

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

El contenido de injusto en el delito
de quiebra
Observaciones sobre una reciente corriente
jurisprudencial



INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURÍDICOS
ANUARIO DE DERECHO PENAL
¥ CIENCIAS PENALES
MADRID 1973

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

El contenido de injusto en el delito
de quiebra

Observaciones sobre una reciente corriente
jurisprudencial



INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURÍDICOS
ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y CIENCIAS PENALES
MADRID 1973

El contenido de injusto en el delito de quiebra. Observaciones sobre una reciente corriente jurisprudencial

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Doctor en Derecho

Profesor adjunto de Derecho penal en la
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Doctrina sentada por el Tribunal Supremo.*—II. *La causación del estado de insolvencia como contenido del injusto.*—III. *Examen de otras doctrinas.* 1. El llamado "hecho de bancarrota" como contenido del injusto. 2. Las pretendidas presunciones *inris* en el delito de quiebra.—IV. *Conclusión.*

I. DOCTRINA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Desde la conocida S. de 13 junio' 1959, núm. 627 (1), el Tribunal Supremo ha asumido un entendimiento del delito de quiebra de gran significación y trascendencia. La ocasión se la depara aquel grupo de quiebras punibles en que se destacan determinadas irregularidades con los libros de comercio. La postura, que comienza en dicha S. de 13 junio 1959, núm. 627 y cuyas consideraciones son literalmente repetidas (2), sienta la siguiente doctrina: La simple omisión de los libros de comercio, que puede ser dato suficiente para que los tribunales civiles califiquen la quiebra de fraudulenta, no lo es para extender tal calificación a efectos penales, porque «la omisión de libros, para que merezca ser calificado de delito de quiebra fraudulenta, requiere conste o se de-

(1) Se citarán las Sentencias del Tribunal Supremo por su fecha, añadiendo o bien el tomo y número de *Jurisprudencia Criminal. Biblioteca jurídica de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (años 1870 a 1935) o bien el número de *Jurisprudencia Criminal. Colección Legislativa del Ministerio de Justicia* (años 1935 en adelante¹) o bien el número marginal de Aranzadi precedido de la sigla A.

(2) Ss. 9 abril 1969, núm. 710; 20 diciembre 1969, núm. 2229; 27 junio 1972, A. 3449.

duzca, al menos, obedeció al propósito del comerciante de defraudar a la masa de acreedores... sin que baste que el quebrado, voluntariamente, prescindiese del cumplimiento de la obligación que impone el citado artículo 33 del Ordenamiento mercantil, ni que se hayan originado perjuicios a los acreedores, porque el dolo específico de este delito es el ánimo de defraudarlos».

Hasta aquí la doctrina sentada por esta corriente jurisprudencial la entendemos como una correcta interpretación de nuestro texto legal. Nos referimos a la exigencia de un elemento subjetivo del tipo de injusto («dolo¹ específico» dice, al estilo italiano, el Tribunal Supremo) consistente en la intención de defraudar a los acreedores (3). Según la mejor doctrina es la diferencia fundamental entre las llamadas «quiebra fraudulenta» y «quiebra culpable» (4). Ahora bien, cierto es que el núm. 3, art. 890 del Código de comercio, precepto que fundamenta la

(3) Cfr. J. A. RAMÍREZ, *La quiebra*, III, Barcelona, 1959, pág. 336 y J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, 4.^a ed., Madrid, 1962, pág. 371. En alguna ocasión se ha negado tal elemento subjetivo. En S. 26 de febrero 1914, t. 93, núm. 137 el Tribunal Supremo contesta a la pretensión del recurrente quien negaba la existencia de la «intención dolosa de perjudicar a sus acreedores», que en el Código de Comercio «lo único que se requiere es que esa falta de los libros en los comerciantes sea voluntaria, como en este caso acontece». Sin embargo, la apreciación de un elemento subjetivo en la quiebra fraudulenta parece ser algo tradicional en la historia del instituto. Cfr. M. PUNZO, // *delitto di bancarotta*, Torino, 1953, págs. 103-104.

(4) Es tradicional, sobre todo desde la perspectiva dada al tema por la doctrina mercantil, establecer un paralelismo entre quiebra fraudulenta y dolo, de una parte, y quiebra culpable e imprudencia de la otra. Ya S. LONGHI, *La bancarotta. Esposizione teorico-pratica e contributo per una riforma legislativa*, Milano 1898, págs. 2 y 3, había destacado lo dudoso de tal paralelismo. Con DELITALA y ANTOLISEI (Cfr. F. ANTOLISEI, *Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades*, trad. de F. BRUNO y J. GUERRERO, Bogotá, 1964, págs. 103 a 112) se pone de relieve que tanto la «bancarotta fraudulenta» como la «semplice» pueden cometerse dolosamente cifrándose la diferencia, desde el plano subjetivo, en él llamado dolo específico. En España tal entendimiento no ha sido aceptado por la doctrina. A. QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. III, Madrid, 1965, pág. 131, y G. LANDROVE, *Las quiebras*, cit., págs. 182 y 252. En el sentido de la doctrina italiana, E. BACIGALUPO, *Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito*, Buenos Aires, 1970, pág. 15. En la literatura alemana el tema carece de importancia por ser dominante la idea de que ambas modalidades de quiebra (betrügerischer Bankrott y einfacher Bankrott) son castigadas a título de dolo, cifrándose la diferencia en el elemento subjetivo exigido para la primera de dichas modalidades. Cfr. por todos U. KLUG, *Konkursstrafrecht. Sonderausgabe der Kommentierung der §§ 239-244 innerhalb des GroBkommentars Jaeger, Konkursordnung* 8. Auflage), Berlín, 1973, pág. 1147 y BOHLE-STAMMS-CHRÄDER, *Konkursordnung*, 9. Auflage, München 1969, pág. 521.

En nuestro país muchas veces se olvida el Código penal de 1822 quizá por las fundadas dudas de que haya sido aplicado. Sin embargo, reviste en materia de quiebras un particular interés porque es más explícito que los posteriores Códigos penales. Del art. 759 no se deduce que la llamada «quiebra culpable» sea ajena al dolo, es decir, no se encuentra identificación entre quiebra culpable y negligencia punible, sino que fundamenta la diferencia con la quiebra fraudulenta en la ausencia de la intención de defraudar. Define así la quiebra culpable: «la quiebra causada por desidia, temeridad, disipación y mala conducta del quebrado, sin haber intervenido algún hecho dirigido a defraudar a los acreedores».

calificación de quiebra fraudulenta en las sentencias citadas (5), no exige expresamente la concurrencia de una especial finalidad en la conducta, al contrario que en otros supuestos (núms. 4, 12 y 13 del mismo artículo). Sin embargo, una adecuada interpretación ha de disipar las dudas que de esta diferencia legal pudieran surgir. El propio *nomen iuris* bajo el que se acogen todos los supuestos del art. 890 (quiebra *fraudulenta*) indica la necesidad de que concurra en todo caso el elemento subjetivo. De otro lado no existen entre los distintos supuestos del art. 890 diferencias que justifiquen un distinto tratamiento legal. Se trata de un tipo mixto alternativo (6) considerando la ley todos los supuestos equivalentes e intercambiables (7). La razón de que sólo en algunos casos exija la ley de modo expreso la intención de perjudicar a los acreedores ha de encontrarse en la defectuosa técnica legal que informa toda la materia de quiebras. El estilo es muy elemental y de un casuismo incompleto y rudimentario (8). No es de extrañar, pues, que la ley sólo se preocupe de destacar el ánimo de defraudar en las conductas más dudosas en cuanto a su motivación ilícita. Así se exige expresamente el elemento subjetivo en las actividades de «comprar bienes inmuebles, efectos o créditos poniéndolos a nombre de otra persona» o «anticipar pagos», porque más normalmente que en otros casos (simular enajenaciones del núm. 10, art. 890, donde no se exige expresamente intención especial) es posible sean realizadas por motivos o con fines irrelevantes. Aquellas conductas pueden fácilmente explicarse por tratos de favor, donaciones, evitación de imposiciones fiscales, etc... al contrario que una conducta de enajenación simulada. Lo mismo puede decirse del caso que nos ocupa. Rasgar, borrar o alterar un asiento de la contabilidad (núm. 4, art. 890 que exige el elemento subjetivo) puede ser más explicable por vulgares errores que el hecho de no llevar libro alguno de contabilidad. Se trata, pues, de un celo especial de la ley de recalcar una exigencia en los casos dudosos, pareciéndole superfluo en aquellos supuestos en que el ánimo de defraudar les acompaña normalmente (9).

Lo que a nosotros más nos interesa, sin embargo, es el salto en el vacío que a continuación realiza la corriente jurisprudencial que

(5) Art. 890, 3.^a—«No haber llevado libros o, llevándolos, incluir en ellos, con daño de tercero, partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos».

(6) Sobre ello ampliamente, M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, *L'orino*, 1953, págs. 252 y sigs. Véase también A. QUINTANO, *Tratado*, III, *cit.*, pág. 105.

(7) Así argumenta F. ANTOLISEI, *Delitos relacionados con las quiebras*, *cit.*, pág. 66. Téngase en cuenta además que en el delito de alzamiento de bienes del art. 519 del Código Penal, donde se exige por doctrina y jurisprudencia el ánimo de perjudicar a los acreedores, se incluyen hechos que serían encuadrables en el art. 890 Código de Comercio de haberse abierto el proceso ejecutivo concursal, con lo que es más evidente aún la equivalencia, al menos en el ámbito subjetivo, de todos los supuestos.

(8) Cfr. S. LONGHI, *La bancarotta*, *cit.*, págs. 3 y sigs.

(9) F. BRIGOLA, *Dolus in re ipsa Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, por esta misma razón llama a estos tipos «fattispecie soggettivamente pregnanti» (sobre el concepto, pág. 7) y se inclina por entender que el dolo específico está presumido (pág. 171).

comentamos. De la exigencia legal de un elemento subjetivo se quiere deducir que cuando éste falta desaparece el dolo, concluyendo, del examen de los hechos, que estos son inculpatos a título de imprudencia. No otro es el proceso lógico de la S. 20 diciembre 1969, núm. 2.229 cuando dice: «sin ningún dato en que conste o del que se deduzca que la ausencia de libros obedeciera al evidente (?) deseo doloso de defraudar a los acreedores (...) lo que revela la ausencia del indispensable dolo específico, (...) y conduce a que la omisión tenga que atribuirse sólo a falta de celo, descuido o despreocupación para cumplir el conocido deber legal que le venía impuesto» por el art. 33 del Código de comercio. O la S. 13 junio 1959, núm. 627 cuando tras declarar que «el dolo específico» «no se descubre de la versión establecida en la Sala sentenciadora», indica que «esto no significa que los hechos perseguidos estén desprovistos de matiz delictivo, pues, sin méritos para estimarlos dolosos en el sentido criminal del concepto, aunque lo sean en el ámbito mercantil, revelan en el comerciante que no se ha cuidado de llevar en forma sus libros de comercio, una falta de celo, un descuido, una despreocupación por el cumplimiento de elementales normas comerciales, una negligencia inexcusable, características de la imprudencia punible en su máximo rango de temeraria».

El razonamiento es de todo punto excepcional en relación con posiciones doctrinales aceptadas e, incluso, elaboradas por nuestro Tribunal Supremo. Hay tres puntos claves criticables. En primer lugar la confusión entre elementos subjetivos del tipo de injusto y dolo. En segundo lugar la pretensión de que los delitos portadores de elementos subjetivos puedan ser castigados por imprudencia. En tercer¹ lugar el tratar el delito de quiebra como si el contenido de injusto se encontrase en el hecho descrito por el Código de comercio («no haber llevado libros») y no en la propia insolvencia.

Afirmar que cuando falta el ánimo de defraudar no hay dolo es una verdad a medias. Más cierto es que cuando falta el ánimo de defraudar no hay tipo de injusto; desaparece el objeto sobre el que recaen los juicios de antijuricidad y culpabilidad. No se trata sólo de que desaparezca una de las formas de la culpabilidad, sino de algo más trascendente. De ahí que resulte también rechazable la pretensión de castigar por imprudencia un delito cuyo tipo de injusto es portador de elementos subjetivos. La jurisprudencia, con escasas excepciones entre las que se encuentran las sentencias que comentamos, y la doctrina entienden que la cláusula general de la imprudencia del art. 565 no es aplicable a esta clase de delitos. La explicación es sencilla: si la adecuación de la conducta al tipo depende del cumplimiento de una especial intención del agente, cuando esta falta desaparece aquella adecuación. La ley hace depender el castigo del elemento subjetivo con lo que se excluye que el hecho pueda ser castigado cuando no se comete dolosamente (10). De ahí que aplicar el art. 565 después de haber reconocido que la quiebra

(1.0) Cfr. J. ANTÓN ONEGA, *Derecho penal*, I, Madrid, 1949, pág. 224.

fraudulenta exige que el hecho se realice con la intención de defraudar a los acreedores contradice el criterio ya consagrado por el que se limita el ámbito de aplicación de la singular cláusula general de imprudencia de nuestro Código penal (10 bis). No podemos compartir, por ello, el entusiasmo de Landrove, quien, pese a admitir un elemento subjetivo en el delito de quiebra fraudulenta (11), aprueba la tesis de la S. 13 junio 1959, núm. 627 de la que alaba su «exquisito rigor técnico» y sus argumentaciones «impecables» (12). Tan entusiasta calificación procede, sin duda, de una intuición ya que no plantea ninguna de las tres cuestiones que a nosotros nos preocupa. Ha sido, por el contrario, un mercantilista, Martí Sánchez, quien primero ha manifestado sus dudas al respecto (13). Ciertamente es que la sentencia llega a un fallo más justo al imponer una sanción más leve (14) pero razones de Justicia no convierten en «impecables» las argumentaciones técnicas, ni satisfacen, en casos, las exigencias de vinculación del juez a la ley.

Por último esta doctrina jurisprudencial, y aquí reside el punto que merece nuestra mejor atención, toma posición sobre un controvertido problema aún insuficientemente tratado por nuestra doctrina. Trata el delito de quiebras como si el contenido de injusto lo constituyesen los hechos descritos en los arts. 888 y 890 del Código de comercio, apareciendo la declaración de quiebra y su presupuesto, la insolvencia, como mera ocasión para su punición. En otras palabras la insolvencia carece de significado en el ámbito del juicio de antijuricidad, es decir, de la insolvencia no se responde ni ha servido al legislador para calibrar

(10 bis) Téngase en cuenta que distinto es el caso de la llamada «imprudencia de derecho». Es perfectamente admisible apreciar «imprudencia de derecho» en relación con la quiebra fraudulenta, pues no se puede olvidar que la culpa jurídica constituye una figura que no puede ser englobada dentro de la causación *imprudente* de una conducta delictiva». [J. CÓRDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pág. 134]. Lo que negamos es la posibilidad de *cometer imprudentemente* una quiebra fraudulenta. De ahí que aparezca correcta la S. 29 marzo, 1968, núm. 497, cuando castiga con la pena establecida en el artículo 565 al quebrado que obró, según consta en los hechos probados, en errónea creencia de no estar obligado a llevar libros de comercio (error de derecho extrapenal o error de prohibición). Sobre la admisión de la culpa jurídica en nuestro Derecho penal, además de J. CÓRDOBA, ob. cit., loc. cit., G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código penal*, en *Anuario*, 1963, pág. 642 y sigs.

(11) «Dolo específico» lo denomina, consistente en la «intención de defraudar a los acreedores», G. LANDROVE, *Las quiebras*, cit., pág. 242.

(12) G. LANDROVE, *Las quiebras*, cit., pág. 237.

(13) J. N. MARTÍ SÁNCHEZ, *Algunos aspectos del delito de bancarrota*, Santa Cruz de Tenerife, 1962, pág. 183, nota 1, cree que no es admisible aplicar el artículo 565 en la quiebra fraudulenta. Sin embargo, en pág. 184 (nota) aporta otro argumento a nuestro modo de ver inválido. Apunta que esta solución conduciría al absurdo de que hay dos delitos de quiebra por imprudencia, uno el del art. 565 en relación con el 520 del Código penal y otro el de la «quiebra culpable» del art. 521. Sigue, en este sentido, la opinión de la S. 13 noviembre de 1958, núm. 1.014 que incluye en el art. 521 la quiebra causada imprudentemente. Creemos, por el contrario, que la «quiebra culpable» del art. 521 no se identifica con la imprudencia. Ver nota 4 de este trabajo.

(14) No ignora esto J. N. MARTÍ SÁNCHEZ, *Algunos aspectos*, cit., pág. 184.

la pena. Tal es el entendimiento jurisprudencial. En efecto, en dichas sentencias se opera sólo con dos hechos: la calificación mercantil de la quiebra y la omisión de libros. El ilícito se hace residir en la negligente infracción de la norma que obliga a llevar los libros de contabilidad (artículo 33 del Código de comercio) (15). Sin embargo, no se le da relevancia alguna a la insolvencia como resultado de una posible actuación mercantil de riesgo inadecuada, destacándose, por el contrario, en la S. 9 abril 1969, núm. 710 que de los hechos «se desprende una conducta correcta comercialmente».

A nuestro entender en el delito de quiebra se castiga la insolvencia aunque sólo en determinados casos. La cuestión no es bizantina dadas sus importantes consecuencias prácticas en orden al lugar y tiempo de comisión del delito, a la tentativa, prescripción, participación y concurso (16). La posición que pretendemos mantener no sólo aparece contradicha por esta corriente jurisprudencial, sino que ha sido abandonada por la doctrina más relevante en Italia y Alemania y se ha dicho, incluso, que tal entendimiento, particularmente defendido por los mercantilistas, ha sido el origen de la apreciación de presunciones recusables en Derecho penal (17). Queremos demostrar, sin embargo, que nuestro Derecho positivo, al contrario de lo que ocurre con el alemán e italiano, no admite dudas al respecto y que pese a ello son eludibles todas las pretendidas presunciones influidas por la doctrina mercantil tradicional.

II. LA CAUSACIÓN DEL ESTADO DE INSOLVENCIA COMO CONTENIDO DEL INJUSTO

Resulta elemental que la cuestión ha de ser tratada conforme a la regulación legal. De ahí que nuestra tesis no tenga vocación de universalidad ni trate de señalar criterios político-criminales. Simplemente procuramos desentrañar el sentido y alcance de las leyes que regulan la quiebra punible. No nos puede extrañar, por tanto, que la literatura alemana e italiana lleguen a consecuencias distintas, esto es a considerar como hecho delictivo el descrito por la ley y no el colocarse en situación de insolvencia. De entrada existe una diferencia entre los textos positivos de dichos países y nuestro Código penal (en relación con el de comercio) a la que en pocas ocasiones se le ha dado su justa importancia. Se trata de que sólo en nuestro Derecho se distingue legalmente entre quiebra fortuita y quiebra punible, diferencia ausente en la legislación

(15) S. 20 diciembre 1969, núm. 2.229: «que la ausencia de libros se debe a ignorancia vencible, falta de celo, descuido o despreocupación para acatar y cumplir aquella norma comercial» (art. 33 del Código de Comercio). En sentido similar las otras sentencias que comentamos. Vid. nota 2.

(16) A. WACH, *Der Bankerult und die verwandten Delikte, en Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorbereiten zur deutschen Strafrechtsreform*, B.T., t. VIII, Berlín, 1906, pág. 63.

(17) F. ANTOLISEI, *Delitos relacionados con las quiebras*, cit., pág. 27, M. PUNZO, *Il delitto*, cit., pág. 64.

de ambos países (18). Si el delito de quiebra se considera como fenómeno homogéneo, en el sentido de poder formar parte de la misma clasificación, con la quiebra fortuita es porque en ambos casos es relevante la creación de un estado de insolvencia. Lo fortuito en la quiebra es la insolvencia (19) y si lo punible ha de ser lo *no fortuito* no puede eludirse la referencia a aquella situación de insolvencia.

A un lector relativamente ajeno al tema le parecerá sumamente evidente que el contenido de injusto del delito de quiebra se encuentre en el hecho de colocarse el deudor en situación de insolvencia frente a los acreedores. Tal evidencia procede de que ese es el concepto vulgar e histórico de la quiebra. No ignoran esto los que tratan de encuadrar el contenido de injusto del delito de quiebra en los particulares hechos descritos en la ley. Lo que ocurre, dirá por ejemplo Punzo (20), es que el concepto histórico y vulgar no coincide con el mantenido por la ley. Y Antolisei precisa que «la insolvencia... no figura en la definición del delito, y solamente constituye un antecedente necesario de la declaración de quiebra» (21). Tal ocurrirá en el Derecho italiano, pero no así en el español.

En efecto toda la regulación legal en materia de quiebras punibles gira en torno de la expresión «insolvencia». El delito de quiebra está incluido en el Tít. XIII del Código penal, en la sección primera del Cap. IV y bajo el epígrafe «del alzamiento, quiebra, concurso e *insolvencia* punibles». «Quien espere encontrar, dice Rodríguez Devesa (22), una figura especial de insolvencia punible al leer dicho epígrafe no conseguirá sus propósitos, porque la insolvencia punible es hoy el género del que son especies los delitos de alzamiento, quiebra y concurso». Que la expresión está referida a la quiebra y concurso resulta particularmente claro ya que la incluyen los correspondientes tipos. Y es más, en el único caso en que la ley no hace referencia a la insolvencia (delito de alzamiento del art. 519) han destacado unánimemente doctrina y jurisprudencia que el núcleo de la conducta típica consiste en colocarse en situación de insolvencia (23). Dada la estructura de ley penal en blanco que revisten los arts. 520 y 521 del Código penal pudiera pensarse que la conclusión de que la conducta punible en la quiebra consiste en colocarse en situación de insolvencia, podría desvirtuarse aten-

(18) A. WACH, *Der Bankerutt*, cit., págs. 9 y 10 destaca su especial interés hasta el punto de poder deducir de ello que lo que se castiga (*Grunddelikte*) sea la causación de la insolvencia. Tampoco en el derecho francés se utiliza la distinción entre quiebra fortuita y punible. Vid. R. ITHURBIDE, *Histoire critique de la faillite*, París, 1973, págs. 249 y sigs. Rige en materia de quiebras en Francia la Ley de 13 julio 1967.

(19) Así se deduce del art. 887 Código de comercio que se refiere a la «reducción del capital hasta el punto de no satisfacer en todo o en parte sus deudas». Sobre ello insistiremos más adelante, vid. págs. [^]HÍ y [^]tÉ>

(20) M. PUNZO, *U delitto*, cit., Prólogo pág. V y pág. 76.

(21) F. ANTOLISEI, *Delitos relacionados con las quiebras*, cit., pág. 29.

(22) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte especial*, 5.^a ed., Madrid, 1973, pág. 429.

(23) Vid. por todos F. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971, págs. 114 y sig.

diendo a la norma a la que la ley penal se remite. Un examen del Código de comercio, norma de remisión, disipa toda duda. El art. 886 distingue la quiebra según la clase de insolvencia apreciando tres supuestos: insolvencia fortuita, insolvencia culpable e insolvencia fraudulenta.

Ahora bien, el hecho de que nuestra regulación legal defina el delito refiriéndose a la insolvencia no deja de ser un argumento formal desde ningún punto de vista decisivo. Puede aparecer como un simple presupuesto de la declaración de quiebra y, por tanto, como un mero antecedente de una condición objetiva de punibilidad, o como un elemento del tipo. Necesariamente ha de ser un elemento del tipo (de injusto) si queremos seguir manteniendo la tesis de que constituye el contenido de injusto del delito de quiebra.

En efecto, la insolvencia aparece como *resultado* del delito de quiebra. Una conclusión de esta índole la corrobora nuestro Derecho positivo. Quintano había hecho ya la observación de que la insolvencia como resultado del delito aparece particularmente clara en el delito de concurso (arts. 523 y 524 del Código penal) y no hay razón para negarlo en las quiebras punibles (24). Téngase en cuenta que si los arts. 520 y 521 del Código penal no lo exigen expresamente se debe a su propia técnica de ley penal en blanco. Cuando la ley no utiliza tal técnica de remisión (como en el delito de concurso) destaca la insolvencia como resultado de la conducta. De otro lado en el delito de alzamiento donde no se hace referencia a la insolvencia, doctrina y jurisprudencia la incluyen como resultado delictivo (25). Esto es sumamente ilustrador porque en el art. 519 del Código penal se incluyen no sólo conductas de fuga, sino otras que se identifican con las descritas por el art. 890 del Código de comercio, con lo que su diferencia con la quiebra estriba, a veces, sólo en la falta de la declaración de la misma (26).

Esta conclusión, derivada de un examen del Código penal, no sólo se confirma con el Código de comercio, sino que encuentra en él su más firme apoyo. Ciertamente no define qué se entiende por quiebra punible, pero es indudable que una quiebra de esta clase sólo puede

(24) A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., págs. 72-73. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA,

Derecho penal español. Parte especial, cit., pág. 431 cree, sin embargo, que precisamente el silencio legal pone de relieve que la relación de causalidad en la quiebra está presumida contra toda prueba. En este sentido la reciente S. 19 enero 1974, A. 234.

(25) F. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento*, cit., pese a considerar tal delito como de mera actividad (pág. 122) apunta que¹ la conducta delictiva consiste en colocarse en situación de insolvencia (págs. 114 y sigs. y 123 y sigs. donde cita abundante jurisprudencia). Identifica MUÑOZ CONDE, al estilo de DELITALA, resultado delictivo y lesión del bien jurídico, de ahí que pueda afirmar que es un delito de mera actividad y a la vez destacar que la conducta consiste en causar la insolvencia.

(26) S. 13 marzo 1882, t. XXVI, núm. 6421: «debe estimarse que se *alza* con sus bienes, conforme al *sentido legal de esta palabra*, no sólo el que se fuga con ellos, sino el que los oculta, enajena o sustrae fraudulentamente para hacer ineficaz la acción de sus acreedores».

ser aquella que no puede calificarse de fortuita conforme al art. 887. Es una consecuencia elemental de haber hecho el Código de comercio una clasificación considerando elementos homogéneos de la misma las tres clases de quiebra. Por tanto, y ateniéndonos a la definición del art. 887 (27), quiebra punible es, en principio, la que no tiene un origen casual atendiendo al orden regular y prudente de una buena administración mercantil. En otras palabras, la que tiene su origen en una deficiente administración mercantil. Se dirá, no sin razón, que menospreciamos la amplia y detallada relación de hechos que la ley describe en los arts. 888 y 890 del Código de comercio. No se puede negar que tal esfuerzo legal de enumeración tiene un significado notable, pero no hasta el punto de llegar a constituir el núcleo de la conducta delictiva ya que hemos comprobado que la ley hace descansar el peso del ilícito sobre la creación *no fortuita* de la insolvencia. La enumeración tiene una explicación más sencilla. Castigar en todo caso la quiebra no fortuita significaría no haber superado el «decoctor ergo fraudator» porque, en definitiva, toda quiebra puede ser reducida a una deficiente administración en cuanto falta una adecuada previsión de los riesgos que toda actividad mercantil entraña. De ahí que la ley no opere con un tipo prohibitivo de causar (28), sino que describa determinados comportamientos (activos y omisivos) que corresponden a supuestos de deficiente administración mercantil. El ilícito no se colma con el desvalor de resultado sino que exige la concurrencia del desvalor de acción. Con ello la ley establece una limitación, como siempre que describe las modalidades de comisión de un hecho delictivo. El afán limitador de la ley es particularmente claro si tenemos en cuenta que, al menos en la quiebra fraudulenta, estamos en presencia de actividades defraudatorias que tan difícilmente se prestan a la enumeración. Decía ya Straccha «tot sunt decoctorum fraudes quod vix aut enumerari possunt» (29) y, pese a la propia naturaleza del fraude que no se presta a ser taxativamente descrito en sus modalidades, la ley renuncia a utilizar una cláusula abierta (como la del art. 529, núm. 1: «y otros engaños»), enumerando una serie cerrada de comportamientos. Este interés limitador es incrementado por el propio Código¹ penal cuyo art. 521 no castiga todo lo que el Código de comercio califica de quiebra culpable, sino sólo la quiebra culpable del art. 888 de dicho Código (30).

(27) Art. 887: «Se entenderá quiebra fortuita la del comerciante a quien sobrevinieron infortunios que, debiendo estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas».

(28) Utilizamos expresiones de la dogmática jurídicopenal porque estamos tratando del *presupuesto* del delito de quiebra que, por operar el Código penal con la técnica de ley penal en blanco, se encuentra descrito en otra ley.

(29) Citado por S. LONGHI, *La Bancarotta*, cit., pág. 4. También MARECHAL hablaba de la imposibilidad de describir todos los fraudes de los quebrados. Citado por C. DUPOUY, *Le dioii des faillites en "frunce avant le Code de Commerce*, París, 1960, pág. 69.

(30) Se excluyen las quiebras de los arts. 889 y 899. En este sentido A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., pág. 139, recogiendo la opinión de PACHECO. El carácter

La técnica usada por el Código de comercio ha sido la de describir supuestos de la deficiente administración mercantil particularmente graves en un comerciante. La ley no quiere castigar toda quiebra *no fortuita*, sino sólo aquella que presenta un mayor grado de intolerabilidad. Así, pues, a la vista de nuestro Derecho positivo quiebra punible es la *insolvencia culpable* (31) *del comerciante que tiene su origen en la falta del orden regular y prudente de una buena* administración mercantil cuando tal falta reviste una particular gravedad determinada por la ley.*

III. EXAMEN DE OTRAS DOCTRINAS

Entendido así el delito de quiebra y encuadrado, como tal delito, en la esfera del Derecho penal, tenemos que concluir, para ser consecuentes con las exigencias de la moderna dogmática, en la afirmación de la relación de causalidad y la culpabilidad. Este es el caballo de batalla del Derecho penal de las quiebras, que se pretende eludir adoptando dos posiciones. La primera, contradiciendo toda la evolución histórica, pretende que el contenido de injusto lo constituyen solamente los particulares hechos descritos en la ley, siendo la insolvencia algo ajeno al tipo. Normalmente se entiende la situación de insolvencia como presupuesto de una condición objetiva de punibilidad: la apertura del proceso ejecutivo concursal. La segunda, más acorde con la concepción histórica, sigue entendiendo que lo que se castiga realmente es el colocarse en situación de insolvencia, si bien la relación de causalidad y la culpabilidad respecto de dicha situación se consideran legalmente presumidas contra toda prueba. A continuación intentaremos demostrar que los argumentos utilizados en favor de una u otra posición están desprovistos, por distintas razones, de toda fuerza de convicción.

1. *El llamado «hecho de bancarrota» como contenido injusto.*

La doctrina alemana e italiana fundamentan su posición en sus propios textos positivos. El entendimiento de que el contenido de injusto lo constituyen los particulares hechos descritos en la ley les resulta facilitada, como ya sabemos, porque ni la *Konkursordnung* alemana de 1877 ni la *Legge fallimentare* italiana de 1942 caracterizan la bancarrota (32) punible como lo¹ opuesto a la bancarrota fortuita. En Alemania los §§ 239 y 240 de la *Konkursordnung* referentes a la banca-

limitador de la ley, aunque a otros fines, ha sido puesto de relieve también por J.-A. RAMÍREZ, *La quiebra*, III, Barcelona, 1959, pág. 329, «la enumeración de los hechos... de los arts. 888 a 892 del Código mercantil, tiene carácter *limitativo* y no *ad exemphim*». Subrayados del autor.

(31) «Culpable» en el sentido genérico de culpabilidad jurídico-penal, no en el específico del art. 521 del Código penal,

(32) Decimos «bancarrota» porque ni la *bancarotta* italiana ni el *Bankrutl* alemán equivalen totalmente a la expresiva «quiebra» del Derecho español.

rrota fraudulenta (*betrügerischer Bankrott*) y a la simple (*einfache; Bankrott*) castigan al deudor que ha sobreseído sus pagos o sobre cuyo patrimonio ha sido abierto el proceso concursal (33). El texto no hace referencia alguna sobre la insolvencia (*Zahlungsunfähigkeit*) por lo que es más explicable que se haya entendido como presupuestos de una condición objetiva de punibilidad (*Zahlungseinstellung* —sobreseimiento en el pago—, o *Konkurseröffnung* —apertura del concurso— (34). Lo mismo puede decirse de la ley italiana cuyos arts. 216 y 217 castigan al comerciante, si es declarado «fallito», que realiza las acciones descritas (35).

Estos argumentos formales no son realmente decisivos y de todo punto inválidos para quien pretenda trasladarlos a nuestro Derecho. Con su exposición sólo pretendemos explicar que los puntos legales de partida son distintos y que no es extraño, pues, que lleguemos a conclusiones distintas conforme a nuestro Derecho positivo. Lo que más nos preocupa son otra clase de argumentos, esgrimidos principalmente por la literatura italiana, en contra del entendimiento de la insolvencia como contenido de injusto.

Es necesario aclarar en primer lugar un equívoco. Nuvolone, recogiendo un argumento de Candían, advierte en contra de la posición que pretendemos mantener, que un acto judicial no puede ser resultado de un delito (36). Pero además de que el argumento prueba demasiado (37), parte de una premisa incorrecta: entender que el resultado del delito de quiebra lo es la declaración judicial de la misma. El comerciante no responde criminalmente de haber sido declarado en quiebra por el juez, sino de haber quebrado. El juez, como apuntó Carrara, no crea la quiebra, sino que se limita a declararla. La quiebra es una situación de hecho —un «estado»— como lo prueba el que nuestro Código de comercio distingue entre la quiebra (art. 874) y su declaración

(33) La traducción más correcta, desde un punto de vista literal, de la *Zahlungseinstellung* es suspensión de pagos, pero esta expresión tiene en Derecho español un sentido jurídico que no soporta el término alemán. De ahí que sea más correcto traducir por sobreseimiento en el pago.

(34) Cfr. U. KLUG, *Konkursstrafrecht*, cit., pág. 1.141 y 1.142 y R. MAURACH, *Deutsches strafrecht. Besonderer Teil*, 5.^a ed., Karlsruhe, 1971, pág. 280, para quien, además, la tesis por la que se consideran los hechos descritos como el contenido de injusto procede necesariamente del tratamiento del tema en el Código prusiano de 1851. En este sentido también BÖHLE-STAMMSCHRÄ'DER, *Konkursordnung*, cit., pág. 505. Una exposición de la doctrina alemana sobre el «delito concursal» a la vez que una severa crítica de su tratamiento legal en W. DAUBLER, *Sinn und Unsinn der Insolvenzdelikte. Zugleich ein Beitrag zur Reform des Vermögensstrafrechts*, en *Studien zum Wirtschaftsstrafrecht*, herausgegeben von J. BAUMANN y G. DAHN, págs. 1 a 16.

(35) Cfr. F. ANTOLISEI, *Delitos relacionados con las quiebras*, cit., pág. 29.

(36) P. NUVOLENE, *U diritto penale del fallimento e delle altre procedure concursuali*, Milano, 1955, pág. 11.

(37) Dice P. NUVOLONE, *Il diritto*, cit., pág. 11 y nota 3, que la misma objeción puede hacerse a las condiciones objetivas de punibilidad y que, sin embargo, no es tan grave absurdo considerar que un acto del juez (por ejemplo, la sentencia condenatoria del art. 326) puede condicionar la punibilidad de la conducta.

(art. 875) (38) y lo que se castiga, precisamente es el haberse colocado en tal situación fáctica. El Código penal español castiga al «quebrado» y en la medida en que, según los arts. 520 y 521 del mismo, puede

(38) Cfr. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento criminal*, I, Barcelona, 1947, pág. 164. La S. 19 enero 1974, A. 234 advierte que la declaración de la quiebra «transforma el hecho de la insolvencia en verdadero hecho jurídico». La quiebra en sentido económico, es decir, la insolvencia, la entendemos como un estado de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles. [ALFREDO Rocco, *II fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, 1962, pág. 5], Es sabido que la insolvencia no puede identificarse con aquella situación económica en que el activo resulta inferior al pasivo, es decir, con la insuficiencia. De un lado puede ocurrir que el deudor se encuentre en situación de insolvencia pese a tener más bienes que deudas cuando el activo (especialmente bienes inmuebles en período de crisis económica) no se puede convertir en dinero o sólo a costa de grandes pérdidas [F. WEBER en JAEGER, *Konkursordnung mit Einfüfungsgesetzen. Kommentar*, 8.^a ed., 11, Berlín 1958, pág. 128]. Es decir, se puede dar la situación de insolvencia aún cuando el activo es superior al pasivo, si carece aquél de liquidez [L. SUÁREZ LLANOS, *El estado de insolvencia*, Separata del Boletín de la Universidad Compostelana, 77, 1970, pág. 19]. De otro lado un estado de insuficiencia puede acompañarse de la solvencia del deudor por existir una expectativa de bienes futuros (intereses de capital, renta de la tierra, capacidad personal en el comercio, etc...) que le facilitan ser favorecido por el crédito. [Así F. WEBER, *Konkursordnung*, cit., pág. 128 y Alfredo Rocco, *II Fallimento*, cit., pág. 6].

Se discute en nuestro Derecho si la insolvencia así entendida (en sentido económico) es el auténtico y único presupuesto de la quiebra mercantil. Parece que la regulación legal sólo exige para la declaración de la quiebra el sobreseimiento por parte del deudor en el pago corriente de sus obligaciones (arts. 874 y sigs. del Código de Comercio), hasta el punto de que para la oposición a la declaración ha de probar el deudor que se halla al corriente en el pago (art. 1.029 Código de Comercio de 1829) [Vid. V. HERCE QUEMADA, en E. GÓMEZ ORBANEJA-V. HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, 5.^a ed., Madrid, 1962, pág. 725]. Pese a ello es discutible que baste para la declaración de la quiebra el incumplimiento de las obligaciones. De aceptarse este entendimiento sería posible la declaración de la quiebra respecto de un deudor solvente que incumple sus obligaciones porque no quiere pagar. No podemos tratar a fondo tan discutido tema, pero desde la perspectiva penal parece evidente que la ley castiga no el mero incumplimiento de las obligaciones (no querer pagar) [Alfredo Rocco, *II Fallimento*, cit., pág. 6, advertía que puede darse incumplimiento sin «fallimento» por ejemplo por no querer pagar o por error o negligencia], sino el incumplimiento derivado de conductas especialmente intolerables (de sumo riesgo o de fraude) que colocan el patrimonio del deudor en una situación tal que imposibilita la satisfacción de los créditos. El art. 887, de tanta relevancia en el ámbito criminal como ponemos repetidas veces de relieve en este trabajo, es argumento suficiente, al definir la quiebra (fortuita) atendiendo a la reducción del capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte las deudas. No debe inducir a equívoco el hecho de que se incluyan en la quiebra conductas de ocultación de bienes (sobre todo en el número 1, art. 890 relativo al alzamiento). Podría decirse que en dicho caso no sólo se incluye la insolvencia real, sino la aparente en cuanto que el que oculta no ha desplazado los bienes fuera de su patrimonio. [Sobre insolvencia aparente hablan sobre todo la jurisprudencia y doctrina penales en relación al delito de alzamiento del art. 519 Código penal. Cfr. A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., pág. 42 y G. QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, Barcelona, 1973, pág. 63.] Que la insolvencia aparente pueda fundamentar la declaración y castigo de la quiebra sería lo mismo que decir que no es necesaria la insolvencia (real) a tales fines. Pero aquí hay un equívoco de tipo semántico. Se llama insolvencia aparente a lo que no deja de ser una situación de insolvencia como otra cualquiera. Lo decisivo de la insolvencia es que el patrimonio aparezca sin bienes suficientes para aten-

aquél ser «declarado en insolvencia», se está refiriendo al quebrado *no declarado judicialmente* (39).

El equívoco había sido ya puesto de relieve por Longhi y Alfredo Rocco quienes precisaron que el resultado del delito no es la declaración judicial de la quiebra, sino la propia insolvencia (40). De esta forma se pretendía solventar una antigua objeción. Se decía que cuando la ley describe hechos cuya comisión es posterior a la declaración de la quiebra no se puede establecer una relación de causalidad entre aquéllos y ésta. Sustituido el acto jurídico de declaración de la quiebra por la insolvencia como resultado delictivo, la dificultad estaba salvada. Los hechos posteriores a la declaración pueden fundamentar el delito de quiebra en la medida en que *agravan* la situación de insolvencia (41).

der al pago de las obligaciones vencidas (art. 876 Código de comercio). En la medida en que esto ocurra hay ese desequilibrio entre las prestaciones exigibles y los valores realizables a que nos referimos, porque¹ el acreedor no encuentra en el patrimonio del deudor los bienes ocultados. El que, después de constatada esta realidad, aparezcan nuevos bienes en poder del deudor suficientes para el pago (porque los extrae de su ocultación o porque pasa a mejor fortuna) en nada afectan a la calificación de insolvencia, una cosa es no querer pagar teniendo bienes suficientes (solvencia) y otra cosa es no querer pagar *ocultando* sus bienes (insolvencia). [Una exposición sintética del estado de la polémica en el ámbito mercantil en L. SUÁREZ LLANOS, *El estado de insolvencia*, cit., passim. El sector de la doctrina mercantil que defiende la tesis que a nosotros simpatiza utilizan otros argumentos dervidos de la Exposición de Motivos del Código de Comercio, de los arts. 876, 886 y 887 del Código, y arts. 8, párrafos 6 y 10, párrafo 1 de la Ley de suspensión de pagos, para demostrar que la declaración de la quiebra precisa una insolvencia real y definitiva. Vid. además del trabajo de SUÁREZ LLANOS, J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, II, 4.^a ed., Madrid, 1962, págs. 364 y sigs. De todos modos es indudable que la quiebra, pensada para evitar la individual y egoísta ejecución aislada estableciendo una comunidad de pérdidas, carece de sentido cuando el deudor es solvente aunque sobreesa sus pagos. L. SUÁREZ LLANOS, *El estado de insolvencia*, cit., pág. 14.]

(39) De ahí que no sea válida en Derecho español la observación de M. PUNZO, I? *delitto*, cit., pág. 76, quien advierte que en la ley italiana sólo se exige que el deudor sea declarado en quiebra, no que venga a encontrarse en insolvencia.

(40) Vid. más adelante notas 56 y 94 y cfr. M. PUNZO, 17 *delitto*, cit., pág. 66.

(41) S. LONGHI, *La Bancarotta*, cit., pág. 79 define la quiebra atendiendo a los hechos que *causan* la insolvencia y a los que la *agravan*. Sigue esta posición Roberto ROVELLI, *Reati fallimentari, Commento alle disposizioni penali del R. D., 16 marzo 1942 N. 267, Milano 1952, pág. 12.*

A nuestro entender no hay necesidad de distinguir entre causar y agravar. Lo que agrava la insolvencia es una condición de la misma elevada a *causa jurídico penalmente relevante* por el tipo legal. De ahí que resulte ya una insistencia absurda la de P. NUVOLONE, *Il diritto penale*, cit., pág. 11 y la de M. PUNZO, *Il delitto*, cit., pág. 111, quienes siguen argumentando que hay hechos posteriores a la insolvencia y que por tanto no la pueden causar. Puede ocurrir que la insolvencia se deba a distintas causas, por ejemplo, a probados infortunios ajenos a la voluntad del comerciante y a una deficiente previsión de los riesgos o a una posterior sustracción de activo. Todas son condiciones del resultado y en la medida en que constituyen una deficiente administración mercantil ejemplarizada en los arts. 888 y 890 del Código de Comercio son «causa», relevante jurídico-penalmente, de la insolvencia. La S. 31 marzo 1886, t. 36, núm. 451 no contesta al recurrente

En la literatura italiana es ya antiguo el argumento de que la ley no exige ninguna relación de causalidad (42). Sin embargo, su valor es muy dudoso incluso frente al propio Derecho positivo italiano. La propia *Relazione* de la *Legge fallimentare* exige el nexo causal entre el hecho descrito y la insolvencia (*fallimento*) si bien no en el sentido de que deba ser la única causa (43), y de otro lado, la misma ley exige en algún caso expresamente tal relación de causalidad (44). De todas formas frente al Derecho español es un argumento inválido. Conforme a la clasificación del Código de comercio la quiebra punible es, en principio, la que no puede calificarse de fortuita. Y si el art. 887 define ésta atendiendo a las *causas* que hayan reducido el capital del comerciante al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas, es decir, atendiendo a cuáles fueron las *causas* de la situación de insolvencia, la quiebra punible ha de definirse también en atención a una distinta valoración de dichas causas.

Ciertamente, aún admitido esto, siempre se puede esgrimir el argumento de la imposibilidad lógica de afirmar una relación de causalidad entre algunos de los hechos descritos en la ley y la situación de insolvencia. En efecto, una relación de causalidad entre el hecho de no llevar libros y la situación de insolvencia no parece defendible (45). Pero no se trata de eso. El Código de comercio precisa claramente en su artículo 887 que lo decisivo es si la reducción de capital (la insolvencia) tiene su origen en los riesgos casuales dentro del *orden regular y prudente* de una buena administración mercantil, o, por el contrario, en los riesgos debidos precisamente a una actividad mercantil *imprudente, irregular y desordenada*. La relación de causalidad debe mediar, pues, entre una deficiente administración mercantil y la situación de insolvencia. Téngase en cuenta que no pretendemos mantener una interpretación totalmente nueva. Cuando desde el s. xv empiezan a admitirse en las legislaciones presunciones *iuris tantum* en materia de

que atribuía la quiebra a la guerra civil y al bombardeo de Bilbao, pero hay que reconocer que de los hechos se deduce una deficiente administración mercantil que agrava («causa») la situación de insolvencia.

(42) Así, Alfredo Rocco, *Il fallimento. Teoría generale e origine storica*, Milano, 1962, pág. 109. En sentido similar F. ANTOLISEI, *Delitos relacionados con las quiebras*, cit., pág. 51.

(43) Cfr. I. SCALERA, *Teoría generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969, pág. 8. Observa SCALERA, no sin razón, que la '*Relazione* se contradice ya que se declara contrario a la tesis que, cualificando el *fallimento* como elemento constitutivo, quiere hacer de esto, «nello stampo del reato, l'evento», y favorable, por el contrario, a colocarlo al margen... del tipo como condición de punibilidad para los supuestos cometidos con anterioridad al *fallimento* y, como presupuesto para los cometidos con posterioridad.

(44) Art. 223, mím. 2 castiga a los administradores, síndicos y liquidadores de la Sociedad declarada en quiebra que «hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolóse il fallimento della società». Art. 224, núm. 2 castiga a los mismos que «hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto delle società con l'inosservanza degli obblighi ad essi importati dalla legge», cfr. P. NUVOLONE, *II diritto*, cit., pág. 16.

(45) A esta dificultad se refiere expresamente M. PUNZO, *Il delitto*, cit., página 111.

quiebras, o cuando el Código de comercio actual admite en el art. 89 í una presunción de dicha clase, están pretendiendo cargar sobre el quebrado el peso de la prueba (al menos en el ámbito procesal civil). Y es evidente que lo único que puede probar el quebrado es que pese a su correcta administración mercantil, se produjo la quiebra por causas no imputables al mismo. Es decir, el carácter fortuito de la quiebra.

La exigencia de una relación de causalidad entre las actividades del quebrado en el ámbito mercantil y la situación de insolvencia aparece definitivamente confirmada por el art. 1.382 de la Ley de enjuiciamiento civil que remite al art. 1.138 del Código de comercio de 1829 en donde se exige tener presente para la calificación de la quiebra, entre otras cosas, «la relación que está a cargo del quebrado presentar (art. 1.018) sobre las *causas* inmediatas y directas que ocasionaron la quiebra, y lo que resulte de los libros, documentos y papeles de ésta sobre su verdadero *origen*» (45 bis).

Conviene aquí advertir un posible malentendido. El hecho de que la relación de causalidad medie entre la deficiente administración mercantil y la insolvencia no quiere decir que los hechos descritos en ía ley sean ajenos al tipo de injusto. Los hechos representan las modalidades de conducta indispensables para la existencia de la quiebra punible. Son precisamente supuestos elementales de deficiente administración mercantil por parte del comerciante. A veces (ocultar el activo o gravar ficticiamente el pasivo) pueden ser por sí solos condiciones que causan la insolvencia. En otros (ocultación o falsificación de la contabilidad) revelan la deficiente administración mercantil que a su vez causa la insolvencia.

También se ha intentado negar la posibilidad de referir la culpabilidad al resultado de insolvencia. Dice, por ejemplo, Nuvolone que, salvo casos patológicos excepcionalísimos, es difícil pensar en un comerciante que voluntariamente determina su insolvencia (46). Si con

(45 bis) De ahí que sea inadmisibles el fundamento de la calificación civil de la quiebra recogido en la S. de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 14 abril 1906, t. 76, núm. 177. Se dice que «aún cuando no constaban de autos las causas directas e inmediatas que hubiesen podido ocasionar la quiebra del comerciante... la circunstancia de no llevar libros de contabilidad... era *motivo suficiente* para que la expresada quiebra se reputase desde luego como fraudulenta». Es evidente que esta conclusión es contraria a lo establecido en la ley. Advierte F. DE RIVES Y MARTÍ, *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, II, tercera ed. adicionada por J. SAURA JUAN, Madrid, 1954, pág. 127, que para calificar no bastan los hechos del art. 890 porque hay que tener en cuenta el art. 1.138 del Código de Comercio de 1829. Y tampoco satisface la respuesta de la Sala segunda, al recurso fundamentado en haber prescindido del informe de los Síndicos como preceptúa el art. 1.140 Código de Comercio de 1829, diciendo que «las irregularidades que hayan podido cometerse en la tramitación del juicio civil no pueden invocarse en la esfera penal». Pero no se trata de eso, sino de advertir al juez penal que la calificación civil, a parte de carecer de fuerza vinculante, ha olvidado unos datos que han de tomarse en cuenta en la esfera criminal para declarar la existencia del delito de quiebra.

(46) P. NUVOLONE, *U diritto*, cit., pág. 31, A. QUINTANO, *Tratado*, III, página 77, observa también que una exigencia de que «se quiera» la insolvencia

este argumento se quiere alardear de visión práctica de los problemas jurídicos se incurre en un grave error. Precisamente en la práctica de los tribunales predominan las conductas de fuga con los bienes o simulaciones de pasivo en que se da una clara intención de colocarse en situación de insolvencia frente a los acreedores que no tiene nada de patológico. El dolo obedece a un sencillo deseo de lucrarse no satisfaciendo sus deudas. En el fondo, quienes defienden esta posición confunden el dolo con los motivos, aunque por otra parte hemos de reconocer que en algunos casos habría de operarse preferentemente con el dolo eventual (47).

Un último argumento ha utilizado Antonioni que, por proceder de un equívoco, es necesario reseñar. Considera Antonioni que si el art. 240 de la Legge fallimentare admite la posibilidad de declarar la responsabilidad civil dentro del proceso criminal, se pone de relieve que el ilícito lo constituyen los actos singulares descritos en la ley y no la insolvencia (48). En realidad se está confundiendo el concepto de insolvencia a efectos de determinar la responsabilidad civil derivada de delito y aquella otra insolvencia que da lugar a la declaración de la quiebra y al castigo de la misma. Se ha puesto ya repetidas veces de relieve que la insolvencia que fundamenta la quiebra no significa necesariamente inferioridad del activo respecto del pasivo, ni tampoco imposibilidad absoluta de no pagar todas sus deudas, sino que se entiende como un desequilibrio económico entre los valores realizables y las prestaciones exigibles (49). En la medida en que el quebrado posea aún bienes puede, a la vez que ser declarado en insolvencia punible, ser calificado de solvente a efectos de determinar la responsabilidad civil derivada de delito (50).

«equivaldría a reservar la punición a las hipótesis de ficción, ya que nadie desea su efectiva ruina».

(47) La preponderancia del dolo eventual la han reconocido U. KLUG, *Konkursstrafrecht*, cit., pág. 1142; J. N. MARTÍ SÁNCHEZ, *Algunos aspectos*, cit., página 189; E. BACIGALUPO, *Estudios jurídico-penales*, cit., pág. 15. La S. 22 de mayo 1942, A-696 no tiene reparos en hablar, refiriéndose al quebrado, de «*el propósito del mismo de conseguir su insolvencia e intención de defraudar a sus acreedores y hacer ineficaces las acciones de éstos*».

(48) F. ANTONIONI, *La Bancarotta semplice*, Napoli, 1962, pág. 95. El artículo 240 de la ley italiana equivale al art. 1.387 de nuestra ley de Enjuiciamiento Civil.

(49) Vid. nota 38.

(50) La jurisprudencia no encuentra ningún reparo en condenar a la indemnización del daño al autor de un delito de *insolvencia*. Como decimos, tal actuación es totalmente correcta. Lo que es más problemático es determinar la cuantía de la responsabilidad civil. Mientras en unos casos se determina por el importe de las deudas no pagadas (Ss. 24 marzo 1955, t. XXV, núm. 314, 4 abril 1967, núm. 361 y 8 octubre 1915, t. 95, núm. 61) en otros se condena a la «indemnización a los acreedores perjudicados en las sumas y del modo y forma que resulta y se acuerde en el juicio universal de quiebra de que dimana la presente causa» (11 octubre 1966, núm. 1394; en sentido similar 18 octubre 1969, núm. 1801).

2. Las pretendidas presunciones «iuris» en el delito de quiebra.

Frente a quienes piensan que el contenido de injusto en el delito de quiebra lo constituyen solamente los particulares hechos descritos en la ley, un sector doctrinal, formado principalmente por mercantilistas, sigue opinando que tal lugar lo ocupa la situación de insolvencia si bien apuntando que todo el tema de las quiebras está regido por presunciones *iuris et de iure* (51).

La pretendida existencia de presunciones en el delito de quiebra obedece a tres razones principales. De un lado a la influencia de las presunciones que rigen en el tema de retroacción de la quiebra (52). Del otro, a la necesidad de justificar la severa medida del arresto del quebrado desde el momento de la declaración. Por último, a los prejuicios históricos que imperan en el estudio de la quiebra. Esta institución se trata muy a menudo como un fósil histórico. Parece como si los argumentos de autoridad de Baldo, Straccha, Salgado de Somoza, Hevia Bolaños, etcétera... fuesen aún válidos, o como si los estatutos italianos, la Ordenanza francesa de 1673 o las Ordenanzas de Bilbao fuesen Derecho vigente. No creemos, como Punzo (53), que la referencia histórica sea una digresión inútil. Al contrario, la experiencia de todo intérprete del Derecho es que la interpretación histórica juega a veces un papel fundamental (54). Pero no hay que olvidar que a la hora de interpretar la norma tratamos de desentrañar la voluntad de la ley vigente, no la del legislador histórico. De ahí que, sin desdeñar la interpretación histórica de suma utilidad a veces, aparezcan como instrumentos más apropiados para indagar el alcance y sentido de la norma vigente la interpretación sistemática y la interpretación progresiva. Y nos referimos especialmente a estos dos medios de interpretación porque en este caso nos resultan los más idóneos para poner de relieve la fragilidad de la tesis que opera con presunciones *iuris et de iure* en el delito de quiebra. La admisión o recusación de las presunciones en esta materia es un problema de interpretación de la ley. A nuestro entender se ha olvidado que el delito de quiebra, como todo delito, está encuadrado en la sistemática del Derecho penal sustantivo y adjetivo (interpretación sistemática), y de otro lado se ha olvidado que es necesario adecuar el instituto a los nuevos logros de la dogmática jurídica (interpretación progresiva).

Al penalista que se encuentra de súbito con la regulación mercantil de la quiebra no le parece desde ningún punto de vista evidente que

(51) Es particularmente conocida la teoría de la doble presunción de Alfredo Rocco a la que nos referiremos más adelante. Vid. pág. «íáí». En la doctrina moderna admiten tales presunciones J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español Parte especial*, cit., pág. 431-432. J. A. RAMÍREZ, *La quiebra*, t. III, cit., páginas 293 y 329. En la literatura italiana BONELLI, NAVARRINI, CANDIAN, PROVINCIALI. Cfr. F. ANTOLISEI, *Delitos relacionados con las quiebras*, cit., pág. 27.

(52) P. NUVOLONE, *Il diritto*, cit., pág. 4.

(53) M. PUNZO, *Il delitto*, cit., pág. VII del prólogo.

(54) Conocida es la interpretación histórica utilizada por ANTÓN para resolver el equívoco que plantea la actual redacción del art. 565. J. ANTÓN ONEGA, *Derecho penal*, cit., pág. 140.

existan presunciones *iuris et de iure* en los arts. 888 y 890 del Código de comercio. Ante la tradicional opinión mercantilista se pregunta en primer lugar cuál es el fundamento legal que permite hablar de una presunción. No hay otra respuesta, partiendo del texto legal, que las expresiones «se reputará» y «se considerará» que encabezan los citados artículos. La presunción a la que parecen referirse tales expresiones ha de ser, además, *iuris et de iure* en contraposición a la *iuris tantum* de los arts. 889 y 891. Tal interpretación gramatical no es de ninguna manera decisiva. En primer lugar no queda uno convencido de que las expresiones citadas pertenezcan al tipo del delito de quiebra. El presupuesto del art. 521, por ejemplo, ha de ser colmado únicamente con «las causas comprendidas en el art. 888 del Código de comercio». La expresión «se considerará» si tuviera algún significado especial lo tendría para el juez civil a quien va dirigido pero no para el penal ya que no forma parte del tipo. De otro lado la contundencia que encierran las citadas expresiones legales tienen, a la vista del texto legal, una explicación más sencilla que la de albergar presunciones *iuris et de iure*. Hemos ya indicado que una interpretación sistemática pone de relieve que existe en los arts. 886 y sigs. una tendencia limitadora (55). La definición de la quiebra fortuita del art. 887 pretende excluir del ámbito de lo punible las quiebras casuales dentro del buen orden mercantil. Siendo la actividad mercantil una conducta esencialmente de riesgo, es difícil la calificación fortuita de una quiebra. La ley, pues, necesita limitar de entre las quiebras *no fortuitas* las que quiere castigar. De este modo no es punible toda quiebra *no fortuita*, sino sólo las que *considera y reputa* la propia ley.

Con esto simplemente queremos poner de relieve, desde el principio, que una interpretación gramatical no es decisiva. En otras palabras, que la existencia de presunciones no se deduce de la letra de la ley. De este modo podemos entrar con más comodidad en el fondo de la cuestión: ¿qué es lo que se presume? ¿Cuál es el hecho ignorado? No se ha contestado siempre con precisión a ésta pregunta, siendo quizá la teoría de la doble presunción de Alfredo Rocco la primera respuesta concreta a la cuestión. Dice Alfredo Rocco (56) que la insolvencia nunca es producto de un único hecho del deudor, sino de todo un complejo de actos negligentes realizados por él. De ahí que, ante la dificultad de determinar el hecho que ha sido causa de la insolvencia, la ley opera con presunciones. Presume, en primer lugar de la comisión de determinados hechos (los descritos por la Ley) que el deudor ha obrado de forma descuidada en sus operaciones económicas y, en segundo lugar, que dicha actividad descuidada ha causado la insolvencia. Alfredo Rocco no hace referencia expresa a la culpabilidad, pero es elemental que si se presumen los hechos y de ellos se responde estamos

(55) Vid. pág.

(56) ALFREDO ROCCO, *Il fallimento. Teoría generale e origine storica*, Milano, 1962, págs. 113 y sigs.

en presencia de una responsabilidad objetiva o en presencia de una culpabilidad presumida.

Alfredo Rocco fundamenta su posición en las expresiones utilizadas en la ley italiana (57). Poco decisivo debe de ser tal apoyo cuando Rovelli, con el mismo fundamento, cree que las presunciones *iuris et de iure* sólo son aplicables en algunos casos (58). Frente al Derecho vigente en nuestro país carece de base la aplicación de presunciones *iuris et de iure*. Comencemos por la presunción de la causalidad. Ciertamente el Código de comercio se refiere a «los comerciantes que se hallaren en alguno¹ de los casos siguientes» (art. 888) o «en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes (art. 890). La dureza de estos giros lingüísticos que parecen excluir de modo absoluto la posibilidad de indagar, para la punición del delito, algo distinto a la simple comisión de los hechos descritos en la ley por parte del declarado en quiebra, deben ser entendidos en relación sistemática con toda la normativa que regula la quiebra. No tenemos más remedio que volver a insistir en algo ya dicho. Si el art. 1.382 de la Ley de enjuiciamiento civil, en relación con el art. 1.138 del Código de comercio de 1829, obliga, para calificar la quiebra de fortuita o punible a atender a las *causas* y al *origen* de la quiebra, no se puede mantener, conforme a nuestro Derecho positivo, una presunción *iuris et de iure* respecto de la relación de causalidad. La ley *obliga* al juez a indagar sobre la realidad de las causas de la quiebra y sólo cuando ésta encuentra su origen en una deficiente administración mercantil puede negar el juez la calificación de quiebra fortuita.

Tampoco es admisible la primera presunción a la que se refiere Alfredo Rocco, aquella por la que del hecho descrito en el Código de comercio que la doctrina alemana e italiana llaman «hechos de bancarrota» (hecho conocido) se constata de modo absoluto la existencia de una deficiente administración mercantil (hecho ignorado). La razón es muy elemental. Si la ley exige demostrar la relación de causalidad entre la incorrecta administración mercantil y la situación de insolvencia, tal indagación sería imposible si se entiende presumida la premisa, es decir, la *causa*. Si hay una regla lógica que impide derivar una presunción de otra presunción (*praesumptum de praesumpto non admittitur*) (59), y que ya constituye una seria crítica total a la construcción de Alfredo Rocco, con mayor razón habrá que negar que pueda derivarse la certeza real (verdad material) de una certeza formal (*praesumptio iuris*).

De todas formas la teoría de la doble presunción de Alfredo Rocco no es la que domina en el tema de las quiebras. La opinión más tradicional entiende que la presunción legal absoluta de la quiebra se refiere al fraude (60). Es difícil traducir al lenguaje técnico actual el

(57) ALFREDO Rocco, *Il Fallimento*, cit., pág. 116.

(58) R. ROVELLI, *Reati fallimentari*, cit., pág. 16.

(59) Cfr. V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, Milano, 1958, págs. 142 y sigs.

(60) Vid. nota 73 de este trabajo y J. HEVIA BOLAÑOS, *Curia filípica*, t. II, Madrid, 1733, Libro 2, cap. 11, pág. 134.

significado de la expresión «fraude» tal y como se utilizó históricamente en relación con las presunciones de la quiebra. Unas veces parece referirse la presunción al carácter engañoso de la actividad del comerciante, es decir, a la ocultación o falta de verdad frente a los acreedores, y en otras a la culpabilidad (*dolo* o *culpa*).

El primer entendimiento tiene escasa viabilidad a la vista del texto legal. Por supuesto tal presunción no regiría en aquellos casos en que la ley exige expresamente el elemento subjetivo de defraudar a los acreedores. Sólo podría referirse al resto de casos (como el «no haber llevado libros») en que la ley no exige de modo expreso tal característica subjetiva en el tipo. Y, en efecto, es a estos «hechos de bancarrota» a los que Bricola refiere la presunción de fraude (61). Sin embargo, nos hemos ocupado anteriormente en demostrar (62) que también en estos casos, en los que la ley no exige expresamente la intención de defraudar a los acreedores, una correcta interpretación de la norma obliga a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo. Entendimiento que, por otro lado, mantiene la corriente jurisprudencial que comentamos.

De mantener alguna presunción *iuris* de fraude debe ser aquella que se refiere a la culpabilidad. Es necesario no olvidar nunca que una presunción de esta índole requiere una fundamentación muy convincente por su carácter excepcional. La doctrina moderna recusa vehementemente, desde el punto de vista dogmático, toda presunción legal de *dolo* (63). No pretendemos suscribir la tajante afirmación de que «el Código penal no contiene ninguna precisión absoluta» (64), pero sí advertir que la apreciación de una presunción legal absoluta contradice el principio de culpabilidad del Derecho penal sustantivo y los principios procesales de inmediación, verdad material, investigación de oficio y libre apreciación de la prueba (65). Se ha advertido que el principio de culpabilidad y el principio procesal de «*in dubio pro reo*» exigen que la pena sólo se imponga «en virtud de una *probada* culpabilidad» (66).

Al contrario que las presunciones *iuris tantum*, las cuales suelen estar expresamente indicadas por el legislador, las llamadas presunciones absolutas carecen normalmente, como en nuestro caso, de una expresa indicación legal. Es evidente que la existencia de una *praesumptio*

(61) F. BRIGOLA, *Dolus tu re ipsa*, cit., pág. 171. Vid. nota 9 de este trabajo. No se opone a este entendimiento G. BETTIOL, *Diritto pénale. Parte générale*, 7.^a ed., Padova, 1969, pág. 404, aunque con reservas.

(62) Vid. pág. ^V*..<r

(63) G. BETTIOL, *Diritto pénale. Parte générale*, cit., pág. 404, quien sólo acepta operar con «verdades interinas» o «*probatio hominis*» en relación con el *dolo*.

(64) V. SILVA MELERO, *La prueba procesal, I, Teoría general*, Madrid, 1963, pág- 119.

(65) Cfr. E. GÓMEZ ORBANEJA, en E. GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, 7.^a ed., Madrid, 1972, págs. 124 y sigs. y 272 y sigs.

(66) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción legal de voluntariedad*, en *Anuario de Derecho Penal*, 1965, págs. 34 y 46.

iuris de esta clase ha de deducirse, pues, de una adecuada interpretación del tipo (67). Creemos que el intérprete al tratar del delito de quiebra y afirmar la presencia de *presunciones iuris et de iure* de culpabilidad se ha dejado influir de dos formas distintas. Se ha puesto de relieve que por las especiales dificultades de prueba que presenta el dolo, dado su carácter psicológico, se tiende a demostrar su existencia por medio de presunciones (68). No hay que objetar si, imposibilitada la prueba directa del dolo, se utiliza el esquema lógico de la *praesumptio hominis seu iudicis* (69). Por el contrario resulta recusable la tendencia jurisprudencial a apreciar presunciones legales (*iuris*}, de modo arbitrario y para una mayor comodidad en la tarea probatoria, pese a no existir en la ley un ligamen claro entre el hecho conocido (comportamiento) y el ignorado (dolo). Se ha explicado tal tendencia, sobre todo en relación a leyes especiales, porque éstas a efectos de eficacia en la represión hacen prevalecer la certeza formal a la real desviándose de los principios de una buena técnica legislativa (70). Lo decisivo en el caso que nos ocupa es determinar si, de una correcta interpretación de la norma, se encuentra apoyo¹ para afirmar la existencia de presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad.

Hemos puesto de relieve repetidas veces que la interpretación gramatical no aporta argumento decisivo alguno. La rigidez de las expresiones que encabezan los artículos 888 y 890 del Código de comercio encuentran explicación en la tendencia limitadora al describir las quiebras punibles. Y, por el contrario, de la propia ley se deducen argumentos contrarios. En efecto, no resulta lógico presumir el dolo (conocimiento y voluntad referidos a la actividad de colocarse el deudor en situación de insolvencia frente a los acreedores) de la existencia de un hecho no meramente objetivo, sino de un hecho que se convierte en penalmente antijurídico en la medida en que concurre el ánimo de defraudar a los acreedores. Sin caer en la identificación de elemento subjetivo del tipo de injusto y dolo no tenemos más remedio que reconocer lo anómalo de una relación presuntiva entre ambos elementos. Si el juez tiene que probar que el hecho se comete con el ánimo de defraudar a los acreedores, no alcanzamos a saber qué razones de política-legislativa obligan al legislador a impedir al intérprete judicial la averiguación de que tal hecho, subjetivamente condicionado, se comete con conocimiento y voluntad de colocarse en situación de insolvencia frente a los acreedores. Parece más lógico que el *id quod plerumque accidit* determine una presunción legal referida al fraude en todos sus significados, es decir, abarcando tanto el dolo genérico como el específico. Lo que no resulta del todo explicable es que el juez deba llegar

(67) F. BRIGOLA, *Dolos in re ipsa*, cit., pág. 42.

(68) Toda la problemática que presenta la presunción de culpabilidad, en concreto la *praesumptio doli*, tanto en el Derecho sustantivo como procesal y una exposición completa de la literatura sobre el tema hasta entonces, vid. en G. RO DRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción legal*, cit., passim.

(69) F. BRIGOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., pág. 37.

(70) F. BRIGOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., pág. 5 y 6.

a la certeza real de la existencia de un elemento subjetivo (intención de defraudar a los acreedores) y se le oblige a operar con la certeza formal de la existencia del dolo.

Realmente quienes defienden la existencia de presunciones legales absolutas referidas a la culpabilidad en el delito de quiebra operan, tácita o expresamente, con argumentos históricos. No pretendemos hacer aquí una historia de la quiebra ni, por tanto, una crítica de su interpretación. Simplemente queremos poner de relieve algunas observaciones que puedan servir para fundamentar nuestras dudas sobre estas pretendidas presunciones *iuris et de ture* fundamentadas en la evolución histórica de la quiebra.

Cuando se abandona la presunción absoluta de Baldo (*nec excusantur ob adversam fortunam; est decoctor ergo fraudator*), siguen las legislaciones operando con presunciones, pero no absolutas, sino relativas, admitiendo la prueba en contrario. Y ello significaba que el quebrado debería de probar, para eludir las severísimas penas previstas (71), que su ruina se debía al infortunio o caso fortuito, o que no había obrado con fraude (72). En el ámbito doctrinal defiende principalmente Straccha (73) la vigencia de presunciones relativas en el delito de quiebra. Ya en este punto nos surgen serias dudas sobre la auténtica naturaleza de las presunciones a las que se refieren la doctrina y legislación de la época, es decir, si se trata de una *praesumptio iuris* o, por el contrario, una *praesumptio hominis*. Se ha puesto repetidas veces de relieve que cuando en el Derecho intermedio se habla de presunciones no se refieren tanto a presunciones legales como a *pruebas de indicios* (74). Destacó Bricóia, por ejemplo, que es equivocada la tesis de quien quiere ver presunciones de dolo, en el sentido de provocar una inversión de la carga de la prueba, en el Derecho intermedio. En realidad se trata de la enumeración de una larga casuística de elementos de hecho que consienten la reconstrucción del dolo. En este sentido es famosa la definición de dolo de Farinacio quien, pese a utilizar la expresión «presunción» no se está refiriendo a la inversión de la carga de la prueba o la imposibilidad de averiguación del dolo, sino más

(71) Sobre la severidad de la ley con el quebrado en el Derecho histórico vid. J. A. ALEJANDRE, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la codificación*, Sevilla, 1970, *passim* y págs. 82 y 99, J. HEVIA BOLAÑOS, *Curia filípica*, t. II, Madrid, 1733, Libro 2, cap. 11, pág. 134. U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiana deü'età intermedia*, Padova, 1964, págs. 118 y sigs. ALFREDO Rocco, *Il fallimento. Teoría generale e origine storica*, Milano, 1962, págs. 197 y sigs. C. DUPOUY, *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, París, 1960, págs. 71 y sigs.

(72) En Italia la vía es abierta por un decreto de 1473 de GALEAZZO MARÍA SFORZA y seguida por otros estatutos italianos. Cfr. U. SANTARELLI, *Per la storia*, cit., pág. 147 y sigs.

(73) Sobre el entendimiento de Straccha, cfr. I. SCALERA, *Teoría generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969, págs. 4 y sigs.; M. PUNZO, *Il delitto*, cit., págs. 10 y sigs.; S. LONGHI, *La bancarotta*, cit., págs. 20 y sigs.

(74) V. SILVA MELERO, *La prueba procesal*, I, cit., pág. 306 destaca que ya «en las primeras fuentes canónicas los indicios se encuentran confundidos con las presunciones... La confusión persiste en los glosadores».

bien a una prueba de indicios (75). También Gianturco se refiere a variados casos en que los autores hablaban de presunciones cuando en realidad se trataba de indicios (76).

De ahí que no sería equivocado pensar que la larga enumeración y clasificación que Straccha hace de los «hechos de bancarrota» operen como indicios que faciliten al juez la prueba del hecho ignorado. Estas observaciones perderían su importancia de aceptar aquella tesis que cree que las pruebas de indicios legalmente establecidas se convierten por ello en *presunciones iuris* (77). Sin embargo, destacó Henkel que pueden existir pruebas de indicios de libre apreciación judicial, es decir, operando como *probatio hominis*, pero bajo ayuda y dirección legales (78).

De todas formas el punto de partida de la doctrina actual no es tanto la época en que rigen las pretendidas presunciones *iuris tantum* como aquellas manifestaciones legales en que no se hace referencia a la posibilidad de la prueba en contrario. El primer hito lo marca la Ordenanza francesa de 1673 en la que Punzo quiere ver la primera consagración de las presunciones *iuris et de iure en la quiebra* (79). Sobre que ello no es totalmente cierto en cuanto que la Ordenanza admite la prueba en algunos casos (80), una vuelta al «decoctor ergo

(75) F. BRIGOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., pág. 11 y nota 18. FARINACCIO definía así el dolo: «dolus praesumitur ex qualitate personarum: insólito delinquere; ex qualitate facti...; ex qualitate temporis; ex mendacio; ex violentia; in actu clam gesto; ex actu qui agenti non prodest et alteri nocet» etc...

(76) V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, cit., pág. 82, enumera una larga serie de casos de FARINACCIO, CAS o NI O, FERRATO, etc... que operaban como indicios de prueba. Interesante puede ser la similitud de la presunción de falsedad («instrumenti antiqui falsitas praesumitur si carta et litterae apparent ruentes») con el rasgar, borrar o alterar el contenido de la contabilidad en la quiebra.

(77) Así lo entiende V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, cit., pág. 187. Cft. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción legal*, cit., págs. 38-39.

(78) H. HENKEL, *Die «Praesumptio Doli» im Strafrecht, en Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, pág. 578, citado por G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción legal*, cit., pág. 38-39. A ello mismo se refiere V. SILVA MELERO, *La prueba procesal*, I, cit., pág. 129, cuando dice que «las pruebas llamadas legales no se desconectan totalmente de la libre apreciación del órgano judicial».

(79) M. PUNZO, *U delito*, cit., págs. 10-11. La posición de este autor resulta contradictoria porque a la vez que aprecia presunciones absolutas en dicha ordenanza deduce de ello que lo que se quiere castigar son los «hechos de bancarrota», con lo que se pone de relieve el cambio radical en la concepción del delito de quiebra. PUNZO llega a esta conclusión para evitar volver al *decoctor ergo fraudator*, pero carece de sentido afirmar que se presume la causación dolosa de la insolvencia y deducir que lo que se castiga no es la insolvencia, sino los «hechos de bancarrota». De otro lado, se llega al resultado de no poder justificar la severidad de las penas. La pena de muerte ya no se impondría al quebrado por presumir su fraude, sino al quebrado simplemente por no llevar libros.

(80) En el art. 11 de la Ordenanza de 1673 se faculta al juez para castigar o no cuando se trata de no presentar los libros de contabilidad. Vid. S. LONGHI, *La Bancarotta*, cit., pág. 24 y nota 1. El art. 11 es interpretado por JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, (citado por C. DUPOUY, *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, Parid, 1960, pág. 191), en el sentido de una ayuda legal estableciendo indicios para una mejor elaboración de la prueba. En efecto, JOUSSE cree que en el art. 11 se presume el fraude y el dolo de perjudicar a los acreedores cuando, probado que el comer-

fraudator» resulta de un lado insatisfactorio y de otro no explicable por especiales razones de política criminal o de técnica procesal. No se olvide que en esa época se está operando ya el paso de la prueba legalmente tasada a la prueba moral o de libre convicción (81). Más fácil es, por el contrario, apreciar la consagración de una prueba de indicios legalmente establecida (82).

Ciertamente el endurecimiento y el carácter represivo que adquiriría la regulación de la quiebra a partir del Código de comercio francés de 1807 y la ley francesa de 28 mayo 1838 (83), han facilitado la apreciación de presunciones *inris* absolutas en el delito de quiebra. Es un entendimiento arbitrario y accidental que, además de no estar completamente fundado en la regulación legal repugna de manera especial a la Ciencia del Derecho penal. Lo cierto es que el único Código penal que ha querido extenderse en la regulación criminal del delito de quiebra, el Código de 1822, no incluye ninguna presunción absoluta. Se excluye del ámbito de lo punible al quebrado «por cualquier accidente que no estuvo en su mano evitar sin concurrir *fraude* ni *culpa* por su parte» (art. 762). Solamente se hace referencia a una presunción relativa para justificar el arresto del quebrado. El art. 763 dice así: «toda quiebra se reputa fraudulenta y culpable, y el quebrado estará preso hasta que se justifique haber quebrado sin culpa».

IV. CONCLUSIÓN

Según nuestro entendimiento, pues, el ilícito en el delito de quiebra está constituido por la insolvencia provocada a consecuencia de

ciante lleva libros, no los presenta a sus acreedores. Esa presunción a la que se refiere JOUSSE es una *praesumptio hominis* ya que el art. 11 deja al arbitrio del juez la consideración o no de quiebra fraudulenta.

(81) Cfr. V. GIANTURCO, *La prava*, cit., págs. 7-8.

(82) C. DUPOUY, *Le droit*, cit., pág. 188, transcribe un comentario de la época. (Col. MOREL DE THOISY, t. 107, folio 46), en referencia al fraude que dice: «El fraude en esta materia supone necesariamente la concurrencia de dos cosas esenciales, la primera, que haya pérdida para los acreedores y la otra que haya dolo y una intención premeditada de perjudicarles, y que, con esta intención, haya habido ocultación y aprovechamiento». Nada parece indicar que se opere con la rigidez de las presunciones legales absolutas. Vid. también nota 80 de este trabajo. Una prueba más de que no es sencillo apreciar presunciones *inris et de iure* en la normativa de la época la depara un edicto de Enrique IV de 4 de junio de 1609 (recogido por R. ITHURBIDE, *Histoire critique de la faillite*, París, 1973, pág. 5) que dice: «il soit extraordinairement procede contre les banqueroutiers et débiteurs faisant faillite et cession de biens en fraude de leurs créanciers, fraude étant prouvée, exemplairement punis de mort comme voleurs, affronteurs publics...» El subrayado es nuestro. Incluso autores, como BÖHLE-STAMMSCHRÄDER, *Konkursordnung*, cit., pág. 505, que sitúan el contenido de injusto de la quiebra en los «hechos de bancarrota», han de reconocer que antes lo que se castigaba era la insolvencia y se valoraban los «hechos de bancarrota» como indicios (*Indizien*) o síntomas (*Anzeichen*) de la culpabilidad.

(83) Cfr. C. DUPOUY, *Le droit*, cit., pág. 207 y nota 20 y R. ITHURBIDE, *Histoire*, cit., págs., 8 y sigs.

una deficiente administración mercantil cuando tal irregularidad reviste una particular importancia. Ciertamente esta interpretación carece de originalidad. Nada distinto han dicho, por ejemplo, S. Longhi o Alfredo Rocco (84). Lo discutible es el papel que juegan los hechos descritos por la ley. Como ya queda dicho aparecen a modo de ejemplos limitados, por su gravedad, de aquella deficiente administración que, en la medida que provoca la insolvencia, cobran relevancia criminal en la quiebra. Sabemos que este entendimiento es más fácilmente aceptable cuando se trata de conductas de sustracción fraudulenta de activo o inflación de pasivo (núms. 10, 11, 12, 13, etc., del art. 890) o cuando se trata de conductas arriesgadas en el buen orden mercantil (núms. 1, 2, 3, etc., del art. 888), pero que parece menos explicable cuando se trata de falsedades contables (núms. 2, 3, 4, etc..., art. 890).

No se puede olvidar que los hechos descritos en la ley nacen con una vocación de medios de prueba. La fuga del deudor, el supuesto más característico de la quiebra hasta el punto de identificarse en el Derecho histórico quebrado y deudor fugitivo, constituía un medio de prueba procesal (8.5). En general los llamados «hechos de bancarrota» sirvieron para invertir en la práctica el *onus probandi* (86). Incluso quienes niegan hoy relación alguna entre dichos hechos y la insolvencia se ven obligados a afirmar que no se tiende a castigar los hechos abstractamente considerados, sino su valor probatorio en relación a la quiebra (dissesto) (87). Esta vocación probatoria de los hechos hace que deban ser configurados a lo sumo como una *prueba legal de indicios* que no liberan al juez de la obligación de averiguar la existencia del hecho ignorado y de lograr la certeza real. El juez tiene que averiguar las auténticas causas de la quiebra (88) pero el legislador le orienta con la descripción de supuestos de deficiente administración mercantil que, en cuanto concurren (anticipación de pagos, venta simulada, etc...), facilitan a aquél llegar a la convicción moral de la existencia de esa irregular y descuidada administración mercantil impropia del buen comerciante, y se facilita la tarea de determinar las causas de la quiebra. Y lo mismo ocurre cuando se trata de falsedades documentales. El quebrado que no ha llevado libros de contabilidad no por ello quiebra necesariamente de modo fraudulento. En primer lugar, y ello lo corrobora la corriente jurisprudencial que comentamos, ha de constar la intención de perjudicar a los acreedores. En segundo lugar, como en

(84) S. LONGHI, *La Bancarotta*, cit., pág. 79 y sigs.; ALFREDO Rocco, *U Fallimento*, cit., pág. 115.

(85) U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., pág. 60, La fuga, dice ALFREDO Rocco, *Il fallimento*, cit., pág. 187, es prueba de la insolvencia como la falta de pago o la espontánea confesión del deudor.

(86) Una presunción de esta clase se conserva hoy en los arts. 891 y 889 del Código de comercio. Hoy la trascendencia de tal presunción en el proceso penal se limita a hacer recaer las consecuencias de la duda sobre el propio reo (*in dubio contra reum*). Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción*, cit., págs. 41 y sigs., especialmente pág. 47.

(87) R. ROVELLT, *Reati fallimentari*, cit., pág. 18.

(88) Vid. pág. i*ii->de este trabajo.

todo caso, el juez ha de averiguar las causas de la quiebra para excluir la existencia del caso fortuito. Por último ha de probar la culpabilidad del autor. Pero ciertamente la labor de averiguación judicial resulta facilitada en cuanto se conoce el hecho descrito en la ley.

La descripción legal de los hechos cumple sin duda dos funciones: una *función limitadora* por la que se declaran punibles sólo parte de las quiebras no calificables de fortuitas; y otra *función indiciaria* en cuanto que operan como indicios de la existencia de la modalidad de conducta (administración impropia de un buen comerciante) causante de la insolvencia.

Un entendimiento de esta clase no obstaculiza la labor de la Justicia en la persecución y castigo del comerciante que quiebra de modo ilícito. Probado el hecho descrito en la ley y el elemento subjetivo en su caso (elementos ajenos, por supuesto a las pretendidas presunciones) sólo se trata de negar la existencia del caso fortuito, porque las más elementales reglas de experiencia indican que el quebrado que ha alterado el buen orden de su contabilidad con ánimo de perjudicar a los acreedores, o que realizó contratos simulados con la misma animosidad, no ha sido diligente en su administración mercantil con lo que ha condicionado, de modo reprochable, su situación de insolvencia. De ahí que pensemos con Navarrini que operar con presunciones es complicar *innecesariamente* el proceso lógico seguido por la ley (89).

Opinamos como Quintano que no podría calificarse de quiebra fraudulenta la de aquél comerciante carente de contabilidad cuya insolvencia es atribuible a que el administrador ha huido con los fondos de la caja (90). O, con un ejemplo clásico, aquel comerciante que, sin llevar libros, se coloca en situación de insolvencia por «infortunios, que inculpablemente les acaecieron en Mar, o Tierra, como arriesgando en el Mar prudentemente cantidades de Mercaderías, y efectos, que consideraron arriesgar sin daño de tercero, vinieron a perecer, y naufragarse, y fiando en tierra sus caudales a otras personas, que cuando los fiaron estaban en sano crédito, y después no les correspondieron, ni pagaron sus haberes, resultando de estas desgracias, o de otras inopinadas inculpables quedar alcanzado en sus caudales» (91).

2. No pretendemos explicar las razones por las que en el ámbito mercantil se sigue operando con presunciones ya que no somos especialistas en el tema. Pero sí podemos y nos conviene precisar las razones por las que la jurisprudencia criminal somete tan lentamente el instituto de la quiebra a las exigencias de los principios informadores del

(89) H. NAVARRINI, *La quiebra* (traducción de F. HERNÁNDEZ BORONDO), Madrid, 1943, págs. 432 y 433: «Más simplemente, sin complicar con presunciones' innecesarias el proceso lógico seguido por la ley, se puede decir que ésta valora los actos que enumera como adecuados para producir la convicción de que la quiebra, o su agravación, se deben en realidad a culpa o a dolo del quebrado, aunque ellos no hayan producido directamente este efecto.»

(90) A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., págs. 73-74.

(91) Apartado III, del cap. 17 (*De los atrasos, fallidos, quebrados o alzados*) de las *Ordenanzas de Bilbao de 1737*, Madrid, 1775. Cfr. J. HEVIA BOLAÑOS, *Curia filípica*, cit., págs. 133-134.

Derecho penal sustantivo y procesal. En el ámbito criminal siempre ha influido la idea de que el juez penal habría de limitarse a ejecutar y cumplir la sentencia civil de calificación (92). Se olvida, sin embargo, que la calificación civil de la quiebra tiene sus propios efectos y a ellos sirve. La calificación civil no tiene más trascendencia en el ámbito criminal que la de ser un presupuesto necesario para dictar la providencia mandando «sacar testimonio de lo necesario para proceder criminalmente contra el quebrado» (art. 1.386 LEC. y art. 896 Código de comercio). Hasta el punto de que es este acto procesal el que constituye la auténtica condición de perseguibilidad del delito de quiebra y no la calificación civil (93). La sentencia penal condenatoria se derivará, por tanto, de haber sido el quebrado «declarado en insolvencia fraudulenta o culpable» según se desprende de los arts. 520 y 521 del Código penal. Esta declaración en insolvencia de que habla el Código penal es una decisión exclusivamente atribuible al juez penal. Obsérvese que no puede identificarse con la «declaración de la quiebra» de los arts. 1.323 y sigs. de la LEC. y de los arts. 875 y sigs. del Código de comercio porque los adjetivos de «fraudulenta» o «culpable» utilizados en el Código penal no pueden ser referidos a dicho acto procesal. Ni puede identificarse con la «calificación de la quiebra» por el juez civil (artículos 1.382 y sigs. de la LEC y 895 y sigs. del Código de comercio) ya que el Código penal no habla de «calificar», sino de «declarar», y, de otro¹ lado, los arts. 520 y 521 de este Código dirigen sus prescripciones al juez de lo criminal.

La jurisprudencia criminal, obediente a la idea de que su actuación debe limitarse a ejecutar la sentencia civil de declaración, no se preocupa en el momento de la instrucción más que de recoger dos hechos: la declaración y calificación civil de la quiebra (94). Los resultados de total inoperancia a los que conduce esta práctica ha obligado al Tribunal Supremo en S. 5 noviembre 1971, núm. 1313 a admitir el recurso por quebrantamiento de forma obligando al Tribunal inferior a dictar nueva resolución relatando los hechos probados sin reemplazarlos por

(92) MANRESA, uno de los padres de la Ley de Enjuiciamiento civil, apuntaba que después de ser firme la sentencia civil de calificación «se dictará la providencia mandando sacar testimonio de lo necesario para proceder criminalmente sin admitir recurso alguno contra esta providencia, *por ser dictada para la ejecución y cumplimiento de la sentencia firme*». (El subrayado es nuestro). Citado por F. DE RIVES y MARTÍ, *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, t. II, 3.^a ed. (adiciones de J. SAURA JUAN), Madrid, 1954, pág. 736. Esta subordinación del juez penal a la sentencia civil de calificación se fundamenta según la S. 30 abril 1926, t. 113, núm. 188, en que, en otro caso, «conduciría a la irregularidad de que los Tribunales de lo Criminal, invadiendo una potestad de que carecen, actuaran a modo de Tribunal de apelación en segunda instancia». Sobre la progresiva desvinculación de este entendimiento por parte del Tribunal Supremo, vid. A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., págs. 80 y sigs.

(93) Cfr. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, cit., pág. 167.

(94) Así, por ejemplo, SS. 4 julio 1931, T. 125, núm. 6; 8 octubre 1915, T. 95, núm. 61; 30 abril 1926, T. 113, núm. 188; 20 mayo 1929, T. 120, número 132; 11 octubre 1966, núm. 1.394.

declaraciones genéricas. En otros casos, como en la S. 28 mayo 1957, número 519, los tribunales se ven obligados a reconocer la excesiva severidad de la sanción criminal elevando al Gobierno la exposición prevenida en el art. 2 del Código penal. Y en otros casos, por último, se ha optado, para evitar el excesivo rigor, por aplicar el art. 565 en supuestos calificados civilmente como quiebra fraudulenta, incurriendo en las deficiencias técnicas que hemos querido poner de relieve en este trabajo (95).

3. La corriente jurisprudencial que comentamos obedece por tanto al deseo de eludir el excesivo rigor que se deriva de la pretendida vinculación a la calificación civil de la quiebra. Sin embargo, el expediente utilizado no es el más aconsejable. Pretender que el contenido de injusto en el delito de quiebra se agota con la comisión de los hechos descritos en la ley conduce a consecuencias igualmente insatisfactorias. En primer lugar porque habría que admitir tantos delitos como hechos realizados (96). En segundo lugar porque como ya se puso de relieve en el proyecto alemán de 1962, los hechos por sí mismos carecen de relevancia en el ámbito criminal, con lo cual la aplicación de penas tan severas como las previstas en el Código penal carecen de justificación (97). En tercer lugar este entendimiento choca con la posición dominante de la doctrina que considera como bien jurídico protegido en el delito de quiebra el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos. La infracción de las normas sobre contabilidad por sí sola considerada no lesiona tal bien jurídico. En cuarto lugar los hechos descritos en la ley, desvinculados del resultado de insolvencia, constituyen conductas perfectamente encuadrables en otras figuras delictivas como la apropiación indebida o la estafa con lo que se haría innecesaria su especial incriminación.

Creemos más apropiada la vía presentada en este trabajo y que ha sido esbozada en ocasiones por el propio Tribunal Supremo. La relación entre la deficiente administración mercantil y el resultado de insolvencia ha sido tomada en cuenta por la S. 5 abril 1877, T. 16, número 3879. En dicha sentencia se atiende a la información del Juez

(95) Todo el procedimiento de quiebras es de una gran severidad, empezando por el arresto del quebrado (art. 1.044, 2.º, y artículo 1.143 Código de Comercio de 1829 y artículo 1.386 LEC), que por la lentitud del proceso puede ser a veces excesivo. La S. 13 de junio 1959, núm. 627, recoge en sus resultados la S. del Tribunal inferior que impuso la pena de diez años de prisión mayor y declaró estar la pena ya cumplida por abono del tiempo en que el quebrado estuvo privado de libertad por la causa. Una crítica de la severidad con que las leyes actuales castigan los delitos de quiebra y de concurso en W. DAUBLEK, *Sinn una Unsinn*, cit., passim.

(96) En este sentido, Alfredo Rocco, *U Fallimienio*, cit., pág. 110.

(97) Cfr. *ENTWURF eines Strafgesetzbuches 1962 mit Begründung. Bandstagsvorlage*, pág. 445. No quiere decir, sin embargo, que el proyecto alemán de 1962 considere a la insolvencia como el contenido de injusto del delito de quiebra. Lo que se castiga son igualmente los «hechos de bancarrota» (*Bankrotthandlungen*) pero en la medida en que pongan en peligro los derechos de los acreedores a la satisfacción de sus créditos. El disvalor reside precisamente en la creación de tal peligro. Cfr. W. DAUBLER, *Sinn una Unsinn*, cit., págs. 1-2.

Comisario y los Síndicos que indicaban «que no estaban justificadas las causas alegadas por la Sociedad; y antes por el contrario la quiebra había venido por la *falta de una buena administración*» para negar la responsabilidad de uno de los socios porque *no fue «partícipe de la responsabilidad de la mala administración en general»*. En el mismo sentido' la S. 4 abril 1967, núm. 361 condena no por la simple omisión de los libros, sino por «*la irregular actividad económica, procurando... crearse una situación de insolvencia para cuyo plan comenzó por no llevar ningún libro de contabilidad*». Y la S. 10 diciembre 1971, número 1546 razona: «aparte del extremo de la falta de libros, el hecho probado pone de relieve que la falta de contabilidad degeneró en una confusión económica... de la cual el procesado se aprovechó... para la comisión de irregularidades en perjuicio de sus acreedores»..., «por lo que *no puede razonarse sólo... a base de la falta total de libros de comercio, sino en otros (hechos) reales e independientes que vienen a corroborar, con independencia de la falta de contabilidad, la fraudulencia del estado de quiebra producido*».

Podrá observarse que en estas sentencias se castiga la insolvencia causada, de modo fraudulento, por una deficiente administración mercantil. Esta acertada determinación del objeto de valoración del ilícito en la quiebra fue facilitada porque en dichas sentencias, al contrario que en las que comentamos en este trabajo, se podía operar con unos resultandos de hecho mejor y más ampliamente detallados.

4. La nueva redacción dada al art. 33 del Código de Comercio por la Ley de 21 julio 1973 (98) facilita, en cierto modo, la aceptación de la tesis que mantenemos en este trabajo. Al prescribirse que «todo comerciante deberá llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad mercantil» destaca en alguna medida que el hecho de no llevar libros adquiere relevancia desde el momento en que responde a un desarreglo en la administración de la actividad mercantil. La norma que atribuya consecuencias a la falta de libros de comercio debe encontrar su *ratio* en el interés entre otros, por mantener una ordenada, regular y prudente administración mercantil.

Ciertamente el art. 33, al lado de dicha prescripción, establece la obligación formal de llevar «un libro de inventarios y balances y otro diario» si se trata de comerciante individual, más «un libro o libros de actas» si se trata de una sociedad mercantil. Sin embargo, una interpretación lógica debe conducir a la conclusión de que la ausencia de uno de dichos libros obligatorios sólo puede cobrar relevancia jurídica cuando respondan a una deficiente administración mercantil. Nada impide aplicar esta consideración en el caso del quebrado que no ha llevado libros. La similitud de los arts. 33 y 887 del Código de comercio viene a corroborar nuestra tesis por la que entendemos insuficiente el hecho de

(98) En el núm. 6 de la Revista *Crónica Tributaria* se recoge el Anteproyecto, Proyecto y Ley de 21 de julio 1973, con variados estudios sobre los mismos. Vid. también J. M. DE LA CUESTA RUTE, *La contabilidad en el Código de comercio*, en *Rev. española de Financiación y Contabilidad*, vol. II, Madrid, 1973, págs. 327 y sigs.

la ausencia de los libros reglamentariamente exigidos al comerciante para declarar la quiebra como fraudulenta. De ahí que suscribamos, aunque con reservas, la observación de Pont Mestre (99): «¿Qué sucede cuando un comerciante individual incumple el precepto en su vertiente formal —libros de llevanza obligatoria— si no obstante lleva su contabilidad ordenada y adecuada a su actividad mercantil? La respuesta ha de buscarse en la historia de los últimos cien años. No sucede nada». Aceptamos tal afirmación con reservas porque precisamente en los últimos cien años sucedía que en caso de quiebra se calificaba ésta de 'fraudulenta' (100).

(99) M. PONTS MESTRES, *Reflexiones en torno a la reforma de la normativa contable del Código de Comercio*, en *Crónica Tributaria*, núm. 6, pág. 152.

(100) En la línea que defendemos se movió ya el T. S. en la S., ya citada, de 4 abril 1967, núm. 361, que condenó, no por la simple omisión de los libros, sino «por la irregular actividad económica, procurando... crearse una situación de insolvencia para cuyo plan comenzó por no llevar ningún libro de contabilidad». En el mismo sentido, S. 10 diciembre 1971, núm. 1.546. El entendimiento mantenido por nosotros resolvería, en parte, el problema del pequeño comerciante para quien, inexplicablemente, rigen las mismas obligaciones contables que para la gran empresa. No puede castigarse por insolvencia fraudulenta la quiebra del pequeño comerciante entre cuyos hechos sólo puede constatarse el de no haber llevado libros, porque, probablemente, la ausencia de los libros de contabilidad exigidos por el Código de comercio no significarían, en tal caso, deficiente administración mercantil. En esta línea se movió la S. 9 abril 1969, número 710, que, pese a reconocer que el procesado no llevaba libros, «como no los llevan la casi totalidad de los dueños de vaquerías en Madrid», admitió que de los hechos «se desprende una conducta correcta comercialmente».

La ausencia de los libros de contabilidad aparece regulada en el Código de Comercio de una manera poco sistemática. La jurisprudencia civil y la doctrina mercantil no se han preocupado de delimitar con exactitud los distintos alcances de los artículos 889, núm. 1, 890, núm. 3, y 891, quizá porque, a fin de cuentas, toda irregularidad con los libros de contabilidad cabe en uno u otro precepto. Pero aparte de que ya en el ámbito mercantil la inclusión en uno u otro acarrea distintas consecuencias (insolvencia culpable o fraudulenta), en el penal las consecuencias son más graves, porque la quiebra culpable, en atención al artículo 889, como ya señalamos, no es punible. Una interpretación sistemática de los artículos 890, núm. 3, 891 y 889, núm. 1, debe conducir a la conclusión de que califican de *fraudulenta* la quiebra: 1) La ausencia total de libros de comercio (núm. 3, art. 890, primera parte). 2) En caso de que el comerciante lleve sólo alguno de los libros exigidos, el hecho de incluir en ellos con daño de tercero partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos (núm. 3, artículo 890, segunda parte). 3) En el caso de que el comerciante lleve todos los libros exigidos, el hecho de que hayan sido llevados de tal forma que impidan deducir de los mismos su verdadera situación (art. 891). Todas las demás irregularidades en los libros de comercio son ajenas al ámbito criminal. Obsérvese que la ley no prevé de modo expreso la conducta de quien, habiendo llevado libros, no los presenta, los destruye o los oculta. De ahí que la S. 19 junio 1969, núm. 1.390, haya utilizado como argumento para la absolución el que de las inspecciones practicadas por los inspectores de Hacienda y del Timbre de años anteriores se «demuestra que existían libros», si bien el argumento principal es que «si después desaparecieron se desconoce quién fue el autor». En realidad, doctrina y jurisprudencia suelen incluir el supuesto en el artículo 891, pero de todas formas resulta insatisfactoria la ausencia de una regulación expresa de esta conducta, que aparece, sin duda, como más idónea prueba del fraude que el mero hecho de no haber llevado libros. La conducta de ocultación o destrucción de los libros se recoge expresamente en el artículo 216 de la

Legge fallimentare italiana de 1942 y en el párrafo 239 de la *Konkursordnung* alemana de 1877. La Ordenanza francesa de 1673, más adecuadamente, se limitó a castigar, en su artículo 11, a quien no presentase los libros. Una tal regulación dio pie para que la doctrina entendiese que, probada la existencia de libros, la ausencia de su presentación debería dar a entender el fraude, mientras que el hecho de no llevar libros carecía de significado, sobre todo en relación con el pequeño comerciante, en la medida en que presentase las anotaciones privadas que tuviera. Así, JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, París, 175.5, citado por C. DUPOY, *Le droit des faillites*, cit., pág. 191.