

X.- 3. INSOLVENCIAS PUNIBLES Y CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

Gabriel Garcías Planas

Los delitos que han expuesto mis compañeros de mesa, “Delitos societarios, apropiación indebida, y malversación de caudales públicos” y los expuestos por mí “La corrupción en los negocios e las insolvencias punibles”, tienen como denominador común, en muchas ocasiones, la idea de “corrupción”. Y es sobre ello, con carácter previo a tratar brevemente de los delitos a mí asignados, que voy hacer unas reflexiones o consideraciones.

El Código Penal de 2015, creo que ha perdido la oportunidad de dedicar un Capítulo relativo a los delitos de “Corrupción”. Pues sabido es, que ahora básicamente son delitos de corrupción los que figuran bajo el Título “De los delitos contra la Administración Pública”.

Hay que decir que el verbo corromper es una voz polisémica y que según el Diccionario de la Real Academia Española tiene varios significados, a saber, “Alterar y trastocar la forma de alguna cosa”, “Echar a perder, depravar, dañar, sobornar” etc. Sin embargo debemos considerar corrupción a tenor de la idea que late en el Código Penal como perversión de algo. El Convenio contra la corrupción redactado en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999, en su Preámbulo dice textualmente “la corrupción constituye una amenaza para la primacía del derecho, de la democracia y los derechos humanos, que la misma socava los principios de una buena Administración, de la equidad y de la justicia social, que falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad”.

Una vez sentado cuanto acabamos de manifestar se ha venido comentando, muchas veces con razón que el Derecho Penal y Procesal Penal en su lucha contra la corrupción limitan las garantías y la proporcionalidad de las

sanciones, lo que ha hecho que se utilice la expresión “del nuevo Derecho Penal del enemigo”.

Así a la hora de aplicar las penas en el artículo 66.6 del Código Penal, si no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes los Tribunales atenderan a las circunstancias personales del autor y a la mayor gravedad del hecho. Quiero decir con ello, que no se debe atender sino mas bien al contrario, de este concepto inconcreto denominado alarma social.

A un Jurista le está vedado emplear la expresión “tolerancia cero”. Pues la intolerancia debe predicarse de todos y cada uno de los delitos. Pero hay que mantenerse en los principios, en el de legalidad y en el de culpabilidad y a mi juicio los operadores jurídicos no deben salirse de ahí.

En el ánimo de la lucha contra la corrupción, se oyen voces, creo que poco afortunadas, en el sentido de que el Indulto está vedado a este tipo de delitos. Creo que ello no se sostiene jurídicamente, por cuanto el Indulto, que debe ser restrictivo y motivado, se aplica por razones de justicia material. Nunca por el tipo de delito cometido.

Otra cuestión, que se da en demasiadas ocasiones, básicamente en los denominados delitos de corrupción, es lo que algún penalista de gran prestigio, ha denominado “imputaciones dormidas”, es decir, aquellos supuestos en que una persona es citada como testigo, pero se le advierte que en cualquier momento, podrá pasar a la condición de imputado, ahora investigado. Considero que si de manera consciente el testigo no dice la verdad, debe deducirse testimonio por si los hechos constituyen un delito de falso testimonio, pero no pasar a la condición de imputado.

Igual ocurre con la declaración de secreto de las actuaciones y sus respectivas prórrogas.

De la lectura del Preámbulo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impulsada por Alonso Martínez, se desprende claramente que esta medida excepcional debe reducirse al tiempo indispensable, pues de lo contrario, como ha manifestado el Tribunal Constitucional en una Sentencia de 6 de mayo de 2002, vulnera el Derecho de defensa.

La formación de piezas separadas, aún cuando el Tribunal Supremo haya perfilado con justeza los efectos de las penas para que no supongan un perjuicio mayor al enjuiciado que si se le juzgase en una sola causa, vienen también a complicar y hacer mas gravoso para el acusado su situación procesal.

Finalmente, la proliferación de acusaciones particulares y la intervención de las comunicaciones; en mi opinión pueden afectar en mayor o menor medida al Derecho de defensa y por supuesto, a mi entender jamás deben intervenir las conversaciones del presunto delincuente por corrupción, con su defensa letrada.

Concluyo estas reflexiones, manifestando que ante cualquier delito tolerancia cero, pero manteniéndose en los principios.

Pasando ya a la “frustración en la ejecución y las insolvencias punibles” a raíz de la Reforma de 2015 debemos manifestar que se han configurado en dos modalidades perfectamente diferenciadas: por un lado los delitos de frustración en la ejecución (arts. 257 a 258 ter del Código), así denominados por cuanto reprimen las conductas del deudor que persiguen mediante fraude, dilatar, dificultar o impedir el procedimiento civil de que el acreedor dispone para obtener la satisfacción de sus créditos; y por otro, los delitos de insolvencia punible (art. 259 a 261 bis), con los que se reprochan los comportamientos de defraudación de los intereses de los acreedores en el ámbito de los procedimientos concursales. Ambas figuras delictivas parten, de este modo de un mismo presupuesto, pero contemplan fórmulas diversas de la defraudación de los derechos de crédito de terceros, que justifican suficientemente la pluralidad legal de infracciones tipificadas a tal fin. Este presupuesto común es el que conforme establece el artículo 1911 del Código Civil, el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes o futuros.

Debemos plantearnos si esta división que ya se enuncia en la Exposición de Motivos, era o no necesaria. En nuestra opinión es bastante dudoso; pues recuérdese que el Consejo General del Poder Judicial el 2012 emitió un informe en que consideraba el hecho de esta división como “perturbador”; ya que en el primer capítulo los delitos pueden cometerse sin haber empezado la ejecución. Fuese necesario o no en la actualidad en el primer capítulo se ubican las tres formas de alzamiento, una básica y dos específicas (art. 257.1.1º, 1.2º y 2). Precisamente en este último se ha producido el cambio mas relevante ya que se ha incluido en este apartado del artículo 257 la que antes se hallaba en el artículo 258 referida a la responsabilidad civil ex delicto.

El artículo 257.3 contiene ahora los créditos protegidos por los delitos cometidos. Manteniéndose en dicho apartado el tipo agravado por la naturaleza pública de la deuda eludida.

Otras agravaciones similares a las del 250.1.5º y 6º de la estafa, se mantiene en el artículo 257.4 . Y finalmente para concluir el contenido del artículo 257 en su nº 5 se establece que la perseguibilidad del delito se hará aun cuando se hubiese iniciado su ejecución concursal.

Pero lo dicho hasta ahora obedece mas que a otra cosa a cambios de ubicación del contenido de los preceptos. Sin embargo, la novedad mas importante, se dan en los artículos 258 y 258 bis.

En cuanto al primero se sanciona a quien la conducta en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo presente a la autoridad o funcionario encargado de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor.

La relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta, cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes titularidad de tercero y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que esta sujeto.

Finalmente, en el apartado 3º del artículo 258, aparece una excusa absoluta, si el sujeto antes de ser descubierto por la autoridad, comparece y presenta una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa.

Para concluir, la segunda novedad es la que aparece en el artículo 258 bis, es decir, “hacer uso de bienes embargados por autoridad pública, que hubieran sido constituidos en deposito, sin estar autorizados para ello”. Según la Doctrina es una figura parecida a la malversación impropia del artículo 435.3, la única diferencia es que en este precepto -258 bis- el sujeto activo tiene que ser el deudor.

Respecto a las insolvencias punibles –art. 259 a 261 bis–, se amplían conductas, creándose incluso una conducta imprudente, sin precedentes hasta ahora.

El Preámbulo de la Ley justifica la Reforma en base a: 1- perseguir penalmente a las actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y que ponen en peligro los intereses de los acreedores; y 2- concretar con seguridad las conductas punibles. Así el artículo 259 se configura como un delito especial cuyo sujeto –el deudor– se halle en situación de crisis económica o insolvencia; de mera actividad, pues no exige resultado, y de conducta plural y abierta. Lo que se castiga en el artículo 259 es que el deudor reduzca indebidamente el patrimonio, que es garantía

del cumplimiento o dificulte o imposibilite, el conocimiento de la verdadera situación económica del deudor.

Por otra parte en su apartado 4º el artículo 259 establece dos condiciones objetivas de punibilidad, a saber: a- el incumplimiento del deudor de sus obligaciones exigibles; y b- la declaración judicial de concurso. De lo contrario la conducta devendrá atípica.

Se establecen en el artículo 259 bis unas agravaciones para aquellos supuestos en que se produzca o pueda producirse un perjuicio para una generalidad de personas; cuando se cause a los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros; y finalmente cuando al menos la mitad de créditos tenga como titulares ha Hacienda y a la Seguridad Social.

Los artículos 260 y 261 contemplan conductas dolosas; tipificándose en el primero el favorecimiento a alguno de los acreedores por parte del deudor en insolvencia actual o inminente, pagando créditos no exigibles o facilitando garantías sin justificación empresarial. Para este precepto no rigen las condiciones objetivas de punibilidad del artículo 254.4.

En el párrafo 1º de este artículo la finalidad es pagar un crédito no exigible. Y, en el párrafo 2º, pagar a uno o varios acreedores privilegiados o no, con posposición del resto.

Para concluir este breve comentario en el artículo 261, la conducta consiste en la presentación de datos falsos con la finalidad de lograr la indebida declaración del estado concursal. Cabrán formas imperfectas de ejecución.

Finalmente, la Ley 1/2015, ha reformado el Título y el contenido del artículo 286 bis, antes “corrupción entre particulares” y ahora denominado “corrupción en los negocios”, dicho precepto tiene su origen en la Ley Orgánica 5/2010, y la razón de la introducción, se le atribuye a la necesaria trasposición de la decisión marco 568/2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Llama la atención que a los cinco años de su aparición se reforma un precepto, sin que, haya habido una sola resolución judicial. Sin embargo, en la actualidad, parece que existen en periodo de instrucción algunas diligencias por este delito.

El bien jurídico protegido en estos delitos es la competencia justa y honesta en el ámbito de los negocios privados, como medio para preservar las reglas de buen funcionamiento en el mercado, así como la competencia justa y honesta de las competiciones deportivas de carácter profesional.

El delito que comentamos tiene una gran similitud con el delito de cohecho. Y de igual forma que sucede con el mismo, en función de quien tome la iniciativa en la actividad de corrupción, se puede distinguir entre corrupción privada activa y pasiva. Esta última la encontramos en el apartado primero del artículo 286 bis, y el activa en el apartado segundo.

Pero si nos fijamos no es exactamente igual que la figura de cohecho por cuanto la conducta de solicitar o aceptar, se lleva a cabo con el fin ulterior de favorecer a alguien. Por tanto, si un sujeto lo solicita después del favorecimiento la conducta no es típica. Podemos afirmar pues que no existe conducta equivalente a la del artículo 421.

En la Ley 1/2015 desaparece la expresión “incumplimiento de obligaciones” que aparecía en la Ley 2010 y en la Decisión Marco 568/2003 de 22 de julio.

Ni en la Ley de 2010 –cuando aparece el delito–, ni en la Reforma actual aparece el término “empresario”, se sigue dejando fuera pues, como sujeto de la conducta. En la Ley 2010 y refiriéndose a los sujetos se hacía expresa mención a “empresa mercantil, asociaciones, fundaciones y organización” y con la reforma de 2015 se utiliza la expresión “sociedad”, siendo aplicable a tales efectos lo dispuesto en el artículo 297 del Código Penal, pues así lo indica el artículo 286 bis 5º.

Se mantiene en la Reforma de 2015 el 286 bis apartado 3º; se trata de una figura atenuada, criticada por un importante sector de la Doctrina, por cuanto se considera inadecuada en los criterios en que se fundamenta y porque se teme que sea la norma general. Sin embargo se crea el artículo 286 quater como tipo agravado; de este modo cuando se de una especial gravedad la pena se impondrá en su mitad superior o incluso superior en grado. Y se considerará que existe especial gravedad en cuatro supuestos: a-cuando el beneficio o ventaja sea elevado; b-cuando la acción del autor no sea ocasional, c-cuando los hechos se hayan cometido en el seno de una organización o grupo criminal y d- que afecten a servicios humanitarios o de primera necesidad.

Considerándose también de especial gravedad, según se establece en el artículo 286 quater in fine “cuando los hechos tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas o cuando sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional”. Protegiendo en el primer supuesto de manera privilegiada al apostante. Mientras que en el segundo se

incluye la agravación que se conforma como una norma penal en blanco y como un tipo mixto alternativo.

Es una novedad en la Reforma de 2015, la aparición del artículo 286 ter, que lleva aparejada prisión de 3 a 6 años, es la llamada “corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. Llama la atención el adelanto que la barrera de lo punitivo al mero intento al igual que ocurre en el cohecho activo; sin embargo se excluyen “conductas por un acto ya realizado” pues deben realizarse con una finalidad posterior y únicamente al funcionario en relación a su función.

No se ha pretendido con ese corto tiempo de intervención en esta mesa, que otra cosa, que no sea hacer una reflexión y un brevísimo comentario a los aspectos de la Reforma previamente asignados.