

### Ficha 3

#### Insolvencias punibles

**Sumario:** 1. Las insolvencias punibles en el derecho uruguayo. 2. Delimitación del trabajo. 3. El delito de fraude concursal. 4. El delito de quiebra fraudulenta. 5. El delito de insolvencia societaria fraudulenta. 6. La derogación de los arts. 42, 43 y 76 de la Ley N° 2.230 por la Ley N° 18.411. Fundamentos esgrimidos. 7. Cuadro comparativo

#### 1. Las insolvencias punibles en el derecho uruguayo

El artículo 52 de la Constitución Nacional prohíbe la prisión por deudas, en una disposición que proviene de la adoptada en 1934, que incorporó en su artículo 51 el texto del actual 52<sup>1</sup>. Como consecuencia de tal precepto constitucional, solo pueden ser penalmente relevantes las insolvencias producidas con fraude y en perjuicio de terceros.

El Código Penal de 1889, recogía en su Título VII, Delitos contra la Economía Pública, las figuras de quiebra fraudulenta y culpable, en consonancia con las prescripciones del Código de Comercio aprobado en 1866, así como la insolvencia culpable referida al deudor civil.

Si bien las disposiciones sobre quiebra del Código de Comercio (y, consecuentemente, las del Código Penal) se aplicaban indistintamente a los comerciantes y a las sociedades cualquiera fuera su forma, con motivo de las dificultades que atravesaba el Banco Inglés, en el año 1893 se dictó una ley sobre liquidación de sociedades anónimas (N° 2.230) en la que se estableció también una forma de concordato preventivo, pero solo aplicable a las sociedades anónimas<sup>2</sup>. Los artículos 42 a 44 referían a conductas típicas vinculadas a la regularidad del proceso concordatario, pero en su artículo 76, la Ley N° 2.230, castigaba a los directores y administradores de sociedades anónimas que cometieran fraude, simulación, infracción de estatutos o de una ley cualquiera de orden público, a sufrir la pena de los quebrados fraudulentos, lo que ha sido considerado por la mayoría de la doctrina como una *quiebra impropia*, que requeriría<sup>3</sup> de la declaración judicial de liquidación de la sociedad y la comprobación de la insolvencia para su punición.

El Código Penal de 1934, mantuvo dentro del Título referido a los Delitos contra la Economía (y Hacienda Pública) a los delitos referidos a las quiebras (arts. 253 y 254) y también el de insolvencia fraudulenta (art. 255).

---

<sup>1</sup> La Constitución de 1830 consideraba a la quiebra fraudulenta como una causal de pérdida de la ciudadanía y al estado de fallido del deudor como causal de suspensión (arts. 11.6 y 12.2). Tales disposiciones desaparecieron en la Constitución de 1918.

<sup>2</sup> Ver Rodolfo Mezzera y José Ferro Astray, Curso de Derecho Comercial, Tomo VI, Concordatos, actualizado y ampliado por Siegbert Rippe, 4ª. Edición, F.C.U., 1997, pág. 21.

<sup>3</sup> Se utiliza el modo subjuntivo porque no es una afirmación pacífica y, como se verá más adelante no ha sido la posición de nuestra jurisprudencia mayoritaria.

La Ley de Ilícitos Económicos (N° 14.095) incorporó en su art. 5, el delito de insolvencia societaria fraudulenta, una fórmula original del derecho uruguayo, por el que se pretendía reprimir los “vaciamientos de empresas” y que, a pesar de su *nomen iuris*, no limita sus confines al fraude *social*.

En tanto algunos autores<sup>4</sup> la incluyen en el elenco, corresponde hacer mención a la conducta descrita en el inciso 2° del art. 279 A del C.P. (Omisión de la asistencia económica inherente a la patria potestad o la guarda).

Finalmente, la Ley N° 18.387 estableció en su artículo 248 el delito de fraude concursal y poco tiempo después, por la Ley N° 18.411 se derogaron los delitos previstos en la Ley N° 2.230.

## 2. Delimitación del trabajo

Se pretende en este trabajo, hacer una “puesta al día” del tratamiento penal de las insolvencias intencionales realizadas por los titulares de los emprendimientos empresariales, sistematizando los tipos penales vinculados a las insolvencias a partir de las modificaciones introducidas por las Leyes N° 18.387 y 18.411.

## 3. El delito de fraude concursal

### 3.1 Sujeto activo

El sujeto activo del delito es calificado. En efecto, el artículo 248 de la Ley N° 18.387, alude “*al deudor que, fuera de lo establecido en el artículo 253 del Código Penal y en oportunidad de la solicitud del concurso o en cualquier etapa posterior...*”.

El concepto de deudor, a estos efectos, lo provee el artículo 2 de la ley, que es el que describe el presupuesto subjetivo de la declaración judicial de concurso, ya que- establece- “*procederá respecto de cualquier deudor, persona física que realice actividad empresarial o persona jurídica civil o comercial*”.

Así, quedan comprendidas las personas físicas que realicen actividad empresarial y las personas jurídicas civiles o comerciales, lo que incluye tanto a las sociedades anónimas –antes regidas por lo dispuesto en la Ley N° 2.230-, a las asociaciones civiles y fundaciones, quedando excluidas- a texto expreso- el Estado, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados, los Gobiernos Departamentales y las entidades de intermediación financiera (con excepción a las normas relativas a la calificación del concurso)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Petitto, José, en “*Insolvencia...*”, pág. 96.

<sup>5</sup> La exclusión se justifica dado los regímenes particulares del Estado y el especial de liquidación administrativa de las instituciones de intermediación financiera (actualmente regida por lo dispuesto en el

En cuanto a la persona física, no es cualquier persona física, sino la que realice actividad empresarial, definida expresamente en el inciso segundo del artículo 2 como aquella “*actividad profesional, económica y organizada con finalidad de producción o de intercambio de bienes o servicios*”.

En el caso de las personas jurídicas, en tanto las mismas no son responsables penalmente, lo serán los socios, directores, administradores de hecho o de derecho que hayan aprobado la realización de los actos o realizados los mismos. Si bien el artículo 248 en su inciso segundo lo dice expresamente, ello no hubiera sido necesario dado que la responsabilidad penal es personal y subjetiva y se rige por lo dispuesto en el Código Penal, de modo que no se les podrá imputar objetivamente responsabilidad penal a ninguno de ellos por la sola razón de serlo.

### **3.2 Conducta típica**

El delito exige para su configuración que, al momento de la presentación o con posterioridad, el sujeto activo desarrolle alguna de estas acciones:

- a) exageración u ocultación del patrimonio (activo o pasivo);
- b) reconocimiento o apariencia de privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente;
- c) sustracción y ocultación de libros sociales;
- d) acuerdo u otorgamiento de ventajas particulares en razón del voto.

En cuanto a las modalidades aludidas en los literales a) y b) no son otras que las previstas antiguamente en el art. 1571 del Código de Comercio<sup>6</sup>, estudiadas tanto en sede de quiebra como de estafa, modalidad que coincide también con una de las modalidades típicas de la insolvencia fraudulenta (art. 255 C.P.).

La exageración u ocultación del patrimonio consiste en su disimulación fraudulenta, en detrimento del resultado del concurso. Así, puede disimularse el patrimonio exagerándose el mismo con la finalidad de exponer una solvencia (que no se tiene) que asegure la procedencia y viabilidad del concurso o, por el

---

D. L. N° 15.322, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 17.613)

<sup>6</sup> Art. 1571: El concordatario que conscientemente exagere el activo, oculte la existencia de uno o más acreedores o exagere la solvencia de los socios verdaderos será considerado como autor del delito de estafa.

El concordatario que oculte sus bienes, o exagere conscientemente el pasivo, será equiparado al quebrado fraudulento (art. 1662). El mismo delito constituirá, en el concordato de una sociedad, la ocultación de un socio solidario, o la ocultación de sus bienes o la exageración de sus deudas.

Los que no siendo acreedores voten o intenten votar fraudulentamente como tales en el concordato, los acreedores verdaderos que exageren fraudulentamente el monto de sus créditos, y los que hubieran estipulado con el concordatario o con un tercero ventajas particulares, en razón de su voto, que hagan su condición mejor que la establecida en el concordato para la generalidad de los acreedores, serán considerados cómplices de quiebra fraudulenta.

La responsabilidad de estos actos alcanzará, conforme a las reglas generales, a los autores, cómplices y encubridores.

contrario, puede disimularse que no se tiene suficiente para obtener la declaración de concurso y concertar el pago en de los adeudos con quitas o esperas que de otra forma no hubiera obtenido.

A tales efectos se exigiría una maniobra más compleja que la sola falsedad de un balance, dado que la falsificación ideológica de documento privado es atípica (con la excepción del delito de abuso de firma en blanco previsto en el art. 351 del C.P.).

En cuanto al reconocimiento o apariencia de privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, quebranta la igualdad entre los acreedores y, por su propia naturaleza, es un delito bilateral, esto es, comprende también la responsabilidad de quien se presta como acreedor ilegítimo.

En la nueva ley, esta modalidad asume un cariz más relevante, dado que la modificación del régimen concursal comprendió –lo se conoce en Derecho Comercial como- una “poda de privilegios”<sup>7</sup>, lo que implicó limitar los privilegios –antes en mayor número y desperdigados en diferentes normas- a los previstos expresamente en los arts. 109 y 110 de la Ley N° 18.387.

En cuanto al acuerdo u otorgamiento de ventajas particulares en razón del voto, supone el concierto entre el deudor (o quien lo represente) y el acreedor con derecho a voto, esto es, el quirografario (si bien todos los acreedores tienen derecho a asistir, solo éstos pueden votar en la Junta de Acreedores), lo que la vuelve una figura bilateral. Basta con la promesa de otorgamiento de la ventaja, no requiriéndose el efectivo otorgamiento.

Las tres modalidades mencionadas, esto es, todas las previstas con excepción de la ocultación o sustracción de los libros sociales (c), estaban contenidas también en el art. 43 de la Ley N° 2.230. En tanto todas han sido ya estudiadas exhaustivamente, nos remitimos a los diferentes aportes doctrinarios vernáculos<sup>8</sup>.

En lo que refiere a la ocultación o sustracción de libros sociales, la doctrina habitualmente las sindicaba como hipótesis de la simulación incriminada en el art. 76 de la Ley N° 2.230, pudiendo estudiarse conjuntamente con la conducta descrita en el art. 244 del C.P. a la que eventualmente absorberá. Los libros

---

<sup>7</sup> Ver Rodríguez Mascardi, T., “*Créditos del Concurso*”, en Cuadernos de Derecho Concursal, AAVV, 2ª. Edición, Montevideo, F.C.U., 2011, pág. 125.

<sup>8</sup> Al respecto, y tan solo a modo de ejemplo, puede verse: Petito, José, “*Insolvencia Fraudulenta*”, en Cursillo sobre Derecho Penal Económico, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1990, pág. 96 y 99 y ss.; Fernández, Gonzalo, “*Régimen Penal de las Sociedades Anónimas*”, en Cursillo sobre Derecho Penal Económico, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1990, pág. 129 y ss.; Fernández, Gonzalo, Derecho Penal de la Sociedad Anónima, Amalio F. Fernández, Montevideo, 1983, pág. 89 y ss.; Cairoli, Milton, “*Disposiciones penales*”, en Cuadernos de Derecho Concursal, F.C.U., Montevideo, 2010, pag. 271 y ss.; Cairoli, Milton, Curso de Derecho Penal Uruguayo, Parte especial, Tomo IV, FCU, Montevideo, 1989, pág. 28 y ss..

sociales están definidos por la ley comercial<sup>9</sup> y procuran la transparencia de la gestión empresarial, de modo de convertirse en su memoria, de ahí la importancia de su ocultación o sustracción intencional.

En cuanto a la forma, ninguna de las distintas modalidades parecerían admitir la omisión, dado que las cuatro refieren a acciones concretas (exagerar u ocultar patrimonio, reconocer o aparentar privilegios o constituir ilícitamente, sustraer u ocultar libros, acordar ventajas particulares)<sup>10</sup> que necesitan ser desarrolladas, con inspiración en la aspiración al éxito del concurso, ya sea legítima o ilegítimamente. Vale agregar que siempre se tratará de acciones vinculadas al proceso concursal y no a la insolvencia (previa) que éste trata de paliar<sup>11</sup>.

### 3.3 Aspecto temporal

El artículo 248 contiene un requisito de tiempo que cumple con la función de acotar la tipicidad del delito, ya que la conducta fraudulenta que pena debe desarrollarse “*en oportunidad de la solicitud del concurso*” o “*en cualquier etapa posterior*”.

Nuestro Código Penal no ha utilizado el giro “*en oportunidad*”, sino el giro “*en ocasión*”<sup>12</sup>. Sin embargo, el apartamiento del giro tradicional, no parece tener consecuencias de entidad. Según el Diccionario de la Real Academia Española, “*ocasión*” significa “*oportunidad que se ofrece para ejecutar o conseguir algo*”; en cambio, “*oportunidad*” significa “*sazón, coyuntura, conveniencia de tiempo y lugar*”.

## 4. El delito de quiebra fraudulenta

### 4.1 Su vigencia

Ya expusimos algunas razones por las que consideramos que el delito de quiebra fraudulenta sigue vigente<sup>13</sup>, correspondiendo advertir que la opinión no es pacífica.

Ello por cuanto, en primer lugar, el propio artículo 248 de la Ley N° 18.387, deja expresamente fuera del tipo de fraude concursal a los casos que configuren la

---

<sup>9</sup> Ver art. 44 y 54 y ss. del Código de Comercio, así como los arts. 51 a 53 de la Ley N° 16.871.

<sup>10</sup> Ello sin perjuicio de prevenir que un análisis más concienzudo exigiría el estudio del alcance del art. 391 de la Ley N° 16.060 en hipótesis empíricas.

<sup>11</sup> Sin perjuicio de lo que se dirá oportunamente, pueden advertirse ya las diferentes finalidades que presiden que el dolo en el delito de fraude concursal y en el de la insolvencia societaria fraudulenta.

<sup>12</sup> Pueden verse las descripciones de los artículos 159, 163 bis, 310 bis, 320, 323 bis, 358 bis.

<sup>13</sup> Ver Acosta Casco, Natalia, “*Delitos concursales. Apuntes e interrogantes sobre la incidencia de las leyes N° 18.387 y 18.411*”, en Revista de Derecho Penal N° 19, F.C.U., Montevideo, 2011, pág. 147 y ss. y “*Un puzzle difícil de armar: Emprendimientos empresariales e insolvencias*”, en Revista de Derecho Penal N° 20, F.C.U., Montevideo, 2012, pág. 39 y ss.

conducta prevista en el art. 253 del Código Penal (quiebra fraudulenta) y, consistentemente, el art. 253 no está mencionado en el art. 253 de la Ley N° 18.387, en el que se establecen las derogaciones expresas ni en la posterior Ley N° 18.411, en la que se derogan expresamente los arts. 42 a 44 y 76 de la Ley N° 2.230.

Realizado el examen formal de la vigencia de la norma, corresponde el relativo a su materialidad que, en primer término, nos da cuenta de que se trata de una norma imperfecta que es necesario completar con la norma que reclama.

Y así, el artículo 264 de la Ley N° 18.387, establece el modo de armonizar las disposiciones de la nueva ley con la anterior, siendo de aplicación a estos efectos lo establecido en su último inciso: *“todas las demás disposiciones legales contenidas en leyes anteriores, cuando se refieran a situaciones de quiebra y/o de liquidación judicial deben entenderse realizadas a la decisión judicial de liquidación de la masa activa del concurso”*.

A mayor abundamiento, Jiménez de Asúa nos enseñaba que, como en la especie, cuando se trata de una referencia hecha por el Código Penal a una ley especial determinada, y a ésta sucede una nueva, no cabe duda de que la referencia se entiende hecha a la nueva ley especial<sup>14</sup>, en este caso, a la Ley N° 18.387.

Consecuentemente, la calificación de fraudulento y culpable, su sustituyen por culpable o fortuito. De esta manera, en los casos en que el bien jurídico protegido por las quiebras se encuentre en peligro, el elenco de presunciones de culpabilidad debidamente comprobadas ante la sede penal, permitirán al juez evaluar si tienen relevancia penal y ameritan respuesta punitiva.

---

<sup>14</sup> Jiménez de Asúa, L., Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Ed. Losada, 1950, pág. 522.

Lo que la ley denomina “*presunciones de culpabilidad*” se encuentran en los artículos 193<sup>15</sup> y 194<sup>16</sup>. La calificación del concurso se tramita por incidente, que se dispone en la misma resolución que ordena la liquidación de la masa activa (antes quiebra).

En segundo término, porque entendemos que protegen dos objetividades distintas. Así, la Quiebra Fraudulenta protege la Economía y el patrimonio de los acreedores, mientras que el Fraude Concursal protege el patrimonio de los acreedores, pero sobre todo –de acuerdo a la inteligencia de la ley en la que está inserto- la confianza en el concurso y protección del crédito como instrumento de desarrollo.

#### 4.2 Tipo objetivo

Hay acuerdo en la doctrina en que el tipo objetivo de la quiebra se caracteriza por el problema más general de su tipicidad. Ello por cuanto, el Código Penal no definió a la quiebra ni a la conducta prohibida, por lo que el tipo objetivo del delito debemos buscarlo fuera del orden jurídico penal.

Actualmente, en las diferentes hipótesis reguladas en el art. 193 de la Ley N° 18.387 (salvo el numeral 5, ya que se trata de una conducta alcanzada por el delito de fraude concursal).

---

<sup>15</sup> Artículo 193. (Presunciones absolutas de culpabilidad).- El concurso se calificará como culpable, además, en los siguientes casos:

1) Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones con la finalidad de retrasar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución que se hubiera iniciado o fuera de previsible iniciación.

2) Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado.

3) Cuando, antes de la declaración del concurso de acreedores, hubieran salido indebidamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

4) Cuando no hubiera llevado contabilidad de ninguna clase, estando legalmente obligado a ello, o cuando hubiere llevado doble contabilidad o hubiere cometido falsedad en la contabilidad.

5) Cuando el deudor hubiera cometido falsedad en cualquiera de los documentos adjuntados a la solicitud de declaración judicial de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento.

<sup>16</sup> Artículo 194. (Presunciones relativas de culpabilidad).- Se presume la existencia de culpa grave del deudor, salvo prueba en contrario, en los siguientes casos:

1) Cuando el deudor hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración judicial de concurso.

2) Cuando el deudor hubiera incumplido el deber de cooperación con los órganos concursales, no les hubiera facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiera asistido a la Junta de Acreedores.

3) Cuando el deudor hubiera incumplido con su obligación de preparar, en tiempo y forma, los estados contables anuales, estando legalmente obligado a ello.

Esto significa que el tipo objetivo sigue comprendiendo todos los actos anteriores a la cesación de pagos declarada por la Sede competente, esto es, la disposición de la liquidación de la masa activa del emprendimiento no viable a la que se llegó mediante actos fraudulentos.

La incidencia de la Ley N° 18.387 en la regulación del delito de quiebra fraudulenta, es de notoria trascendencia en materia de la delimitación del sujeto activo. Así, queda laudada la discusión respecto a los representantes de sociedades comerciales<sup>17</sup>. Una vez que las disposiciones de liquidación de la masa activa de un emprendimiento pueden referir tanto a los explotados por comerciantes persona física como a las sociedades comerciales, fundaciones y sociedades civiles, pueden ser sujetos activos del delito todos ellos siempre que se compruebe que realizaron actos tendientes a la insolvencia del emprendimiento en perjuicio de sus acreedores.

---

<sup>17</sup> Esto por cuanto, si bien la responsabilidad penal es individual y solo imputable a personas físicas, el problema se daba por cuanto la jurisprudencia civil ha entendido que el sujeto activo del delito sólo podía serlo el comerciante persona física en virtud de lo dispuesto en el art. 1572 del C.Co. A modo de ejemplo, puede verse la sentencia N° 235, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, de 7 de noviembre de 2001, en la que se establece que: “*Las sociedades de responsabilidad limitada son sujetos comerciantes y por lo tanto, atento a los principios generales, pueden ser declaradas en quiebra. Expresa MEZZERA (Curso ...T. V. Ed. Acali, 1977 p. 278) que sin embargo, la aplicación de esas disposiciones generales no podrá contrariar la naturaleza de este tipo especial de sociedad, pues la remisión que hace el art. 18 (Dec?ley de 26/IV/33) al régimen de las sociedades colectivas tiene un alcance restringido y no puede traducirse en un desconocimiento de los principios especiales que gobiernan a la sociedad limitada; por consiguiente, concluye, la quiebra de esta sociedad no puede aparejar la quiebra de cada uno de los socios que la integran, pues ellos no son responsables con su patrimonio personal de las deudas de la sociedad, circunstancia que hace inútil e ilógica la extensión de la quiebra.*

*En cuanto a la calificación de la quiebra (siguiendo al citado autor ? loc. cit. p. 296), ésta atiende a los efectos personales de la quiebra, influye sobre la prisión preventiva del fallido, sobre la remisión de antecedentes a la justicia penal, sobre la sanción penal del fallido, sobre la obtención por éste de una pensión alimenticia, temas todos estos que no tienen aplicación tratándose de la sociedad en si misma, como ente ideal, sin perjuicio de alguna normativa ?que relaciona- sobre causales de calificación que podrían ser aplicados a una sociedad en quiebra.*

*Corolario de lo anterior, al no proyectarse sobre los socios de la sociedad de responsabilidad limitada los efectos de la quiebra, resulta irrelevante se indague sobre si aquella debe ser calificada como casual, culpable o fraudulenta pues los únicos efectos que se derivarían de esta calificación, serían los vinculados a la esfera penal o alimenticia.*

*En tales condiciones y por idénticos fundamentos ha señalado la Sala de Primer Turno (sent. N° 216 de 1991) que el incidente de calificación carece de objeto”.*

En cuando a la doctrina penal, se han pronunciado en similar sentido: Bayardo Bengoa, F., Derecho Penal Uruguayo, T. VI, Publicación de UDELAR, Montevideo, 1977, pág. 203; Gabriel Adriasola, tal como puede verse en Delitos Económicos, Preza, Adriasola y Galain, BdeF, Montevideo, pág. 40.

En cambio, han sostenido que “los socios individualmente responsables de las sociedades comerciales declaradas en quiebra que hubieran participado en la ejecución de los hechos típicos” (sic) Antonio Camaño Rosa, en Tratado de los Delitos, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1967, pág. 295 y Salvagno Campos, conforme a la cita de Bayardo, en la obra citada, en la pág. 202.

### 4.3 Tipo subjetivo.

En cuanto al tipo subjetivo, se exige el dolo directo, ya que se requiere que la insolvencia se provoque en perjuicio de sus acreedores en forma deliberada.

### 4.4 Consumación

El momento de la consumación del delito ha sido objeto de importantes debates dadas las particularidades del delito examinado y las consecuencias de la determinación del momento consumativo a los efectos del cómputo de la prescripción del delito.

Así, para De Gregorio, Romero y Salvagno Campos, la quiebra se consumaba con la cesación de pagos, ya que lo que ocurriera posteriormente no agregaba nada al delito. La sentencia de calificación, operaba como una condición de procedibilidad<sup>18</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia Adriasola, señalando que es en el momento de la cesación de pago donde hay que ubicar la consumación, siendo tanto la sentencia de declaratoria como de calificación condiciones de procedibilidad, *“el caso es idéntico a las lesiones personales: el delito se consume con la producción de la lesión, independientemente del ejercicio de la instancia por parte del lesionado”*<sup>19</sup>.

En cambio, para Camaño Rosa<sup>20</sup>, Grezzi y Carballa<sup>21</sup>, si bien la materialidad del delito de quiebra fraudulenta consiste en la cesación de pagos, estiman que se consume con la la declaración de quiebra, dado que la misma es condición objetiva de punibilidad. En cuanto a la sentencia de calificación, la consideran una condición de procedibilidad.

Por su parte, Bayardo<sup>22</sup> y Cairolí<sup>23</sup> coinciden el delito se consume con la declaración judicial por ser ésta elemento estructural del tipo, coincidiendo en que la sentencia de calificación es condición de procedibilidad.

### 4.5 Otras consideraciones

La persecución del –ahora- concursado fraudulento –para el caso de estar vigente- sigue siendo legislación simbólica, dada la escasa –por no decir inexistente- aplicación de la norma.

<sup>18</sup> Sentencia publicada en La Justicia Uruguaya, con el N° 1721.

<sup>19</sup> Ver Delitos Económicos, pág. 44.

<sup>20</sup> Ver Tratado de los Delitos, pág. 296 y 297.

<sup>21</sup> Carballa, J.B., *“Naturaleza jurídica de las sentencias civiles en el delito de quiebra”*, Revista de la Facultad de Derecho, Montevideo, 1951, pág. 419

<sup>22</sup> Ob. Cit., pág. 206.

<sup>23</sup> Curso de Derecho Penal Uruguaya, Tomo IV, F.C.U., Montevideo, 1989, pág. 26.

Aún así, visto el tratamiento de las insolvencias, se estima que tiene sentido su punición, porque se trata del delito más grave. En efecto, se trata de una conducta más disvaliosa que la penada en el delito de fraude concursal y que la penada por el delito de insolvencia societaria fraudulenta, porque es mayor su dañosidad, dado que conlleva el anilquilamiento del emprendimiento, con la intención deliberada de enriquecerse –mediante el no cumplimiento de sus obligaciones- en detrimento de la propiedad de acreedores de todo tipo (comerciales, laborales, etc.).

Sin embargo, si bien la descripción del delito de fraude concursal, cumple con el reclamo reiterado de la doctrina sobre la necesidad de unificar el régimen de insolvencias que comprenda por igual al comerciante, a la empresa y al deudor civil, así como eliminar la declaratoria y calificación comercial como condición de procedibilidad, la infeliz situación en que quedó el delito de quiebra fraudulenta, con dudas sobre su vigencia y contenido, lo sigue dejando en un limbo, que abre un importante espacio para la impunidad de estas conductas.

#### **4.6 Relación con el delito de Fraude Concursal**

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, se advierten otros elementos que permiten delimitar el ámbito de aplicación de uno y otro delito.

Así, la quiebra fraudulenta requiere la calificación del concurso y se retroyecta al pasado.

En cuanto al bien jurídico, la quiebra protege la propiedad de los acreedores y no al proceso concursal. En efecto, son los actos anteriores a la solicitud de concurso los que conforman la quiebra fraudulenta si la liquidación de la masa es dispuesta. La solicitud de concurso y los actos posteriores pueden ser lícitos y no configurar quiebra fraudulenta. A mayor abundamiento, ninguna de las modalidades del delito de fraude concursal está comprendida por el delito de quiebra. Lo que la configura es la fraudulenta actividad previa a la solicitud.

#### **5. El delito de Insolvencia Societaria Fraudulenta.**

El delito de insolvencia societaria fraudulenta fue introducido por la Ley N° 14.095<sup>24</sup>, con la pretensión de penar una modalidad de vaciamiento de empresas en perjuicio de accionistas o acreedores.

Aunque inicialmente no fue incluido en el proyecto original, se enmarcó en la Ley de Ilícitos Económicos, que incorporara delitos cambiarios, de fraude en la

---

<sup>24</sup> Art. 5. (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.

instrumentación de actos de comercio exterior, usura y la omisión de denunciar estos delitos.

La inclusión de la norma obedeció a la necesidad de penar las modalidades de vaciamiento de empresas que pudieran ser atípicas, así como a prevenir fenómenos similares a los que estaban ocurriendo en Argentina. Es por ello que, a pesar de su *nomen iuris* -de autoría de Bayardo-, la insolvencia societaria fraudulenta no limita su ámbito de aplicación a lo social.

### 5.1 Conducta típica

De esta manera, y siguiendo a Ofelia Grezzi, la conducta típica es insolventarse conforme a las modalidades descriptas en el tipo penal, esto es, ocultando (física o jurídica), disimulando (otorgamiento de apariencia jurídica diferente) o haciendo desaparecer los bienes de la empresa. Se trata de un delito de daño contra la propiedad.

Ahora bien, no hay acuerdo en la doctrina cuanto si la insolvencia debe ser real o ficticia. Esto es, si la tipicidad está conformada por el fraude mediante vaciamiento, caso en que la desaparición sería ficticia o si la tipicidad consiste en el vaciamiento mediante fraude.

Así, Gastón Chávez y Gabriel Adriasola señalan que la tipicidad consiste en la defraudación mediante vaciamiento y el *nomen iuris* del delito corroboraría que la insolvencia sería “fraudulenta”, debiendo entenderse en el sentido de falsa, de meramente aparente, a lo que agregan que si la insolvencia es real no beneficia a nadie.

En tal sentido, Chávez ha dicho que *“cabe advertir que, en el caso de insolvencia societaria fraudulenta, la conducta en examen (la trasmisión de bienes a una sociedad anónima controlada o poseída por el agente del delito) podría caber también dentro de la referencia típica “hacer desaparecer el patrimonio de una empresa”. Para ello cabe argumentar que la ley requiere que la conducta de hacer desaparecer bienes deba cumplirse para procurarse un provecho injusto; da la impresión, entonces, de que la disposición alude de un modo inequívoco a un supuesto de desaparición ficticia, fraudulenta y no real, dado que obviamente la desaparición real no puede beneficiar a nadie y, en consecuencia, carecería de sentido la búsqueda de un provecho (justo o injusto) mediante la desaparición patrimonial real”*<sup>25</sup>

Diferente es la posición de Ofelia Grezzi. Luego de explicar la necesidad de identificar el objeto de incriminación –especialmente por los motivos del legislador –, señala que: *“en relación al delito en estudio y pese a la noción de fraude que campea toda la figura, se dijo que los actos cumplidos por el agente podían no constituir delitos. Parece obvio que los actos ilícitos no se convierten*

<sup>25</sup> Chávez Hontou, G., “El Disregad”, en Cuadernillo de Derecho Penal Económico..., pág. 188.

*por su sola acumulación en ilícito. Es necesario entonces buscar cual es el elemento característico de la modalidad de la acción que la convierte en agresión de un bien jurídico valioso para la comunidad.*

*“4. Hemos creído posible encontrar ese elemento en la utilización de la forma jurídica y especialmente de la persona jurídica como medio de dotar de apariencia de licitud a lo que es sustancialmente antijurídico y procurar la impunidad de los autores.*

*(...) la ley ha tipificado como ilícita la utilización instrumental de la persona jurídica en ciertas condiciones dadas por la figura delictiva, cuando se opera el traspaso de los bienes sociales al patrimonio de aquellos integrantes que dominan el aparato social que causa una especie de muerte por inanición de la primitiva persona jurídica.*

*En tal situación la responsabilidad penal de la persona jurídica resulta totalmente ineficaz porque prácticamente no existe ni patrimonio ni persona jurídica y entonces carece de sentido imponer penas pecuniarias o de disolución a la persona jurídica. Ello obliga a acudir al artilugio de presumir la responsabilidad penal de sus Administradores o Directores. El mismo resultado puede lograrse por el camino directo, son autores los hombres que pusieron en marcha la maquinaria social para la realización de los actos jurídicos que determinaron el traslado del patrimonio de la persona jurídica”<sup>26</sup>*

Para Adriasola, “este criterio es admisible en tanto, como se dijo, configura la dirección dogmática de la figura. Pero es del caso señalar que el efectivo estado de insolvencia es el provecho injusto perseguido por el agente y que en puridad configura el elemento subjetivo del tipo, cuya verificación no se requiere para la consumación del delito (...) ello es lo que hace que estemos frente a un delito de peligro y no de daño”<sup>27</sup> Cita como doctrina que apoyo la tesis de que se trata de un delito de daño a los Profesores Grezzi, Bayardo, Cairoli y Petito.

Ahora bien, consultadas las fuentes parecería que la lectura no es del todo exacta.

Así, Grezzi sostiene, en definitiva, que los verbos encubren los medios típicos de la acción de insolventarse, que es la real acción típica, pero que “se trata de un delito de peligro contra la propiedad. Tal la opinión del autor, el Dr. Bayardo Bengoa, manifiesto a la Cámara de Legislación del Senado que era en realidad una estafa calificada”<sup>28</sup>. A lo que agrega el uso de la expresión “en perjuicio”, configuraba una referencia subjetiva, por lo que la verificación del perjuicio – el daño efectivo- suponía el agotamiento del delito.

<sup>26</sup> Grezzi, O., “*Insolvencia societaria fraudulenta*”, en *Ilícitos Económicos*. Ley Nº 14.095, F.C.U., Montevideo, 1974, pág. 221/222 y 228/229..

<sup>27</sup> Adriasola, G., *Delitos Económicos*, AAVV, BdeF, Montevideo, 2004, pág. 52.

<sup>28</sup> Grezzi, O., *op.cit.* pág. 230.

En igual sentido se pronuncia Cairoli: *“La referencia subjetiva de este delito es “procurarse un provecho injusto para sí o para otro” (...) Es un delito de peligro, no requiere el provecho injusto, puesto que se trata de una referencia subjetiva del tipo”*<sup>29</sup>

Por su parte, Petito nos enseña que *“se la ha dado a esta modalidad típica, una significación fundamentalmente jurídica comprensiva de toda forma de transferir o gravar bienes, posición a la que adhieren Reta, Grezzi, Schurmann, y que es la que compartimos.*

*La referencia subjetiva, de la que nos ocuparemos, se integra con un comportamiento dirigido a obtener un provecho injusto en perjuicio de un tercero. La referencia fue agregada al texto original a fin de evitar el riesgo de que pudieran castigarse hipótesis lícitas de desaparición de patrimonio y de ahí la referencia normativa del injusto, que debe calificar al provecho procurado”*<sup>30</sup>.

Finalmente, en el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, destacando que *“es la actitud anímica del sujeto la que provoca la antijuricidad que sin ella sería irrelevante, dando lugar al delito cortado en su resultado”*<sup>31</sup>.

La insolvencia podría ser parcial, en cuyo caso, debe conducir a la falta de aquellas condiciones de adecuada liquidez y crédito para hacer frente a sus obligaciones.

## 5.2 Sujeto activo

En cuanto al sujeto activo, puede serlo cualquiera que tenga una vinculación jurídica preexistente con la empresa, empresa que puede ser tanto social como individual<sup>32</sup>, pudiendo serlo también aquellas personas que están al frente de la liquidación de la sociedad.

El concepto de empresa es jurídico y no económico. Supone una organización de bienes y recursos humanos en función de una actividad económica y requiere finalidad lucrativa (por ello se excluye a las asociaciones y fundaciones).

## 5.3 Tipo subjetivo

---

<sup>29</sup> Cairoli, M., Curso de Derecho Penal Uruguayo, T. IV, Montevideo, 1989, pág. 30 y 31.

<sup>30</sup> Petito, J., *“Insolvencia fraudulenta”*, en Cuadernillo de Derecho Penal Económico, pág. 104 y 106.

<sup>31</sup> Sentencia N° 92, dictada por el Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 21° Turno, el 16 de setiembre de 1997, publicada en la Revista de Ciencias Penales N° 4, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 1998, pág. 605 y ss..

<sup>32</sup> Esta afirmación no es pacífica. Gabriel Adriasola sostiene que la responsabilidad del empresario individual queda atrapada por el delito de quiebra fraudulenta, ver op. cit.

El tipo subjetivo requiere dolo directo, guiado por la referencia subjetiva “para procurarse un provecho injusto en perjuicio de un tercero”. El provecho exige una acción dirigida a la obtención de una utilidad económica a la cual el agente no tiene derecho, de ahí lo injusto. El perjuicio es el daño ajeno, la disminución patrimonial sufrida por el sujeto pasivo a consecuencia de la maniobra.<sup>33</sup>

#### **5.4 Fraude concursal e insolvencia societaria fraudulenta.**

Tal como hemos señalado, el delito de insolvencia societaria fraudulenta no limita sus confines al fraude societario. Se le puso ese nombre, agregándosele la referencia subjetiva relativa a la intención de procurarse un provecho injusto y el requisito finalista del perjuicio ajeno por su similitud ontológica con la estafa.

Consecuentemente, en primer lugar, es diferente la objetividad jurídica tutelada por uno y otro delito por cuanto, el de insolvencia societaria fraudulenta procura la protección del patrimonio de los acreedores y accionistas, que se encuentran en una situación de impotencia frente a una sociedad que no controlan. Por su parte, el delito de fraude concursal, si bien tutela el patrimonio de acreedores, lo hace mediatamente, por cuanto la objetividad preponderante es la confianza en el concurso y en la transparencia del mismo, como instrumento saneador de situaciones financieras que comprometen el desenvolvimiento de los emprendimientos empresariales, dada la importancia del crédito (y de la confianza en el pago) como herramienta para el desarrollo.

En el delito de insolvencia societaria fraudulenta es relevante la relación de disponibilidad del bien que se oculta, disimula o hace desaparecer, requiriéndose que sea por representación o gestión. En cambio, en el delito de fraude concursal la relación puede o no ser directa.

En el delito de fraude concursal existe un requisito temporal que da cuenta de la distinta finalidad perseguida en un caso y en otro. La exigencia de que en fraude debe realizarse en ocasión de presentar la solicitud o en forma posterior para que el concurso prospere, da cuenta de que, en el caso la intención que guía al agente es la de acceder a un concurso judicial al que no se tiene derecho. En cambio, en el delito de Insolvencia Societaria Fraudulenta no hay ninguna intención conservar el emprendimiento. Es más, la modalidad justamente consiste en provocar la insolvencia de la sociedad con la finalidad de no hacer frente a las deudas contraídas por la empresa.

Otro criterio de distinción, participando de la posición de Grezzi con relación a que la insolvencia o vaciamiento debe ser real, es que, en tal caso, estaríamos frente a una hipótesis de Insolvencia Societaria Fraudulenta, en cambio, si la ocultación es ficticia, podría ser una hipótesis del delito de fraude concursal.

---

<sup>33</sup> Cfr.: Petito, J. op. cit, pág. 106.

### **5.5 Quiebra fraudulenta e insolvencia societaria fraudulenta.**

La significación jurídica diferente, tal como señala Grezzi, está dada por la finalidad del agente y será ésta la que nos permita delimitar el ámbito de aplicación de ambos delitos.

El delito de quiebra no castiga los actos fraudulentos ni la insolvencia por sí solos, sino en cuanto se produce la declaración de concurso y la liquidación de la masa activa.

Cuando se simula una enajenación, si (a) existe una situación de cesación de pagos, (b) se dicta la declaración judicial de liquidación de la masa activa de la empresa y (c) la enajenación refiere a un bien de su patrimonio, la situación se regiría por lo dispuesto en el art. 253.

En cambio, la misma operación realizada con la finalidad de –a modo de ejemplo- evitar el pago de una indemnización, por quien tuviera poder de disposición sobre los bienes de la persona jurídica configuraría el delito de Insolvencia Societaria Fraudulenta

En el primer caso hay vinculación directa del agente con el objeto. En el segundo, una vinculación por representación o gestión.

### **6. La derogación de los arts. 42, 43 y 76 de la Ley Nº 2.230 por la Ley Nº 18.411. Fundamentos esgrimidos.**

El proyecto de ley posteriormente aprobado, fue acompañado de una breve exposición de motivos que, en lo relativo a las disposiciones penales, decía: *“es importante que quede expresamente clara la derogación de los artículos 42 a 44 y 76 de la Ley Nº 2.230, de 2 de junio de 1893. Ello a los efectos de eliminar la supervivencia de dos regímenes legales que regulan la misma conducta delictiva.*

*Los artículos de la Ley Nº 2.230 mencionados son de aplicación exclusiva a los Directores de las Sociedades Anónimas; más aún, ha existido una visión encontrada de doctrina y jurisprudencia respecto de este delito en cuanto a que su comisión fuera concretada antes o después de la liquidación judicial de la Sociedad Anónima.*

*Como el artículo 247 (suponemos que quisieron aludir al 248) de la Ley aprobada es claro en la tipificación del delito de Fraude Concursal, y en particular en su alcance definido en su inciso 2º, es conveniente la aprobación de un artículo que refiera expresamente a la derogación del régimen de la Ley Nº 2.230, de 2 de junio de 1893”<sup>34</sup>*

---

<sup>34</sup> Extraído del Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de 23 de octubre de 2008, pág. 524.

En la Cámara de Senadores el trámite de su aprobación fue inmediato, aprobándose con 21 votos en 23 presentes, sin discusión alguna<sup>35</sup>. En cambio, al tratarse en la Cámara de Representantes sí apareció la discusión. Por un lado, y en aspectos que no conciernen al presente trabajo, por suspicacias planteadas por algunos legisladores con relación a la entrada en vigencia de la ley y, por otro, por la preocupación planteada por el legislador Lorenzo temeroso de “*estar haciendo algún zafarrancho jurídico*” (sic)<sup>36</sup>. Así las cosas, se pospuso la discusión para más tarde en el orden del día y al volver a plantearse tampoco hubo discusión y sí la intervención del legislador Lorenzo quien manifestó: “*sin perjuicio de que la derogación de estos artículos, es decir, del régimen de responsabilidades civiles y penales de los Directores, en el marco de la Ley N° 2.230 podría generar un hueco en el aspecto temporal de aplicación del régimen anterior concursal y de liquidación de sociedades, por información referida a la jurisprudencia y a cómo se aplican estas normas en su conjunto, tengo claro que el efecto sería mínimo, si no nulo. (...) Más allá de que permanecen los motivos por los cuales pedí la suspensión, creo que es preferible aprobar este artículo 2° tal como viene, por los beneficios que tiene la interpretación futura de esta ley de concurso y reorganización empresarial, aún corriendo el riesgo, muy poco probable- diría, casi imposible- de que alguna situación se vea beneficiada porque en un lapso corto no habrá un régimen de responsabilidad civil y penal para los Directores de las sociedades. El régimen anterior dejará de estar vigente cuando se promulgue la nueva ley*”<sup>37</sup>

Se votó por unanimidad, por 47 votos afirmativos<sup>38</sup>.

### **6.1 Las conductas típicas previstas por los arts. 42, 43 y 76 de la Ley N° 2.230<sup>39 40</sup>**

Los artículos 42 a 44 de la Ley N° 2.230 establecían los delitos concursales aplicables a directores y administradores de sociedades anónimas y el art. 76 la responsabilidad penal de los mismos referida a la liquidación (tanto antes de declararse la liquidación de la sociedad anónima como dentro del proceso liquidatorio).

Dichas figuras castigaban la frustración de los efectos de la intervención una vez homologado el concordato de la sociedad anónima, disponiendo de los fondos o existencias sin dar noticia al interventor (art. 42), la disimulación del activo para determinar o facilitar la aceptación del concordato, la intervención de acreedores supuestos o la exageración de sus créditos (disimulación del pasivo), la omisión o postergación de acreedores o el pacto de ventajas

<sup>35</sup> Ídem nota anterior, pág. 525.

<sup>36</sup> Ver Diario de Sesiones de la Cámara de representantes de 5 de noviembre de 2008, pág. 35.

<sup>37</sup> Ídem nota anterior, pág. 101 y ss.

<sup>38</sup> Ídem nota 37, pág. 102.

<sup>39</sup> No es menester aclarar que un estudio exhaustivo de las mismas puede leerse en la tesis de Gonzalo Fernández ya citada.

<sup>40</sup> Dejamos fuera de estas breves apreciaciones a la disposición prevista en el art. 44 de la Ley N° 2.230 porque no describe ninguna conducta sino que es un dispositivo amplificador.

especiales a uno o más acreedores para obtener o asegurar su adhesión al concordato (art. 43).

En cuanto a la responsabilidad que incriminaba el art. 76 de la ley, es de difícil circunscripción dada su vaguedad. Si bien se distinguen claramente las modalidades, la ausencia de una descripción clara complejiza la interpretación del *tipo* penal impidiendo identificar inequívocamente la conducta que se reprocha en definitiva.

Es cierto que esta figura cobra sentido si se entiende a las modalidades que se dirán, referidas a la cesación de pagos determinante de la liquidación de la sociedad y, así, los directores y administradores que cometieran fraude, simulación, infracción de estatutos o de una ley cualquiera de orden público a tales efectos, o supusieran capitales ilícitos en los anuncios o prospectos sociales estarían llamados a recibir la pena correspondiente. Pero también, que examinadas con relación al regular funcionamiento de la sociedad, admitiría las maniobras que, aunque no fueren determinantes de liquidación, sí supusieran su realización abusando de los particulares caracteres de la forma jurídica en detrimento de terceros (accionistas o acreedores), siendo claros los casos que hacen alusión al fraude o a la simulación.

Con relación al fraude, consistiría en la *“lesión de la libertad de consentimiento ajena que implicará la frustración de la ley societaria mediante engaño, (...) que eventualmente podría realizarse en forma omisiva, si se sigue la corriente que admite la factibilidad el engaño por omisión. (...) Respecto de la casuística, generalmente se emplazan como acciones constitutivas del fraude al aumento artificial de utilidades, las falsas comunicaciones sociales, la distribución de utilidades ficticias, el balance falso, etc.”*<sup>41</sup>.

Por su parte, la simulación se define por oposición a lo verdadero, simulado es algo que no es y supone una imitación de la realidad o una ficción de ella, para aparentar lo que no es cierto. Tal como señala Fernández, *“el tipo material de la simulación importaría sí la ocultación de una hecho real (disimulación) o apariencia de uno inexistente (simulación), mediante formas jurídicas, que repercute causalmente en la pérdida patrimonial e insolvencia de la masa”*.<sup>42</sup> Como ejemplo de simulaciones idóneas, Camaño Rosa señala las de ocultar la contabilidad o hacerla ininteligible, llevar “cajas negras”, aparentar capitales para atrapar suscriptores, o sociedades “fantasmas” para trasegar inversiones<sup>43</sup>.

La infracción de estatutos que penaba la Ley N° 2.230, suponía la violación de las disposiciones estatutarias que se establecían para salvaguardar el interés patrimonial de la sociedad anónima, de sus accionistas y acreedores. Como

---

<sup>41</sup> Ver Fernández, Gonzalo, “Régimen penal de la sociedad anónima”, en *Cursillo...*, pág. 143. Se advierte que la afirmación de que la pérdida patrimonial debe ser concreta no es pacífica.

<sup>42</sup> Ídem nota anterior, pág. 143 y 144.

<sup>43</sup> Ver *Tratado...*, pág. 301.

bien indicaba Camaño Rosa, no bastaba cualquier infracción (excluye expresamente una citación mal hecha o un balance presentado fuera de fecha) sino las idóneas, las *“que reúnan las condiciones necesarias por su importancia, para lesionar los intereses tutelados.* <sup>44</sup>

Son leyes de orden público las que no pueden ser dejadas de lado por acuerdo de partes, limitando el arbitrio individual porque responden a intereses generales, públicos, comunes o colectivos<sup>45</sup> por oposición a intereses individuales o privados<sup>46</sup>. El tipo objetivo del delito requiere, como en el anterior, que la infracción sea idónea para lesionar los intereses tutelados.

Citando a Soler, Camaño Rosa explica que el fundamento de incriminar ambas infracciones radica en que el motivo que lleva a la gente a participar de estas sociedades es el indicado en los estatutos y leyes, y la única garantía para el público reside en el cumplimiento de los mismos<sup>47</sup>.

Finalmente, la suposición de capitales ilícitos en los anuncios y prospectos sociales consiste en ostentar públicamente un capital que no existe o que no ha sido debidamente constituido<sup>48</sup>. Bayardo, citando a Vivante, decía que la razón de la tutela en esta etapa preparatoria de la constitución de la sociedad, era impedir que *“engañando al público con ostentación de un capital que no existe, con programas mentirosos o con otros artificios... se colocan acciones en manos de gentes que van a retirar a cambio de sus ahorros, un papel sin valor”*<sup>49</sup>.

Entre otras cuestiones, las que merecieron el particular interés de la doctrina, guardaba relación –haciendo un símil con la quiebra- con el condicionamiento a la liquidación judicial de la sociedad anónima y la responsabilidad por omisión, en la consideración de que el art. 11 establecía la obligación de actuar para impedir los hechos castigados por el art. 76 y no hacerlo configuraba un supuesto de omisión punible conforme a lo dispuesto en el art. 3 del C.P <sup>50</sup>..

## **6.2 Las conductas descriptas en el arts. 248 de la Ley N° 18.387, ¿contemplan las previstas en la Ley N° 2.230?**

**6.2.1** La conducta prevista en el art. 42 de la Ley N° 2.230 parecería que no. En primer lugar porque la materialidad de la conducta dista de estar incluida en las modalidades elencadas por el art. 248 y, en segundo lugar, porque el art. 42 refiere a los efectos de un concordato homologado (ahora acuerdo

<sup>44</sup>Ídem nota anterior.

<sup>45</sup> Ejemplo paradigmático de las mismas son la Constitución y las leyes penales

<sup>46</sup> Dice el art. 11 del C.C.: No pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.

<sup>47</sup> Ídem nota 44

<sup>48</sup> Ídem nota 44

<sup>49</sup> Ver Situaciones comerciales..., pág. 26 *in fine* y 27.

<sup>50</sup> Cfr.: Fernández, G., Régimen..., pág. 162.

judicialmente homologado), lo que nos sitúa en una etapa diferente e independiente del concurso. Esta última apreciación no encarta estrictamente con el caso de la celebración de un convenio con los acreedores durante el proceso concursal, pero queda claramente excluida de la descripción del 248, sin perjuicio de que eventualmente pueda reconducirse su criminalidad a otra figura del derecho penal tradicional.

**6.2.2** Diferente es el caso de las modalidades previstas en el art. 43, porque coinciden- como se viera más arriba (5.1) - con por lo menos tres de las modalidades del delito de fraude concursal. Es del caso señalar que, además, tales disposiciones tenían sentido en la economía de la Ley N° 2.230, por lo que no se explica por qué su derogación no se realizó conjuntamente con la de los arts. 13 a 41 y 45 a 75 de la Ley N° 2.230, expresamente derogados en el art. 256 de la Ley.

**6.2.3** En cuanto a los delitos de la liquidación previstos en el art. 76 de la Ley N° 2.230, la cuestión no es tan clara<sup>51</sup>, dada la pésima técnica legislativa de los mismos y la vaguedad de la descripción que determina que la inversa sea más fácil de afirmar. Esto es, las modalidades del fraude concursal parecerían estar contenidas en tal disposición.

Inequívocamente, la exageración u ocultación del patrimonio (activo o pasivo), es una hipótesis el reconocimiento o apariencia de privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, la sustracción y ocultación de libros sociales pueden configurar- según el caso concretos- elementos configurativos del fraude o de la simulación -en su caso- reclamados por el art. 76, y el acuerdo u otorgamiento de ventajas particulares en razón del voto una forma de fraude o la infracción de una ley de orden público y hasta una infracción estatutaria. La exageración del patrimonio, siempre dependiendo del caso concreto, puede coincidir con la suposición de capitales ilícitos en los anuncios y prospectos sociales.

Es más fácil afirmar que las disposiciones del art. 248 están contenidas en el art. 76 de la Ley N° 2.230, y quizá sea porque la descripción del fraude concursal es más precisa y cumple con el requisito de una mayor rigurosidad exigido a las normas penales, que en aplicación del principio de legalidad requieren una definición previa, escrita, estricta y cierta. Tal extremo podría dar satisfacción al reclamo unánime de la doctrina en tal sentido, por los no pocos problemas que tal prescripción sin descripción conllevaba. Por otra parte, bajo las nuevas disposiciones y denominaciones- por si quedara alguna duda- la

---

<sup>51</sup> Sin embargo, al analizar las disposiciones transitorias y especiales de la Ley N° 18.387, los comercialistas Eva Holz y Siegbert Rippe señalan que “3. También en relación a derogaciones y sus contenidos, es interesante anotar que la ley N° 18.387 dejó vigentes de la ley N° 2.230, entre otros, los arts. 42 a 44 y 76, los cuales fueron derogados a posteriori, por mandato del art. 2° de la ley N° 18.411. En este último caso, la derogación excede incluso al ámbito concursal ya que la norma sancionaba la comisión de fraude, simulación, infracción a estatutos o de una ley cualquiera de orden público, supuestos que evidentemente no se encasillan en las situaciones de concurso del deudor”(Cfr.: Holz, E. y Rippe, S., Reorganización..., pág. 212).

liquidación de la masa activa forma parte del proceso concursal, lo que desvanece cualquier obstáculo relativo a que los antiguos delitos de la liquidación no puedan verse comprendidos. De ser así las cosas, parecería que lo más adecuado hubiera sido derogar el art. 76 de la Ley N° 2.230, conjuntamente con las otras normas de dicha ley: Porque dicha incriminación era parte del sistema que se derogaba y porque las conductas que esencialmente regulaba no iban a quedar atípicas dado que estaban comprendidas en la figura que se creaba.

¿Qué hubiera ocurrido con los hechos cometidos durante su vigencia?<sup>52</sup> Tal como se señala Jiménez de Asúa la de los hechos perpetrados “*bajo el imperio de una ley extinguida*” es la hipótesis que suscita el problema de mayor volumen entre los que plantea la ley penal en el tiempo: el de la retroactividad y ultractividad de las leyes penales. En la especie -y adoptando la posición de Fernández relativa a que la remisión de la pena del delito debe considerarse referida al sistema del Código Penal de 1889<sup>53</sup>-, estamos frente a una nueva ley que mantiene la descripción típica anterior (la mejora, la depura, la circunscribe) pero que incrementa la pena en su máximo (dependiendo del caso concreto<sup>54</sup>) y la baja en su mínimo<sup>55</sup> <sup>56</sup>. La cuestión podría haberse resuelto con la aplicación ultractiva de la norma derogada en sus aspectos más benignos (pena máxima) y la aplicación retroactiva de la nueva, naturalmente solo en sus aspectos más benignos (pena mínima), por lo que los hechos que encartaran en la prescripción del art. 76 de la Ley N° 2.230 ocurridos durante su vigencia, podrían ser juzgados aplicándose una sanción – según los casos, conforme se dijo- de entre un año de prisión (debió decirse doce meses de prisión) y cinco años de penitenciaría.

**6.2.4** Sin embargo, un estudio más acabo no puede dejar de lado el examen de las hipótesis empíricas. En tal sentido, un repaso por nuestra jurisprudencia da cuenta de pocos casos de aplicación de la norma y en un trabajo anterior demostramos que dichos casos fueron bien diferentes a las hipótesis de fraude concursal ya que incluían (a) hipótesis de fraude, simulación, infracción a los estatutos y leyes de orden público, (b) ocurridos durante la vida de la sociedad- no solo en su etapa de liquidación-, y (c) cometidos en algunos casos a título de omisión impropia (comisión por omisión)<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> La respuesta que se proporciona pretende ser estrictamente teórica y se abstrae de cuestiones procesales y casos concretos, en aras de privilegiar su neutralidad.

<sup>53</sup> Ver Régimen penal..., pág. 162. En contra, Camaño Rosa, quien siguiendo a Manzini sostiene que si la ley está extinguida, la referencia debe entenderse hecha a la ley nueva, esto es, al 253 del C.P..

<sup>54</sup> “*Si la pérdida patrimonial de la masa no supera el 25%, la pena aplicable será de dos a cuatro años de penitenciaría (art. 274, inc. 1º), y si rebasare dicho porcentaje, el guarismo punitivo habrá de discernirse entre los tres y cinco años de penitenciaría (art. 272)*”, ver nota anterior.

<sup>55</sup> El fraude concursal se pena un año de prisión –debió decirse doce meses- a cinco años de penitenciaría.

<sup>56</sup> No puede dejar de señalarse la posición del Dr. Langón, que postulaba- antes de ahora- la derogación del norma, dado que, en su opinión, no tiene precepto y con el Código Penal de 1934 quedó sin sanción, por lo que no puede considerarse un delito conforme a la definición del art. 1 del C.P.. Los fundamentos de su posición pueden verse en Código Penal y Leyes Complementarias de la R.O.U., Tomo II, Vol. II, De los delitos en particular, publicado por la Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005, pág. 50 y ss.

Dra. Natalia Acosta Casco  
Asistente, Grado 2, Derecho Penal  
Facultad de Derecho (UDELAR)

---

<sup>57</sup> Ver Acosta Casco, Natalia, “*Delitos concursales...*”, en Revista de Derecho Penal Nº 19, F.C.U., Montevideo, 2011.

|                             | <b>Quiebra Fraudulenta</b>  | <b>Fraude Concursal</b>   | <b>ISF</b>  |
|-----------------------------|---|---|---|
| Bien jurídico preponderante | Patrimonio de los acreedores  | Confianza en el concurso. Protección del crédito como instrumento de desarrollo   | Patrimonio de los acreedores y accionistas  |
| Bien jurídico mediato       | Economía  | Economía<br>Patrimonio de los acreedores  | Economía  |
| Sujeto Activo               | Comerciante quebrado  | Deudor por actividad empresarial.<br>PJ: quienes los aprobaran o realizaran   | Representante de la sociedad  |
| Tipo objetivo               | Cesación de pagos a la que se llega por medios fraudulentos (comprende todos los actos que culminan con la quiebra) | Exageración u ocultación del patrimonio; privilegios inexistentes o ilícitos; sustracción u ocultación de libros sociales; concesión de ventajas a cambio del voto. | Vaciamiento real de la sociedad a través de las modalidades de (OG, BB, C, P)<br>Vaciamiento ficticio de la sociedad a través de las modalidades (GCh y GA)<br>Ocultar, disimular, hacer desaparecer<br>Provecho injusto en perjuicio de un tercero |
| Tipo objetivo (A. T.)       | Antes del ahora concurso  | En oportunidad del concurso o posteriormente  | Por fuera del proceso concursal (antes)   |
| Consumación                 | Cesación de pagos (C y G)<br>Con la declaratoria (BB)<br>Calificación judicial (AS)<br>Calificación como COP        |   |   |
| Pena                        | 2 a 8 años de penitenciaría y 2 a 10 años de inhabilitación   | 12 meses de prisión a 5 años de penitenciaría<br>Inhabilita el Juez del Concurso  | 12 meses de prisión a 10 años de penitenciaría  |
| Competencia                 | Penal especializado   | Penal común   | Penal especializado   |

Otros tipos penales que vienen en auxilio de la tutela de estos bienes:  
Falsificaciones documentarias, Estafa y Apropiación indebida