

“Otra vuelta de tuerca sobre las relaciones entre el proceso concursal y el proceso penal”

por Damia Patiño Gregorio y Junyent Bas Francisco

SUMARIO:

I. CUESTIÓN PRELIMINAR.

I.1. Convergencia en materia concursal y penal.

En pleno siglo XXI, el derecho comercial - en particular el proceso concursal y los principios e institutos que lo rigen-, está siendo objeto de crecientes intromisiones por integrantes del fuero penal¹ que han resuelto desafiar los límites constitucionales y jurisdiccionales impuestos por el ordenamiento jurídico y los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si bien la convergencia entre el proceso concursal y el penal no es reciente, el intento de avasallamiento por parte del último sobre el primero es de tal magnitud que han merecido la preocupación de la doctrina nacional y el dictado de fallos de nuestros más altos tribunales tendientes a evitar la alteración de la textura de nuestra ley fundamental y un menoscabo en la competencia de los Juzgados que deben actuar en los procesos concursales y las quiebras liquidativas de sociedades.

Se ha convertido prácticamente en regla que, ante la quiebra o concurso de una persona jurídica de envergadura, la justicia penal inicia causas penales contra los administradores y/o socios por delitos tipificados como de “estafa” o “asociación ilícita”.

Esta situación, genera el trámite de dos procesos, en principio independientes y sobre personalidades diferentes: por un lado, el procedimiento concursal de la persona jurídica y por otro, el proceso penal en contra de las personas humanas encargadas de la administración.

¹ Quiero hacer una aclaración terminológica: la expresión “fuero penal” abarca únicamente a aquellos funcionarios alcanzados por la conducta que se describe.



DECONOMI

En cierto modo, el fuero penal ha logrado retroceder a la Edad Media, antes del siglo XIII, al aplicar en nuestros días la máxima atribuida a Baldo “decoctor ergo fraudator”, que se traduce en la práctica como una vuelta a la “prisión por deudas”.

En rigor, han llevado el concepto aún más allá, pues ora por confusión ora intencionalmente, ignoran completamente el art. 143 del CCCN y tratan como “defraudadores” a los administradores de la persona jurídica fallida, a sus contadores, auditores e incluso a sus abogados, lo que denota una clara confusión entre la persona societaria y sus administradores y lo que es más grave la actuación profesional de defensa de la concursada, violándose el art. 18 de la Carta Magna en forma flagrante.

Tal situación produce un verdadero “*choque*” jurisdiccional en el que el fuero penal pretende avanzar más allá de lo que el ordenamiento jurídico argentino permite, violando sistemáticamente la legislación concursal, societaria y constitucional.

La intromisión por parte de la justicia penal se pone de manifiesto por el dictado de medidas cautelares sobre los activos de la persona jurídica, pese a haberse dictado por el juez concursal la resolución de apertura del proceso universal.

A ese supuesto se refiere Hadad² cuando postula que “*el administrador se encuentra siendo investigado por una posible conducta típica en su ejercicio como tal, y la justicia penal cautela los bienes de la persona jurídica por el accionar de sus administradores generando inconvenientes en el desarrollo normal del proceso concursal*”.

En idéntico sentido, Truffat³ explica con claridad que la ley concursal en el art. 21 otorga al juez comercial competencia sobre todo lo relativo al patrimonio de la empresa por ser éste la “*prenda común de los acreedores*”⁴ y

²Hadad, Lisandro A., “La Justicia Penal vulnera institutos fundantes del derecho comercial”, La Ley 2023 D.

³Truffat, E. Daniel “Otra vez sobre los eventuales choques entre las soluciones concursales y las decisiones de carácter penal” en doctrina E-Dictum España, 11/12/22.

⁴Art. 242 y 743 del Código Civil y Comercial de la Nación.



DECONOMI

esto es susceptible de generar un conflicto con las medidas cautelares dictadas por el fuero penal.

La unidad de jurisdicción sobre la universalidad del patrimonio resulta evidente y por lo tanto se regula a través de un procedimiento también de carácter universal, que no protege los intereses del empresario, administrador, o socios, sino que está teleológicamente dirigido a amparar la empresa en tanto unidad de producción y fuente de trabajo.

I.2. La cuestión de la compulsión personal.

En esta línea, se verifica en procesos tramitados en la provincia de Córdoba, que el dictado de medidas de “*compulsión personal*”, mediante el instituto de la prisión preventiva, sobre administradores, contadores e incluso sobre los abogados de la empresa fallida, invocando teóricos riesgos de fuga o de afectación de la prueba, para conseguir con ello la voluntad de efectuar disposiciones patrimoniales traducidas en acuerdos que les permitan recuperar la libertad al amparo del art. 59 inc.6 del Código Penal, con la consiguiente afectación de garantías y derechos humanos consagrados en la Carta Magna y en Tratados internacionales.

En ocasiones para dictar las prisiones preventivas utilizan pruebas obtenidas en el propio proceso concursal, pese a ser ambas acciones y procesos independientes el uno de otro.

De esta forma, mediante la aplicación del mentado Art. 59. Inc. 6 del Código Penal⁵ fuerzan un acuerdo económico con el administrador imputado y encarcelado para saldar una deuda que el querellante, constituido en actor civil, guardaba con la sociedad, violando el art. 1 y cons. de la ley 24522 y afectando la empresa, la fuente de trabajo y a los demás acreedores.

Así con la figura del “decoctor ergo fraudator” se viola los principios de universalidad e igualdad del proceso universal al igual que la unidad de jurisdicción del proceso concursal para “beneficiar” a un “limitado” grupo de acreedores, bajo el velo de investigar los ilícitos penales.

⁵El mencionado artículo reza “La acción penal se extinguirá: (...)6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes concursales”.



DECONOMI

El fuero penal no ha dudado en poner en “jaque” acuerdos preventivos acordados con las mayorías legales de acreedores en el ámbito de un concurso preventivo, impidiendo el levantamiento de las cautelares ordenadas por el fuero penal sobre los bienes de la persona jurídica, a pesar de la expresa norma del art. 21 LCQ.

Esta “intromisión” jurisdiccional inadmisibles, persigue una clara traslación de la jurisdicción comercial hacia la justicia penal que resulta violatoria del instituto de la personalidad jurídica y de la separación de patrimonio de la sociedad y de sus socios.

La problemática no está limitada exclusivamente al territorio argentino y tal como lo expresa Lorente⁶, sucede también en otros países como en Brasil⁷ o en Estados Unidos⁸.

Sin embargo, en nuestro territorio, los conflictos entre la jurisdicción penal y la concursal han ido incrementando con el correr de los años. Este crecimiento ha sido causado por la reiteración de las conductas descriptas por el fuero penal, que serán motivo de tratamiento en el presente trabajo.

Quizás el de mayor relevancia sea el concurso de Vicentin S.A. en la provincia de Santa Fe., aunque también se pueden mencionar los casos de “Hope Funds” en CABA, “CBI SA” y “ROVI SA” en Córdoba, entre los más recientes.

En los párrafos siguientes se abordará más profundamente la intersección entre ambos procesos.

II. LA EMPRESA COMO ACTIVIDAD Y SU DISTINCIÓN CON EL EMPRESARIO. EL INTERÉS SOCIAL.

⁶Lorente, Javier, “Intersección entre procesos concursales y penales paralelos sobre los activos que conforman la masa falencial y que son también susceptibles de decomiso en sede penal”, Revista Argentina de Derecho Concursal, 2019, <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/2596>.

⁷Casos como “Mensalao”, “Lava Jato” y “Odebrecht”.

⁸Sucede especialmente en los casos de estafas mediante esquemas piramidales o Ponzi. El caso con más relevancia ha sido el de “Bernard Madoff”. Es posible mencionar otros como el de “Marc Dreier” en Nueva York o “Petters/Lancelot” en Minnesota. Estos casos se mencionan en el artículo citado de Lorente, ver nota 6.



DECONOMI

II. 1 La empresa no es el empresario.

De modo preliminar resulta necesario reforzar algunos conceptos en torno al objeto de protección del derecho concursal y al concepto de empresa.

Tal como explica Muiño, puede definirse a la ‘*empresa*’ como una organización sistemática, funcional y activa de medios (factores de producción) apta para producir o actuar en el intercambio de bienes o servicios destinados al mercado.⁹

La empresa en sí misma no es un sujeto de derecho, por lo tanto y en palabras de Ferri, ésta no constituye para el ordenamiento jurídico un organismo unitario y económico ni desde el punto de vista subjetivo ni objetivo.¹⁰

El empresario, a su turno, es el sujeto de derecho que realiza en nombre propio y a través de la empresa una actividad económica que le es jurídicamente imputable y, por lo tanto, es quién actúa como sujeto activo y pasivo en las relaciones jurídicas que nacen de la actividad empresarial. Quien contrata y quién compromete su patrimonio no es el empresario, sino la sociedad.¹¹

Ese empresario puede ser una persona humana o una persona jurídica.

A los fines del presente trabajo nos referiremos a la empresa como actividad propia de una sociedad comercial con responsabilidad limitada. La sociedad es entonces un medio idóneo, legal y técnico para el apropiado desarrollo de la actividad empresarial y, en definitiva, como señala Raspall, “*la sociedad es el empresario*”.

El concurso preventivo y la quiebra son procesos universales que tutelan la protección de la empresa como entidad social y económica significativa y todos los derechos de los acreedores relacionados con ésta. Es importante destacar que la protección del instituto concursal no es al empresario sino a la empresa, por lo tanto, en pos de la preservación de ésta, algunas veces es necesario prescindir del sujeto empresario, persona humana o jurídica, para la

⁹Citado en el libro de Raspall, “Derecho Concursal de la Empresa”, Tomo I, Astrea, 2014.

¹⁰Ferri, Manuale, citado por Dasso en “Derecho concursal comparado, Tomo II, p 1093.

¹¹Raspall, Derecho concursal de la Empresa.



DECONOMI

continuidad de la empresa como actividad, como fuente generadora de trabajo, tal como sucede en el caso del salvataje.

Esta diferenciación resulta palpable en el fallo dictado por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la causa “Oil Combustibles SA”. En el comentario a este fallo, Vítolo¹² expresa: *“La primera inquietud es la de recordar que uno de los propósitos perseguidos por la ley 24.522 en su momento fue la de diferenciar —en los procesos de crisis— las figuras de la empresa y del empresario, de modo que conductas inescrupulosas, dolosas, o culpables por parte de propietarios y administradores de empresas no anejaran consecuencias terminales y sancionatorias a la organización empresaria propiamente dicha, que involucraran derechos e intereses de los trabajadores, proveedores, consumidores, y hasta del mercado – sujetos muchos de ellos ajenos, normalmente, a la generación de la crisis, del estado de cesación de pagos y hasta a las eventuales conductas reprochables del empresario y su staff gerencial. Nadie puede pretender que se admita o se genera una red de protección judicial para sujetos inescrupulosos en aquellos casos en los cuales hubieran defraudado...Pero algo totalmente diferente es que se le impida a una persona jurídica privada – en razón de quienes sean sus propietarios, dueños, últimos beneficiarios de su estructura o sus administradores, o de la utilización que estos sujetos hubieran asignado a dicha estructura organizacional- acceder a procedimientos legales regulados por la legislación vigente, invocando razones de mérito y conveniencia, o por una calificación de ausencia de merecimientos – lo que importa una condena moral – para recurrir a un sistema de reconfirmación de pasivos”.*

II. 2. Interés social de la empresa.

La empresa, definida entonces como organización sistemática de medios de producción apta para producir efectos en el mercado, trasciende el ámbito meramente privado y traslada sus efectos al interés social de la comunidad. Las empresas son la principal fuente de empleo privado directo e indirecto y al mismo tiempo grandes generadoras de recursos para el Estado Nacional y los Estados Provinciales.

¹²Vítolo Daniel, Un conjunto de desaciertos y nulidades. La Ley, en prensa.



DECONOMI

La importancia es de tal magnitud para el desarrollo de un país, que hoy existen algunas empresas que facturan anualmente un monto superior al producto bruto interno de una gran cantidad de países del mundo

En la misma línea, el conocido jurista español Ángel Fernández Rojo¹³ resalta la existencia del interés social de la empresa por las relaciones laborales que genera, por lo cual, las crisis empresarias repercuten primaria y fundamentalmente sobre los trabajadores, constituyendo por ello un imperativo procurar la preservación de la fuente laboral, y por ende, la conservación de la actividad empresarial.

En palabras de Rivera¹⁴ en la empresa aparece comprometido el interés público, *“pues ella atiende la producción de insumos o prestación de servicios esenciales para la vida comunitaria; alimentos, transportes, vestimenta, productos químicos, combustibles, y todo aquello imaginable que el hombre común usa y disfruta diariamente. También resalta que en múltiples oportunidades la empresa es el verdadero motor de la actividad de cierta comunidad pues alrededor de ella se puede asistir al nacimiento de asentamientos humanos de importancia que dependen exclusivamente de la actividad de dicha empresa”*.

En el mismo sentido, reciente jurisprudencia destaca que: *“Tanto a los trabajadores directos de la concursada como a sus proveedores y a la sociedad en general les conviene que se mantenga en funcionamiento una empresa que como tal ha generado riqueza y probablemente lo seguirá haciendo, no sólo para sí sino para quienes se vinculan directa o indirectamente con ella. (...) Podrá retrucarse que la cesación de pagos ha generado grandes pérdidas en sus acreedores perjudicados por el concurso, lo que es indudablemente cierto, pero ello no nos puede tapar la trayectoria de una empresa de casi 95 años de historia que ha servido para el progreso económica y social de la región y del país.”*¹⁵

III. EMPRESA, SOCIEDAD Y ADMINISTRADORES.

¹³Royo Angel, “Crisis de la empresa y crisis de los procedimientos concursales”, RDCO, 1981-273.

¹⁴Rivera, Julio Cesar, Derecho Concursal, 2da Edición, Tomo, La ley, 2014, 41.

¹⁵Vicentis SAIC S/Impugnación a la propuesta de acuerdo preventivo, Cámara Apelac. Civil, comercial y laboral de Reconquista, 6 de marzo de 2024.



DECONOMI

III.1. La necesaria diferenciación de roles y funciones.

El fuero penal suele tratar como si fuera una única entidad -una unidad- a la empresa, a la sociedad de responsabilidad limitada mediante la cual opera (el empresario) y a sus administradores y socios, personas humanas. En su concepción, el empresario es el administrador “*dueño*” de la empresa, confundiendo ambas personalidades jurídicas diferenciadas a pesar de la claridad del artículo 143 del CCCN.

La sociedad en tanto persona jurídica constituye un sujeto de derecho distinto de los socios que lo integran, por lo tanto, posee un nombre, domicilio, patrimonio, obligaciones y derechos propios diferenciados de los de sus administradores y socios.

En otras palabras, la sociedad es un sujeto de derecho cuya función principal es la de ser un instrumento o vehículo técnico para canalizar la actividad empresarial.

Por otro lado, los administradores son los encargados de tomar las decisiones orientadas a cumplir los objetivos organizativos de la sociedad de forma eficaz y eficiente y, en las sociedades comerciales, usualmente representan a la sociedad en los actos jurídicos en relación con los terceros.

La confusión de estos conceptos genera que, hoy en día, existan un sinnúmero de concursos preventivos con encuadramientos penales por las conductas realizadas por los administradores de la sociedad en los cuales la justicia penal traba medidas cautelares de manera preventiva e incluso arriba a acuerdos patrimoniales con base en el art. 59 inc. 6 del Código Penal sobre bienes que forman parte del patrimonio de la persona jurídica, violando así el mentado artículo 143 del CCCN.¹⁶

III.2. ¿El eterno retorno? De la prisión por deudas al concurso a la prisión por deudas.

¹⁶Hadad, La justicia Penal Vulnera Institutos Fundantes del Derecho Comercial.



DECONOMI

La historia de la insolvencia ha sido oscilante entre la concepción del deudor como defraudador- “decoctor ergo fraudator”¹⁷- y la concepción según la cual endeudarse no constituye un ilícito per se sino que, en ciertas circunstancias, se debe a una derivación natural del riesgo empresarial. Ello se ha visto reflejado en las legislaciones a lo largo del tiempo.

III.2.a. Una breve historia del Derecho Concursal.

El Derecho Romano, en sus comienzos, no conocía la acción en contra del patrimonio de la persona para cobrar deudas entonces utilizaba la ejecución directa sobre la persona del deudor mediante figuras como la “*legis actio per pignoris capionem*”, posteriormente reemplazada por la ley de las 12 Tablas y la “*legis actio per manus iniectionem*” mediante la cual el acreedor se podía apoderar del deudor y venderlo como esclavo.

Con el paso del tiempo advirtieron que el endeudamiento era un riesgo inherente a la actividad económica por lo que se dictaron nuevas normas como la “*bonorum venditio*” y la “*cesio bonorum*” que dieron nacimiento a un germen de procedimiento concursal que permitía realizar los bienes del fallido.

Siguiendo el efecto oscilatorio, la Edad Media significó un retroceso en materia de insolvencia, en palabras del maestro Satanoswky¹⁸, en esta época los deudores insolventes comprometían su persona o su trabajo en condiciones análogas a la del “*nexum*” del Derecho Romano primitivo como “*influjos de ultratumba*”, concepto que lamentablemente se mantiene en el imaginario popular pero de ninguna manera puede persistir en la mentalidad y opinión de hombres de derecho, todo lo cual demuestra una tremenda y lamentable confusión debido a un profundo desconocimiento de la actividad empresarial, de la legislación societaria y muy especialmente del ordenamiento concursal.

Lógicamente, primero nace el instituto de la “*quiebra*” debido a su marcado carácter punitivo cuyo objetivo principal era el de disciplinar a los empresarios mediante terribles sanciones.

La doctrina destaca que en aquellos tiempos el fallido era considerado un defraudador y por lo tanto le debía ser impuesto el signo distintivo

¹⁷Confr. Mazzoca, D., Manuale di diritto fallimentare, Jovene, Napoli, 1980, p18.

¹⁸Satanoswky, M, Estudio de Derecho Comercial, TEA, Buenos Aires, 1950, Tomo II, p 224.



DECONOMI

de la infamia – un gorro de varios colores’ y un grabado de su cara adosado a los muros, a lo que se agregaban otras medidas de carácter personal, pues se equiparaba al fallido a un “ladrón” y se ordenaba su detención.¹⁹

Posteriormente en el siglo XIII y de la mano de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, se consigue un avance en materia de insolvencia al regularse el “convenio solutorio” que permitía concluir la quiebra con un acuerdo con los acreedores.

III.2.b. El nacimiento del concurso preventivo.

En el año 1883 Bélgica incorpora el concurso preventivo que se encuentra entre nosotros a partir del dictado del Código de Comercio de 1889 y más específicamente desde la Ley 4156 del año 1902.

La creación del instituto del concurso preventivo, del acuerdo preventivo extrajudicial y, posteriormente de diversas alternativas de salvataje de la empresa nos lleva hasta la situación actual en dónde el foco está puesto en su conservación, pero, sin perder de vista la dignidad del deudor y los derechos de los acreedores.

La legislación concursal vigente es producto de “*grandes modificaciones de criterios filosóficos del hombre – sus derechos personales, el derecho a una vida digna, la preservación de la familia, la recuperación de la persona para ser reinsertada nuevamente en la vida productiva-, del concepto sobre el patrimonio, de su rol garantista y de su función en la economía, del crecimiento y valoración de las empresas y del Estado y su participación en estos procesos*”.²⁰

Ni la quiebra y mucho menos el concurso preventivo puede considerarse alternativas defraudatorias bajo el prisma de la ley 24.522, pues simplemente son presupuestos de saneamiento de personas humanas y jurídicas en crisis que cuentan con reglas especiales de control y auditoría para evitar posibles abusos de derecho.

¹⁹Maffía, O.J.- B. de Maffía, M.O. Legislación Concursal – Introducción histórica crítica, Ed. Zavallía, Bs. As., 1979, 41.

²⁰ Raspal, “Derecho Concursal de la Empresa”.



DECONOMI

Recapitulando, los institutos que tratan la insolvencia se han estructurado en sus comienzos a partir de los derechos de los acreedores. En una etapa intermedia no solo se tienen en cuenta los derechos de los acreedores sino también los derechos y la dignidad del deudor, hasta llegar al día de hoy en donde se contemplan los intereses del acreedor y del deudor, pero el objeto de protección último está dado por la conservación e importancia social de la empresa.

III.2.c. ¿El regreso a la prisión por deudas?

La historia de la insolvencia muestra un claro patrón de ciclos. Desde los castigos crueles de la Roma antigua ya referidos y la Edad Media, pasando por la creación de normas más humanas y justas, hasta la novedosa tendencia actual de volver a penalizar la insolvencia. Se produce así un movimiento oscilatorio entre el deudor defraudador y el deudor “víctima” de los riesgos empresariales.

Ya en el siglo XXI deberían haberse superado largamente los debates que sustentaban la “prisión por deudas”, pues la creación de los institutos concursales y las vías de reestructuración/liquidación de la ley 24.522 tienen la finalidad de obtener el saneamiento de las empresas en crisis, sin que afecte dichos procesos la actuación de los administradores y/o socios.

Muy a pesar de ello, se ha generado una suerte de presunción según la cual, si la empresa en crisis tramita un concurso preventivo o una quiebra, lo es debido a una gestión empresarial fraudulenta de los administradores. Ni siquiera se considera la investigación previa que debe realizar el síndico, ni la opinión del juez concursal al momento de homologar un acuerdo.

No es posible que el incumplimiento de las deudas justifique imputar objetivamente por fraude a los administradores por los daños provocados a los acreedores sin respetar las características típicas del proceso concursal que, al igual que el proceso penal, persigue la verdad real y a su vez contiene un esquema legal y un sistema de auditorías contables que permiten conocer no solo la situación patrimonial de la empresa en crisis sino también la conducta de los administradores, sistema del que carece el fuero Penal.

El retroceso es inmenso.



DECONOMI

La confusión de los conceptos de empresa, empresario y sociedad, junto a la presunción de que una empresa en crisis es por causa de una administración fraudulenta está provocando efectos desastrosos en el ordenamiento jurídico y en el imaginario popular: prisiones preventivas prácticamente automáticas para los administradores pese a la apertura del concurso preventivo, medidas cautelares que impiden el desarrollo del acuerdo homologado, informes generales en los cuales no se puede establecer la fecha de cesación de pagos ni el período de sospecha porque el fuero penal no entrega los libros contables de la sociedad²¹, acuerdos fundados en el 59 inc.6 del CP que violan los principios rectores del sistema concursal, por mencionar los principales.

IV. PRINCIPIOS E INTERESES DEL DERECHO CONCURSAL.

IV.1. Principios generales del Derecho Concursal.

Los principios rectores del derecho concursal, entendidos como *reglas* que informan y otorgan coherencia al sistema, son la *universalidad*, *unicidad*, *concursalidad* y la *pars conditio creditorum* o igualdad de acreedores.

El régimen concursal es un proceso de carácter universal al cual concurren la totalidad de los acreedores de causa o título anterior (artículos 16;32;125; 132;200 LCQ) sin discriminación alguna y tiene el objetivo de tutelar a la empresa como unidad productiva y fuente de trabajo.

Del mero relato de la evolución del derecho concursal se observa en forma clara los diferentes intereses protegidos por esta rama del derecho a través del tiempo. En un primer momento solo se tiene en cuenta el interés de los acreedores y la tutela de sus respectivos créditos. En un segundo estadio, se contemplan también los intereses del deudor permitiendo la negociación entre el deudor y sus acreedores. Posteriormente, el derecho concursal reconoce la importancia de la empresa y comienza a tutelar un nuevo interés, uno que tiene

²¹El síndico de la liquidación de un fideicomiso en los autos “ANTIGUA CC FIDEICOMISO FINANCIERO – LIQUIDACION JUDICIAL – EXPTE. N 79402374” que tramitan ante el Juzgado de 1ª Instancia y 3ª nominación de Concursos y Sociedades, al momento de emitir el informe general manifestó “que este órgano liquidador no ha podido acceder a los libros de contabilidad del fideicomiso correspondientes a los períodos 2011 a 2018. (...) Vale recordar que la Fiscalía de delitos complejos manifestó que estaban siendo utilizados en pericias contables dispuestas en la causa penal”. Situación que resulta inadmisibles porque afecta grave e irremediamente la actividad del órgano sindical y la del propio Juez Concursal.



DECONOMI

un carácter general y que se traduce en el principio de conservación de la empresa.

En palabras del maestro Maffía *“se pasa del comerciante individual a las transnacionales...Aludimos ya al cambio ostensible en los destinatarios de la preocupación legislativa; ayer, el interés de los acreedores merecía primerísima prioridad...hoy, en cambio, integran el número potencialmente infinito de afectados por la quiebra. El viejo binomio deudor-acreedores restó, pues periclitado. En otras palabras, en algún momento surgió manifiesto que los acreedores no eran los interesados exclusivos en la suerte de una empresa y menos todavía los únicos perjudicados sí que sobrara”*.²²

IV.2. Conflictos de competencia: El fuero de atracción y la suspensión de acciones de contenido patrimonial.

Como enseña Truffat²³ la concursabilidad, se supone, es la respuesta del Estado al fenómeno insidioso de la cesación de pagos. Lo dramático de la cesación de pagos es su aptitud contaminante, por ello, por medio de la concurrencia de todos los acreedores de causa o título anterior se pretende *“sanar”* al concursado mediante un acuerdo de mayorías o liquidar su patrimonio mediante un proceso de quiebra.

Para lograr este cometido, el ordenamiento jurídico postula como fundamental que sea un único juez el que trate todas las acciones de contenido patrimonial en contra del deudor, controlando a su vez la legitimidad de los títulos de sus acreedores para lograr una masa pasiva que se ajuste a la verdad real.

De la mano de la concurrencia aparece el instituto de la suspensión de las acciones de contenido patrimonial, es decir, la suspensión de la agresión patrimonial, pues será imposible que el deudor pueda arribar a un acuerdo con sus acreedores si el patrimonio continúa sujeto a la agresión de éstos. De lo contrario, regiría una suerte de *“ley de la selva”* en la cual se verían beneficiados algunos acreedores sobre otros, situación que hoy el fuero penal fomenta mediando una violación a los principios concursales.

²²Maffía, Derecho Concursal, cita obtenida de Raspal, Derecho concursal de la empresa, 168.

²³Truffat, Daniel E., Fuero de atracción en los concursos, Astrea, 2007.



DECONOMI

Qué sentido tiene entonces un proceso universal especial, con institutos propios orientados a una liquidación ordenada llevada adelante por un único funcionario – el síndico- cuando la justicia penal está dispuesta a habilitar un procedimiento individual, que por vía de la privación de la libertad del deudor permite a los acreedores cobrar anticipadamente en perjuicio de aquellos sujetos al régimen concursal.²⁴

Heredia²⁵ enseña que *“la radicación establecida por el art. 21 LCQ alcanza a todas aquellas acciones que impliquen un desequilibrio con los acreedores comunes frente a la masa de bienes del concurso, es decir, alcanza a todos los juicios que podrían generar un beneficio patrimonial en detrimento del patrimonio del deudor fallido”*.

En este sentido y con una claridad absoluta decía Maffía²⁶ al hablar del art. 21 LCQ que *“Se trata de un proceso necesariamente único para salvar la nota de universalidad del concurso. Porque la competencia del magistrado concursal es absoluta e inderogable. Porque se juega todo el patrimonio del deudor. Porque el procedimiento es inquisitivo, por tanto, juez y síndico disponen los pasos y medidas que hacen al proceso. Porque el fuero de atracción, para bien o para mal, es un régimen lato -no ya un criterio o un principio- de la ley vigente.”*

En idéntica dirección Barreiro, Lorente y Truffat²⁷ enseñan que *“todo lo relativo a las cuestiones patrimoniales vinculadas a la fallida queda bajo la exclusiva órbita del Tribunal Comercial. Aunque se haya promovido una causa penal, la ley concursal establece el desapoderamiento del fallido y que la*

²⁴A modo de ejemplo, en la causa ROVI SA que tramita en el juzgado de 1ª Instancia y 7ª nominación de Concursos y Sociedades de la Ciudad de Córdoba, hubo 200 acreedores presentados a verificar que “desistieron de la acción de verificación de créditos” para presentarse como querellantes particulares en la causa penal contra sus administradores y mediante la interposición de una acción civil arribaron a un acuerdo disímil al arribado en el concurso. En esta causa privaron de su libertad al Presidente de la sociedad, a su esposa, al contador y al abogado patrocinante del concurso preventivo.

²⁵Heredia, Tratado exegético de Derecho Concursal, Tomo 1, 552.

²⁶Maffía, Aspectos de la nueva ley de concursos (V). El fuero de atracción, LL, 1996-D-1301, 1320.

²⁷ Barreiro, Marcelo; Lorente, Javier; Truffat, Daniel en “Otra vez en torno a la yuxtaposición de procesos concursales y penales: a propósito de un incalificable intento de secuestro de un proceso concursal por orden de un juez penal y la gallarda defensa del juez concursal de su propia competencia”. Ponencia presentada en XXII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial.



DECONOMI

administración, enajenación y distribución de los bienes queda a cargo de la sindicatura designada por el Tribunal Comercial. Y, en dicho sentido, el juez comercial de la causa citó doctrina y jurisprudencia, y señaló que los bienes sujetos al decomiso penal, al existir un proceso concursal, deben primero sujetarse al sistema concursal y, en caso de existir un saldo, el mismo puede ser entregado al Estado Nacional, Provincial o Municipal de conformidad con el art. 29 del CP”.

Por lo tanto, ningún ejercicio de una acción civil en el proceso penal por parte de un acreedor puede perseguir el cobro de un crédito de causa o título anterior en contra de un concursado o de un fallido, pues está vigente el fuero de atracción -arts. 21 y 132 LCQ – que abre la jurisdicción concursal que, como ha dicho la Corte en reiteradas oportunidades, es de orden público.

Correlativamente, ningún acreedor de causa o título anterior, podrá hacerse en un proceso penal, de bienes del concursado o el fallido que integran el activo falencial o susceptibles de acciones de recomposición patrimonial.

IV. 3 La opinión de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Suprema de la Nación, en las recientes causas “Rodrigo, Eduardo Daniel y otros s/asociación ilícita” y “Hope Funds S.A s/ incidente de conflicto de competencia” ha sostenido firmemente que el fuero penal no puede ignorar la competencia concursal ni tampoco los efectos de la apertura del concurso y/o declaración de la quiebra.

En el primer caso y en el marco de la causa n° 12.162114 del Juzgado Federal N° 1 de Córdoba seguida contra los administradores de “CBI S.A.”, el representante del Ministerio Público Fiscal requirió el embargo preventivo de fondos netos que resultaren del cobro de una cartera de cheques de terceros que la empresa tenía en su poder – CBI se dedicaba, entre otras actividades al descuento de cheques- con el objeto de asegurar las sanciones accesorias aplicables en caso de recaer una condena. Es decir, el fiscal pretendía embargar bienes del activo de la sociedad fallida bajo la excusa de la responsabilidad de los administradores de ésta, avanzando sobre la jurisdicción concursal, violando el art. 143 del CCCN y pretendiendo establecer una suerte de “primacía” inconstitucional del fuero penal sobre el comercial.



DECONOMI

El juez concursal, acertadamente, rechazó la traba de la cautelar sobre bienes de la empresa quebrada pues de lo contrario se lesionarían irremediablemente los principios de la *pars conditio creditorum* y universalidad de la quiebra.

El Juzgado Federal ignoró por completo lo expresado por el juez de la quiebra, hizo lugar a la medida cautelar y ordenó, por exhorto, que se pusieran a disposición del juzgado penal los montos obtenidos por el cobro de los cheques. Ante la negativa del juez concursal, quedó trabado el conflicto de competencia y fueron elevadas las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su carácter de superior común.

La Corte hizo suyos los argumentos del Procurador General quien manifestó que conforme ha sido sostenido por su doctrina, *“al quedar firme el auto de quiebra el deudor queda desapoderado de pleno derecho de todos sus bienes y todos los acreedores deben incorporarse al procedimiento de ejecución colectiva y procurar el reconocimiento de su derecho mediante la verificación de créditos en pie de igualdad; por ello toda pretensión de injerencia de otro tribunal respecto del patrimonio del fallido afectaría la competencia atribuida por cuestiones de orden público por la ley concursal y podría establecer prerrogativas supralegales sobre el resto de la masa de acreedores (conf. Fallos: 306:546)”*

Agrega que lo solicitado por el juez federal *“importa un menoscabo a la competencia que la ley atribuye al magistrado a cargo de la quiebra y, por lo tanto, no es procedente”*.

A esta altura del razonamiento, resulta claro y evidente que aquellas pretensiones del derecho penal de tener más poder de jurisdicción que el concursal han sido zanjadas por la Corte y hacemos nuestras las palabras del Dr. Fabián Lorenzini en un fallo preclaro, conforme a las cuales: *“No existe por lo tanto una puja de fuerzas en el esquema constitucional. No es necesario comprobar quien tiene más o menos poder de jurisdicción. La Constitución resolvió este posible conflicto desde la organización del estado de Derecho, estableciendo coordenadas de actuación claras y consistentes, como premisa fundamental para dotar al sistema de seguridad jurídica.”*



DECONOMI

En el caso de la sociedad Hope Funds S.A., el conflicto se suscitó entre el Juzgado Nacional en lo Comercial N° 30 y el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 porque ambos reclamaban competencia para decidir sobre el destino de los activos que proviniesen de la liquidación de las acciones que la fallida -Hope Funds S.A.- tenía en la sociedad Emprendimientos Recoleta SA.

En dicha oportunidad, la Corte Suprema resolvió de idéntica manera remitiendo a lo resuelto en el precedente CBI S.A.

La contundencia y relevancia de las sentencias de la Corte Suprema no puede dejarse de lado. Sin embargo, el fuero penal hace oídos sordos de los fallos de nuestro más alto tribunal y, en última instancia, de la constitución y de las normas de orden público que delimitan la jurisdicción concursal.

IV.4. El caso Vicentin.

Vicentin S.A.I.C. es una empresa agropecuaria de gran magnitud que tramita actualmente su concurso preventivo ante el Juzgado Civil y Comercial N° 2 de la ciudad de Reconquista, Provincia de Santa Fe, a cargo del Dr. Fabián Lorenzini. Simultáneamente se tramita la causa “Representantes de Vicentin s/Estafa, CUIJ nro. 21-08421855-0’ ante el Colegio de Jueces Penales de Primera Instancia de Rosario, en la cual se investiga la conducta de los administradores.

Con fecha 31 de julio de 2023, el Juez Penal de 1ª Instancia de la Ciudad de Rosario, Dr. Hernán Fernando Postma, en una grosera intromisión jurisdiccional, inconstitucional y en abierta violación al artículo 21 de la LCQ, remitió un oficio judicial al expediente concursal dando cuenta que *“la medida cautelar dispuesta en fecha 11/12/2020 por la cual se prohíbe innovar tanto respecto a las composiciones accionarias de sociedades en las que Vicentin S.A.I.C tiene participación accionaria, como respecto de aquellas en que los imputados de la causa referida actúen como representantes legales, y en relación a los activos de las sociedades referidas por más de \$50.000.000 se encuentra plenamente vigente en todos sus términos. Asimismo, se le hace saber a V.S. que todos los actos procesales tendientes al tratamiento u homologación de la propuesta concursal presentada por VICENTIN S.A.I.C. comportan la violación de una orden judicial, debiendo en consecuencia*



DECONOMI

abstenerse, en forma urgente, de continuar con su tratamiento, análisis u homologación”.

Como se tiene dicho los jueces penales en su afán de reunir más y más poder de jurisdicción –aún a despecho de normas constitucionales expresas- han llegado a creer que tienen las facultades para paralizar por completo un proceso concursal y poner en jaque la continuidad de una empresa que genera miles de puestos de trabajo.

Ante semejante ataque, el juez concursal, acertadamente, sostiene que la providencia jurisdiccional no puede prosperar pues existe una clara delimitación de competencias de rango constitucional entre ambos fueros y que todos los jueces están obligados a respetarla.

El Dr. Lorenzini en un fallo destacado, distingue con claridad las dos órbitas en colisión: por un lado, señala que *“La justicia represiva tiene el monopolio constitucional del poder punitivo dentro del Estado de Derecho y conforme a las leyes que lo reglamentan. En tal sentido tiene el pleno control y la exclusiva responsabilidad para determinar la configuración de los tipos penales, establecer las imputaciones y condenar a las personas humanas que hayan cometido delitos”.* Pero por otro lado *“este Juzgado Civil y Comercial debe sustanciar el proceso concursal y adoptar aquellas medidas que conforme a derecho correspondan para permitir a la empresa reestructurar su pasivo y afrontar sus obligaciones frente a los acreedores, resguardando las fuentes de trabajo y velando por el cumplimiento de la ley concursal y societaria”.*

Continúa diciendo que *“La justicia civil y comercial de Santa Fe no puede declinar las competencias naturales que la Constitución Provincial, la Ley Orgánica de Tribunales y la propia ley concursal reservan para su jurisdicción, en armónico diálogo constitucional y reglamentario con las demás esferas del poder judicial”.*

Acertadamente termina concluyendo que de no respetarse la unicidad del Poder Judicial *“se estarían consagrando, por la vía de hecho, prerrogativas supra legales que beneficiarían a los denunciantes y querellantes del proceso penal, en detrimento del resto de la masa de los acreedores, desvirtuando los principios legales concursales de concurrencia e igualdad de trato; Y se estaría*



DECONOMI

legitimando la existencia de un fuero judicial (en este caso la justicia penal), en torno al cual todas las demás jurisdicciones estarían subordinadas, orbitándolo sin poder ejercer plenamente sus poderes constitucionales. Ello significaría una alteración de la textura de nuestra ley fundamental y un menoscabo en la competencia de los juzgados que deben actuar en los procesos concursales y las quiebras liquidativas de sociedades cuyos patrimonios son independientes de los patrimonios de sus accionistas y directores”.

V. EL REMEDIO CONCURSAL COMO EJERCICIO REGULAR DE UN DERECHO.

V.1. Una pregunta y sus distinciones necesarias.

¿Es procedente la acción penal en contra de los administradores, socios, contadores y/o abogados patrocinantes del concurso de la empresa en crisis?

Como señala Lorente²⁸, el fraude y la obtención de recursos a través del mismo hace borrosa la delgada línea que existe entre las dos vías más antiguas de obtención de capital que conoce la humanidad: el pedir prestado y el robar. Así, si un administrador y/o socio realiza conductas fraudulentas que afectan intereses privados y múltiples, los mismos activos habidos como consecuencia del obrar delictivo pueden ser alcanzados tanto por el proceso criminal como el concursal.

Es indudable que, frente a un escenario de estas características, es decir, una administración fraudulenta y un estado de cesación de pagos que desata la apertura de un concurso o quiebra, ambos procesos se traten en forma simultánea, de ello no hay dudas.

Lo que no puede suceder, o, mejor dicho, lo que no debiera suceder, es que el fuero penal considere que la presentación en concurso preventivo y la obtención de un acuerdo preventivo con las mayorías legalmente estatuidas, que constituye el ejercicio regular de un derecho, pudiere constituir una estafa procesal por la cual deban ser perseguidos los administradores, contadores y abogados que patrocinan el concurso.

²⁸Lorente, Intersección entre Procesos Concuriales y Penales paralelos.



DECONOMI

La confusión entre la sociedad, titular de la empresa, los administradores que la gestionan, los eventuales terceros que se han “beneficiado” de la gestión y la labor abogadil de defensa de los intereses del empresario resulta lamentable y “arremete” en contra del ejercicio profesional de la profesión, violando el derecho de defensa, art. 18 de la CN.

Aún más repugnante al ordenamiento jurídico es tratar a la insolvencia como un fraude “per se”, castigando el hecho de no poder hacer frente a las obligaciones como en la Edad Media, sin ningún tipo de consideración sobre el riesgo empresario, ignorando por completo que nuestro país tuvo una inflación aproximada del 12.000% (Doce mil por ciento) en los últimos 10 años, ignorando que el peso ha sufrido una terrible devaluación frente a las monedas “fuertes” e ignorando que el cambio de color político en nuestros gobernantes ha producido cambios bruscos de tal naturaleza que alteran las condiciones de mercado de la totalidad de las empresas argentinas.

V.2. Una necesaria ponderación de la situación de crisis.

El análisis “ex post facto” de conductas de quienes han procurado sobrevivir a un naufragio empresario por el camino del remedio concursal, fomentado por la propia legislación, no puede llevarlos a la cárcel como “estafadores”, cuándo no es más que un ejercicio regular de un derecho permitido y regulado por nuestro ordenamiento jurídico.

El derecho es un todo unitario y coherente, en cuyo seno rige el principio lógico de no contradicción; una acción no puede ser simultáneamente conforme y contraria a las reglas que integran ese todo. El derecho penal no contiene ilicitudes que no sean tales para el resto del derecho.

La antijuridicidad es una sola; no se puede sostener la [tesis](#) de una antijuridicidad específicamente penal: la unidad de esa totalidad normativa, lo expresaba la regla del art. 1071 Código Civil de Vélez: *“el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir como ilícito ningún acto”* principio normativo receptado en el artículo 10 del CCCN, como causa general de exclusión de la antijuridicidad, que repite el Código Penal en el artículo 34, inciso 4.



DECONOMI

En idéntico sentido, la doctrina penal²⁹ sostiene que hay ciertas conductas fomentadas por la legislación en múltiples normas y muchas de ellas contribuyen al bien común en forma universalmente reconocida. Por lo tanto, es absurdo entender que una norma deducida de un tipo puede prohibir lo que un aparato legal complejo fomenta con general asentimiento. De modo tal que la norma penal debe conglobarse con el resto del ordenamiento jurídico.

De ello se desprende que los jueces *deben* hacer operar a las normas como un sistema (orden jurídico) en el que unas recortan o limitan a las otras, de forma que en cualquier situación exista un deber jurídico y sólo uno. El cumplimiento del deber jurídico autorizado por una norma excluye la antinormatividad del pragma y, por ende, la conducta que lo cumple siempre es atípica. El cumplimiento del deber jurídico no es una causa de justificación, sino de atipicidad conglobante.

Con esto no quiere significarse que el fraude no pudiera existir o que los administradores no deban ser perseguidos por los delitos que cometen, lo que queremos decir es que el fuero penal no puede presumir automáticamente el fraude a partir de la insolvencia pasando por alto los principios generales del proceso concursal, el tratamiento igualitario de los acreedores, la conservación de la empresa, la investigación del síndico, la opinión del juez a la hora de homologar un acuerdo y el amplio espectro de acciones de recomposición patrimonial propias del derecho concursal.

VI. INDEPENDENCIA DEL FUERO PENAL Y EL FUERO CONCURSAL.

VI.1. Jurisdicción del juez concursal sobre los bienes del concursado o fallido.

El interrogante, sobre la posibilidad de quienes ejercen una acción civil en el proceso penal en contra de los administradores, fundada en un reclamo de contenido patrimonial de causa anterior a la quiebra o al concurso preventivo de la sociedad, ha sido ya solucionado por la Corte Suprema como se tiene dicho

²⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Estructura Básica del Derecho Penal



DECONOMI

y constituyen una alternativa “ilegal” no prevista por nuestro ordenamiento jurídico o lo que Maffía denominó un *“juicio ejecutivísimo”* para cobrar.

De este modo, todos los acreedores de la empresa deben sujetarse al procedimiento universal para procurar el cobro de su crédito, art. 125 de la ley 24522; sin perjuicio de que la justicia penal pueda investigar y condenar las conductas reprochables de los socios y/o administradores.

El art. 313 del Código Penal es claro: las sanciones que se apliquen en caso de concursamiento de la persona jurídica no deben perjudicar a los accionistas o titulares de los títulos respectivos a quienes no quepa atribuir responsabilidad del hecho delictivo.

En este marco, el art. 1774 del CCCN establece el principio de independencia entre la acción civil y penal, aspecto que cobra mayor relevancia en el caso del proceso concursal, pues por tratarse de una legislación especial no puede predicarse “prejudicialidad alguna” de la causa penal, tal como lo explica el Dr. Heredia cuando formula su voto en la causa “Oil Combustibles S.A. s/ concurso preventivo”.

Ello así, la totalidad de las acciones en contra del patrimonio de la empresa concursada o en quiebra, así como la actuación de los socios y administradores deber ser ponderada e investigada por el juez concursal, el único que tiene competencia en virtud de los principios del derecho concursal ya explicados.

Si el fuero penal quiere investigar los posibles delitos que hayan podido cometer los socios o administradores de una empresa, debe realizar su propio proceso independiente, pero sujetándose a las competencias naturales que establece el ordenamiento jurídico argentino.

Deben requerir de su propia prueba autónoma y no pueden, bajo ningún concepto, prevalerse de la causa concursal para imputar conductas, ni tampoco pueden afectar el proceso concursal, tal como explicó con total acierto la Sala “D” de la Cámara Nacional de Comercio en la causa “Oil Combustibles”.



DECONOMI

Precisamente Vítolo³⁰ al comentar este fallo sostiene: “...Desde ya que nadie puede pretender que se admita o se genere una red de protección judicial para sujetos inescrupulosos en aquellos casos en los cuales hubieran defraudado a la administración pública, al fisco, o se vieran involucrados en actos de corrupción en perjuicio del Estado y de los ciudadanos. La Justicia debe actuar firmemente —ante estos supuestos— por medio de los jueces competentes, imponiendo castigos ejemplares a quienes resulten declarados culpables. Pero algo diferente es que se le impida a una persona jurídica privada —en razón de quiénes sean sus propietarios, dueños, últimos beneficiarios de su estructura o sus administradores, o de la utilización que estos sujetos hubieran asignado a dicha estructura organizacional— acceder a procedimientos legales regulados por la legislación vigente, invocando razones de mérito y conveniencia, o por una calificación de ausencia de merecimientos —lo que importa una condena moral— para recurrir a un sistema de reconfiguración de pasivos;

La causa que provoca la crisis de la empresa y su consiguiente apertura de un concurso o quiebra no permite inferir bajo ningún aspecto ninguna derivación penal, pues la cesación de pagos es un presupuesto objetivo que no depende de la configuración de elementos subjetivos, por lo que incluso el dolo del deudor es indiferente. Si dicho dolo provocó o agravó la situación de insolvencia solamente tiene incidencia a la hora de determinación de ciertas responsabilidades – art. 173 LCQ- que son competencia del juez concursal.

Menos aún, puede apropiarse el fuero penal de los bienes pertenecientes a la empresa insolvente o de los libros societarios bajo la excusa de estar realizando la investigación penal. (Ver nota 21).

Los encargados de llevar a cabo el proceso penal y el concursal, siguiendo a Lorente³¹, deben coordinar y colaborar entre sí, permitiendo que cada microsistema jurídico – penal y concursal – opere en el ámbito propio de los intereses jurídicos que tutela aplicando el ordenamiento jurídico como corresponde.

³⁰ Vítolo, Daniel R., “Un conjunto de desaciertos conceptuales y nulidades”, La Ley, en prensa.

³¹ Lorente, Intersección entre Procesos Concursales y Penales paralelos.



DECONOMI

Ello ha sido destacado también por el Dr. Fabián Lorenzini en el fallo ya referenciado: *“Concluimos por lo tanto que, el proceso concursal no puede quedar supeditado a la investigación penal, a la vez que la justicia represiva debe continuar con su labor investigativa y de condena, armonizando dicha tarea con el desarrollo del proceso de reestructuración del pasivo concursal de la sociedad en crisis, distinguiéndola de las personas humanas”*.

VII. EL ROL DEL ABOGADO EN LOS PROCESOS CONCURSALES

Aunque resulte obvio decirlo, el abogado no es el administrador de la empresa. Como ya hemos dicho, el órgano de administración es el encargado de dirigir la actividad empresarial a partir de decisiones orientadas a cumplir los objetivos de la sociedad enderezado al interés social.

Las sociedades comerciales, a medida que crecen, tejen vínculos más complejos y sofisticados. Es normal que en esta instancia contraten a un profesional procurando asesoramiento y más normal aún que, en contexto de crisis recurran a un profesional del derecho.

El abogado que asesora a una empresa no participa en las decisiones que toma el órgano de administración, ni menos aún en las decisiones del órgano de gobierno que la propia ley societaria reserva sólo a los socios. De ello se deriva, consecuentemente, que no resulta ajustado a derecho endilgarle responsabilidad penal (ni civil) alguna al abogado por la situación patrimonial de la empresa a la cual asesora.

Aún más, si en ocasión de su asesoramiento conociera que la empresa se encuentra en un delicado estado de insolvencia patrimonial, tiene el deber de proponer como soluciones legales, aquellas que provienen del ordenamiento societario como la superación del contexto de infra capitalización mediante aportes de los socios, la disolución y liquidación como consecuencia extrema o bien el concurso preventivo o el acuerdo preventivo extrajudicial como remedios para sanear a la empresa.

Sin embargo, quién eventualmente toma la decisión de uno u otro camino es nomás el órgano de administración. Decisión que posteriormente, en el caso del concurso preventivo, debe además ser ratificada por el órgano de



DECONOMI

gobierno en un plazo perentorio. Decisiones de las cuáles el abogado no participa ni tiene injerencia.

El fuero penal, al contrario de lo que el derecho y la lógica establecen, ha estipulado recientemente que el abogado es el principal responsable de las decisiones empresariales y quién “maneja los hilos”, por su conocimiento técnico, para defraudar a los acreedores.

“Merece especial consideración, que el comportamiento previo de los miembros de la asociación ilícita en vistas al concurso preventivo, en relación al resguardo patrimonial, los acuerdos con los acreedores, la posterior presentación falsa en el juzgado, y finalmente la manipulación de sistema concursal y abuso de las formas judiciales hasta la actualidad con posterioridad a la notificación de los hechos atribuidos a todos los imputados de la presente causa, fue promovida por el abogado, quien tomo como propio ese objetivo y ejecutó las acciones necesarias para lograr el éxito de la maniobra planificada. Como ya se dijo, sobre él pesa un mayor reproche en razón de su formación técnica y medio de vida.”³²

El fragmento anterior es una muestra cabal del desconocimiento del derecho comercial por parte del fuero penal y un reflejo nítido de sus intenciones: acaparar competencias que no le son propias.

La resolución citada tiene dos errores fundamentales que la convierten en falaz, arbitraria e inconstitucional.

El primero de ellos es la consideración del abogado como el principal responsable de la toma de decisiones de una empresa, como un agente todopoderoso capaz de cooptar todas las voluntades de los socios en virtud de su formación técnica.

El segundo error, más grave aún, es considerar la presentación en concurso preventivo y su eventual acuerdo como una herramienta fraudulenta orientada a defraudar a los acreedores. Ya se ha dicho que el sistema concursal tiene mecanismos de auditoría y control propios que impiden la homologación de

³² Resolución de fecha 25.04.2022 dictada en el Expediente N° 7974052 caratulado “Aguilera, Ahumada, Barbera, Caballo, Laura, leonardo, Michan, Mole, Russo, Scudieri, Scudieri, Vega, SS.AA Asociación ilícita, apropiación indebida de tributos, estafa reiterada, estafa procesal, etc”



DECONOMI

un acuerdo abusivo. Del proceso participa un síndico especializado que es encarga de auditar y conocer con detalle el activo y el pasivo, participa el comité de acreedores, participa el Juez analizando en profundidad y de oficio la abusividad del acuerdo.

Aquellas expresiones que pretenden que un abogado es capaz de “manipular el sistema concursal” o “abusar de las formas judiciales”, ello frente al Juez Concursal director del proceso (arg. art. 274 LCQ) y a los funcionarios concursales en ejercicio de facultades indelegables e irrenunciables (arg. arts. 251 y siguientes LCQ) resultan de una manifiesta arbitrariedad y no encuentran correlato en la realidad concursal.

No puede así concebirse que el ejercicio regular de un derecho que respeta los principios y formas que la ley concursal establece pueda constituir – al mismo tiempo y bajo el mismo ordenamiento jurídico patrio- una actividad defraudatoria capaz de constituirse en un hecho consumatorio del delito de estafa o menos aún una asociación ilícita. Ni la presentación en concurso ni su posterior homologación pueden ser consideradas jamás acciones típicas de los delitos mencionados.

Su sola enunciación pone en severo riesgo el ejercicio profesional del abogado y configura una flagrante violación de los derechos de defensa en juicio, debido proceso, ejercicio de industria lícita y la garantía innominada de un adecuado servicio de justicia (sólo por mencionar algunos) consagrados constitucionalmente.

VIII.- Reflexiones finales.

A modo de conclusión, estas nuevas resoluciones emitidas por el fuero penal conducen irremediabilmente a consecuencias disvaliosas de fácil apreciación que afectan gravemente el funcionamiento armónico del plexo jurídico: violaciones a derechos y garantías constitucionales, apartamiento de los principios e instituciones fundantes del derecho comercial, violación a la delimitación de competencias del ordenamiento jurídico argentino, consideración del deudor como defraudador ignorando siglos de evolución normativa, abuso en el dictado de medidas de coerción personal injustificadas como mecanismo para



DECONOMI

‘acelerar’ los acuerdos con los acreedores para terminar violando la *pars conditio creditorum* apropiándose del activo falencial.

Existen además consecuencias indirectas igual de preocupantes desde la perspectiva del derecho comercial: la creación pretoriana –al margen de la ley- de una nueva vía de reclamo ilegal a la que Maffía denominó *‘juicio ejecutivísimo’*, alternativa contra legem que debería ser condenada por los tribunales en línea con los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los que ya hemos hecho referencia.

Esto ha generado que los acreedores de las empresas en crisis, aconsejados por quienes los patrocinan en sus presentaciones en el fuero penal, opten por elegir esta vía ilegal y a despecho del derecho concursal para cobrar su acreencia. El fuero penal, lejos de declararse incompetente y mandarlos a ocurrir por ante el juez del proceso universal del deudor, utiliza todo el aparato represivo del Estado para encarcelar a los administradores, sus familiares, abogados y contadores para compelerlos a pagar en ese ámbito como un modo de conseguir su libertad.

Este nuevo sistema de cobro compulsivo en el fuero penal se ha difundido entre los abogados, particularmente entre los más jóvenes, que frente a una empresa en crisis que ha recurrido al remedio concursal, optan por evitar someterse al proceso de verificación, al control recíproco de los acreedores y, en última instancia, al acuerdo preventivo y, en vez de ello, acuden a la justicia penal con una denuncia, constitución en querellante y actor civil y –como se tiene dicho- con la anuencia de resoluciones como las descriptas, logran su cometido cobrando sumas de dinero más altas y en menor plazo que aquellos que se han sometido a las reglas del proceso concursal.

Los acreedores incluso han llegado a “desistir” de su pedido de verificación de créditos en un concurso en marcha para apartarse así de la jurisdicción concursal y someterse voluntariamente a aquel *‘juicio ejecutivísimo’* de Maffía en sede penal.

El objetivo del presente trabajo es un llamamiento a los operadores del derecho para que retomen las sendas legales y ámbitos de competencia material claramente establecidas por el ordenamiento jurídico. Los jueces



DECONOMI

concuriales deben defender sus jurisdicciones (en el sentido más estricto de la juris dictio), tal como hizo valientemente el Dr. Lorenzini en la causa Vicentín, los funcionarios y magistrados de la justicia penal deben limitarse a sus ámbitos de competencia material y los abogados deben interponer sus reclamos a través de las vías correspondientes.

Finalmente, los colegios de abogados en su rol de asociaciones creadas para “*Defender los derechos de sus socios y propender a la obtención de seguridades para el libre ejercicio de la profesión, conforme a las leyes, peticionando y velando por la protección de los derechos de los abogados...*” (art. 32 inciso 4 Ley 5805), no pueden permanecer ajenos a violaciones constitucionales de la entidad de las referidas y deben ponerse al frente de sus colegiados.

