

# La Reforma Concursal y el Derecho Penal de la insolvencia: un hito más en una historia fatal

**Autor:** Antonio Obregón García  
Profesor Propio Agregado de Derecho Penal  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

## **I. Justificación y propósito: la denuncia de la comisión por omisión de un error**

Antes de explicar el propósito de este artículo, es necesario justificar que se dediquen unas líneas a los aspectos penales de la reforma concursal, cuando, en realidad, ni la Ley 22/2003, Concursal, ni la Ley Orgánica 8/2003, para la Reforma Concursal, han modificado el contenido del Código penal en relación con las insolvencias punibles. Las referencias de estas normas a los aspectos penales sustantivos son deliberadamente marginales y están expresamente dirigidas a pregonar la radical separación entre el Derecho civil y mercantil y el Derecho penal<sup>1</sup>. Entre las casi cincuenta normas que ambas leyes derogan o cambian no se encuentra el Código penal; y, ciertamente, su repercusión en el campo penal ha sido tan exigua que la gran reforma que opera la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Cód-

---

<sup>1</sup> El apartado VIII de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal declara que “la ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia”.

go penal<sup>2</sup>, se ha limitado, en el capítulo relativo a las insolvencias punibles, a sustituir en los artículos 259, 260 y 261 las expresiones “quiebra, concurso y suspensión de pagos” por “concurso”: le ha bastado con efectuar un mero cambio terminológico, derivado de la unidad de procedimiento que establece la Ley Concursal, para adaptarse a la nueva legislación. Pues bien: exactamente la falta de intervención y de alcance de la Ley Concursal en el ámbito penal es lo que se pretende denunciar en el presente artículo, cuya orientación, por tanto, es fundamentalmente político-criminal; sobre la base del análisis dogmático del capítulo del Código penal que contiene los tipos de insolvencias punibles, se va a llevar a cabo una valoración del estado actual del Derecho penal en materia de insolvencias, situación que la Ley Concursal no ha contribuido a mejorar.

En efecto, la Ley Concursal ha nacido con vocación de comprender toda la materia relacionada con las insolvencias, pero su intención declina precisamente cuando las insolvencias se convierten en punibles. Este hecho sólo puede justificarse o porque el Derecho penal de la insolvencia es realmente independiente respecto del Derecho concursal o porque la regulación de las insolvencias penalmente relevantes es tan perfecta que ni siquiera una reforma global, como la que se ha acometido tanto en el Derecho concursal como en el Derecho penal, puede hacerla prosperar. Sin embargo, como puede advertirse y se tratará de demostrar a continuación, ninguna de las dos afirmaciones puede realizarse sin objeciones insalvables.

Aunque la adscripción de las insolvencias punibles al Derecho penal económico resulta cuando menos dudosa y discutida, sí puede asegurarse que presenta varios rasgos propios de este sector del Derecho penal<sup>3</sup>. Como toda materia perteneciente al llamado *Nebenstrafrecht* (Derecho penal accesorio o “fronterizo”), la relativa a las insolvencias se caracteriza por su complejidad y variabilidad y por regularse en sus aspectos básicos por ramas del ordenamiento jurídico diferentes a la penal; la regulación de los fenómenos de insolvencia se halla en primer y nuclear término en el ámbito del Derecho mercantil, pero también se han venido dando cita en esa regulación normas civiles, laborales, procesales y, por supuesto, penales<sup>4</sup>, configuradoras de un conjunto normativo que, hasta la reforma concursal de julio de 2003, únicamente con apuros podría calificarse de ordenación jurídica y con más propiedad de caos

---

<sup>2</sup> De acuerdo con su Exposición de Motivos, el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del Código penal de 1995 “ha puesto de manifiesto que es preciso llevar a cabo su actualización para abordar nuevas necesidades surgidas con la experiencia obtenida con su aplicación”.

<sup>3</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, págs.62 y s.

<sup>4</sup> Así se destaca por MORENO VERDEJO, «El tratamiento de las insolvencias en el nuevo Código penal», en *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales (2)*, Madrid: Expansión, 1996, pág.123; de esta forma, CUELLO CONTRERAS, «Insolvencias punibles», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1999, nº67, pág.38, considera “ahora más perentorio que nunca el estudio interdisciplinar”.

legiferante, debido a su carácter arcaico, disperso y confuso<sup>5</sup>. En consecuencia, desde la perspectiva del operador del Derecho penal, al igual que la situación anterior a la reforma concursal no podía observarse con complacencia, ya que inevitablemente los problemas de la legislación privada venían afectando a la aplicación e interpretación de la ley penal, tampoco la reforma concursal debía haberse considerado ajena, puesto que constituye –constituía– una oportunidad histórica de conciliar también la ley penal, en este terreno más que nunca *secundaria*, con un sentido unitario de la consideración jurídica del fenómeno de la insolvencia.

La necesidad de armonizar la legislación penal de la insolvencia con la del resto del ordenamiento jurídico se acentúa si se comprueba que el actual Código penal contiene en esta materia deficiencias que afectan tanto a su espíritu como a su letra, que debían haberse revisado aprovechando la reforma emprendida con la Ley Concursal. Es verdad que el Código penal de 1995 (en adelante, CP-95) introdujo cambios notables en el capítulo de las insolvencias punibles<sup>6</sup>, pero, como observa NIETO MARTÍN, desgraciadamente las innovaciones no han sido fruto maduro de estudios doctrinales, sino una “suerte de salto al vacío”<sup>7</sup>; por ello, probablemente la reforma concursal tenía que haber marcado el tiempo para ultimar la celebración de la novedad y reforzar la reflexión sobre los objetivos, la técnica y el contenido de la ley penal<sup>8</sup>. El prelegislador concursal debió intuirlo, pues el Proyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal incluía la modificación del Código Penal, nada menos que en el sentido de suprimir el delito concursal del art.260 CP, propuesta que no sólo se malogró en sede parlamentaria, sino que ni siquiera derivó en una alteración sustancial del tipo ni generó el debate que era de esperar y de desear. Y más aún debió percibir el Consejo General del Poder Judicial, que, en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal, advirtió, en vano, que “debería procederse, en un futuro inmediato, a una nueva redacción completa del citado Capítulo, sobre insolvencias punibles”<sup>9</sup>. Con independencia del parecer que después

<sup>5</sup> En dichos términos se expresa VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 10ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pág.746. En el mismo sentido, por ejemplo, IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Crisis de la empresa*, Madrid: Dykinson, 1997, pág.34; MORENO VERDEJO, *El tratamiento...*, cit., pág.123. También en el terreno procesal las críticas al Derecho concursal son frecuentes: valga como ejemplo la siguiente cita de PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Derecho concursal*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 1986, pág.25: “las fuentes del derecho español de quiebras ofrecen un cuadro carente de sistema, confuso y anacrónico”.

<sup>6</sup> Para QUINTERO OLIVARES, «Comentarios al capítulo VII del Libro II del título XIII del Código Penal», en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirigidos por Quintero Olivares, Pamplona: Aranzadi, 1996, pág.1175, el régimen introducido en esta materia por el CP-95 “sin temor a exageraciones, puede calificarse como absolutamente nuevo”; como advierte GONZÁLEZ RUS, en AA.VV., *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo I, dirigido por Cobo del Rosal, Madrid: Marcial Pons, 1996, pág.724, “la regulación de las insolvencias punibles es probablemente una de las materias que sufre modificaciones más sustanciales respecto del Código anterior”.

<sup>7</sup> NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, págs.13 y s.

<sup>8</sup> Como señala NIETO MARTÍN, *El delito...*, cit., pág.15, “la reforma del derecho concursal constriñe necesariamente a replantear aspectos dogmáticos y político criminales del delito de quiebra”.

<sup>9</sup> Informe de 6 de noviembre de 2001, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, al Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal y al Anteproyecto de Ley Concursal.

se expresará sobre el contenido del Proyecto y del Informe del CGPJ, lo cierto es que la magnitud de las propuestas, y su frustración absoluta, reflejan al menos dos evidencias: por un lado, la carencia de criterios mínimamente sólidos en cuanto a la consideración de las insolvencias en la legislación penal y también fuera de ella; por otro, la conveniencia de haber utilizado la Ley Concursal para formarlos y formularlos.

En suma, con la Ley Concursal se ha producido la *comisión por omisión* de un error lamentable, otro más de los muchos que jalonan la historia del Derecho penal de las insolvencias, una historia que parece guiada por la fatalidad. Las siguientes páginas se dirigirán a mostrar, en el espacio disponible, un breve panorama de la historia legislativa reciente, que dará paso a la valoración crítica del estado actual del Derecho penal de la insolvencia.

## **II. La regulación de las insolvencias punibles en el Código penal anterior al de 1995: *accesoriedad extrema***

Sin perjuicio de estudiar posteriormente con más detenimiento algunos aspectos técnicos de la regulación del CP-73, para compararlos con los del Código vigente, procede en este momento exponer los rasgos generales de la misma, en particular en lo que se refiere a la relación del Derecho penal con el Derecho privado<sup>10</sup>.

El anterior Código Penal regulaba las insolvencias punibles en los artículos 519 a 527. Esta regulación se basaba en la sucesiva creación de “parejas” de configuraciones típicas:

- En primer lugar, se distinguía entre alzamiento de bienes (art.519) y situaciones concursales (arts.520 y siguientes).
- En segundo término, se diferenciaba en función de la condición del autor, comerciante o no, de tal manera que, en el caso del alzamiento de bienes, tal cualidad originaba una mayor penalidad y, en el caso de las situaciones concursales, provocaba la separación entre el delito de quiebra (arts.520 a 522) y el de concurso (arts.523 a 525).
- En tercer lugar, la consideración de la insolvencia como “culpable” o “fraudulenta” generaba una nueva subdivisión de los delitos relacionados con las situaciones concursales: por un lado, quiebra fraudulenta (art.520) y quiebra culpable (art.521), y, por otro, concurso culpable (art.523) y concurso fraudulento (art.524).

---

<sup>10</sup> Como advierte REY GONZÁLEZ, «El delito de alzamiento de bienes en el Código vigente y en el nuevo Código (insolvencia punible)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1995, nº5, pág.758, el conocimiento del CP-73 en esta materia resulta particularmente necesario, puesto que todavía coexistirán durante tiempo los dos Códigos, el vigente y el precedente, debido a la lentitud de la tramitación de los procedimientos que tienen su origen en una insolvencia con repercusión penal.

- Finalmente, en las insolvencias fraudulentas se efectuaba otra distinción de acuerdo con la forma de intervención del sujeto en el delito, bien a título de autor, bien a título de cómplice, mediante la elaboración de tipos específicos de complicidad: autoría (art.520) y complicidad (art.522) de quiebra fraudulenta, y autoría (art.524) y complicidad (art.525) de concurso fraudulento.
- La regulación se completaba con dos preceptos descriptores de subtipos tanto agravados como atenuados (arts.526 y 527), relacionados con el objeto y la cuantía de la deuda insatisfecha.

Con resultar llamativa su aparente complicación y su peculiar técnica de tipificación, la característica más destacada de las insolvencias punibles en el Código precedente consistía en la marcada dependencia del Derecho penal respecto del Derecho privado y de la jurisdicción civil, sujeción que se ha llegado a calificar de absoluto sometimiento<sup>11</sup>. Esta *accessoriedad extrema* del Derecho penal al Derecho privado se manifestaba en un doble plano, tanto sustantivo o material como adjetivo o formal: por un lado, en la configuración típica de los delitos de quiebra, basada en la técnica de las leyes penales en blanco, y, por otro, en la persecución penal de dichos delitos, condicionada a la declaración que debía realizar el juez civil, en el curso del procedimiento de quiebra, acerca de los méritos para proceder en vía penal.

En efecto, en los delitos de quiebra la conducta típica se perfeccionaba simplemente con la verificación de alguna de las circunstancias o causas que, según el Código de Comercio, llevaban (en realidad, aún llevan, hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal) a reputar la quiebra como culpable o como fraudulenta (arts.888 y siguientes). De esta forma, según QUINTERO OLIVARES, “las insolvencias punibles se incorporaron a la legislación penal como meros complementos sancionadores de las propias conductas mercantilmente ilícitas”, dando lugar, entre otros problemas que se referirán posteriormente, a la inexistencia de una definición penal de la insolvencia<sup>12</sup>.

Por otro lado, como se ha adelantado, la remisión completa de la ley penal a la mercantil justificaba la casi absoluta dependencia de la jurisdicción penal a la civil. Con arreglo al artículo 896 del Código de Comercio, “en ningún caso, ni a instancia de parte ni de oficio, se procederá, por los delitos de quiebra, culpable o fraudulenta, sin que antes el Juez o Tribunal haya hecho la declaración de quiebra y la de haber méritos para proceder criminalmente”. Esta disposición venía a refrendarse en el art.1386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881<sup>13</sup>, que encontraba su correlato,

<sup>11</sup> QUINTERO OLIVARES, *Comentarios...*, cit., pág.1176.

<sup>12</sup> QUINTERO OLIVARES, *Comentarios...*, cit., pág.1176.

<sup>13</sup> Art.1386 párrafo 2º LEC-1881: “Cuando del expediente de calificación resultaren méritos para calificar la quiebra de fraudulenta o de alzamiento, el Juez mandará sacar testimonio de lo necesario para proceder criminalmente contra el quebrado”.

respecto del concurso de acreedores, en el art.1300 del mismo cuerpo normativo<sup>14</sup>. Por tanto, conforme a estas disposiciones legales, la apertura del procedimiento penal por situaciones concursales punibles quedaba condicionada a la correspondiente calificación, por parte del juez civil, de la quiebra o del concurso (pieza quinta y tercera, respectivamente, en cada uno de estos procedimientos), así como a la providencia del juez civil por la que se manda testimonio al juez penal para la incoación de la causa criminal<sup>15</sup>. No obstante, aun siendo preceptiva la calificación de la quiebra o concurso por parte del juez civil, dicha calificación no vinculaba materialmente por entero al juez penal, al menos según el entendimiento de la doctrina y de la jurisprudencia más moderna relativa al Código penal anterior al de 1995<sup>16</sup>.

Esta subordinación de la regulación penal a la legislación privada fue fuertemente contestada por la doctrina. Por un lado, por el hecho mismo de remitirse en bloque a otras ramas del Derecho mediante la técnica de las leyes penales en blanco<sup>17</sup>, procedimiento que, en principio, merece rechazo, ya que transmite la idea de que el Derecho penal se encuentra incapacitado para definir sus propios ilícitos en esta materia<sup>18</sup>. Y, por otro lado, porque esta remisión se llevaba a cabo a una regulación de Derecho privado que presentaba, como se ha denunciado previamente, numerosas lagunas y deficiencias, lo que se dejaba sentir en el ámbito penal. Resaltemos algunas consecuencias de esta remisión: dificultad de separación entre los delitos de alzamiento de bienes y de quiebra fraudulenta, por constituir aquél, con arreglo al n.º1 del art.890 del Código de Comercio, una modalidad de la citada clase de quiebra, parificación que sin embargo el Código penal nunca ha acogido<sup>19</sup>; impunidad de conductas que, aun constituyendo insolvencias graves causantes de notorios perjuicios para los acreedores, no podían calificarse de quiebras punibles por aprovecharse del expediente de suspensión de pagos<sup>20</sup>; y, principalmente, la inoperancia de la regulación penal, pues, al depender la persecución penal del previo desarrollo de un proceso civil lento, prolijo e inseguro, regulado por normas contradictorias y obsoletas, la protección penal de los intereses en juego se convertía en ilusoria, problema acentuado por los obstáculos existentes para perseguir otros posibles delitos cometidos por el deudor quebrado (falsedades, estafas, etc.), debido a la *vis atractiva* de la quie-

<sup>14</sup> Art.1300 LEC-1881: "Declarada por sentencia firme la culpabilidad del concursado, cuya declaración se entenderá sólo para los efectos civiles, el Juez mandará proceder contra él criminalmente en la misma pieza tercera. La sustanciación se acomodará en adelante al orden de proceder establecido para el juicio criminal".

<sup>15</sup> MORENO VERDEJO, *El tratamiento...*, cit., pág.142.

<sup>16</sup> SSTS. 10-4-92 (RAJ.2059), 25-10-93 (RAJ.7957), 5-5-94 (RAJ.9341), 28-2-95 (RAJ.1421).

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, «La protección del derecho de crédito en los delitos de insolvencia», en *Poder Judicial*, n.º especial IX, 1989, pág.210.

<sup>18</sup> En este sentido, QUINTERO OLIVARES, *Comentarios...*, cit., págs.1176 y s.

<sup>19</sup> QUINTERO OLIVARES, *Comentarios...*, cit., pág.1176.

<sup>20</sup> Cuestión resaltada por SAGRERA TIZÓN, *El Derecho concursal en el nuevo Código Penal*, Valencia: Revista General de Derecho, 1998, pág.27.

bra<sup>21</sup>. En suma, la intervención penal se había venido revelando estéril, al quedar comprometida su eficacia por la de un procedimiento civil preliminar, complejo en el fondo (al tratarse de un procedimiento colectivo, normalmente con múltiples afectados) y complicado en la forma (al ser regulado por una normativa desfasada e inadaptada a la realidad)<sup>22</sup>.

Y a estos problemas derivados de la relación entre el Derecho penal y el privado habría que añadir los propios de la regulación penal, como, por ejemplo, y siguiendo a MUÑOZ CONDE, el carácter arcaizante de algunas de sus expresiones (empezando por el mismo nombre de “alzamiento”), el distinto tratamiento de los tipos según la condición del sujeto activo (comerciante o no) o los preceptos específicos sobre complicidad, derogadores de las reglas generales sobre autoría y participación<sup>23</sup>. Por todo ello no es de extrañar que la regulación penal de las insolvencias punibles del Código anterior haya sido calificada por VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC de “desdichada y atormentada”<sup>24</sup> y que se reclamase incesantemente su reforma<sup>25</sup>.

### III. La regulación de las insolvencias punibles en el Código penal de 1995: *accesoriedad limitada*

El desolador panorama en materia de insolvencias punibles que se acaba de describir, y con el que se enfrentaba el prelegislador penal español de los últimos años, hacía presagiar una radical reforma de la orientación y contenido de estos delitos en los sucesivos proyectos de formación de un nuevo Código penal. Y no cabe duda de que el codificador de 1995 ha pretendido ser el legislador *solvente* embarcado en la tarea de rescatar la vigencia de la norma penal, rompiendo amarras con la legislación privada y limitando su accesoriadad respecto de ésta. Para ello, se ha apoyado casi por completo en la labor realizada por el Proyecto de CP de 1992, sobre cuyas bases

<sup>21</sup> QUINTERO OLIVARES, *Comentarios...*, cit., págs.1176 y s.

<sup>22</sup> No obstante, hay que hacer notar que la complejidad esencial de la materia favorece la inoperancia de la regulación penal (en este sentido, JAÉN VALLEJO, «Las insolvencias punibles», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1996, nº58, pág.42). Como pone de manifiesto TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho penal económico*, PPU, Barcelona, 1993, pág.214, se acepta comúnmente que en estos delitos la cifra negra es considerable, lo que ratifica CUELLO CONTRERAS, *Insolvencias...*, cit., pág.38, quien indica que el número de delitos perseguidos al año es muy inferior al número de casos en los que habría más que indicios de su comisión, y el número de condenas es aún menor, tendencia favorecida, como apunta REY GONZÁLEZ, *El delito de alzamiento...*, cit., págs.765 y s., por la propensión de los Tribunales a no admitir querellas por estos delitos y menos aún a condenar.

<sup>23</sup> MUÑOZ CONDE, *La protección...*, cit., pág.210.

<sup>24</sup> VIVES ANTÓN-GONZÁLEZ CUSSAC, «Comentarios al capítulo VII del título XIII del Libro II», en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol.II, dirigidos por Vives Antón, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pág.1273.

<sup>25</sup> Por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *La protección...*, cit., pág.210.

el CP-95 apenas ha introducido modificaciones<sup>26</sup>. No en vano el Proyecto de CP de 1992 declaraba, en su Exposición de Motivos, su propósito de “acabar con la situación actual”, debido a “los defectos de una legislación corta y confusa que ciertamente no soporta el examen del derecho comparado, por lo cual resultaba imprescindible su total revisión”.

Los cambios operados por el CP-95 comienzan con la ubicación e intitulación de los delitos relativos a las insolvencias. Así, las insolvencias punibles se agrupan en el Capítulo VII del Título XIII del Libro II del Código penal, con una rúbrica común que precisamente recoge tal expresión (“de las insolvencias punibles”)<sup>27</sup>. Se trata, como se indicaba, de una novedad respecto del Código anterior, pues en éste las figuras delictivas objeto de examen aparecían sistematizadas, con el título “del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles”, en la Sección primera del Capítulo IV del Título XIII (delitos contra la propiedad), es decir, englobadas en el capítulo dedicado a las defraudaciones, junto con la estafa y la apropiación indebida.

La nueva intitulación y su diferente ubicación (cercana a las defraudaciones, pero separada de ésta) son consecuencia de los comentarios doctrinales a la consideración y situación de las insolvencias en el Código precedente. En cuanto a su rúbrica, la doctrina venía indicando que la alusión a la “insolvencia punible”, como si de un delito independiente se tratara, era técnicamente incorrecta<sup>28</sup>, pues hacía pensar que las insolvencias, además del género, eran una especie de delito<sup>29</sup>. Como señala GONZÁLEZ RUS, con la nueva rúbrica se pone de manifiesto que la situación de insolvencia constituye elemento común de las figuras delictivas que dan contenido al Capítulo, de manera que el alzamiento de bienes (y sus modalidades específicas), la quiebra, el concurso y la suspensión de pagos resultan formas punibles de insolvencia<sup>30</sup>. Respecto de su relación con las defraudaciones, la cuestión venía siendo más controvertida, pues ciertamente, como subraya MUÑOZ CONDE, las insolvencias se encuentran estrechamente emparentadas con ellas, ya que, si bien el engaño no es elemento principal del tipo de injusto de las diversas insolvencias punibles, sí

<sup>26</sup> El Proyecto de Código Penal de 1992 contemplaba las insolvencias punibles en los artículos 265 a 268, en términos muy semejantes a los de los arts. 257 a 261 CP-95, con pequeñas diferencias, por lo general de carácter estilístico; tan sólo debe mencionarse la salvedad del actual art.259, que no tiene precedente en el Proyecto de CP de 1992.

<sup>27</sup> Esta nueva intitulación ha sido acogida favorablemente por la doctrina: *cfr.* SUÁREZ GONZÁLEZ, «Comentarios a los artículos 257 a 261», en *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por Rodríguez Mourullo, Madrid: Civitas, 1997, pág.728; CERES MONTES, «La insolvencia punible en el nuevo Código Penal», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº287 (27-3-97), pág.2; OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, 2ª ed., Madrid: Colex, 1997, pág.38.

<sup>28</sup> DEL ROSAL BLASCO, «Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pág.6.

<sup>29</sup> VIVES ANTÓN-GONZÁLEZ CUSSAC: *Los delitos de alzamiento de bienes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, pág.9.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ RUS, *Curso...*, cit., pág.724.

se halla presente, siquiera de modo indirecto, al quebrantarse la confianza de los acreedores en la capacidad de pago del deudor<sup>31</sup>. Sin embargo, la integración absoluta de las insolvencias en el ámbito de las defraudaciones tampoco resultaba completamente adecuada: por un lado, porque la amplitud del concepto de defraudación restaba valor a su condición de criterio sistemático eficaz<sup>32</sup>, y, por otro lado, porque, como queda dicho, el engaño, de existir, no es elemento determinante ni necesario de la insolvencia punible y, en todo caso, es posterior a la disposición patrimonial efectuada por el acreedor. Por todo ello, parece lógico que se otorgue a las insolvencias sustantividad propia, dadas sus características peculiares<sup>33</sup>: en efecto, como unánimemente resalta la doctrina, las insolvencias punibles muestran una dinámica comisiva común, singularizada por una acción que no consiste en el apoderamiento de bienes ajenos sino en “quedarse” con bienes propios<sup>34</sup>, aunque, como ya advirtiera QUINTANO RIPOLLÉS, el resultado lesivo se proyecta finalmente sobre intereses económicos de terceros<sup>35</sup>.

Además de la reseñada, las novedades más importantes incorporadas al texto punitivo de 1995, haciendo suyas las anticipadas por el Proyecto de 1992, son, a juicio de la doctrina, las siguientes<sup>36</sup>:

- Reforzamiento de la autonomía del alzamiento de bienes como figura delictiva respecto de las situaciones concursales, independencia que viene realizada por la ausencia de remisión al Código de Comercio en la descripción de la quiebra punible, ya que dicho cuerpo normativo, como se ha señalado, incluía al alza-

<sup>31</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pág.392; en el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO, *Las insolvencias...*, cit., pág.7; para LÓPEZ GARRIDO - GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid: Eurojuris, 1996, pág.135, “el elemento del fraude sigue estando presente en la mayoría de tipos” recogidos en el capítulo dedicado a las insolvencias punibles.

<sup>32</sup> En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Delitos patrimoniales y económicos)*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, pág.212; VIVES ANTÓN-GONZÁLEZ CUS-SAC, *Los delitos...*, cit., pág.9.

<sup>33</sup> En este sentido, VIVES ANTÓN-GONZÁLEZ CUS-SAC, *Los delitos...*, cit., pág.9.

<sup>34</sup> GONZÁLEZ RUS, *Curso...*, cit., pág.724; VIVES ANTÓN-GONZÁLEZ CUS-SAC, *Los delitos...*, cit., pág.9.

<sup>35</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo III, Madrid, 1965, págs.3 y s.

<sup>36</sup> En relación con las novedades más destacadas del nuevo Código Penal en esta materia, *cfr.*, entre otros, BENEYTEZ MERINO, «Las insolvencias punibles», en *Curso de Derecho penal económico*, dirigido por Bacigalupo, Madrid: Marcial Pons, 1998, pág.172; GÓMEZ PAVÓN, «Las insolvencias punibles en el Código penal actual», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1998, nº64, pág.51; GONZÁLEZ RUS, *Curso...*, cit., pág.724; LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN, *El Código Penal...*, págs.135 y s.; MORENO VERDEJO, *El tratamiento...*, cit., págs.124 y s.; NIETO MARTÍN, «Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal», en *Actualidad Penal*, 1996, nº40, págs.765 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios...*, cit., pág.1177; REY GONZÁLEZ, *El delito de alzamiento...*, cit., pág.757; SAGRERA TIZÓN, *El Derecho concursal...*, cit., págs.43 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios...*, cit., pág.728; VIVES ANTÓN-GONZÁLEZ CUS-SAC, *Los delitos...*, cit., pág.9.

- miento entre los supuestos de quiebra (art.890)<sup>37</sup>. Con esta misma finalidad se añade la previsión del art.257.3 CP (el delito de alzamiento se perseguirá aun cuando se inicie después de su comisión una ejecución concursal).
- Supresión de las diferencias típicas en función de la condición de comerciante del sujeto activo: ni se crea un subtipo agravado en el alzamiento de bienes, ni se distingue entre delito de quiebra y delito de concurso de acreedores, pues ambas figuras se tratan conjuntamente en el artículo 260 como modalidades de insolvencia<sup>38</sup>.
  - Eliminación de la diversidad de tipos originada por la diferente calificación de la quiebra como fraudulenta o como culpable<sup>39</sup>.
  - Derogación de los tipos particulares de complicidad.
  - Inclusión de supuestos específicos de alzamientos de bienes (arts.257.1.2º, 258), tipificación tendente a aclarar la relevancia penal de determinados casos cuya incriminación era dudosa en la interpretación tradicional del supuesto genérico de alzamiento.
  - Inclusión de la suspensión de pagos entre las modalidades de insolvencia castigadas como supuestos concursales (art.260).
  - Creación de nuevos tipos relacionados con las figuras tradicionales de insolvencia, como el favorecimiento ilícito de acreedores (art.259) y la presentación de datos contables falsos para lograr una declaración indebida de quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores (art.261).
  - Limitación de la intervención penal a los supuestos de insolvencias creadas o agravadas dolosamente.
  - Repudio de la técnica de las leyes penales en blanco para describir la conducta típica de las insolvencias relacionadas con supuestos concursales, aunque a cambio de una profusa utilización de elementos normativos.
  - Intento de desvinculación de la jurisdicción penal respecto de la calificación de la quiebra en el orden civil, tanto desde el punto de vista material (apartado cuarto del art.260), acotando el alcance en el ámbito penal de la calificación civil de la quiebra, como procesal (apartado tercero del mismo artículo)<sup>40</sup>, soslayando el requisito de procedibilidad que venía condicionando la persecución de los delitos de quiebra<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Como también sucede en la nueva Ley Concursal, que considera el alzamiento causa de calificación de la quiebra como culpable (art.164.2.4º).

<sup>38</sup> Equiparación que, en coherencia con la Ley Concursal de julio de 2003, se hace absoluta en la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

<sup>39</sup> Según NIETO MARTÍN, *El delito...*, cit., pág.13, se trata de la particularidad del CP-95 en materia de delitos concursales “menos llamativa y a priori la que menos inquietud debe provocarnos”.

<sup>40</sup> En este sentido, VIVES ANTÓN-GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos...*, cit., pág.10.

<sup>41</sup> Debe advertirse que una parte de la doctrina no entiende tan claramente derogada la condición de perseguibilidad; *cfr.* CERES MONTES, *La insolvencia punible...*, cit., pág.4; OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito...*, cit., págs.140 y ss.; BISBAL MÉNDEZ, «El rompecabezas concursal», en *El nuevo Derecho Penal español. Estu-*

La enumeración de estos cambios permite afirmar que la revisión del CP-95 en materia de insolvencias punibles ha sido, en efecto, profunda, tal y como se proponía el prelegislador de 1992. Las modificaciones pueden sintetizarse, de acuerdo con el orden de exposición reseñado, en tres grupos: A) las que alteran el esquema de los tipos de insolvencias punibles, mediante la supresión de lo que en el apartado anterior se ha llamado ordenación por “parejas” de configuraciones típicas: de esta forma, se supera la distinción entre tipos de quiebra y de concurso, entre insolvencia fraudulenta y culpable y entre tipos de autoría y de complicidad (la única excepción, aunque importante, es el mantenimiento de la dualidad alzamiento de bienes-supuestos concursales); B) las que suponen creación de nuevos tipos o incriminación de nuevas conductas (lo más frecuente)<sup>42</sup>, como los arts.257.1.2º, 258, 259 y 261, o las que implican despenalización de otras (lo que prácticamente sólo sucede con las conductas imprudentes); y C) las destinadas a proclamar la autonomía del Derecho penal (como el abandono de la técnica de las leyes penales en blanco y la desvinculación de la jurisdicción penal respecto de la civil).

Como puede observarse, el mayor interés del legislador de 1995 y el supuesto logro más destacado del mismo ha consistido en la recuperación de la autonomía del Derecho penal<sup>43</sup>, entregada *intolerablemente* por el CP anterior al Derecho privado. A un intérprete desconocedor de la regulación del CP precedente, la lectura de los artículos 257 y siguientes CP-95 no podrá dejar de producirle perplejidad, principalmente por la proliferación de preceptos aclaratorios, redundantes y declarativos, casi programáticos, redactados con lenguaje sentencioso (“lo dispuesto en este artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen...”, “en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula...”), destinados ante todo a recalcar la autonomía del Derecho penal (apartados 2 y 3 del art.257, apartados 3 y 4 del art.260) o a esclarecer firmemente la extensión de su vigencia (art.257.1.2º, art.258). Pero, tal vez centrado el legislador en esta preocupación básica, ha descuidado otros aspectos esenciales de la regulación y, sobre todo, no ha acertado a definir criterios jurídicos que la vertebrén con firmeza, como se va a poner de manifiesto a continuación.

---

*dios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, dirigido por Quintero Olivares y Morales Prats, Pamplona: Aranzadi, 2001, pág.969. Asimismo, hay que reiterar que la desvinculación material respecto de la calificación efectuada en la jurisdicción civil no resulta propiamente una novedad, pues ya venía admitiéndose así con la regulación anterior.

<sup>42</sup> En varios casos propiamente no hay “nueva” incriminación, puesto que en realidad algunos tipos novedosos obedecen a la finalidad de aclarar la relevancia penal de conductas cuya tipicidad resultaba controvertida en la práctica jurisprudencial.

<sup>43</sup> Cfr. en este sentido GONZÁLEZ RUS, *Curso...*, cit., pág.724.

#### **IV. La no-regulación de las insolvencias punibles en la Reforma Concursal y en la Reforma del Código Penal de 2003: *accesoriedad mínima***

La aparición de un nuevo Código penal (y, con él, de una regulación deliberadamente apartada de la anterior en materia de insolvencias punibles) no hacía augurar la modificación radical, en un cierto tiempo, del contenido de los artículos 257 a 261 del Código penal. Sólo el advenimiento de la reforma concursal, tantas veces deseado y siempre frustrado, podía alterar el nuevo orden fundado por el Código penal de 1995, ya que la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de la misma fecha ya reclamaba la desaparición de los delitos especialmente relacionados con los procedimientos concursales<sup>44</sup>. Y, efectivamente, cuando finalmente la reforma concursal tomó cuerpo, en septiembre de 2001, en forma de Anteproyectos (de Ley Concursal y de Ley Orgánica para la Reforma Concursal), la conmovición fue, desde el punto de vista penal, sobresaliente: el artículo 3 del Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal (dirigido a recoger las disposiciones de la reforma que, por su naturaleza, requerían el rango de Ley Orgánica), establecía, lisa y llanamente, la derogación del art.260 CP, esto es, la supresión del delito de concurso punible.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto no abundaba en las razones de la despenalización, e incluso en su redacción y argumentación desmerecía de su precedente, la Propuesta de 1995. Básicamente, el Anteproyecto declaraba su propósito de “llevar a sus últimas consecuencias la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia”<sup>45</sup>, por lo que entendía “preciso suprimir el delito de insolvencia causada o agravada dolosamente”, si bien la derogación no alcanzaba a los demás delitos que, ubicados en el capítulo de las insolvencias punibles, podían considerarse “delitos comunes contra el patrimonio, como el alzamiento de bienes y los que sancionan conductas especialmente graves del deudor dentro del procedimiento concursal”<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Según su Exposición de Motivos, “frente a las soluciones tradicionales, de muy limitada funcionalidad, es criterio del legislador que la calificación del concurso de acreedores, como culpable o fortuito, agote su significación en el ámbito del propio concurso, sin trascender al ámbito penal. La sanción civil de la inhabilitación temporal y la eventual condena a los administradores y liquidadores de la persona jurídica deudora a la cobertura total o parcial del déficit patrimonial se consideran instrumentos más eficaces, y también de mayor capacidad disuasoria, que la apertura de un procedimiento penal de incierto resultado. Por supuesto, a los ilícitos criminales que hayan podido cometer el deudor o los responsables de las sociedades mercantiles deberá ser de aplicación el Código penal. Pero se trata de delitos comunes –delitos contra el patrimonio, delitos de falsedad, y no de delitos especiales, los cuales, con la obvia excepción del alzamiento de bienes y figuras muy próximas deben desaparecer”.

<sup>45</sup> Esta separación “neta” también se demuestra, de acuerdo con la citada Exposición de Motivos, en la desaparición del carácter represivo del procedimiento, “que se manifiesta, sobre todo, en la nueva regulación de la calificación del concurso, cuyos efectos, en congruencia con lo dispuesto en el Código Penal de 1995, se limitan a la esfera de lo civil”.

<sup>46</sup> La misma Exposición de Motivos salía al paso de la aparente contradicción consistente en despenalizar la generación de una insolvencia que da lugar a un procedimiento concursal y mantener la incriminación de las conductas relacionadas con dicho procedimiento: “dadas las especialidades del efecto retroactivo de las leyes penales, la supresión de tales menciones liberaría en el futuro de la responsabilidad a quienes hubieren incurrido en estos delitos en relación con aquellos procedimientos”. No obstante, según el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal y al Anteproyecto de Ley Concursal, el planteamiento realizado por el prelegislador “habría aconsejado la derogación de los arts. 259 y 261 del Código Penal, en la medida en que en dichos preceptos se evidencia también el carácter represivo del procedimiento”.

No obstante, a pesar de la naturalidad con que la Exposición de Motivos presentaba la despenalización, como una consecuencia lógica de la pauta marcada por el legislador penal de 1995<sup>47</sup>, la supresión del delito del art.260 no puede calificarse de neutral. En efecto, como señala QUINTERO OLIVARES, “si se estima que es imaginable una insolvencia dolosa sin transitar otros tipos penales no habrá más remedio que admitir que la presencia de este delito equivale a una duplicidad de castigo”, ahora bien, “esa conclusión es precipitada”, ya que “es imaginable –otra cosa es que sea difícil en la práctica una insolvencia dolosamente buscada sin haber cometido otros delitos instrumental o medialmente”<sup>48</sup>. Es decir, la desaparición del art.260 hubiera podido implicar, al menos en algunos supuestos, la impunidad de situaciones concursales dolosas. Pero, aun en el caso de que todo estado concursal merecedor de reproche penal se pudiera subsumir en algún tipo diferente, particularmente otros delitos patrimoniales o de falsedades (y entonces la revisión del delito de quiebra no tendría que haber esperado a la reforma concursal), es evidente que la supresión del art.260 CP generaría aminoraciones muy notables de penalidad de las conductas incriminadas, ya que, al margen de la posible acumulación de penas en caso de apreciarse un concurso real de delitos, no hay que olvidar que el art.260 establece una pena de considerable magnitud (prisión de 2 a 6 años y multa de 8 a 24 meses), superior a la de los delitos patrimoniales recogidos en el título XIII del Código Penal (y también a la de los delitos de falsedades cometidos por particulares). No sancionar por el delito del art.260 provocaría, pues, reducir de modo considerable la pena asociada a la conducta realizada.

Por tanto, la propuesta de la supresión del art.260 CP, fundamentada exclusivamente en la tesis de la separación entre ilícitos civiles y penales, carecía de sentido y se encontraba ayuna de argumentación sólida. Cuestión distinta es que la revisión -o incluso desaparición como tal- del delito concursal se hubiese apoyado en otras razones, más numerosas y convincentes, tanto de índole dogmática como político-criminal<sup>49</sup>. Evidentemente, una forma radical, y segura, de separar ilícitos de diferente naturaleza es eliminar una de las clases de ilícitos, pero un proceder de semejante alcance tiene que cimentarse en bases mejor estructuradas y explicadas. Por ello, como era previsible, esa falta de sentido y de explicación suficiente de la despenalización del delito concursal dio lugar a que el art.3 del Proyecto de Ley Orgánica para

---

<sup>47</sup> El Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal y al Anteproyecto de Ley Concursal parece rubricar la idea de que la previsión contenida en el Anteproyecto no hacía sino profundizar en la línea trazada por el CP-95: “no debe olvidarse que, sin duda, el paso más relevante se produjo con la aprobación de los arts. 257 a 261 del vigente Código penal”, ya que éste “pone fin a un proceso, que comenzando en la Edad Media con la penalización de toda clase de quiebras, continuaría en las Ordenanzas de Bilbao y los Códigos de Comercio de 1829 y 1885”.

<sup>48</sup> QUINTERO OLIVARES, «La polémica presencia del Derecho penal en los problemas concursales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2<sup>a</sup> época, nº2 (1998), págs.123 y s.

<sup>49</sup> Cfr. NIETO MARTÍN, *El delito...*, cit., págs.24 y ss.

la Reforma Concursal fuera objeto, en cuanto comenzó su tramitación parlamentaria, de un contundente ataque, que acabó por *suprimir la supresión*.

De las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal, dos se refirieron específicamente a la supresión del art.260 CP, una firmada por el Grupo Parlamentario Socialista (nº24) y otra por el Grupo Parlamentario Catalán-Convergència i Unió (nº42)<sup>50</sup>. La primera de ellas proponía la supresión del artículo 3 del Proyecto (y consecuentemente el mantenimiento del art.260 CP en términos idénticos al texto vigente), puesto que “no parece razonable producir esta despenalización cuando se trata de conductas social y económicamente dañinas, que producen graves perjuicios a los acreedores, que lesionan la confianza en el crédito y en el comercio y que por todo ello son merecedoras de la sanción penal”<sup>51</sup>. La segunda de las enmiendas proponía mantener el art.260 CP, aunque modificando la redacción del tipo contenido en su apartado primero, con el siguiente tenor: “el que fuere declarado en concurso de acreedores será castigado con las penas de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando el deudor, su representante o el administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica, dolosamente hubiere provocado en la empresa una situación de insolvencia definitiva que comporte la destrucción de la unidad productiva”. Según el Grupo Parlamentario enmendante, “es incongruente que se considere delictivo el alzamiento de bienes y no lo sea la quiebra planeada”, así como “incomprensible que se pueda condenar como delitos autónomos conductas meramente instrumentales de esa quiebra dolosa (...) y en cambio se opte por desincriminar conductas claramente más graves como son la creación dolosa de la situación de quiebra (...), que en algunos casos puede afectar al orden socioeconómico”<sup>52</sup>.

La Ponencia acogió las críticas de los grupos enmendantes y acordó proponer, en su Informe, la supresión del artículo 3 del Proyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal<sup>53</sup>. El Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso asumió

<sup>50</sup> BOCG, A-102-15, 10-12-2002.

<sup>51</sup> BOCG, A-102-14, 29-11-2002. Insistía la justificación de la enmienda en que “no puede admitirse el argumento de que se trata de ilícitos civiles. Se trata de insolvencias producidas dolosamente para defraudar a los acreedores y por ello están tipificadas en el Código Penal”. Ya en el debate a la totalidad del Proyecto (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 196, 17-10-2002) el diputado Barrero, del Grupo Socialista, explicaba que “no entendemos cómo la ley orgánica intenta eliminar el artículo 260 del Código Penal y considerar como un ilícito civil solamente (...) la actuación fraudulenta que se da en una situación de insolvencia buscada (...). Cuando en muchos lugares se está buscando que esas conductas tengan su sanción penal, se entiende con mucha dificultad que podamos plantear esto desde este Congreso”.

<sup>52</sup> BOCG, A-102-14, 29-11-2002. El Grupo Parlamentario que presentó la enmienda añadía en su justificación que “es coherente sancionar mercantilmente las quiebras imprudentes y penalmente las dolosas” y “en ningún caso parece congruente que se pretenda la supresión del art.260 CP y se mantenga el artículo 259”. En apoyo de la redacción propuesta del art.260, aducía que “aprovechando la definición que el Proyecto de Ley Concursal, en su artículo 164, pretende hacer del concurso culpable, el delito de quiebra del artículo 260 del Código Penal debería verse modificado en similar sentido para que se pueda, de una vez, establecer nítidamente la frontera entre el ámbito de la mera relevancia mercantil y el del delito. La propuesta sugerida en esta enmienda reserva el delito para los casos de creación dolosa de la insolvencia definitiva”.

<sup>53</sup> BOCG, A-102-16, 24-3-2003.

en este punto el Informe de la Ponencia<sup>54</sup>. Y la *revitalización* del art.260 CP suscitó parabienes de los grupos parlamentarios enmendantes, alguno de los cuales habían hecho de esta cuestión una “causa casi bélica”<sup>55</sup>, y no produjo lamento alguno entre los que apoyaban el texto remitido por el Gobierno<sup>56</sup>. Sin más modificaciones de este precepto en la tramitación parlamentaria, la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, acabó por no reformar el Código Penal en ningún aspecto. Era lo natural, planteado el debate en términos tan pueriles (y tan alejados de la seriedad que demandan la dogmática jurídica y la política criminal): si nadie pretendía despenalizar conductas, y suprimir un delito del Código penal implica despenalizar conductas o, cuando menos, reducir su penalidad, la reforma propuesta, evidentemente, tenía que concluir de la forma en que lo hizo.

Por su parte, como se ha indicado, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, contiene escasas referencias a extremos que puedan repercutir en el ámbito penal. Probablemente, el precepto que más trascendencia alcanza en este terreno es el artículo 163.2, que establece que “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”. En esta misma línea, el art.189, en su apartado primero, prescribe que “la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste”<sup>57</sup>. En suma, continuando con el guión escrito por el CP-95, la Ley Concursal lleva a sus últimas consecuencias la desvinculación de los procedimientos (y de sus objetos) concursal y penal, de forma ya taxativa y sin ningún género de dudas<sup>58</sup>. Pero, como se ha venido adelantando, con estas *soflamas*

<sup>54</sup> BOCG, A-102-18, 31-3-2003.

<sup>55</sup> Así, el diputado Barrero señalaba que “la satisfacción en este trámite también nos viene dada porque habíamos hecho una causa casi bélica (...) de la no eliminación, como aparecía en el proyecto, del artículo 260 del Código Penal”. El diputado Silva Sánchez, del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió), también mostró su satisfacción “porque, a diferencia del planteamiento del proyecto, se renuncia ya a la supresión del delito de quiebra fraudulento” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 717, 25-3-2003).

<sup>56</sup> El diputado Ayala Sánchez, del Grupo Popular, mantuvo que “la supresión de la derogación del artículo 260 del Código Penal (...) mejora de forma clara el texto y deja de manifiesto la pretensión de mi grupo de en ningún caso despenalizar actuaciones que son constitutivas de delito (...) y amparar actuaciones que se salen del marco estricto de lo que es el comercio en momentos en que puede haber una crisis” ((Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 717, 25-3-2003).

<sup>57</sup> El apartado segundo de este mismo artículo añade que “admitida a trámite querrela o denuncia criminal sobre hechos que tengan relación o influencia en el concurso, será de competencia del juez de éste adoptar las medidas de retención de pagos a los acreedores inculpados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal, siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal”.

<sup>58</sup> No obstante, el artículo 4 de la Ley Concursal establece la intervención del Ministerio Fiscal para permitir la necesaria colaboración entre órdenes jurisdiccionales: “cuando en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez de lo mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor, a los efectos pertinentes, por si respecto de éste se encontrase en tramitación un procedimiento concursal. Asimismo, instará el Ministerio Fiscal del juez que conozca de la

de afirmación de autonomía no se han solucionado los problemas que se derivan de la necesaria relación entre los procedimientos concursales y las insolvencias punibles, máxime cuando la Ley Concursal sigue contemplando (art.2.4.3<sup>o</sup>) el alzamiento de bienes (delito según el art.257 CP) como hecho que fundamenta la solicitud de la declaración de concurso por parte de un acreedor (declaración que es el presupuesto de aplicación del delito concursal del art.260 CP) y como causa de calificación del concurso como culpable (art.164.2.4<sup>o</sup>).

Finalmente, en este devenir legislativo sobre el fenómeno de las insolvencias desde la entrada en vigor del CP-95, el último paso lo ha dado la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código penal. La actualización del Código Penal en este punto ha sido, sin embargo, como se anticipó al comienzo, puramente formal, ya que se ha contraído a sustituir las expresiones “quiebra, concurso o suspensión de pagos” por “concurso” (arts.259 y 260) o “concursal” (art.261), pero sin modificar ningún aspecto sustantivo de los tipos penales<sup>59</sup>.

## **V. Valoración y crítica de los criterios de regulación del Código penal en materia de insolvencias punibles**

Ciertamente, la regulación del CP-95, vigente en nuestros días, atemperó el casi completo sometimiento del Derecho penal al Derecho privado en materia de insolvencias punibles, que ha pasado de ser completamente accesorio a mínimamente dependiente; pero este avance tan sólo permite aventurar (y además con bastantes elementos para suscitar la duda) una mayor intervención de la hasta ahora estéril regulación penal en este campo, sin que pueda asegurarse paralelamente que esa participación sea buena, ni siquiera mejor que la anterior. Sin entrar en el detalle de cada uno de los tipos, tarea que excede del propósito de este artículo, cabe formular varios reparos a los arts.257 a 261 CP-95, que se pueden resumir en los siguientes puntos: 1) imprecisión en las relaciones con el Derecho privado, tanto civil como mercantil; 2) creación de graves problemas de índole procesal; 3) desorientación en los criterios penales inspiradores de la regulación. Conviene exponer más circunstancialmente estas críticas.

1) En la regulación de las insolvencias punibles en el CP-95 se deja notar la falta de una adecuada delimitación del ámbito de lo punible respecto de los ilícitos civiles y mercantiles que también tienen su punto de partida en situaciones de insolvencia

---

causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan”.

<sup>59</sup> De acuerdo con la Disposición Final Quinta de la Ley Orgánica 15/2003, la modificación de estos artículos no entrará en vigor al mismo tiempo que la inmensa mayoría del resto de reformas contenidas en dicha Ley (1 de octubre de 2004), sino el mismo día en que lo haga la Ley Concursal (1 de septiembre de 2004).

del deudor, problema que se intensifica porque el legislador penal parece haber actuado al margen del Derecho privado. Y, lo que es igualmente grave, este desentendimiento conduce, en la mayoría de las ocasiones, a una extensión desmedida del campo punitivo<sup>60</sup>. Sin embargo, la unidad del ordenamiento jurídico, la vigencia de ciertos principios informadores del Derecho penal (en particular, el de mínima intervención, tanto en la vertiente de subsidiariedad como en la de fragmentariedad), así como su naturaleza, si no accesoria, sí dependiente de otros sectores jurídicos, reclaman al Derecho penal que se coordine mejor con las demás ramas del ordenamiento jurídico y que concilie sus instrumentos de intervención con los mecanismos de protección que prevén los restantes sectores para la salvaguardia de los mismos bienes jurídicos. La solución que ofrece el CP-95 para precisar sus relaciones con el Derecho privado no puede calificarse de satisfactoria, pues se reduce a proclamar la desvinculación del Derecho penal respecto del Derecho mercantil y a afirmar la existencia de criterios y objetivos propios<sup>61</sup>. Sin embargo, el engarce de la regulación penal con la del Derecho privado, como pone de manifiesto OCAÑA RODRÍGUEZ, “comporta sin duda graves problemas técnicos y de detalle”<sup>62</sup>, dificultades respecto de las cuales el legislador penal se despreocupa, para desánimo del intérprete y turbación del práctico del Derecho. Ahora bien, de este desencuentro entre Derecho penal y Derecho privado -o, más bien, exceso de encuentro debido a las tenues fronteras que separan ambos territorios jurídicos- no es sólo culpable el legislador penal: actúa, como señala YZQUIERDO TOLSADA, con la “complicidad” del legislador civil<sup>63</sup>.

En efecto, como resulta evidente, el Derecho civil es el sector jurídico que, de modo primario, otorga protección al derecho de crédito, protección que alcanza a todas las facultades que lo integran, a todas las fases de su desenvolvimiento y frente a cualquier lesión, comprendiendo medios muy variados y numerosos de carácter preventivo, asegurativo y ejecutivo, desde el embargo preventivo a las acción subrogatoria y a la acción pauliana, pasando por la acción de cumplimiento<sup>64</sup>. Sucede, sin embargo, que los presupuestos de aplicación de alguno de estos mecanismos de tutela coinciden con los elementos del tipo más nuclear de las insolvencias punibles,

---

<sup>60</sup> En este punto es revelador el hecho de que la Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1992 -base en esta materia del CP-95- achacase a la legislación anterior el defecto de ser “corta” e insuficiente y que resaltase como uno de los principales logros de la normativa propuesta la proliferación de nuevos tipos que venían a completar el tradicional delito de alzamiento de bienes.

<sup>61</sup> En estos términos se pronunciaba la Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1992: “la regulación que se propone para los delitos concursales (...) se caracteriza por estar desvinculada formalmente de la legislación mercantil”.

<sup>62</sup> OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito...*, cit., pág.7.

<sup>63</sup> YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Madrid: Dykinson, 1997, pág.396.

<sup>64</sup> RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, Madrid: Dilex, 1995, págs.137 y 143; el examen de cada un de estos medios se expone en págs.28 y ss.

como es el alzamiento de bienes<sup>65</sup>. En concreto, así ocurre en la acción pauliana<sup>66</sup>, cuyos requisitos, siguiendo a DÍEZ-PICAZO, son la realización de un acto que cause perjuicio a los acreedores y carácter fraudulento del acto, perjuicio y fraude que se manifiestan a través de una situación de insolvencia<sup>67</sup>. Por tanto, aunque es habitual sostener, para justificar la intervención penal y delimitar el ilícito penal del civil, que en las insolvencias punibles no se castiga el mero incumplimiento del crédito, ni siquiera la insolvencia en sí, sino el fraude empleado por el deudor para frustrar la legítima expectativa de cobro del acreedor<sup>68</sup>, puede comprobarse que este elemento no es verdaderamente rasgo distintivo de la infracción penal, ya que precisamente la concurrencia de *consilium fraudis* es requisito de la acción pauliana<sup>69</sup>. A esta concurrencia de presupuestos<sup>70</sup> hay que unir el hecho de que “en el ámbito del Derecho civil todo son dudas cuando se trata de decidir la prosperabilidad de la acción pauliana ante deudas nacidas pero aún no vencidas”<sup>71</sup>, mientras que el legislador y la jurisprudencia penales resuelven esas dudas de manera expeditiva, al afirmar que el delito de alzamiento de bienes se puede consumir antes del vencimiento de la obligación. Y, finalmente, hay que ponderar la menor lentitud y la mayor economía del proceso penal, que permiten lograr “en el proceso criminal lo que sería difícil conseguir en el proceso civil”<sup>72</sup>. No es de extrañar, pues, que todo este conjunto aliente el recurso al instrumento penal<sup>73</sup> y fomenta, en palabras de RODRÍGUEZ RAMOS, el “talante invasor” del Código penal<sup>74</sup>, lo que convierte al legislador civil, no ya en cómplice, sino en auténtico coautor de la huida al Derecho penal, compartiendo tal

<sup>65</sup> RUIZ MARCO, *La tutela penal...*, cit., pág.29.

<sup>66</sup> Pone de manifiesto las similitudes de presupuestos de la acción pauliana y del alzamiento de bienes YZQUIERDO TOLSADA, “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, tomo II, Madrid; Thomson-Civitas, 2003, passim. La cercanía es tal que “todo supuesto ante el cual el Derecho civil reacciona suministrando la acción pauliana es también, en definitiva, un caso constitutivo de delito perseguible de oficio”.

<sup>67</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen II, 5ª ed., Madrid: Civitas, 1996, pág.739.

<sup>68</sup> Por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, «Protección penal del crédito», en *Poder Judicial*, nº especial IX, 1989, pág.180; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, cit., pág.399.

<sup>69</sup> En este sentido, RUIZ MARCO, *La tutela penal...*, cit., págs.29 y 31, quien mantiene que son más numerosos y exigentes los requisitos para el ejercicio de la acción civil; sobre las diferencias entre acción pauliana y alzamiento de bienes, *cfr.* también QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, Barcelona: Praxis, 1973, págs.185 y ss. No obstante, curiosamente en el ámbito civil la interpretación de la expresión “en fraude de” se realiza en clave más objetiva (en el sentido de “con resultado de perjuicio”) que la correlativa locución del alzamiento de bienes (“en perjuicio de”); *cfr.* al respecto FERNÁNDEZ CAMPOS, «Consecuencias civiles del alzamiento de bienes», *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1998, pág.782.

<sup>70</sup> La vinculación histórica entre la acción pauliana y el alzamiento de bienes puede comprobarse en PUIG PEÑA, «Teoría de la acción pauliana», *Revista de Derecho Privado*, XXIX, 1945, nº342, pág.478.

<sup>71</sup> YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles...*, cit., pág.397.

<sup>72</sup> YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles...*, cit., págs.398 y s.

<sup>73</sup> En este sentido, RUIZ MARCO, *La tutela penal...*, cit., pág.31; YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles...*, cit., págs.398 y s.

<sup>74</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Hacia un nuevo Derecho penal privado y secundario? (las nuevas cuestiones prejudiciales suspensivas)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1996, nº251, pág.1.

título con el legislador, la doctrina y la jurisprudencia penales que vienen promoviendo adelantar el momento de la punibilidad en materia de insolvencias relevantes penalmente. Pero en este camino quedan comprometidos pilares fundamentales del Derecho penal, ya que, como concluye RUIZ MARCO, tal planteamiento parece contrario al principio de mínima intervención<sup>75</sup> y poco respetuoso con los fines del Derecho penal.

Por otro lado, también debe reivindicarse la conveniencia de una adecuada relación del ámbito penal con el privado en los supuestos concursales, pues no puede olvidarse que las declaraciones de quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores (de concurso sin más en la nueva regulación concursal) implican ya efectos jurídicos de particular gravedad (aunque mitigados con la reforma concursal), tanto procesales como personales y patrimoniales, consecuencias que restringen o privan de derechos al concursado<sup>76</sup>. Sin embargo, tampoco puede predicarse esta claridad de la regulación efectuada por el CP-95, puesto que la conducta típica de los supuestos concursales se describe de manera vaga<sup>77</sup>, si bien la imprecisión es menor que en el caso de la relación entre el delito de alzamiento de bienes y los instrumentos civiles de protección del crédito, pues para que exista delito del artículo 260 el legislador marca la necesidad de que concurra dolo en el comportamiento generador de insolvencia.

2) En el campo procesal los problemas generados no son de menor dimensión. En su afán por desmontar el conjunto de obstáculos que determinaban la inoperancia de la regulación penal de las insolvencias, el legislador ha enmarañado el devenir procedimental de algunos aspectos, tal y como se está denunciando desde la perspectiva práctica. Como ya se ha adelantado, la desaparición de la condición de perseguibilidad que limitaba la acción penal a la previa calificación de la quiebra y a la orden de proceder del juez civil no se realizó de la forma más contundente posible, a saber, la derogación de los preceptos del Derecho privado que establecían tales condiciones, lo que ha permitido a parte de la doctrina, sobre todo procedente del ámbito judicial, sostener aún su vigencia<sup>78</sup>; han tenido que ser las reformas procesal civil y concursal operadas por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Concursal las

<sup>75</sup> RUIZ MARCO, *La tutela penal...*, cit., pág.137.

<sup>76</sup> Respecto de los efectos de las declaraciones de quiebra y de suspensión de pagos en la regulación aún vigente, *cfr.* VICENT CHULIÁ, *Introducción...*, cit., págs.748 y ss. y págs.757 y ss., respectivamente; en cuanto a las del concurso, *cfr.* DÍEZ-PICAZO – GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol.II, 4ª ed., Madrid: Tecnos, 1986, págs.302 y ss. En lo referente a la legislación reformada, *cfr.* ante todo el art.1 de la Ley Orgánica 8/2003, para la Reforma Concursal.

<sup>77</sup> En este sentido, aunque en relación con los Proyectos precedentes al CP-95, RUIZ MARCO, *La tutela penal...*, cit., pág.395. Según TIEDEMANN, *Lecciones...*, cit., pág.224, es destacable la renuncia absoluta del (pre)legislador español a definir los hechos de bancarrota.

<sup>78</sup> *Cfr.* Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1995 (referida al Proyecto de CP de 1994); CERES MONTES, *La insolvencia punible...*, cit., pág.4; OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito...*, cit., págs.140 y ss.

que zanjen, de manera por fin más clara, la discusión. Pero, de mantenerse la tesis mayoritaria, reforzada por la Ley Concursal, por la que se predica la falta de necesidad de previa calificación de la quiebra y consiguiente orden de proceder del juez civil para actuar en vía penal<sup>79</sup>, se abre la posibilidad de la coexistencia de dos procedimientos, el civil y el penal, que pueden dar lugar a pronunciamientos diferentes sobre idénticos aspectos de la quiebra<sup>80</sup>. Y no menos insondable es el procedimiento que ha de seguirse en el caso de que una conducta, calificable como alzamiento de bienes, sea a su vez el origen de una declaración de concurso, ya que lo dispuesto en el art.257.3 CP-95 no facilita la superación de las dificultades procesales que pueden surgir en este caso<sup>81</sup>.

3) En el terreno estrictamente penal, las objeciones que pueden oponerse a la regulación del CP-95 estriban, por un lado, en algunas deficiencias técnicas de los preceptos y, por otro, y principalmente, en la falta de claridad de los objetivos de la misma. No es éste el lugar adecuado para examinar particularizadamente cada uno de los tipos de insolvencias punibles; no obstante, sí debe ponerse de manifiesto que, a pesar de la longevidad de las insolvencias punibles en el Código Penal, aún no existe un auténtico acuerdo doctrinal, amparado en el texto legal, acerca de cuestiones fundamentales como su estructura típica o la inclusión de elementos subjetivos en el tipo de injusto<sup>82</sup>, divergencias comprensibles si se analiza la vaguedad de los enunciados legales<sup>83</sup>. Sí conviene resaltar ahora, con carácter general, la ausencia de sólidos criterios que confieran sentido a la regulación legal.

Ante todo, debe dejarse constancia de la dificultad de poder delimitar adecuadamente los criterios que orientan la regulación penal de las insolvencias cuando la polémica sigue abierta, y enconada, en relación con la fijación del bien jurídico protegido. Como destaca GÓMEZ PAVÓN, probablemente uno de los temas más debatidos en materia de insolvencias punibles sea la determinación del bien jurídico protegido<sup>84</sup>, debate que hoy en día enfrenta a los partidarios de la tesis de su naturaleza individual-

<sup>79</sup> Por todos, VIVES ANTÓN-GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al capítulo VII...*, cit., pág.1273.

<sup>80</sup> Cfr. CERES MONTES, *La insolvencia punible...*, cit., pág.5 y s.

<sup>81</sup> Así lo demuestra OCAÑA RODRÍGUEZ: *El delito...*, cit., págs.135 y ss.

<sup>82</sup> Cfr., respecto del delito de alzamiento de bienes, PAREDES CASTAÑÓN, «Lo subjetivo y lo objetivo en el tipo del delito de alzamiento de bienes», en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, dirigido por Quintero Olivares y Morales Prats, Pamplona: Aranzadi, 2001, págs.1630 y ss.; respecto del delito concursal, NIETO MARTÍN, *El delito...*, cit., págs.84 y ss.

<sup>83</sup> Como señalan BAJO-BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pág.384, el tipo de alzamiento de bienes, dada la descripción de la acción típica, es “de estructura abierta, por lo que pueden incluirse toda clase de comportamientos”. Así, la STS. 29-11-2000 (RAJ.9529) denuncia, en relación con el alzamiento de bienes, el “déficit descriptivo del texto legal, dudosamente compatible con el requisito de descripción exhaustiva de la conducta típica, emanado del art.25.1 CE”. Por otro lado, sobre la dificultad de precisar los conceptos de insolvencia y crisis económica en el art.260 CP, cfr. NIETO MARTÍN, *El delito...*, cit., págs.162 y ss.

<sup>84</sup> GÓMEZ PAVÓN, *Las insolvencias punibles...*, cit., pág.36.

patrimonial con los seguidores de la tesis de su naturaleza supraindividual-socioeconómica. Sin embargo, históricamente se han designado otros posibles objetos jurídicos de los delitos de insolvencia, tales como la distribución igualitaria del patrimonio del deudor entre todos sus acreedores, la fe pública, la Administración de Justicia o el tráfico comercial, tesis casi unánimemente descartadas en la actualidad, como minuciosamente ha demostrado BUSTOS RAMÍREZ<sup>85</sup>. Es evidente que el crédito puede examinarse desde ambas ópticas, individual y supraindividual. Pero, ciertamente, ello no significa que el bien jurídico protegido en los delitos tipificados en los arts.257 a 261 CP deba atender necesariamente a esa doble manifestación. No obstante, debe advertirse que, aun restringiendo el problema a la dualidad patrimonio-orden económico<sup>86</sup>, las soluciones aportadas por la doctrina son múltiples: a) consideración del patrimonio (en concreto, el derecho de crédito y, más precisamente, el derecho a la satisfacción del crédito en el patrimonio del deudor) como único bien jurídico protegido<sup>87</sup>; b) consideración del orden económico (principalmente en su elemento del sistema crediticio) como exclusivo bien jurídico<sup>88</sup>; c) consideración del patrimonio individual y del orden económico como bienes jurídicos<sup>89</sup>; d) consideración diferente del alzamiento de bienes y de los supuestos concursales a efectos de establecer el bien jurídico protegido, generalmente entendiendo que el del alzamiento es el patrimonio y el de los supuestos concursales es el orden económico o la institución del crédito<sup>90</sup>. Simplemente con la presentación de esta controversia, sin examinar los argumentos de cada posición, podemos hacernos una idea de la falta de precisión del principal elemento que debería soportar la estructura de la regulación penal de las insolvencias.

<sup>85</sup> BUSTOS RAMÍREZ, «Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, págs.35 y ss.

<sup>86</sup> Incluso algún autor cuestiona la conveniencia y utilidad de precisar la naturaleza patrimonial o socioeconómica de un delito, más allá de la determinación de su bien jurídico protegido, debido a los inconvenientes y dificultades de la delimitación: de esta opinión, VIDALES RODRÍGUEZ, «Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, Santiago de Compostela: Universidade, 1998, págs.370 y s. Precisamente el título XIII del Libro II lleva por rúbrica “delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” porque en algunos delitos incluidos en él no es posible definir claramente su naturaleza jurídica, patrimonial o económica; respecto de esta equívocidad, *cf.* MOLINA BLÁZQUEZ: «Los delitos socio-económicos en el Proyecto de Código Penal de 1992», en *Actualidad Penal*, 1994, nº13, págs.253 y s., y extensa y muy críticamente ZUGALDÍA ESPINAR, «Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1996, nº59, págs.417 y ss.

<sup>87</sup> Por todos, MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Barcelona: Bosch, 1999, págs.64 y ss.

<sup>88</sup> BUSTOS RAMÍREZ, *Política criminal...*, cit., pág.29; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Barcelona: Bosch, 1996, págs.570 y ss.

<sup>89</sup> JAÉN VALLEJO, *Las insolvencias...*, cit., pág.29; JORDANA DE POZAS, «Comentario al Cap.VII, Lib.II, Tít.XIII», en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo II, dirección de Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Madrid: Trivium, 1997, pág.2849; para QUINTERO OLIVARES, *Comentarios...*, cit., pág.1175, las insolvencias punibles son “en cierto modo una bisagra entre los delitos patrimoniales y los que reciben la consideración de delitos económicos”.

<sup>90</sup> NIETO MARTÍN, *El delito...*, cit., págs.36 y ss.

Pero, además, a mi juicio, los artículos 257 a 261 CP-95 no expresan con nitidez la finalidad que persiguen o, cuando menos, se revelan incoherentes con la que aparentemente se les atribuye. De acuerdo con la rúbrica de la sección y el tratamiento que tradicionalmente se ha dado a estas figuras, estos preceptos parecen tener por objeto sancionar penalmente insolvencias especialmente graves<sup>91</sup>. Pero, por lo pronto, y a pesar de todas las declaraciones en favor de la autonomía del Derecho penal, el objeto de la punición, las insolvencias, no se definen ni caracterizan en el texto legal penal; ni siquiera aparecen como elemento típico expreso en el alzamiento de bienes y sus satélites; y en los supuestos concursales castigados en el art.260, aunque se menciona la insolvencia como elemento del tipo, su importancia se difumina ante la exigencia, como condición objetiva de penalidad, de una declaración de concurso, elemento cuya finalidad consiste precisamente en probar la situación de insolvencia. Todo ello conduce, irremisiblemente, ante la falta de una noción penal de insolvencia y la presencia en los tipos de elementos de naturaleza civil o mercantil<sup>92</sup>, a acudir a normas y conceptos extrapenales para tratar de precisar nada menos que el propio objeto de la regulación<sup>93</sup>.

Asimismo, la rígida separación entre alzamiento de bienes y supuestos concursales -contestada en el Código de Comercio, respaldada en el Código penal anterior, reiterada y reforzada en el CP-95- no se encuentra bien definida ni justificada<sup>94</sup>. En ambos casos se castiga, al fin y al cabo, la realización dolosa de cualquier acto gene-

<sup>91</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, cit., págs.398 y s.

<sup>92</sup> El delito concursal del art.260 vendría a ser, según la caracterización de RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad del Derecho penal económico*, Madrid: Colex, 2001, pág.19, un "tipo penal en gris", ya que pertenece al grupo de tipificaciones que, "sin llegar a merecer el calificativo de tipo en blanco por no residir en otro sector del ordenamiento jurídico la descripción del núcleo típico, cuentan con notables y/o numerosos elementos jurídicos normativos".

<sup>93</sup> El concepto de insolvencia sí es definido en la nueva Ley Concursal, en el art.1.2: "se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". Está por ver si éste será el concepto que considere la doctrina penal o si, por el contrario, seguirá manejando las definiciones doctrinales más utilizadas hasta el momento, ya que de forma tajante la doctrina penal viene señalando que "el concepto penal no coincide con el mercantil" (SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición, Madrid: Dykinson, 1997, pág.380); a falta de noción legal, la doctrina ha venido acogiendo mayoritariamente la definición de insolvencia acuñada por BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág.213 (asumida también por DEL ROSAL BLASCO, *Las insolvencias...*, cit., pág.8; VIVES ANTÓN-GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos...*, cit., pág.14), según la cual la situación de insolvencia es un estado de hecho previo a la valoración jurídica que se caracteriza por un desequilibrio patrimonial entre los bienes y valores realizables y las prestaciones exigibles, de modo que el acreedor no encuentra medios a su alcance para satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor, es decir, como resume GONZÁLEZ RUS, *Curso...*, cit., pág.725, "la insolvencia se produce cuando el patrimonio del deudor resulta insuficiente para satisfacer las obligaciones contraídas". Por su parte, MUÑOZ CONDE define la insolvencia, en concepto frecuentemente citado, como la creencia generalizada de que una persona se encuentra en una situación económica tal que no le permite responder del incumplimiento de sus obligaciones (MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, cit., pág.404; expresa su adhesión a la formulación de este concepto NIETO MARTÍN, *Las insolvencias punibles...*, cit., pág.779).

<sup>94</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, *El delito...*, cit., pág.192. Indican BAJO-BACIGALUPO, *Derecho...*, cit., págs.399 y s., que "no existe, en puridad, ninguna diferencia sustancial entre alzamiento de bienes y delito de quiebra", por lo que las dificultades de convivencia de ambos delitos "son más que mayúsculas".

rador de una insolvencia perjudicial para los acreedores del insolvente voluntario. La línea divisoria entre las dos figuras se traza únicamente a partir de la verificación de la insolvencia mediante una declaración de concurso, pero materialmente la conducta del sujeto insolvente no tiene por qué ser distinta en uno y otro supuesto<sup>95</sup>. Por tanto, aun en el caso de que se admita la generalizada opinión doctrinal según la cual la diferencia reside en la configuración del alzamiento como delito de mera actividad y de peligro y de los supuestos concursales como delito de resultado (cuestión discutible)<sup>96</sup>, no parece correcta tan tajante delimitación, al menos en los términos en que la efectúa el CP-95, que los configura como delitos independientes<sup>97</sup>.

Por otro lado, no cabe duda de que, si el objetivo de la regulación penal radica en la persecución de insolvencias graves, la sanción de las suspensiones de pagos en el art.260, introducida en el CP-95, constituye un elemento perturbador<sup>98</sup>. Ha de reconocerse que en no pocas ocasiones el expediente de suspensión de pagos se ha utilizado torticeramente para encubrir supuestos de quiebra irreversible y fraudulenta, comportamientos que con arreglo al Código anterior quedaban indebidamente impunes y que el CP-95 ha pretendido combatir<sup>99</sup>. Sin embargo, también existe acuerdo doctrinal en entender que las auténticas situaciones de suspensión de pagos, como casos de mera iliquidez en un contexto patrimonial positivo, no pueden calificarse propiamente de insolvencias<sup>100</sup>. De esta forma, lo más apropiado hubiera sido excluirlas, con carácter general, del ámbito criminal, por carecer de suficiente entidad para merecer el reproche penal, aunque arbitrando algún mecanismo para señalar la relevancia penal de las suspensiones de pagos que ocultasen verdaderas insolvencias reveladoras de un patrimonio negativo; pero no es lógico equiparar sin más, como hasta la reforma de noviembre de 2003 ha venido haciendo el artículo 260, todas las suspensiones de pagos a las situaciones de quiebra y de concurso.

Finalmente, el legislador penal de 1995 parece alejarse de su propósito principal al incluir desordenadamente entre las insolvencias punibles conductas que no definen propiamente una insolvencia, sino que representan acciones reprochables cometidas con ocasión de una situación concursal. Tal es el caso de los tipos contenidos

<sup>95</sup> En este sentido, RUIZ MARCO, *La tutela...*, cit., pág.449, para quien ambos delitos desempeñan idéntica función.

<sup>96</sup> VIVES ANTÓN-GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos...*, cit., págs.24 y ss.

<sup>97</sup> Así, según MUÑOZ CONDE, *La protección...*, cit., pág.211, "para la protección penal del derecho de crédito (...) basta y sobra con un tipo autónomo como el delito de alzamiento de bienes. (...) Sólo si se quiere penalizar expresamente la causación o agravación imprudente de la insolvencia o alguna forma fraudulenta de incumplimiento de concursos o favorecimiento indebido de acreedores, podría crearse algún tipo específico más".

<sup>98</sup> Debe recordarse, no obstante, la unidad de procedimiento promovida por la nueva Ley Concursal.

<sup>99</sup> Intención que es acogida con satisfacción en una parte de la doctrina: por ejemplo, SAGRERA TIZÓN, *El Derecho concursal...*, cit., págs.44 y ss.

<sup>100</sup> DEL ROSAL BLASCO, *Las insolvencias...*, cit., pág.8; GONZÁLEZ RUS, *Curso...*, cit., pág.725; VIVES ANTÓN-GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos...*, cit., pág.14.

en los artículos 259 y 261, que describen, respectivamente, el favorecimiento ilícito de acreedores en una situación concursal y la presentación de estados contables falsos para lograr indebidamente una declaración de concurso. Sin cuestionar ahora la trascendencia penal de estas conductas, no parece que sea una técnica adecuada equiparar a los supuestos de insolvencia, sin matiz alguno, casos en los que el objeto inmediato de la sanción es el empleo fraudulento de los procedimientos concursales y no la provocación de una insolvencia grave<sup>101</sup>.

En suma, el legislador no ha llevado a sus últimas consecuencias la pretendida autonomía del Derecho penal, al desistir de conceptualizar el elemento primordial de la regulación (la insolvencia); se abandona a la inercia en la tipificación de las conductas, al mantener la división entre alzamiento y supuestos concursales; y se aleja de su finalidad de regular las insolvencias punibles, al sancionar conductas que no generan una insolvencia, como el supuesto previsto en el art.261.

## VI. Últimas consideraciones

Después de la valoración que acaba de efectuarse a propósito del estado actual de la legislación penal en materia de insolvencias, se comprenderá mejor la desazón que se mostraba al comienzo de estas líneas. Más de un siglo, literalmente, lleva *penando* la doctrina por la vetustez y dispersión de la legislación mercantil a la que se vinculaba el Código penal, y cuando la normativa concursal se vuelve moderna, sistemática, coherente y (casi) completa, se desentiende de la “cuestión” penal y salda su enlace con una pública manifestación de ruptura e independencia. Y, como remate, la sucesión de leyes que ha venido transformando el Código penal en el año 2003, con la introducción de modificaciones de importancia decisiva en la normativa penal (bien es cierto que aderezadas con la inclusión de tipos extravagantes), también olvida el capítulo de las insolvencias y se refrena, ciñéndose a poner “concurso” donde decía “quiebra”<sup>102</sup>. Una decepción, en suma.

Mientras tanto, el Derecho penal de la insolvencia va a seguir sin poder aclarar el bien jurídico que trata de proteger, sin respetar los principios básicos informadores del Derecho penal, sin establecer el grado de intervención penal deseable, sin conciliarse con los mecanismos –sancionadores o no– de protección del crédito que pre-

<sup>101</sup> Aunque debe advertirse que se trata de tipos discutibles: así, BAJO-BACIGALUPO, *Derecho...*, cit., pág.371, califican de “auténtico disparate” el delito del art.259, y según NIETO MARTÍN, *El delito...*, cit., pág.161, “en realidad el delito del art.261 no es sino un acto preparatorio de conductas destinadas a aumentar fraudulentamente el pasivo o un acto posterior copenado, que se realiza con el fin de ocultar documentalmente una distracción patrimonial”.

<sup>102</sup> Dice NIETO MARTÍN, *El delito...*, cit., pág.14, en relación con la regulación del CP-95 en materia de insolvencias, que “lo provisional y criticado se ha convertido, sin mayores reflexiones, en derecho positivo”. Pues bien: varios años después, y tras la publicación de la reforma concursal, cuya espera confería cierta provisionalidad a la regulación penal, se pueden seguir suscribiendo, lamentablemente, las mismas palabras.

vén otros sectores del ordenamiento jurídico, y sin definir con claridad los elementos típicos de las infracciones penales.

Éste es justamente, como resumen, el *programa* político-criminal que se propugna desde aquí: designar con claridad el bien jurídico (o bienes jurídicos) que se precisa proteger y ubicar coherentemente los tipos relativos a las insolvencias; tutelarlos cumpliendo escrupulosamente con los límites del *ius puniendi*, de forma que la intervención penal sea realmente fragmentaria y subsidiaria; conocer y completar, en consecuencia, los resortes que se establecen en el ámbito del Derecho privado para salvaguardar el derecho del acreedor (más aún ahora que, por fin, al menos los mercantiles resultan algo más explícitos y mejor articulados), evitando, en la medida de lo posible, los solapamientos y las interferencias; redactar los tipos penales de la manera que reclama el principio de legalidad, esto es, con precisión, claridad y sencillez, así como con exhaustividad, remitiéndose, expresa y nítidamente, a otras normas cuando sea oportuno acudir a los conceptos y categorías de otros sectores del ordenamiento jurídico, y definiendo autónomamente los elementos típicos nucleares de la infracción. Todo, en fin, con objeto de que la revolución que supone la reforma concursal, y que sigue pendiente en el campo penal, altere el curso de la historia fatal del Derecho penal de la insolvencia.

### **Resumen**

Se denuncia en este artículo la falta de intervención y de alcance de la Ley Concursal en el ámbito penal. Se valora el actual Derecho penal en materia de insolvencias. La Ley Concursal ha nacido con la vocación de comprender toda la materia relacionada con las insolvencias, pero esta intención declina cuando las insolvencias se convierten en punibles. La regulación de este tipo de insolvencias en el Derecho penal presenta una serie de lagunas que la nueva Ley Concursal no ha cubierto.

*Palabras clave:* Insolvencia punible, Derecho penal y Ley Concursal.

### **Summary**

This article criticizes the lack of intervention and reach of the Insolvency Act in the criminal field. The current criminal law is assessed as regards cases of insolvency. The Insolvency Act was conceived to cover all matters pertaining to cases of insolvency, but coverage is poor when such cases of insolvency involve criminal offences. The regulation on this type of insolvency in Criminal Law show the lacunae still present in the new Insolvency Act.

*Key words:* Insolvency involving criminal offences, Criminal Law and Insolvency Act.