históricos).

La ley de las XII Tablas de la antigua Roma disponía la *manus iniectio*, que consistía en la disposición por parte del acreedor de la persona del deudor insolvente, quien si no abonaba sus deudas en un plazo de 60 días o nombraba un fiador, podía ser vendido como esclavo e incluso muerto y repartido su cuerpo entre los acreedores. Posteriormente, la *Lex Poetilia Papiria* del 326 A.C. suprimió la pena de muerte, sustituyendo la sanción por otra de carácter público en la que el magistrado podía imponer la prisión por deudas a cumplirse en cárceles públicas. Según QUINTANO RIPOLLÉS, la prisión por deudas significó un progreso frente a las coerciones personales del acreedor.²

Si bien se fue pasando de un régimen de ejecución personal a otro de ejecución patrimonial, el instituto se mantuvo vigente durante la Edad Media con esa tendencia progresiva hacia la sustitución de la prisión por la cesión de bienes.

En la Revolución Francesa se redujo la prisión a un máximo de 6 años, prohibiendo el arresto por este motivo a las mujeres, los menores y las personas mayores de 60 años.

En distintos países europeos, se produjo la abolición de la prisión por deudas a partir de la segunda mitad del siglo XIX.

La primera Convención que suprimió la prisión por deudas fue el Convenio de La Haya del 17 de julio de 1905.

Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por ley N° 13.751 de 11 de julio de 1969 estableció la prohibición en su artículo 11³ y fue reiterado en el art. 7 lit. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada por ley N° 15.737 de 8 de marzo de 1985,

Por su parte, nuestra Constitución dispone la prohibición de prisión por deudas en el art. 52.

¹ Profesor Adjunto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

² QUINTANO RIPOLLES, Antonio, Tratado de la parte Especial del Derecho Penal, Tomo III, Madrid, 1978, pág. 15.

³ Art. 11: "Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual".

A partir de la despenalización de la prisión por deudas, tanto en las personas físicas o en los representantes de las personas jurídicas, quedó limitada la penalización de aquellas conductas que impliquen el incumplimiento de las deudas cuando se utilicen medios fraudulentos o engaños en perjuicio de los acreedores.

I) **LA INSOLVENCIA FRAUDULENTA.**

(De la insolvencia fraudulenta).

El deudor civil que, para substraerse al pago de sus obligaciones, ocultara sus bienes, simulara enajenaciones o créditos, se trasladara al extranjero o se ocultare sin dejar persona que lo represente, o bienes a la vista en cantidad suficiente para responder al pago de sus deudas, será castigado con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría. La acción penal no podrá ser ejercitada sino a denuncia de parte, y sólo en el caso de que la insolvencia del deudor resulte comprobada por actos infructuosos de ejecución en la vía civil.

1) **(Antecedentes).**

Esta norma tiene sus antecedentes en el art. 395 del Proyecto Zanardelli⁴ y en el art. 275 del Código Penal de 1889⁵.

Ambas normas regulaban el alzamiento de bienes del deudor, y sobre la base de la querrela de parte y la condición de que existan “actos infructuosos” en la vía civil.

2) **(La regulación legal en el Código Penal).**

2.1.) **(Bien jurídico tutelado).**

Al igual que en otras disposiciones, el bien jurídico tutelado sería el patrimonio de los acreedores.

Su inclusión en nuestro Código Penal en el Título IX Delitos contra la Economía y la Hacienda Pública parecería determinar también la protección de este bien jurídico o por lo menos la pluriofensividad de la conducta.⁶

⁴ Art. 395 del Proyecto Zanardelli: “El que, fuera del caso de bancarrota, después de conocida la incapacidad de pagar las deudas propias, disimula o distrae, en todo o en parte, la propia sustancia, es castigado con detención hasta de tres meses y con multa de cien a tres mil liras. No se puede proceder sino a querrela de parte, la cual es admitida sólo en el caso en el cual la insolvencia resulte de actos de ejecución en vía civil con resultados infructuosos; y de la querrela no se puede desistir”.

⁵ Art. 275 del CP 1889: “El deudor civil que se alzare con sus bienes, los ocultare, los enajenare maliciosamente, o simulare créditos en fraude de sus acreedores, será penado con prisión de quince a dieciocho meses. Si las deudas no llegasen a quinientos pesos, la pena será de tres a seis meses de prisión. La acción penal no podrá ser ejercida sino por querrela de parte, y sólo en el caso de que la insolvencia del deudor resulte comprobada por actos infructuosos de ejecución en la vía civil. De la querrela deducida no se podrá desistir”.

⁶ CAIROLI, Milton, Curso de Derecho Penal Uruguayo, Parte Especial, Tomo IV, FCU, 1993, pág. 28.

Si bien se podría sostener que también es un bien jurídico tutelado por la norma las “variables macroeconómicas”, dado que el mundo económico y financiero se mueve a través de las sociedades, sería muy difícil sostener que una insolvencia civil pudiera entonces lesionar este otro bien jurídico.⁷

2.3) (El tipo objetivo).

Regula la insolvencia fraudulenta del deudor civil en perjuicio de sus acreedores.

Si bien la norma no lo decía específicamente como el artículo mencionado del Proyecto Zanardelli, la prevista en el Código derogado, descartaba los casos en los que el deudor civil hubiere caído en bancarrota.

La norma vigente, tampoco reitera esa redacción pero del propio *nomen iuris* la conclusión es la misma. La insolvencia debe ser **fraudulenta** y en consecuencia, las conductas que refieran a malos negocios, o negocios imprudentes, arriesgados, que provoquen la insolvencia del deudor, no estarán de ninguna forma atrapados por esta figura.

No se debe perder de vista la disposición constitucional que abolió la prisión por deudas por lo que, la disposición no puede apartarse de la misma.⁸

El sujeto activo es calificado puesto que se trata de un “deudor civil”, lo que descarta las hipótesis de comerciantes o integrantes de sociedades.

La figura está dominada por cuatro verbos: *ocultar, simular, trasladarse y ocultarse*.

En la primera modalidad, se refiere a la ocultación de bienes. La pregunta a responder es si la norma exige la ocultación de la totalidad o de una parte, aunque importante de ellos. CAIROLI, siguiendo a BAYARDO, interpreta que el codificador antepuso la palabra “sus” a bienes, por lo que debe entenderse que se requiere la ocultación de la totalidad de sus bienes.⁹

Entiendo que lo que la norma prohíbe es la insolvencia fraudulenta por lo que si el deudor ocultare parte de sus bienes pero quedaran otros tantos que pudieran solventar

⁷ ADRIASOLA, Gabriel, Delitos Económicos, obra de Dardo PREZA, Editorial BdeF, 2004, pág. 45.

⁸ Art. 52 de la Constitución de la República: “Prohíbese la usura. Es de orden público la ley que señale límite máximo al interés de los préstamos. Esta determinará la pena a aplicarse a los contraventores.

Nadie podrá ser privado de su libertad por deudas”.

⁹ CAIROLI, Milton, ob. cit., pág. 28.

sus deudas, esta conducta sería atípica. En caso de ocultare la parte más importante de sus bienes, dejando sólo aquellos inservibles o que no alcanzaran para cubrir las deudas, la conducta quedaría atrapada en esta figura.¹⁰

La simulación debe abarcar enajenaciones o créditos. Obviamente, la conducta será típica cuando esos negocios fueren irreales (porque si fueren verdaderos podrían caer en la suposición de “ocultación”) y abarcaran sus bienes o su persona para simular la insolvencia.

Las dos modalidades siguientes, es decir, el trasladarse al extranjero u ocultarse, deben ir acompañadas con los requisitos previstos de que no debe dejar persona que lo represente o bienes a la vista en cantidad suficiente para responder al pago de sus deudas.

2.4.) (El tipo subjetivo).

Existe en el tipo una referencia subjetiva: la insolvencia fraudulenta debe tener como finalidad o propósito, *el substraerse al pago de sus obligaciones*.

Esto implica que si la insolvencia es fortuita, por imprudencia, por haber asumido riesgos o por cualquier finalidad distinta a que no sea la prevista como referencia subjetiva, no existirá delito.

Existiendo esta referencia, haría imposible el castigo de otra forma que no fuera a título de dolo directo.

2.5.) (Condición de procedibilidad).

Existen dos condiciones de procedibilidad: la perseguibilidad de la conducta a instancia de parte y la comprobación del fracaso de las acciones civiles.

La figura prevé que el delito sólo podrá ser perseguible a denuncia (hoy a instancia) de parte, de acuerdo a lo previsto en los arts. 11 y ss del CPP. Una vez deducida la instancia, no se podrá desistir de la misma salvo en los delitos de difamación e injurias (art. 19 del CPP).

El tipo penal exige la comprobación de actos infructuosos en la vía civil para el cobro de las deudas. Ello implicaría que primero se debería agotar y probar que se han realizado todos los actos necesarios y pertinentes para tratar de hacer efectiva la deuda, sin haber obtenido un resultado favorable. Recién en ese caso, se podría proceder a la denuncia.

¹⁰ Es también la opinión de Gabriel ADRIASOLA, en ob, cit., pág. 45.

La comprobación de este requisito se podría realizar adjuntando el expediente civil en el que constara la ejecución del deudor y la imposibilidad de cobro de las deudas.

En caso de que se hubiere logrado satisfacer las deudas, aunque fuera en contra de la voluntad del deudor, incluso forzando su pago, la conducta no sería ilícita.

2.6) (Consumación).

Resulta de interés analizar si la figura se podría catalogar como delito permanente o instantáneo de efectos permanentes.

Personalmente me inclino en sostener que la figura se consume cuando se conjugan cualquiera de los verbos previstos por el tipo penal sin perjuicio de que sus efectos serán permanentes.

La posición que se tenga al respecto tendrá directa repercusión en la prescripción del delito conforme a lo previsto en los arts. 117 y 119 del CP.

3) Finalmente, debemos decir que, en especial por la condición de procedibilidad que obliga a probar el fracaso del cobro de las deudas en la vía civil es que este delito no tiene prácticamente existencia en los tribunales.

II) INSOLVENCIA SOCIETARIA FRAUDULENTA. Análisis crítico.

Art. 5 del decreto ley N° 14.095.

(Insolvencia societaria fraudulenta).

El que para procurarse un provecho injusto, para sí o para otro, ocultara, disimulara o hiciese desaparecer, parcial o totalmente, el patrimonio de una empresa en perjuicio de un tercero, será castigado con pena de doce meses de prisión a diez años de penitenciaría.

1) (Antecedentes legislativos).

La ley N° 14.095 debe ser analizada sin perder de vista la época en la que se dictó y en consecuencia, cuál era el contexto económico, social y político que vivía nuestro país. La década del 60 se caracterizó por un marcado intervencionismo en materia económica arrogándose el Estado una clara función dirigista. Mediante la aprobación de la llamada ley de Ilícitos Económicos se pretendió atacar tres de los pilares de la macro economía: el control del sistema de cambio, el comercio exterior y las tasas de interés. En una economía estatista, estas funciones no podían quedar

libradas a la voluntad de los particulares. Así se dictaron verdaderas normas en blanco que, a la luz de la nueva orientación económica del Estado a partir de los años 80' se han tornado inaplicables.

En la República Argentina estaba en pleno auge el combate al llamado “vaciamiento de empresas”.

Por este motivo, se decidió agregar una norma que castigara dicha conducta aunque parecía que nada tenía que ver en principio la inclusión de la misma, en una ley cuyo fundamento y propósito eran totalmente distintos.

Una comisión redactó el artículo original, que quedó de la siguiente forma: “*El que oculte, disimule o haga desaparecer parcial o totalmente, el patrimonio de una empresa será castigado con la pena de doce meses de prisión a diez años de penitenciaría*”.¹¹

Invitado a la Comisión de Constitución y Legislación, el Dr. BAYARDO BENGEOA realizó una serie de críticas a dicho proyecto, siendo quien en definitiva propuso el cambio de nombre que pasó a ser el actual agregándose además la referencia subjetiva. BAYARDO opinaba que en realidad esta nueva figura no era más que una estafa calificada.

En estos términos, se incorporó la figura de la insolvencia societaria fraudulenta en el art. 5 de la ley N° 14.095 de 17 de noviembre de 1972. Simultáneamente el Poder Ejecutivo constituyó por decreto N° 742/972 el Cuerpo Especial de Prevención y Represión de Ilícitos Económicos (CEPYRDE) que estaba creado por el art. 16 de dicha ley.

2) (El Derecho Penal Económico)

La intervención penal debe ser la solución última a la que debe acudir el Estado. Dicha intervención debe estar regida por los principios de *intervención mínima* y de *exclusiva protección de bienes jurídicos*. Esta caracterización pone de relieve la importancia del concepto de bien jurídico para el derecho penal, no sólo en el terreno político criminal, sino también en el ámbito de la dogmática jurídico penal, y especialmente, dentro de la teoría del delito.¹²

¹¹ La Comisión estaba integrada por los Dres. Flavio BUSCASSO, Ramón REAL, José KORZENIAK y Tomás BRAUSE.

¹² FERNANDEZ, Gonzalo, Bien jurídico y sistema del delito, Ed. BdeF, 2004, pág. 1.

En relación con el tipo, el bien jurídico debe ser el elemento central, el que, si bien no posee carácter escrito, no deja de ser un elemento constitutivo limitador del tipo penal. Por ello, el juicio de tipicidad se completará en dos etapas: lo primero es verificar la adecuación entre la acción y la figura descripta, y en segundo lugar, una vez constatada dicha subsunción, resta por examinar si afecta o no el bien jurídico protegido. En otras palabras, la afectación del bien jurídico protegido es un elemento de la tipicidad.¹³

Siempre estuvo en discusión, cuál es el rol que debe cumplir el Estado en cuanto a la economía de un país: las opciones van desde el más exacerbado estatismo, hasta el liberalismo a ultranza. Hay quienes entienden que compete al Estado planificar la economía y de esta forma, fijar el tipo de cambio, los precios de los productos básicos, limitar la producción de determinados bienes o promover la de otros, proteger al consumidor, regular el comercio exterior, las divisas, las tasas de interés, en fin, todas aquellas actividades que regulen el llamado orden social económico.

Actualmente, la tendencia es restarle injerencia al Estado, librando ciertas actividades a los privados, los que sin perjuicio de ello, podrán ser controlados para evitar excesos. Es que el Estado es quien debe fijar las pautas y reglas mínimas que van a regir las relaciones económicas de un país, respetando el principio de libertad, pero teniendo como fin primordial, el redistribuir adecuadamente las riquezas, atendiendo a los más necesitados o desposeídos, y brindando los servicios sociales que le son exclusivos y excluyentes.

3) (Los delitos contra la economía pública en el Uruguay).

Nuestro país ha dado un tratamiento deficiente al tema de la criminalidad económica.

El Código de 1889 trataba a los Delitos contra la Economía Pública en el TITULO SÉTIMO (sic) Sección única en el que se castigaba la quiebra fraudulenta, la quiebra culpable y la insolvencia civil fraudulenta (arts. 272 a 275) .

Actualmente, los tipos penales que refieren a este bien jurídico, son escasos, algunos de ellos resultan antiguos e inadecuados, de mala técnica jurídica y con una confusa definición en cuanto al bien jurídico protegido.

¹³ FERNÁNDEZ, Gonzalo, ob. cit., pág. 295.

Sólo a modo de ejemplo, y en un mundo comercial regido en su mayoría por personas jurídicas y dentro de ellas, por sociedades anónimas, nuestro país mantuvo vigente una ley de 1.893 (la N° 2.230) que regulaba en forma imperfecta, sólo algunos de los ilícitos que podrían suscitarse en esas sociedades. Es que la ley N° 2.230 era todo problema: desde los llamados delitos concursales, supuestamente previstos en los arts. 42 y 43 de la misma, carentes de descripción típica y de sanción, hasta los llamados delitos en la liquidación previstos en el art. 76, norma vaga, difusa y que remite a la pena del Código Penal de 1889 derogado.

La ley N° 18.387 de 21 de enero de 2008 estableció nuevas disposiciones penales y la ley N° 18.411 de 5 de noviembre del mismo año finalmente derogó el polémico art. 76 de la vieja ley N° 2.230.

El Código vigente también le da un tratamiento inadecuado puesto que bajo el nombre “Delitos contra la Economía y la Hacienda Pública” en el Título IX incluye en el Capítulo I tres delitos contra la propiedad, que eventualmente y en ciertas circunstancias podrían afectar la Economía Pública (quiebra fraudulenta, culpable e insolvencia fraudulenta), en el Capítulo II, sí un claro delito que afecta éste bien jurídico (destrucción de materias primas o medios de producción) y en el Capítulo III un delito contra la Hacienda Pública (delito de contrabando).

Tampoco se ha visto cristalizada, la reiterada idea de crear una justicia especializada en materia de ilícitos económicos, idea que en varios países se ha materializado hace muchos años.

4) (Bien jurídico *economía pública*).

La economía es el conjunto de actividades humanas en lo que respecta a la producción, circulación, repartición y consumo de riquezas.¹⁴

Tal vez la imprecisión del bien jurídico economía pública, ha sido una de las tantas causas por las que los delitos económicos no han logrado en nuestro país una actualización y sistematización acorde a los tiempos. Si no existe una política de Estado en materia económica, si no está clara cuál es la función que le asignaremos en esta materia y bajo que límites, si no sabemos que es lo que se quiere proteger mediante el recurso de la intervención penal, difícilmente se podrán derogar las leyes que no están a

¹⁴ LANGON, Miguel, Código Penal anotado, Tomo II, Vol. II, 2005, pág. 12.

la altura de los tiempos y crear los nuevos tipos penales que las circunstancias requieren en forma sistematizada.

Si partimos de la base que el primer nivel de imputación se realizará verificando no sólo la adecuación de la conducta a la descripción típica, sino asimismo la constatación de la afectación del bien jurídico protegido, será necesario que el mismo esté perfectamente delimitado y definido.

En general, se ha reiterado que la economía pública es un conjunto de relaciones humanas que tienen por objeto satisfacer las necesidades materiales, mediante la riqueza cuyo ciclo se desarrolla a través de cuatro momentos: producción, circulación, distribución y consumo.¹⁵

Es común identificar al bien jurídico Economía Pública con el concepto de *orden económico*, así como el confundir éste último con una determinada forma de intervención estatal en la economía.

CAIROLI describe al delito económico como el formado por normas de interés público, que tienden a tutelar el orden y regulación de la economía nacional con el fin del bienestar social, protegiendo lo que es posible llamar *orden público económico de un país*.¹⁶

GALAIN por su parte concluye que los delitos económicos lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y , por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico.¹⁷

ADRIASOLA, sostiene que debemos desechar esas fórmulas tan amplias referidas a un “orden económico” o “intereses estatales” puesto que ampliarían desmesuradamente el objeto del derecho penal económico, confundiéndolo con el convencional o de seguridad pública. Como la propiedad o el patrimonio son un pilar fundamental del orden económico capitalista, entrarían dentro del mismo los hurtos, rapiñas o estafas. Por eso prefiere distinguir los delitos que afectan el patrimonio de aquellos que afectan la economía, en tanto en éstos últimos, la acción disvaliosa sea

¹⁵ Definición de MAGGIORE, citado por GREZZI, Ofelia, en *Ilícitos Económicos*, Ley N° 14.095, FCU, 1973, pág. 251 y PETITO, José, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 16, Cursillo sobre Derecho Penal Económico, 1990, pág. 98.

¹⁶ CAIROLI, Milton, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, Tomo IV, FCU, 1993, pág. 13.

¹⁷ GALAIN, Pablo, en *Delitos Económicos*, obra a cargo de PREZA RESTUCIA, Dardo, Ed. BdeF., 2004, pág. 102-103.

susceptible, potencial o efectivamente, de lesionar bienes jurídicos de otros, variables colectivas del funcionamiento del mercado, distintas del acreedor específico o del titular del derecho patrimonial afectado. Sin perjuicio de ello, reconoce la aptitud de los tipos penales clásicos (como la estafa) para catalogárselos como pluriofensivos, en tanto la acción típica concreta posea la potencialidad suficiente como para afectar esos bienes jurídicos de naturaleza colectiva.¹⁸

5) (Bien jurídico protegido en el delito de insolvencia societaria fraudulenta).

Como vimos, lo que se procura reprimir es el llamado “vaciamiento de empresas”, mediante el cual se buscaba insolventar a la misma para eludir el pago de determinadas obligaciones y obtener un provecho económico indebido.

En los manuales y programas de estudio de Derecho Penal se incluye este delito en el Título correspondiente a los Delitos contra la Economía y la Hacienda Pública.

La doctrina nacional en general manifiesta que estamos ante un delito pluriofensivo, que afecta la propiedad y el patrimonio de la empresa, y ello repercute en el patrimonio de los acreedores, accionistas, inversionistas, o todos aquellos que puedan ser lesionados con esa conducta. Si las proyecciones de la conducta fueran de importancia, podría afectar la Economía Pública.¹⁹ Esta conducta lesionaría gravemente la normalidad, el recto y honesto desarrollo de la actividad económica que en cualquiera de los momentos de la circulación de la riqueza está a cargo de la empresa vaciada. Más allá del frustrado derecho de los acreedores, se atenta contra las condiciones mínimas indispensables del desenvolvimiento de la actividad económica cuyo mantenimiento interesa a toda la colectividad que ve comprometida la satisfacción normal de sus actividades materiales.²⁰

Personalmente creo equivocado el tratamiento que se le ha dado a este delito. Ello porque si bien es cierto que ciertas insolvencias pueden afectar la Economía Pública, también es cierto que ello ocurre en escasas situaciones, y sólo cuando la proyección de la sociedad afectada o el volumen de la insolvencia o ambas cosas a la vez, son de tal magnitud, que podrían afectar la economía de la Nación. Es decir,

¹⁸ ADRIASOLA, Gabriel, en Delitos Económicos, obra a cargo de PREZA, RESTUCIA, Dardo, Ed. BdeF, 2004, pág. 37.

¹⁹ CAIROLI, Milton, ob. cit., pág. 30.

²⁰ GREZZI, Ofelia, Ilícitos Económicos, Ley N° 14.095, FCU, 1973, pág. 253.

estamos en presencia de un bien jurídico que podría ser afectado *eventualmente* y en delimitadas situaciones.

El bien jurídico protegido y realmente afectado es la propiedad, visto desde dos ángulos: por un lado el derecho de propiedad que tienen los socios “en la sociedad” y por otro, el derecho de propiedad que tengan los terceros “contra la sociedad” (acreedores).²¹

No vemos entonces el sentido de incluir a esta figura penal como un delito contra la Economía Pública cuando la misma, en la gran mayoría de los casos, no se ve afectada en lo más mínimo. Ello puede llevar a confundir incluso, la correcta interpretación del tipo, puesto que se tiene que tener presente que el bien jurídico protegido es esencialmente la propiedad y eventualmente, (pero muy eventualmente) la economía pública. Si no fuera así, se debería incluir también bajo este título “Delitos contra la Economía Pública” otros delitos contra la propiedad como la estafa, la que en muchas oportunidades, y probablemente más que en la insolvencia societaria, además de afectar la propiedad, sí afecta la Economía Pública.²²

Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que de algún modo esta figura limita y condiciona el derecho constitucional de propiedad puesto que a diferencia de la estafa y otros tipos que usan como medio el engaño o el fraude, el objeto del delito aquí no lo constituyen bienes ajenos que el agente logra desplazar hacia su patrimonio o el de un tercero mediante el engaño de la víctima, sino que los bienes son propios del agente de la conducta, respecto de los cuales en principio tiene plena facultad de disposición.²³

6) (Sujeto activo).

En la actualidad se sigue discutiendo si es posible atribuirle responsabilidad penal a la persona jurídica o si solamente se le puede aplicar a los integrantes de aquélla.

²¹ El Código Penal Argentino ubica las insolvencias dentro del Título VI Delitos contra la Propiedad, el Código Penal Mexicano, dentro del Título Vigésimo Segundo Delitos en contra de las personas en su patrimonio y el Código Penal Francés que entrara en vigencia en 1994 las ubica en el Libro III De los delitos graves y menos graves contra el patrimonio, Título Primero, Sección 3ª arts. 314-7 y ss.

²² En el mismo sentido, SCHURMANN PACHECO, Rodolfo, El Delito de Insolvencia Societaria Fraudulenta, Crestomatía Jurídico-Penal, Ed. Carlos Alvarez, 2002, pág. 224, quien sostiene que la característica de *pluriofensiva* de la conducta es común a todos los delitos contra la propiedad, ya sean fraudulentos o violentos, atento a la entidad económica de los mismos.

²³ MORENO, Fernando R., El Delito de Insolvencia Fraudulenta, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 20.

En Latino América, el viejo principio *societas delinquere non potest* sigue rigiendo la totalidad de la legislación penal si bien en doctrina se oyen algunas voces discordes.

En Europa, la discusión se encuentra en una etapa mucho más avanzada y países como Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda y Noruega admiten ya la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, el art. 121.2 del Código Penal Francés de 1994 la responsabilidad sin exclusión de las personas físicas autoras o cómplices, previéndose penas de multa, disolución, inhabilitación, vigilancia judicial, cierre definitivo o provisional.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar la oposición a la penalización de las sociedades por parte de Claus ROXIN quien sostiene que la acción es una manifestación de la personalidad, por lo que los actos de las personas jurídicas no pueden ser acciones.

En igual sentido pero por otros argumentos, Günther JACKOBS también niega esa posibilidad puesto que los hechos culpables son hechos propios no pudiendo transferirse la culpabilidad, porque el delinquir no puede ser la realización de un negocio ajeno.²⁴

En EE.UU., Canadá y Australia se admitía ampliamente desde hace tiempo dicha responsabilidad.

Los autores que admiten la responsabilidad penal de la persona jurídica no descartan además la responsabilidad de las personas físicas que actuaron por ella. Entienden que la penalización también de la persona jurídica es preferible desde el punto de vista político criminal, pues es claro que la prevención del delito resulta más eficaz puesto que de esta forma se evita el inconveniente de condicionar la averiguación y sanción de la persona física, lo que muchas veces es muy difícil por la complejidad de la distribución de funciones y competencias en las sociedades.²⁵

Otros autores, reclaman la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una solución que se impone a la cada vez mayor criminalidad empresarial, debiendo estructurarse junto con las personas físicas que hubieran participado, en forma conjunta y solidaria.²⁶

²⁴ JACKOBS, Günther, ¿Punibilidad de las Personas Jurídicas?, Ed. Ara, pág. 79.

²⁵ JAEN VALLEJO, Manuel, Cuestiones Actuales del Derecho Penal Económico, Ad-Hoc, 2004, págs. 61 y 62.

²⁶ BERRUEZO, Rafael, Responsabilidad Penal en la Estructura de la Empresa, Imputación jurídico-penal sobre la base de roles, Ed. B. De F., 2007, pág. 44.

En nuestro país, la ley no se apartó de la legislación y doctrina mayoritaria en Latinoamérica. Así, la ley utiliza la clásica expresión genérica “el que”. De esta forma, se excluye la posibilidad de trasladar la responsabilidad a la persona jurídica puesto que todo nuestro sistema penal está basado en el principio de la responsabilidad personal.²⁷

Sin perjuicio de ello, es obvio que se refiere a quienes asumen la responsabilidad de la empresa, es decir, sus representantes o administradores, sin perjuicio de que terceras personas puedan concurrir de acuerdo a los principios generales de la coparticipación (arts. 60 y ss. del CP). El agente debe tener la facultad de disposición sobre el patrimonio de dicha empresa.

7) (Descripción típica. Verbos).

El proyecto original tenía como título “Vaciamiento de empresas” el que como vimos, fue modificado a instancias de BAYARDO BENGOA.

El *nomen iuris* del artículo (insolvencia societaria fraudulenta) integra el tipo penal, por lo que será fundamental tenerlo en cuenta para su análisis. Véase que se trata de una *insolvencia fraudulenta*. Sin perjuicio de ello, hace referencia a la insolvencia de una *sociedad* mientras que en el tipo penal, en cambio, se habla de una *empresa*, conceptos que son diferentes, tema que analizaremos en el siguiente numeral.

La **insolvencia** es el estado del patrimonio que le impide satisfacer las deudas contraídas. Hay una desproporción entre el activo y el pasivo, superando este último al primero, e impidiendo la satisfacción de los acreedores. Puede a su vez ser real o simulada (aumentando el pasivo o disminuyendo el activo), y voluntaria, imprudente o negligente o por causas fortuitas o de fuerza mayor.²⁸

De acuerdo al marco constitucional que debe preceder al Derecho Penal, y en este caso en particular, los arts. 7, 36 y 52 de la Constitución no pueden sino delimitar la figura penal. El principio es la libertad en general y la posibilidad de dedicarse al comercio, industria, trabajo o cualquier profesión lícita, y sólo la ley y por razones de interés general podrá limitar tales derechos. A su vez, el art. 52 prohíbe la prisión por deudas. Esto implica que no podrá castigarse la insolvencia en todas sus formas sino que habrá de tener el agente una clara intención de insolventarse en forma voluntaria debiéndose descartar de plano las insolvencias fortuitas o accidentales.

²⁷ PREZA RESTUCIA, Dardo, Delitos Económicos, Ed. BdeF, 2004, pág. 27.

²⁸ PETITO, José, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 16, Cursillo sobre Derecho Penal Económico, 1990, pág. 91.

El **fraude** en cambio equivale a engaño, pero no sólo alcanza con engañar, sino que es el engaño teñido del propósito de lesionar el interés ajeno.²⁹

GREZZI entiende que la verdadera acción típica es “insolventarse” y que los verbos de la figura típica son verdaderos medios para realizar la acción central de la misma.³⁰ Esta opinión fue recogida en la sentencia N° 92 del 16/9/97, del Juzgado Letrado de 1ª Instancia en lo Penal de 21º Turno³¹.

Posición distinta sostiene ADRIASOLA, quien entiende que las acciones típicas son las descritas por los verbos nucleares mientras que la procuración de la insolvencia es la finalidad de la acción.³²

La acción se expresa a través de tres verbos que aluden a un presupuesto: el patrimonio de una empresa.

Ocultar, o sea esconder y se refiere como vimos, al patrimonio de la empresa. La ocultación puede ser total o parcial, física o jurídica. Por lo tanto, el verbo ocultar refiere a esconder bienes o títulos fuera del alcance y conocimiento de esos terceros.

Disimular, o sea crear una apariencia distinta a la realidad, disfrazar una cosa, hacerla irreconocible. Para GREZZI, se refiere a la ocultación realizada mediante formas jurídicas, comprensiva tanto de ocultar lo real como de aparentar lo inexistente e implica una relación con otro a quien se disimula el objeto.³³

Parte de la doctrina no distingue entre *disimular* y *simular*. Pienso que efectivamente son cosas distintas aunque con puntos de contacto. La *simulación* es el procedimiento por el que se logra *disimular* algo, aunque tal vez, no la única forma. Sin perjuicio de ello, cabe acotar que la simulación es un proceso que se acuerda por un proceso simulatorio que tiene por objeto la realización del negocio simulado. Esto implica que es necesaria la existencia de dos personas distintas. No podría en consecuencia, hablarse de negocio simulatorio en aquellos casos en los que una persona enajena los bienes de una empresa a otra que ella misma controla sea cual sea la forma jurídica de la misma.

²⁹ PETITO, idem, pág. 92.

³⁰ GREZZI, Ofelia, ob. cit., 247

³¹ Publicada en la Revista de ciencia Penales N° 4, 1998, Ed. Carlos Alvarez.

³² ADRIASOLA, Gabriel, ob. cit., pág. 51.

³³ GREZZI, ob. cit., pág. 231.

Por ello, caen dentro de esta descripción, aquellas conductas que consisten en hacer que el patrimonio de la empresa tenga una apariencia diferente, aumentando el pasivo o disminuyendo el activo en forma aparente.

Hacer desaparecer, o sea suprimir. La duda que puede plantearse al respecto es si la desaparición debe ser real o ficticia. Según PREZA³⁴, y ADRIASOLA³⁵, el hacer desaparecer comprende no ya negocios simulados sino operaciones reales. Acá pasamos de aquellos actos de ocultamiento o engaño, a típicas conductas materiales por las que directamente se hace desaparecer total o parcialmente el patrimonio de la empresa como puede ser el destruir o incendiar los bienes o instalaciones de la misma. GREZZI opina que ocultar y disimular tienen de común el ser actos cumplidos por el titular de los bienes sobre los que recae la conducta con la finalidad de crear la apariencia de su insolvencia. La relación entre el sujeto y su patrimonio se mantiene aunque disimulada, pero puede recuperar dicho patrimonio con cierta facilidad. En cambio, *hacer desaparecer* crea una situación real y jurídicamente permanente de los bienes por la que la relación entre el sujeto de derecho y su patrimonio se disuelve para siempre. Por diferentes negocios jurídicos, se va a causar la pérdida definitiva del patrimonio de una empresa que pasa al poder de otro sujeto de derecho.³⁶

CHAVES por su parte sostiene que “hacer desaparecer” alude inequívocamente a un supuesto de desaparición ficticia y no real, puesto que la desaparición real no puede beneficiar a nadie. Asimismo, el *nomen iuris* del artículo hace referencia a que la insolvencia debe ser “fraudulenta³⁷” por lo que siempre debe entenderse que la misma es *falsa*, meramente aparente y no real. Por este motivo, la desaparición y la disimulación no se diferenciarían claramente.³⁸

Pero cualquiera de estas conductas, lo que deben provocar es la *insolvencia* de la empresa puesto que de lo contrario se castigaría una ocultación o desaparición parcial por ese sólo hecho, sin que en definitiva se produzca la insolvencia, requisito previsto en el *nomen iuris*.

8) Referencia objetiva.

³⁴ PREZA RESTUCIA, Dardo, ob. cit., pág. 27.

³⁵ ADRIASOLA, Gabriel, ob. cit., pág. 51..

³⁶ GREZZI, Ofelia, ob. cit, pág. 233.

³⁷ Fraudulenta proviene del latín *fraudulentus* y significa engañosa, falaz.

³⁸ CHAVES, Gastón José, “El disregard”, Cursillo sobre derecho penal económico, en Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, pág. 188.

Como decíamos *supra*, la ley utiliza términos distintos en el título del delito y en la descripción típica. Puesto que mientras que el *nomen iuris* hace referencia a la insolvencia de una **sociedad**, la descripción típica habla de una **empresa**, conceptos diferentes que no son asimilables.

Como se ha visto al analizar la figura, la insolvencia no se limita únicamente al fraude societario y al hacer referencia al concepto de empresa además, se amplía el espectro de posibilidades.

Coincidimos con la mayoría de la doctrina, en que los actos de ocultación, disimulación o desaparición deben recaer no sobre un patrimonio social sino sobre el patrimonio de una empresa.

El concepto de sociedad está definido legalmente lo que no ocurre con el concepto de empresa. Véase además, que no necesariamente debería coincidir el concepto económico de empresa con el alcance jurídico que le deberíamos otorgar a los efectos de la figura penal en estudio.

CAIROLI sostiene que empresa es la organización de los factores de la producción: capital y trabajo, destinado a producir bienes o a prestar servicios.³⁹

SCHURMANN la define como el conjunto de bienes, créditos y deudas, agrupados por el impulso finalístico del empresario.⁴⁰

Sin perjuicio de que podemos asistir a otras innumerables definiciones, lo cierto es que el concepto de *empresa* se refiere lógicamente a un conjunto de bienes **organizado** en función de una actividad económica que persigue un **fin de lucro**. Esto implica que el tipo penal excluiría a aquellas sociedades que no reparten ni tienen un lucro, excluyéndose en consecuencia organizaciones como las típicas asociaciones civiles (clubes deportivos, asociaciones de beneficencia, etc.) o las fundaciones.

ADRIASOLA descarta a las empresas unipersonales puesto que ellas no llenan el concepto de “empresas” que requiere el tipo penal, por lo que en su caso, serían atrapados por la quiebra fraudulenta y no por esta figura.⁴¹ No compartimos esta posición puesto que entiendo que justamente, las llamadas “unipersonales” encajan perfectamente dentro de la definición de “empresa” si bien descartamos que estemos ante una sociedad comercial. (Art. 1º Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060). En

³⁹ CAIROLI, Milton, ob. cit., pág. 31.

⁴⁰ SCHURMANN PACHECO, Rodolfo, ob. cit., pág. 229.

⁴¹ ADRIASOLA, Gabriel, ob. cit., pág. 53.

otras palabras, la “unipersonal no puede ser considerada sociedad comercial pero si empresa.

9) (Tipo subjetivo. Referencia subjetiva. Posibilidad de que se castigue la conducta a título de dolo eventual).

Este delito se castiga a título de dolo directo. No estando determinado por la ley de acuerdo a lo dispuesto por el art. 19 del CP, no se puede castigar a título culposo ni ultraintencional.

Pero existe una referencia subjetiva o elemento subjetivo distinto del dolo por cuanto, para que se configure el delito, es necesario que el agente tenga la finalidad de *procurarse un provecho, para sí o para otro*, y concomitantemente, dicho provecho debe estar calificado por una referencia normativa, es decir, que dicho provecho además debe ser *injusto*, es decir, que el agente debe buscar una utilidad económica a la que no tiene derecho. Esto implica, que si el fin del agente fue por ejemplo, insolventar la sociedad pero a los efectos de poder recuperar aportes que había realizado y que de otra manera no podría obtener, no estaríamos ante esta figura.

En cuanto a la posibilidad de que esta figura se castigue a título de dolo eventual, queda descartada totalmente dicha posibilidad.

En efecto.

Como vimos, la insolvencia debe ser fraudulenta, o sea engañosa, aparente. La presencia de la referencia subjetiva implica, una especial finalidad en el sujeto, pero que se desarrolla en forma muy estrecha al dolo de insolventar fraudulentamente a la sociedad, y que naturalmente debe estar presente desde el comienzo de su accionar.

Se podría pensar en el caso de un representante de la sociedad, que por ejemplo comprara bienes perecederos, a sabiendas que los mismos pueden perderse si no se realizan tales o cuales condiciones de venta posterior en un breve plazo. Si finalmente las condiciones no se dieran, y los bienes desaparecieran, nunca estaríamos ante un caso de insolvencia societaria fraudulenta a título de dolo eventual. La insolvencia debe ser ficticia y no real, por lo que todos los negocios riesgosos en los que se podría producir la pérdida de determinados activos de la sociedad nunca entrarían en tales hipótesis. Mucho menos si esa insolvencia debe tener como finalidad el obtener un provecho injusto.

11) Delito de peligro. ¿Concreto o abstracto?

Estamos en presencia de un típico delito de peligro, en el que no es necesaria la lesión efectiva del bien jurídico tutelado sino la puesta en peligro del mismo. La ley no refiere a que se le debe efectivamente ocasionar un perjuicio al tercero sino que debe ser *en perjuicio*.

En segundo lugar debemos analizar si estamos en presencia de un delito de peligro abstracto o concreto.

El XIII Congreso de la Asociación de Derecho Penal sobre “El concepto y los principios fundamentales del derecho penal económico y de la empresa”, realizado en El Cairo en 1984 aprobó como 9ª recomendación la siguiente:

“El empleo de tipos delictivos de peligro abstracto es un medio válido para la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión y en tanto la prohibición se refiera directamente a bienes jurídicos claramente determinados. La creación de delitos de peligro abstracto no está justificada cuando obedezca exclusivamente al propósito de facilitar la prueba de delitos”.

Si lo calificáramos como delito de peligro abstracto, la sola ocultación, disimulación o desaparición total o parcial del patrimonio de una empresa, con la consabida referencia subjetiva, conllevaría de suyo la consumación del delito, sin importar si en definitiva, el bien jurídico *propiedad* corrió o no peligro de daño. Este razonamiento no parece tener lógica e implicaría una exagerada protección del derecho de propiedad que entraría en contradicción además con el derecho a la libertad en general y en particular para ejercer los actos de comercio, previsto constitucionalmente como ya vimos en los arts. 7 y 36 de la Carta.

Además, el art. 3 del Código Penal, que también alcanza a las leyes extrapenales, declara que no existe delito sin resultado de daño o peligro, por lo que nos inclinamos en sostener que estamos ante la presencia de un delito de peligro concreto⁴².

⁴² En igual sentido, LANGON, Miguel, Código Penal Anotado, 2005, Tomo II, Vol. II, pág. 18.