

EL CONCURSO PUNIBLE: REGULACIÓN ACTUAL E IMPLICACIONES DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

El concurso punible: regulación actual e implicaciones del Proyecto de Reforma del Código Penal

El Proyecto de Reforma del Código Penal publicado en el BOE de 4 de octubre de 2013 implica una modificación sustancial de la regulación típica del delito concursal. El presente artículo pretende describir brevemente la actual regulación del delito de concurso, para abordar los principales hitos de la reforma proyectada y señalar, sin ánimo de exhaustividad, los problemas jurídico-prácticos que puede plantear.

Punishable bankruptcy: current regulation and implications of the criminal Code Reform Bill

The criminal Code Reform Bill published in the State's Official Gazette dated 4 October 2013 implies a substantial modification of the current regulation of the bankruptcy offence. This article aims at briefly describing the current regulation of the punishable bankruptcy offence, in order to introduce the main features of the projected reform and point out the legal and practical problems that can derive thereof.

1 · INTRODUCCIÓN

El delito de concurso ha generado en las últimas décadas reacciones contrapuestas en el legislador penal, que ha venido dando bandazos entre su destipificación y la extensión de su ámbito de punición. Así, por ejemplo, la propuesta de modificación del Código Penal que acompañaba el Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 consideraba innecesario recurrir al ordenamiento penal para dirimir las conductas que aglutina el concurso, incluso desde el prisma de la prevención general: *«La sanción civil de la inhabilitación temporal y la eventual condena a los administradores y liquidadores de la persona jurídica deudora a la cobertura total o parcial del déficit patrimonial se consideran instrumentos más eficaces, y también de mayor capacidad disuasoria, que la apertura de un procedimiento penal de incierto resultado».*

Sin embargo, tras su incorporación en la exposición de motivos de la Ley Concursal, n.º 22/2003, de 9 de julio, esta tendencia destipificadora no ha llegado a cristalizar. Antes al contrario, los proyectos de reforma del Código Penal de 2006 y 2013 han incluido propuestas de reforma tendentes a paliar la baja aplicación comparada de este precepto penal mediante la importación de la técnica legislativa de nuestros vecinos y, en particular, del §283 del StGB alemán. Esta tendencia se encuentra en sintonía con las directrices marcadas por Europa en cuanto a la persecución de la unificación penal europea, pues el concurso punible podría considerarse parte integrante del catálogo de eurodelitos.

Lejos de incluir una tutela de mínimos, la reforma propuesta comporta un adelantamiento inédito de las barreras de protección penal, al tiempo que da forma al delito concursal más extenso que ha cono-

cido la historia del Derecho español a través de la tipificación de su modalidad imprudente.

Con ello, el prelegislador penal ha querido facilitar una respuesta penal adecuada a las actuaciones contrarias al deber de diligencia realizadas en el contexto de una situación de crisis económica. Pues bien, como veremos, el Proyecto de Reforma del Código Penal (PRCP) en su redacción actual maximiza el riesgo de proceso del empresario y eleva, sin duda, el riesgo de condena, de espaldas a principios penales esenciales.

El presente artículo pretende abordar los principales hitos de la reforma proyectada sobre el delito de concurso y señalar, sin ánimo de exhaustividad, los problemas jurídico-prácticos que puede plantear. Antes de ello resulta preciso, sin embargo, describir el actual paisaje dibujado por el artículo 260 del Código Penal.

2 · REGULACIÓN ACTUAL (ART. 260 CP)

Con el objetivo de establecer una base comparativa para el proyectado delito de concurso, es preciso aludir someramente a los elementos que definen el concurso en su redacción actual.

Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el concurso punible se encuentra regulado en el capítulo VII del título XIII del libro II del Código Penal, junto con las diversas modalidades de alzamiento de bienes, con las que conforma las insolvencias punibles. Así reza el artículo 260 CP: *«El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o la persona que actúe en su*

nombre». Se trata de una redacción típica que ha sido ampliamente criticada por la doctrina y la jurisprudencia, por ingenua e impracticable.

La conducta típica consiste en la causación o agravación dolosa de la situación de insolvencia, real o inminente, por parte del deudor, conducta que únicamente podrá ser investigada por la jurisdicción penal después de la declaración de concurso. Así definido, el pistoletazo de salida para el procedimiento penal ha sido identificado por pacífica doctrina y jurisprudencia con el auto de admisión a trámite del concurso, y actúa en el paisaje penal como una causa objetiva de perseguibilidad: sin perjuicio de que los actos penalmente relevantes se lleven a cabo con anterioridad al auto que declara el concurso, el procedimiento penal no puede ser iniciado antes de su dictado.

La redacción abierta dada por el legislador penal ha sido ampliamente criticada por la doctrina, por cuanto únicamente requiere la causación de un resultado intermedio (causar o agravar la insolvencia) sin concretar las acciones o los negocios jurídicos a través de los cuales esta situación puede ser alcanzada. Como veremos en el epígrafe siguiente, la enumeración de un listado de «hechos de bancarrota» constituye uno de los grandes cambios que el legislador pretende implementar en el proyecto de reforma del Código Penal.

El tipo penal alude a dos posibles resultados intermedios: la crisis económica y la insolvencia. Estos resultados pueden ser reconducidos a los conceptos de insolvencia inminente e insolvencia real, respectivamente, según se encuentran regulados en la Ley Concursal («LC»). Así, según el artículo 2 de la LC, «se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones» y se encuentra en estado de insolvencia real aquel que efectivamente ya no pueda hacerlo.

Las acciones típicas, causar o agravar, deben venir referidas a la situación de insolvencia del deudor sujeto activo. No debe perderse de vista para la definición de los actos típicos la única modalidad subjetiva actualmente prevista por el legislador penal: el dolo («dolosamente»). Así, la causación dolosa, voluntaria, de la situación de crisis o insolvencia puede identificarse con el concurso planeado o buscado a través de actos directamente encaminados a provocar tal resultado. La agravación típica, en cambio, vendría referida a una actuación voluntariamente contraria a la preservación de la empresa, que disminuya su activo o incremente su

pasivo cuando el deudor ya se encuentra en una situación de crisis económica.

Actualmente, existe cierto consenso en la doctrina en considerar el delito de concurso como un delito de resultado que exige, además del resultado intermedio al que hemos aludido, un resultado típico consistente en la causación de un perjuicio a los acreedores. En efecto, este perjuicio se presupone en el texto actual, que indica al juzgador penal, en su epígrafe 2.º, en función de qué elementos deberá modular la pena aplicable: (i) la cuantía del perjuicio; (ii) el número de acreedores, y (iii) su condición económica.

Así, el actual concurso punible es un delito de resultado, de estructura abierta, que castiga la causación o agravación dolosa de la insolvencia presuponiendo la existencia de una pluralidad de acreedores afectados, y que no puede ser objeto de atención por el instructor penal hasta tanto no se haya dictado en la jurisdicción civil el auto de admisión a trámite del concurso.

3 · EL CONCURSO PUNIBLE EN EL PRCP

Como seguidamente veremos, el PRCP modifica de forma sustancial el paisaje actualmente dibujado por el artículo 260.

Lejos han quedado los tiempos en los que el procedimiento penal era contenido hasta el momento de la calificación de la quiebra en el procedimiento concursal. El adelantamiento progresivo de la circunstancia que da pie al inicio del procedimiento penal culmina con el Proyecto de reforma, que por primera vez tipifica y castiga en el Derecho penal español una situación de insolvencia anterior a la declaración de concurso: el precurso punible.

Aunque la situación de crisis económica fue elevada al rango de resultado intermedio típico con la reforma del Código Penal efectuada en el año 2003, por pura adecuación con el texto de la Ley Concursal aprobada ese mismo año, nuestro actual Código establece como condición objetiva de perseguibilidad la declaración de concurso. El PRCP, en cambio, establece en el artículo 259.4 la perseguibilidad del delito de precurso desde el momento en que el deudor deje de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, esto es, se encuentre en situación de suspensión de pagos. Con ello, se elimina la condición objetiva de perseguibilidad en relación con una de las dos modalidades típicas y se permite la iniciación de un procedimiento penal

contra el deudor incluso antes de que éste sea formalmente declarado en concurso, adelantando la protección penal a un momento previo al auto de admisión a trámite del concurso.

La determinación del momento concreto en que el precurso penal pueda ser objeto de instrucción deberá venir determinado por los conceptos propios de la dogmática concursal: la regularidad en el incumplimiento de obligaciones exigibles, o la declaración de concurso voluntario.

La condición objetiva de perseguibilidad consistente en la declaración de concurso ha sido históricamente contemplada por parte de la doctrina como medio de protección de aquellas situaciones de crisis económica en las que permitir la iniciación de un procedimiento penal contra el deudor podía acabar quebrando toda posibilidad de reflotamiento empresarial. En este sentido, el legislador acaba de introducir una excepción a la obligación del deudor de solicitar el concurso, de la que se podrá beneficiar cuando haya iniciado negociaciones con sus acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación (artículo 5 bis de la Ley Concursal, en vigor desde el 9 de marzo de 2014). Así, el proyectado adelantamiento de las barreras de protección penal no parece sino entorpecer el objetivo del legislador concursal, cual es la *«conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado»*.

En sus actuales términos, el PRCP no solo permite que cualquier acreedor inicie un procedimiento penal antes del inicio formal del procedimiento concursal, sino que, adicionalmente, desincentiva la solicitud de concurso voluntario por el deudor. Esta consecuencia se encuentra en las antípodas del objetivo marcado por las directrices europeas, centradas en la obtención de una pronta solicitud voluntaria de concurso, que animan a la inclusión de mecanismos que permitan incluso la solicitud de precurso voluntario y de las cuales resulta el actual artículo 5 bis de la Ley Concursal.

3.1 · Inclusión de un listado de hechos de bancarrota

Una de las críticas más consistentes formulada a la actual redacción del delito de concurso es que su redacción abierta genera inseguridad jurídica. El PRCP ofrece respuesta a esta crítica al retomar y ampliar en un nuevo artículo 259 una modificación sustancial que ya fuera objeto de atención por el prelegislador penal de 2006. Para paliar la inse-

guridad jurídica generada por la indefinición de los actos concretos que debieran conducir al resultado de insolvencia real o inminente, el PRCP incorpora un listado de conductas a través de las que llegar al resultado intermedio resultará criminalmente relevante.

Los llamados «hechos de bancarrota» constan en la legislación alemana, francesa e italiana desde antiguo y, de hecho, el proyecto de reforma del Código Penal emprendido en 2006 ya incorporaba parte de la actual propuesta, justificada en la exposición de motivos con las siguientes palabras: se trata de un *«sistema que sólo es relativamente nuevo —pues recuerda en parte a las derogadas indicaciones de fraudulencia del Código de Comercio— en cuya virtud el delito de concurso punible emerge por la realización antes del concurso de una serie de conductas que no se vinculan a la insolvencia a modo de causas de ésta, lo que sería muchas veces difícil por la posible acumulación de factores, sino que ponen de manifiesto una administración conscientemente desordenada»*. Esta administración conscientemente desordenada también es aludida por el prelegislador de 2013 para justificar la inclusión de este listado de conductas en el Código Penal, con el objetivo de definir y dar una respuesta penal a las conductas *«contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos»*.

Los hechos de bancarrota o indicaciones de fraudulencia introducidos en el PRCP pueden ser clasificados y resumidos como sigue:

(i) Actos contrarios al deber de diligencia

- Por cualquier medio de gestión no diligente, disminuir el valor de los elementos patrimoniales que deban formar parte de la masa del concurso.
- Participar de forma no diligente en negocios especulativos, sin que ello tenga justificación económica.
- Simular créditos con terceros o reconocer créditos ficticios.

(ii) Actos carentes de justificación económica

- Realizar actos de disposición patrimonial que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor o sus ingresos, y carezcan de justificación económica o empresarial.
- Vender o prestar servicios a pérdida, sin justificación económica.

(iii) Incumplimiento de obligaciones mercantiles

- No llevar la contabilidad, llevar doble contabilidad, llevar la contabilidad de forma tan irregular que no sea posible comprender la verdadera situación financiera del deudor (incluye la destrucción o alteración de los libros contables).
- Realizar las mismas conductas respecto de la documentación que el empresario está obligado a conservar.
- Formular las cuentas anuales o los libros contables de modo contrario a la normativa reguladora, de forma que se dificulte o imposibilite la comprensión de su situación económica, u omita el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

Las conductas enumeradas en el punto 3 anterior, consistentes en el mero incumplimiento de obligaciones mercantiles, figuraban en el antiguo Código Penal de 1973 por remisión directa de sus artículos 520 a 522 al entonces vigente Código de Comercio. Se trata de conductas que ligan con el concurso culpable, según la definición propuesta por el artículo 164 de la Ley Concursal y, en pura coherencia, con la negligencia en la causación del concurso. Pues bien, como quiera que el concurso imprudente era, hasta ahora, pacíficamente reputado innecesario en nuestro ordenamiento jurídico, toda mención a ello fue eliminada en el Código Penal de 1995 y, con ello, toda referencia al incumplimiento de obligaciones estrictamente mercantiles.

Así, las conductas listadas en el punto n.º 3 implican la recuperación de la llamada «quiebra documental», que se ha encontrado ausente del ordenamiento penal desde la derogación del Código Penal de 1973. Parte de la doctrina ha considerado errónea tal eliminación, por cuanto el falseamiento de los documentos que debieran reflejar la situación económica del deudor constituye una seria barrera a la efectividad del concurso, al sustraer la verdadera composición del patrimonio del deudor del conocimiento de los órganos concursales. Pese a todo, el anterior resultado no me parece razón suficiente para elevar meros incumplimientos formales al rango de infracciones penales, en detrimento del principio de proporcionalidad. Obsérvese que el prelegislador penal no ha añadido ningún elemento que permita inferir un plus de antijuridicidad que justifique la intervención penal en el concurso documental, sino que se contenta con que el incumplimiento de formalidades mercantiles resulte en una dificultad para conocer la verdadera situación económica del deudor.

La fiscalización del deber de diligencia del empresario por la jurisdicción penal, a través de la proyectada criminalización del incumplimiento de obligaciones mercantiles, quiebra principios básicos del ordenamiento penal como son el principio de *ultima ratio* y el principio de proporcionalidad. Y tal desmesura debería ser enmendada antes de la aprobación del articulado definitivo de la reforma.

Además, la inclusión de elementos tales como el deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos o la falta de justificación económica en la descripción de las indicaciones de fraudulencia implica que la praxis penal pivotará, con toda seguridad, sobre la acreditación de la existencia o inexistencia de tales elementos, que determinarían, a la postre, la tipicidad o atipicidad penal de la conducta analizada.

Pero es que la mención constante al deber de diligencia en la enumeración de los hechos de bancarrota aproximan irremediablemente las conductas típicas de la modalidad dolosa a la descripción de una conducta imprudente. Al tiempo, y como veremos más adelante, el prelegislador penal ha estimado conveniente tipificar la modalidad imprudente del concurso y el precurso punible, lo que indica que incluso la más leve falta de diligencia podría llegar a ser subsumida en el nuevo 259 PRCP.

3.2 · Modalidades típicas

Podemos distinguir dos modalidades típicas en el proyectado artículo 259: el precurso y el concurso punibles.

3.2.1 · Precurso punible

El artículo 259.1 PRCP castiga al deudor que, encontrándose en situación de insolvencia actual o inminente y previamente a la declaración de concurso, realice alguno de los hechos de bancarrota anteriormente expuestos.

Así, la mera realización de una sola de las conductas listadas por el legislador es constitutiva de un delito de precurso. Por tanto, en contra de lo que sucede en el actual 260 CP, el legislador ha configurado este nuevo tipo penal como un delito de mera actividad, punible en ambas modalidades dolosa e imprudente.

La interpretación sistemática del artículo 259.1 y del artículo 259 *bis* PRCP, en el que se prevé un tipo

agravado aplicable cuando «se cree el peligro de causar un perjuicio patrimonial relevante para una pluralidad de personas», nos lleva a concluir que el tipo básico protege en realidad el patrimonio económico de un solo acreedor. Más de uno, o el peligro de afectar a más de uno, constituiría una pluralidad de personas y llamaría a la aplicación del tipo agravado.

Con las últimas modificaciones, el bien jurídico protegido por el concurso punible había venido distanciándose del patrimonio individual de los acreedores afectados, para proteger de forma mediata o indirecta el sistema crediticio, como bien jurídico supraindividual. Como hemos visto, la redacción del actual 260 CP presupone la existencia de varios acreedores en el propio tipo básico y, en función de su número, prevé un sistema para modular la pena. Sin embargo, la literalidad del PRCP parece sugerir una mutación del bien jurídico protegido que lo acerca nuevamente a la histórica protección del patrimonio individual propia de la configuración primigenia del delito de quiebra. Aún más, el tipo agravado contenido en el 259 bis del PRCP llega a tutelar la causación de un daño probable o esperable a más de un acreedor, aunque no necesariamente real.

El 260.2 actual contempla el número de acreedores como uno de los elementos de gradación de la pena; en toda lógica, ante un número reducido de acreedores, el deudor resulta actualmente merecedor de la pena prevista por el tipo básico en su menor extensión. En el Proyecto de reforma del Código Penal, en cambio, el incumplimiento de obligaciones económicas por parte del deudor respecto de un solo acreedor sería merecedor de una pena de entre 1 y 4 años de prisión —tipo básico—; y el mero peligro de perjudicar a un número mayor de acreedores (dos, por ejemplo) integraría el tipo agravado y sería merecedor de una pena de 2 a 6 años de prisión.

Lo anterior, sin embargo, solo aplicaría en relación con los hechos de bancarrota contenidos en los números 1 a 8, pues el prelegislador parece haber introducido una disfunción en el tipo básico de la modalidad preconcursal, al prever en el listado de hechos de bancarrota una cláusula de cierre que reza como sigue: «Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial».

Hablamos de disfunción pues esta cláusula de cierre es la única en requerir: (i) gravedad en la infracción del deber de administración ordenada, y (ii) un resultado, consistente en la efectiva disminución del patrimonio del deudor. Con esto último, el prelegislador introduce un mecanismo de interpretación en el tipo objetivo y convierte esta concreta submodalidad delictiva en una modalidad de resultado. Parece entonces que, al requerir en el tipo básico un resultado concreto, cual es la disminución del patrimonio del deudor, no podría aplicarse la modalidad agravada del 259 bis.1 sin incurrir en el proscrito *bis in idem*, al valorar en ambos casos un elemento sustancialmente idéntico. En efecto, si bien podría imaginarse un supuesto en que el «peligro de causar un perjuicio patrimonial relevante a una pluralidad de personas» no viniera causado por una efectiva disminución del patrimonio del deudor, no parece que tal disminución pueda no implicar automáticamente la creación de dicho peligro cuando ese deudor tiene varios acreedores.

Así, de forma anómala, la cláusula de cierre establecida en el artículo 259.1.9 PRCP parece establecer un tipo merecedor de una pena menor que la causación de una crisis económica a través de cualquiera de los hechos de bancarrota, cuando esta entrañe un perjuicio para varios de sus acreedores (art. 259.1.3 en relación con art. 259 bis.1), que comportaría la aplicación del tipo agravado y podría llegar a arrojar una pena de hasta 6 años de prisión.

3.2.2 · Concurso punible

El 2.º epígrafe del artículo 259 PRCP castiga al deudor que, mediante alguno de los hechos de bancarrota, cause o agrave su situación de insolvencia. Esta modalidad típica debe ser analizada a la luz del epígrafe 4.º, que exige como condición objetiva de perseguibilidad que el deudor haya sido declarado en concurso.

Se trata este de un delito de resultado, que exige el dictado previo del auto de admisión a trámite de la solicitud de concurso por parte del juez concursal. Con esta cláusula de subsidiariedad expresa, el prelegislador resuelve el posible concurso de normas entre los epígrafes primero y segundo del proyectado 259, a favor del segundo, que atraerá el enjuiciamiento de tales hechos desde el mismo momento en que se dicta el auto de admisión a trámite del concurso.

De igual modo que en la modalidad preconcursal, el tipo básico contenido en el artículo 259 *bis* PRCP se ve agravado cuando la actuación del deudor crea el peligro de causar un perjuicio a una pluralidad de acreedores. De nuevo, nos encontramos ante una modalidad básica protectora del patrimonio de un solo acreedor, y de una modalidad agravada llamada a intervenir cuando los acreedores puedan ser 2 o más.

3.2.3 · Cuestiones comunes a ambas modalidades típicas

Como ya hemos tenido ocasión de ver, en ambas modalidades el prelegislador penal ha escogido tutelar el patrimonio de todos los acreedores, actuales o futuros, estableciendo como umbral mínimo para la iniciación del proceso penal la existencia de un único acreedor. Tanto en el precurso como en el concurso punible, la existencia de dos o más acreedores requeriría la aplicación de la modalidad agravada prevista en el 259 *bis*.1 PRCP.

Además, el artículo 259 *bis* establece dos nuevas vías de agravación de la pena: (i) cuando se cause un perjuicio económico superior a 600.000€ a alguno de los acreedores (epígrafe 2.º), y (ii) cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales sean de titularidad pública (epígrafe 3.º).

Con ello, el legislador viene a señalar que las modalidades básicas del 259 PRCP ya no requieren la causalidad de perjuicio alguno como resultado típico del delito, como ocurre actualmente con el artículo 260 CP. Así, el perjuicio podrá concurrir o no y, cuando concorra en determinadas circunstancias, ello será irrelevante para el Derecho penal, que ha situado el umbral de relevancia en la suma de 600.000€. Solo entonces, cuando el perjuicio supere los 600.000€ en relación con un acreedor individualmente considerado, será tenido en cuenta por el Derecho penal como fundamento para la agravación de la horquilla penológica aparejada al hecho.

La hiperampliación del espectro de aplicación de los delitos de precurso y concurso parece compadecerse mal con la redacción de los delitos económicos clásicos, en los que se exige la concurrencia de un plus de antijuridicidad que justifica la intervención del Derecho penal en el ámbito societario o de los negocios y el desbanque de los medios reactivos previstos por la jurisdicción civil o mercantil. Así, por ejemplo, los delitos societarios requieren prevalimiento («prevaliéndose de», art. 291 CP) o abuso («con abuso de», art. 295 CP),

y el delito fiscal exige la concurrencia de una defraudación («defraude», art. 305 CP).

Por ello, la actual redacción del 259 PRCP debería incluir un elemento indicador del plus de criminalidad que justifique la intervención del Derecho penal en tan pronto estado de insolvencia. A modo de ejemplo, podría reducirse el espectro de aplicación del artículo 259 PRCP sustituyendo la carencia de justificación económica por la exigencia de temeridad en la llevanza de asuntos económicos; y la contravención del deber de diligencia por la exigencia de fraudulencia en la actuación del deudor.

Como último apunte, entendemos que el dolo típico debería recaer no solo sobre el hecho de bancarrotar, como acto querido y voluntario, sino también sobre el resultado intermedio de insolvencia actual o inminente.

3.2.4 · Precurso y concurso imprudentes

Pese a no exigir la producción de un resultado típico, el artículo 259.3 PRCP establece y castiga la comisión de los delitos de precurso y concurso imprudentes. Hasta la fecha, la creación de tipos imprudentes se había circunscrito, en toda lógica, a los delitos de resultado. Ante la producción de un resultado típico, consistente en la lesión de un bien jurídico merecedor de especial protección, el legislador penal establece un castigo también cuando la conducta no está bañada por la intencionalidad, bastando con que haya contravenido la diligencia debida. Así ocurre, por ejemplo, con el homicidio, las lesiones y el aborto.

La introducción de la modalidad imprudente en los delitos de precurso y concurso constituye una de las novedades más importantes en la regulación de las insolvencias punibles dibujada por el Proyecto de reforma, que sorprendentemente no ha sido objeto de atención por el prelegislador penal en la exposición de motivos que precede al nuevo articulado.

En el plano teórico, el Código Penal tipifica aquellas conductas que afectan de modo más grave los bienes jurídicos considerados más relevantes en nuestra sociedad. Y aun así, de la mano del concepto de «riesgo permitido» vienen conductas que, aunque potencialmente lesivas de estos bienes jurídicos, son toleradas por el legislador penal y excluidas del Código. Pues bien, el riesgo parece ser consustancial a la actividad empresarial, cuyo éxito o fracaso depende de multitud de factores, sobre algunos de los cuales el empresario carece de con-

trol. Pese a ello, prohibir la actividad empresarial resulta impensable; antes al contrario, la libertad de empresa es un derecho reconocido en el ámbito nacional e internacional, por su utilidad social.

Así, la criminalización de la realización imprudente de operaciones económicas que afectan al patrimonio de una sola persona, además de implicar una hiperprotección del acreedor, puede llegar a desincentivar la actividad mercantil, favoreciendo una gestión conservadora de la empresa. Y ello parece desviarse del camino adoptado por el legislador en la tesitura económica actual.

Las críticas que pueden formularse a la inclusión por el prelegislador de la modalidad imprudente en los delitos de concurso tienen que ver con la incertidumbre que pesa sobre su necesidad, pues la jurisdicción civil/mercantil ya contempla medidas contundentes para dar respuesta aquellas conductas imprudentes que desembocan en la incoación de un procedimiento concursal. Al tiempo, la literalidad del proyectado artículo 259 plantea problemas de proporcionalidad, pues hace difícilmente deslindables las conductas dolosas eventuales, imprudentes e impunes, lo que maximiza el riesgo de proceso y asegura la creación de un debate interpretativo intenso entre operadores jurídicos, máxime a la vista de las posibles consecuencias penológicas.

La introducción de la modalidad imprudente en el artículo 259 PRCP resulta llamativa, pues no había sido objeto de debate jurídico desde la derogación del Código Penal de 1973, pero más sorprendentes resultan todavía los términos de su introducción. El prelegislador ha optado por no requerir de forma expresa que la conducta imprudente deba superar un determinado umbral de gravedad para resultar típicamente relevante, bastando con que los hechos se cometan imprudentemente («*Cuando los hechos se hubieren cometido por imprudencia*», art. 259.3 PRCP). Parece que, al no distinguir entre la imprudencia grave y la leve, cualquiera de ellas podría cumplir con los requisitos del tipo y fundamentar una condena. La tipificación de la modalidad imprudente —simplemente imprudente— de conductas de riesgo implica una extraordinaria ampliación del ámbito de aplicación del delito de concurso, hasta el punto que podría contravenir los principios de proporcionalidad y *ultima ratio* que necesariamente deben inspirar la legislación penal.

Si bien el artículo 259 CP no gradúa la imprudencia típicamente relevante, una lectura del Código conforme con los postulados doctrinales más asentados implicaría la exigencia tácita de culpa grave, pues

en principio solo esta puede dar lugar a la comisión de un delito. Ello es coherente, al tiempo, con la suerte dada por el prelegislador penal a las faltas de homicidio y de lesiones imprudentes bañadas de imprudencia leve, que de aprobarse el Proyecto solo serán objeto de atención por la jurisdicción civil.

Al contrario de lo que sucede en los delitos de pre-concurso y concurso, el nuevo tipo de homicidio y de lesiones del PRCP (i) requiere que el resultado típico sea causado por imprudencia grave, y (ii) establece criterios de valoración de la gravedad de la imprudencia, que gravitan alrededor de la entidad del riesgo creado en el contexto en el que se desarrolló la conducta activa. Con ello, el prelegislador señala que no todo resultado imprudente debe ser relevante a los efectos del Código Penal, y establece los mecanismos necesarios para distinguir las conductas imprudentes típicas de las impunes.

La sencilla e incondicionada redacción del 259 PRCP se antoja, pues, anómala.

Por todo ello, parece recomendable la modificación de la actual redacción del 259.3 PRCP, cuando no su eliminación. La adecuación del tipo penal a los condicionantes propios de los nuevos delitos imprudentes (homicidio y lesiones) podría resultar beneficiosa para las prácticas mercantil y jurídica; por ejemplo, a través de la inclusión de parámetros de determinación de la imprudencia —grave— típicamente relevante en los delitos de concurso y pre-concurso punible.

En todo caso, si el texto del artículo 259 PRCP permaneciera invariado tras el preceptivo recorrido parlamentario, ante la indeterminación de su redacción, lo adecuado sería que el análisis de racionalidad, negligencia o dolo de la actuación del deudor fuera realizado por el juez penal situándose en la posición que tenía el deudor en el momento de actuar, lo que incluye disponer de la misma información de que este disponía y conocer las opciones reales que se encontraban a su alcance. Solo así se escapará al riesgo de juzgar la acción por el resultado, *post hoc ergo propter hoc*.

4 · CONCLUSIONES

Las novedades proyectadas por el prelegislador penal en el PRCP implican modificaciones de calado. Sin embargo, no parece que el legislador penal haya trabajado en sintonía con el legislador concursal, ni con las nuevas directrices europeas que modulan esta materia.

Así, el PRCP implica un adelantamiento histórico de las barreras de protección penal, al permitir por primera vez en el Derecho penal español la incoación de un procedimiento contra el deudor con la mera suspensión de pagos. Al tiempo, la última modificación de la Ley Concursal tiene por objetivo facilitar las refinanciaciones de deuda y la reflotación empresarial, a través del retraso de la imperativa solicitud de concurso por el deudor. Y no parece que tal disfunción legislativa pueda resolverse de otra forma que a través de la retrocesión del Derecho penal.

Al tiempo que el Derecho concursal trabaja para maximizar las posibilidades de reflotación de empresas en dificultad, distanciándose de la ya clásica protección del acreedor a través de la liquidación de activos y la pronta satisfacción de sus deudas, el bien jurídico protegido por el Derecho penal parece mutar en sentido opuesto. El PRCP nos devuelve a la protección de relaciones microsociales, a través de la tutela del acreedor individual, propia de la configuración primigenia del delito de quiebra.

Y ello a través de un tipo penal de máximos que plantea problemas de proporcionalidad, pues hace difícilmente deslindables las conductas dolosas

eventuales, imprudentes e impunes y maximiza el riesgo de proceso para el deudor.

La redacción del nuevo 259 en el PRCP, en sus términos actuales, podría contravenir los principios de proporcionalidad y *ultima ratio*, a través de la tipificación como delictivas de conductas ya cubiertas por la legislación civil/mercantil, sin exigir elementos determinantes de un plus de criminalidad que racionalicen el fundamento de la intervención del *ius puniendi*.

Por ello, parece recomendable la enmienda del texto del Proyecto publicado en el BOE de 4 de octubre de 2013 a través de la inclusión,

(i) *en su modalidad dolosa*, de un elemento indicador del plus de criminalidad que justifique la intervención del Derecho penal en tan pronto estado de insolvencia, como la temeridad o la exigencia de fraudulencia en la llevanza de asuntos económicos, y

(i) *en su modalidad imprudente*, de la exigencia de imprudencia grave, o de parámetros de determinación de la imprudencia típicamente relevante.

MATILDE FOUREY GONZÁLEZ*

* Abogada del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Barcelona).