

Represión penal del concurso

E. JIMENEZ ASENJO

Abogado-Fiscal de la
Audiencia de Madrid

SUMARIO: I. *Consideraciones previas.*—II. *Naturaleza de esta clase de delitos.*—III. *Su doble base definidora; civil-mercantil.*—IV. *Evolución y clasificación de estos delitos.*—V. *Alzamiento punible.* A) ¿Es precisa la previa declaración de quiebra o concurso?—VI. *Concursos punibles.* A) Concursos fraudulentos. Clases. B) Concurso culpable. C) Su castigo por el resultado. D) Dos especialidades no justificadas. E) Singularidad procesal de estos delitos. F) ¿Deben pensarse los concordatos preventivos?

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Se lamentan, en general, los penalistas patrios, de la escasa atención que los autores han solido dedicar al estudio de los delitos comúnmente conocidos por insolvencias punibles, no existiendo apenas más que menguados comentarios, hechos estrictamente para cubrir la obligación de dar cuenta de su existencia, pasando sobre ellos sin detenerse a escudriñar su naturaleza y compleja contextura con aquel cuidado y atención que derrochan en el estudio de otros capítulos del Código más sugestivos, por más fáciles a la elucubración y exégesis del tratadista. Varias razones explican esta realidad; en primer término, su natural complejidad; en segundo, la escasa práctica judicial que sobre concursos y quiebras se produce, lo que determina la ausencia de interés de los prácticos, quienes, generalmente, procuran evitar, horrorizados ante su fecundidad procesal, caer en las mallas de aquellos juicios; la misma escasez de antecedentes históricos, lo cual produce una herencia conceptual no totalmente depurada, y, finalmente, la íntima relación que esta materia posee con los derechos sustantivos civil y mercantil, e incluso procesal, produciéndose así un fenómeno complejo de interferencia legal que, contrariamente a contribuir a que se produzca, por colaboración heterogénea, un mejor estudio de la materia, provoca el fenómeno contrario de su dispersión, dada la impermeabilidad de los especialistas por los terrenos ajenos, con evidente perjuicio de la solidaridad ecuménica del derecho total.

La necesidad metodológica obliga a detenernos, aunque no todo lo que fuera menester, a exponer en síntesis crítica el aspecto penal del concurso de acreedores. Procuraremos remediar, en parte, algunas de las críticas apuntadas, sobre todo la última, aportando al campo penal la doctrina sustantiva civil y procesal del concurso, para que así, enlazadas todas las ramas jurídicas pertinentes a la materia, se tenga al menos una guía indicadora del camino que pueden y deben recorrer los que deseen explorar esta zona jurídica tan intrincada, en la seguridad de que la cosecha que se les ofrece es tentadora.

II. NATURALEZA DE ESTA CLASE DE DELITOS

Los delitos concursales—concurso fraudulento y concurso culpable—están considerados, comúnmente, como una base de delitos de fraude, o sea, cometidos mediante un engaño o defraudación de la buena fe ajena. Aunque aparezcan dos especies delictivas del concurso, ambas tienen de común dicha nota, porque el fraude se provoca dolosamente, por el abuso de la confianza que los acreedores presuponen en la conducta o administración de su patrimonio por el culpable, y ellos se sienten engañados, defraudados en último término, cuando aparecen sus créditos al descubierto y sin liquidación posible ante la insolvencia del deudor común.

Un segundo grupo de legislaciones acoge estas infracciones en un doble tipo, compuesto, de un lado, por los fraudes que se consuman mediante engaños ejecutados para obtener la consignación y entrega de las cosas por sus dueños, y un segundo apartado que recoge los abusos de confianza, por apropiación dolosa de los objetos espontáneamente entregados por el propietario. Este doble sistema posee un carácter general para todos los delitos fraudulentos y suele reducirse a especies de un solo género, como en el de estafa de nuestro Código de 1932 (núm. 1.º del art. 523 y núm. 5.º del mismo) (1). Y, finalmente, existe un tercer grupo que, compatible con los precedentes, los considera como delitos contra la propiedad con fines de lucro, comprendiéndolos como especies delictivas de su género. Este último es el sistema de nuestro Código, el cual ha sido criticado porque, según dice Groizard, “no atiende a ningún fin científico, ya que los delitos no se clasifican atendiendo a la clase de personas que los cometen, ni a las circunstancias que en ellos concurren, sino a los derechos que lesionan o a los procedimientos que se emplean para consumarlos”.

La apasionada característica de su autor, hace que la crítica peque de esta falta y, por ende, de poco certera; porque el Código atiende en su clasificación al derecho que supone lesionado, y así los estima como un capítulo de los delitos contra la propiedad, y después los caracte-

(1) Actualmente, con técnica extraña recusable, se les llama “apropiación indebida” (art. 535 C. p. de 1944).

riza, por las circunstancias o modalidades del hecho, como un género de defraudaciones, igualmente que hace para definir el robo—apoderamiento violento—, el hurto—apoderamiento clandestino—, la estafa—apoderamiento fraudulento—, bajo las formas variadísimas de su contexto. Por consiguiente, el Código Penal no hace más que ser riguroso con el sistema propio que hubo adoptado, y con las leyes sustantivas, civil, mercantil y procesal, para dar a la especie aquellas especiales variedades que están determinadas de antemano por estos derechos (2).

Desde otro punto de vista, asimismo injustificable, se ha pretendido demostrar que estas infracciones, igual que las demás capituladas como delitos contra la propiedad, deberían denominarse, más apropiadamente, delitos contra el patrimonio, porque, en último extremo, es a éste, y no al derecho que lleva aquel nombre, a quien atacan. Pero, ¿a qué patrimonio?, cabe preguntar, refiriéndose a los alzamientos y concursos punibles. Porque, ciertamente, en este caso, es el patrimonio del concursado culpable, la cosa u objeto dañado, o “atacado”, y, por ello, resulta absurdo penar a una persona, porque malbarata o destruye lo propio. Se puede argüir que el concursado culpable ha dañado los patrimonios de los acreedores en el importe de su crédito no realizado. Esto es cierto, pero la idea se ofrece tan compleja por la cantidad de daños realizados y patrimonios ideados, y sobre todo por lo complicado

(2) CARRARA considera, sin embargo, que éste—o mejor, la quiebra o bancarrota—constituye un delito contra la fe pública, razonándolo así: “El negociante no es, verdaderamente, un oficial público; pero, esto no obstante, sus libros hacen fe, dentro de ciertos límites, de su contenido y son plena prueba de juicio. He aquí una razón de analogía por la cual la bancarrota o quiebra se comprende en la clase de los delitos contra la fe pública... Esta fe, que se concede, en general, al comerciante, se dice, con razón, que es la vida y el alma del comercio; fe que consiste en la recíproca creencia en la lealtad respectiva... Esta fe mercantil es una forma especial de la fe pública, que otorga a la quiebra un carácter social, porque aquella universalidad fiduciaria no se fija en la especial relación de individuo a individuo, sino de su posición de negociante, lo que hace relación a toda la sociedad... Por todo ello, lo estudia como delito contra dicha fe pública, juntamente con el peculado, la falsedad monetaria, de documento público y de sellos o contratos.”

Esta postura tiene que resultar extraña a los ojos españoles, no obstante la gran autoridad de su patrocinador. En nuestra legalidad, la quiebra está considerada, como su congénere, la figura del concurso punible, como un delito que ataca la propiedad ajena bajo la forma del fraude o abuso de confianza aquella singular que se deriva de su condición de comerciante deudor en relación con los acreedores perjudicados, perjuicio que sirve de base a la graduación punitiva. Se parte, en aquella posición, de un sofisma; esto es, suponer como específica la nota genérica y común a todo delito de fraude o engaño, el que llevan de por sí, un abuso de la credulidad o buena fe contractual ajena, lo cual presupone un ataque a la general confianza o buena fe, base de toda vida social. Sin necesidad de forzar tanto las cosas, nuestra legalidad engloba el concurso y la quiebra punibles en una misma especie delictiva, eliminando así los esfuerzos intelectuales que hacen los autores que siguen a aquél para justificar o la impunidad del concurso en sí o tratarle como tipo delictivo diferente a la quiebra, puesto que en él no concurre la nota “pública” que CARRARA hace resaltar, con mejor propósito que fortuna, en la quiebra (CARRARA, págs. 13 y siguientes, *Programma*).

que resulta concebir la lesión patrimonial de los diferentes deudores a través del crédito incobrado por incumplimiento natural de la obligación originaria, que nos es más propio y comprensible el concepto de delitos contra la propiedad que usa el Código. Pues la propiedad puede concebirse, y se concibe fácilmente, como un derecho abstracto y absoluto sobre las cosas, bienes o su contenido económico, o como una cualidad o "conditio iuris" inherente a los mismos, manifiesto, en nuestro caso, en los derechos particulares de cada acreedor que, por recaer sobre un conjunto de aquéllos, se puede denominar delito universal. El propio Groizard, intuyendo tales dificultades, defiende la clasificación tradicional de nuestra legalidad penal, que tan certeramente sabe clasificar, diciendo que, "sin embargo, se ha atendido con ello a un interés práctico innegable". Puestos en trance de escoger, nos decidimos por el Código, pues, como dice razonablemente Pacheco, "si la defraudación no es el hurto, es, sin duda, de su familia y produce análogos resultados; beneficiarse de los bienes ajenos".

III. SU DOBLE BASE DEFINIDORA; CIVIL-MERCANTIL

La naturaleza penal de esta clase de delitos se halla, ya vimos, determinada por la naturaleza de la materia sustantiva civil y mercantil, sobre la cual la primera opera. Según el fundamental principio que le da origen, el deudor (art. 1.911 del C. civil) responde de sus deudas con todos "sus derechos y obligaciones presentes y futuros". Se concibe, pues, a éste como un gestor de negocios ajenos sobre el cual depositan los acreedores la general confianza, que supone, no sólo que no se apropiará de los bienes que le entreguen, sino que responderá fidelísimamente al vencimiento de las deudas que con él contrajeron, administrando cuidadosamente el patrimonio base del crédito. De no mediar tal confianza, ciertamente no se le hubieran concedido los créditos, ni se le hubieran realizado los servicios. El deudor que incumple, por lo tanto, sus obligaciones, ha faltado al crédito natural que emana de los contratos celebrados con él, quebrantando así la base natural ética presupuesta en dichas relaciones. El crédito que mantenía su vida jurídica obligacional se destruye con su conducta y sobreviene su descrédito o desconfianza pública. La teoría general del patrimonio supone, como regla general, que todo hombre posee el propio sobre la base de tal confianza crediticia, la que desaparece al derrumbarse tal crédito por fraude o negligencia punible del deudor común. De aquí la característica de ser un delito contra la propiedad, de los denominados fraudulentos.

Además, la propia legalidad sustantiva se inspira en el doble sistema de códigos, civil y mercantil, haciendo de éste una especialidad del primero, fundado en el mayor rigor obligacional exigible al comerciante que al particular. De donde, naturalmente, se deriva una máxima garantía en cuanto al cumplimiento de los deberes derivados del

crédito mercantil con relación al crédito ordinario o común del ciudadano en general. Sobre esta postura doctrinal y legal se levanta a su vez el doble sistema procesal de ejecución colectiva del patrimonio deudor en ruina o deficitario, el concurso de acreedores para los comunes, y la quiebra o bancarrota para los comerciantes, en donde siendo sustancialmente iguales, se acrecienta el rigor de trato al deudor responsable sobre el que se otorga al primero. Esta duplicidad legal ha de tener necesariamente, y la tiene, repercusión en la represión penal, en cuyo código se articulan las definiciones de los delitos sobre la base de establecer una relación de tipos delictivos de quiebra con penalidad distinta y más agravada que la pareja del concurso punible, fundado en las razones teóricas sustantivas, que sirven de base a aquella legalidad, según queda expuesto.

De otro lado, tanto la legalidad civil como la mercantil, establecen un procedimiento previo preventivo de alivio para los deudores en crisis, a fin de evitar que se precipiten en el sistema definitivo y resolutorio del concurso y la quiebra, denominado expediente de quita y espera en el primero, y suspensión de pagos en el segundo, y esta pareja de expedientes, correlativa con la de los juicios universales citados, posee de hecho cierta repercusión penal que no pueden olvidarse al estudiar la sistemática de los delitos a ella correspondientes, ya que de todos ellos se derivan circunstancias que influyen en la ulterior clasificación y calificación delictiva.

De acuerdo con esta doctrina, la determinación que el Código Penal establece de estos delitos se basa en castigar, en primer lugar, la forma que tradicionalmente se ha venido estimando como más grave de insolvencia punible, esto es, el alzamiento, tanto de particulares y comerciantes, estableciéndose seguidamente una doble penalidad para la quiebra fraudulenta y culpable que se correlaciona con otra doble penalidad de concurso, también fraudulenta y culpable. Aparte otras penalidades, ya de tipo penal exclusivo, en el Código no tiene repercusión (porque no procede en buena doctrina poseerlo) la existencia del expediente preventivo de quita y espera y el de suspensión de pagos, ya que en ambos el deudor continúa siendo administrador de su patrimonio; pero como, sin embargo, su sistema repercute, en cierto modo, indirectamente, sobre la sistemática penal, no podemos olvidarlos totalmente de ellos.

IV. EVOLUCION Y CLASIFICACION DE ESTOS DELITOS

El Código Penal de 1870 recogió por vez primera el delito de concurso punible, con la relación de casos que actualmente comprende, simplificando los supuestos que correlativamente se hallaban establecidos en la legalidad mercantil para la quiebra (3). En los Códigos ante-

(3) La crítica extranjera de finales del siglo XIX y parte del presente, partiendo de la base de ser la quiebra un delito contra la fe pública, se veía en la

riores sólo se recogía un especial tipo delictivo para el “concurtido” insolvente, que no se correspondía con la casuística de la quiebra, no obstante su naturaleza común. Esta rectificación definidora no se acusó en el epígrafe de la sección (1.ª, Cap. IV, Tít. XIII, ahora XIV), que decía: “Alzamiento, quiebra e *insolvencia* punible”. Se había olvidado del concurso, aunque persistía la palabra *insolvencia*, que si tenía relación con el articulado viejo no lo posee con relación al presente, ya que *insolvencia* punible es un término general que comprende a la quiebra y al concurso de esta clase, y que sustituyó antes al concurso, que se ha introducido en la reforma de 1932. Se ha realizado esto, según la resuelta y expresiva explicación de la exposición de motivos, “porque no siendo la quiebra (cuya independencia es muy discutible) más que una modalidad del concurso (como se comprueba en nuestra Ley de Enjuiciamiento, que es de las que conservan la división bipartita, llamada a desaparecer), el enunciado de la primera no comprende al segundo, *que es de mayor importancia*, como se confirma en este mismo capítulo del Código, que consagra mayor extensión al concurso que a la quiebra”. La conclusión hubiera sido, ciertamente, contraria de haber consultado a las leyes mercantiles, donde la quiebra posee, en todos sus aspectos, un desarrollo superabundante, y, desde luego, más cuidado y especificado que el concurso. Mas cierto resulta que, aun siendo el concurso más general que la quiebra, puesto que ésta se constituye como una especie de aquél, por razón de la profesión mercan-

necesidad de exonerar de pena al particular concurtido o fallido. El hombre que quiebra—decía con su singular estilo CARRARA—provoca en el público la piedad si cae víctima de un infortunio; provoca en el público el desprecio si cae por imprudencia; provoca en el público la reprobación si simula la propia caída por sórdida especulación o si de la caída quiere hacer instrumento de propia riqueza en daño para los demás. Mas al desprecio o reprobación responde la ley penal con una represión en el caso en que el fallido imprudente o doloso sea negociante; en orden a todo otro que sea sólo de carácter privado provoca sólo la actuación del Magisterio civil, abandonando su torpeza a la censura moral, excepto el caso de hechos constitutivos de un fraude punible por sí mismo.

MERLIN (*Repertoire, mot faillite*, núm. 2, art. 4), y después LEGRAVESEND (*Traité de législation criminelle*, tom. 4, chap. 1.º, núm. 16), se lamentaron de que existiera en el ordenamiento jurídico la laguna de penar sólo el concurso del comerciante. Para ellos, todo particular que usa arte o malicia para defraudar a sus acreedores debe ser perseguido criminalmente. Mas tal pensamiento, objeto el propio CARRARA, si bien responde a los preceptos de la rígida moral, no es políticamente aceptable, porque extiende demasiado la noción del delito y conduce en buena lógica a declarar penable todo engaño que se use en la contratación y toda violación del contrato. Como no veía turbación del orden público, cosa extraña, porque la hay, no aconsejaba su castigo.

En el Código español de 1848 se conservaba la persecución criminal contra el deudor no comerciante en el alzamiento y la *insolvencia* punible, y el portugués... En las costumbres italianas difícilmente se extendía a aquéllos el rigor penal que se admitía contra los comerciantes por la sola *insolvencia*, cuan culposa o dolosa se quisiera, si el hecho no se comprendía en la condición del estelionato. Es de advertir que los viejos prácticos encontraban en la simulación del contrato un delito si se hacía con el fin de defraudar el crédito, clasificándolo no dentro de un “fallimiento” o quiebra, sino como un fraude caracterizado por el falso documento.

til del sujeto operante, su mayor o menor importancia, real o ideal, no depende de su generalidad conceptual, dado que lo singular está más cerca de lo real, y es esta nota la que le otorga su gran relieve, cual ocurre en este caso. De todos modos, el epígrafe ha resultado redundante, porque las insolvencias punibles son el género, y comprenden, por tanto, los alzamientos, quiebras y concursos de aquella clase, con lo cual se repite la misma idea definitoria. Pudo, y debió optarse, por uno u otro de los términos del título, o marcar gráficamente a los tres últimos como especies del género común insolvencias punibles.

El Código de 1928 quiso ser más innovador y ponerse más de acuerdo con las leyes sustantivas que sus antecesores. Así estableció en el capítulo correspondiente a esta clase de delitos la suspensión de pagos punible de los comerciantes, cuando se comprobaban maquinaciones fraudulentas para conseguir los beneficios que otorga este concordato preventivo. Preciso es reconocer que esta determinación no goza del concurso unánime de la doctrina, dado su carácter procesal, puesto que en él se ventila solamente la concesión graciosa de un beneficio remisorio o dilatorio de las deudas, que no se compagina bien con la indicación de un tipo delictivo previo, ya que, para el caso de comprobarse mala fe en la solicitud de la quita y espera por el deudor común, lo procedente es provocar la quiebra o concurso punibles, implícitos en la dolosa conducta de su autor. El reciente Código de 1944 subsana una de las deficiencias anotadas, al rubricar su C. IV, Sección 1.^a, del L. 2.^o, del "alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles", pero la redundancia persiste.

Una vez rectificada la tradicional omisión de los concursos punibles en la rúbrica del título del Código actual, pueden distribuirse en orden clasificador las especies delictivas en el esquema siguiente:

- | | | | | | | | | |
|---------------------------|---|--|-------------------|---|---|-------------------|---|---------------------------|
| I. Alzamientos punibles | } | De comerciantes: matriculados o no.
De particulares: | | | | | | |
| II. Concursos punibles. | } | <table border="0"> <tr> <td style="vertical-align: middle;">Por la cuantía...</td> <td style="font-size: 3em; vertical-align: middle;">}</td> <td style="vertical-align: middle;">Hasta el 10 %.
Del 10 % al 50 %.
De más del 50 %.</td> </tr> <tr> <td style="vertical-align: middle;">Por la intención.</td> <td style="font-size: 3em; vertical-align: middle;">}</td> <td style="vertical-align: middle;">Fraudulento.
Culpable.</td> </tr> </table> | Por la cuantía... | } | Hasta el 10 %.
Del 10 % al 50 %.
De más del 50 %. | Por la intención. | } | Fraudulento.
Culpable. |
| Por la cuantía... | } | Hasta el 10 %.
Del 10 % al 50 %.
De más del 50 %. | | | | | | |
| Por la intención. | } | Fraudulento.
Culpable. | | | | | | |
| III. Quiebras punibles... | } | Por la cuantía = Como el concurso.
Por la intención = Idem. | | | | | | |

Aparecen, pues, netos, en las clasificaciones precedentes, la ausencia de concordatos preventivos punibles; quitas y esperas en los particulares y suspensión de pagos en los comerciantes, lo que si resulta defendible en los primeros casos, no aparece tan claro en las suspen-

siones de pagos, después de la reforma de julio de 1922, que lo ha construído como un verdadero sistema de quiebra abreviado.

V. ALZAMIENTO PUNIBLE

El alzamiento no está definido en nuestras leyes modernas, pero es una expresión tan clara, dice Pacheco, que no ha menester, ciertamente, definición. Alzarse, añade, es huir llevándose lo que pertenece a los acreedores, o, por lo menos, ocultar universalmente los bienes para que aquéllos no los puedan haber.

El alzamiento era conocido en tal sentido por las viejas leyes nacionales. El Fuero Real hablaba del hombre que siendo deudor de muchos “fuyese de la tierra antes que pague y alguno de los deudores lo fuera a vuscar y lo trujese, sea primeramente pagado del cuerpo de las cosas que trajere, aunque su deuda no sea la primera” (L. XII, Lib. III, Tit. XX). Las Partidas recogen el propio supuesto (L. X, Tit. XV, P. 5.^a) diciendo que el deudor que huye de la tierra, porque no se atreve a pagar lo que debe, “si algún acreedor fuese en pos y le hallase en yermo o un lugar donde no hubiese merino o juez, entonces puede rescatarlo con cuanto llevase él mismo, reteniendo todo lo que le hallase hasta la cuantía de la deuda. Si hubiese aquellas autoridades, debe notificárselo para que lo recauden ellas”.

Muy posteriormente, el alzamiento se va configurando en una especie delictiva grave, sin duda bajo la influencia doctrinal y práctica que consideró a los concursados y quebrados como una peligrosa especie de defraudadores, según la referencia medieval italiana. La Novísima recopilación entendió por alzado todo aquel que oculta sus bienes en perjuicio de sus acreedores, bien se ausente o no. El cambiador o mercader, añade, que se ausenten con caudales ajenos sea tenido por “robador público” e incurra por ello en las penas de los robadores (L. 4, tit. 32. L. XI), mandando, además, que las leyes que hablan contra los que se alcen hayan lugar y se ejecuten en las personas de aquellos que alzasen sus bienes, aunque sus personas no se ausenten (L. 3).

La corriente legisladora del siglo XIX, recogiendo el precedente legado histórico, donde se definía esencialmente el alzamiento y se le trataba rigurosamente, tuvo que atemperarlo a las realidades legislativas promulgadas en materia mercantil con la publicación del Código de 1829. Este distinguió, a los efectos de liquidar el patrimonio y calificar la conducta del quebrado, cinco clases de quiebras: 1.^a Suspensión de pagos. 2.^a Insolvencia fortuita. 3.^a Culpable. 4.^a Fraudulenta; y 5.^a Alzamiento (A. 1.002). Esto determinó que el Código Penal recogiera como delito preferente, en cuanto a su gravedad de los correspondientes a las cinco quiebras expuestas, el de alzamiento punible, como tipo independiente de todos los demás, que es como ha pasado al Cuerpo legal presente.

La jurisprudencia, sobre la doble base de la legalidad heredada y los casos prácticos sometidos a su juicio, ha perfilado certeramente el concepto de este delito. Según la doctrina seleccionada de sus decisiones, puede definirse el delito de alzamiento punible como aquel que comete el deudor que hace desaparecer sus bienes en fraude de sus acreedores. De aquí se destacan como notas componentes, una primera, objetiva, caracterizada por la desaparición de todos sus bienes, pues en caso de que hubiese algunos, procedería el concurso o quiebra para su reparto y, consecuentemente, su calificación procesal y penal pertinente, y en segundo término, la subjetiva de que haya realizado fraudulentamente éstos, con ánimo de perjudicar a sus acreedores.

Se da la nota primera, no sólo en el hecho, ya clásico, de la fuga del culpable, sino también en la ocultación, enajenación o sustracción de sus bienes (SS. 2-XII-1884, 13-III-1882, 10-VI-1885... 30-VI-1941, 29-X-1941, 18-III-1943...). El que se descubra después el paradero de los mismos no le transforma de consumado en frustrado, pues tal circunstancia en nada afecta a la índole del hecho punible (SS. 10 junio 1885 y 10 marzo 1943). El hecho de la desaparición de los bienes, por carecer del carácter inequívoco de las presunciones punibles, dice la jurisprudencia, "debe probarse, acreditándose la insolvencia del inculpado o la simulación de los créditos" (SS. 20-II-1885 y 17-XI-1943).

La segunda condición significa que el alzamiento se haga engañosa o subrepticamente con el propósito de hacer ineficaz la acción y derecho de los acreedores, constanding dicha intención de defraudar, no explicándose los hechos por razón de otras obligaciones (S. 1 mayo 1897), y, por tanto, es preciso para que el delito exista que el procesado, al retirar los bienes, lo haga, no para atender otras obligaciones, sino con la finalidad de hacer ineficaz la acción de sus acreedores (SS. 30-I-1932, 17-XI-1943...).

La redacción vieja de este delito en el Código de 1870 ha sufrido una aclaración en el actual de 1944, añadiendo, para dar todo su carácter al comerciante, que "esté o no matriculado", con propósito de evitar aquellas dudas posibles que podían darse sobre el alcance de sólo la palabra primera, una vez que el Código mercantil reconoce como tales sujetos del Derecho profesional mercantil a dichas dos clases de comerciantes. Aunque era una nota que estaba implícita en nuestra legalidad, la adición no es superflua. A "sensu contrario", no lo comete el que vende unos bienes de su propiedad, aunque quede insolvente, si no se acredita que lo hiciera con ánimo de defraudar (SS. 25 octubre 1889, 15 junio 1907...). Por no existir acreedores actuales en el momento de la enajenación, dijo la sentencia de 30 de enero de 1932, que tampoco lo comete él que al ser requerido para que preste fianza en una causa manifiesta no poseer bienes, y siendo, más tarde condenado a pagar una indemnización, retira cierta suma que figuraba a su nombre en una casa comercial "antes de la condena", por cuanto, en tal momento, no había más que acreedores presuntos.

Esta condición se halla de acuerdo con la doctrina civil sustantiva.

que no exige, durante el ejercicio del comercio jurídico, que se paguen las deudas por orden alguno de preferencia, o a prorrata, sino que cualquiera puede gestionar el cobro de la propia, del modo y en la ocasión que más le convenga, no quedándole al deudor otro remedio que acceder a tal demanda, abstracción de las ulteriores consecuencias que tal cobro acarreen. Las propias Partidas declaraban que no puede revocarse "la paga" que un deudor de muchos hiciese a uno (P. 5.^a, Tít. XI, L. 6.^o) en razón de estar bien hecha. Asimismo, y por no constar que hubo ánimo de defraudar, absolvió al que vendió unos bienes aunque quedó insolvente (S. 25 oct. 1889), pues la venta es un acto en sí lícito, en tanto no aparezca manifiesta la torcida intervención de su autor, vicio que, por lo general, no suele aparecer naturalmente en las enajenaciones hechas bajo ésta forma jurídica.

A) *¿Es precisa la previa declaración de quiebra o concurso?*

La duda surgió a la publicación del vigente Código de Comercio. Según la sentencia de 13 de marzo de 1882, el Código Penal no exige que el ázado reúna la circunstancia de hallarse declarado en quiebra o concurso para que pueda reputársele autor. El alzamiento constituye la más grave de las insolvencias punibles, como correlativo a la más grave de las cinco clases de quiebra del viejo Código de Comercio del año 1829. El actual (de 22 de agosto de 1885) no hace ya del alzamiento una quiebra especial, pues, según su artículo 890, se reputa quiebra fraudulenta el hecho de alzarse un comerciante con todos o parte de sus bienes. Viada dice que la doctrina de la anterior sentencia no puede prevalecer hoy, puesto que según el artículo 896 del nuevo Código de Comercio, en ningún caso puede procederse por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, de la cual se reputa una especie el alzamiento, sin que antes el Juez o Tribunal haya hecho la declaración de quiebra y la de haber méritos para proceder criminalmente. Groizard opina, sin embargo, de modo contrario. El definir delitos, dice, es oficio del Código Penal, y, por tanto, aunque el Código de Comercio considere al alzamiento una quiebra, es delito independiente, máxime la violencia que resulta el considerar letra muerta el artículo 511, respecto del comerciante, y seguir aplicándolo al particular. Junto a estas convincentes razones, pueden añadirse la consideración derivada de la propia naturaleza de las cosas, de que para el típico caso de alzamiento, de la fuga o desaparición total de los bienes, resulta absurdo levantar todo el artificio legal del proceso concursal sobre el vacío, cuando se carece indubitablemente de masa que distribuir entre los acreedores, apareciendo así la insolvencia manifiesta. Esto nos conduce al absurdo y, por ende, hay que rechazarlo.

La doctrina legal, emanada de las sentencias del Tribunal Supremo, ha venido insistiendo en esta dirección en las de 1.^o de marzo de 1897, 4 julio 1904 y 2 octubre 1925, y declarando que no se exige que

el alzado haya sido declarado en quiebra o concurso para que pueda reputársele autor de este delito (4).

VI. CONCURSOS PUNIBLES

La sección del Código Penal correspondiente a las defraudaciones por insolvencias punibles distribuye los tipos o conceptos delictivos en dos grandes grupos: quiebras punibles y concursos punibles, que se corresponden, a su vez, con los dos grandes sistemas procesales de aquellos nombres en que se inspira nuestro sistema sustantivo, según queda indicado. Aunque conceptualmente el concurso es más general que la quiebra, del cual aparece ésta, en la doctrina sustantiva, como una modalidad del género, por la profesión del sujeto responsable, el Código Penal la define con preferencia al primero, atendida, sin duda, su mayor gravedad. Nuestro propósito inicial constriñe la labor crítica, la exposición que hacemos al concurso punible, abandonando por impropcedente en esta ocasión la pertinente a la llamada bancarrota o quiebra delincente.

El Código sigue, en la caracterización del delito de concurso punible, el sistema cómodo pero vicioso, no de definir, sino de relacionar una casuística complicada de supuestos de hecho, imperfectamente sistematizados y de difícil conceptualización unitaria. El sistema está tomado del que sigue el Código de Comercio al determinar los casos de quiebras punibles, reuniéndolos y depurándolos en cierta síntesis característica del Código Penal. Tratando de reducir dicha casuística a puros conceptos nosológicos implícitos en ella, se puede seguir el camino indirecto, que ofrece perspectivas halagüeñas.

En dos grandes grupos de concursos se reúnen todos los posibles supuestos delictivos que nos ofrezca la realidad del concurso fraudulento y el culpable, siguiendo de mayor a menor gravedad. El concurso no es punible, glosando el artículo 762 del C. de 1822, cuando se produce por contratiempos, reveses de fortuna o cualquier accidente que no estuvo en mano del deudor evitar, sin concurrir fraude o culpa por su parte. Incluso las empresas arriesgadas, no siendo temerarias, no deben reputarse culpables, añadía aquella ley codificada. Será, pues, concurso punible aquel que se produzca por fraude o culpa del deudor, notas que ya sirven para caracterizar ambas clases penables.

A) Concurso fraudulento.

Se comete fraude cuando se engaña la buena fe ajena. Por consiguiente, cometerá fraude concursal el que defraude o engañe a sus acreedores, quebrantando la confianza presupuesta en su adminis-

(4) Sobre esto, véase GÓMEZ ORBANEJA: *Eficacia de la sentencia civil en el proceso penal*, en "R. de D. Procesal", núm. 2, pág. 182.

tración patrimonial y liquidación de las deudas, faltando así al honor contractual, puesto que el honor significa lealtad. A dos clases, bien características, se han reducido los fraudes por la doctrina y la legalidad: el fraude mediante engaño, capaz de provocar en el ofendido o perjudicado una falsa creencia, de la que se prevale el autor para sus fines insidiosos. Es un sistema de defraudar activo. Como segunda clase (recogida en el núm. 5.º de la estafa, art. 523 C. Penal 1932) está considerado el fraude de abuso de confianza o engaño impropio, porque, en realidad, si existe una conducta insidiosa, el culpable no hace más que aprovecharse de la fácil situación en que le fueron colocadas, bajo su poder o custodia, las cosas, apoderándose de ellas en perjuicio ajeno. En tal caso no es preciso que estimule ni provoque falazmente la credulidad de su víctima, porque será ésta la que, confiada en su buena fe, le llevará inocente la presa de su arteria. En el concurso no puede darse el fraude de la clase primera, porque la causa determinante de la entrega de las cosas, o cumplimiento de los servicios por los acreedores al deudor, es siempre natural (en otro caso, sería víctima de una personal estafa); lo que se quebranta es el depósito procedente de la prenda general y tácita que sus acreedores quirografarios tienen establecido en él de su patrimonio. El alma del delito es, pues, el beneficio obtenido o intentado por el deudor, quebrantando la buena fe en él depositada, o pretendiendo sorprenderla en las diligencias procesales. En estos conceptos se inspiran los casos recogidos en el artículo 518 del Código Penal. Pueden ordenarse así: 1) *Apropiación directa o indebida*. "Haberse apropiado o distraído bienes ajenos que le estuviesen encomendados en depósito, comisión o administración (núm. 2); haber distraído valores correspondientes a la masa, con posterioridad a la declaración de concurso" (núm. 8). En puridad de principios se trata de un hurto, ya que una vez declarado el concurso queda suspenso en la administración y disposición de sus bienes e interenido el patrimonio. Con anterioridad a dicha declaración no puede hablarse de distracción, porque el deudor es propietario de los bienes y nadie puede ser ladrón o estafador de sí mismo. En todo caso, el hecho puede ser objeto por sí de otra calificación distinta: estafa. 2) *Apropiación indirecta o subrepticia*. La comete el deudor "al adquirir por título oneroso bienes a nombre de otra persona" (núm. 4). Porque así se sustrae al haber concursal el precio de dichos bienes, los cuales ya no entran en él, sino que pasan a un tercero. Asimismo, lo comete por anticipar, en perjuicio de los acreedores, pago que no fuera exigible sino en época posterior a la declaración del concurso (núm. 5.º). La razón insolvente es clara. 3) *Por simular un haber que no existe*, incluyendo relación de bienes supuestos (núm. 10) en las memorias que debe presentar a la autoridad judicial, al solicitar el concurso. Esta manera supone un claro fin doloso de obtener las mayores ventajas en el expediente. Falta en este número la indicación que se hace para la quiebra, "negociaciones o créditos", incluidos con el mismo fin, pero el concepto genérico de bienes da margen a comprender todos.

4) *Por disimular un pasivo o debe falso*, "incluyendo en la relación o memorias que ha de presentar gastos, pérdidas o deudas supuestas" (núm. 1.º). Así se puede obtener una mejora en las condiciones del proceso. Por simular enajenación o cualquier gravamen de bienes, deudas de obligaciones (núm. 3), lo que provoca, igualmente, o puede provocar, una creencia falsa en el concurso y favorecerse de ello. Estos últimos casos constituyen, en realidad, auténticos casos de falsedad cometida en los documentos presentados en el concurso por el culpable, a fin de sorprender la buena fe de la masa de acreedores y conseguir un trato más benévolo que aquel que realmente mereciesen. De aquí que, descubierta la falsedad, sea ella en sí el acto culpable y reprehensible, provocando con ello una colisión o concurso de normas delictivas de difícil concepción jurídica.

B) *Concurso culpable.*

Como concurso culpable o culposo recoge el Código cinco supuestos de manifiesta imprudencia, negligencia o impericia administrativa, sin que, por ello, se agoten todos, puesto que la relación de hechos de aquella clase delictiva son innumerables. Algunos, como el cuarto, están rozando en el campo del dolo, si no es dolo puro. Acaso hubiera resultado más de acuerdo con el estilo del Código Penal y con los principios fundamentales de este derecho establecer una fórmula genérica de culpa concursal, semejante a la apuntada del Código de 1822, y dejar al arbitrio de los Tribunales la calificación del hecho imputado, sin perjuicio de conservar la penalidad que, especialmente, reserva el Código para estas imprudencias administrativas, un poco más elevada que la impuesta a la común, si se estimase así conveniente para la buena administración de la cosa pública.

Tales supuestos són los siguientes: 1.º Haber hecho gastos domésticos o personales excesivos, o descompasados, con relación a su fortuna, atendidas las circunstancias de su rango y familia. Es un caso de prodigalidad fastuosa. 2.º Haber sufrido, en cualquier clase de juego, pérdidas que excediesen de lo que por vía de recreo aventurase en entretenimientos de esta clase "un padre de familia" (5). Se trata del caso de pródigo por vicio. 3.º Haber tenido pérdidas cuantiosas, compras y ventas simuladas u otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito depende exclusivamente del azar. Podríamos caracterizar a este responsable de pródigo por temerario o megalómano. 4.º Haber enajenado con depreciación notable bienes cuyo precio estuviese adeudando. Se trata de un sujeto tan poco escrupuloso con los compromisos adquiridos que está rozando en un caso de dolo muy probable, puesto que si en verdad por la adquisición hizo propios los bienes, la falta de su pago

(5) El Código de 1932 decía: arreglado. Con el cambio actual, si no de importancia, ha ganado en corrección.

antes de su posterior enajenación no es circunstancia que arguya en pro de su honorabilidad; y 5.º Retardo en haber dejado de presentarse en concurso cuando su pasivo fuese tres veces mayor que su activo. La razón de esta sanción es obvia, porque, en realidad, su condición de deudor insolvente le obliga a evitar el mayor quebranto posible a los acreedores, de los que, en cierto modo, es administrador de sus créditos, acudiendo a los concordatos preventivos, o bien al propio concurso diligentemente, condición que no se cumple cuando su pasivo es tan desproporcionado a su activo.

Todos y cada uno de los casos expuestos, salvo el último, constituyen notas características del pródigo, como vemos, o sea, individuo que malbarata o derrocha la fortuna sin razón justificable, pero, en este caso, con la agravante de no limitarse a los bienes propios, sino que alcanza a los ajenos. Justo es, pues, que soporte, al menos, la incapacidad que para tales manirrotos reserva cautelosamente el Código civil, con el aditamento de su correctivo penal.

C) *Castigo por el resultado.*

Constituye uno de los más indiscutibles timbres de honor para nuestra civilización heredada el haber construido su sistema penal sobre una base profundamente espiritualista, liberándose de la vieja y brutal concepción objetiva o materialista en que se imponían las penas, ateniéndose, simplemente, al incierto resultado de las acciones humanas. Actualmente, trabaja toda la dogmática jurídico-penal por lograr, en cuanto sea humanamente posible, un sistema represivo que calibre sustancialmente el corazón humano, y atempere a sus reacciones nobles o innobles, buenas o malas, la represión o prevención penal. Los Códigos modernos son, en este orden, alardes, si no logrados, finamente elaborados de intuiciones psicológicas en las cuales, bajo las variadas formas de los tipos penales, catalogados por su gravedad valorativa y las circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes, buscan la conciencia *sceleris* con una perspicacia aguda y siempre superable.

Sin embargo, el penar por el resultado no está aun desterrado de los Códigos, ni parece que lo llegue a estar nunca. Jamás podrá el hombre penetrar en el hombre, y siempre será la conciencia, su conciencia, una incógnita llena de sombras y oscuridades de difícil, si no imposible, captación. Tenemos que contentarnos, en la mayoría de los casos, con asentar nuestros juicios sobre hipótesis y presunciones más o menos certeras, pero siempre sujetas a error. Así deducimos que las fuerzas impulsivas o motoras de los delitos son mayores, cuanto mayores son sus estragos, y de aquí presumimos una mayor maldad y, consiguientemente, imponemos una pena agravada. Todo este mecanismo, no obstante hallarse avalado por una rica experiencia histórica y profesional, así como por un laboriosísimo trabajo de

investigación e introspección analítica psíquica, está muy lejos de satisfacer al deseo más exigente e inteligente; pero, a falta de otro, es preciso entregarse a él con la satisfacción de que, entre la precariedad de las conquistas humanas, es el que nos aleja menos de la verdad, o así lo creemos, y esto basta.

En este criterio se basa la represión de las quiebras y los concursos punibles, estableciéndose que si la pérdida ocasionada a los acreedores no llegase al diez por ciento de sus respectivos créditos, se impondrán en el grado mínimo las penas señaladas al delito; cuando la pérdida fuese del diez al cincuenta por ciento, y en caso de que excediese de este último tipo, se le impondrán en su grado máximo.

Semejante determinación gradual de las penas no parece que puede convenir, no obstante el sentido general de la ley, a todos los supuestos concursales. Pueden perfectamente concebirse pérdidas semejantes si el deudor sustrae, directa o indirectamente, bienes de la masa, aunque pueda resultar favorecido con relación a los hechos que, siendo iguales, se califiquen sólo de estafa; pero se concibe muy difícilmente dicha pérdida en los casos de falsedad, que no arrastran por sí sustracción económica alguna la mayoría de las veces, sino que propenden a cubrir u ocultar un déficit o ruina proveniente de otras causas que pueden ser juzgadas como dolosas o culposas. En este último caso, el mero hecho de cometer las falsedades descritas, el concurso, naturalmente culposo o culpable, se convertirá en doloso o fraudulento y, en tal supuesto, sí cabrá, por referencia al daño ocasionado por la negligencia, la valoración penal referida.

La precedente graduación represiva no alcanza al delito de alzamiento, sin duda, por estimar que la desaparición del culpable o de los bienes es total y absoluta, y no cabe establecer grados de penas alguno. En el alzamiento se es o no se es, no cabe ser a medias ni a tantos por cientos graduables, y así el Código y sus precedentes señalan una pena única para él. Si el alzado fuese comerciante, decía el de 1932, la pena señalada o a imponer es la de presidio menor a presidio mayor, la cual resultó desmesuradamente extensa, y, por ende, anómala, en relación con la norma comúnmente tenida en cuenta para el señalamiento de las penas, que lo hace con parte de sus grados, o bien combinando dos o tres grados de las penas inmediatamente escalonadas, o bien los tres de toda una pena; pero nunca, o casi nunca, para salvar una excepción, si la hubiese, dos penas en toda su extensión, lo que equivale a seis grados normales. Reduciéndolas, según la regla general de la aplicación de penas, a los tres grados clásicos, el medio comprendería cinco, seis, siete y hasta ocho años de presidio, lo que resulta inusitado en la métrica penal que sigue el Código. Si el alzado fuera un deudor común, la pena que habría de corresponderle es la de tres o cuatro años de presidio menor.

De otra parte, esta fijeza delictiva del alzamiento, que no permite graduar la pena en razón al daño sufrido, se presta a ser también.

-criticada. Pues no aparece muy evidente que deban sufrir igual pena en clase y duración el comerciante que, por ejemplo (sacado de un caso judicial), realiza un número determinado de sacos de garbanzos, quedándose insolvente y sin satisfacer su importe, ausentándose de su domicilio, que el agudo, sutil y complejo que realiza el banquero o consejero de alta representación económico social, sustrayendo, en audaz y complicada maniobra financiera, los parvos ahorros de toda una colonia de trabajadores, que se los entregó confiadamente a su custodia y buen gobierno, falsamente aparentado. El delito o los delitos que tratamos en esta breve glosa, que apenas si poseían más que un valor meramente teórico en sistemas jurídicos primitivos y rudimentarios, van acreciendo cada día en valor real y práctico con ritmo progresivo, en el cual se complican las más modernas y audaces combinaciones, ofreciendo temas de digno e interesante estudio de delitos financieros, *nunca* agotados.

El reciente Código ha innovado este sistema punitivo, corrigiendo el primer defecto, por la razón expuesta en las disposiciones c) de su preambulo, de "haberse vulnerado las normas fundamentales que informan el Código desde su primera aparición en 1848, siendo principio constante observado por la ley penal el de que la sanción de cada delito comprenda tres grados, se establezca como medida general la conminación de una pena en toda su extensión, corrigiendo las desviaciones de esta regla, que comprende, por un lado, penas de uno o dos grados y, por otra parte, las penas de cuatro, cinco y hasta seis grados..." (6). Por ello, se ha introducido sólo la pena de presidio menor para el alzamiento del comerciante, y arresto mayor para el del no comerciante.

D) *Dos especialidades no justificadas*

Contiene el Código penal dos normas de punibilidad especiales para esta clase de delitos, sobre las cuales pasan los comentaristas sin detenerse a explicar adecuadamente su contenido, aun mereciéndolo. Se refiere la primera a la relación que hace el artículo 520, de supuestos de cooperación o auxilio eficaz de un tercero con el deudor, para producir un concurso punible. Tal es, confabularse con él para suponer o mejorar un crédito; acuciarle a ocultar bienes; ocultárselos personalmente a los "administradores del concurso", dice, por síndicos, o concertarse con el concursado en perjuicio de la masa de acreedores. Todos ellos son, evidentemente, casos de cooperación necesaria, conceptuados por el Código penal como clásicos de la intervención de autores cooperadores. Sin embargo, el Código los conceptúa,

(6) La justificación de esta novedad no es, sin embargo, convincente, pues no cabe duda que mejor se acomoda a una buena casuística penal aquel sistema de graduar que permite un mayor número de combinaciones que aquel que ofrece otro menor de ellos para valorar infinitos matices psicológicos.

derogando la regla común de la codelincuencia, como cómplices, con-
cediéndoles, como tales, un favor penal que no se justifica en modo
alguno, como tampoco aparece clara la razón que ha conducido al
legislador, si no es por un motivo de aclaración o interpretación legal,
a recoger como segunda especialidad la no restitución por el concur-
sado del depósito miserable o necesario, imponiéndole la pena común
en su grado medio al máximo (del máximo al medio dice el artículo,
con evidente error), puesto que ya está recogido el hecho como agra-
vante—la del artículo 10—, correspondiéndole pena más grave que
ésta especialmente impuesta.

El problema de la complicidad en el delito de concurso punible,
trasunto fiel del delito de quiebra, ha merecido, por su especialidad,
singular atención crítica, ante las oscilaciones que se han registrado
en la ley y jurisprudencia moderna, fundamentalmente la extranjera,
en donde el precepto tiene su origen. Nace esta especialidad de la
complicidad, en los compiladores del Código francés de 1807, que bus-
caron su adaptación a esta especie criminosa, ya que por la fórmula
general no podía serlo. En el artículo 597 de su Código de Comercio
se ordenó que serían declarados cómplices de bancarrota fraudulenta,
y condenados a la misma pena que el acusado, aquellos que hubiesen
sido declarados convictos de entenderse con el quebrado para escon-
der o sustraer, en todo o en parte, sus bienes. Esta fórmula discrepó
de la general del Código penal, y de aquí nació su primer inconve-
niente, que fué fecundo en impunidades en pro de todo colaborador
que había intervenido en la quiebra de modo diferente a la del ar-
tículo citado. Como el criterio fundamental de la complicidad punible
se basó en el acto de participación entre el presunto cómplice y el
quebrado, el concierto secreto entre ambos resultaba difícil de com-
prender en la fórmula legal, dicen los autores extranjeros que de esto
se ocupan. De otra parte, los intereses de la justicia exigían castigar
ciertos hechos de tercero, aun independientes de todo concierto con
el quebrado, lo cual constituyó un segundo inconveniente de impu-
nidad para ambos. De esta confusa situación jurídica se liberó Fran-
cia con la reforma que del Código de Comercio hizo en los artícu-
los 583 a 589, en 1838, reforma que fué después adaptada a otros
países. Tal reforma introdujo dos innovaciones en la materia: pri-
mera, dictar una reserva general de los casos de complicidad, para
mostrar que la complicidad en la bancarrota radicaba bajo el derecho
penal común, y a tal fin fué redactada la cláusula remisorra del ar-
tículo 593 de la nueva ley francesa; segunda, describir los hechos de
los terceros que, constitutivos de complicidad, merecen una represión
por perjudicar los intereses de los acreedores y establecer sanciones
contra los mismos. Este sistema fué copiado por las legislaciones ex-
tranjeras, dando lugar una "cuasi" común legalidad punitiva inter-
nacional. Entre ellas está la nuestra, por influjo directo de la matriz
francesa, la cual influyó, asimismo, directamente, en otras extranje-
ras, como la italiana. En realidad, teóricamente, semejante excepción

a los principios generales de la codelincuencia ni están justificados por razón de conveniencia práctica, ni lo autoriza la pura teoría, que, por su generalidad e igualdad para todo delito, encierra un mayor principio de justicia.

E) *Singularidad procesal de estos delitos*

La especial ordenación que hace del proceso concursal nuestra Ley de Enjuiciamiento civil provoca, en el orden penal, cierto problema de interferencia legal, dando lugar al establecimiento de un requisito de procedibilidad, o más exactamente, al planteo de una verdadera cuestión prejudicial, como condición necesaria para poder perseguir cualquier delito de los concursos punibles. Ordena, en primer lugar, la referida ley procesal que en la tercera pieza de calificación concursal se declarará la culpabilidad o inculpabilidad del deudor por el propio juez civil, y para el caso de que dicha declaración fuera de inculpabilidad, dispone que se entenderá a los solos efectos civiles, mandando proceder criminalmente contra él. Esta prematura acusación oficial o judicial ha dado lugar a las dudas siguientes: ¿Qué se entiende por efectos civiles? ¿Qué valor posee para el proceso criminal? La primera aparece clara, considerando subsistentes los efectos que en orden a la persona del deudor produce, estos, su incapacidad personal para la administración de los bienes y el desempeño de cuantos cargos y funciones exijan su rehabilitación. Por consiguiente, si se declara la inculpabilidad del concursado, éste queda rehabilitado automáticamente y recobra íntegra su personalidad. Así lo dispone la propia ley rituaría (art. 1.248) al ordenar que en el auto en que se ordena la publicación del resultado definitivo del concurso se declare la rehabilitación del concursado.

Pero si se declarase la culpabilidad, ésta mantiene sus efectos civiles y, por lo tanto, el concursado aparece como un incapaz civil, un *capiti-diminuido*, ¿hasta cuándo? El referido artículo 1.248 de la Ley de Enjuiciamiento civil viene a contradecir esta postura lógica, diciendo que procede la rehabilitación, asimismo, “*ipso iure*”, al terminar el concurso “sin perjuicio de lo que se haya resuelto acerca de la culpabilidad del concursado”. La evidente contradicción que aparece entre los artículos de la misma ley procesal, liga esta cuestión a un desarrollo ulterior penal, buscando en su engarce la solución pertinente.

¿Qué valor penal posee la declaración de culpabilidad o inculpabilidad hecha por el juez civil? ¿Procesal o sustantiva? De la primera clase, puesto que la función definidora de delitos es exclusiva del Derecho penal, y, en consecuencia, se ha declarado por el Tribunal Supremo, refiriéndose al mismo caso, con relación a la quiebra, que “corresponde a los Tribunales de lo civil declarar y clasificar la quiebra, de cuya clasificación han de partir los Tribunales de lo criminal para determinar las responsabilidades, siempre que los hechos que

sirvieran de base a los Tribunales de lo civil no resulten desvirtuados por la prueba practicada en juicio criminal (S. 30-IV-1926, 15-XII-1927, 27-V-1929, 4-VII-1931). De donde se deduce que la declaración civil no posee otros efectos que la de un mero requisito procesal, "puesto que se requiere que la declaración de quiebra, fraudulenta o culpable, antecede al procedimiento criminal" (S. 30-IV-1926), no ligando, como es lógico, la decisión de este Tribunal al anticipo impertinente del primer Juzgado (7).

Resuelto este primer punto, procede hacer lo propio con el más fundamental en orden al valor y subsistencia de la "capitis diminutio" que, desde el comienzo del concurso, viene padeciendo el culpable. Esta deberá quedar resuelta con la sentencia penal, por ser la definitiva, la cual podrá ser absolutoria o condenatoria. En el primer caso, la cuestión está despejada de antemano, porque al rehabilitarse "ipso facto" al concluir el concurso, la absolución es su ratificación o confirmación plena.

Si fuese condenatoria, el problema es más complicado, porque, según la ley civil (art. 1.248), el concursado que se rehabilita al término del concurso queda pendiente de lo que se resuelva sobre su culpabilidad; por consiguiente, una vez declarado culpable, lo lógico sería que se revocase la rehabilitación prematuramente obtenida; pero al no haber declaración sobre ello, tendremos que el Código penal sólo dispone, como pena accesoria del quebrado culpable, de la de suspensión (art. 47 del Código penal), y ésta sólo afecta al cargo y al

(7) Así aparece clara la postura del Tribunal Supremo, viniendo a resolver de antemano la cuestión que, en este orden de cosas, plantea la doctrina, singularmente la italiana, al declarar que lo que castiga la ley por sí misma es el hecho de fallar (concurso o quiebra) el deudor en el pago normal de sus obligaciones, en cuanto presupone el delito como un efecto de dolo o culpa del deudor, sin necesidad de que exista nexo directo de causa a efecto entre la quiebra o concurso y los hechos delictivos. Resulta, pues, un delito único y no tantos como hechos previstos. El momento de su comisión es el de declaración concursal, y si el hecho es reparado antes de que se produzcan los efectos, no habrá delito.

Las consecuencias que se han pretendido derivar de semejante concepción delictiva, creando nada menos que una especie de responsabilidad objetiva, desconectada de la moralidad intrínseca de la actuación del agente, tienen que ser recusables en nombre de una recta aplicación de los principios punitivos que se oponen a que desligue el acto del autor. Ninguna de las condiciones típicas del delito requieren, para subsistir, forzamiento semejante de los principios y todas son perfectamente concebibles en la postura subjetivista adoptada por nuestra jurisprudencia penal, defendiendo la independencia de su soberanía crítica frente a las posiciones doctrinales que pretenden subordinarlas a otras manifestaciones tan respetables como se quisiera, pero nunca más que la propia. Justo es reconocer que tales posiciones son autorizadas por la superfectación legal y procesal, en que nuestra propia legalidad se inspira en cuanto a la declaración de la responsabilidad concursal, primero por los Tribunales civiles y, subsidiariamente, por los penales. Véase, sobre esto: PUGLIA: *Del reato di bancarotta*, 1886; LEMMO: *Reati in materia di fallimento*, 1890; LANTRI: *La bancarotta*, 1912; segunda edición, 1896; TUOZZI: *Il reato di bancarotta* 1896; NAVARRINI: *La quiebra*, traducción H. Borondo, Reus, 1941. págs. 428 y siguientes.

derecho de sufragio durante la condena, no habrá obstáculo. como antes decíamos, a su rehabilitación, no obstante la declaración de culpabilidad existente contra el mismo. En cambio, no procederá su rehabilitación, si fuese condenado por concurso fraudulento, porque la pena que lleva consigo le inhabilita para todo cargo, profesión u oficio durante la condena. Pero una vez cumplida ésta, ¿recobra automáticamente su personalidad, o ha de continuar de por vida como un cadáver jurídico viviente en sociedad? La interpretación más equitativa y correcta con el espíritu del Código penal, en primer lugar, y luego de las leyes civiles, es rehabilitarle, ya que en todos los casos, anteriores así procedió, no obstante preceder una franca declaración de culpabilidad del concursado. La falta de coordinación y consecuencia lógica que se acusa en este breve examen muestra la apremiante necesidad de reforma en que se halla este sector legal, procurando poner orden y claridad en este aspecto tan fundamental de la incapacidad personal, por culpabilidad del responsable.

F) *¿Deben pensarse los concordatos preventivos?*

Se llaman concordatos preventivos en las leyes procesales a los procesos que se celebran entre partes, con el propósito de lograr un acuerdo entre ellas, a fin de proporcionar un alivio en las cargas del deudor, evitándole que caiga en el concurso o quiebra. En nuestra legalidad procesal se indican como característicos el de quita y espera y el de suspensión de pagos, que se corresponden con los procesos ejecutivos universales citados y con el propósito preventivo expuesto. El Código penal, que ha establecido una doble serie delictiva de quiebras y concursos punibles, carece de definición penal y de la consiguiente pena para los dos concordatos apuntados. El Código de 1928 rectificó esta omisión en cuanto a la suspensión de pagos se refiere, castigando al comerciante que presentase una relación falsa de su activo y pasivo, para que le aprueben el convenio o concertarse pactos con algún acreedor, en fraude de los demás.

Esta represión venía a llenar un hueco de nuestra legalidad, que se prestaba y se presta a facilitar la impunidad de los delinquentes hábiles, como en el caso que expone R. Sastre: "En cuanto la suspensión de pagos, puede ser calificada como insolvencia definitiva y calificada de fortuita, culpable o fraudulenta, según los artículos 886 a 894 del Código de Comercio, como la quiebra; pero como el Código penal no habla de ella, no es posible castigarla" (?). El procedimiento para burlar la ley parece, pues, bien claro, no hay más que manipular el balance, presentarse en suspensión de pagos y desaparece la posibilidad de ser castigado por ningún delito de los definidos en el Código penal. De esta apasionada crítica resulta un privilegio manifiesto para los comerciantes en relación a los deudores comunes, que no autoriza la razón ni la justicia. Dejando aparte el alcance real que

tales palabras pueden tener, no cabe negar que ellas ponen en evidencia la existencia de unos defectos orgánicos y represivos, que merecen ser examinados y corregidos.

- F. PACHECO: *E. C. penal concordado y comentado*, Madrid, 1850, t. V.
 J. VIADA: *E. C. penal reformado de 1870*, Madrid, 1890.
 GROIZARD: *E. C. penal de 1870*, Burgos, 1870.
 CUELLO CALÓN: *D. penal*, t. II, 1940; ídem. Bosch, págs. 171 y sig.; ídem, *Protección penal del cheque*, 1944, Bosch.
 LÓPEZ REY y ALVAREZ VALDÉS: *El nuevo C. penal*, 1932.
 PUIG PEÑA: *D. penal*, San Sebastián, 1942.
 RODRÍGUEZ SASTRE, A.: *El delito financiero*, 1934.
 LASCHI, R.: *Le crimen financier* (1901), Lyon.
 MARTÍNEZ OLMEDILLA: *Los grandes estafadores*, 1931, Madrid.
 GARRIGUÉS: *Curso de D. mercantil*, 1940, t. II, pág. 434.
 CARRARA: *Programma*, séptima edición, 1904, Firenze, t. V, c. tercero.
 TISSOT: *Le Droit penal*, Ed. Cotillon, París, 1860, t. II, pág. 144.
 TÖHERNOFF, J.: *Traité de Droit penal financier*, Edaloz, 1920.

R É S U M É

On se rapporte, d'abord, au problème de la nature juridique de ceux qui sont appelés délits des concours entre créanciers et l'on estime d'après le Code, qu'ils sont des délits qui vont contre la propriété des autres, si l'on considère celle-ci comme un Droit absolu et abstrait sur les choses ou le patrimoine ou son contenu économique actuel ou potentiel, auquel ils font du mal, par un fraude, avec dol ou coupablement. Le Système légal national pénal s'articule sur la double base civile et mercantile, sur laquelle s'organise la codification nationale substantielle, dans des délits de concours punissables, qui se correspondent avec des patrimoines civils ou communs et des faillites punissables, qui se rapportent avec les patrimoines des commerçants et sur tous les deux, le délit de banqueroute frauduleuse qui est puni en premier lieu car il s'agit d'une espèce delictive plus grave que les autres. L'entité des premiers est déterminée par le quantum de la quantité fraudée, selon qu'il n'arrive pas au 10 por 100, qu'il soit prorrogé jusqu'au 50 por 100 ou bien qu'il surpasse le 50 por 100 et selon que l'usurpation soit frauduleuse ou coupable.

La banqueroute frauduleuse est considérée comme l'action de cacher ou de soustraire aux créanciers légitimes tout son patrimoine et il y a deux sortes de concours punissables, les frauduleux par l'appropriation directe des biens que le coupable possédait par un titre quelconque qui ne soit pas ce de la pleine propriété et quand il eût disposé des mêmes, bien à cause de simuler un bien qui n'existe pas ou bien à cause de simuler un passif réel pour favoriser ses desseins délictifs en préjudice des créanciers innocents.

Le coupable se caractérise par le fait de mettre témérairement en gage ses propres biens en préjudice des patrimoines des autres. On

aborde desuèrèment le problème de la préjudicialité processale de ces délits des concours entre créanciers, condition nécessaire, selon la loi, pour définir le type délictif, mais qui n'oblige jamais le tribunal pénal qui doit résoudre la question librement et définitivement.

S U M M A R Y

It is the problem of the juridical nature of the so called transgressions of the meetings of creditors that is studied first of all; and they are judged, according to the Code, as transgressions that go against foreign dominion, as this one is considered as an absolute and abstract right over things, over patrimony or his present or potential economical content, which they deceitfully or culpably damage by a fraud. The national penal legal system is based on the double civil and mercantile base on which the national substantive codification is organized; in transgressions of punishable meetings of creditors, which correspond with civil or common patrimonies, and in punishable failure, which is connected with the patrimonies of the merchants and over both the crime of fraudulent bankruptcy, that is punished in the first place because it is a more serious criminal subject as the former. The entity of the first is determined by the quantum of the defrauded quantity according to its not surpassing 10 por 100, its proroguing to 50 por 100 or its surpassing 50 por 100 and according to the defraud being a fraudulent or a culpably one.

The fraudulent bankruptcy is considered as the action of hiding or concealing the whole patrimony to the legitimate creditors and the punishable meetings of creditors are of two different classes, fraudulent ones by direct appropriation of the property that possessed the guilty by any right that is not the one of the full dominion and when he had disposed of them, or by feigning an inexistent income or by dissembling a real passive to help his criminal intentions, harming the innocent creditors.

The guilty distinguish himself by engaging his own property in rash risks harming the others patrimonies. It is studied finally the problem of the prejudiciality of the process of this transgressions of meetings of creditors, which is a necessary condition, according to law, to define the criminal type; but that never obliges the penal tribunal that has to resolve this question freely and definitively.