

Intersección entre Procesos Concursales y Penales paralelos sobre los activos que conforman la masa falencial y que son también susceptibles de decomiso (o medidas cautelares) en Sede Penal

Por Javier Armando Lorente

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Si bien el fenómeno no es para nada novedoso en sistemas comparados, especialmente en el norteamericano, la experiencia reciente en Argentina ha comenzado a demostrar lo que preliminarmente podemos denominar como una intersección entre procedimientos penales y concursales en lo relativo a los alcances que uno y otro tienen sobre los activos que en sede penal se corresponden a la conducta típica, antijurídica y culpable que se le imputa a un sujeto y que, al mismo tiempo, conforman la masa falencial activa sujeta a liquidación y distribución en el marco de un proceso concursal sobre ese mismo sujeto.

Esta situación de “intersección”, que fácilmente puede mutar en confrontación entre ambos Jueces (el penal y el concursal), y que operacionalmente debería concluir en una coordinación o colaboración entre ambos, dejando que cada Juez (en verdad cada microsistema jurídico: el penal y el concursal) opere en el ámbito propio de los intereses jurídicos que tutela y aplique el ordenamiento jurídico en forma eficaz y eficiente, no ha sido objeto de muchos estudios académicos nacionales hasta ahora[1].

Entonces, el objetivo final de este trabajo es persuadir que en la hipótesis que uno o más bienes (activos) alcanzados por un decomiso (definitivo o cautelar) o alguna otra medida cautelar (vgr. inhibición general de bienes) ordenadas en sede penal conformaren también parte de la masa activa de un proceso concursal, la ejecución de lo dispuesto en sede penal debe necesariamente coordinarse con las facultades y deberes del Juez falencial en lo atinente al régimen de liquidación de activos falenciales y su distribución entre los acreedores genuinos con el debido respeto del régimen de privilegios y preferencias previsto en la LCQ.

Con exquisita prudencia Truffat se inclina en tu trabajo por no hacer “nombres propios” y por tanto no identifica casos de tal concurrencia o solapamiento entre causas penales y concursales aquí en Argentina, pero claramente trae algunos ejemplos habidos en otros países que le sirven para dar marco fáctico y conceptual a su exposición: en Brasil los casos de corrupción rotulados como el “Mensalao”, el “Lava Jato” o el caso “Odebrecht” (este último ya ha demostrado extender su influencia extraterritorialmente tanto a Ecuador, Perú y Argentina, al menos) y en Estados Unidos el resonante caso de “Bernard Madoff”, consistente en una estafa piramidal o Esquema Ponzi[2].

Si bien hasta la fecha, a nivel local, han existido algunos pocos casos (y dispersos a lo largo del tiempo) que nos han permitido trazar una mínima plataforma de antecedentes para el presente estudio, lo cierto que existen en curso resonantes casos actuales de cuya tramitación y resultados podrán extraerse aún más valiosas referencias[3].

Sirva entonces el presente trabajo apenas como un puntapié inicial para estudios más ricos y profundos sobre la temática.

II. El fraude como delito y su vinculación con los procesos concursales [\[arriba\]](#)

El fraude, y la obtención de recursos a través del mismo, ha sido desde siempre motivo de preocupación tanto por el derecho penal como por el falencial, puesto que como tal, el fraude 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[4].

Así, siempre que la conducta fraudulenta afecte intereses privados y múltiples, cuando un esquema de financiamiento fraudulento colapsa, el mismo sujeto responsable y los mismos activos habidos como consecuencia del obrar delictivo pueden ser alcanzados bajo dos regímenes paralelos: el criminal y el concursal.

El Estado, en su conjunto, debe decidir si la actuación del defraudador debe resolverse bajo la óptica falencial, esto es, del derecho privado (protección del interés de los acreedores, liquidación de activos y distribución de su producido entre acreedores genuinos, régimen de preferencias/privilegios, acciones de recomposición patrimonial, etc.), bajo la óptica penal, esto es, del derecho público (como un crimen contra la sociedad), o ambos simultáneamente.

Indudablemente que bajo ambos.

La experiencia norteamericana es muchísimo más rica que la nacional en la especie, principalmente -aunque no exclusivamente- vinculada a las defraudaciones bajo esquemas piramidales o Esquemas Ponzi.

En los últimos años, una sustancial cantidad de casos paralelos de procesos criminales y concursales (de personas humanas y jurídicas) han nacido de resonados casos de defraudaciones que afectaron intereses particulares (o privados) múltiples.

Para el público argentino el más conocido, quizás el único, sea el de Madoff en Nueva York, pero existen muchísimos más procesos concursales/criminales por fraudes de nivel nacional, algunos incluso que involucran a abogados como los perpetradores del fraude, como el caso de Marc Dreier (también en Nueva York) o el de Scott Rothstein (en Florida), o los casos de Adelpia/Rigas (fraude con títulos valores en Pennsylvania), el Petters/Lancelot (fraude Ponzi en Minnesota), y otros de menor alcance[5].

Entonces, hay dos intereses en juego igualmente de importantes que un Estado de Derecho debe satisfacer. Por un lado, el fraude es un delito, y el derecho penal debe ocuparse que el responsable sufra las consecuencias del mismo porque la vindicta pública así lo exige. Pero por el otro, el fraude es un medio despreciable para generar pasivos, y si el deudor de tales pasivos gestados merced a su obrar fraudulento no puede hacer frente a los mismos (va de suyo que no lo hará), entonces el derecho concursal debe proveer las herramientas para que se proceda a la liquidación de los muchos o pocos (generalmente pocos) activos falenciales del deudor y a la distribución del producido entre las muchas o pocas (generalmente muchas) víctimas (ahora llamados acreedores falenciales) de dicho defraudador.

¿Pero qué pasa si algunos aspectos del régimen criminal se orientan a la aprehensión de activos del defraudador (vgr. el decomiso, cautelar o definitivo) o, peor aún, a la distribución

de los mismos a las víctimas del delito, de modo diferente -o más aún, en confrontación con el régimen concursal?

Así, al menos en la experiencia norteamericana, en las últimas décadas se ha visto una proactividad de los tribunales penales en favor de los derechos de las víctimas y, en tal sentido, órdenes de restitución de bienes y/o fondos a su favor han devenido materia común en sentencias penales.

Y obviamente que asociada a la restitución de bienes a las víctimas viene el instituto de la "Forfeiture" (cuya traducción literal sería la pérdida de tales bienes, y se asemeja notablemente a nuestro instituto del decomiso -cautelares o definitivo- (art. 23 CPenal), cuando no a la extinción de dominio que se intenta afanosamente incluir en nuestra legislación).

Comenzamos explicando que el forfeiture, como herramienta propia del derecho penal, se remonta varios siglos atrás en la historia de la disciplina y hunde sus raíces profundamente en la lucha contra la piratería. Así, sólo arrestar a los piratas, pero devolver el barco a su dueño era una certeza que una nueva tripulación de piratas (contratada probablemente por el mismo dueño del barco) habría de usar ese mismo activo principal para continuar con nuevas y análogas conductas delictivas. Así las cosas, para que los dueños de los barcos continuaran dedicándose a actividades criminales, las leyes de Almirantazgo completaron la punición penal de los piratas con el decomiso (forfeiture) del barco[6].

Ya pasando a tiempos actuales, el forfeiture en Estados Unidos de Norteamérica le permite al Estado hacerse forzadamente de activos involucrados en y/o que facilitaron y/o provenientes de una amplia gama de delitos (en sus orígenes narcotráfico y lavado de dinero, aunque en 2000 y 2006 en Congreso amplió notablemente el espectro de delitos federales alcanzados por este decomiso de activos, incluyendo muy variadas formas de fraude).

Y entonces ya tenemos los primeros componentes del potencial conflicto: si al forfeiture o decomiso se lo mancomunamos con la restitución y/o reparación a las víctimas, se da paso a un territorio mucho más complejo y peligroso, empezando desde un peldaño inicial de un problema de compasión discrecional del Juez penal en protección de la víctima inocente del perpetrador hasta un último eslabón consistente en mecanismos ordenados y equitativos de distribución de muchos millones de dólares mal habidos por el defraudador entre sus muchísimas víctimas o damnificados (según terminología autóctona).

Pero entonces entra en juego el posible escenario concursal/falencial.

¿Qué sucede si respecto de todos o parte de los activos de los cuales el delincuente fue desappropriado existe una masa de acreedores (muchos de ellos coincidentes con las "víctimas" o "damnificados" del accionar criminal del infractor, pero no sólo ellos, sino también otros acreedores y/o terceros de buena fe que tiene vocación de cobro de sus créditos y/o reclamos sobre los mismos activos) y, obviamente, el producido de la liquidación de tales activos se manifiesta como insuficiente para satisfacer íntegramente a la totalidad de los acreedores genuinos?

Allí es donde necesariamente entra en juego la disciplina concursal, sus principios rectores y sus reglas centenarias (y por tanto hartamente testeadas y equitativamente justas), tanto en su

faceta rehabilitatoria (concurso preventivo / Acuerdo Preventivo Extrajudicial) como liquidatoria (quiebra).

Principios tales como la universalidad activa/pasiva, la unicidad del proceso, la conservación de la empresa en crisis, el tratamiento igualitario de los acreedores, la “conveniencia para la continuación de las actividades del concursado” y la “protección de los intereses de los acreedores”, arg. art. 16 LCQ, el régimen de preferencias y/o privilegios en materia de satisfacción de créditos, la protección de la fuente de trabajo -consecuencia de la desquiciada reforma concursal del año 2011 por Ley N° 26.684[7]-, los procedimientos probados (aunque mejorables por cierto) de incautación, liquidación y distribución de activos, el concepto (algo arcaico) de ejecución colectiva, y, en términos generales, un sinnúmero de otros principios e institutos nacidos al calor de la justicia distributiva distintiva del Derecho Concursal.

Frente a la casi segura insuficiencia patrimonial del delincuente o de las personas humanas y/o jurídicas afectadas por el obrar ilícito de aquel (en algunos supuestos podrían incluso llegar a ser negocios legítimos pero afectados por el obrar ilícito en razón de haber sido creados, sostenidos y/o ampliados con recursos provenientes del delito), y en caso de existencia de una multiplicidad de acreedores, víctimas y/o damnificados, la necesidad de un procedimiento universal/concursal se hace ineludible, con todo lo que al mismo viene asociado: amplias facultades jurisdiccionales sobre el patrimonio activo del deudor, sin importar donde estén ubicados los bienes y/o quien materialmente detente los mismos; la administración vigilada y/o controlada de dicho patrimonio (arts. 15, 16 y 17 LCQ) y/o el desapoderamiento del mismo (art. 106 y sigtes. LCQ); el procedimiento tasado para obtener reconocimiento de los créditos concursales (arts. 16, 21, 32, 56, 200, 202 y cctes. LCQ), la legitimación activa del Síndico en reemplazo del deudor insolvente para realizar cuantas acciones no concursales sean necesarias para recomponer el activo falencial; el amplio espectro de acciones de recomposición patrimonial típicamente concursales (arts. 118, 119, 161, 173 y cctes. LCQ) y, a la postre, todo el aparato concursal de incautación, liquidación y distribución de activos falenciales entre acreedores genuinos respetando el orden de preferencias y/o privilegios.

III. El decomiso penal y la incautación falencial [\[arriba\]](#)

No es menester insultar la inteligencia del lector, y de paso aburrirlo, haciendo mención de las ostensibles diferencias que existen entre el derecho criminal o penal y el derecho concursal.

A las obvias finalidades que los diferencian a uno y a otro, y por ende a los intereses tutelados por uno y otros ordenamientos legales, se pueden destacar diferencias de método, de principios, de operadores, de jurisdicción, en síntesis, de casi todo[8].

Obvio que estas inocultables diferencias no pueden acallar las muchas intersecciones que existen entre el ordenamiento penal y el concursal. Y no nos referimos sólo a las obvias, por ejemplo aquellas que emanan de normas legales expresas[9], sino también de otras tantas que han merecido la preocupación de la doctrina[10].

Pero a los fines del presente trabajo queremos detenernos es DOS (2) institutos diferentes, el uno del derecho penal y el otro del concursal, que versan sobre

Nos referimos, claro está, al DECOMISO regulado en el art. 23 del Código Penal (texto según Ley N° 25.815 del año 2003)[11], por un lado, y a la incautación, conservación y administración de los bienes del fallido (art. 177 y sigtes. LCQ) para su ulterior “Liquidación y distribución” (arts. 203 y sigtes LCQ).

Así, el “comiso” o “decomiso” proveniente del derecho penal es una pena accesoria[12], o consecuencia accesoria de la condena[13], que tiene como razón impedir la reutilización de los objetos que los que el delincuente se ha valido para cometer el delito o que han sido provecho de él[14].

Desde nuestra confesa ignorancia del derecho penal, lo primero que queremos distinguir es el decomiso (art. 23 CP) del mero secuestro de bienes vinculados a la investigación de un delito, por ejemplo, en el curso de un allanamiento.

El decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, salvo lo que apuntaremos más abajo, está asociado a un pronunciamiento condenatorio firme (“En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales...”, art. 23 CP primer párrafo).

El art. 23 del Código Penal impone a los magistrados la obligación de proceder al decomiso no solo de las cosas que han servido para cometer el hecho delictivo sino también de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho de ese delito -en el caso, respecto de los bienes de quien fue condenado por el delito de ofrecimiento de dádivas en perjuicio de la Administración Pública-, ello en orden a excluir la posibilidad de que de un delito castigado por el Estado resulte un remanente de lucro para el delincuente[15].

Y en cuanto a la tésis del decomiso, el fallo citado explica que: en los delitos de corrupción -en el caso, ofrecimiento de dádivas- el decomiso cumple una función reparatoria del daño social causado, por lo que resulta importante otorgarle un sentido de restauración de la justicia y restablecimiento del equilibrio perdido, destinado a recuperar para la comunidad los activos obtenidos o utilizados en la comisión de delitos socialmente dañosos[16].

Las sumas decomisadas, producto de delitos vinculados con el abuso de posiciones de poder público -en el caso, ofrecimiento de dádivas en perjuicio de la Administración Pública- deben ser destinadas en beneficio de instituciones reconocidas como de bien público, pues esa solución llevaría a paliar, siquiera parcialmente, el impacto social que ese tipo de delitos produce y es la solución acorde a lo previsto por el art. 522 del Código Procesal Penal y a la función reintegradora y reparatoria que corresponde otorgarle al decomiso[17].

Entonces, el “afectado” por el decomiso serán no sólo el “autor o los partícipes” condenados penalmente sino también sus mandantes (cuando aquellos hubieran actuado como mandatarios de estos) y/o las personas de existencias ideal (hoy personas jurídicas según terminología impuesta por el Código Civil y Comercial) respecto de las cuales los condenados hubieran actuado como “órganos, miembros o administradores”, siempre y cuando estos entes ideales y/o los mandantes hubieren obtenido provecho del delito.

Si bien las expresiones “órganos”, “miembros” o “administradores” no son completamente felices, desde el derecho concursal -y obviamente “parados sobre los hombros” del derecho

societario- puede concluirse que la expresión “órganos” hace referencia a los órganos de administración, gobierno y fiscalización interna del ente, la de “miembros” necesariamente apunta a los integrantes de los órganos internos recién mencionados (vgr. directores, gerentes, socios, asociados, etc.) para, finalmente, la expresión “administradores”, de modo algo redundante por cierto, ha de referir a los integrantes del órgano de administración del ente, claro está, pero no sólo a ellos, sino también a quienes sin serlo formalmente, administran efectivamente el ente (“administradores de hecho”)[18] o le forman la voluntad social (controlantes indirectos e incluso controlantes externos -conf. Art. 33 in fine LGS).

Está claro que cualquiera que hubiera obtenido lucros indebidos de la comisión del delito puede (y debe) verse alcanzado por el decomiso. El Estado no puede tolerar una solución diferente.

Y el “beneficiario” de tal decomiso de tales bienes (que para empezar a trazar la yuxtaposición de esferas criminal y falencial que constituye la esencia de este trabajo podemos denominar también “activos”) es “el Estado nacional, de las provincias o de los municipios”, aunque ciertamente dejando la norma bajo análisis (art. 23 CP primer párrafo in fine) a salvo “los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.

Indudablemente que frente a un escenario concursal (y mucho más frente a uno liquidatorio) del “autor” o “partícipe” del delito que conlleva la accesoria de decomiso, como así también en caso que el insolvente declarado judicialmente fuera el mandante o la persona jurídica contra los que el tercer párrafo del art. 23 CP hace pasibles del comiso, entonces la masa concursal pasiva queda comprendida en la descripción de “damnificado” y de “tercero” cuyos derechos deben ser protegidos y preservados frente al decomiso de activos que conforman la masa concursal.

No tiene ningún sentido que existiendo una masa concursal pasiva cuyos derechos creditorios dependan de la realización de uno o más activos falenciales, si esos bienes fueran objeto de decomiso, se intente beneficiar con tales bienes (o su producido) al Estado (sea el nacional, el provincial o el municipal), sin agotar primero el régimen concursal de realización y liquidación de tales activos para la satisfacción de los derechos de los acreedores falenciales genuinos (verificados y/o declarados admisibles) y con respeto al orden del preferencias y privilegios que constituyen la quintaesencia del sistema concursal.

Los acreedores concursales verificados y/o declarados admisibles, como así también aquellos otros acreedores genuinos que emanan de un procesos concursal (por ejemplo, pero sin pretender ser exhaustivo, los acreedores laborales con derecho al pronto pago, arts. 16 y 183 LCQ, los acreedores del concurso o provenientes de los denominados “gastos de conservación y de justicia, art. 240 LCQ, entre otros) califican como “tercero” (las más de las veces con el vocablo “damnificado”) que la norma penal deja a salvo del decomiso.

Y esta protección del “tercero” o “damnificado” el art. 23 C Penal no lo hace sólo una vez (parte final del primer párrafo bajo análisis), sino tres veces. Una en el párrafo inmediato siguiente[19] y una vez más al final.

Por ello, los bienes sujetos a decomiso penal, de existir un proceso concursal coexistente que tenga esos mismos bienes como parte del activo sujeto a incautación, liquidación y distribución, deberán primero sujetarse al sistema concursal propiamente dicho y a la iuris

dictio del Juez concursal y solamente en caso que existiere “saldo” en los términos del art. 228 LCQ, entonces el mismo, el lugar de entregársele al deudor como indica dicha norma, le sea entregado al Estado nacional, provincial o municipal por imperio del decomiso penal.

Dicho de otro modo, ante la coexistencia de ambos procesos y jueces, el Juez penal no podría disponer la entrega de tales activos decomisados al Estado (cuando tuviere valor de uso o cultural para el mismo) ni mucho menos su enajenación cuando aun no teniendo valor de uso para el estado tuviera valor comercial. Tal dación de uso y/o enajenación por el Juez penal ha de ceder frente a los deberes y potestades del Juez concursal para llevar adelante la liquidación de esos activos y la distribución de su producido entre los acreedores concursales genuinos.

Así, somos de la opinión que aun cuando la jurisprudencia penal haya establecido que las reglas establecidas para el decomiso integran un cuerpo de normas sustantivas, cuya aplicación resulta imperativa para los Jueces Penales en virtud de lo dispuesto por el art. 23 del Código Penal[20], ello no debería impedir que esta regla general ceda frente a la situación excepcional descrita (coexistencia de un proceso concursal que afecte los mismos bienes/activos decomisados), dándole entonces preeminencia del sistema liquidatorio concursal, lo que conlleva necesariamente -siempre que se comulgue con nuestra visión- a la coordinación y colaboración entre los jueces penales y concursales.

Se nos ocurre que en el único supuesto que podrá haber una preeminencia del Juez Penal sobre el Juez concursal sobre el destino de los bienes decomisados es cuando ellos califiquen también como bienes invendibles en los términos del art. 214 LCQ, en cuyo caso podrá ser el Juez Penal quien disponga el destino de los mismos, y siempre con la debida intervención del Síndico concursal.

IV. ¿Y con el decomiso cautelar...? [\[arriba\]](#)

Los dos últimos párrafos del art. 23 CP nos traen una subespecie diferente de decomiso, pues no se trata ya de una accesoria de una condena penal firme, sino de una decisión cautelar previa a la misma.

Se habilita allí al Juez penal a adoptar “desde el inicio de las actuaciones judiciales” “las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer”.

Va de suyo que tales medidas cautelares podrían adoptar muchas formas, pero se nos ocurre que la más común es la inhibición general de bienes, pero en caso de medioambiente o escenario concursal del afectado por esta cautelar penal, tal disposición cautelar hecha por el Juez penal para asegurar un potencial decomiso futuro, de no transitarse por la vía de la cooperación y coordinación de procesos penales y concursales que postulamos en este trabajo, podría entrar en conflicto con el propósito y alcance de la inhibición general de bienes concursal (arts. 14 inc. 7º y 88 inc. 2º, LCQ) como así también sobre el régimen de actuación vigilada y/o controlada del concursado preventivamente (arts. 15, 16 y 17 LCQ),

sobre el trámite de continuación de la explotación de la empresa en quiebra (arts. 189 y sigtes. LCQ) e incluso sobre el sistema mismo de realización de bienes/activos falenciales.

El último párrafo del art. 23 CP refiere también a otras medidas cautelares que podría el Juez penal dictar “destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes”. Una vez más, si existiera simultáneamente en curso un proceso concursal (preventivo o liquidatorio) cuyos activos estuvieran alcanzados por tales medidas cautelares penales (tanto como si lo fueran por un decomiso definitivo y un comiso cautelar), ha de resultar ineludible la coordinación y cooperación entre ambos Magistrados al frente de los sendos procesos criminal y concursal.

A tal fin, el legislador penal le ha dejado claramente señalado el camino al Juez Penal al concluir diciendo, en la parte final del último párrafo de la norma bajo análisis, que “En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.

Entonces, si se compartiera la preeminencia del Juez concursal que postulamos en el apartado precedente aún en caso de decomiso definitivo dictado por el Juez penal como accesoria de una pena, tal preeminencia resulta aún más ostensible frente a un decomiso cautelar.

Aunque obviamente ambos Magistrados deberán cooperar entre sí y coordinar los respectivos procedimientos que presiden cada uno de ellos, si un decomiso penal definitivo debe hacerse respetando los derechos de los acreedores concursales (“damnificados o terceros” en el lenguaje del art. 23 CP), claramente un decomiso cautelar no puede impedir ni alterar el régimen concursal cuando este último se refiere a la administración, liquidación y distribución de bienes (activos) concursales.

V. El decomiso (definitivo o cautelar) vinculado a delitos de lavado de dinero [\[arriba\]](#)

Y ya con el desparpajo de quien, por su ignorancia supina del derecho penal y procesal penal, se siente tentado a seguir sumando nuevos interrogantes a la cuestión bajo análisis, no podemos dejar de mencionar que, en el año 2011, la Ley N° 26.683, a través de su art. 4°, incorporó un título completamente novedoso al Código Penal, concretamente el Título XIII, destinado a regular la punición de los delitos contra el orden económico y financiero.

Y el art. 305 del C. Penal (incorporado por el art. 5° de la Ley N° 26.683) vuelve a reafirmar entonces la potestad del Juez penal de dictar decomisos cautelares y definitivos, que si bien no son ontológicamente diferentes a aquellos previamente regulados en el art. 23 del mismo cuerpo legal, tienen algunas características propias.

Así, el primer párrafo del citado art. 305 ratifica que: “El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes”.

Pero eso no es todo, el segundo párrafo consagra un primer antecedente de decomiso definitivo que no es una pena accesoria ni una consecuencia accesoria de la condena penal, sino que se puede dictar sin necesidad de tal condena, “cuando se hubiere podido comprobar

la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiese ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes”.

Y manteniendo una terminología que nos parece notoriamente insuficiente frente al escenario falencial de yuxtaposición de actuaciones judiciales que venimos desarrollando, remata la norma bajo estudio que:

1) “Los activos que fueren decomisados serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado”, sin establecer algo que nos parece obvio, cual es que las “víctimas” deberán ser reparadas prioritaria y/o preferentemente por sobre la “sociedad” y/o el “Estado”, debiendo recurrirse -en su caso, al régimen de privilegios y/o preferencias previsto en la Ley de Concursos y Quiebras (o incluso, en su defecto, en el Código Civil y Comercial);

2) Que, aunque se explicita que “Sólo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico”, si de este “destino específico” resultare un connatural deterioro y depreciación de los bienes decomisados, una vez más deberá contemplarse prioritariamente la situación de las “víctimas”, máxime si las mismas conforman una masa falencial pasiva que espera ser atendida conforme las reglas de la LCQ; y

3) Que la previsión final de la norma que apunta a que “Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario” palmariamente está incluyendo el escenario concursal dentro del elenco de acciones de restitución, aunque una mejorada técnica legislativa supondría una referencia expresa y no simplemente sutil.

VI. Sobre llovido mojado: la extinción de dominio de bienes vinculados a la criminalidad compleja [\[arriba\]](#)

Los inconvenientes y desajustes que hemos apuntado en párrafos precedentes como consecuencia de la posible yuxtaposición y/o solapamiento de la figura del decomiso penal (definitivo o cautelar) con el régimen de incautación, liquidación y distribución concursal pueden reeditarse, e incluso agravarse, de sancionarse finalmente -como todos los ciudadanos del bien esperamos- una ley que contemple la denominada “extinción de dominio”.

Si bien existen varios proyectos sobre la especie, centraremos nuestro análisis en el proyecto legislativo aprobado en Cámara de Diputados en el año 2016.

Dice aquel en su Artículo 1 -Objeto. La presente ley tiene por objeto regular la acción y el proceso de extinción de dominio, así como establecer los mecanismos de administración y destino de los bienes, efectos e instrumentos que se hayan utilizado o provengan de delitos relativos al narcotráfico, la trata de personas, y la corrupción.

Y en lo aquí interesa, el artículo 2 de la norma proyectada nos aporta como definición que: Se entiende por extinción de dominio la pérdida del derecho patrimonial sobre un bien a favor

del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el titular o beneficiario real, y sin necesidad de condena penal.

Por ende, si bien tiene en común con la figura del decomiso penal que el “beneficiario” es el Estado, difiere de aquel en que no es una accesoria de una condena penal sino que no requiere de la misma, aunque sí -claro está- un pronunciamiento firme del Juez no penal que decrete o disponga la tal extinción de dominio.

La extinción de dominio es un instituto jurídico dirigido contra los bienes de origen o destinación ilícita. Es un instrumento de política criminal que siguiendo el modelo de otras legislaciones comparadas (esencialmente derivaciones de la Ley Rico de Estados Unidos[21]), se la pretende como respuesta eficaz contra el crimen organizado; su núcleo radica en la persecución de toda clase de activos que integren la riqueza derivada de la actividad criminal.

La extinción de dominio, si bien se trata de una consecuencia jurídico-patrimonial de actividades ilícitas, no es conferida a los jueces represivos sino que se trata de un proceso no penal que habría de concluir en una sentencia de autoridad judicial “civil” no represiva consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes habidos como consecuencia de actividades ilícitas penales.

La República Argentina no cuenta con una ley de extinción de dominio, a pesar de ser signataria de múltiples tratados y convenciones internacionales que nos obligan a hacerlo, v. gr.: la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Ley N° 24072), la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley N° 24759), la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y protocolos complementarios (Ley N° 25632), la Convención Interamericana contra el Terrorismo (Ley N° 26023) y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Ley N° 26024).

Y por ello, a no dudarlo, opinamos favorablemente a la efectiva sanción y vigencia de una ley de extinción de dominio pero, para evitar los inconvenientes y desajustes que el decomiso penal puede producir frente a un medioambiente concursal/falencial del afectado, la regulación no debe perder de vista los derechos de los acreedores concursales genuinos del potencial alcanzado por la extinción de dominio cuando, precisamente, los activos cuya titularidad se pretenda que pasen al estado sin contraprestación alguna, constituyen también el activo falencial sobre los que tales acreedores buscan ver satisfechos sus créditos.

Toda la deferencia hacia los deberes y facultades del Juez concursal como así también el respeto del régimen de incautación, liquidación y distribución de bienes previsto en la LCQ al que hemos hecho referencia en el presente trabajo debe tenérselo también en cuenta en la redacción y futura vigencia de una ley de extinción de dominio.

Referencias algo vagas como “la protección del adquirente de buena fe a cualquier título” o “cuando se acreditan los derechos de propiedad sobre los mismos de un tercero de buena fe” (art. 9 proyectado) o la algo tautológica reafirmación del debido proceso (art. 11 proyectado), no parecen cubrir adecuadamente las hipótesis de yuxtaposición de una acción autónoma de extinción de dominio con un proceso concursal coexistente.

Así, si bien el citado artículo 11 proyectado afirma genéricamente que “debe garantizarse el debido proceso y el derecho de defensa”, en lo concreto dice que se permite “a la persona que puede resultar afectada, presentar pruebas, intervenir en el proceso, y oponerse a las pretensiones que se están haciendo valer en contra de los bienes”.

La expresión “persona que puede resultar afectada” ¿incluye a los acreedores concursales con vocación sobre los activos cuya extinción de dominio se pretende?

La respuesta se impone afirmativa.

¿Y al síndico falencial?

Una vez más la respuesta debe ser un rotundo sí.

Pero tiene sentido que en sede extraconcursal el Síndico y/o los acreedores concursales deban intentar preservar activos falenciales y no que tal debate deba producirse dentro del proceso falencial y ante el Juez del concurso?

Un indicio de la preeminencia del Juez concursal por sobre el juez interviniente en una acción autónoma de extinción de dominio podría ser el proyectado art. 13 “Prioridad de cobro de acciones civiles. Las acciones civiles por el mismo hecho llevadas adelante con miras a obtener resarcimiento o reparación por daños, tienen prioridad de cobro frente al Estado”.

Por último, si bien la ley proyectada regula el régimen de administración de los bienes y los recursos recuperados mediante la aplicación de la misma, una vez más tal régimen de administración y liquidación de estos activos no podría desplegarse ignorando los deberes y facultades del Juez falencial cuando de lo que se trata es de administrar, liquidar y distribuir el producido de activos integrantes de la masa concursal.

No sería razonable agotar el tratamiento de este particular tópico sin hacer alguna referencia al frustrado intento del Poder Ejecutivo Nacional de implementar el denominado “Régimen procesal de la acción civil de extinción de dominio”, a través del Decreto de necesidad y urgencia N° 62 de comienzo de 2019.

Más allá de la peculiaridad (por decir lo mínimo) contenida en el art. 3° del DNU, en punto a que incorpora como una nueva excepción al devaluadísimo -casi inexistente- fuero de atracción que nos dejó la reforma concursal de 2006, a “Los procesos de extinción de dominio”, como proyectado inciso 4 del artículo 21 de la LCQ, lo cierto es que en el Anexo 1 del referido DNU, continente de la regulación de la extinción de dominio, también se advierte una aterradora omisión de toda hipótesis de conflicto entre la acción civil de extinción de dominio allí regulada y la existencia de un más que probable proceso concursal (preventivo y/o liquidatorio) que involucre uno o más bienes y/o derechos alcanzados simultáneamente por ambos procesos. La mera no atracción concursal, por cierto, no brinda ningún confort al autor de este trabajo, bien por el contrario.

Para no ensañarnos con la crítica nos limitaremos a decir que la única referencia, muy menuda por cierto, a la protección de los intereses concursales por los que debe velar el Juez del concurso (como así también el Síndico concursal), puede apenas leerse “entre líneas” (y poniendo extrema buena voluntad), en el art. 14 del Anexo 1 del DNU que, al regular -nada

más ni nada menos que la “Disposición anticipada” de los bienes afectados a la acción de extinción de dominio-, indica que el juez, previo a resolver, “deberá escuchar a quienes invoquen derechos reales o personales sobre aquellos bienes...”.

¿Escuchar? ¿Quiénes invoquen derechos reales o personales?

Si existe un proceso concursal paralelo al de extinción de dominio, previo a cualquier tipo de disposición anticipada, sea definitiva y/o de mero uso de los bienes objeto de la acción civil de extinción de dominio, el Juez interviniente debería comunicarlo al Juez concursal permitiendo así la intervención plena de todos los actores del proceso concursal, no sólo el propio Juez del concurso como director del proceso falencial y/o preventivo, sino también del Síndico concursal, del Comité de Control y, en general, de todos los acreedores concursales.

VII. Acuerdos y/o protocolos de cooperación entre jueces penales y concursales [\[arriba\]](#)

Como ha quedado dicho, la experiencia norteamericana es notablemente más rica en la especie.

Nos llevan muchos años de ventaja en materia de intersección y/o yuxtaposición de procesos penales y concursales, no sólo por la propia experiencia en los tribunales sino también por las tendencias jurisprudenciales y doctrinarias que se han consolidado a partir de aquellas.

Destacamos además otros tres trabajos que hemos seguido sobre el particular, en adición al ya citado supra, que remarcan no sólo la tensión entre los principios y procedimientos penales y concursales cuando convergen sobre un mismo sujeto y/o su patrimonio, sino que ilustran sobre la frustración de las expectativas y derechos de acreedores concursales cuando interactúan con decomisos penales[22], o avanzan proponiendo soluciones concursales para que los acreedores (o el Síndico) puedan hacer valer sus derechos frente a activos desapropiados al insolvente por efecto de procesos penales, basándose para ello en la experiencia ocurrida en el caso Rothstein (Florida)[23], hasta llegar a la postulación misma (por un Juez concursal) de acuerdos o protocolos de colaboración entre el Juez Penal (o el Ministerio Público Fiscal) y el Juez Concursal[24].

En este último trabajo el autor plantea el escenario que tiene lugar cuando un fraude piramidal o Esquema Ponzi colapsa, señalando que usualmente, lo que ocurre en paralelo es lo siguiente:

1. El Departamento de Justicia (en adelante “DJ”) -en nuestro caso el Ministerio Público Fiscal- solicita al Juez Penal el decomiso de los bienes; y
2. Se inicia un proceso de quiebra.

En algunos casos, si se involucra en el fraude la utilización de títulos valores con cotización pública, se genera una tercera vía de acción pues la Securities and Exchange Commission (en adelante “SEC”, equivalente a nuestra Comisión Nacional de Valores) inicia un reclamo civil.

Todos los procedimientos antes descritos buscan, de uno u otro modo, la reparación a las víctimas del fraude, pero aquellos procedimientos son obviamente diferentes y, hasta en algunos casos, contradictorios entre sí.

Resolver los conflictos entre estos dos procedimientos paralelos o yuxtapuestos (penal y concursal), más aún si existe un tercero promovido por la SEC, en el marco de una alta litigiosidad entre ellos puede llegar a ser oneroso y lento, lo que -obviamente- atenta contra la eficiencia en la realización de activos y el proveer la máxima satisfacción y/o compensación a las víctimas.

Reconociendo esta problemática, el DJ y los síndicos intervinientes en las quiebras a menudo negocian acuerdos de coordinación a los fines de dividir y asignar responsabilidades para recuperar los activos y distribuir el resultante de su venta a las víctimas del fraude, a la sazón acreedores concurrentes en los procesos liquidatorios.

Así, sintetiza el autor los tres procedimientos que compiten entre sí (y el ideal sería que se coordinen entre sí) para proveer satisfacción a las víctimas/acreedores:

1. El DJ inicia el proceso de decomiso de los bienes utilizados por el criminal a los efectos de cometer el fraude. Luego el DJ compensa a las víctimas ya sea por el proceso de la Remission (por el que se distribuyen directamente los activos decomisados a las víctimas) o el de Restoration (en el que se usan los bienes en satisfacción de las víctimas). Estos procesos son enteramente llevados a cabo por el DJ y bajo total discreción del Fiscal General (Ministerio Público Fiscal).
2. Al mismo tiempo la SEC puede iniciar una acción civil. En ese caso el Tribunal interviniente puede designar un depositario (Receiver) quien administra los bienes en beneficio de las víctimas.
3. Finalmente, el perpetrador del fraude puede también enfrentar el procedimiento de quiebra (a su propio pedido, o bien a pedido de los acreedores -víctimas- o bien a pedido del Receiver). En todos los casos, los bienes del perpetrador pasan a ser propiedad de la quiebra (salvo en el caso excepcional de la aplicación de la doctrina denominada "Relation Back" en la que la propiedad de los bienes decomisados por el gobierno al momento de la comisión del delito no pasa jamás a ser propiedad de una posterior quiebra). El propio texto legal penal prevé la prioridad del decomiso penal por sobre las reglas de prioridad de la ley concursal.

Los conflictos entre los procesos de decomiso y quiebra son llevados a cabo ante diferentes cortes, con diferentes jueces y con normativa distinta.

Ambos apuntan a localizar los bienes, liquidarlos y distribuir el producido en favor de las víctimas. Sin embargo, existen significativas diferencias en cuanto a la forma en la que cada uno de esos pasos se llevan a cabo en cada una de las distintas cortes.

Dichas diferencias marcan ventajas y desventajas en cada uno de los distintos procesos.

Quienes prefieren el proceso de decomiso refieren, entre otras cosas, a que es más expeditivo y menos costoso, mientras que quienes defienden el procedimiento de quiebra, mencionan

que en la quiebra existe una revisión judicial de todo el proceso, que la distribución es a pro rata, que en la quiebra existen acciones contra transferencias fraudulentas, etc.

Lo que es innegable es que el procedimiento criminal en USA (al igual que en Argentina) tiene ciertas ventajas por sobre el procedimiento concursal (mayores potestades investigativas o inquisitorias, más fácil acceso a la información que el criminal intencionalmente quiere dejar oculta, la posibilidad de llegar a acuerdos de cooperación con el propio criminal a cambio de información, etc.) pero este último tiene también innegables ventajas sobre aquel (procedimientos preestablecidos de reconocimiento del universo de sujetos afectados por la insolvencia del defraudador, acciones de recomposición del patrimonio en crisis, regímenes meticulosos de preferencias y/o privilegios, etc.).

De lo que se trata es de aprovechar las fortalezas de uno y otro de modo sinérgico, evitando la confrontación entre ambos.

Allí es donde entran en juego los ejemplos de acuerdos de coordinación que se han presentado en algunos de los más sonados precedentes de casos paralelos concursales/penales.

En casos recientes de esquemas Ponzi en los Estados Unidos, el DJ y los síndicos de la quiebra han llegado a acuerdos de coordinación y/o colaboración, los que reconocen que la coordinación de procedimientos paralelos son la mejor alternativa a los fines de lograr eficiencia en la tarea común de recuperar activos y distribuir su producido entre las víctimas/acreedores.

Sin perjuicio de lo anterior, la flexibilidad de los acuerdos coordinados, pueden ocasionar costos importantes en los procedimientos.

En primer lugar, porque los honorarios del síndico por la negociación del acuerdo tienen prioridad de pago y ello puede reducir la distribución de fondos a las víctimas. En segundo lugar, porque el tiempo incurrido en la negociación del acuerdo puede hacer incurrir al síndico en demoras en localizar y liquidar los bienes, lo que podrían perder valor en virtud de su depreciación.

Pese a ello, señala el autor que no hay dudas que siempre será mejor un acuerdo de coordinación que dejar que los procesos actúen independientemente y/o confrontando entre ellos.

Un caso paradigmático sobre esta última situación (confrontación entre procesos) es el caso “Scott Rothstein Ponzi Case”, en el que el DJ y el síndico falencial no alcanzaron un acuerdo de coordinación entre ambos procedimientos penal y concursal, lo que derivó en tuvieron que litigar durante mucho tiempo y a altos costos para discernir sobre quien debía liquidar los activos, con el consiguiente perjuicio para la masa de víctimas/acreedores.

En las antípodas, un ejemplo de coordinación es el caso “Marc Drier Ponzi Case” en donde los dos síndicos de la quiebra (uno de la quiebra personal del perpetrador y otro el síndico del Estudio Jurídico que conformaba defraudador) y el DJ llegaron a un acuerdo de coordinación y fue presentado tanto ante el juez criminal como el de la quiebra para su aprobación.

El juez Rakoff (a cargo del juicio penal) sostuvo que los cuerpos legales criminales y de quiebras no pueden ser siempre reconciliados sin fricciones, pero que esas tensiones se superan con la coordinación y cooperación de todas las partes.

La consecuencia fue una serie de acuerdos entre el síndico de la quiebra de la empresa de Drier, el DJ y el síndico de la quiebra personal de Drier.

Pese a la oposición de ciertos acreedores, se consideró que los acuerdos de coordinación son lo mejor para los intereses de las víctimas.

Otros ejemplos de oportunidades en cuanto a la coordinación de los procedimientos de decomiso y quiebra tienen que ver con la identidad de las víctimas.

Muchas veces el juez criminal no conoce la identidad de todas ellas, lo que es usualmente más fácil en un proceso de quiebra a las resultas del procedimiento que en nuestro lenguaje vernáculo denominaríamos de verificación de créditos.

Esta información que maneja el juez de la quiebra puede ser de utilidad para que el juez criminal pueda notificar a todas las víctimas respecto al procedimiento de decomiso que está llevando a cabo.

Asimismo, el intercambio de información puede evitar que haya un doble recupero de activos por parte de acreedores que pudieron haber cobrado parte de sus créditos en el marco del proceso criminal, o viceversa.

VIII. Un atisbo de coordinación en un caso local [\[arriba\]](#)

Aunque de modo muy tímido, y en lo que promete ser un atisbo de las coordinaciones que necesariamente se han de verificar en la experiencia autóctona en materia de yuxtaposición de actuaciones de jueces penales y concursales sobre aspectos concurrentes de ambas jurisdicciones, podemos apuntar un primerísimo caso de acoplamiento ente los deberes y responsabilidades de un juez penal y lo de otro concursal.

Nos referimos a la situación dada entre un Juzgado Federal Criminal y Correccional y un Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial, ambos con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, en las sonadísimas causas “López, Cristóbal Manuel” y “Oil Combustibles S.A. s/quiebra”, respectivamente.

Así, mediante resolución interlocutoria de fecha 9.04.2018, el Juez Criminal y Correccional Federal N° 10[25], llamado a resolver sobre el levantamiento de una medida cautelar (inhibición general de bienes) por él dictada previamente, hubo de ponderar válidamente que respecto de muchos de los activos (en la especie participaciones accionarias -principalmente-) afectados por su medida cautelar, coexistían procesos concursales abiertos por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 5[26].

Así, en razonamiento que en términos generales compartimos (aunque merecería algunas precisiones), concluyó que no le cabía a él resolver el levantamiento de la cautelar sino que cabía deferir el mismo al Juez concursal, argumentando que “el proceso concursal reviste carácter universal y ejerce fuero de atracción, por lo que se concentra en un solo tribunal

todos los litigios que involucran el patrimonio de la concursada. Motivo por el cual, en los casos que lo requieran, entenderán en asuntos de naturaleza civil, comercial y laboral sea de jurisdicción ordinaria o federal-”.

Y aportando una de las precisiones que necesitaría el razonamiento del Magistrado federal, antes que la “naturaleza” civil, comercial y/o laboral, importa entender que la cuestión ha de tener “contenido” patrimonial respecto del deudor.

Aunque ello -justo es mencionarlo- está implícito en el razonamiento habido en la citada interlocutoria pues aun cuando se trata, obviamente, de una causa por ante la justicia represiva, en la especie se trataba de una “acción civil” y, por ende, de neto contenido patrimonial. Por lo que continúa expresando el Magistrado “... la pretensión del actor civil - AFIP- se halla directamente vinculada con el recupero de las sumas de dinero adeudadas por la firma Oil Combustibles y de los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del hecho aquí investigado, todo lo cual guarda íntima relación con su patrimonio” (el resaltado no está en el original).

Para luego concluir que no le correspondía a ese Juez Federal Criminal y Correccional disponer el levantamiento de la cautelar que él mismo había dictado, “en tanto que si bien este tribunal tuvo en miras el resguardo del crédito fiscal al dictar la inhibición general de bienes de la empresa Oil Combustibles SA y de las que componían en Grupo Indalo; una decisión en tal sentido -vinculada con el levantamiento de la medida en trato para determinada operación- puede colisionar con lo que el juez del concurso debe ponderar a la hora de evaluar la autorización para la ejecución de un acto prohibido o sujeto a revisión judicial para la concursada. Más aún cuando la misma norma ordena que para su otorgamiento, el magistrado analizará la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores”.

Y un párrafo final de la interlocutoria citada sintetiza las razones por las cuales nosotros también proponemos que el Juez penal, en caso de yuxtaposición de procesos con un Juez concursal, deba coordinar su actuación con este último y, en varios aspectos, dar preeminencia o deferencia a la *iuris dictio* del magistrado concursal: “Por lo tanto, sería el juez concursal quien tendría que analizar la cuestión traída a estudio, el cual procederá conforme el derecho especializado y en función de la cautelar dispuesta, la cual está orientada a la protección de la empresa y del patrimonio como garantía de los acreedores” (el resaltado no está en el original).

Esta primera resolución dictada en abril de 2018 por el Juez Federal Criminal y Correccional, que diera lugar a la posición denominada como “expectante” por parte del Juez penal frente a lo que hubiere de actuar su par concursal/falencial, dio paso más tarde a una sensata (aunque trabajosa) interacción entre uno y otro materializada, por ejemplo, en que como consecuencia de haberse dispuesto la liquidación de importantísimos activos industriales en la quiebra de Oil Combustibles S.A., el Juez concursal requirió a su par penal (ya por entonces el Tribunal Oral Federal N° 4), el levantamiento de la inhibición general de bienes dispuesto en el marco de la causa penal, lo que fuera finalmente así resuelto por el citado TOF 4.

A tal fin, expresamente el Juzgado falencial había encomendado a la Sindicatura concursal y delegado en ella la interacción con el TOF 4 para brindar las explicaciones que este último pudiera tener con carácter previo al levantamiento cautelar que se le había pedido, como así

también para, con posterioridad a la misma, compulsar la Sindicatura falencial las actuaciones criminales a fin de constatar el efectivo libramiento de los despachos tendientes a materializar el levantamiento de la inhibición general de bienes en procura de la pronta transferencia dominial de todos los bienes objeto de la liquidación y adjudicación oportunamente dispuestos por el Juez de la quiebra.

En las antípodas de esta colaboración e interacción que hasta aquí hemos descrito en el caso “López, Cristóbal Manuel” e “Oil Combustibles S.A.”, puede señalarse las dificultades que experimentan ambos jueces intervinientes en las causas “Blaksley Enrique Juan” y “Hope Funds S.A. s/Quiebra”[27], donde en sendas comunicaciones del mes de abril de 2019 ambos magistrados disputan autoridad sobre ciertos activos (en la especie bienes, efectos o dinero que una sociedad participada debe entregar a la fallida como accionista de aquella) afectados tanto al decomiso penal como a la liquidación falencial.

De la interacción entre Justicia Penal y Concursal queremos concluir este repaso con un antecedente muy significativo, casi insólito si se nos permite.

Tratábase de dirimir un conflicto positivo de competencia suscitado entre el Juez Comercial n° 8 y el Titular del Juzgado en lo Criminal de Instrucción n° 19, relativo a sumas dinerarias que el Juez concursal tenía como de propiedad de la fallida (Tours & Travel S.R.L.), que habían sido dadas en pago por sus clientes -aunque mediante el cobro tercerizado-, por lo que las mismas debían quedar afectadas -en principio- en la quiebra y en tutela de los intereses que fueran, en definitiva, allí reconocidos. En cambio, el Juzgado en lo Criminal de Instrucción n° 19, había embargado esos mismos fondos y los mantenía depositados en la causa “Rolandi, Marcelo Fabián y otro s/estafa”.

Llegada la cuestión al tribunal común entre ambos magistrados, esto es, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con remisión al dictamen del Sr. Procurador Fiscal, dispuso que correspondía, a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dirimir el conflicto de competencia.

Así las cosas, y a pesar que la Sra. Fiscal General ante la Cámara Comercial se expidió propiciando que debía atribuirse jurisdicción para entender en la cuestión al magistrado concursal, sorprendentemente la Sala A de la Cámara Comercial resolvió con fecha 29.12.2009[28], se hubo de dirimir el conflicto de competencia en favor del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 19, ponderando esencialmente que los fondos en cuestión no habían efectivamente ingresado al patrimonio de la empresa fallida ya que fueron puestos a disposición en el expediente penal por las firmas que recaudaron los pagos realizados por cada uno de los damnificados que habían contratado con la empresa en quiebra. Aún cuando discrepamos con el criterio alcanzado, hemos de señalar que refuerza su análisis la sala A sosteniendo que la causa por estafa constituía una cuestión prejudicial frente al juicio universal conforme el art. 1101 del Cód. Civil, y que la referida instrucción penal condicionaba la disponibilidad del capital dinerario hasta tanto se arribara a una solución sobre la cuestión de fondo que se pesquiza y, que por cierto guardaba estrecha relación con la falencia de la empresa Tours & Travel[29].

IX. Conclusión [\[arriba\]](#)

Una vez más, frente al escenario de procedimientos penales y concursales paralelos en que uno o más bienes (activos) alcanzados por un decomiso ordenado en sede penal conformaren también parte de la masa activa de un proceso concursal, deben maximizarse los esfuerzos de los Magistrados y de los funcionarios intervinientes para evitar confrontar con relación a los deberes y facultades.

La vía deseable será siempre la colaboración y/o coordinación entre tales procesos paralelos pues como muy bien demuestra la experiencia norteamericana, la competencia entre el procedimiento de decomiso penal y el de incautación, liquidación y distribución en quiebra, por ejemplo en el marco de la compensación de las víctimas de un esquema defraudatorio Ponzi, definitivamente no es lo mejor para los intereses de aquellas víctimas/acreedores.

Esta competencia o confrontación demora los procesos, agrava los costos de los mismos, reduce las posibilidades de recuperar los activos, y disminuye el producido de los mismos a distribuir entre las víctimas/acreedores.

La colaboración entre el Ministerio Público Fiscal y los síndicos de los procesos de quiebra para enfrentar este problema mediante acuerdos de coordinación es, en consecuencia, muy bienvenido, pues facilita a cada Magistrado interviniente el colaborar entre sí y coordinar sus respectivas tareas que las más de las veces supone conciliar rígidos parámetros legales que no siempre son fáciles de acomodar.

Adicionalmente, y sin perjuicio de reafirmar que cada Magistrado tiene la facultad y el deber de llevar adelante el proceso (penal o concursal) que cada uno de ellos preside, en caso que uno o más bienes (activos) alcanzados por un decomiso ordenado en sede penal conformaren también parte de la masa activa de un proceso concursal, ambos Magistrados deberían eludir la confrontación de sus propias iuris dictio evitando posiciones intransigentes con relación a los deberes y facultades de su colega.

Así, postulamos que ambos Magistrados deberán colaborar entre sí y coordinar sus respectivas tareas, en tanto que la ejecución misma del decomiso dispuesto en sede penal debe necesariamente conjugarse con las facultades y deberes del Juez falencial en lo atinente al régimen de liquidación de activos falenciales y su distribución entre los acreedores genuinos con el debido respeto del régimen de privilegios y preferencias previsto en la LCQ.

Javier Armando Lorente
jal@lorentelopez.com

Notas [\[arriba\]](#)

[1] TRUFFAT, E. Daniel, “El derecho concursal y las normas sobre activos mal habidos” libro en homenaje a los primeros diez años de la Ley de Concursos de la República Oriental del Uruguay; FAVIER DUBOIS, Eduardo y SPAGNOLO, Lucía, “Concurso preventivo de la empresa vs. Proceso penal contra los empresarios. Doce interrogantes sobre el “stare decisis”, ponencia presentada al X Congreso argentino de derecho concursal. Santa Fe. 2018. Ver

también sobre el particular sendos trabajos de nuestra autoría: LORENTE, Javier Armando, “Efectos de procesos concursales y penales paralelos sobre los activos que conforman la masa falencial y que son también susceptibles de decomiso en sede penal: Confrontación o coordinación”, y “Algo más en materia de coordinación entre procesos concursales y penales paralelos sobre los activos que conforman la masa falencial y que son también susceptibles de decomiso en sede penal” ponencias presentadas al X Congreso argentino de derecho concursal. Santa Fe. 2018.

[2] Tan rico en interrogantes y análisis sobre la superposición de la actuación de jueces criminales y falenciales como en caso Madoff, aunque con algo menos de glamour, tanto por la notoriedad pública del ofensor como de los afectados, como por el hecho de haberse tramitado en Miami y no en Nueva York, agregamos el precedente de Scott W. Rothstein, el abogado que luego de haberse declarado culpable de múltiples delitos vinculados a una estafa piramidal que involucró \$1.2 billones de dólares, en junio de 2010 fue sentenciado a 50 años de prisión por una Corte Federal en Fort Lauderdale, Florida. Posteriormente, en 2011, los Fiscales federales del caso presentaron mociones notificando a la Corte que pedirían una reducción de la sentencia dictada a Rothstein, en razón de haber colaborado con la investigación. Ello finalmente no ocurrió pues se comprobó por los Fiscales Federales que Rothstein había mentido y ocultado información en sus declaraciones convenidas con ellos.

[3] Comenzando por la interacción entre los magistrados intervinientes en las causas “López, Cristóbal Manuel y otros /defraudación contra la administración pública”, Causa N° 4943/2016, -inicialmente por ante el Juez Criminal y Correccional Federal N° 10 y luego por ante el Tribunal Oral federal N° 3-, por n lado, y por la otra la causa “Oil Combustibles S.A. s/quiebra”, expte. 19981/2016 en trámite por ante el Juzg. Nac. De Pra. Instancia en lo Comercial N° 5. Para seguir luego con la falta de interacción (casi confrontación) entre los magistrados intervinientes en las causas “Blaksley Enrique Juan y Otros s/Inf. Art. 303 del C.P.”, expte. 24.168/2014, en trámite por ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 1, por un lado, y por la otra la causa “Hope Funds S.A. s/Quiebra”, expte. N° 3995/2017 en trámite por ante el Juzg. Nac. De Pra. Instancia en lo Comercial N° 30. Y para anticipar lo que podrá ocurrir en los varios procesos concursales que se abrirán (en puridad se seguirán abriendo) respecto de las muchísimas empresas (casi todas ellas de la construcción y concesionarias viales) involucradas en las causas penales vulgarmente conocidas como “Cuadernos I” y “Cuadernos II”.

[4] GEBBIA, Karen M., Our Mini-Theme: The Intersection Between Fraud, Crime, Bankruptcy and Asset Forfeiture, Business Law Today, June 2012.

[5] El artículo que seguimos en el punto menciona por nombre y apellido a otros varios más a donde nos remitimos. Ver GEBBIA, Karen M., op. cit.

[6] DERY, Alice W., Overview of Asset Forfeiture, Business Law Today, June 2012.

[7] LORENTE, Javier Armando, Ley N° 26.684: Una trampa mortal para la eficiencia del sistema concursal, R.D.C.O. N° 252, Enero/Febrero 2012, págs. 1 a 40.

[8] Todo ello sin renegar del hecho que en sus remotos comienzos, la jurisdicción mercantil derivada del flamante Código de Comercio de la Provincia de Buenos Aires de 1859, que el 12 de setiembre de 1862 fue adoptado como Código de Comercio de la República, estuvo ligada a la jurisdicción criminal, ya que derogada la Alzada de Comercio, las resoluciones del Tribunal de Comercio (que seguía compuesto por comerciantes) serían apeladas ante la Sala del Crimen del Superior Tribunal de Justicia, si recién si su sentencia revocaba o alteraba la pronunciada por el Tribunal de Comercio, habría recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y su sentencia sería definitiva (Ley del 21 de octubre de 1857, R.O. págs. 156-157. Por ley del 8 de julio de 1859 los recursos se interpondrían anta las Salas de lo Civil y del Crimen del Superior Tribunal alternándose mensualmente (R.O. p.72).

[9] Por ejemplo el art. 233 LCQ cuando predica que “La clausura del procedimiento, por falta de activo, importa presunción de fraude. El juez debe comunicarla a la justicia en lo penal, para la instrucción del sumario pertinente”. O los arts. 176 a 180 del Código Penal cuando bajo el rótulo de “Quebrados y otros deudores punibles” contempla ciertas figuras típicas vinculadas con el fenómeno concursal.

[10] Entre muchísimos otros: TRUFFAT, Edgardo Daniel, La clausura por falta de activo: importa presunción de fraude?, LL 1989-C-1280. VALERGA ARÁOZ, Jorge - MARTORELL, Ernesto E, Problemática concursal - penal - La "clausura del procedimiento (la quiebra) por falta de activo" y su "presunción de fraude": ¿Posee algún efecto penal?, LL 1997-D, 1241. MALDE, Eduardo A. en: "Alcance de la presunción de fraude en torno a la calificación de conducta del fallido"; "Doctrina Societaria y Concursal", t. II, pág. 433. IGLESIAS, José A. y MEINCKE, Horacio, La aplicación de la ley penal más benigna en la calificación de conducta. Un nuevo enfoque, ED 127-750. Esta era también la opinión de la Fiscalía de Cámara, al menos hasta la sanción de la Ley N° 24.522. Entre otros: CNCom., sala D, 7-11-85, ED 121-173, citado por CONIL PAZ, Alberto A., ¿Ley penal más benigna?, LL 1996-C-744. PINTO, Hugo - MARTORELL, Ernesto E, Problemática concursal penal - ¿En qué consiste el "sometimiento a proceso penal" que permite mantener la inhabilitación del fallido (artículo 236, Ley N° 24.522)? LL 1997-E, 1347. Ver también nuestros trabajos “INHABILITACIÓN Y REHABILITACIÓN EN LA LEY CONCURSAL (Primera parte)” e “INHABILITACIÓN Y REHABILITACIÓN EN LA LEY CONCURSAL (Segunda parte)”, publicados en ED 175-81 y 175-689, respectivamente.

[11] Artículo 23: En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados. Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.

Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste.

Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá.

En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 142 bis o 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima.

El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión

del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

[12] NUÑEZ, "Derecho penal argentino", t. II, pág. 445; ZAFFARONI, "Manual de derecho penal", pág. 617; TERAN LOMAS, "Derecho, penal, Parte general", pág. 432, citados por Breglia Arias.

[13] SOLER, "Derecho penal argentino, Parte general", t. II, p. 401; GOMEZ, "Tratado de derecho penal", t. 1, pág. 603, citados también por Breglia Arias.

[14] BREGLIA ARIAS, Omar, El comiso en las reformas del Código Penal, DJ11/10/2006, 1 - LA LEY 13/10/2006, 13/10/2006, 3 - LA LEY2006-F, 870. Cita Online: AR/DOC/901/2006.

[15] CFCasacionPenal, SalaIV, 29/04/2016, "V., M. s/ recurso de casación", Rev. 18/05/2016, pág. 8 - LA LEY2016-C, 272 - Sup. Penal2016 (septiembre), 14 - LA LEY2016-E, 265 - DJ12/10/2016, 66 - Cita Online: AR/JUR/17638/2016.

[16] CFCasacionPenal, SalaIV, 29/04/2016, "V., M. s/ recurso de casación", Rev. 18/05/2016, pág. 8 - LA LEY2016-C, 272 - Sup. Penal2016 (septiembre), 14 - LA LEY2016-E, 265 - DJ12/10/2016, 66 - Cita Online: AR/JUR/17638/2016.

[17] CFCasacionPenal, SalaIV, 29/04/2016, "V., M. s/ recurso de casación", Rev. 18/05/2016, pág. 8 - LA LEY2016-C, 272 - Sup. Penal2016 (septiembre), 14 - LA LEY2016-E, 265 - DJ12/10/2016, 66 - Cita Online: AR/JUR/17638/2016.

[18] Si bien esta figura ha sido objeto de estudio y análisis, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, desde hace muchísimos años, parece útil recordar que recibió un espaldarazo normativo a comienzos del año 2017 cuando en el segundo párrafo del art. 52 de la Ley N° 27349 de APOYO AL CAPITAL EMPRENDEDOR, al regular las Sociedades por Acciones Simplificada (SAS), establece que: Las personas humanas que sin ser administradoras o representantes legales de una SAS o las personas jurídicas que intervinieren en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad incurrirán en las mismas responsabilidades aplicables a los administradores y su responsabilidad se extenderá a los actos en que no hubieren intervenido cuando su actuación administrativa fuere habitual.

[19] Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

[20] CFCasacionPenal, SalaIV, 29/04/2016, "V., M. s/ recurso de casación", Rev. 18/05/2016, pág. 8 - LA LEY2016-C, 272 - Sup. Penal2016 (septiembre), 14 - LA LEY2016-E, 265 - DJ12/10/2016, 66 - Cita Online: AR/JUR/17638/2016.

[21] Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act de 1970.

[22] KEVANE, Henry C., What Just Happened? How Asset Forfeiture Affects Bankruptcy Distributions, Business Law Today, June 2012.

[23] PHELPS, Kathy Bazoian, What Do You Do When de Feds Come For Your Assets? Third-Party Claims in Forfeiture Proceedings, Business Law Today, June 2012.

[24] Hon. Steven RHODES, Juez de Quiebras del Distrito Este de Michigan, Coordination Agreements in Parallel Forfeiture and Bankruptcy Proceedings, Business Law Today, June 2012.

[25] Causa N° 4943/2016, "López, Cristóbal Manuel y otros /defraudación contra la administración pública".

[26] No sólo el principal, "Oil Combustibles S.A. s/quiebra", sino también el concurso preventivo de ONCE (11) empresas controladas por aquella (en forma directa o indirecta), y también la quiebra del BANCO FINANSUR S.A.

[27] "Blaksley Enrique Juan y Otros s/Inf. Art. 303 del C.P.", expte. 24.168/2014, en trámite por ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 1, por un lado, y por la otra la causa "Hope Funds S.A. s/Quiebra", expte. N° 3995/2017 en trámite por ante el Juzg.

Nac. de Pra. Instancia en lo Comercial N° 30.

[28]Expte. 050001/2009, "TOURS & TRAVEL SRL S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE (TRANSFERENCIA DE FONDOS CAUTELADOS EN CAUSA PENAL)".

[29] Vale la pena señalar que, a la postre, y en razón del sobreseimiento habido en sede penal, los fondos embargados por el Juzgado penal fueron finalmente remitidos al Juez comercial y fueron entonces objeto de liquidación falencial.