

Revista del Foro Canario



90

Las Palmas de Gran Canaria, 1995

OTRAS TESIS PARA LA DEFENSA EN LA DECLARACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LA QUIEBRA

ARCADIO GARCÍA SÁNCHEZ

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS PRESUNCIONES EN LA QUIEBRA Y SUS INHERENTES CONSECUENCIAS JURÍDICAS.
- III. LA DECLARACIÓN DE SUSPENSIÓN DE PAGOS.
- IV. EL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO UNIVERSAL DE LA QUIEBRA. CONCEPTO INTRODUCTORIO Y FASES.
- V. DECLARACIÓN DE LA QUIEBRA: EFECTOS E IMPUGNACIÓN.
 - V. a) Declaración y efectos.

- V. b) Oposición a la declaración de quiebra.
 - V. b1) Nombramiento y facultades del Comisario.
 - V. b2) Apertura de correspondencia.
 - V. b3) Falta de los requisitos del artículo 874 del Código de Comercio.
 - V. b4) Impugnación del arresto del quebrado.

VI. CALIFICACIÓN DE LA QUIEBRA.

- VI. a) Presupuestos de partida.
- VI. b) Impugnación de la calificación mercantil.
 - VI. b1) Presunción de culpabilidad.
 - VI. b2) Presunción de fraudulencia.
- VI. c) Efectos de la calificación mercantil.
 - VI. c1) Procedibilidad para la vía penal.
 - VI. c2) Inhabilitaciones del quebrado.
 - VI. c3) La rehabilitación.

I. INTRODUCCIÓN

En todo sistema de libre cambio la vida de las empresas, regidas unas veces por una persona física y otras por una jurídica, tiene el mismo destino e íter que el de los seres humanos. Aparecen en el mercado de la oferta y la demanda, desarrollan su actividad mercantil, a veces generan o participan en otras entidades y, en ocasiones, fatalmente, desaparecen.

En todo momento, al unísono, aparecen y desaparecen empresas. Sin embargo, dadas las vicisitudes de la actual etapa histórica, las fluctuaciones en el ritmo de crecimiento de la actividad económica y las inherentes recesiones, la reestructuración de los distintos mercados, tanto empresariales como laborales, la archidiscutida efectividad de la política económica, no sólo patria sino mundial, y un sinnúmero de considerandos que obviamos por pertenecer al mundo de la macro y microeconomía, hacen que el tema de la *quiebra* de las empresas, desafortunadamente, recupere un papel, tanto cualitativo como cuantitativo, muy importante en la praxis jurídica y que, de manera dolorosa y traumática, se asegura que continuará en los años venideros, si bien no por el nefasto efecto directo del actual momento económico, que al parecer tiende a remitir, sino por el de histéresis de la presente década ⁽¹⁾.

En palabras de DíEZ-PICAZO, nos enfrentamos a una “[...] economía cambiante e imprevisible incluso a medio plazo, como es la que nosotros vivimos” ⁽²⁾.

Así las cosas, no será infrecuente la existencia de comerciantes que se encuentren en la tesitura de sobreseer en sus pagos, esto es, la existencia de *quebrados*. Los habrá cuya intención estaba bien lejos de convertirse en ello, es decir, empresarios que alcanzan la iliquidez de sus arcas, a la que luego haremos referencia, debido a los avatares del mercado económico. Aún más, incluso con la misma intención que los antedichos, existirán empresarios que alcancen tal estatus por negligencia. No en vano, nuestro Código de Comercio discierne entre la quiebra casual o fortuita y la negligente o culpable. El siguiente grupo de protagonistas del procedimiento del juicio universal de la quiebra lo componen aquellos empresarios cuyo sobreseimiento en sus pagos ha sido alcanzado fraudulentamente.

-
- (1) Vid. al respecto, DUQUE, *Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y su reforma*, Anuario de Derecho Civil, nº 33, 1980, págs. 29 y ss.; IGLESIAS PRADA y SÁNCHEZ ANDRÉS, *Perfiles generales de la crisis en la banca española contemporánea*, Revista de Derecho Mercantil, nº 171, 1984, págs. 47 y ss.
- (2) DíEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil. Vol. III*, Madrid, 1990, pág. 480.

Dicho esto, y existiendo un procedimiento de calificación de las quiebras aparentemente claro en nuestra ley sustantiva mercantil y rituarial civil, el tema parece haberse agotado. Sin embargo nada más lejos de la realidad. Por arte de birlibirloque nuestro ancestral Código de Comercio convierte los meros defectos formales en *presunción de negligencia* y el desconocimiento de la naturaleza de tal estado en la de mayor gravedad, esto es, en *presunción de fraudulencia*.

Acrecentando la gravedad de tales extremos, si esto fuere posible, nos encontramos que a tal calificación, a la calificación que se produce de partir de unas presunciones que aplastan con el megalítico peso de la imposición de una '*probatio diabolica*' al empresario, se le otorgan consecuencias penales, y ello con un empresario que, no habiéndosele dado audiencia en la declaración, ha permanecido bajo arresto domiciliario durante todo el procedimiento.

Surgen de este modo controversias que intentará abordar el presente trabajo proponiendo nuevas tesis para su discusión, tales como la cuestión, cada vez más polémica, de la reserva de ley; la vulneración de la presunción de inocencia y la defensa del quebrado invocándola; la calificación de la quiebra, sus efectos y la que se apuntará como posible inconstitucionalidad ⁽³⁾; las interdicciones que se originan y los mecanismos de protección, en sede civil y en sede penal, que posee el justiciable ante tales casos; los medios de eludir tales restricciones, y un largo etcétera.

Se convierte el tema, en principio netamente perteneciente al '*ius mercatorum*', en una cuestión interdisciplinaria que interesa en igual cuantía al ámbito de los civilistas, penalistas y procesalistas que al de los mercantilistas ⁽⁴⁾.

A efectos de corroborar lo anterior no será cuestión baladí, a la hora de abordar tal institución, apuntar la legislación vigente al respecto, por encontrarse ésta diseminada en grado superlativo ⁽⁵⁾. Tal normativa estará constituida, principalmente, por el Libro IV del Código de Comercio de

(3) Ello pese a que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 19 de diciembre de 1985, se apresuró a dar el beneplácito a normas que allende nuestras fronteras están consideradas como aberraciones constitucionales.

(4) En este sentido, GIMENO SENDRA y OTROS, *Derecho procesal*, Tomo I, Vol. II, Valencia 1991, pág. 368, expone: "[...] de ahí, que el estudio global sobre el concurso de acreedores y la quiebra lo debe alcanzar el lector con el estudio complementario de obras civiles, mercantiles y penales".

(5) Sobre las normas aplicables en relación a la quiebra, Vid. las STS. de 15 de diciembre de 1942, 12 de enero de 1943, 2 de abril de 1946 y de 2 de marzo de 1974 —citando otras—. Al respecto, GIMENO SENDRA y OTROS, *Ob. cit.*, pág. 367, precisa: "La dispersión legislativa de los procedimientos concursales es enormemente llamativa y adolece de deficiencias graves que hacen de estos procedimientos unos instrumentos perfectamente ineficaces en la mayoría de los casos".

1829, Título IV, artículos 1.017 al 1.173 (Reformados por Decreto de 6 de diciembre de 1868 y Ley de 30 de julio de 1878) ⁽⁶⁾ y el Libro IV del Código de Comercio de 1885, Título I, artículos 870 al 941 (Reformados por la Ley 10 de junio de 1897 y de 26 de julio de 1922). Junto a este bloque que representa la dovola clave se encuentran el Libro IV, Título XVII, del Código Civil de 1889; el Libro II, Títulos XII y XIII, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; los artículos 519 al 527 del vigente Código Penal (según redacción Ley Orgánica de 25 de junio de 1983) y la Ley de 26 de julio de 1922 sobre suspensión de pagos ⁽⁷⁾.

Ante tal avalancha, la mayor e imprescindible especialización a la que es avocado el jurista actual por parte del infatigable legislador patrio, ha hecho que discusiones de esta naturaleza desaparezcan de los foros donde prevalecía la óptica del ordenamiento jurídico en su conjunto para trasladarse a espacios, en demasía, sectoriales ⁽⁸⁾. Pese a primar aquí el prisma jurídico-penal, la institución analizada reclama un análisis y solución omnicompreensiva ⁽⁹⁾, máxima que pretende este compendio de proposiciones para su discusión.

- (6) Téngase en cuenta al respecto lo afirmado por TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1986, pág. 517: “Los autores del de 1885 suprimieron casi todos los artículos relativos a los aspectos procesales de la quiebra de los comerciantes, en espera de que de esto se ocupase la futura Ley de Enjuiciamiento Mercantil; pero como esta ley nunca llegó a redactarse y como la Ley de Enjuiciamiento Civil no trató de tales cuestiones, los tribunales continúan aplicando en nuestros días la mayoría de los preceptos del Libro IV, títulos II a XI del Código de Comercio de 1829 que se ocupan de la regulación procesal de la quiebra”.
- (7) Enumeración apuntada por BROCA-MAJADA, *Derecho mercantil*, Barcelona, 1988, págs. 2.576 a 2.579. Junto a las citadas, cabría añadir la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre quiebra de las Compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas; Ley de 9 de abril de 1904 sobre empresas concesionarias de obras públicas; Ley de 24 de mayo de 1894, Decreto-Ley de 24 de enero de 1926 y Orden de 7 de diciembre de 1927 sobre empresas y compañías subvencionadas por el Estado; Decretos de 10 de noviembre de 1924, 31 de mayo de 1931 y Ley de 30 de diciembre de 1951 sobre Compañías de seguros; Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas y Real Decreto Legislativo 1.564/1989 de 22 de diciembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Vid. también, GARCÍA VILLAVARDE, *La quiebra: fuentes aplicables y presupuestos de su declaración*, Cuadernos de Derecho Judicial, II, 1992, págs. 273 y ss.
- (8) Participa de esta idea el ilustre publicista REIG REIG, *La reforma penal de la Ley 3/89. La nueva prisión por deudas*, Foro Canario, nº 81 (I), 1991, quien escribe: “[...] Junto y al lado de los anteriores tampoco puede desconocerse que el Ordenamiento jurídico patrio es un todo, integrado por disposiciones de diverso rango y distinta categoría, pero de estricta observancia, y que forman parte de él, por remisión expresa del texto constitucional [en referencia a los artículos 93 y ss.], los pactos y convenios internacionales admitidos por España”.
- (9) Definiendo de ese modo al ordenamiento jurídico, en su aspecto de Derecho positivo, como el conjunto de normas jurídicas que rigen un determinado estado formando un todo concatenado. Así, entre otros, BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS PRESUNCIONES EN LA QUIEBRA Y SUS INHERENTES CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Pese a referirse exclusivamente el presente trabajo a aspectos del Derecho positivo en materia de quiebras, qué duda cabe que esbozar algunas líneas que informaron el tratamiento a que era sometido el sujeto pasivo de este procedimiento facilitará el camino hacia la comprensión más profunda de la naturaleza del presente ⁽¹⁰⁾.

La configuración de la institución de la quiebra, con las características esenciales que presenta en nuestros días, fue dada por los estatutos italianos de la Baja Edad Media considerando ésta como un *delito* ⁽¹¹⁾, arrojándola de graves sanciones penales y personales ⁽¹²⁾ y partiendo de la presunción, '*iuris et de iure*', de fraudulencia, conjunción de factores que hacen que se considere al quebrado como infame. Ya en el siglo XIII aparece la primera regulación de la quiebra en territorio peninsular. Una Ley de las Cortes de Barcelona de 1299, refiriéndose exclusivamente a los banqueros, atiende a la situación de insolvencia con el único fin de sancionarlos ⁽¹³⁾.

En ese primer estadio sobre la quiebra, que podríamos localizar hasta el último tercio del siglo XV, nos encontramos que existe un solo 'tipo de quiebra', donde el quebrado es considerado como defraudador ⁽¹⁴⁾.

(...) Madrid, 1982 (Traducción de Lucas Verdú), pág. 31, explicita: "[...] El derecho no es sólo una o más normas concentradas, pues es necesario concebirlas como conjuntos legales. Este ordenamiento no es la simple suma de sus partes, sino una unidad en sí misma, no artificial o abstracta, sino concreta y efectiva. Hay que reconocer que el ordenamiento jurídico es algo distinto a los materiales concretos que lo integran, y, además, debe estimarse que no es posible un concepto adecuado de las normas que lo componen sin un concepto previo y unitario de aquél". También la obra completa de BOBBIO, *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Turín, 1960.

(10) "[...] el camino hacia la comprensión más profunda de la naturaleza del presente lleva a la comprensión del pasado [...]", EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milán, 1976, pág. 604. —Traducción italiana de *Grundlegung der Soziologie des rechts*, 1913 de Febraro—.

(11) Vid. al respecto la obra completa de ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902.

(12) La pena comúnmente aplicada es el bando, que conlleva la exclusión del quebrado de la sociedad civil, aplicada no sólo a los que desaparecen o hacen desaparecer su patrimonio, defraudando a sus acreedores, sino a los que, siendo citados en juicio, no comparecen.

(13) Incluso en las Cortes de Girona de 1321 —capítulo XIII— se ordena decapitar a los fallidos. También se faculta, entre otras, para darles muerte por la Ley de Cortes de Barcelona de 1493.

(14) Vid. las obras completas de GACTO FERNÁNDEZ, *Historia de la jurisdicción mercantil en España*, Sevilla, 1971; GIRÓN TENA, *El concepto del Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado*, Anuario de Derecho Civil, 1954, págs. 695 a 807 y MARTÍNEZ FLOREZ, *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, 1993.

Es a partir de los siglos XVI y XVII cuando tal consideración se convierte en presunción *'iuris tantum'*, lo que desemboca en un segundo estadio caracterizado por una clasificación tripartita, vigente aún en nuestro Derecho, de quebrados fortuitos, culpables y fraudulentos, cada uno de los cuales estará sometido, en proporción a su actuación, a determinadas sanciones. La distinción legal entre quebrados fortuitos y fraudulentos, y con ella la distinción entre quiebra y 'quiebra-delito', es introducida por STRACCHAE, quien significó a la calificación jurídica de la quiebra lo que Beccaria a las penas ⁽¹⁵⁾. Bajo el imperio de la nueva normativa, la quiebra será fraudulenta salvo prueba en contrario, y sólo el defraudador será sometido a penas, tales como prohibición de valerse de abogado, interdicción para los oficios públicos, sumisión de las penas comunes para ladrones, etc., medidas que con anterioridad eran aplicables a todos los quebrados ⁽¹⁶⁾.

Tal disposición, extrapolada a España en 1585, es recogida por las Cortes de Monzón. Sin embargo, no es hasta las Ordenanzas de Bilbao de 1737 cuando se establece una reglamentación global de la quiebra. De este modo, ya desde las postrimerías del siglo XV, se tiende a una diferenciación progresiva de los distintos comerciantes que se encuentran en la tesitura mentada. A pesar de ello, el aroma de la falta de honorabilidad, buena opinión y fama se sigue deslizando alrededor de todos los quebrados, aun de los fortuitos ⁽¹⁷⁾. Dicha orientación, iniciada por las Ordenanzas de Bilbao, será adoptada por las del Consulado de San Sebastián de 1766 y el de Burgos de 1776, llegando, pese a no alcanzar la vigencia, hasta las capitales Ordenanzas del Consulado de Málaga de 1825 que constituyen el último texto de carácter corporativo inmediatamente anterior a la Codificación mercantil ⁽¹⁸⁾.

Establecían las colacionadas normas —artículo 1.068—, siguiendo la pauta del *Code de commerce* francés de 1807, que inmediatamente que el Tribunal del Consulado tuviese conocimiento de cualquier quiebra, formaría un expediente exclusivo para su calificación y seguidamente procedería al arresto del quebrado, en su casa, dando fiador de cárcel segura y, en su

(15) Vid. al respecto su obra *De mercatura decisionis et tractatus varii*, Lugduni, 1610. La capital importancia de su obra ha hecho que se le califique como el primer tratado de Derecho mercantil moderno y cuyas partes más significativas están constituidas por el Derecho marítimo y el Derecho de quiebras. Así, entre otros, lo califican RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969, pág. 298 y TOMÁS VALIENTE, *Ob. cit.*, pág. 363.

(16) Al respecto, DE BENITO, J.L., *Al servicio de nuestra tradición jurídica. La doctrina española de la quiebra*, Madrid, 1930, págs. 17 y ss.

(17) En ese sentido, ALEJANDRO GARCÍA, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*, Sevilla, 1970, págs. 68 y ss.

(18) Vid. CORDONES RAMÍREZ y AURIOLES MARTÍN, *La quiebra en las Ordenanzas Consulares de Málaga*, Málaga, 1987, págs. 63 y ss.

defecto, se le trasladará a la cárcel pública. Si el Tribunal declarase que el quebrado lo era de primera (*suspense*) o de segunda clase (*quebrado inculpable*), se le levantaría el arresto y quedaría por el mismo hecho hábil para continuar el comercio por acreedor a su buena opinión y fama y digno del auxilio de sus semejantes ⁽¹⁹⁾. El artículo 1.069 rezaba sobre el levantamiento del arresto del *fallido* de tercera clase, quebrado *culpable*, aunque inhabilitándolo por la misma sentencia para obtener empleos honoríficos y subalternos del tribunal y para ejercer el comercio, aun satisfaciendo a los acreedores. Por último, en el artículo 1.071, se estipulaba que el calificado de clase cuarta (*fraudulento*) y quinta (*alzado*) sería ingresado inmediatamente en la cárcel pública y la sentencia del tribunal declararía su inhabilitación perpetua para ejercer el comercio en los dominios de España.

A pesar de encontrarnos en este segundo estadio en la evolución de esta institución, coetánea y paralelamente a las innovadoras normas mencionadas, continuaba reflejándose en algunas Ordenanzas aquella concepción infamante que la quiebra tenía para todos los casos en los orígenes de su regulación. A este respecto, la Real Cédula expedida por S.M. para la erección de un Consulado marítimo y terrestre, comprensivo de la ciudad de Sevilla y pueblos de su Arzobispado de 24 de noviembre de 1784, establecía, en su número XLIII, que “[...] será excluido de la Matrícula todo individuo que quiebre, o cometa delito que induzca a infamia, y también el que reclame otro fuero” ⁽²⁰⁾.

Accediendo a una tercera etapa, fruto de la existencia de esta retrógrada corriente, el llamado Código de Sáinz de Andino —Código de Comercio de 1829—, pese a diferenciar cinco clases de quiebras, como lo hacían las Ordenanzas de Málaga, otorgó una solución unitaria a todos los quebrados y acogió un sistema objetivo en lo referente a las medidas e interdicciones del quebrado, fundándolo en el mero incumplimiento de las obligaciones y no en el origen y naturaleza de tal actuación. Así, al arresto, domiciliario o carcelario, era sometido cualquier quebrado automáticamente por la mera declaración de ésta ⁽²¹⁾. Recogiendo la argumentación hecha por THALLER, el legislador olvida así la famosa escala de responsabilidad de *culpa levissima, levis, in concreto, in abstracto y lata*, acarreando idénticas limitaciones al quebrado fortuito que al fraudulento, apartándose no sólo de su anterior tradición jurídica sino del modelo del *Code de commerce* francés ⁽²²⁾.

(19) CORDONES RAMÍREZ y AURIOLES MARTÍN, *Ob. cit.*, pág. 77.

(20) CORDONES RAMÍREZ y AURIOLES MARTÍN, *Ob. cit.*, pág. 102.

(21) Vid. DE BENITO, J.L., *Ob. cit.*, pág. 73; GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, págs. 188 y ss.

(22) En este sentido se manifiesta MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.*, pág. 73, basándose en la obra de THALLER, *Des faillites en droit comparé*, I, París, 1887, págs. 241 y ss. En desacuerdo con tal afirmación, TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pág. 510.

Continuando la línea de su predecesor, el Código de Comercio de 1885 establece con carácter general, sin ponderar previamente la calificación, la equiparación de todos los quebrados a efectos de prohibiciones. Desaparece la interdicción del quebrado para ser juez de comercio, como derivación de la supresión de los Tribunales de Comercio ⁽²³⁾, consecuentemente con la reforma introducida por el artículo 23 del Código Penal de 1848-1850, sustituye la pena de infamia por la de interdicción civil y continúa colocando al quebrado junto a los condenados a las penas más graves (cadena perpetua), que es la acarreada por la interdicción civil como pena accesoria ⁽²⁴⁾. Tal y como refiere MARTÍNEZ FLÓREZ, desde un punto de vista formal, la equiparación es aún más intensa que en el Código de Sáinz de Andino, porque, a diferencia de éste, el Código del 85 no contempla expresamente la posibilidad de que el quebrado fortuito y el culpable puedan realizar tras la pieza de calificación una actividad comercial por cuenta ajena y ser empleados por los órganos de la quiebra en la administración de la masa ⁽²⁵⁾.

Llegados a este extremo, pese a que quizás sea adelantar argumentaciones más propias de otros apartados, comienza a intuirse la necesidad de dar un paso más y llegar, de *lege ferenda* ⁽²⁶⁾, al siguiente estadio en el que se invierta definitivamente la carga de la prueba hacia la parte acusadora; se erradiquen, de manera conclusiva, las presunciones de culpabilidad; se difiera con claridad el tratamiento entre quebrados y se reserven las limitaciones tocantes a libertades fundamentales para los quebrados fraudulentos, y ello con posterioridad a la demostración de tal cualidad.

III. LA DECLARACIÓN DE SUSPENSIÓN DE PAGOS

Girando estas líneas en torno a la cuestión de los efectos personales aparejados al deudor fallido, el hacer una parada en el apeadero de la suspensión de pagos se hace ineludible.

(23) TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pág. 517.

(24) Vid. TERUEL CARRALERO, voz *Interdicción civil*, Nueva Enciclopedia Jurídica, XIII, 1968, págs. 187 y ss.

(25) MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.*, págs. 67 y ss.

(26) Vid. al respecto GONZÁLEZ CAMPOS, *Aspectos internacionales de la situación concursal*, en *La reforma del derecho de quiebra*, Madrid, 1982, págs. 329 y ss.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Ante una posible reforma del Derecho concursal español*, Sevilla, 1978; PÉREZ GORDO, *Ideas y perspectivas para un nuevo Derecho concursal*, Revista Jurídica de Cataluña, 1981, págs. 31 y ss.; VICENT CHULIA, *El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas*, Revista Jurídica de Cataluña, 1979, págs. 669 y ss.

Tal y como viene señalando nuestro Tribunal Supremo en reiteradas resoluciones, entre otras ⁽²⁷⁾ la STS. de 5 de marzo de 1991, “[...] la declaración judicial de suspensión de pagos no produce en el deudor ninguno de los efectos personales inmediatos que origina la declaración de quiebra, pues conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios”, afirmación que no viene más que a dar fuerza, de ‘*iudicatio*’, a los postulados doctrinales ⁽²⁸⁾.

Como segunda premisa habrá que tener en cuenta que, tanto la vigente Ley de Suspensión de pagos de 26 de julio de 1922 en sus desmesurados artículos 8, 10, 20 y 21, como una constante jurisprudencia ⁽²⁹⁾, admiten, contra la posición inicialmente adoptada por el Código de Comercio (artículos 870 y 871) ⁽³⁰⁾, la declaración de suspensión de pagos tanto del deudor que tiene un activo superior al pasivo y necesita una simple espera como de aquel que carece de bienes bastantes para pagar la totalidad de sus deudas y solicita una quita a sus acreedores ⁽³¹⁾.

De este modo, la doctrina ⁽³²⁾ y la más alta Magistratura ⁽³³⁾ son unánimes al afirmar que la suspensión de pagos ha venido a ser una institución

(27) STS. de 9 de abril y 28 de octubre de 1985, 11 de febrero de 1986, 22 de abril de 1987 y de 18 de noviembre de 1988.

(28) Así, BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1991, pág. 739; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1983, págs. 518 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1992, pág. 523; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1992, págs. 907 y ss.; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, Barcelona, 1990, pág. 915.

(29) Respecto al presupuesto objetivo en la declaración de suspensión de pagos, es claro que puede ser admitido y declarado en tal estado el empresario en situación de desbalance, y, a la inversa, que puede ser declarado en quiebra un comerciante que no sea insolvente, es decir, que tenga bienes suficientes para pagar sus deudas, con tal que haya cesado de una forma general en el pago corriente de sus obligaciones. Entre otras, así se definen, las STS. de 9 de enero de 1984, 11 de mayo de 1985, 12 de marzo de 1986 y de 13 de octubre de 1989.

(30) Art. 870: “*El comerciante que, poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlo a las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos, que declarará el Juez de Primera Instancia de su domicilio, en vista de su manifestación*”.

Art. 871: “*También podrá el comerciante que posea bienes suficientes para cubrir todo su pasivo, presentarse en estado de suspensión de pagos, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho*”.

(31) Al respecto vid., entre otras, las obras de OLIVENCIA, *La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio*, en Centenario del Código de Comercio, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, págs. 343 y ss.; ROJO, *La declaración judicial de la suspensión de pagos*, Cuadernos de Derecho Judicial, II, 1992, págs. 91 y ss. y URÍA, *Ob. cit.*, pág. 915.

(32) Por todos, URÍA, *Ob. cit.*, pág. 916.

(33) STS. de 29 de diciembre de 1927, 18 de abril de 1929, 23 de abril de 1931, 3 de julio de 1933 y de 7 de junio de 1968.

integrada por un conjunto de normas predominantemente procesales que, previa paralización de las ejecuciones individuales, están dirigidas a facilitar la celebración de un convenio preventivo de la quiebra entre el empresario, *provisional o definitivamente insolvente*, y sus acreedores.

Convirtiéndose la mentada pendencia en profilaxis de un ulterior estado de quiebra, se le brinda al deudor, de cualquier clase, el primero de los *medios de eludir no sólo el colacionado estado, sino sus interdicciones*. No estando condicionada la admisión del expediente de suspensión de pagos a la observancia de un comportamiento honesto por parte del comerciante, aun habiendo cometido éste abusos o fraudes en el ejercicio de su actividad empresarial, podrá esquivar el procedimiento de ejecución colectiva y sus medidas colaterales ⁽³⁴⁾ gracias no a su buen hacer profesional sino a su celeridad en la petición de declaración de suspensión de pagos ⁽³⁵⁾.

Ello es así por cuanto, al amparo de la legalidad vigente (artículos 8 y 20 de la Ley de Suspensión de Pagos), el juez deberá proceder a la calificación de la insolvencia en caso de hallarse el suspenso en situación definitiva (fortuita, culpable o fraudulenta) sin tener, sin embargo, tal calificación *ningún efecto* en lo que a interdicciones para el deudor se refiere; los interventores, los acreedores personados en esta pieza, así como el Ministerio Fiscal pueden solicitar únicamente las medidas precautorias que estimen precisas sobre los bienes de los que puedan resultar afectados a las responsabilidades que se traten de determinar y el juez acordarlas cuando aparezcan claramente indicios racionales de responsabilidad. Ni siquiera el artículo octavo de la Ley de 1922, que dispone que en los supuestos de insolvencia definitiva el órgano judicial que conozca del procedimiento fijará en todo caso los límites a la actuación gestora del suspenso mientras permanezca en este estado, impone limitaciones insalvables al eventual suspenso defraudador. Relacionándolo con el artículo sexto del mismo cuerpo legal, tales medidas de sustitución del comerciante, gerente o consejo de administración ⁽³⁶⁾, han de con-

(34) Sin entrar en las cuestionables normas, extrañas al Código de Comercio y Ley de Suspensión de Pagos, que limitan al suspenso, extremo que se abordará en otro apartado del presente estudio.

(35) En términos semejantes BROSETA, *Ob. cit.*, págs. 739 y ss.; GARRIGUES, *Ob. cit.*, págs. 518 y ss.; MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.*, págs. 102 y ss.; ROJO, *Ob. cit.*, págs. 130 y ss.

(36) Vid., al respecto de la responsabilidad penal de los integrantes de órganos rectores de personas jurídicas, la doctrina jurisprudencial últimamente dominante en la STC. de 20 de julio de 1993. Nuestro Tribunal Supremo, de antaño (entre otras las STS. de 22 de mayo de 1969, 19 de enero de 1974 y de 22 de junio de 1982), venía estableciendo con firmeza que la persona jurídica, esto es, la sociedad mercantil, no es más que una ficción, un instrumento en manos de unas personas físicas que son quienes se sirven de tal ficción reconocida por el Derecho y pretenden sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones.

traerse a la administración de los bienes y negocios propios, es decir, cabrá la prohibición al deudor de continuar personalmente al frente de su empresa, pero no podrá impedírsele que cree o ejercite otra nueva, con tal que no afecte a los bienes integrantes de la masa de la suspensión y sin perjuicio de que los eventuales beneficios que obtenga pasen a integrar dicha masa ⁽³⁷⁾.

En conclusión, con la loable intención de conservar la empresa y permitir, con ello, proseguir al deudor en el ejercicio de su actividad empresarial, el sistema que impone la Ley de Suspensión de Pagos española ⁽³⁸⁾ no consigue más que supeditar el sometimiento del deudor a las interdicciones legales no al estudio de su conducta sino a su propia voluntad ⁽³⁹⁾. Situaciones de hecho idénticas, dignas de sanción y frente a las cuales sería necesario tomar las prevenciones adecuadas, acarrearán consecuencias subjetivamente discriminatorias, en base a una cuestión puramente formal, como es el sistema del concordato previo, lo cual no desemboca más que en dejar exento de interdicciones legales al eventual suspenso defraudador, con incertidumbre del cobro a los acreedores, desprotegidos a los terceros, y en someter a tales medidas al deudor quebrado, aunque haya actuado sin culpa o dolo.

IV. EL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO UNIVERSAL DE LA QUIEBRA. CONCEPTO INTRODUCTORIO Y FASES

Tal y como establece el artículo 874 de nuestro Código de Comercio,

“Se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones”.

(37) Vid. ROJO, *Ob. cit.*, pág. 132.

(38) Difieren de nuestro sistema, los establecidos por el Derecho alemán —parágrafos 17 y 18 de la Vergleichsordnung—, francés —artículos 448, 574, y 575— e italiano —artículos 154, 160, 173, 181—, los cuales imponen las medidas aplicables en consideración al merecimiento del deudor, no al procedimiento seguido. Referenciado por ÁLVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA, *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, I, Madrid, 1915, págs. 176 y ss.

(39) En ese orden de cosas, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte especial, Valencia, 1993, pág. 327, dilucidando el bien jurídico protegido en los delitos denominados como ‘insolvencias punibles’, expone “[...] Es, desde luego, muy difícil mantener, a la vista de los pactos y convenios entre deudor y acreedores que caracterizan los procedimientos concursales, que existe en ellos un interés público por encima de los particulares”. De este modo, con objeto de dismantelar la concepción de tales delitos como garantes del interés público, hace hincapié en el hecho de que llegar a la vía penal es eludible con los acuerdos entre partes, lo cual desvanece toda argumentación que fundamente la existencia de estos injustos en el interés de la colectividad.

Pero la quiebra, como explicita URÍA ⁽⁴⁰⁾, “[...] no es sólo un estatus; es también una institución jurídica, de carácter esencialmente procesal, integrada por un conjunto de normas y actos procesales dirigidos a la liquidación del patrimonio del quebrado y a su reparto entre los acreedores, unitariamente organizados bajo el principio de la comunidad de pérdidas (*‘par conditio creditorum’*). En ese sentido la quiebra es un procedimiento de ejecución colectiva [...]” que la Ley procedimental civil dividirá en cinco secciones ⁽⁴¹⁾.

La sección primera comprenderá todo lo relativo a la declaración de quiebra, las disposiciones consiguientes a ella y su ejecución, el nombramiento de los síndicos y Comisario e incidencias sobre su separación y renovación, junto al eventual convenio entre los acreedores y el quebrado que ponga fin al procedimiento. La segunda, las diligencias de la ocupación de bienes al quebrado y todo lo concerniente a la administración de la quiebra hasta la liquidación total y rendición de cuentas de los síndicos. La tercera versará sobre las acciones a que dé lugar la retroacción de la quiebra y sobre los contratos y actos de administración del quebrado precedentes a su declaración. La cuarta, el examen y reconocimiento de los créditos contra la quiebra y la graduación y pago de los acreedores. Finalmente, la sección quinta, pieza tercera del procedimiento, será en la que se concentren las normas referentes a la calificación de la quiebra y rehabilitación del quebrado ⁽⁴²⁾. Por no ser el centro de este trabajo y por la imposibilidad material de tratar el tema al completo con un mínimo de rigor en estas líneas, obviaremos el íter procesal estipulado para fijar nuestra atención, por un lado, en la declaración de quiebra, efectos e impugnación de ésta —sección primera— y, por otro, en la calificación de la naturaleza del fallido, consecuencias, defensa y rehabilitación —sección quinta—.

(40) URÍA, *Ob. cit.*, pág. 925.

(41) Así pues, según prescribe el artículo 1.321 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“El procedimiento sobre las quiebras de los comerciantes se dividirá en cinco secciones, arreglando las actuaciones de cada una de ellas en su respectiva pieza separada, que se subdividirá en los ramos que sean necesarios para el buen orden y claridad del procedimiento y para que éste se curse con la rapidez posible, sin entorpecerse por incidentes que no puedan sustanciarse a la vez”*.

(42) Vid. al respecto el didáctico esquema del procedimiento del juicio universal de la quiebra de MARTÍN BERNAL, *Sinopsis sobre la quiebra*, La Ley, n° 3.035, 30 de junio de 1992.

V. DECLARACIÓN DE LA QUIEBRA: EFECTOS E IMPUGNACIÓN

V. a) Declaración y efectos.

El auto que declarará la quiebra, según dispone nuestra Ley Rituaria en el precepto 1.325, en contraposición con legislaciones extranjeras que al menos en este aspecto son más avanzadas no sólo en el tiempo ⁽⁴³⁾, se dictará sin citación ni audiencia del quebrado ⁽⁴⁴⁾. Entre otros pronunciamientos contendrá el del arresto de aquél en su casa, si diere fianza segura, y en defecto de darla, en la cárcel (artículo 1.044.2.1); el de la ocupación judicial de todas sus pertenencias, libros, papeles y documentos de giro (artículo 1.044.3.1) y el de la detención de su correspondencia (artículo 1.044.6.1, todos ellos del Código de Comercio de 1829) ⁽⁴⁵⁾, siendo el plazo para presentar oposición a tal declaración de ocho días (artículos 1.326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.028 del Código de Sáinz de Andino) ⁽⁴⁶⁾.

En lo tocante al arresto del quebrado, se expedirá por mandamiento al Agente Judicial, que, en presencia del Secretario, requiera al quebrado para que preste fianza de cárcel segura en la cantidad fijada judicialmente ⁽⁴⁷⁾, pudiendo hacerlo en metálico, con persona abonada o en hipoteca quedando por este acto el quebrado, y desde este momento, bajo arresto domiciliario; en otro caso, se le conducirá a la cárcel, expidiéndose el correspondiente

(43) El artículo 15 de la Ley de Quiebras italiana de 1942 faculta al Juez para que pueda llamar a audiencia al deudor e interrogarlo antes de la declaración de quiebra. Este principio fue exportado a otras legislaciones, entre ellas la lusitana, que en el artículo 1.178 del nuevo Código de Proceso Civil de 1967 establece que, una vez solicitada la declaración de quiebra, el deudor es citado para responder en cuarenta y ocho horas, salvo que el requirente alegue que la audiencia es inconveniente y el Juez así lo acuerde.

(44) Al respecto, vid. **FERRÉ ORIOL**, *Inconstitucionalidad del artículo 1.325.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a la declaración de quiebra sin citación ni audiencia del quebrado*, Revista Jurídica de Cataluña, nº 81, 1982, pág. 719, invoca el principio '*alterum non laedere*'. Entiende el autor, pág. 722, que "[...] a partir de la Constitución española la declaración de quiebra no puede pronunciarse sin informar previamente al supuesto quebrado de la acusación en su contra formulada, y de darle las posibilidades requeridas para que pueda defenderse".

(45) Vid. **MARTÍN BERNAL**, *Ob. cit.*, pág. 4.

(46) Recuérdense los supuestos previos o condiciones de fondo y forma para su declaración: cualidad del empresario deudor —STS. de 27 de abril de 1989—; sobreseimiento general en los pagos —STS. de 27 de febrero de 1965—; declaración judicial.

(47) Art. 1.336 LEC.: "*Para determinar la cantidad y calidad de la fianza, las obligaciones del fiador y el modo de hacerlas efectivas en los casos en que proceda, se estará a lo prevenido para estos casos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*". Haciendo alusión a los artículos 531 y ss. de dicha Ley.

mandamiento al Alcaide que haya de recibirlo (artículo 1.335 del Código de Comercio) ⁽⁴⁸⁾.

Respecto a la retención de su correspondencia, se oficiará al Administrador de Correos y Jefe de Telégrafos para que ponga dicha documentación a disposición del Juzgado (artículo 1.338 de la Ley Procesal Civil). Para su apertura se citará en una sola diligencia al quebrado, su apoderado o persona que hubiere quedado a su cargo en los negocios, para que concurra en los días que se fije, al lugar y horas designados por el Comisario y el Depositario (artículo 1.339 de la misma Ley). Las cartas que tengan relación con las dependencias del quebrado se entregarán al Depositario y las restantes al deudor fallido (artículo 1.058 del Código de Comercio de 1829).

Aun si considerásemos el arresto del quebrado como una medida precautoria, tesis que no compartimos, nuestro Tribunal Supremo ha reiterado hasta la saciedad ⁽⁴⁹⁾ que la diferencia con las medidas punitivas no puede justificar en ningún caso que la imposición de las primeras se haga sin respetar las garantías constitucionales del derecho a la *tutela judicial efectiva*, y este amparo se articula, única y exclusivamente, dando audiencia al inculpado para que, cuando menos y ya que existen presunciones '*contra fallido*', pueda defenderse. Es decir, el artículo 1.325 de la Ley Rituaria no es que invierta la carga de la prueba hacia el quebrado, sino que ni siquiera le permite llevar a cabo una '*probatio diabolica*', motivo por lo que se alienta desde estas líneas al jurista a invocar la inconstitucionalidad de tal precepto ⁽⁵⁰⁾, o aún más efec-

(48) Póngase en relación con los artículos 896 del Código de Comercio; 505 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 1.386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vid. MARTÍN BERNAL, *Ob. cit.*, pág. 4.

(49) Así la STS. de 5 de noviembre de 1979. Aún con más contundencia si cabe las STS. de 3 de julio de 1980 —Sala IVª— y de 2 de junio de 1981 reiteran la misma doctrina declarando que el artículo 24 de la Constitución protege contra la omisión de cualquier procedimiento, en relación, esta última, a sanción gubernativa sin audiencia del interesado.

(50) El artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España mediante instrumento de 26 de septiembre de 1977 —BOE. 10 de diciembre de 1979—, reconociendo, en el acto de ratificación, la jurisdicción obligatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio que se suscitaran con posterioridad al 14 de octubre de 1976, para reconocer, el 11 de junio de 1981, por un período de cinco años renovables (y renovable tácitamente tras la realizada los días 5 y 6 de diciembre de 1985), la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos para conocer las denuncias de los particulares cuando se estimen víctimas de una violación por parte de las autoridades españolas de los derechos reconocidos en el Convenio, explicita:

"Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial [...]".

Criterio que fue reflejado ya por nuestro Tribunal Constitucional en STC. de 14 de julio de 1981.

tivo, a los órganos jurisdiccionales a inaplicar éste por irrespetuosidad con nuestra Ley de leyes.

Estando en presencia de un proceso de corte monitorio, declarativo-constitutivo ⁽⁵¹⁾, “[...] en el que el Juez se limita sólo y exclusivamente a comprobar que se producen los requisitos de legitimación determinados en la ley y de las circunstancias objetivas de fondo que se concreten en lo que conocemos como insuficiencia patrimonial [...]” ⁽⁵²⁾, con la sola referencia como garantía del quebrado a “[...] probados éstos en forma suficiente [...]”, no se hace más que alimentar los abusos de derecho y los fraudes procesales, “[...] al conseguirse declaraciones de quiebra con unos simples documentos” ⁽⁵³⁾ y consecuentemente producir al supuesto quebrado un desprestigio comercial, una anulación de sus operaciones comerciales, una retirada automática de sus fuentes de financiación y unas abismales interdicciones (temporales o definitivas), en suma, unos *perjuicios de difícil reparación*. Se inicia un procedimiento de liquidación con irrisorias formalidades y requisitos, procedimiento que puede concluir en sobreseimiento. Ante operaciones mercantiles que comporten importantes ingresos económicos —verbi gratia contratas estatales— se está otorgando una muy sutil herramienta a competidores abyectos que podría solventarse, sin exponer los intereses de los acreedores, con la mera audiencia del comerciante deudor, proscribiendo, definitivamente, actuar *‘inaudita parte’*.

Ante medidas de esta guisa, sin mentar el resto de efectos personales y patrimoniales, tan amedrentadoras de derechos y libertades fundamentales, qué duda cabe que la oposición a la declaración de la quiebra, como segundo medio de evitar sus efectos, toma una carta de naturaleza precipua.

V. b) Oposición a la declaración de quiebra.

V. b1) *Nombramiento y facultades del Comisario.*

Por imperativo legal, la solicitud de alzamiento de arresto o concesión de salvoconducto no se admitirá hasta que el Comisario haya dado cuenta al Juez ⁽⁵⁴⁾ de haberse concluido la ocupación y examen de todos los libros, documentos y papeles concernientes al tráfico del quebrado ⁽⁵⁵⁾, dicho lo cual,

(51) GIMENO SENDRA y OTROS, *Ob. cit.*, pág. 371.

(52) *Ibidem*.

(53) FERRÉ ORIOL, *Ob. cit.*, pág. 719. Continúa explicitando “[...] un procedimiento con tan escasas garantías, puede constituir una plataforma para fomentar la picaresca y la planificación de objetivos con apariencia de legalidad [...]”.

(54) El Juez, por medio de providencia, expresará la conformidad de éste.

(55) Vid. el artículo 1.340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

y sin necesidad de presumir en este órgano de la quiebra una conducta cercana a la delictiva, prontamente se dilucida, de nuevo, la más que cuestionable constitucionalidad de un precepto que otorga facultades jurisdiccionales de esta enjundia a sujetos ajenos a la judicatura.

Con independencia de la inconstitucionalidad del arresto del quebrado, como luego se argumentará, existiendo tal medida, desmesurada, no debe menos que ser arropada, en su totalidad, por la ponderación del Juez que declara y tramita todo el procedimiento de la quiebra, al que, por otra parte, “[...] la ley obliga a desplegar [...] dentro de su actuación jurisdiccional una actividad en cierto modo de dirección y alta vigilancia” ⁽⁵⁶⁾, y no sólo de los intereses de los acreedores, que sin merma de importancia no son más que económicos, sino también los del empresario fallido, quien con esta medida ve vulneradas aspiraciones de otra índole mucho más preciada y consignada al arbitrio de otro comerciante la duración, nada más y nada menos, que de la privación de uno de los más fundamentales derechos de la persona, cual es la libertad.

De *lege ferenda*, dicha atribución competencial al Comisario, comerciante e ínsitamente competidor del fallido, debiera desaparecer. Sin embargo, al estar engrosando la lista de dislates del Derecho positivo, resignadamente, tan sólo cabrá al protagonista de este procedimiento impugnar el nombramiento de este órgano en idéntico procedimiento al instaurado para hacerlo con los Síndicos ⁽⁵⁷⁾, teniendo en cuenta que tal nombramiento se realizará en el auto de declaración de quiebra (artículos 1.044 del Código de Comercio de 1829 y 1.333 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

V. b2) *Apertura de correspondencia.*

Pretendiendo adornar de garantías un procedimiento en el que momentos antes las ha hecho fenecer, nuestra Ley Rituaria establece la posibilidad al quebrado de asistir a la diligencia o diligencias de apertura de su correspondencia (artículo 1.339).

V. b3) *Falta de los requisitos del artículo 874 del Código de Comercio.*

También podrá el declarado en quiebra formular oposición al auto declarativo de la misma argumentando, ora su carencia de condición de

(56) URÍA, *Ob. cit.*, pág. 933.

(57) Entre otros, Vid. los artículos 1.214, 1.220 a 1.225, 1.347 y 1.348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

empresario, ora que se halla al corriente en los pagos ⁽⁵⁸⁾, no obstante, encontrándose bajo arresto domiciliario mientras se dilucidan por nuestra rauda Administración de Justicia tan pueriles extremos.

V. b4) *Impugnación del arresto del quebrado.*

Al margen de la anterior consideración de índole mercantil (en cuanto a la calificación de empresario) o contable (en cuanto al cese de los pagos), debemos abordar inexorablemente, pese a la existencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 1985, la defensa del quebrado ante la declaración de su arresto, medida que esperamos entre en un rápido y serio proceso de revisión por nuestros Tribunales de Justicia en tanto en cuanto el legislador patrio se decide a abordar una reforma al respecto de imperiosa necesidad.

Tal y como afirma GARCÍA SÁNCHEZ “[...] lejos de lo que a primera vista pudiera parecer, el principio de presunción de inocencia, nacido y auspiciado por y para la protección de los justiciables en los procesos penales, abarca, con idéntica intensidad que en el ámbito punitivo, al resto de las ramas del ordenamiento jurídico” ⁽⁵⁹⁾.

No puede ser de otro modo que constituya la Constitución la “[...] superley de garantía de una organización determinada que tiende a limitar al poder [...]” ⁽⁶⁰⁾, puesto que como reza la fórmula del artículo 16 de la revolucionaria Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

“[...] las sociedades en las que la separación de poderes no está asegurada y los derechos del hombre no están reconocidos carecen de Constitución”.

Fruto de la “[...] persecución incesante del sistema de garantías [...]” ⁽⁶¹⁾ que toda Norma Suprema del ordenamiento jurídico hace o debe hacer, se recoge en el artículo 24.2 de la Constitución española que

“[...] todos tienen derecho [...] a la presunción de inocencia”.

(58) STS. de 24 de marzo de 1886, 4 de octubre de 1905, 26 de octubre de 1907, 12 de marzo de 1910, 22 de junio de 1961, 22 de abril de 1969 y la citada de 27 de abril de 1989.

(59) Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, *Presunción de inocencia y legislación mercantil*, Revista Jurídica Tapia, n° 70, mayo 1993, pág. 37.

(60) Definición matizada por SÁNCHEZ GOYANES, *Constitución española comentada*, Madrid, 1987, que añade que la Carta Magna es un “... compendio de enunciaciones o definiciones que entrañan principios que condicionan la actuación de todos los poderes [...] siendo una definición o declaración de libertades, que son límite del poder”.

(61) Cfr. MARTÍN RETORTILLO, y DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, pág. 19.

Huelga decir que en virtud del artículo 53.1 del mismo cuerpo legal, la presunción de inocencia ha de ser principio informador de toda la legislación que provenga tanto del Legislativo como del Ejecutivo, y en virtud de la Disposición derogatoria tercera tal supremacía abolirá cuantas normas anteriores existan en contra de su dicción ⁽⁶²⁾. Así las cosas, la presunción de no culpabilidad debe presidir la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional ⁽⁶³⁾, y dentro de éstas ante todas aquellas que tengan un contenido sancionador o limitativo de los derechos de las personas ⁽⁶⁴⁾.

Reproduciendo lo defendido por GARCÍA SÁNCHEZ, secundado por MUÑOZ ÁLVAREZ, “[...] desafortunada sería cualquier otra consideración, ya que, dada la clara teleología de este precepto, una limitación al ámbito penal, sería coartar la máxima constitucional y exponente de una nesciencia de su fundamento” ⁽⁶⁵⁾. Evidente es la gravitación que tiene este principio sobre los procesos penales, pero quizás no tan reconocida en otro tipo de procesos, por lo que es obligado hacer una breve referencia a los mismos.

En lo referente a la legislación administrativa, cabe afirmar, tal y como dispone la STS. de 15 de octubre de 1988 —Sala IIIª—, que “[...] el paralelismo entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador permite la extrapolación a éste de aquellos principios de aquel que, siendo de obligada observancia en la actividad procesal punitiva de la jurisdicción penal, lo han de ser en la actividad sancionadora de la Administración [...] y, dentro de él, la práctica de la prueba y su correcta valoración, así como la presunción de inocencia [...] garantía fundamental de la persona acusada, de la cual no puede ser privado sin vulnerarse con ello el artículo 24 CE. [...] haciéndose vinculante para todos los poderes públicos [...]” ⁽⁶⁶⁾. Criterio que era ya uniforme del Alto Tribunal, aceptando como recurso de amparo toda violación del precepto colacionado en los procedimientos administrativos sancionadores, reflejándose, por todos, en los Autos 628/1983 de 14 de diciembre, 598/1984 de 17 de octubre, 711/1984 de 21 de noviembre y otros. Más recientemente el Tribunal Constitucional lo extiende a todos los ámbitos del Derecho Administrativo, como resuelve la STC. de 22 de julio de 1993, que lo aplica en relación a la responsabilidad contable, siguiendo el camino abierto

(62) Sobre la prevalencia de la Constitución frente a las normas anteriores, véanse las STC. de 2 de febrero, 31 de marzo, 6 de abril y de 1 y 8 de junio de 1981.

(63) En ese sentido las STS. de 17 de febrero de 1981 —Sala IVª— y de 3 de octubre de 1983.

(64) Así las STC. de 1 de abril de 1982 y de 8 de marzo de 1985.

(65) GARCÍA SÁNCHEZ, *Ob. cit.*, pág. 38; MUÑOZ ÁLVAREZ, *El principio de presunción de inocencia en la jurisdicción contable*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 115, 9 de septiembre de 1993, pág. 2.

(66) Vid. también la STS. de 17 de febrero de 1981 —Sala IVª—.

por la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas ya desde 1988 —entre otras, STCU. de 26 de abril— ⁽⁶⁷⁾.

Del mismo modo, la presunción de inocencia es invocable en *cualquier otro orden jurisdiccional*. En este sentido enumera MUERZA ESPARZA ⁽⁶⁸⁾, además de los penales y administrativos sancionadores ya comentados, los procesos laborales y civiles. En los primeros tiene cabida únicamente la invocación del artículo 24.2 del texto constitucional en los procesos por despido y en los expedientes sancionadores ⁽⁶⁹⁾, es decir, casos en los que se ejercite el '*ius puniendi*'. Respecto a los procesos civiles, es obligatorio recoger la celeberrima STC. de 1 de abril de 1982 que manifestó la generalidad de la presunción de inocencia aquí abogada, y, en consecuencia, también al proceso civil especial sobre medidas provisionales. Ampliando incluso su radio de acción, dentro del ámbito civil, se pronuncia nuestro fiel custodio de la Constitución en las novedosas sentencias de 30 de septiembre de 1989 y 28 de junio de 1993 ⁽⁷⁰⁾.

La evolución que ha seguido la aplicación del hoy precepto constitucional ha sido clara. En una primera fase se fortaleció en el ámbito penal, en el cual venía aplicándose con bastante antelación a la vigencia de nuestra Carta Magna, no siendo, sin embargo, hasta la promulgación de la Constitución, según precisa la STC. de 19 de diciembre de 1986, cuando dejó de ser un principio general de Derecho para convertirse en Derecho fundamental. Posteriormente se extrapoló tímidamente al campo del Derecho Administrativo sancionador. Allí tomó consistencia ⁽⁷¹⁾ y 'saltó' a otras ramas del ordenamiento, cobijándose en el ámbito laboral e incluso civil, esto es, en cualesquiera donde se limiten derechos merecedores de tutela constitucional, desarrollándose ahora en todos éstos.

Respecto al Derecho Mercantil, encontrándose éste en algunos aspectos, pese a ser disciplina independiente, a caballo entre el Derecho privado y

(67) Vid. MUÑOZ ÁLVAREZ, *Ob.cit.*, pág. 3.

(68) MUERZA ESPARZA, *El mínimo probatorio en la jurisprudencia constitucional*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, junio 1988, págs. 845 y ss.

(69) Así las STC. de 23 de febrero de 1984, 8 de marzo de 1985, 10 de junio de 1987 y 13 de enero de 1993.

(70) Para el resto de procesos civiles se manifiesta SALVADOR CODERCH, *Presunción de inocencia y responsabilidad civil*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, septiembre-diciembre 1985, págs. 2.895 y ss. en términos semejantes, al igual que una vasta jurisprudencia constitucional: Auto 569/1984 de 3 de octubre, STC. 147/1987 de 25 de septiembre..., e infinidad del Tribunal Supremo, por todas la de 8 de abril de 1990 que no hacen más que seguir la línea ya dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias Dewer de 27 de febrero de 1980 y Oztürk de 21 de febrero de 1984 que generalizaron a todos los órdenes tal derecho fundamental.

(71) Hoy incluso recogida en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

la regulación pública, en la medida que se produzcan en su seno disminuciones de las libertades y derechos fundamentales de determinados sujetos en base a presunciones de culpabilidad, sería ineludiblemente invocable la presunción de inocencia pese a no ser ése su ámbito tradicional de desarrollo ⁽⁷²⁾.

Dicho lo cual, establecida una amplia aplicación de esta presunción '*iuris tantum*', entraremos en materia en lo concerniente al arresto del quebrado. Según venía declarando el Tribunal Supremo, por todas en STS. de 26 de noviembre de 1946, el arresto del fallido había que considerarlo como una medida cautelar en previsión de que el quebrado no viniera a eludir la acción de la Justicia y sus eventuales responsabilidades penales, como presunto responsable del delito de quiebra, pena que había de serle impuesta por la jurisdicción penal tras haberse agotado todo el proceso civil.

En sentencia de 19 de diciembre de 1985 nuestro Tribunal Constitucional se apresuró a acomodar tal actuación en el nuevo ordenamiento jurídico vigente tras la promulgación de la Carta Magna. Qué duda cabe que toda la anterior doctrina justificativa del arresto del quebrado, sustentada en la presunción de culpabilidad, se había venido al traste, por lo que la declaración de nuestro más Alto Tribunal, con el debido respeto, tuvo que ser más cercana a la de un prestidigitador que a la de un jurisconsulto. Tal resolución expone que el arresto del quebrado es una medida cautelar, no sancionadora ni inconstitucional, siempre que se interprete en sentido no automático, sino motivado por el Juez hasta el fin de la ocupación de la quiebra y con la finalidad de proteger los objetivos del procedimiento, no en sentido carcelario o subordinando la libertad a la prestación de una fianza. Pese a pronunciarse de esta manera, es de agradecer al Magistrado ponente que cincelara los pronunciamientos de la Sala con estos noes, probablemente reflejos de su conciencia, puesto que nos sirven más para anexarlos a los fundamentos de la misma crítica tendente a contradecir su constitucionalidad ⁽⁷³⁾ que como bastiones en defensa de la continuidad de tal medida.

Tal y como expone FERRÉ ORIOL "[...] además de otros efectos de orden material y personal, entra en función el carácter punitivo de la institución a un momento procesal anterior a la sentencia criminal [...]" ⁽⁷⁴⁾. Continúa explicitando el mismo autor, aunque con matizaciones, que esta figura ha

(72) Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, *Ob. cit.*, pág. 38.

(73) La doctrina es prácticamente unánime al considerar tal restricción de libertad como inconstitucional. Así, por todos, GIMENO SENDRA y OTROS, *Ob. cit.*, pág. 380, declaran: "[...] la medida debe estimarse inconstitucional y clara reminiscencia de los *arrets* del derecho histórico alemán".

(74) FERRÉ ORIOL, *Ob. cit.*, pág. 716.

sido calificada como de hondo sabor a *prisión por deudas* ⁽⁷⁵⁾, y cuya raíz podría encontrarse en la antigua '*manus injectio*' romana, claro exponente del concepto de la obligación civil como un vínculo intersubjetivo y no rigurosamente patrimonial. Por la contumacia de sus argumentaciones, no cabe más que reproducir los extremos expuestos por MARTÍNEZ FLÓREZ al respecto de las interdicciones legales del quebrado, y a la cabeza de éstas al arresto: "[...] En realidad, con carácter general las interdicciones legales responden tanto a una finalidad sancionatoria como a una finalidad preventiva, idea que es común a todo tipo de sanciones, sean penales, civiles o administrativas" ⁽⁷⁶⁾.

Ello trae a colación el texto del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ⁽⁷⁷⁾ que señala de manera categórica que

"Nadie será encarcelado por el mero hecho de incumplir una obligación contractual".

Por más argumentaciones que se discurran, la naturaleza punitiva del arresto del quebrado es evidente ⁽⁷⁸⁾. Una interpretación amplia del artículo 33 del Código Penal, como viene haciendo de antaño el Tribunal Supremo ⁽⁷⁹⁾, ordena el abono del tiempo de arresto para el cumplimiento de la ulterior condena, lo cual presupone identificar cualitativamente la pena de prisión con la 'pena' de arresto, por ser ambas una restricción de libertad del quebrado. Se plantean de inmediato dos cuestiones.

(75) Condenando cualquier resquicio en la legislación de actuaciones semejantes, vid. la obra completa de REIG REIG, *La reforma penal...*

(76) Cfr. MARTÍNEZ FLOREZ, *Ob. cit.*, pág. 119. Secundado por RUBIO, *Ob. cit.*, págs. 570 a 573.

(77) De 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977, BOE. 103 de 30 de abril.

(78) No ha de pasar desapercibida la afinidad de nuestro sistema legal y judicial a la articulación, el primero, y aplicación, el segundo, de medidas 'preventivas' tan restrictivas de derechos como las penas mismas. Así, el Boletín Informativo del Instituto de Reinserción Social, IRESFLASH, n° 1, 1993, expone: "[...] la larga duración de ésta [refiriéndose a la prisión preventiva] y la frecuente aplicación de la misma pueden ser motivos de que, una medida estrictamente preventiva se convierta en una medida punitiva, contraviendo el principio de presunción de inocencia", pág. 2. En ese sentido, es sintomático el hecho de que sea España el país que ostenta el dudoso honor de tener el índice más alto de Europa de presos preventivos (33,8 por cada 100.000 habitantes, frente a los 30,7 de Turquía; 30,9 de Bélgica; 28,1 de Portugal; 23,0 de Italia por no mentar el 11,6 de Noruega ó 7,2 de Finlandia) —datos aportados por la misma revista, correspondientes a 1990 cuya fuente ha sido el Boletín de Información Penitenciaria del Consejo de Europa, n° 16, junio de 1992—.

(79) Por todas las STS. de 26 de noviembre de 1946, 13 de noviembre de 1958 y de 24 de febrero de 1984. Postula la aplicación analógica del artículo 33, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, Parte especial, Barcelona, 1992, pág. 428.

¿Cabría indemnización por el tiempo permanecido bajo arresto domiciliario si el procedimiento se sobresee o se califica la quiebra de fortuita? La respuesta a este interrogante no puede caer en el automatismo, sin embargo, tal opción tiene todos los visos de ser planteable. Este resarcimiento ha sido cicateramente receptado por el artículo 249 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que de una primera lectura podría deducirse que se excluyen los casos en los que el procedimiento finaliza por un auto de sobreseimiento provisional o libre basado en otras causas —ajenas a tal precepto—, o por sentencia absolutoria que no se funde en la pura inexistencia del hecho ⁽⁸⁰⁾ (en este caso sería la declaración de quiebra fortuita). Casos todos ellos que deben verse incluidos tácitamente en dicho artículo al producir el mismo efecto que el espíritu de éste quiere subsanar, aunque en caso de no prosperar esta hipótesis podría acudir a la misma indemnización por la vía de la responsabilidad del Estado por los daños causados por error judicial o por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia ⁽⁸¹⁾ (artículos 121 de la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Por otro lado, ¿acaso se computará igual el tiempo transcurrido bajo arresto domiciliario que el acontecido en régimen penitenciario? Aun contestando de manera negativa a tal interrogante, tal medida otorga una ventaja al fallido defraudador de incalculable valor. Teniendo en cuenta la complejidad de la documentación contable y que parte de la duración del arresto pende de la decisión de otro comerciante quizás afín al fallido (Comisario), el quebrado no fortuito ni culpable podrá dilatar el procedimiento concursal para, llegado el momento de la imposición de la ulterior condena, eludir, o al menos disminuir, el cumplimiento efectivo de la pena en régimen penitenciario, puesto que éste habrá cumplido, de una manera mucho más llevadera, esto es en su domicilio, toda o al menos gran parte de la condena a imponer.

Junto a estas apreciaciones se engloban otras que hacen que la constitucionalidad de tal medida sea hartó discutible. Contrariamente a lo dispuesto por el mismo defensor de la constitucionalidad de tal precepto ⁽⁸²⁾, en el momento procesal de decretar el arresto no se tiene ningún argumento concreto para fundamentarlo, ni tan siquiera la declaración del comerciante que

(80) Aludiendo a estos casos, MARTÍN GONZÁLEZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Foro Canario, nº 81 (I), 1991, pág. 141, haciendo referencia a los artículos 121 de la Constitución, 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(81) En ese sentido se define la obra completa de REYES MONTERREAL, *La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la Administración de Justicia*, Madrid, 1987.

(82) Recuérdese que el Tribunal Constitucional proscribe cualquier tipo de automatismos en su aplicación.

supuestamente sobresee en sus pagos. Esta convicción no la adquirirá el Juez hasta el momento de la calificación, y en ese momento, para más inri, asistido de presunciones.

Identificando el arresto del quebrado con la prisión provisional, podría decirse que es ésta la más grave medida cautelar que puede sufrir el individuo en un proceso antes de haber recaído sentencia firme, en este caso calificación de la naturaleza de la quiebra (no realizada hasta la pieza tercera), en aras de asegurar la presencia del sujeto inculcado en aquél, garantizar una ordenada averiguación de los hechos por el Juez y asegurar la pena que eventualmente llegara a imponerse, y ello “[...] porque la prisión es más bien un castigo que una custodia del reo”⁽⁸³⁾. No siendo el quebrado fraudulento, ni tan siquiera culpable, hasta que no se practica la calificación de su naturaleza, y practicándose ésta en la fase última del proceso, parece a todas luces incomprensible la todavía existente institución del arresto domiciliario⁽⁸⁴⁾.

Continuando con la analogía entre prisión provisional y arresto del quebrado⁽⁸⁵⁾, adoptando lo postulado por REIG REIG para la primera, cabe decir que jamás podrá establecerse “[...] pensando que haga las veces de pena anticipada, pues para atribuirle esta función sería preciso que constara una clara presunción de culpabilidad en cuanto al privado de libertad, lo que únicamente se obtiene una vez dictada sentencia en el supuesto que ésta sea condenatoria [...]”⁽⁸⁶⁾. De igual modo, no es defendible que cumpla la función de colmar la alarma social que haya podido producir el eventual hecho delictivo, concepción que resulta insostenible en un sistema constitucional como el español, que acoge un riguroso respeto por los derechos de los ciudadanos y proclama la presunción de inocencia.

(83) BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas (1774), Madrid, 1986, pág. 82. Adviértase que Beccaria refiere ‘prisión’ a la actual prisión provisional o preventiva. Criticando la vigencia del precepto que alberga el arresto del quebrado SAGRERA TIZÓN, *Más sobre el arresto del quebrado a la luz del nuevo ordenamiento jurídico español*, Revista General de Derecho, n° 567, 1991, págs. 10.625 y ss.

(84) Afirma GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid, 1990, pág. 203: “El imputado, aun cuando no ha sido probada su culpabilidad, es privado del libre ejercicio de uno de sus derechos más preciados, el derecho a la libertad de movimientos, junto con otras restricciones adicionales. En este sentido la prisión provisional afecta materialmente al derecho a la presunción de inocencia”. Aún, si cabe, más rotundamente FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989, págs. 559 a 572.

(85) Tesis que parece sostener la más actual doctrina, entre otros, FERRÉ ORIOL, *Ob. cit.*; MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.*; SAGRERA TIZÓN, *Ob. cit.*

(86) Cfr. REIG REIG, *Los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Foro Canario, septiembre-diciembre 1987, pág. 35. En términos semejantes vid. GONZÁLEZ VIDAURRI, *Alternativas a la prisión preventiva*, Serie: Estudios Jurídicos-Sistema de Justicia Penal, Universidad Autónoma de Querétaro, Número 1, México, marzo 1990, págs. 113 y 114.

Cupiendo el sobreseimiento o la aceptación del convenio, se vincula de este modo la situación de arresto a la expectativa de una eventual calificación que puede devenir años más tarde, lo cual es una desmesurada cautela. Así, *verbi gratia*, nos encontramos con situaciones, como la que resuelve la STS. de 13 de junio de 1959, en la que el quebrado arrestado lo había sido durante diez años, justificación proscrita en la actualidad al haber quedado desmantelado el andamiaje que sostenía tal medida so pretexto de una cautela del ulterior proceso penal⁽⁸⁷⁾ (motivo por el cual se hace en este estudio el comentario, por analogía, de la prisión preventiva).

La imprescindible necesidad que se pretende relacionar a tal medida desaparece cuando el juez penal, por motivos —*verbi gratia*— de inutilidad de la sanción debido al tiempo transcurrido y al cambio de vida del quebrado⁽⁸⁸⁾, califica la quiebra como no constitutiva de delito. Fenece de idéntica manera esta necesidad cuando, sin aminorar los intereses de los acreedores, que en absoluto son desdeñables, podrían articularse otras medidas precautorias mucho menos obsoletas y perjudiciales para el sujeto pasivo⁽⁸⁹⁾.

Corroboraba terminantemente lo antedicho, el vanguardista auto de la Audiencia de Barcelona, de 6 de junio de 1990, dejando sin efecto el arresto del quebrado dictado por el Juzgado de Primera Instancia, el cual, a modo de corolario de este apartado, explicita: “[...] si a despecho del derecho de la presunción de inocencia se quisiera mantener el arresto del quebrado a resultas de la calificación, como apunta el artículo 1.059 del Código de Comercio de 1829, nos encontramos [...] que el Juzgado no tiene ningún argumento concreto en el que fundamentar el arresto en ese momento procesal [...]”.

(87) En ese sentido, vid. YANES, *La reapertura de la quiebra*, Valladolid, 1992, pág. 179.

(88) Vid. al respecto la STS. de 14 de diciembre de 1991. También el artículo de PERAL RODRÍGUEZ, *La atenuante analógica número 10 del artículo 9 del Código Penal*, Actualidad Jurídica Aranzadi, n° 45, 19 de marzo de 1992.

(89) Tajantemente, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.*, pág. 27, afirma: “Las interdicciones legales obedecen al deseo de sancionar al quebrado o de proteger a los terceros o ambas cosas a la vez, como se verá a lo largo de este trabajo. En ningún caso persiguen tutelar los intereses de los acreedores que deben satisfacerse en el procedimiento concursal. Antes al contrario, las interdicciones legales pueden resultar, a la postre, perjudiciales [...]”, para continuar exponiendo en la pág. 32: “[...] las interdicciones legales están vinculadas al origen mismo de la institución de la quiebra y son una manifestación del carácter penal e infamante que tenía este procedimiento en un primer momento histórico y que ha ido perpetuándose en el tiempo hasta nuestros días”.

VI. CALIFICACIÓN DE LA QUIEBRA

VI. a.) Presupuestos de partida.

Según la dicción literal del artículo 1.382 de nuestra Ley Rituaria, la pieza tercera del procedimiento dilucidado —calificación— estará encabezada por un informe que el Comisario debe dar al Juez de Primera Instancia sobre lo que resulte del reconocimiento de los libros y papeles del quebrado, incardinado a circunscribir la quiebra en uno de los tres tipos que distingue el artículo 886 del Código de Comercio: fortuita, culpable y fraudulenta. En todo caso habrá de pronunciarse sobre los extremos declarados por el artículo 1.138 del Código de Comercio de 1829:

“Para hacer la calificación de la quiebra se tendrá presente:

1.º La conducta del quebrado en el cumplimiento de las obligaciones que se le imponen en los artículos 1.017 y 1.018.

2.º El resultado de los balances que se formen de la situación mercantil del quebrado.

3.º El estado en que se encuentran los libros de su comercio.

4.º La relación que está a cargo del quebrado presentar 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.

5.º Los méritos que ofrezcan las reclamaciones que en el progreso del procedimiento se hagan contra el quebrado y sus bienes”.

Junto al informe que redactará éste, los Síndicos realizarán una exposición (en el plazo de quince días desde su nombramiento) pronunciándose sobre extremos semejantes, todos ellos tendentes a informar la calificación de la quiebra (artículo 1.383 de la misma Ley). Tales propuestas, con los autos, serán entregadas al Ministerio Fiscal, el cual, de idéntica manera, realizará censura deduciendo pretensión formal sobre la calificación del sobreseimiento de pagos. Estos pronunciamientos, junto al resto de los autos, serán entregados al quebrado el cual tendrá un plazo de seis días para contestarlos.

Si no usa el quebrado de la comunicación de autos, o los devuelve sin oponerse, según establece el artículo 1.384 de la Ley rectora de los procedimientos civiles, el Juez, a la vista de aquéllos, realizará la calificación que

estime arreglada a Derecho ⁽⁹⁰⁾. Tal suerte será, con toda seguridad, exclusiva de las quiebras ‘precalificadas’ por los colacionados como fortuitas, ya que el artículo 1.386 del mismo texto normativo veda toda posibilidad de recurso

“[...] Cuando del expediente de calificación resultaren méritos para calificar la quiebra de fraudulenta o de alzamiento, el Juez mandará sacar testimonio de lo necesario para proceder criminalmente contra el quebrado. Contra este acuerdo no se dará recurso alguno”.

Por contra, y al amparo del ordinal 1.385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la intención de evitar una calificación distinta de la fortuita,

“Si el quebrado hiciere oposición a la pretensión de los Síndicos o del Ministerio Fiscal, se recibirán a prueba los autos y se continuará su sustanciación hasta dictar sentencia por los trámites establecidos en esta Ley para los incidentes, pudiendo prorrogarse el término de prueba, si las partes lo pidieren, hasta el máximo de cuarenta días que señala el artículo 1.142 del Código. La sentencia que recaiga será apelable en ambos efectos, ejecutándose, no obstante, en cuanto a la libertad del quebrado, si en ella se hubiere decretado” ⁽⁹¹⁾.

En todo caso, si la sentencia calificare de fortuita la quiebra habría de procederse a la inmediata ‘puesta en libertad’ del quebrado ⁽⁹²⁾.

A todo este derecho formal, referente a la calificación del fallido, le es de aplicación, principalmente, el sustantivo comprendido entre los artículos 886 y 897 de la vigente Ley de Comercio. De los extremos que la ley nos impone para considerar los diferentes tipos de quiebra, centremos nuestra atención en los artículos

889

“Serán también reputados en juicio quebrados culpables, salvo las excepciones que propongan y prueben para demostrar la inculpabilidad de la quiebra:

(90) Recuérdese que el artículo 895 del Código de Comercio dispone:

“La calificación de la quiebra, para exigir al deudor la responsabilidad criminal, se hará siempre en ramo separado, que se sustanciará con audiencia del Ministerio Fiscal, de los Síndicos y del mismo quebrado”.

(91) Texto del artículo 1.142 del Código de Comercio de 1829 reproducido en el apartado sobre la presunción de fraudulencia en la quiebra.

(92) Vid. sobre tal proceder, BROSETA, *Ob. cit.*, págs. 752 y ss.; MARTÍN BERNAL, *Ob. cit.*, pág. 12; OLIVENCIA, *Ob. cit.*, pág. 355.

1.º Los que no hubieren llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos esenciales e indispensables que se prescriben en el Título III del Libro I, y los que, aun llevándolos con todas estas circunstancias, hayan incurrido dentro de ellos en falta que hubiese causado perjuicio a tercero [...]”.

890

“Se reputará quiebra fraudulenta la de los comerciantes en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

[...]”

3.º No haber llevado libros o, llevándolos incluir en ellos, con daño de tercero, partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos. [...]”

y, finalmente, 891

“La quiebra del comerciante, cuya verdadera situación no puede deducirse de sus libros, se presumirá fraudulenta salvo prueba en contrario”.

VI. b) Impugnación de la calificación mercantil.

Siendo factible que la calificación del quebrado se fundamente en presunciones ‘*contra fallido*’, ‘*cuasi reo*’, es dable que en uso de la oposición que puede ejercer el deudor fallido frente a la ‘propuesta’ de los Síndicos o del Ministerio Fiscal (artículo 1.385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o en el mismo recurso de apelación que interponga contra la resolución que se dicte resolviendo el incidente de calificación, se fundamenten las pretensiones de éste en que tales pronunciamientos vulneran la robra fundamental establecida por el artículo 24.2 de la Carta Magna, entre otras cuestiones, en aras de evitar que quede expedita la vía penal, a la que se llega mediante una actuación totalmente proscrita por los más elementales principios del Derecho punitivo.

Partiendo de la premisa expuesta en anteriores apartados, es totalmente factible invocar la presunción de inocencia en los procedimientos que sustancien la aplicación del derecho sustantivo de los comerciantes.

VI. b1) Presunción de culpabilidad.

El ordinal 889 del colacionado texto normativo, invirtiendo la carga

probatoria que debiera acomodarse única y exclusivamente en los dominios de la parte sindicadora, impone que, salvo que se probare lo contrario por el comerciante, se *presumirá* que su quiebra ha sido culpable si éste no llevó los libros de contabilidad en la *forma* y con *todos* los requisitos esenciales e indispensables que prescribe el Título III del Libro I ⁽⁹³⁾.

Así, a unos meros defectos formales se les atribuyen cualidades hercúleas, tan poderosas que convierten al comerciante, contingentemente inexperto, en protagonista de todo un procedimiento penal. Habrá de advertirse, en este orden de cosas, que el Código de Comercio, irritantemente, no exige que, al menos por impericia mercantil, se haya producido perjuicio a tercero. Basta que no se cumpla alguna formalidad ‘esencial’, formalidades, por otro lado, más cercanas a una pena thailandesa que a una contabilidad funcional, inteligible y sencilla, para que se califique, salvo prueba en contrario, al deudor como culpable ⁽⁹⁴⁾. Todo esto empero la existencia del haz que comienza a dislumbrar el Tribunal Supremo respecto a la aplicación del principio de presunción de inculpabilidad en la Jurisdicción Contable ⁽⁹⁵⁾.

A mayor abundamiento, es menester tener en cuenta que, respecto a tal contabilidad, el empresario habrá de endilgar balances e inventarios, realizar la llevanza de los libros de Inventarios, Cuentas anuales, Diario, eventual libro o libros de actas (sociedades mercantiles) y peregrinar por una ubérrima legislación. Así, entre otras, las formalidades establecidas por el Código Mercantil en los artículos 25 a 29; Orden de 30 de noviembre de 1933; Orden de 19 de julio de 1943; Ley de 24 de julio de 1973 (modificando el Código de Comercio ajustándolo a las necesidades creadas por la mecanización contable); Real Decreto 1.348/1985, de 1 de agosto; Ley de 25 de julio de 1989 (sobre reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directrices de la Comunidad Europea en materia de sociedades); Reglamento de Auditoría de Cuentas (Real Decreto 1.636/1990, de 20 de diciembre).

Todo este cúmulo de factores hacen que no sea desdeñable la argumentación de que, ante tal tecnicismo que desborda sobremanera al propio especialista, el enfrentarse a una contabilidad mercantil con la ayuda de tan

(93) Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Ob. cit.*, pág. 425: “[...] dos variantes de quiebra, la fraudulenta y la culpable, terminología traducida al léxico jurídico-penal como dolosa e imprudente”.

(94) URÍA, *Ob. cit.*, pág. 61, justifica la rigurosidad de estas formalidades e, ínsitamente, tal inversión de la carga en base a unas “[...] exigencias de *orden público*, para que en el supuesto de quiebra se pueda reconstruir la integridad del patrimonio del quebrado [...]”

(95) En ese sentido la STS. de 22 de mayo de 1990, y las de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas de 26 de abril de 1988 y de 22 de junio de 1993. Al respecto, vid. MUÑOZ ÁLVAREZ, *Ob. cit.*, pág. 3.

dispersas e inextricables disposiciones no produce más que la posibilidad de incurrir en el *error*. El extrapolar a este campo el espíritu que inspiró el artículo 6 bis a) de nuestro Código Penal nos conduciría a soluciones, cuando menos, mucho más acertadas, puesto que imponer una presunción '*iuris tantum contra fallido*' apoyada en pilares tan titubeantes no hace más que cercenar los más mínimos principios de seguridad jurídica y en definitiva poner en jaque todo el sistema.

Así MIR PUIG, expone, respecto al error de prohibición: "[...] si es vencible deja paso a la imprudencia por la falta de cuidado que el sujeto demuestra al no haber advertido la prohibición cuando en sus condiciones el hombre medio lo hubiera hecho, y si es vencible determina la impunidad por falta de dolo e imprudencia. Se sigue de lo anterior que, según nuestro planteamiento, no sólo debe contemplarse en el injusto el 'dolo natural' [...] debe examinarse el '*dolus malus*', con su doble contenido clásico de conocimiento de la situación y conocimiento de la prohibición [...]" ⁽⁹⁶⁾.

No obstante, no parece coherente sostener, respecto al caso de la presunción comentada, que deba considerarse como quebrado culpable al que llega a tal estado de manera fortuita pero acompañado de deficiencias formales en su contabilidad, con conocimiento o sin éste, cuando ni siquiera se han producido perjuicios a terceros más allá de los ínsitos a la quiebra. Es decir, si bien es cierto que la quiebra produce perjuicios a los acreedores del fallido, no lo es menos que la consecución del estado de sobreseimiento de pagos es un hecho totalmente inconexo con el de llevar una contabilidad que adolezca de algún requisito.

De manera indubitada, la existencia de tal presunción no puede más que calificarse de caduca y, tras la promulgación de la Ley de leyes, de inconstitucional. Será a la parte acusadora a la que incumba, comisoriamente, articular una adecuada *relación de causalidad* ⁽⁹⁷⁾ entre la defectuosa contabilidad y el 'fallimiento' ⁽⁹⁸⁾. En caso contrario, si ambas circunstancias son

(96) Así MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, Barcelona, 1990, pág. 670.

(97) Postula, como no podía ser menos, la aplicación de la relación de causalidad al campo mercantil COBO DEL ROSAL y OTROS, *Derecho penal*, Parte especial, Valencia, 1990, pág. 890, afirmando categóricamente: "Incluso, desde el punto de vista mercantil, no resulta en absoluto evidente que el Código de Comercio prescindiera en todo caso de la relación causal".

(98) Cfr. MIR PUIG, *Ob. cit.*, pág. 229 acotando inicialmente el concepto de relación de causalidad: "[...] no basta la realización material del mismo, sino que es preciso que dicha realización material sea imputable jurídicamente a aquel comportamiento. Éste es el sentido de la exigencia de la llamada 'imputación objetiva' [...] es necesario que la causación del resultado se deba a la conducta contemplada, es decir: que exista una relación de causalidad entre la conducta y el resultado", para continuar matizando en la pág. 245: "[...]

independientes, la quiebra habría de calificarse de fortuita y reprimir de manera más acorde con un Estado social y democrático de Derecho ⁽⁹⁹⁾ los meros e inocuos defectos formales.

VI. b2) *Presunción de fraudulencia.*

Como refleja el artículo 890 del texto mercantil ‘puesto a la picota’, la presunción alcanzará la cota de la fraudulencia si existen no defectos formales, sino ausencia de libros de contabilidad ⁽¹⁰⁰⁾. El precepto subsiguiente, alcanzando el ‘*sumum*’ de la badomía, equipara al quebrado que, aun llevando libros de contabilidad, incluso con todas las formalidades pertinentes, y sin haber dañado intereses de terceros, no se dedujere claramente el origen y naturaleza de su fallimiento con el quebrado defraudador.

Respecto al primero de éstos, de idéntica manera que lo es la presunción de culpabilidad comentada, constituye una afrenta a la Suprema Ley de nuestro ordenamiento jurídico. Se pretende inferir que la inexistencia de libros de contabilidad es la causante del estado de quiebra del comerciante, y al haber alcanzado ésta sin aquéllos, se sanciona al comerciante con la consideración, más que infamante por sus consecuencias, de defraudador. Siendo cierto que en la actualidad es poco probable la existencia de una actividad mercantil sin un control contable de meridiana rigurosidad, no es menos cierto que en determinados campos comerciales, en los que las transacciones económicas no son de notoria importancia, este extremo es totalmente factible.

Por otra parte, matizando el precepto comentado, éste se aplicará cuando hubiese una orfandad *total* de libros de contabilidad, puesto que existiendo éstos, si no cumplieren las exigencias contables comentadas en el apartado anterior, incurrirían en lo descrito por el artículo 889 referente a la quiebra culpable y no en fraudulencia.

Dando por reproducido lo argumentado para la presunción de negligencia en presencia de defectos formales en la contabilidad, cabe aquí, con aún mayor ímpetu que en el anterior apartado, exponer que la presencia de tal planteamiento en un texto normativo patrio constituye una aberración para un ordenamiento que se dice subordinado a lo dispuesto por el Legislador constitucional. Y este abundamiento en la crítica lo es por el hecho de

(...) Siempre que falte la relación de causalidad según la teoría de la equivalencia de las condiciones, faltará la imputación objetiva por ausencia de la creación del riesgo [...]”.

(99) Vid. al respecto MIR PUIG, *Ob. cit.*, págs. 81 y ss.

(100) Vid., por todos, BROCA-MAJADA, *Ob. cit.*, págs. 2.579 y ss.

que el vetusto texto de los mercaderes considera, con todos los efectos tanto civiles como penales que acarrea, que la no llevanza de libros es condición suficiente para inferir que la quiebra, eventualmente casual o negligente, pasa a convertirse en sobreseimiento realizado por un defraudador, y esto sin necesidad, reiterándonos, de haber causado perjuicios a terceros más allá de los que atañen a la quiebra, incluso a la fortuita.

Más coherente parecería, en lo concerniente a la llevanza o no de contabilidad, deducir una clasificación tricotómica.

Deduciendo, efectivamente, que el sobreseimiento tiene su razón de ser en la intención, en perjuicio de terceros, de alcanzar éste, la existencia de libros, contenido y perfección de éstos, es un dato totalmente irrelevante, siendo éste el único caso en el que el deudor merece ser sancionado como defraudador al haber menospreciado las relaciones comerciales basadas en el crédito y la confianza mercantil y perjudicado el patrimonio de sus acreedores.

A sensu contrario, esto es, si la quiebra ha sido alcanzada fortuitamente, el mero hecho de haber llevado una contabilidad escrupulosa o no, es circunstancial. Por último, si el fallimiento no fue buscado de propósito (fraudulento) pero éste se alcanzó por una negligente actividad del comerciante en su control, para calificar la quiebra como culpable habremos de remitirnos a lo explicitado respecto al error del mercader en la llevanza de su contabilidad.

Por lo que se refiere al artículo 891 del Código de Comercio, si no quisiéramos pecar de incompletos, nos tendríamos que ceñir a explicitar, someramente, que existen pocos preceptos en nuestra legislación que sean tan discordes con el artículo 24.2 de nuestra Constitución. Sin embargo, la capital importancia de dicho ordinal, hace obligado un comentario, si no completo, al menos más extenso.

El silogismo que debemos inferir, pese al empecinamiento en inadmitirlo, es bien sencillo. El constitucional derecho a ser considerados inocentes de cualquier atribución desfavorable, hasta que fehacientemente no se probare lo contrario, es totalmente invocable en la jurisdicción civil. El principio '*in dubio pro reo*', al que en este caso podríamos denominar '*in dubio pro debitori*', pertenece al anterior que ostenta la categoría de derecho fundamental. El concluir que la quiebra de la que no se deduzca otra cosa será fraudulenta no hace más que decapitar el principio de '*in dubio pro reo*', por ende el de la presunción de inocencia y constituir una clara y diáfana vulneración del mandato constitucional.

Aduciendo el viejo brocardo que dijera Gayo “*semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*”, o como esgrimiera Decio “*interpretatio mitior semper in dubio capit debit*”, cabe decir que nuestra jurisprudencia conceptúa el aforismo del ‘in dubio pro reo’ como un “[...] principio auxiliar que se ofrece al juez a la hora de valorar la prueba, de modo que, una vez practicada, si no llega a ser bastante para que pueda formar su convicción o apreciación en conciencia, en orden a la culpabilidad o no del procesado, sus razonadas dudas habrá de resolverlas siempre en favor del reo” ⁽¹⁰¹⁾.

Pese a que casi con unanimidad la doctrina y la jurisprudencia sostienen la autarquía entre el principio de presunción de inculpabilidad y el de ‘in dubio pro reo’ ⁽¹⁰²⁾, es más acorde con la teleología del primero sostener que el principio ‘in dubio pro reo’ es un componente sustancial de ésta, puesto que como terminantemente afirma Roxin —citado por BACIGALUPO ZAPATER ⁽¹⁰³⁾— : “[...] *El contenido material de la presunción de inocencia es, si se prescinde del núcleo que corresponde al principio ‘in dubio pro reo’, hasta ahora poco claro*”.

La postura del Magistrado del Tribunal Supremo, pese a que el mismo tribunal jamás la ha adoptado, fue ya acogida por la importante STC. de 28 de julio de 1981, la cual consideró al principio ‘in dubio pro reo’ como parte integrante del derecho fundamental albergado en el artículo 24.2 del texto constitucional, incluso en el voto particular del Magistrado don Ángel Escudero del Corral.

Junto con el argumento de la no ‘minimización’ de la presunción de inocencia ⁽¹⁰⁴⁾, habría que esgrimir que “[...] si el Juez condena sin observar

(101) Iter jurisprudencial formado por las STS. de 8 de noviembre de 1971, 18 de febrero de 1982, 30 de enero y 7 de noviembre de 1983, 18 de noviembre de 1985, 5 de mayo de 1986 y de 5 de febrero de 1987 junto con la STC. de 28 de enero de 1987.

(102) Por todos, GIMENO SENDRA y OTROS, *Derecho Procesal*. Proceso Penal. Tomo II, Valencia, 1990, págs. 79 y ss. Respecto a la jurisprudencia, vid. las STS. de 21 de mayo de 1979, 31 de enero de 1983, 6 de mayo de 1986, 14, 21 y 23 de enero y 6 de febrero de 1987, y de 19 de noviembre de 1990.

(103) BACIGALUPO ZAPATER, *Presunción de inocencia, ‘in dubio pro reo’ y recurso de casación*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales, mayo-agosto 1988, págs. 365 y ss. citando a Roxin, Claus en Strafverfahrensrecht, 19ª Ed., 1985, pág. 59. En el mismo sentido, el XII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Hamburgo, 1979. Actas del Congreso, págs. 554, 560 y 566), concluyó que: “[...] la presunción de inocencia es un principio fundamental de la justicia penal, que se integra, por lo menos, de los siguientes puntos: [...] d) en la duda, la decisión definitiva debe ser la más favorable al inculpado”.

(104) Postura defendida por RODRÍGUEZ RAMOS, *Presunción de inocencia no minimizada*, La Ley, Tomo IV, 1983 y por el mismo BACIGALUPO ZAPATER, *Ob. cit.*, junto a otros destacados juristas citados por este último: Roxin, *Loc. cit.*, pág. 81 y Stree, *In dubio pro reo*, 1962, pág. 19.

(105) Cfr. de BACIGALUPO ZAPATER, *Ob. cit.*, de Hanack, Löwe-Rosenberg StPO, cit. 377, núm. 14.

este principio, aplicará falsamente el Derecho de fondo”⁽¹⁰⁵⁾, por lo que si se pretende una dicotomía de estos principios, se corre el peligro de que la conculcación del ‘in dubio pro reo’ produzca una inhibición de la eficacia de la presunción de inocencia, ya que si hay duda de una, e incluso la totalidad de las pruebas, no se constituirá prueba de cargo, por lo que no habrá una actividad probatoria y por su inexistencia no se podrá inferir una culpabilidad... la ligazón entre presunción de inocencia e ‘in dubio pro reo’ es tal que pretender separarlos es causar la muerte de ambos.

Expuesta la pertenencia del principio ‘pro debitoris’ al artículo 24.2 de la Constitución y la aplicación de éste en el orden mercantil, no es de recibo otorgar la calificación de fraudulenta a una quiebra sobre la cual no se ha deducido su naturaleza. Tal práctica nos podría llevar a suplir la impericia del Comisario o de los Síndicos en su estudio contable con una automática consideración de defraudación. De ninguna de las maneras es admisible sostener que la tenebrosidad sobre el origen del fallimiento es el fundamento que tiene el Juez para dar luz a la calificación más grave posible en lo tocante a la quiebra, máxime cuando el artículo 1.142 del Código de Comercio de Sáinz de Andino, referenciado por el ya reproducido artículo 1.385 de la Ley Rituaria, no pudiendo ser de otro modo, impone que incumbirá a las partes la probanza de los extremos defendidos, incluso aquéllos postulados por las acusadoras, con la dicción

“En el caso de oposición podrán, así los Síndicos y el Promotor fiscal como el quebrado, usar de los medios legales de prueba para acreditar los hechos que respectivamente hayan alegado. El término para hacer esta prueba no excederá de cuarenta días”.

En conclusión, y sin escatimar epítetos, huelga decir que este compendio de presunciones ‘contra fallido’ no son sólo cortapisas para la creación de empresas y fortalecimiento del mercado de trabajo, sino que constituye un verdadero atentado contra el texto cuspide de la pirámide normativa patria. Argumentando la inconstitucionalidad de las presunciones de culpabilidad y fraudulencia, se pretende, en primer lugar, articular un mecanismo que evite calificaciones asentadas en terrenos pantanosos y sus colaterales efectos civiles, apuntar una nueva solución para impedir la apertura de un injustificado procedimiento penal y erradicar las interdicciones del quebrado no fraudulento. En segundo lugar, aunque de mayor importancia, acotar dos tesis de impugnación en orden a hacer efectivos unos derechos fundamentales que en muchos casos el propio legislador, y lo que es más grave el juzgador, provocan que sean intrascendentes del ámbito de la mera declaración de principios.

VI. c) Efectos de la calificación mercantil.

Llegados a este punto de la exégesis que realizamos del juicio universal de la quiebra, nos encontramos que con la calificación de no fortuita se producen unos efectos, tanto civiles como penales, de enjundioso calibre.

Partiendo de unos presupuestos tan falaces como son las execrables presunciones colacionadas, es factible constreñir al quebrado a un cúmulo de interdicciones legales de orden 'privado' y hacerle protagonista de un procedimiento penal del que, cuando más, es posible, que no probable, que sea culpable. Ante tales premisas del silogismo es algo más que desproporcionado el desplegar toda esta '*maquinaria pesada*' del sistema, más propia de invocar en la defensa de otros bienes jurídicos que, notoria y realmente agredidos, son mucho menos amparados.

Según se tratará de exponer a continuación, las '*presunciones mercantiles*' que califican al quebrado no alcanzan la categoría de los '*indicios racionales de criminalidad*' que han de ser palpables siempre en la incoación de un procedimiento penal, por lo que, a pesar de querer justificarlo aduciendo la independencia del juez civil y el penal, el abrir un procedimiento penal cuando el juez civil calificó en base a conjeturas, es totalmente injustificado.

VI. c1) Procedibilidad para la vía penal.

Tal y como preceptúa el artículo 1.300 de la Ley procesal de 1881

"Declarada por sentencia firme la culpabilidad del concursado, cuya declaración se entenderá sólo para los efectos civiles, el Juez mandará proceder contra él criminalmente en la misma pieza tercera. La sustanciación se acomodará en adelante al orden de proceder establecido para el juicio criminal" ⁽¹⁰⁶⁾.

Al unísono, tanto la doctrina científica ⁽¹⁰⁷⁾ como las Salas de nuestros

(106) En relación, entre otros preceptos, con el 896 del Código de Comercio, cuya dicción literal reproducimos

"En ningún caso, ni a instancia de parte ni de oficio, se procederá, por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, sin que antes el Juez o Tribunal haya hecho la declaración de quiebra y la de haber méritos para proceder criminalmente".

(107) Vid. la obra completa al respecto de BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, Madrid, 1978, por citar dos corrientes dispares, vid. COBO DEL ROSAL y OTROS, *Ob. cit.*, pág. 894, quien lo cataloga no como condición objetiva de penalidad ni como cuestión prejudicial, sino como, "[...] simplemente, de presupuestos necesarios para la apertura del proceso penal" frente a MUNOZ CONDE, *Ob. cit.*, pág. 335, que sí estima que constituya condición objetiva de penalidad. A los efectos que comentamos, tal diferenciación no es indiferente, ya que lo que nos interesa destacar es su ineludible necesidad para procecer en la vía penal.

más altos Tribunales ⁽¹⁰⁸⁾, declaran que la culminación del juicio universal de la quiebra, esto es, la calificación, es requisito previo e indispensable para que quede expedito el proceso penal ⁽¹⁰⁹⁾.

Sin embargo no cualquiera de éstas faculta la apertura del procedimiento punitivo. Siguiendo a COBO DEL ROSAL y OTROS, “[...] existe una vinculación negativa del Tribunal penal a lo resuelto por la jurisdicción civil: sin la declaración de quiebra fraudulenta o culpable, el delito de quiebra no puede perseguirse” ⁽¹¹⁰⁾. Conociendo el quebrado fraudulento que la llave de las Salas de lo penal de nuestros tribunales está ubicada al final del procedimiento civil, tal y como se comentó anteriormente, la dilatación del proceso de liquidación constituye una atractiva fórmula para disminuir los efectos penales ⁽¹¹¹⁾, coyuntura que sólo podría solventarse, pese a no compartirla por la supremacía de los efectos negativos, acogiendo la tesis propuesta por QUERALT JIMÉNEZ ⁽¹¹²⁾, la cual, a tenor de la legalidad vigente, sólo es considerable de *‘lege ferenda’*.

Abierta la vía penal, el procedimiento irá incardinado a dilucidar si el quebrado, culpable o fraudulento civilmente, tiene la misma consideración para el Derecho penal. En ese orden de cosas, habrá que resaltar hasta la

(108) Criterio sentado desde resoluciones que datan del 13 de julio de 1898 hasta las STS. de 4 de abril de 1977 y de 17 de mayo de 1982.

(109) Contra este parecer se decanta QUERALT JIMÉNEZ, *Ob. cit.*, pág. 425, el cual declara: “[...] En efecto, el juez civil declara la quiebra de un comerciante; posteriormente, transcurrida otra fase procesal procede a la calificación de la quiebra. Pero para iniciar un procedimiento penal por quiebra lo único que es necesario es disponer del testimonio de la declaración de quiebra”. Este proceder, además de ser contrario a una clara interpretación de los textos legales mentados hasta el momento y de lo que rezan los artículos 520 y 521 del Código penal, acarrearía infinidad de problemas y contradicciones. Verbi gratia, se iniciaría un procedimiento penal de unos hechos que quizás, ni siquiera en vía civil, podrían calificarse de culpables o fraudulentos.

(110) Cfr. COBO DEL ROSAL y OTROS, *Ob. cit.*, pág. 894. Sin embargo, como recoge el mismo autor, “[...] la declaración de quiebra fortuita no impide el procedimiento criminal por los demás hechos punibles que hubieran podido cometerse, pero sí, desde luego, por la quiebra misma”. Ello es consecuencia de lo establecido por el artículo 897 del Código de Comercio cuyo tenor literal es

“La calificación de quiebra fortuita por sentencia firme no será obstáculo para el procedimiento criminal, cuando de los juicios pendientes sobre convenio, reconocimiento de créditos o cualquiera otra incidencia resultaren indicios de hechos declarados punibles en el Código Penal, los que se someterán al conocimiento del Juez o Tribunal competente. En estos casos deberá ser oído previamente el Ministerio Público”.

(111) Criticando tan perjudicial normativa, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte especial, Madrid, 1990, pág. 489: “[...] Prácticamente son delitos perseguibles a instancia de parte, a causa de estar condicionada la persecución penal a la calificación de la quiebra en el procedimiento civil, lo que favorece la impunidad de las formas más graves donde los acreedores se retraen de acudir a los Tribunales por no haber perspectivas de recuperación, siquiera parcial, de sus pérdidas”.

(112) Vid. nota 109.

saciedad, que la declaración y la calificación de la quiebra en sede civil no prejuzga para nada la calificación de la quiebra en sede penal ⁽¹¹³⁾.

Estudiadas las pruebas, el juzgador penal habrá de dilucidar si éstas han compelido su íntima convicción en el sentido de considerar al quebrado como reo de los injustos tipificados en los artículos 520

“El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de prisión mayor”.

y 521 del vigente Código penal

“El quebrado que fuere declarado en insolvencia culpable por alguna de las causas comprendidas en el artículo 888 del Código de Comercio incurrirá en la pena de prisión menor”.

En efecto, el eventual reo del delito de quiebra lo será de alguno de estos dos tipos según “[...] la calificación jurídico-penal que haga el juez penal siguiendo los criterios del Código de Comercio [...]” ⁽¹¹⁴⁾.

Se trata, por tanto, de *normas penales en blanco* ⁽¹¹⁵⁾, lo que conlleva infinidad de problemas en cuanto a una escrupulosa aplicación del Derecho punitivo de un Estado que propugna en su Carta Magna ser de Derecho ⁽¹¹⁶⁾. Ello es así, por cuanto hay que considerar totalmente inconstitucional todo precepto que disponga de algún derecho fundamental, aquí la libertad, con remisión a textos cuya promulgación no haya sido por norma con rango de *Ley Orgánica* ⁽¹¹⁷⁾, como ha repetido hasta la saciedad nuestro Tribunal Constitucional, por todas, en STC. de 18 de enero de 1993. Tal categoría debieran

(113) Vid. la esclarecedora STS. de 13 de junio de 1959. En el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ, *Ob. cit.*, págs. 145 y ss.; COBO DEL ROSAL y OTROS, *Ob. cit.*, pág. 895 (reseñando algunas reservas al respecto realizadas por RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, págs. 489 y ss.); LANDROVE DÍAZ, *Las quiebras punibles*, Barcelona, 1970, págs. 89 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, pág. 335; QUERALT JIMÉNEZ, *Ob. cit.*, pág. 425; VILADAS JANE, *Los delitos de quiebra*, Barcelona, 1982, págs. 105 y ss.

(114) Por todos, QUERALT JIMÉNEZ, *Ob. cit.*, pág. 425. Obviamos el estudio de la figura del cómplice, tipificada en el artículo 522 del Código penal, por no tener trascendencia en los comentarios a realizar.

(115) Sobre tales normas, vid. las STS. de 19 de febrero de 1981 y de 24 de septiembre de 1988. Comentan la suerte de esta remisión, entre otros MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, pág. 335, calificándolo de ‘desafortunado’; RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, pág. 489.

(116) Respecto a la pertenencia del principio de legalidad, en sus vertientes formal y material, como fundamento del Estado social y democrático de Derecho, vid. MIR PUIG, *Ob. cit.*, págs. 81 a 97.

(117) En términos semejantes, la obra completa de BACIGALUPO ZAPATER, *Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa*, Foro Canario, nº 87, enero-abril 1993, págs. 11 y ss.

ostentarla, al menos, los preceptos a la que se remite la norma penal sustantiva ⁽¹¹⁸⁾, en defecto de tenerla el texto completo.

La inobservancia de los ‘padres de la patria’ hacia tal postulado, no es más que un modo de burlar la reserva de Ley, para más abundamiento Orgánica, a que se halla afecta la materia penal.

Por otro lado, no deja de ser, cuando menos paradójico, que un texto represivo se remita en sus consideraciones a otro cuya finalidad dista mucho de ser la del primero ⁽¹¹⁹⁾.

No obstante, como ya declarase la STS. de 5 de diciembre de 1988, el juez penal debe examinar los presupuestos de la declaración desde la perspectiva que le es propia, esto es, analizando si concurren los presupuestos de la infracción criminal ⁽¹²⁰⁾. Y como propio, donde fue auspiciado su nacimiento, cabe mentar el presupuesto fundamental de la Justicia penal que no es otro que el derecho a la presunción de inocencia.

Por encontrarse más que argumentada la aplicación de tal principio en este campo que le es propio, obviamos su referencia. Por ello, la aplicación de aquellas presunciones que cobijaba el texto de los mercaderes para calificar las quiebras como culpables y fraudulentas, no son propias de un derecho como el punitivo que, afortunadamente, tiene más que superados tan arcaicos procederes. Superación que, en la búsqueda de una consideración, cuando menos de mayor seriedad, debieran anhelar esas otras ramas del ordenamiento jurídico ⁽¹²¹⁾.

Así pues, la sentencia penal deberá declarar la culpabilidad del quebrado ‘culpable’ y del fraudulento, basándose inexorablemente en contundentes

(118) Solución apuntada por QUERALT JIMÉNEZ, *Código penal y Ley Orgánica*, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, I, 1992, págs. 49 y ss. Vid., también, el texto completo de BORJA JIMÉNEZ, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal: estado actual de un debate permanente*, Revista General de Derecho, nº 585, 1993.

(119) Así, MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, pág. 345, dando propuestas de ‘*lege ferènda*’, explícita, como fin a alcanzar: “[...] evitar que sea toda una definición jurídica mercantil la que entre en el campo represivo”.

(120) Doctrina que fue sentada por el Tribunal Supremo ya desde las STS. de 14 de abril de 1906, 26 de diciembre de 1914, 27 de mayo de 1929, 4 de julio de 1931, 29 de marzo de 1968 y de 15 de octubre de 1974.

(121) Rechazando todo valor absoluto en Derecho penal a las presunciones establecidas por el Código de Comercio, BAJO FERNÁNDEZ, *Ob. cit.*, pág. 147. En idénticos términos, MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, pág. 339.

pruebas de cargo ⁽¹²²⁾, y no en conjeturas, indicios y presunciones ⁽¹²³⁾ que si bien pueden significar algo para otros sectores, en el Derecho penal, laureándolo, están proscritos desde tiempos inmemoriales.

Se aduce un nuevo mecanismo para abstraerse de la ‘irradiación’ de los nefastos efectos derivados de la declaración y calificación de la quiebra, basado en que, junto a la discutible constitucionalidad de los preceptos penales, por no estar cincelados por la mano de las Cámaras legislativas en su más garante procedimiento de creación de normas, en lo referente a su remisión, nos encontramos que en el orden penal las presunciones que desde aquí se abogaban como inaplicables en el campo mercantil, lo son, aún más si cabe, en el punitivo.

Por si ello no bastare, en lo tocante a la quiebra culpable, es menester comentar que dada la remisión explícita del ordinal 521 del Código Penal al artículo 888 del Código mercantil, no cabrá, de ninguna de las maneras, ampararse en las presunciones de culpabilidad establecidas en el precepto número 889 del Código de Comercio ⁽¹²⁴⁾.

Por último, hemos de comentar la redacción que tienen dichos tipos en el denominado “Código penal de la Democracia”, último Proyecto de Código penal que no pasó, como tantos de sus antecesores, de ser simplemente futurible. El ahora decaído Proyecto de 1992 recoge sustanciosas reformas al respecto. Así, el artículo 267 reza

“1. El que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos será castigado con las penas de prisión de dos a seis años

(122) El único e imprescindible ‘modus operandi’ que ha de adoptar la parte acusadora para desvirtuar la presunción de inocencia que le es inherente al sujeto imputado, es la presentación en el juicio oral de pruebas de cargo legalmente obtenidas y suficientemente contundentes como para romper tal presunción iuris tantum garantizada por la Ley Constitucional de 27 de diciembre de 1978. Entre infinidad de ellas valgan las expresivas STC. de 3 de octubre y de 21 de diciembre de 1983.

Ha de entenderse por actos de prueba enervantes de la presunción comentada, aquella actividad de la acusación, dirigida a obtener la ‘íntima convicción’ del Tribunal sobre la preexistencia del hecho punible afirmado y la participación de su autor con todas sus circunstancias. Así las STS. de 5 de noviembre de 1979 y de 27 de junio de 1980. En el mismo sentido, inclinándose los tribunales a adoptar la postura de la acusación única y exclusivamente en el caso de que ésta venga robustecida por datos objetivables de incontestable contumacia, las STS. de 27 de mayo de 1988, 4 de mayo y 8 de octubre de 1990 y la de 9 de septiembre de 1992.

(123) Así, COBO DEL ROSAL y OTROS, *Ob. cit.*, pág. 891, expone: “[...] Que, en el ámbito penal, se exija, en todo caso, la *realidad* del fraude, sin plegarse a las ficciones mercantiles, no es más que una consecuencia de la naturaleza de la regulación punitiva”.

(124) Así se manifiestan, LANDROVE DÍAZ, *Ob. cit.*, págs. 212 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, pág. 340.

y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando la situación de crisis económica e insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o por persona que actúe en su nombre.

[...]

3. El presente delito y los delitos singulares relacionados con éste, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

4. En ningún caso la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la Jurisdicción penal”.

En el texto proyectado se da unicidad en el tratamiento a las insolvencias clásicas (suspensión de pagos y quiebra frente a la figura de nueva creación de opacidad crediticia y al también clásico alzamiento de bienes —artículos 265.1 y 266—), sin prestar atención, como ya venía siendo reclamado por la doctrina, a la clase que fuere ni a la condición que tuvieran sus protagonistas, comerciantes o no. Se incluye en el texto penal sustantivo el mandato, inicialmente propuesto por la jurisprudencia, de independencia entre el juez civil y su homólogo penal. Siendo un texto que incrimina explícitamente las formas imprudentes, abandonando la práctica actual de la genérica aplicación —si cupiere— del artículo 565 del texto positivo, se observa que la quiebra culpable, loablemente, desaparece del cuerpo del texto represivo.

Quizás la medida de mayor notoriedad la constituye el hecho de facultar la apertura del procedimiento penal sin necesidad de esperar a la calificación de la quiebra hecha por el juez civil. Al adoptar la postura de cierto sector doctrinal, y de alcanzar la categoría de Derecho positivo, el legislador que promulgue éste no podrá menos que amoldar las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Código de Comercio que hasta el momento disponen lo contrario. En esa tesitura, no sería cuestión baladí el plantearse el futuro del arresto del quebrado, aún menos justificado con la aparición de tal posibilidad. Tampoco sería de recibo omitir una reflexión acerca de la posibilidad de que la dualidad de procesos coetáneos sobre unos mismos hechos, por dificultad en la defensa del quebrado, quizás vulnere el inalienable derecho a la *tutela judicial efectiva* de que goza todo justiciable por mor del artículo 25 de la Constitución.

VI. c2) *Inhabilitaciones del quebrado.*

Con el mismo menosprecio que durante todo este estudio venimos observando en determinados preceptos legales hacia el texto legal vigente de mayor importancia en nuestro ordenamiento, nos encontramos que desde el momento en que se declara la apertura del procedimiento civil ‘contra’ el quebrado, esto es, desde que en la pieza primera se le declara como tal, el comerciante deudor comienza a sufrir unas interdicciones en base a unas tenebrosas presunciones respecto a la solución de la quiebra.

Estas *pretendidas* medidas cautelares, puesto que son más cercanas a las represivas ⁽¹²⁵⁾ pese a que tal carácter sea negado por el artículo 26.4 del Código penal, se prolongan durante todo el procedimiento hasta llegar a la fase esclarecedora del origen del fallimiento, la pieza tercera de calificación.

Así, sin conocer la naturaleza de la quiebra, e incluso conociendo su carácter fortuito, mantenemos al deudor que sobresee en sus pagos en una posición, como comerciante que aún es, en ocasiones mucho más gravosa que la del propio procesado de cualquier delito común que no sufra prisión provisional ⁽¹²⁶⁾.

En contraposición a lo que ocurre en legislaciones extranjeras más avanzadas al respecto ⁽¹²⁷⁾, en nuestro ordenamiento las interdicciones legales nacen de manera ‘automática’. Sufrirá pues las restricciones no sólo el quebrado fraudulento o culpable, sino el ‘*simple quebrado*’, que no es otro que el aún no calificado. Podrá serlo así aquel empresario cuyo fracaso se deba no a su intención y ni siquiera a sus aventuradas decisiones, sino al riesgo normal de la actividad comercial o a la misma crisis económica general.

(125) Así, BAVETTA, *Efecti personali del fallimento e prospettive di riforma*, en Actas del Congreso de legislación de quiebras, Monza, 1972, pág. 572, mantiene que estas limitaciones tienen naturaleza penal y representan la sanción a un hecho que perjudica a los intereses generales.

(126) Justificando la existencia de estas medidas, la STS. de 30 de junio de 1978 señala que la insolvencia, o al menos, la puesta en entredicho de la solvencia patrimonial “[...] es precisamente lo que en el Derecho histórico y en el vigente hizo entrar en juego determinadas disposiciones legales excluyentes de ciertos cargos y facultades a quienes carecen de plenitud de poder patrimonial y a las que tienen en cuenta la insolvencia, en favor de la estabilidad jurídica o de determinadas clases de personas, tales como en orden al ejercicio del comercio en nombre propio o ajeno [...], para ser Agente de Cambio y Bolsa [...], a efectos de ser tutor o protutor [...], no poder ser elector ni elegible [...], y no poder ser Juez o Magistrado”. Afortunadamente en los últimos tiempos se ha iniciado en nuestro país una tendencia dirigida a la supresión de las interdicciones de carácter público. Así por Real Decreto-Ley de 18 de marzo de 1977 (artículo 2), criterio adoptado por el ordinal 3.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, se vino a concluir la práctica del legislador que venía vedando el ejercicio del sufragio activo y pasivo al quebrado.

(127) La legislación francesa (Ley 88-89 de 25 de enero), vincula tales efectos a una contingente declaración de culpabilidad del deudor, no a la mera declaración de quebrado.

Estas interdicciones legales del '*simple quebrado*' constituyen verdaderas afrentas a la Ley de leyes, al vulnerar descarnadamente derechos fundamentales exaltados y tutelados en aquélla ⁽¹²⁸⁾.

Comentamos anteriormente la frontalidad del arresto del quebrado con el derecho a la presunción de inocencia. Junto a ello, cabe decir que, constituyendo una retribución anticipada, como de facto es, se defenestra el *principio de resocialización y prevención de la pena*.

Calificado el quebrado, si ésta no ha sido fortuita, las consecuencias no se harán esperar. Es más, junto a la inminente apertura del procedimiento penal antes aludida, se reforzarán las interdicciones que ya desde la declaración de quiebra venían operando sobre el comerciante, todo ello, sin doler-nos en prenda repetirlo, partiendo de tan titubeantes fundamentos como son las presunciones '*contra fallido*'.

Con la apertura del proceso penal en las quiebras consideradas civilmente como culposas se decapita el principio de *intervención mínima* que debe inspirar al Derecho penal, puesto que tal consideración dista, en ocasiones abismalmente, de la apreciación de indicios de criminalidad con que han de iniciarse tales procesos. Siendo el Derecho penal la '*última ratio*' de un Estado social y democrático de Derecho, no parece justificado tutelar con tan contundente herramienta unos intereses que no son otros que los particulares, puesto que, resaltando este carácter fragmentario, habría que reconsiderar si el sistema crediticio, las relaciones comerciales y el sistema económico, en definitiva, el bien jurídico-penal protegido, se ven peligrados con quiebras no fraudulentas.

Junto a las ya comentadas limitaciones que vienen a ser desplegadas desde la pieza primera del procedimiento ⁽¹²⁹⁾, el elenco de disposiciones que

(128) La doctrina más vanguardista, haciéndose eco de las posturas existentes en el Derecho comparado, comienza a criticar la limitación de los Derechos fundamentales a que se ve sometido el declarado en quiebra. Por todos, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.*, pág. 33.

(129) Una vez más el legislador español se destaca por mantener unas medidas tan desmesuradas en la represión como en la ineficacia. Así el artículo 13.2 del Código de Comercio establece

"No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa o administrativa debidamente inscritas en el Registro Mercantil

[...]

2.º Los declarados en quiebra, mientras no se haya obtenido rehabilitación o estén autorizados, en virtud de convenio aceptado en junta general de acreedores y aprobado por la autoridad judicial, para continuar al frente de su establecimiento; entendiéndose en tal caso limitada la habilitación a lo expresado en el convenio.

[...]"

Por contra, el Derecho italiano —legislación cit.— inhabilita para el comercio a aquellos que hayan sido declarados culpables de delito de bancarrota. La Ley belga de 1851 y la

merman las constitucionales garantías de todo ciudadano, incluso del quebrado no calificado, es aberrantemente extenso. Siendo imposible realizar un excurso por la totalidad de ellas, sí cabe, al menos, mentar algunas de las más significativas.

Al desaparecer el crédito, entendido como la confianza del acreedor en que el deudor pagará al vencimiento, aparecen no sólo consecuencias personales que excluyen a aquél de actividades que requieren estar en posesión del mismo, sino que el hidalgo legislador patrio le atañe efectos tocantes al honor, la buena reputación y la fama del sujeto ⁽¹³⁰⁾, en definitiva, se le aparta de responsabilidades públicas y privadas ⁽¹³¹⁾ amparados en la nebulosa que le rodea y que no tiene más color que el de la sospecha de la falta de moralidad, cuando, como ya hemos visto, los avatares económicos son los que han podido, en muchas ocasiones, desencadenar el sobreseimiento de pagos.

Indubitadamente estas palabras podrían ser tachadas, en un primer momento, de arcaicas. Sin embargo, esta idea inicial se desvanece al contemplar la vigencia de textos como el Real Decreto 1.144/1988, de 30 de septiembre, de creación de bancos privados e instalación en España de entidades de crédito extranjeras, el cual considera expresamente que la quiebra afecta al honor de la persona.

Este carácter infamante, lejos de desaparecer, se multiplica en toda nuestra legislación. Entre otras, podrían citarse la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que imposibilita la pertenencia al consejo de administración de agencias o sociedades de valores a los *declarados* en quiebra, o la Ley General de Cooperativas y la de 26 de mayo de 1989, que disponen tal

(...) holandesa de 1893 prevén la posibilidad de que el quebrado continúe ejerciendo la actividad mercantil siempre que no afecte a la masa de la quiebra, solución que se apunta, cuando menos, de mayor valor efectivo en cuanto a los intereses de los acreedores, cuyas expectativas de cobro no se ven malogradas con la declaración de quiebra.

(130) Así GUYÓN, *Droit des affaires II, Entreprises en difficultés*, París, 1987, pág. 412, afirma "[...] es inhumano el hecho de no pagar las deudas y que, por lo tanto el quebrado decae de toda su función pública electiva, es borrado de las listas electorales... etc."

(131) Tristemente, los darwinianos argumentos de fines de siglo pasado siguen siendo el fundamento de tales medidas. Así, BENITO Y ENDARA, *Lecciones de Derecho mercantil con sujeción al programa oficial publicado en la Gaceta de 5 de agosto de 1889 para las oposiciones a la judicatura*, Madrid, 1889, pág. 357, explicita que la quiebra es para la sociedad "[...] un depurador de los elementos malsanos que le perjudican [...] viene a recaer en los naturalmente menos capaces, y hay, por consiguiente, una depuración o selección continuada que favorece de un modo extraordinario el desarrollo de la industria mercantil [...] no entran en esta consideración aquellas quiebras producidas por accidentes naturales que perturban el equilibrio económico, y ante las que el hombre se declara impotente [...], también en estos cataclismos las leyes de la mecánica biológica imperan y por virtud de ellas, sucumben los más débiles y resisten los más fuertes, los que tienen complexión más robusta para la vida económica".

imposibilidad a los fallidos para ser directores de cooperativas (artículos 62.1d) y 8.a), respectivamente) equiparándolos a sujetos condenados y procesados por determinados delitos ⁽¹³²⁾, limitación que se aprecia recogida, de igual forma, en el ordinal 9 de la Ley de Contratos de Estado, vedando todo acceso a licitación pública a los declarados como fallidos ⁽¹³³⁾.

En términos semejantes el Real Decreto 1.393/1990, de 2 de noviembre, que desarrolla la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, establece, para abstraerlos del tráfico mercantil, que en los declarados en quiebra no se apreciará el requisito de 'honorabilidad'.

No faltan tampoco las normas que privan al quebrado de la posibilidad de integrar determinados cuerpos o ejercer determinadas funciones. Así, no podrán ser nombrados registradores ⁽¹³⁴⁾, ni pertenecer al Ministerio Fiscal ⁽¹³⁵⁾, así como ingresar en el notariado ⁽¹³⁶⁾. Por último, procurando no dejar ningún resquicio, en infinidad de textos legales, si bien no recogen explícitamente el término 'quebrado', sí acuden al recurso general de añadir la 'coletilla' del 'pleno ejercicio de los derechos civiles' como cauce eventual para excluir al quebrado de otros derechos y funciones ⁽¹³⁷⁾.

Ante tan generoso catálogo de limitaciones en materias cuya vulneración de derechos fundamentales es, cuando menos, planteable, provoca la perplejidad de cualquier justiciable observar cómo determinadas normas (escasas) cuya enjundia, relevancia e importancia cuantitativa (respecto al colectivo al que va dirigido) es infinitamente menor respecto a las mentadas y que, sin embargo, abordan la cuestión con una sutileza y exquisitez florentinas.

(132) Falsedad, contra la Hacienda Pública, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos, malversación de caudales públicos, descubrimiento y revelación de secretos, etc.

(133) Aún más, a los que por tan 'poderosas' presunciones son declarados como fallidos culpables o fraudulentos, si esta quiebra sobreviene a la adjudicación del contrato, se les resolverá éste y el quebrado perderá la fianza, pudiendo, ahora sí, provocarse una verdadera e irreparable quiebra. (Artículos 53 y 76 de la Ley de Contratos del Estado y 165 del Reglamento que la desarrolla).

En el artículo 108 del Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 26 de octubre de 1992 (serie A, número 109-1) se prevé la posibilidad de continuación del contrato con carácter general para todos los contratos administrativos.

(134) Artículo 280.1 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946.

(135) Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, artículo 44.3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Ministerio Público.

(136) Artículo 7.3 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, declarado vigente por el Real Decreto de 8 de junio de 1984, que modificó el primero.

(137) Por todas, la Ley Orgánica 8/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, respecto al ingreso en la Carrera Judicial y la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, para asumir la función de dirimente de controversias.

Como muestra, se trae a colación el artículo 6.1.c) del Decreto número 444/77, de 11 de marzo, relativo a los juegos ⁽¹³⁸⁾, que establece que la entrada en los locales de juego a los que se refiere el mismo (casinos de juego y círculos y establecimientos turísticos) está prohibida

“[...] a los que por decisión judicial hayan sido declarados [...] culpables de quiebra fraudulenta, en tanto no sean rehabilitados”.

Coligiendo que el vocablo ‘culpables’, lógicamente, hace referencia a lo que el Código de Comercio entiende como ‘calificación’. La dicción reproducida es, sencillamente, plausible. El ‘*automatismo*’ que inspira toda nuestra legislación en lo tocante a la aplicación de medidas cautelares sobre el quebrado, se rompe, desgraciadamente en una regulación tan nimia, para dar paso a una loable ‘*motivación de la interdicción*’. Justificación que no es otra que el haberse dictado por el Juez, pese a la existencia de las presunciones criticadas, que el fallido no lo ha sido casualmente.

Constituye quizás la ‘pica en Flandes’, por tratarse de una norma que regula una actividad mercantil de crucial importancia económica, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. En su ordinal 42.1, establece que el transporte público por carretera, así como las actividades auxiliares y complementarias del mismo, únicamente podrán ser llevados a cabo por personas que acrediten las condiciones necesarias de capacitación profesional, *honorabilidad* y capacidad económica. El acierto, que a continuación comentaremos, lo encontramos en el ordinal 44 del mismo texto legal, que reza

“[...] a los efectos previstos en la presente Ley, se entenderá que poseen el requisito de honorabilidad las personas en quienes no concurra ninguna de las circunstancias siguientes:

a) Haber sido condenadas, por sentencia firme, por delitos dolosos con pena igual o superior a prisión menor, en tanto no hayan obtenido la cancelación de la pena.

b) Haber sido condenadas, por sentencia firme, a penas de inhabilitación o suspensión, salvo que se hubieran impuesto como accesorias y la profesión de transportistas no tuviera relación directa con el delito cometido.

c) Haber sido sancionadas de forma reiterada, por resolución firme, por infracciones muy graves en materia de transportes, en los términos que reglamentariamente se determinen”.

(138) Reiterado por el artículo 29.a) de la Orden de 9 de enero de 1979 sobre casinos y círculos de recreo.

Con ello se consigue, por un lado y compatibilizándolo con el artículo 1.046 del Código de Comercio de 1829, permitir al ‘simple quebrado’ continuar ejerciendo su actividad profesional, en base al argumento, entre otros, del desconocimiento de la importancia de su sobreseimiento. Por otra parte, salvaguardadas las ganancias que implementarían la masa activa, los intereses de los acreedores se verían con mayor expectativa de alcanzarse ⁽¹³⁹⁾. Como es de recibo, la contingentemente posterior sanción sería impuesta, sin apartarse un ápice del artículo 24.2 de la Constitución, en atención a la conducta del transportista, esto es, una vez dilucidada ésta.

Continuando en la perplejidad, que alcanza cotas de estupefacción, observamos cómo economías que, de manera indubitada, se caracterizan por ser fuertemente capitalistas, presentando notoria disparidad con nuestro sistema, resuelven el conflicto de intereses planteado, esto es, ‘*intereses de acreedores versus derechos del quebrado*’, en favor de este último, aunando la sapiencia de no desamparar a los primeros.

Mereciendo la emulación, al menos en este sentido, por parte de nuestros legisladores, cabe destacar la posición del sistema estadounidense que, acogiendo la doctrina sentada por la sentencia *Pérez versus Campbell*, “[...] ha establecido una regla general dirigida a la protección del quebrado contra cualquier tratamiento discriminatorio ⁽¹⁴⁰⁾, impidiendo así que las organizaciones gubernamentales o afines puedan denegar, revocar o suspender una licencia, permiso o concesión, o rechazar, poner término o establecer cualquier tipo de discriminación en el empleo con respecto a una persona declarada en quiebra” ⁽¹⁴¹⁾. Aún más, este criterio se ha ido extendiendo hasta alcanzar a los particulares la prohibición de establecer discriminaciones en relación con un quebrado en materia de empleo ⁽¹⁴²⁾.

(139) La tesis de que las interdicciones legales, por contra de beneficiar a los acreedores, en numerosos casos perjudican sus intereses, es defendida, entre otros, por MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.* La misma autora defiende la continuación del comercio por el fallido, con las cautelas sobre el patrimonio pertinentes. Así, en la pág. 136 expone: “[...] como consecuencia de la inhabilitación para administrar y disponer de los bienes que integran la masa activa y de la ocupación de los mismos, el quebrado queda privado de la posibilidad de continuar ejerciendo el comercio con los bienes que forman el establecimiento o establecimientos existentes; pero nada le impediría iniciar una nueva actividad empresarial o continuar en la misma, por ejemplo, con bienes prestados al efecto por familiares o terceros (siempre que ello no afectara a la masa). [...] estas consideraciones llevan a concluir que el quebrado no está comprendido en el artículo 4 del Código de Comercio [...]”.

(140) Principio que denominan ‘*protection against discriminatory treatment*’.

(141) Cfr. HERZOG KING, *Bankruptcy code*, III, Nueva York, 1979, pág. 254.

(142) En ese sentido, CASTAGNOLA, *La nuova disciplina del fallimento negli Stati Uniti*, Revista Giurisprudenza commerciale —Società e fallimento—, 1987, págs. 362 y ss., recogiendo lo acordado por la *Bankruptcy Amendments Act* de 1984.

Ante el elenco de cortapisas tan efectivo que recoge la legislación española, envidiable para otras cuestiones a las que el legislador sorprendentemente presta menos atención, al ‘simple quebrado’ y al que ya tiene calificación sólo le queda acudir a una vía que roza el fraude de ley para, al menos, subsistir. La solución más propia para tal actividad quizás sea la institución de las *cuentas en participación* ⁽¹⁴³⁾. Permiten éstas eludir, en cierto modo, la prohibición de participar en la actividad empresarial que pende sobre el quebrado, pues su mecánica se fundamenta en la actividad del gestor de cuenta en nombre y cuenta propia ⁽¹⁴⁴⁾, pero con el patrimonio de los aportantes, que bien podría ser un quebrado que incluso colateral o internamente participe activamente en la vida de dicha cuenta.

VI. c3) *La rehabilitación.*

A tenor del artículo 1.168 del Código mercantil de 1829, la rehabilitación del quebrado corresponderá al Juzgado que hubiere conocido la quiebra, no antes, como es de suponer, de haberse concluido el trámite de calificación, según disponen los ordinales 1.388 de la Ley Rituaria y 1.169 del Código de Comercio antes mentado.

En cuanto al trámite, cabe decir que a la solicitud se acompañarán las cartas de pago o recibos originales por donde conste el reintegro a los acreedores ⁽¹⁴⁵⁾. De estos documentos y de los antecedentes del procedimiento, por encargo judicial, tendrá cuenta el Comisario, una vez más ‘plenipotenciario’, quien tras su estudio informará sobre la rehabilitación del fallido ⁽¹⁴⁶⁾. Evacuado este informe, se comunicarán los autos al Ministerio Fiscal para que emita su dictamen sobre la procedencia de la rehabilitación ⁽¹⁴⁷⁾.

(143) Reguladas escuetamente en los artículos 239 a 243 del Código de Comercio. Más esclarecedor, BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Sociedad mercantil oculta: diferencia con cuentas en participación. Comentario a la sentencia de 4 de abril de 1992*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, 30, 1993.

(144) Al respecto, vid. las STS. de 10 de diciembre de 1946 y 24 de octubre de 1975.

(145) Artículo 1.173 del Código de Comercio de Sáinz de Andino, el cual explicita: “A la solicitud de rehabilitación acompañarán las cartas de pago o recibos originales por donde conste el reintegro de los acreedores. El Juzgado encargará al Comisario que, haciendo el examen de los documentos presentados por el quebrado, y de todos los antecedentes del procedimiento de quiebra, informe si procede la rehabilitación con arreglo a las disposiciones de los artículos 1.171 y 1.172, en sus casos respectivos. No habiendo reparo justo, decretará la rehabilitación o, en caso contrario, la denegará si el quebrado, por su clase, fuese inhábil para obtenerla, o la suspenderá, si sólo faltare algún requisito subsanable”.

(146) Párrafo segundo del ordinal colacionado anteriormente.

(147) Artículo 1.388 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Continuando con la tónica que inspira todo el procedimiento, desde la pieza primera, carente del más mínimo atisbo de garantías, el Juez dictará resolución *sin más trámites*, parapetado por el artículo 1.388 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que recoge lo antedicho rezando

“Las instancias de los quebrados para su rehabilitación se instruirán, concluso el juicio de calificación, en la misma pieza en que éste se haya ventilado, procediéndose en ellas según está prescrito en el título XI, libro IV del Código de Comercio.

Luego que el Comisario evacúe el informe que ordena el artículo 1.173 del mismo Código, se comunicarán los autos al Ministerio Fiscal para que emita su dictamen sobre si procede la rehabilitación, y sin más trámites dictará el Juez la resolución que estime justa con arreglo a dicho artículo. El auto que recaiga será apelable en ambos efectos”.

Según disponen los artículos 1.174 del Código de Comercio de 1829 y 922 del vigente, por la rehabilitación cesan todas las interdicciones sufridas por mor de la declaración de quiebra. Estos efectos de cesación son de distinta índole.

De carácter civil destacan, entre otros, el cese de la inhabilitación para la administración de los bienes (artículo 878 del Código mercantil); de la prohibición para ejercer el comercio (artículo 13.2 del mismo cuerpo legal) y de la prohibición de ejercer el cargo de tutor (artículo 244 del Código Civil).

Entrando de lleno en la cuestión, sorprende sobremanera, de lo reproducido anteriormente, la facultad casi omnímoda que se le otorga, de nuevo, al Comisario. Tal situación viene a ser agravada con la posibilidad de resolución del Juez sin que el deudor fallido tenga trámite informativo o de audiencia, no ya de contradicción que parecería mucho pedir.

Pese a la vigencia de tales extremos, en lo tocante a la rehabilitación, la posición de adalid en las filas del desatino la ocupan los artículos 1.170 y 1.171 del Código de Comercio de 1829 y 920 del vigente. A su tenor, los quebrados fraudulentos no podrán ser rehabilitados *nunca*. Los calificados culpables sólo podrán serlo acreditando el pago íntegro de todas las deudas liquidadas en el procedimiento de quiebra y el cumplimiento de la pena correccional impuesta.

Tales disposiciones, a la espera del posterior comentario sobre su constitucionalidad, conducen a resultados rocambolescos. Así, al quebrado calificado ‘fraudulento’ (con pilares tan sólidos como las presunciones criticadas) que adquiere, durante la tramitación del procedimiento concursal, bienes

suficientes para satisfacer a sus acreedores —donación, herencia...— se le veda toda posibilidad de recuperación de sus derechos y libertades ⁽¹⁴⁸⁾.

El carácter perpetuo de la inhabilitación casa bien poco con precipuos derechos fundamentales, así la *proporcionalidad* y la *resocialización y reinserción* que deben estar presentes e inspirar todas las medidas sancionadoras.

Esta pena de por vida, desproporcionada ⁽¹⁴⁹⁾, caduca e injusta, se fundamenta, como tantos otros pasajes de un Código que se dice *mercantil*, pese a emular ordenanzas ancestrales de naturaleza represiva, en una '*presunción de reincidencia*' en el quebrado civilmente calificado como fraudulento.

Al legislador mercantil no le basta apartar al 'simple quebrado' de la sociedad durante todo el tiempo que dura el procedimiento concursal. Llegados al final de éste, si intuye, mediante un complejo proceso cabalístico, que el fallido es defraudador, le amputará toda posibilidad de desarrollo normal, presente y futuro, en un sistema que no aplica penas tan severas ni tan siquiera con delinquentes que atentan contra bienes jurídicos de supuestamente más entidad en nuestro ordenamiento jurídico, así la vida, integridad física, libertad sexual... etc.

Afortunadamente esta medida tan absoluta, basada en la presunción de que el *infame* volverá a cometer futuras quiebras, no ha sido amparada por nuestro principal texto punitivo. Lo cual, por otra parte, no deja de ser una aporía, puesto que nos presenta una situación en la que un texto que regula las relaciones privadas y tutela bienes jurídicos estricta y económicamente personales, impone una medida que por su severidad no encuentra parangón en el Código penal. Y ello pese a que, si pretendemos dar vigencia al carácter fragmentario y de *última ratio* que debe inspirar todo cuerpo penal, hemos de presuponer que los bienes jurídicos que se recogen en tal texto, esto es, los bienes jurídico-penales, son los únicos que, al tener mayor entidad, merecen la contundencia, por las consecuencias que atañe, del cobijo y protección de un texto de dicha naturaleza. Fenece tal principio cuando,

(148) Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.*, págs. 23 y ss.

(149) Ya COBO DEL ROSAL y OTROS, *Derecho penal*, Parte General, Valencia, 1990, pág. 755 se plantea la constitucionalidad, en la medida en que suponen una privación de derechos que no aparece explícitamente en el fallo condenatorio ni en la Ley Orgánica General Penitenciaria ni tampoco está justificada por el sentido de la pena. Sobre el principio de proporcionalidad, magistralmente, MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1993, pág. 38 disertan "[...] sin el freno de la proporción con la gravedad del delito, puede llevar a extremos inadmisibles. La carencia de una política criminal, y aun social, adecuada, tendería a ser suplida por una exasperación ad infinitum del rigor penal, que podría acabar transformándose en auténtico 'terror penal'".

como en este caso, preceptos extraños al Código penal prevén consecuencias de mayor enjundia, cuantitativa e incluso cualitativamente, que ordinales recogidos en aquél.

Unida a dichos argumentos de inconstitucionalidad, ha de esgrimirse la cuestión, tampoco baladí, de vulneración ⁽¹⁵⁰⁾ del artículo 25.2 de la Carta Magna

“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados [...]”.

Ninguna, o al menos poca, readaptación social constituirá un escarmiento que, transcurrido un período de tiempo prudencial y equitativo atendiendo a la defraudación cometida, no permita al quebrado reintegrarse pleno de facultades en la sociedad. Siendo el Derecho penal el que ostenta la facultad de incriminar las conductas merecedoras de reproche jurídico punitivo, no parece adecuado a un Estado de Derecho que un texto mercantil establezca semejante interdicción al que un día fue declarado defraudador. Máxime cuando, a *sensu contrario*, del espíritu que inspira el precepto constitucional reproducido, se infiere que el carácter retributivo de las penas, como única justificación de éstas, está totalmente proscrito ⁽¹⁵¹⁾. Inadmisibles, de igual forma, es pretender dar a dicha limitación perpetua el carácter de prevención especial, puesto que toda prevención ha de tender a la readaptación del sujeto ⁽¹⁵²⁾ y si ésta es inútil o imposible, la pena, llevando esos postulados al extremo, carecería de sentido ⁽¹⁵³⁾.

Tampoco es dable el argumento que sostiene la citada STC. de 8 de enero de 1993 refiriendo que el artículo 25.2 de la Ley que supuestamente debe aplicar tal Tribunal, no hace alusión a las penas restrictivas o privativas de derechos. Tan sutil matización no es más que reflejo de una cicatera aplicación del texto constitucional. El por qué aplicar unos beneficios, pretender la reinserción de unos sujetos, condenados por atacar bienes jurídico-penales

(150) Plantean en estos términos su discutible constitucionalidad, BAEZA, *La rehabilitación*, Madrid, 1983, págs. 222 y ss.; y la ya citada obra de COBO DEL ROSAL y OTROS, *Ob. cit.*, Parte General, pág. 755.

(151) Ello, por más que el Tribunal Constitucional haya establecido que la función que dictó el legislador constituyente no es la única aneja a las penas y que lo prescrito en el artículo 25.2 de la Carta Magna, pese a su ubicación, no conforma derecho fundamental alguno, sino una mera orientación de política criminal. Por todas, en ese sentido: STC. de 23 de febrero y Auto de 10 de octubre de 1988, STC. de 18 de enero de 1993.

(152) En ese sentido LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1985, pág. 22.

(153) En términos semejantes, MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO, *Ob. cit.*, págs. 33 a 45.

que superan con mucho el económico (verbi gratia, bienes jurídico-penales colectivos, difusos) y no aplicarlo a los quebrados, no puede menos que calificarse de inextricable.

Por todo ello, esta medida, y en general la mayor parte del procedimiento del juicio universal de la quiebra, hacen que tal institución y su regulación formal en la legislación patria puedan ser calificadas como obsoletas, intimidatorias, desproporcionadas y, lo que aún es más grave, dudosamente respetuosas con el mandato de sometimiento a la Ley de leyes.

Quizás, como corolario, y a la vista de todo lo explicitado en este trabajo, el postulado más coherente con que debemos cerrar éste, es el que ya escribiera con letras de oro en la historia literaria española el insigne Quevedo:

“Al delincuente venga el rey a enmendarle y a reducirle, que atormentar no es blasón sino vituperio”.