

## INSOLVENCIAS PUNIBLES Y CONDICIONES OBJETIVAS DE PROCEDIBILIDAD

ALFONSO SERRANO GÓMEZ\*

Los cambios legislativos plantean en ocasiones problemas entre el texto vigente y el derogado, cuando los hechos tienen lugar durante la vigencia del texto derogado y su enjuiciamiento o resolución final—acaecen bajo el nuevo texto legal. El Código penal de 1995 ha planteado alguna de estas cuestiones, como sucede, por ejemplo, con el delito de alzamiento de bienes, o el supuesto agravado previsto en el art. 529.8.<sup>a</sup> cuando la estafa o apropiación indebida «afecte a múltiples perjudicados» del texto refundido de 1973, que no figura en el art. 250.1 del Código penal vigente<sup>1</sup>.

---

\* UNED.

<sup>1</sup> Ese problema se ha planteado en algunos procedimientos cuando las defensas han pretendido que se aplicara, para los supuestos de estafa o apropiación indebida, el art. 529.7.<sup>a</sup> del Código penal derogado, en lugar del art. 250.1.6.º, por ser aquel texto legal más favorable, indicando que no cabría aplicar la circunstancia 8.<sup>a</sup> del art. 529 del Código penal derogado por no estar recogida en el Código vigente de 1995. Esto no es posible, pues de acuerdo con lo que establece la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal «para la determinación de cual sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código». Por ello, quien opte por el Código penal derogado, cuando concurra la circunstancia indicada de afectar a múltiples perjudicados, necesariamente tendrá que apreciarse la circunstancia 8.<sup>a</sup> del art. 529.

Me voy a ocupar en este breve trabajo de la condición objetiva de procedibilidad que se plantea en los supuestos de insolvencia punibles del Código penal derogado y el vigente. Aquél texto legal exigía para la persecución penal del delito de quiebra tipificado en los arts. 520 y 521 que previamente el Juez civil así lo hubiera declarado, ello como consecuencia de la remisión que hacía al Código de Comercio. En el Código vigente han desaparecido aquellas condiciones objetivas de procedibilidad. El problema que subsiste, aunque sea para pocos supuestos, es el conflicto que puede plantearse por hechos cometidos bajo la vigencia del texto derogado, pero que se juzgan con el Código penal vigente.

Los preceptos legales que entran en colisión son los arts. 520 v 521 del Código penal derogado, el 891 del Código de Comercio y el art. 260 del Código vigente, así como el 257.3.

Disponía el art. 520 del Código penal derogado (texto refundido de 1973): «El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de prisión mayor». El art. 521: «El quebrado que fuere declarado en insolvencia culpable por alguna de las causas comprendidas en el art. 888 del Código de Comercio incurrirá en la pena de prisión menor». Por su parte, el art. 896 del Código de Comercio dispone que «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».

El Código penal vigente de 1995 prescinde de las indicadas condiciones objetivas de procedibilidad. Establece el art. 260 con respecto a los delitos de quiebra, concurso o suspensión de pagos: «3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste... 4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal». Por su parte el vigente art. 257.3 establece: «Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal».

El relación con la condición objetiva de procedibilidad prevista en los arts. 250 y 251 del Código penal derogado, se recoge a continuación el criterio mantenido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

## 1. POSTURA DE LA DOCTRINA

Garberí Llobregat, escribe:

«Bajo esta estricta delimitación conceptual, no puede considerarse sino como un error el atribuir la naturaleza de cuestión prejudicial a la necesidad de que, previamente a la persecución penal por los delitos de quiebra culpable y fraudulenta a los que se refería el anterior CP de 1973 en sus arts. 520 y 521, hubiera de calificarse como tal la quiebra por parte de un Juez de Primera Instancia y en el marco de un previo proceso civil. Un error, decimos, porque, como es sabido, el art. 896 del Ccom. decía —y sigue diciendo— que «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», enunciado éste que, bien a las claras (... se procederá...), denota que la naturaleza de la previa calificación civil de la quiebra no es la de una cuestión prejudicial, sino la de un requisito de procedibilidad sin cuya concurrencia no podía ser iniciado el proceso penal (que si, por error, había sido ya incoado prematuramente, debía entonces ser archivado).

Afortunadamente hoy el problema ya no es tal, al haber desaparecido esta exigencia del nuevo Código Penal de 1995, que ahora, de manera antagónica a la anterior regulación, dispone expresamente que este tipo de delitos «podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de este» (art. 260.3 CP), añadiéndose, además, que «en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la Jurisdicción penal (art. 260.4)»<sup>2</sup>.

Vivés Antón y González Cussac escriben:

«El artículo 257.3.º pone fin a la desgraciada situación anterior, que obligaba a suspender el procedimiento por delito de alzamiento de bienes, si con posterioridad se iniciaba un proceso por quiebra o concurso de acreedores»<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., en Gimeno Sendra, Conde-Pumpido Tourón, y Garberí Llobregat, *Los procesos penales*, I, Barcelona, 2000, págs. 72 y s.

<sup>3</sup> VIVES ANTÓN, T. S., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 104.

Jordana de Pozas dice sobre el tema que nos ocupa:

«En el sistema vigente hasta la entrada en vigor de este Código, las modalidades o supuestos del delito de quiebra fraudulenta eran los mismos que los exigidos por el Código de Comercio, en virtud de la remisión contenida en el viejo artículo 520 del Código Penal. En aquel sistema, por tanto, al constituir el alzamiento de bienes el primero de los supuestos que permitía tal calificación, cuando el alzado se encontraba incurso en un procedimiento concursal, era de imposible persecución el alzamiento de bienes como delito autónomo, pues se embebía en el delito de quiebra fraudulenta, al que calificaba. Por mor de lo dispuesto en el artículo 896 del Código de Comercio, el delito de alzamiento de bienes, por tanto, era de imposible persecución en vía judicial, al integrar un delito de quiebra fraudulenta, que no podía perseguirse sino tras haberse finalizado la pieza quinta, calificado la quiebra como fraudulenta y estimado el Juez civil que había méritos bastantes para proceder criminalmente contra el quebrado»<sup>4</sup>.

## 2. POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA

En el mismo sentido que la doctrina, expuesto más arriba, se pronuncia la jurisprudencia. A este respecto se hace mención a la sentencia de 27 de mayo de 1997, dictada cuando ya estaba en vigor el nuevo Código penal de 1995. Haciendo referencia al Código derogado (texto refundido de 1973) y expresamente a su art. 520, señala el requisito previo de pronunciamiento del Juez civil para poder iniciar un procedimiento penal. Recoge:

«La declaración de quiebra con carácter fraudulento no supone en sí misma la comisión.. delictiva, sino que para ello son necesarios otros elementos o requisitos de tal manera que, incluso a ese elemento del tipo (el único descrito en el precepto) le asigna más bien un carácter formal convirtiéndole en un requisito previo de «procedibilidad», es decir, sin él no se puede abrir el procedimiento».

---

<sup>4</sup> JORDANA DE POZAS, L., en *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, varios autores (director: Cándido Conde-Pumpido Ferreiro), Trivium, Madrid, 1997, tomo II, pág. 2855.

De no respetarse la cuestión de procedibilidad prevista en los arts. 520 y 521 del Código penal derogado de 1973, cuando los hechos hubieran tenido lugar bajo su vigencia, y se siguiera el criterio mantenido en el Código vigente de 1995, estaríamos ante un supuesto de irretroactividad penal desfavorable para los acusados que está prohibido tanto en la Constitución española (art. 9.3), así como en el Código penal (art. 2.1). Aunque se trata de una cuestión procesal, ello estaría prohibido en base a lo que se recoge a continuación.

Las leyes procesales son irretroactivas, aplicándose a todos los procedimientos que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor<sup>5</sup>. En los procesos pendientes cuando entra en vigor una norma procesal serán las disposiciones transitorias las que determinen si se aplica la ley anterior o la vigente. Según el art. 2.3 del Código civil las leyes procesales para ser retroactivas deberán de establecerlo de forma expresa. Nada de ello dice la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código penal. El tema que nos ocupa por tratarse de una cuestión de procedibilidad, tiene efectos procesales. Debe aplicarse lo establecido en el art. 520, o en su caso 521 del Código penal derogado de 1973, si los hechos hubieran tenido lugar bajo su vigencia. De otra parte, hay que apuntar que el Tribunal Supremo se pronuncia en contra de que la retroactividad de una ley procesal arrastre consigo la aplicación de un precepto penal que perjudica al presunto culpable. En este sentido la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1986, en su fundamento jurídico tercero recoge:

«La variación introducida en las condiciones objetivas de perseguibilidad crea un nuevo status legal... que solamente podrá ser de aplicación si llevara consigo en el caso concreto... un trato penal mas favorable, pero al no ser así, el mismo principio de legalidad, rectamente interpretado no consiente la condena por un delito que en el momento de su comisión no era perseguible».

De no respetarse la cuestión de procedibilidad establecida en los arts. 520 y 521 del Código penal derogado aplicándose el Código de 1995 se violaría lo establecido en la Constitución española (art. 9.3)

---

<sup>5</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, J. L., en Moreno Catena, Cortés Domínguez y Gimeno Sendra, *Introducción al Derecho procesal*, Madrid, 1997, págs. 370 y s.

y Código penal (art. 2.1), es decir se aplicaría con carácter retroactivo el Código penal de 1995. En todo caso, una norma de carácter procesal en ningún supuesto puede arrastrar consigo la aplicación de una norma penal desfavorable para los presuntos culpables. Por último, hay que tener en cuenta lo que establece la disposición transitoria segunda de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal respecto de la aplicación de la ley penal más favorable<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Sobre la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la LO 10/1995, *vid. supra*, nota 1.