

LA CRISIS DE EMPRESA Y LA NUEVA REGULACIÓN DE LA BANCARROTA CRIMINAL EN ESPAÑA

GONZALO QUINTERO OLIVARES
Universidad Pública de Tarragona “Rovira i Virgili”

SUMARIO: I. Introducción. II. La situación previa. III. La reforma de 2015. IV. El nuevo delito de bancarrota. V. Las cualificaciones del delito. VI. Los delitos anexos. VII. El problema de la persecución de los delitos “relacionados”.

PALABRAS CLAVE: Insolvencia – quiebra fraudulenta – quiebra culpable – alzamiento de bienes – ley penal en blanco, derecho concursal.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva figura de delito de quiebra o bancarrota, introducida por la Reforma de 2015 en el CP español tiene sus más cercanos antecedentes en el Anteproyecto de Reforma del CP de 2007. La diferencia fundamental con la configuración legal anterior se centra en el cambio radical de planteamiento en torno al eje de las conductas injustas, pues a partir de ahora se pone el acento en la necesidad de tipificar supuestos de “realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico”. Se centra la valoración penal de la conducta en la actuación inadecuada del empresario comerciante, en lugar de situar la base del tipo en la imprecisa idea de “causación dolosa” de la situación de insolvencia, que es el criterio que seguía el CP español hasta el 30 de marzo de 2015, y que procede del CP de 1995.

Veamos, no obstante, la situación de la que partíamos, para comprender la necesidad de una reforma que no hace sino alinearse con los modelos más comunes en las legislaciones penales de nuestro tiempo, sin perjuicio de los defectos y errores que se han cometido.

II. LA SITUACIÓN PREVIA

Lo cierto es que la clamorosa inoperancia de la anterior regulación del delito de concurso doloso o bancarrota criminal obliga a reflexionar y aceptar que la excesiva simplicidad del sistema adoptado en 1995 –por cierto, además introducido sin

que aún hubiera sido promulgada la Ley Concursal de 9 de julio de 2003¹— hacía estéril la amenaza penal y, lo que es peor, no estaba en sintonía con los modelos dominantes en los códigos de los Estados de la UE. El sistema podía calificarse, como mínimo, de “simplista”², pero la equivocación del legislador de 1995 traía causa de un problema histórico.

Desde la codificación del siglo XIX, el Derecho español contemplaba tres delitos en el grupo de las insolvencias: alzamiento, quiebra y concurso de acreedores. A su vez, esos tres delitos se correspondían, en mayor o menor medida, con figuras descritas en el Derecho privado (civil, mercantil) y procesal (Ley de Enjuiciamiento Civil). De estos delitos se había dicho que constituían un patético caso de inoperancia del Derecho penal, con la sola excepción —y dicho sea con muchas limitaciones o reservas— del delito de alzamiento de bienes, a pesar de las carencias y vacíos que producía su descripción legal. Las razones jurídicas de esa inoperancia, salvadas las evidentes contribuciones de una cultura social poco sensible a la importancia de estos problemas, pueden situarse en una serie de defectos estructurales que afectan a todo el Capítulo y que iban y van más allá del ámbito del derecho penal positivo.

Las insolvencias punibles del Derecho penal español no sólo han estado relacionadas con las insolvencias reguladas en el Código de Comercio, sino que se incorporaron a la legislación penal como meros complementos sancionadores de las propias conductas mercantilmente ilícitas. Quiebra fraudulenta, quiebra culpable y alzamiento de bienes aparecían como tres formas graduales de insolvencia ya en el viejo Código de Comercio de 1829. Pero hasta la promulgación del CP de 1995 la descripción de lo que debía entenderse por conducta de insolvencia fraudulenta estaba plenamente remitida al Código de Comercio, con absoluta sumisión a la técnica de ley penal en blanco, dando lugar a la inexistencia de una definición penal de la insolvencia, amén de graves problemas de separación entre el alzamiento de bienes como figura autónoma de delito así reconocida por el Código Penal y la

¹ La Ley Concursal, además de ser el presupuesto normativo lógico del derecho penal en materia de concurso, es la que regula las condiciones para la declaración y calificación del concurso.

² Art. 260 del CP de 1995 (artículo hoy derogado):

1. *El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.*

2. *Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.*

3. *Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.*

4. *En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal.*

quiebra fraudulenta “por alzamiento de bienes”, primer motivo de fraudulencia para el Código mercantil.

El legislador de 1995 quiso acabar con esa situación, comenzando por terminar con la técnica de ley penal en blanco. Claro es que la pretensión de construir todas las figuras delictivas contando exclusivamente con los recursos de las normas penales, sin acudir a fuentes de integración extrapenales, está condenada al fracaso. Por lo tanto, enfocar el problema de las leyes penales en blanco como el de una técnica del pasado superada y despreciable carece de sentido y de realismo. En la doctrina penal se coincide, eso sí, en que la técnica de remitir a leyes no penales la íntegra descripción de las conductas delictivas debe ser, como principio, rechazada, pero sin renunciar a ella cuando sea necesario hacerlo, y siempre que se cumplan las garantías penales. El Código Penal elige, por razones de protección fragmentaria y *ultima ratio*, la clase de acciones que deben ser delictivas en atención a su desvalor de acción y de resultado. Puede admitirse que en relación con ciertas materias el Código Penal necesita inexcusablemente del auxilio de leyes no penales, no tanto para la formulación de los tipos básicos de delitos, sino para la integración de elementos normativos (por ej., sustancias tóxicas, bienes del patrimonio histórico-artístico, condiciones de las subvenciones públicas, etc.) o incluso concreción del contenido de los derechos que protege (por ej., derechos de autor, cuyo alcance y titularidad nos explica la Ley de Propiedad Intelectual). Lo único inadmisibles es la remisión total de la descripción del contenido básico de una conducta delictiva a una ley no penal, limitando a la ley la sola misión de fijar la pena.

Está fuera de duda que las insolvencias fraudulentas son graves ataques a los derechos de crédito y por lo tanto su campo primario de regulación ha de situarse en el Código Civil, en el Código de Comercio y en la legislación concursal. El Código de Comercio, a su vez, ha de contemplar el complejo problema de la insolvencia *erga omnes*, propia de los procesos concursales. Por ello establece deberes y prohibiciones que debe observar el deudor comerciante, enumerando las conductas que tendrán la ulterior capacidad de teñir de ilicitud la insolvencia. Ciertamente no es posible desligar razones de la ilicitud con su efecto. En el fondo, de lo que se trata es de elegir entre dos modelos, si es que lo permite el principio de legalidad.

Construir una definición genérica de lo que es una insolvencia injusta, cual es limitarse a decir que es ilícita toda la que haya sido causada intencionadamente (que es lo que a fin de cuentas hizo el CP de 1995) es un camino tentador, pero estéril. En cambio, establecer con claridad y precisión cuáles son las conductas anteriores a la insolvencia que deben comportar la calificación indiciaria de insolvencia delictiva, es más seguro y acorde con el principio de certeza del derecho.

El Código español de 1995 optó por la primera solución, con lo cual daba la sensación de que no podía hacer otra cosa si no quería invadir el terreno del derecho mercantil. Pero eso no es verdad. Que el derecho mercantil o concursal tenga que regular la calificación de la insolvencia del deudor concursado, no significa

que las leyes penales no puedan también describir con rigor la conducta típica que ha de ser delictiva, y para ello basta una sola razón: que no todas las actuaciones del deudor ilícitas con arreglo al Código de Comercio o a la Ley Concursal han de merecer la consideración de delictivas, así como que el Código Penal tome otras determinaciones estrictamente “penales”: que sólo castigará estos delitos en modalidades dolosas, que aplicará las reglas ordinarias de la autoría y la participación y, por último, tipificar, por razones político-criminales, conductas que no se correspondan exactamente con las declaraciones del Código de Comercio sobre lo lícito y lo ilícito, o con las que incluye la Ley Concursal.

Había otra meta para el legislador de 1995: acabar con la absoluta prejudicialidad civil, esto es, que el proceso completo de quiebra fuera precedente a la intervención del derecho penal, que resultaba tardía y, casi siempre, irrelevante. Pero consideró fáciles cuestiones que no lo son, como es escindir dimensiones diferentes de las conductas de los deudores para dar con ellas vidas a delitos separados y, además, sin incurrir en la violación del principio *non bis in idem*, o interpretar lo que es un “delito singular relacionado” con el de concurso pero separable del mismo.

III. LA REFORMA DE 2015

Ante el fracaso del sistema de 1995 se imponía un cambio radical. Como veremos, el nuevo sistema puede encontrar un lejano antecedente en el derecho histórico español, a través del viejo Código de Comercio de 1885, que había seguido un modelo claramente germánico en esta materia. En él se indicaba cuál era el comportamiento correcto del comerciante, aunque hubiese caído en quiebra (el de quien sufre un infortunio casual en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, según la idea del art. 887). Tras eso todos los demás eran comportamientos censurables que podían llegar a ser delictivos bajo la doble fórmula de quiebra culpable o quiebra fraudulenta, y efectivamente algunos podían coincidir fácilmente con algún delito, aunque otros sólo tuvieran significación en la situación de insolvencia.

El CP de 1995 quiso dar la imagen de que no dependía de *condiciones de procedibilidad*, cuando no es así, pues es preciso que el autor del delito haya sido declarado *en concurso*. A su vez la Ley Concursal (LC) incorporaba unos indicadores destinados a la calificación del concurso. El problema penal es entonces doble: interpretar lo que es una insolvencia *dolosamente causada o agravada* y simultáneamente determinar cuánta es la capacidad de *consunción* que tienen esos indicadores de una ley no penal. Si reparamos en lo escueta que es la definición típica del delito de quiebra en el art. 260 CP (“*El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada*”

dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”), observamos que el Código Penal ni siquiera se hace eco del lenguaje y las clasificaciones usadas por la Ley Concursal, pues solamente se refiere al hecho de haber sido declarado *en concurso*, sin nada decir acerca de la calificación que haya merecido ese concurso. Eso es plenamente lógico, aunque sólo sea porque, como ya he dicho, al tiempo de redactarse el CP de 1995 nada se sabía de cuál sería el criterio a adoptar por la, a la sazón, inexistente Ley Concursal, y siendo así carecía de sentido aludir a concurso culpable o inocente y también por el deseo “obsesivo” de marcar diferencias con el sistema anterior, lo que exigía prescindir de alusiones de cualquier especie a la normativa concursal. Cosa diferente es que se pueda superar el sistema anterior sin caer en la inviable pretensión de construir un sistema en el que el derecho penal de la insolvencia fraudulenta compusiera una isla autorreferencial.

Inevitablemente el juez penal no puede despreciar todo aquello que tiene significación en el derecho mercantil o concursal, entendiéndolo que lo injusto significativo para el derecho penal puede ser algo que nada tenga que ver con lo que en el derecho concursal se considere conducta correcta o incorrecta del deudor. Por lo tanto, y partiendo de esa sencilla reflexión, podemos plantear la necesidad de que el CP incluya algunos criterios a tener en cuenta por los jueces como fuentes de posible delictuosidad de la insolvencia, siguiendo la línea de otros códigos europeos. Eso tendría importantes ventajas: cumpliría escrupulosamente con la necesidad de que el delito se defina en la ley penal evitando el recurso a una ley penal en blanco; reforzaría la certeza del derecho, que ciertamente no se consigue con esa casi enigmática idea de “insolvencia dolosamente causada”, que se acerca de hecho a un tipo abierto o indeterminado; contribuiría a fijar los supuestos en los que debe apreciarse concurso de delitos o simplemente de normas, y, lo que es muy importante, evitaría el alejamiento y desvinculación del derecho mercantil concursal respecto del derecho penal.

Por supuesto que tampoco se puede transformar en delictivo lo que sea “culpable” en el derecho concursal, relegando al derecho penal a la condición de “brazo represor”. Esa reserva de alcance de las calificaciones civiles se refleja en la propia Ley Concursal, cuya Exposición de Motivos declara “Los efectos de la calificación *se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal* ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia”; y, a su vez, el artículo 163-2 declara “El concurso se calificará como fortuito o como culpable. La calificación *no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal* que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito”. Todo ello ha de ser compatible con una armonía y continuidad entre lo concursal y lo penal.

La Ley Concursal describe acciones que han de contribuir a la *calificación del concurso*, pero que también serían significativas para entender penalmente que la quie-

*bra ha sido malintencionadamente buscada o provocada; pero a su vez esas acciones mencionadas en la ley concursal pueden coincidir con acciones del deudor aptas para dar vida a delitos diferentes del de concurso. (Delitos conexos de alzamientos de bienes, falsedades, apropiaciones indebidas)*³.

Si esas acciones se toman en consideración para calificar el concurso como culpable es evidente que darles una calificación penal adicional produce una *segunda consecuencia jurídica* desde el *mismo hecho*, lo cual, aunque no se trate de un caso de infracción del principio *non bis in idem*, es contrario a principios jurídicos generales, y si la acción penal ha sido anterior a la calificación del concurso no parece tampoco proporcionado que aquello que ya puede generar consecuencias sancionadoras graves (la pena) vuelva a ser utilizado para calificar el concurso como culpable, si con ello se da paso a la adopción de medidas materialmente sancionadoras.

Pero, por otra parte, la lacónica fórmula de 1995 (causar dolosamente) exige acudir a actos concretos que pongan de manifiesto que el autor no se ha comportado de acuerdo con los principios que han de gobernar la actuación de un buen comerciante, sino que ha realizado actos que incluso pueden ser delictivos, y la situación presente es la de la crisis económica de la empresa. Es, además, difícil trazar una línea de relación de causalidad entre algún hecho concreto del deudor y la situación de insolvencia. Ésta es un estado al que el deudor ha llegado, seguramente, por muchas causas, y lo único seguro es que su comportamiento previo no ha sido el adecuado.

La conclusión a la que lleva todo esto es clara: reconocer que el actual régimen de este delito es inadecuado precisamente por su simplismo, y que se imponía una nueva regulación de los delitos de concurso punible o bancarota capaz de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de insolvencia de aquellos deudores cuya conducta precedente ha sido contraria al deber de diligencia en la gestión de

³ Para llegar a esta doble apreciación basta con leer el art. 164 LC en orden a calificar el concurso como culpable en los siguientes casos: “1. *El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.* 2. *En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.* 2º *Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos (...).* 4º *Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.* 5º *Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos”.*

los asuntos económicos, plasmada en acciones que entrañan un riesgo no permitido o son directamente causales de la situación de concurso. De ese modo se ofrece un sistema dotado de la suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles.

Por lo tanto, era preciso y urgente un nuevo delito de quiebra, y es bueno que se haya decidido introducirlo, lo cual no significa que no sea criticable en muchos puntos.

IV. EL NUEVO DELITO DE BANCARROTA

Por las razones antes apuntadas, la necesidad de cambiar la regulación del delito de quiebra no es discutida. De hecho, ya aparecía en el Anteproyecto de Reforma del CP de 2006/2007⁴ una propuesta en muchos aspectos parecida a la presente. Tanto entonces como ahora se pretendía aumentar la certeza, facilitando la prueba y refiriéndola a hechos concretos. La estructuración de la figura pasa por la descripción de una serie de conductas peligrosas, que serán los indicadores de la posible delictuosidad, cuando se produzca la situación de crisis o la insolvencia. El delito de peligro sólo será perseguible cuando se declare efectivamente el concurso o se produzca un sobreseimiento de pagos, lo que equivale a una condición objetiva de punibilidad. Lo anómalo es que se haya mantenido *además* y como tipo cualificado la causación dolosa de la insolvencia por el deudor, lo cual es contradictorio con la explicación que el propio legislador da acerca de la necesidad de abandonar esa descripción del delito, por las razones que ya antes hemos señalado.

El *nuevo delito de quiebra o bancarrota* –ese nombre lo utiliza el Preámbulo de la Reforma– es el descrito en el nuevo art. 259 CP. Al decidir dar una configuración totalmente nueva al delito de quiebra es preciso tener algunas cautelas, sin las cuales el buen propósito puede resultar perjudicado. Inevitablemente el juez penal, para declarar que una quiebra es delictiva, no puede despreciar todo aquello que tiene significación en el derecho mercantil o concursal, entendiendo que lo injusto significativo para el derecho penal puede ser algo que nada tenga que ver con lo que en el derecho concursal se considere conducta correcta o incorrecta del deudor.

Es patente, y basta con dar una ojeada al derecho comparado, que se ha optado por un modelo “europeo” en la construcción del delito, y ésa es una decisión que supone un auténtico cambio histórico en esta materia y que, como criterio político-criminal, merece aplauso.

El significado del modelo es claro: se abandona la pretensión de trazar una *relación causal entre acciones concretas y estado de insolvencia*, pues eso ni es fácil de probar ni es admisible en términos de certeza del derecho puesto que en el

⁴ Trabajo en el que intervino quien esto firma.

fondo implica una renuncia a describir la conducta típica. En su lugar se opta por describir una serie de actuaciones del deudor previas al estado de insolvencia y que se consideran *en sí mismas inadmisibles en quien tiene obligaciones pendientes de cumplimiento*, y no se entra en analizar la aportación concreta que esas conductas han supuesto en relación con el resultado de quiebra, esto es, no se tendría que demostrar que esas acciones han sido las *causantes* de la insolvencia.

El centro de gravedad de la conducta antijurídica se sitúa así en el desprecio por la ética que debe guiar el comportamiento de un gestor prudente. En suma: ante una situación de crisis de la empresa (no entro ahora en la extensión a la insolvencia de particulares) se examinará *qué ha hecho su gestor antes de llegar a esa situación*, y eso concretado en *descripciones precisas* (sin entrar por ahora en la selección de conductas).

En ese tiempo antecedente se ha de situar al *marco típico*, esto es, *las condiciones en las que se producen las conductas*. El nuevo artículo 259 CP comienza declarando que incurrirán en este delito quienes “... *Encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realizare alguna de las siguientes conductas...*”. Lo primero que llama la atención es que se haya dejado en una *aparente imprecisión la función de la declaración del concurso*. En el derecho comparado es usual que se establezca que el delito se puede apreciar cuando se detecta que el que ha sido declarado en quiebra ha llevado a cabo, antes de ese momento, alguna de las acciones que se indican expresamente. La falta de mención a ese aspecto de la cuestión parece indicar que no es necesario que se haya producido la formalidad del concurso, sino que basta con una “insolvencia inminente”. Claro está que eso permite adelantar la acción penal, pero esa primera interpretación ha de ceder ante la ineludible exigencia de que se ha de probar la insolvencia, aunque sea inminente, y eso sólo puede afirmarse cuando el deudor *haya dejado de cumplir sus obligaciones de un modo generalizado*, esto es, en la situación que aboca a la quiebra.

Ese es el mismo criterio que sigue el art. 283 del StGB alemán para el delito de *Bankrott*. En cambio, el artículo 227 del Código Penal portugués distingue expresamente la posibilidad de que la quiebra (*falencia*) llegue o no a ser declarada, en cuyo caso la pena se agrava. El art. 654-2 del Código de Comercio francés (regulador de la *banqueroute*) vincula la persecución de las acciones de empobrecimiento consciente a que eso se sepa con ocasión de la declaración judicial de la insolvencia. En el derecho italiano, la *bancarotta fraudolenta* (art. 216 R.D. n. 267/1942, modificado por el D.L. N° 78/2010) se produce por la comisión de determinadas acciones antes de la declaración de la quiebra o durante el procedimiento mismo de quiebra. Un sistema similar podemos encontrar en las *Criminal Bankruptcy Orders* inglesa de 1998.

En suma, pues, el nuevo delito de bancarrota se acerca a otros sistemas europeos, si bien, como es fácil comprobar, el número de acciones que pueden determinar el

delito de bancarrota es bastante más amplio que el que tipifican otras legislaciones, y, además, se indican de un modo tal vez excesivamente prolijo.

Parece que la apreciación de esas acciones puede producirse al tiempo de la declaración de la quiebra o antes de que eso suceda; cuestión distinta será la dificultad adicional de demostrar la insolvencia *generalizada*, que es lo que constituye la esencia de la quiebra, y que por lo mismo, tendrá que ser demostrada cuando se quiera emprender la acción penal sin que todavía se haya producido la declaración judicial del concurso, pues no hay que olvidar que no estamos ante un delito de alzamiento de bienes que puede cometerse frente a un solo acreedor, sino de bancarrota, que supone el sobreseimiento generalizado de todas las obligaciones del deudor.

Dicho esto hay que pasar al análisis concreto de cómo se ha llevado a cabo esa decisión que, repito, es esencialmente acertada, lo que no significa que esté exenta de críticas. Hasta ahora el CP se limitaba a centrar la tipicidad básica del delito de quiebra en la lacónica descripción que conocemos (“*El que fuere declarado en concurso será castigado... cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor.*”). A todas luces era evidente que esa formulación del delito colocaba al juez penal en el trance de decidir cuál era la causa de la insolvencia, como si eso fuera algo sencillo de diagnosticar, pero es que además resultaba poco compatible con el ideal de concreción y taxatividad que se exige en los tipos penales, y así había sido ya denunciado.

Partiendo de esa sencilla reflexión es comprensible que se haya decidido un cambio radical orientado a que el CP *incluya criterios a tener en cuenta por los jueces como fuentes de posible delictuosidad de la insolvencia*, siguiendo la línea de otros códigos europeos. Eso tiene importantes ventajas:

a) cumplir escrupulosamente con la necesidad de que el delito se defina en la ley penal evitando el recurso a una ley penal en blanco;

b) reforzar la certeza del derecho, que ciertamente no se consigue con esa casi enigmática idea de “insolvencia dolosamente causada”, que se acerca de hecho a un tipo abierto o indeterminado;

c) contribuir a fijar los supuestos en los que debe apreciarse concurso de delitos o simplemente de normas;

d) evitar el alejamiento y desvinculación del derecho mercantil concursal respecto del derecho penal, y

e) fortalecer la idea de que el componente injusto de este delito no es la causación de un resultado de bancarrota, sino la conducta *impropia de un administrador diligente y respetuoso con sus obligaciones*.

Como acabo de decir, la norma delimita, con la finalidad de garantizar un grado de seguridad y certeza ajustado a las exigencias derivadas del principio de legalidad, las conductas prohibidas por medio de las cuales puede ser cometido el

delito. Para ello, tipifica un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor.

De la lectura del artículo 259 y su elenco de conductas impropias de un deudor honesto pueden derivarse importantes críticas. El tipo comienza diciendo que “... será castigado con una pena de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realizare alguna de las siguientes conductas...”. Antes de entrar a examinar éstas, hay que señalar, en relación con ese primer párrafo:

a) Esta regulación debiera ser exclusivamente ampliable al concurso de empresarios, mientras que la regulación específica de la quiebra o concurso de los particulares debiera tipificarse por separado. Una mera lectura del art. 259 pone de manifiesto que casi todas las conductas que suponen indicios de delictuosidad sólo son imaginables para empresarios y no para particulares.

b) El concepto de insolvencia actual o inminente: esa situación debiera de clarificarse como “sobreseimiento general de todas las obligaciones”, a fin de impedir que una situación de insolvencia frente a parte de los acreedores o sólo en parte del territorio nacional pudiera propiciar la acción penal sin tratarse de una real situación de insolvencia. Además, sería imprescindible introducir una cláusula específica que incluyera como situación de insolvencia aquella en la que la Administración (concretamente, el Banco de España o el Fondo de Garantía de depósitos) tiene que acudir a cubrir las obligaciones de una entidad bancaria o de crédito, que puede verse en situación coyuntural de insolvencia a causa de la gestión deshonesta de sus directivos, a los que un rigorismo legalista –técnicamente no habrían llegado al estado de insolvencia– los dejaría fuera del radio de acción de este delito.

c) Es lógico que la crimosidad de la conducta se determine en función de acciones inadecuadas que han precedido a la insolvencia. Pero, para no caer en la imprecisión, hubiera convenido fijar un *plazo de retroacción* para dar significado a los indicadores de conductas impropias.

d) El delito se configura por igual, y no sólo prescindiendo de que teóricamente sea aplicable a deudores que sean personas físicas, sino también sin importar el tamaño de la empresa, siendo así que su capital puede ser muy diferente. Una mínima consideración a ese aspecto del tema debiera llevar a incluir el endeudamiento por encima del capital de la empresa (art. 4º de la Ley de Sociedades de Capital en lo que se refiere a las empresas de responsabilidad limitada), pues uno de los problemas del sistema español es, precisamente, el *volumen de riesgo que asumen sociedades cuyo capital es desproporcionadamente inferior al riesgo*. Es cierto que el criterio no podría ser exclusivamente, a efectos penales, el formalista

del capital social, pero sí es precisa una valoración de la capacidad de responder y eso comienza por contemplar el capital social, además del valor comercial que tenga la empresa que puede estar por encima del capital. Pero si se ha producido la insolvencia, el endeudamiento por encima del valor del capital debiera ser un dato a tener en cuenta.

Ya dentro de la relación de conductas peligrosas que pueden determinar la apreciación del delito, se incluye alguna que merece crítica. Por ejemplo, la N° 5, consistente en participar en “*negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos*”. La razón que explica la presencia de esta indicación es haber *copiado* el artículo 283-2 del Código Penal alemán, olvidando que ese precepto puede operar, en su sistema, gracias a la cuantiosa jurisprudencia que ha provocado el concepto de “negocio especulativo”.

En cambio, lo que en nuestra cultura, y no sólo jurídica, se conoce como “negocio especulativo” es algo bien diferente y conocido en nuestra sociedad, y que se puede incluir en la relación de conductas rechazables en una ordenada actuación en el mercado. No se trata nunca de actos de economía productiva, sino que son sólo operaciones más o menos astutas, llamadas vulgarmente a veces “pelotazos”, y, siendo así, sorprende que el legislador pueda llegar a considerar que pueden llegar a tener “justificación económica”.

El artículo 259-2 dispone que “*se impondrá una pena de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause o agrave su situación de insolvencia*”. Es, evidentemente, una modalidad de causación dolosa de la insolvencia, esto es, un delito de resultado, y no tiene sentido que se mantenga, aunque sea sólo en parte, el sistema actual, cuya dificultad de aplicación práctica es punto de partida de la reforma, introduciendo así un doble criterio: delito de peligro o delito de resultado, cuando la reforma parte de la base cierta de que es muy difícil establecer relación de causalidad entre actos y estado de insolvencia. Por ejemplo, no llevar bien la contabilidad *en sí mismo* no puede provocar la insolvencia. Hubiera sido más coherente establecer un solo sistema, y, a lo sumo, se hubiese podido incluir la posibilidad de calificar la pena si se demostrara que la insolvencia había sido intencionadamente buscada.

El art. 259 CP acoge la posibilidad de comisión imprudente del delito (N° 3, “*cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia...*”). Ante todo, y aunque no sea el único caso en el CP, considerando que la imprudencia técnicamente se construye para los delitos de resultado no tiene sentido referirla a unos hechos que el propio legislador anuncia como delitos de peligro, que son un *tertius genus* entre el dolo y la culpa. Por otra parte, y para ello basta una simple lectura, cuesta

entender cómo se puede producir la comisión imprudente de muchas indicaciones que sólo son concebibles como acciones dolosas.

V. LAS CUALIFICACIONES DEL DELITO

El artículo 259 bis⁵ contiene cualificaciones del delito, todas ellas rechazables, por *innecesarias y perturbadoras*, y no sólo por lo absurdo que es aumentar las amenazas penales en un terreno en el que el derecho penal todavía no se ha aplicado nunca con normalidad y, por lo mismo, no existe una experiencia político-criminal que aconseje esas cualificaciones.

Yendo concretamente a ellas, y teniendo en cuenta que la bancarrota necesariamente afecta a una pluralidad de personas—no caigamos en el ejemplo de laboratorio de la quiebra ante un acreedor único—, no tiene sentido prever la pluralidad de afectados como cualificación, y, menos aún, dejando la cualificación al albur de que se decida cuándo son una “pluralidad de personas” significativas.

En cuanto a la causación de perjuicio superior a 600.000 € a alguno de los acreedores, tampoco se puede entender, pues eso no significa que se le cause ese quebranto al “más débil”, única posibilidad de que tuviera algún sentido (y siempre que mediara dolo respecto de esa circunstancia concreta), pues lo único que queda claro es que un acreedor lo era por ese importe, sin entrar en sus circunstancias personales, que pueden ser incluso mejores que las de los otros.

Ninguna justificación hay, tampoco, para agravar la pena porque más de la mitad del importe se deba a las Haciendas Públicas o a la Seguridad Social, que ya han sido privilegiadas en el régimen del alzamiento de bienes. De nuevo flota la absurda idea de que perjudicar a ciudadanos comunes es “menos grave” que perjudicar al sector público.

Es, en cambio, sorprendente, por no decir escandaloso, que tras la reciente experiencia española, no se prevean agravaciones para los casos en que esas peligrosas acciones se realicen por los gestores de entidades bancarias o de crédito que luego han de ser intervenidas o ayudadas financieramente, extendiendo el perjuicio a toda la sociedad.

⁵ “Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, en el caso de su apartado 1, y de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a treinta y seis meses, en el caso de su apartado 2, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1ª. Cuando se cree el peligro de causar un perjuicio patrimonial relevante para una pluralidad de personas, o de ponerlas en una grave situación económica.

2ª. Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros.

3ª. Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tengan como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social”.

VI. LOS DELITOS ANEXOS

El artículo 260 describe dos delitos que califica como “anexos” a la insolvencia⁶, y que, al igual que las cualificaciones que acabo de comentar, son del todo prescindibles.

El artículo 260-1 incrimina *una forma de favorecimiento de acreedores*. Es una incriminación *innecesaria*. Es patente que esta figura está orientada a reprimir los actos que el deudor pueda ejecutar para perjudicar el principio de la *par conditio creditorum*. Si eso es así, no tiene sentido abrir la posibilidad de que haya una “justificación económica o empresarial” para hacerlo.

El N° 2 recoge lo que actualmente obra en el artículo 259 CP. Por lo tanto, la novedad es la del N° 1, y es importante anotar que ahí se describen actos *previos a la declaración judicial*. Si la conducta de beneficiar a unos acreedores en detrimento de otros se hubiera producido antes de la declaración del estado concursal, es seguro, de acuerdo a jurisprudencia y doctrina absolutamente dominantes, que no podría apreciarse alzamiento de bienes y, mucho menos, acusar de complicidad al acreedor beneficiado, pues el alzamiento no se produce con la simple preterición de acreedores, si lo que se satisface es un crédito real, y todo ello con plena independencia de que esa decisión del deudor pueda ulteriormente ser anulada en virtud de la retroacción de la quiebra o concurso, si se declaran. Si la conducta no sería delictiva de producirse “antes”, podemos preguntarnos si tiene sentido criminalizarla solamente porque se ha iniciado ya el proceso de ejecución concursal.

Añádase que nada se dice de la responsabilidad que pueda corresponder al acreedor que resulta beneficiado en detrimento de los demás, cuando siguiendo los criterios comunes a los delitos patrimoniales se habría beneficiado de los efectos de un delito, razonamiento absurdo cuando no hace otra cosa que cobrar un crédito real y exigible.

La posibilidad de que haya habido autorización por parte de los *administradores concursales* abre la posibilidad de que entre en juego lo dispuesto en el nuevo 435-4°, que extiende a los administradores concursales las disposiciones relativas a la malversación en relación con la masa concursal o los intereses económicos

⁶ “1. Será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses, el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial.

2. Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto”.

de los acreedores, y, concretamente, se advierte que se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera *dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley*.

VII. EL PROBLEMA DE LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS “RELACIONADOS”

La posibilidad de perseguir separadamente los delitos relacionados con el de quiebra continúa abierta, y otra posibilidad sería rechazable. Ahora bien, las dificultades que ya existían subsisten, y aun se acrecientan a la luz del contenido de las descripciones de conductas peligrosas anteriores a la crisis de insolvencia. Es sabido que algunos opinan que es imposible configurar un delito de bancarrota fraudulenta sin provocar graves trastornos en el régimen jurídico del concurso de acreedores, pero, en cambio, no se señalan especiales dificultades para la perseguibilidad de los *delitos relacionados* con la creación fraudulenta de la situación concursal que hubiera podido cometer el deudor, delitos que por lo tanto son lógicamente “previos” a la declaración del estado de insolvencia: alzamientos de bienes, apropiaciones indebidas, delitos societarios, falsedades, delitos contra la hacienda pública y la seguridad social, administración fraudulenta, etc.

Los delitos relacionados pueden ser formalmente *perseguidos, cualquiera que sea el estado en que se encuentre el procedimiento concursal* y, sin duda alguna, si éste no ha nacido siquiera, por muy previsible que sea su nacimiento. Esta hipótesis es imaginable, pero si el concurso ya se ha iniciado o puede iniciarse, habrá que respetar el principio *non bis in idem*, y, en tal caso, la persecución separada de un hecho llamado a dar vida al delito de bancarrota no será fácil. Por ejemplo, si se ejerce una acción penal contra el deudor (la persona física acusada) por haberse apropiado de bienes sociales, lo que sería constitutivo de un delito de apropiación indebida, se producirá una cierta coincidencia normativa entre la tipicidad de ésta y la previsión que contiene el nuevo artículo 259-1-2º (“2ª Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial”). Esas acciones podrían ser tratadas como actos apropiatorios o de desviación, lo cual, prescindiendo de las consecuencias mercantiles en la calificación del concurso, tiene una *doble* significación penal, de manera tal que pueden ser la base de una acusación de apropiación indebida objeto de un proceso separado, pero también la razón por la que el estado de insolvencia puede ser calificado como delito de bancarrota.

Así las cosas, el enjuiciamiento separado de una hipotética apropiación indebida impediría que ese hecho pudiera servir para la apreciación del carácter delictivo del concurso. Por otra parte, la viabilidad práctica de llevar adelante una acción penal por apropiación indebida a la vez que se ha iniciado el procedimiento concursal

toparía con enormes dificultades. En conclusión: la existencia de un procedimiento penal abierto, en el que se estén dilucidando hechos que pudieran llegar a ser determinantes del carácter delictivo del concurso, genera un evidente obstáculo para la persecución de este segundo delito, que, teóricamente, puede iniciarse (art. 259-5 CP) sin esperar a que concluya el procedimiento concursal.

Llegados a este punto podemos preguntarnos si la situación ha mejorado respecto de la regulación hasta ahora vigente. La respuesta creo que ha de ser afirmativa, pues el sistema que se introduce es abiertamente mejor que el anterior. Las indicaciones de delito acercan nuestro sistema al vigente en los Estados de nuestro entorno, lo cual, por razones que no hace falta indicar, es también un aspecto positivo. Otra cosa cabe decir de alguna cualificación concreta y, especialmente, de los desafortunados tipos agravados, y de otras que hubieran podido añadirse. Pese a ello, el balance podría ser positivo, pero habrá que aguardar a evaluar su eficacia en la práctica.

Ahora bien, los problemas constantes, concretamente, la difícil persecución separada de delitos y vinculación material a los hechos que se prueben en el procedimiento concursal, a pesar de que formalmente no haya prejudicialidad del concurso mercantil, subsisten.