

Actualidad Internacional

Por **Marcelo Barriero**, abogado y Presidente Instituto Argentino de Derecho Comercial

La presunción de fraude ante la clausura por falta de activo: una remora inadmisibles

1. El planteo de la cuestión. La inconstitucionalidad

Los arts. 232 y 233 de la ley concursal argentina (en adelante, LCQ) regulan la clausura por falta de activo en la quiebra¹ y la consecuente remisión de la causa a sede penal para que se investigue la posible comisión de delitos en tal caso.

La permanencia en el texto legal de dicha regulación (que viene desde la ley 19.551) claramente reporta a un criterio de la quiebra como castigo, criterio hoy largamente

superado. Es, en alguna medida, un reflejo actual del *decoctor ergo fraudator* en definitiva.²

Así³: «Si bien el moderno derecho de quiebras ha procurado un abandono del carácter represivo que caracterizó a los procesos falenciales desde su origen, lo cierto es que todavía subsisten resabios en la legislación de aquella concepción infamante»⁴. Maxime sí de personas humanas estamos hablando⁵. Este instituto es, en nuestro criterio, uno de ellos.

Consideramos que tal regulación colisiona con diversos tratados internacionales -con rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN)-, amén de su colisión con el principio de inocencia (art. 18 CN).⁶ Ser deudor no puede, de modo

¹ Cuando los fondos resultantes de la liquidación no resulten suficientes para solventar los gastos causídicos.

² Hasta mediados del siglo veinte esta seguía siendo la concepción: «la quiebra engendra una presunción de mala fe en el quebrado, en contra del principio general que presume siempre la buena fe del deudor» (Garriguez, Joaquín. «Derecho de quiebras y de las suspensiones de pagos», RDP, 1940, pág. 463).

³ «Desapoderamiento y rehabilitación del fallido sometido a proceso penal. Implicancias patrimoniales en la quiebra», Tévez, Alejandra N. Levinsonas, Daniel M. Publicado en: LA LEY 03/07/2013, 03/07/2013, 1 - LA LEY 2013-D, 767 - DPYC 2013 (octubre), 01/10/2013, 253 Cita Online: AR/DOC/2453/2013.

⁴ La propia inhabilitación posee esa condición.

⁵ Junyent Bas, Francisco A., Izquierdo, Silvina ¿Decoctor ergo fraudator? La quiebra de los consumidores», La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras 2009 (Octubre), pto. II.1 “el vacío normativo, como uno de los múltiples trabajos que analizan la cuestión del sobreendeudamiento del consumidor desde esta mirada no estigmatizante.

⁶ Esta presunción la encontramos en el art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre («se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable en un debido proceso legal»), en el art. 8º, párr. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

alguno, ser considerado un delito en el siglo XXI. Las legislaciones occidentales han abandonado el criterio de responsabilidad penal por el daño objetivo derivado de considerar a la quiebra un delito, por el dejar la quiebra para el ámbito mercantil, y la investigación de los eventuales delitos cometidos (raramente la propia quiebra lo es) a través de la configuración de los tipos penales en la sede represiva.⁷

La norma nos trae una reminiscencia del instituto de la prisión por deudas, creando una presunción subjetiva de fraude que arribaría a una eventual, e inadmisibles -llevado ello al extremo-, responsabilidad penal objetiva.⁸ En tal sentido, entendemos que la norma es claramente irrazonable (violando el art. 28 de la CN). El art. 232 al establecer una presunción de fraude insta una suerte de “delito de sospecha”, violándose así el principio de inocencia garantizado por la constitucional nacional.

Como sostiene el fallo Pellene que más abajo referimos, ante una situación objetiva como la inexistencia de activo, la consecuente presunción de fraude importa alterar los valores del derecho penal, que parece así constituirse en un inconstitucional derecho penal de autor, y no de las conductas típicas. La presunción de fraudulencia por el solo hecho de existir una quiebra⁹ casi pretende preconfigurar un tipo penal fuera del código respectivo, a través de una precalificación inadmisibles.

Como sostiene el Fallo Pellene citado *infra*:: «En efecto, si se *siguiera ad litteram* la

(«toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad»), en el art. 14, párr. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley») y en el art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos («toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en un proceso legal»).

⁷ Ver Lorente, Javier en Cámara, Héctor, El concurso

disposición de la ley de concursos a que hacemos referencia, se llegaría al absurdo de que sin una valoración previa por parte del juez de la quiebra, con el único y exclusivo presupuesto fáctico de la carencia o exigüidad de los bienes del fallido se crearía la presunción de un comportamiento encuadrable en alguna figura delictiva descrita por el Código Penal. Esto es, ni más ni menos, que erigir un dato de por sí inexpresivo -si no se lo relaciona con otros hechos- en una presunción de culpabilidad claramente contraria al principio de inocencia que consagra la Constitución y la ley (art. 18, Const. Nac., y art. 1º, Cód. Penal)».

Nada impide (como ha sucedido en diversos casos) que sí el Tribunal interviene advirtiera la posible comisión de un delito previamente o, incluso, durante el trámite de la quiebra no solo puede, sino que debe remitir testimonio a sede penal para que se investigue. No hay una pretensión de impunidad en el planteo sino de hacer honor a aquello de ‘zapatero a tus zapatos’, y dejar que los posibles delitos sean investigados en la sede competente con todas garantías constitucionales.

Sostener en el siglo XXI tal norma como válida constitucionalmente importa mantener una inadmisibles remora del derecho concursal de la edad media, que se contraponen a los más esenciales principios constitucionales, y a los tratados internacionales que desde hace tiempo vienen atendiendo un principio básico: la dignidad del deudor.¹⁰ Y su aplicación -la del régimen cuestionado- respecto del fallido persona humana es, lisa y llanamente, un

preventivo y la quiebra, Actualizado bajo la dirección de Ernesto Martorell, T. V, pág. 73, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007

⁸ La propia Convención Americana define claramente que “nadie puede ser detenido por deudas”.

⁹ La básica y esencial es la de buena fe respecto de las conductas de las personas (art. 1919 CCC).

¹⁰ Buena parte de los sistemas normativos que en el mundo atienden el problema del sobreendeudamiento de la persona humana, admiten la inexorable extinción de las deudas y el nuevo comienzo, incluso sin atender al pasivo.

absurdo a la luz de los valores y principios aplicables en occidente.

El principio de la dignidad del deudor¹¹ pretende entender a la persona humana no solo como un sujeto económico sino como una persona con derechos fundamentales esenciales que no pueden verse cuestionados ni afectados en ninguna circunstancia judicial, incluso los procesos concursales donde no podemos admitir que se viole su integridad y su dignidad.

¹²Los arts. 232 y 233 LCQ claramente no reportan a dicho principio, ni a los tratados y convenciones internacionales que la Republica Argentina ha suscripto, por lo que resultan en mi consideración lisa y llanamente inconstitucionales.¹³

II.- La no remisión de las causas a sede penal sin declaración de inconstitucionalidad

Es claro que la remisión a sede penal como consecuencia de la presunción de fraude es una obligación legal que los Tribunales cumplen mecánicamente y que, en la casi totalidad de los supuestos¹⁴, más allá del tiempo en el que el expediente estará en sede penal.

Es evidente que el instituto no ha servido a sus eventuales efectos¹⁵. Hoy existe una clara obligación legal (existía antes sin norma expresa) en el art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación que exige a los jueces

el deber de resolver toda causa sometida a su competencia de modo razonable, razonabilidad que debe entenderse en los términos del art. 28 CN¹⁶.

Entendemos que los Tribunales están obligados a la aplicación de dicha presunción y su consecuente de modo no automático ni y acrítico, sino, como consecuencia de un análisis pormenorizado y razonado de las circunstancias del caso. En tal sentido entendemos que, sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma, los jueces podrían no remitir la causa sí entienden que ello no resulta razonable ni útil.

Así, se ha dicho que: «Es de destacar que³ la remisión a la justicia penal cuando el fallido carece de activo, establecida por el art. 233 de la Ley de Concursos y Quiebras, no resulta de aplicación automática y la presunción de fraude que dicha norma contiene debe extraerse de un examen integral de los hechos por parte del juez de la quiebra. La sola carencia de bienes suficientes del fallido, aislada de todo otro elemento de juicio, no puede erigirse en una presunción irrefragable de fraude, ya que ello importaría anticipar un veredicto acerca de la existencia del elemento subjetivo principal de las figuras delictivas que habrían de ventilarse en el fuero penal»¹⁷.

¹¹ En alguna medida receptado en el art. 743 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹² Cabe el recuerdo aquí del maestro colombiano Jesus Maria Sanguino Sanchez y su “Por la dignidad del deudor”, con la cita bíblica del Deuteronomio 24: 10,11, 12 y 13, donde se consagra: «Si prestas algo a tu prójimo no entrarás en su casa para tomar prenda, esperarás fuera de ella a que el deudor te saque fuera la prenda». «Si este es pobre no te acostarás sobre la prenda, se la devolverás al ponerse el sol para que él se acueste sobre su vestido y te bendiga, y este será para ti justicia ante el Señor tu Dios».

¹³ La Argentina ha adoptado el sistema de control difuso de la constitucionalidad, lo que importa que cualquier Tribunal de nuestro país puede declarar la inconstitucionalidad de una norma legal.

¹⁴ Estadísticamente es así.

¹⁵ Como hemos dicho cuando los Tribunales entienden

que han existido conductas que pueden constituir delitos no esperan a esta oportunidad procesal sino que libran testimonio o copia y lo remiten a los tribunales competentes para que se investigue.

¹⁶ “La Carta Fundamental en su art. 28 ha dicho categóricamente que, so pretexto de reglamentar, la ley no puede alterar los principios, garantías y derechos reconocidos por la CN, pues no puede destruir lo mismo que ha querido amparar” (Fallos: 199-145), ni puede consagrar su desnaturalización (Fallos: 314-225, 1091 y 1376)

¹⁷ CNCom. Sala C, PELLENE, BLANCA PERLA S/QUIEBRA, 04/09/2009, La Ley 26/11/2009. En similar sentido SEGUNDO JUZGADO DE PROCESOS CONCURSALES - PRIMERA CIRCUNSCRIPCION DE MENDOZA, foja: 330, CUIJ: 13-04826747-9((011902-4357430)), en autos: “ROMERO MARIA JIMENA P/ QUIEBRA

Así, concluye dicho fallo que: «A tal fin, teniendo siempre en claro la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio del orden jurídico (Fallos:249:51), hay que proponer una inteligencia razonable (Fallos:247:121), y una interpretación razonable en la especie es que no pueden verse automatismos¹⁸ en la última parte del art. 233 y que la presunción de fraude que subyace allí debe extraerse de un examen integral de los hechos sub lite por parte del juez de la quiebra, ante lo cual entiende -y es lo que solicitamos para el caso, la no remisión de los autos a sede penal».

Masciotra refiere que: «Ha perdido vigencia la tesis de que sea el juez un órgano cuya actividad se reduce a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley que aplica¹⁹. Las leyes siempre necesitaron ser interpretadas y, frente a cada controversia, la solución final acerca de su significado y de su alcance está a cargo de los jueces», y eso es lo que entendemos debe hacerse en el caso.

En definitiva, el juez²⁰ «debe evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto lo cual iría en desmedro del propósito de 'afianzar la justicia' enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional».

Es dable esperar que en una futura e imprescindible reforma de la ley concursal²¹ se derogue lisa y llanamente esta presunción, y la

consecuente remisión a sede penal. Lo que deber complementarse con una reformulación de los delitos de la quiebra en el código penal.

DEUDOR”, Mendoza, 14 de marzo de 2023.

¹⁸ Mario, “Poder - deber de decisión y de fundamentación a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”, 8 de agosto de 2017, EL DERECHO, Id SAIJ: DACF180262.

¹⁹ Como sostenía MONTESQUIEU, Charles-Louis, Barón de la Brède et de, "El espíritu de las leyes", 6ª ed., trad. de Nicolás ESTEVANEZ, Heliasta, Bs. As., 1984, Libro XI, Cap. VI, p. 194.

²⁰ CSJN., 6.11.1980, "Saguir y Dib, Claudia G.", Fallos

302: 1284; L.L. 1981-A-401 con nota de Julio R. MENDEZ, considerando 7 del voto de los Dres. Gabrielli y Rossi.

²¹ Ver nuestro trabajo Autor de “La legislación concursal argentina: una reforma necesaria”, en https://dictumabogados.com/e-dictum_publicaciones-derecho-mercantil/la-legislacion-concursal-argentina-una-reforma-necesaria/32468/, 9 de abril 2024.