

ASPECTOS PENALES DE LAS CRISIS BANCARIAS: UNA NOTA

Miguel Bajo Fernández

1. El volumen y la trascendencia de las crisis financieras que las entidades de crédito han sufrido en España en los últimos años han demostrado las dificultades que nuestro ordenamiento jurídico tiene para conseguir objetivos preventivos y para lograr instrumentos sancionadores eficaces. Cuando el volumen de las crisis bancarias alcanzó las cotas imprevisibles de estos últimos años se desbordó, sin duda, la capacidad de control preventivo que venía ejerciendo el Banco de España. De este modo surgió la necesidad de creación de nuevos mecanismos que lograsen con más eficacia la finalidad preventiva que, desde el punto de vista de los intereses económicos, debe realizarse en un país moderno en relación con la actividad bancaria. De todos los instrumentos públicos o privados creados en los últimos años destaca, sin duda, el Fondo de Garantía de Depósitos. El Fondo de Garantía de Depósitos, al igual que el resto de instrumentos que se dirigen a la misma finalidad, tiene como objetivo fundamental la protección de los ahorradores depositantes en las entidades de crédito y el mantenimiento de la confianza en el sistema económico, evitando las gravísimas consecuencias que una crisis profunda en esa confianza produciría en toda la economía del país. La actividad que ha desarrollado el Fondo de Garantía de Depósitos en los últimos años y el resto de instrumentos creados con la misma finalidad, ha sido, sin duda, notable y efi-

caz a efectos de prevenir estas consecuencias lesivas de los intereses económicos colectivos.

Sin embargo, la función preventiva desplegada hasta ahora ha provocado en ocasiones unos efectos secundarios, quizá no previstos, que disminuyen la eficacia de las medidas sancionadoras que nuestro ordenamiento jurídico dispone para los casos de insolvencias punibles. El Fiscal General del Estado, en la Memoria de 1983, ha expresado su preocupación a este respecto y si bien se refiere exclusivamente a un supuesto concreto, interesa recogerlo aquí porque sirve de apoyatura para enfrentarnos con los problemas que a efectos penales plantean las crisis bancarias.

Llama la atención al Fiscal General del Estado el hecho de que el Fondo de Garantía de Depósitos pueda asumir una responsabilidad prácticamente plena en la entidad de crédito que sufre la crisis adquiriendo, en los supuestos de ampliación de capital, un paquete de acciones mayoritario. Esto significa que la entidad de crédito que sufre la crisis financiera es rescatada de su situación de insolvencia mediante una medida preventiva. Pues bien, este hecho que, en principio, sólo debería entenderse como resultado beneficioso y deseado desde un punto de vista de los intereses colectivos, tiene, a juicio del Fiscal General del Estado, un efecto no deseado en el ámbito jurídico penal.

En efecto, los delitos de insolvencia regulados en los artículos 521 y 522 del Código Penal están sometidos a dos condiciones. La primera consiste en que no se puede proceder por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta sin que antes el Juez o Tribunal haya hecho la declaración de quiebra y la de haber méritos para proceder criminalmente. La segunda consiste en que, además de esta declaración de la quiebra, ha de darse la llamada calificación de la situación de insolvencia. Ambas condiciones son imprescindibles para poder proceder criminalmente contra los posibles responsables de una quiebra con trascendencia jurídico-penal.

Pues bien, el Fiscal General del Estado advierte lo siguiente:

«Ello tiene importancia si consideramos que prácticamente todos los supuestos de la quiebra culpable y algunos de la quiebra fraudulenta, no tienen por sí mismos la consideración de delito y dejan de ser perseguibles, por tanto, fuera de la declaración de quiebra. Se produce así una inaceptable limitación de la punibilidad de conductas que pueden ser claramente antijurídicas y reprochables a sus autores, que carece de toda justificación. Puede aducirse que quedan las concretas tipicidades de la apropiación indebida, falsedad documental, estafa, etc., mediante las cuales se puede producir la sanción penal, pero, aparte de que los demás delitos contra la propiedad son delitos de resultado, mientras que, a nuestro juicio, los tipos de la insolvencia punible son delitos de riesgo, con las consecuencias que tal calificativo lleva consigo en orden a facilitar su persecución, se hace sumamente dificultosa la investigación fraccionada y particularizada de singulares y concretas entidades delictivas, cuan-

do, en definitiva, lo que se ha producido es una insolvencia real, motivada por una administración culposa o dolosamente reproable.»

De todo esto deduce el Fiscal General del Estado la necesidad de mejorar el régimen jurídico de los tipos penales de la insolvencia punible y de desvincular el proceso penal de las trabas del previo proceso concursal civil.

De la mano de estas observaciones, es obligado hacer reflexiones sobre el tratamiento que nuestro Derecho positivo hace de las insolvencias punibles y los posibles defectos de que adoleciera a efectos del tratamiento penal de las crisis bancarias.

A mi juicio, la pretensión del Ministerio Fiscal que se deduce del texto transcrito no parece aceptable. Es necesario darse cuenta de que el Fiscal General del Estado parece pretender que el delito de insolvencia punible pueda ser perseguido, con independencia de lo que suceda en el ámbito judicial civil. Es decir, se trataría de que el procedimiento criminal no quedase condicionado ni por la declaración civil de la quiebra, ni por la calificación de la misma como fraudulenta o culpable en el ámbito civil. Sería algo así como lo que ocurre con el delito de alzamiento de bienes, que se ha desgajado de las condiciones generales de la insolvencia punible desde que el Código de Comercio de 1829 había entendido el comportamiento de alzarse con los bienes como forma distinta de las llamadas quiebra fortuita, culpable y fraudulenta. De este modo, cualquier delito de quiebra podría ser perseguido en el ámbito criminal con absoluta independencia de lo que ocurriera en el ámbito jurisdiccional. Pero obsérvese que en esta situa-

ción se producirían resultados prácticos no ciertamente deseables. En efecto, téngase en cuenta que, en la práctica, los acreedores plantearían en todo caso la quiebra de su deuda ante los Tribunales criminales para que fueran éstos quienes investigaran si la insolvencia ha sido fortuita, culpable o fraudulenta. Es indudable que esta práctica transformaría radicalmente el aspecto procesal de las insolvencias de una forma sin duda no deseada, ni deseable, por la razón de la inespecificidad de los Tribunales criminales para tratar en todo caso los supuestos de insolvencia. Parece indudable que las insolvencias deben de ser planteadas, en primer lugar, ante los Tribunales civiles y sólo de una manera secundaria o derivada en el procedimiento criminal.

El Ministerio de Justicia no parece sentir la misma preocupación que el Fiscal General del Estado en relación con las insolvencias en general y con las crisis financieras en particular, ya que en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 se tratan las insolvencias punibles sin atender a la preocupación expresada por el Fiscal General del Estado en la Memoria elevada al Gobierno en 1983. En efecto, el Anteproyecto de Código Penal sigue condicionando los delitos de quiebra, concurso o suspensión de pagos a la previa declaración de la quiebra por los Tribunales Civiles. La única singularidad en el Proyecto, respecto al problema que ahora nos ocupa, estriba en disponer que «los delitos singulares cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil» (Artículo 256, 3 del Anteproyecto). Es decir, que los delitos de insolvencia que en este

Anteproyecto se regulan quedan sometidos a la condición previa de que haya un procedimiento civil (concluso o no, según se interprete) y sólo los delitos singulares pueden perseguirse sin esperar a que el proceso civil se concluya. En cualquier caso, esta disposición del Art. 256 del Anteproyecto no debería tener, a mi juicio, ningún sentido novedoso, ya que, conforme al Derecho vigente, puede interpretarse igualmente que los delitos singulares, es decir, los delitos de estafa, falsedad, apropiación indebida, etc., pueden perseguirse con independencia de la existencia o no de una declaración de quiebra y con independencia de la existencia o no de la calificación civil de la quiebra. El Anteproyecto lo que hace es disipar las dudas que a nivel doctrinal y jurisprudencial venían exponiéndose en relación con esta cuestión.

En definitiva, entiendo que la pretensión del Fiscal General del Estado de desvincular el proceso penal de quiebra de las trabas del previo proceso concursal civil no puede ser atendida. Es cierto, sin embargo, que la investigación de posibles delitos de estafa, falsedad o apropiación indebida, cuando se trata de una entidad de crédito que se encuentra sometida a un procedimiento de quiebra o suspensión de pagos, es una investigación difícil, como indica acertadamente el Fiscal General del Estado. Y también reconozco que la cuestión se complica aún más cuando se trata de supuestos de insolvencia de entidades de crédito en las que, en un momento dado, el Fondo de Garantía de Depósitos ha adquirido un paquete importante de acciones convirtiéndose en socio mayoritario de la entidad. La razón del aumento de las dificultades

estriba en que el Fondo de Garantía de Depósitos tiene unos objetivos muy dispares de los que tendría el Ministerio Fiscal o el propio Poder Judicial. En efecto, el Fondo de Garantía de Depósitos tratará de proteger, por un lado, a los ahorradores depositantes, pero también la confianza en el propio sistema económico. Qué duda cabe que el interés en evitar las crisis generalizadas, que una pérdida de confianza general podría provocar, colisiona con el interés de protección de los intereses económicos de los particulares frente al autor de los hechos delictivos. En esta eventualidad podría suponerse que el Fondo de Garantía de Depósitos no tendría celo suficiente para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los datos necesarios para una persecución adecuada de hechos delictivos. En definitiva, se trata de la desconfianza, ya crónica en nuestro país desde hace muchas décadas, por parte de la Administración Pública y de los entes a ella asimilados respecto del Poder Judicial, incluida la actividad del Ministerio Fiscal.

En cualquier caso, debemos tener en cuenta que el objetivo último del Derecho penal es sin duda el de evitar la comisión de hechos delictivos. El Derecho penal no ha de considerarse «realizado» cuando impone la sanción, sino que ha de considerarse eficaz, completo y útil a la sociedad cuando, sin imponer sanción alguna, consigue su último objetivo de lograr un mínimo de orden social. Es decir, que el Derecho penal como finalidad última trata también de prevenir la comisión de hechos delictivos. Y si esto es así, hay que reconocer que el Derecho penal converge hacia el mismo objetivo que aquellos otros instrumentos utilizados en el mundo

económico para controlar a las entidades de crédito y evitar los daños que se derivarían de las crisis bancarias. Por tanto, si el Derecho penal no responde a la concepción del imperativo categórico kantiano (*fiat justitia pereat mundus*), es decir, si el Derecho penal no representa un contenido de justicia absoluta o de justicia divina, debe quedar satisfecho operando cuando las necesidades sociales lo indiquen. De tal modo, que si la aplicación de instrumentos preventivos no sancionadores en las crisis bancarias permiten lograr la evitación de hechos lesivos para intereses económicos, el Derecho penal no debe considerarse preterido como instrumento para la prevención delictiva.

Ahora bien, si la aplicación de instrumentos preventivos en relación con las crisis bancarias, en la práctica, operase ocultando las pruebas del delito o la identidad del autor, se produciría sin duda una colisión con los objetivos que el Poder Judicial y el propio Ministerio Fiscal tienen asumidos. Pero, incluso en este caso, entiendo que la preocupación no debe ser excesiva si tenemos en cuenta los medios y el alcance que el Poder Judicial y el propio Ministerio Fiscal detentan.

Con las observaciones antedichas no trato de justificar la regulación que nuestro Derecho positivo hace de los delitos de insolvencia. Trato, por el contrario, simplemente de indicar que no sería una correcta solución la de desvincular del procedimiento civil los delitos de quiebra regulados en nuestro Código penal. Se ha dicho en varias ocasiones que el Derecho penal económico tiene un carácter derivado, en el sentido de que en muchas ocasiones está operando con leyes

penales en blanco y dependiendo en una manera profunda de disposiciones de carácter mercantil. Quizá el ejemplo más sobresaliente lo deparen los delitos monetarios, en los que la dependencia de la «autorización administrativa» los convierte en auténticos delitos de carácter formal, que los clásicos denominaban «delitos meramente penales». Es decir, delitos en los que el contenido lesivo para valores ético-sociales vigentes depende de la decisión, relativamente arbitraria, de la Administración Pública. Este carácter subordinado de los delitos económicos explica que también en el caso de los delitos de quiebra deba de existir una dependencia del Derecho mercantil y del Procedimiento civil.

En cualquier caso, los delitos de insolvencia deben ser regulados siempre con posterioridad a la propia ley concursal, cuyo proyecto ha elaborado ya la Comisión General de Codificación. Considero un auténtico dislate hacer una nueva regulación del delito de alzamiento de bienes y de la quiebra como hace el Anteproyecto de Código Penal, a la vez que creación de nuevos delitos de concurso y suspensión de pagos, cuando hay una evidente actividad doctrinal y legislativa con la pretensión de unificar en una sola ley concursal todas estas materias. Al igual que ha ocurrido con otras muchas materias relativas al Derecho penal económico, debe imperiosamente esperarse a la regulación mercantil correspondiente. Téngase en cuenta que la regulación actual del alzamiento de bienes y de la quiebra y del concurso están en función de las correspondientes regulaciones realizadas en los distintos Códigos de Comercio.

2. Constituye, a mi juicio, una

óptica equivocada la del Fiscal General del Estado cuando pretende, en relación con las crisis bancarias, encontrar defectos exclusivamente en la regulación penal de los delitos de insolvencia. Entiendo, por el contrario, que las dificultades que, en relación con las crisis bancarias, plantean los aspectos penales se derivan fundamentalmente de las propias características de los delitos económicos.

En efecto, se ha repetido hasta la saciedad que en los delitos económicos rige una moral de frontera, es decir, una moral cuyo nivel de exigencia es mínimo (minimalismo ético-económico). Pues bien, en este sector es muy difícil distinguir la audacia de un empresario de la actividad criminal, los riesgos asumidos valientemente por un protagonista del mundo económico de la actividad defraudatoria de terceros, el perjuicio derivado del *alea* característico del mundo financiero y económico de los perjuicios derivados de una actividad intencionada digna de una represión criminal. En definitiva, la diferencia entre lo que se suele llamar el ilícito civil y el ilícito penal, el dolo civil y el dolo penal. Estas dificultades hacen que los procedimientos criminales abiertos a instancias de los perjudicados tengan una vida y una evolución sumamente complejas y variadas, caminando en muchas ocasiones por vericuetos indirectos hacia no se sabe qué metas. Normalmente, ante un hecho económico carente de una evidente significación delictiva, los jueces tienen reparos en la toma de decisiones que puedan significar la prisión de una persona o medidas cautelares sumamente graves. Más aún si, como ocurría con anterioridad a junio de 1983, los delitos patri-

moniales clásicos, la estafa, la apropiación indebida, la falsedad documental, etc., eran castigados con penas sumamente severas. Ante la posibilidad de aplicar o de verse obligados a aplicar penas severas a delitos económicos cuya apariencia delictiva es más bien dudosa, los jueces optaban, o bien por hacer perder el procedimiento criminal en la monotonía de las diligencias y actuaciones innecesarias, o, por el contrario, disponer sin más el archivo de las propias actuaciones. Esto ocurre necesariamente cuando el delito carece de lo que un criminólogo denominó *crime appeal*, ya que los delitos económicos, al contrario que los delitos tradicionales de sangre, contra la honestidad o contra la integridad física, carecen de reacción afectiva. Mientras un delito de violación, homicidio, lesiones o aborto provocan una reacción social de carácter emotivo muy importante, los delitos económicos suelen dejar perplejo al ciudadano medio, en cuanto que no alcanza a entender el contenido exacto del carácter delictivo del hecho. No se olvide que en algunos países (por ejemplo, Inglaterra) el Tribunal de Jurados ha tenido que quedar desplazado, en la práctica, para el enjuiciamiento de delitos económicos, por la imposibilidad de que los miembros del jurado entendiesen la enorme complejidad de los asuntos a tratar.

Ante esta situación, parecía inevitable, ya desde hace muchos años, que en el Derecho penal español vigente aparecieran nuevas figuras de delitos económicos que, a los efectos que aquí nos interesan, cumpliesen dos finalidades. Primero, la finalidad de completar las conductas delictivas que son precisas para un mejor funcionamiento de la econo-

mía española. Segundo, evitar que determinadas figuras delictivas fueran tratadas con las penas previstas para los delitos de estafa y apropiación indebida cuando se trata de hechos delictivos de carácter económico con una significación de carácter social y económico muy dispar. En este sentido, el Proyecto de Código Penal de 1980, cuya paternidad hay que otorgar a Unión de Centro Democrático, trató de introducir en nuestro Derecho positivo un título relativo a los delitos de carácter socioeconómico, en donde se creaban nuevas figuras delictivas, en parte cumpliendo la doble finalidad apuntada. Por ejemplo, se creaba la figura delictiva de la «letra de cambio vacía», que consistía fundamentalmente en castigar como delito el descuento bancario de letras no comerciales, ocultando este carácter al propio banco. También se creó la figura de los «delitos financieros», que se refería a los comportamientos delictivos realizados por los administradores o directores de las sociedades mercantiles en el ejercicio de su función mercantil. Pues bien, estas nuevas figuras delictivas trataban exclusivamente de completar, por un lado, el abanico de delitos económicos en nuestro Derecho positivo y, por otro, de evitar la imposición de las severas penas previstas para los delitos de estafa y apropiación indebida, en cuanto que se creía que los delitos financieros y los delitos de descuento de letras vacías o no comerciales deberían ser tratados con menos severidad. En este sentido, el Proyecto de Código Penal de 1980 trataba de corregir una posición jurisprudencial que resultaba excesivamente severa.

Pues bien, existe ahora una propuesta del Ministerio de Jus-

ticia, como Anteproyecto del Nuevo Código Penal, en donde se ha tomado como base, sin duda alguna, el Proyecto de Código de 1980 y se ha modificado su contenido en el sentido siguiente. En primer lugar, eliminando el delito de descuento bancario de letras vacías, con el inconveniente, a mi juicio, de que de este modo el tratamiento de estos comportamientos debe seguir haciéndose a través de las penas previstas para el delito de estafa. De otro lado, sin embargo, se han conservado los delitos financieros, cuyo contenido es, poco más o menos, el siguiente.

1) Falsificación de balances por parte de los administradores o directores de la entidad con perjuicio de terceros.

2) Publicación de datos falsos relativos a la situación real de la sociedad con el propósito de modificar el precio de las acciones, todo con perjuicio de terceros.

3) Desembolso aparente de todo o parte del capital social.

4) Adopción de acuerdos sociales por una mayoría ficticia contrarios al interés u objetivo social.

5) Disposición del patrimonio social en beneficio propio.

La entrada en vigor de estos delitos financieros, así llamados en el Anteproyecto de Código Penal de 1983, logrará, a mi juicio, una clarificación de la materia penal relativa a las actuaciones de las sociedades en materia económica y, por tanto, también a los supuestos de crisis bancarias.

No debe entenderse la creación de estos delitos financieros como una ampliación de la materia pu-

nible en relación con las actividades de las sociedades, sino más bien en el sentido clarificador expuesto. Hay que tener en cuenta que al tipificar expresamente estas figuras delictivas e imponerles penas inferiores a las previstas para los delitos económicos tradicionales de estafa, apropiación indebida y falsedades documentales, se consigue un efecto de tratamiento atenuador de los comportamientos punibles, a la vez que se determinan con claridad los comportamientos lícitos, diferenciándolos de los ilícitos. En este sentido, la preocupación de algunos sectores sociales por la creación de nuevos delitos económicos y, en concreto, de estos delitos financieros, no debe convertirse en alarma, sino todo lo contrario. Con la creación de los delitos financieros se consigue un efecto mucho más claro de legalidad, en el sentido de que el empresario o el protagonista del mundo económico tendrá una mayor tranquilidad a la hora de prever si su comportamiento tiene o no trascendencia jurídico-penal. La ambigüedad de los comportamientos punibles en el ámbito económico se mitiga con la determinación exacta de los delitos financieros, tal y como hace el Anteproyecto de 1983, siguiendo la tónica del Proyecto de 1980. No se puede decir que ha aumentado el número de comportamientos delictivos, sino que el Código expresamente los tipifica, imponiéndoles una sanción distinta a la prevista para los delitos de estafa y apropiación indebida. Se consigue, de este modo, que el infractor conozca con exactitud cuáles son los comportamientos prohibidos y, por otro lado, se evita la posible arbitrariedad judicial a la hora de determinar la calificación como estafa de un determinado comportamiento.

Los llamados delitos financieros en el Anteproyecto de Código Penal de 1983 son figuras delictivas que aparecen en todos los ordenamientos sancionadores modernos. Lo que ocurre es que en otros países la descripción de los comportamientos punibles y sus sanciones no se recogen en los Códigos Penales, sino en las leyes especiales, por ejemplo, la ley de sociedades anónimas o las leyes de sociedades de responsabilidad limitada. Quizá el lugar más oportuno para la determinación de estas figuras punibles sean las leyes especiales de carácter mercantil, como ocurre con los delitos monetarios o con los delitos de contrabando, pero lo cierto es que cierta descoordinación entre las instancias que tienen a su cargo la realización de los proyectos de leyes mercantiles y de leyes penales hace que resulte a veces más oportuno regularlo en el Código Penal, como pretende el Ministerio de Justicia en este Anteproyecto de 1983.

3. Una reflexión sobre los aspectos penales de las crisis bancarias se agota, a mi juicio, al referirnos, por un lado, a los delitos de insolvencia y, por otro, a la cuestión de los llamados delitos financieros desde el punto de vista del Anteproyecto de Código Penal de 1983. Y digo que se agota con el estudio de estos dos temas porque la posible relevancia jurídico penal de otros comportamientos que acompañan a las crisis bancarias no es característica de estas crisis, sino que simplemente es conocida *con ocasión* de las mismas. Me refiero en concreto a los delitos monetarios, apropiaciones indebidas, delitos fiscales y delitos laborales que pudieran surgir de la existencia de una crisis bancaria. Estas figuras delictivas no son ca-

racterísticas del fenómeno de crisis, sino que pueden ser cometidas en cualquier forma y en cualquier tiempo y no merecen un estudio específico por nuestra parte en este momento.

Por las mismas razones, otras reflexiones jurídico-penales de carácter general no deben realizarse aquí por no existir una relación de necesidad entre las crisis bancarias y los fenómenos delictivos a que me refiero. Tal es el caso de la cuestión de la *responsabilidad civil derivada de delito*, que afecta en muchas ocasiones a los bancos, o de la *actuación en nombre de otro*, regulada por primera vez en nuestro país en la reforma de junio de 1983, en el artículo 15 bis del vigente Código Penal, el *delito continuado*, regulado también por primera vez en el artículo 69 bis del vigente Código Penal y que también puede afectar en muchas ocasiones a figuras delictivas en relación con actividades bancarias, o la *apropiación indebida de dinero o alguna otra cosa mueble recibida indebidamente por error*, supuesto que tipifica el Anteproyecto de 1983 como delito de apropiación indebida, en contra de la opinión doctrinal dominante en la actualidad, que considera impune este comportamiento conforme al Código Penal vigente.