

El trabajo fue público en la Revista de Derecho Penal - Derecho Penal Económico: Lavado de activos, blanqueo, decomiso y constitucionalidad de la extinción de dominio-II. 2022-2. Rubinzal-Culzoni. (pp. 199-217)

„Das ist so irre, daran glauben einfach alle“

El caso Wirecard AG

(un análisis de los tipos penales)

por Dr. Sebastian Alberto Donna¹

Resumen: El trabajo aborda el caso de la empresa Wirecard AG, y los tipos penales alemanes que se le imputa o se le podría imputar por su actuación en el mercado de valores.

Palabras clave: Wirecard AG + quiebra penal + manipulación mercado de capitales + administración fraudulenta + delitos financieros

Abstract: The paper deals with the case of Wirecard AG and the German criminal law offences it is or could be charged with for its actions on the securities market.

Key words: Wirecard AG + criminal bankruptcy + capital market manipulation + mismanagement + financial crimes

Introducción

Los otros días mientras veía la serie *“King of Stonks”*, la historia me resultaba conocida pero no recordaba de donde hasta que google. *“King of Stonks”*, es una serie de Netflix, que toma prestada la historia de la empresa de pagos online *“Wirecard”*, considerada en su día la mayor promesa de la llamada Alemania digital. *“Un cohete bursátil, un fraude de mil millones de dólares. Una empresa quebrada cuyos miembros del consejo de administración han desaparecido (se rumorea: con ayuda de los servicios secretos) o esperan en la cárcel el siguiente capítulo de su biografía. Y que, presumiblemente, los políticos consideraron en su día tan valiosa que, a pesar de las primeras señales de alarma, no sólo se consideraba „to big*

¹ Doctor en Derecho penal, UBA + Abogado, UBA + Magister Derecho & Economía, UBA + Maestría en Economía Aplicada, UTDT + Gastwissenschaftler Georg-August Universität Göttingen. Institut für Kriminalwissenschaften, CEDPAL (Alemania) + Profesor de grado y postgrado + Doctorando en Derecho penal Univ. Salamanca España.

to fail"², sino demasiado visionaria como para quebrar".³ La serie traslada la histeria tecnológica de *Silicon Valley* a Düsseldorf, donde escenifica hábilmente una copia exagerada de una escena que se considera la élite del mundo.⁴

El caso Wirecard „Die deutsche Liebe“

Wirecard era una empresa con sede en *Aschheim*, Baviera, para la cual trabajaban alrededor de 5.800 personas. Su negocio era el procesamiento de pagos digitales (en algún momento con un banco propio afiliado). En 2006, se incluyó a *Wirecard* en el TecDax⁵ y en septiembre de 2018 sustituyó al *Commerzbank* en el índice Dax⁶ alemán, el círculo de las 30 sociedades anónimas alemanas más importantes. En junio de 2020, *Wirecard* se declara insolvente. El caso recuerda al del gigante del sector de la energía Enron en Estados Unidos, que a principios de los años 2000 cayó en la ruina tras haber falsificado sus cuentas.

En pocos días, la compañía había perdido más de dos tercios de su valor. El CEO, *Markus Braun*, fue arrestado y puesto en libertad bajo caución, por manipulación del mercado y otros tipos penales, y el CEO de operaciones, *Jan Marsalek*, se fugó y se le dictó el pedido de captura.

Durante varios años, se presentó a la empresa en los alrededores de *München* como una gran esperanza alemana para la transición del anticuado negocio bancario a la era de las finanzas digitales: *Fintech* en lugar de "*Sparkasse*". Tomó bastante tiempo para que los rumores e informes se consolidaran y para que en principio el presunto crecimiento de *Wirecard* se debía a transacciones fantasma.

² Sobre too big to fail ver, Donna Sebastian Alberto. La pena como desincentivo al incentivo negativo que genera el seguro de depósito y el "too big to fail" en el sistema bancario (pp. 9-37). Revista de Derecho Penal, Derecho Penal Económico 2020-2 Derecho bancario, Cambiario y Financiero. Relación con el Derecho Penal – II, Rubinzal-Culzoni. 2021.

³<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/serien/kings-of-stonks-bei-netflix-so-irre-daran-glauben-einfach-alle-18151275.html>

⁴https://www.kleinezeitung.at/kultur/serien/6162605/Serienkritik_King-of-Stonks_Die-grosse-Show-der-Blender

⁵ INDEXDB: TDXP. El TecDAX es un índice bursátil alemán que se introdujo el 24 de marzo de 2003. Existe como índice de precios y como índice de rendimiento. Junto con el DAX, el MDAX y el SDAX, el TecDAX forma parte de la familia de índices Prime Standard y DAX de Deutsche Börse AG.

⁶ El DAX es el índice bursátil alemán más importante. Actualmente mide el rendimiento de las 40 empresas más grandes y líquidas del mercado bursátil alemán y representa alrededor del 80% de la capitalización bursátil de las sociedades anónimas cotizadas en Alemania

En junio de 2020, la empresa auditora *EY (Ernst & Young)* se negó a firmar el balance del grupo, a lo que siguió una auditoría especial de los competidores *KPMG*⁷. *Wirecard* tuvo que admitir que 1.900 millones de euros del balance no se pudieron encontrar y probablemente ni siquiera existían, por lo que un cuarto de los activos totales de *Wirecard* se esfumó.

Marsalek era el CEO responsable de los negocios internacionales de *Wirecard*, realizando adquisiciones, especialmente en países asiáticos, y asegurándose de que el balance de la empresa brillara, a pesar de que los negocios en Alemania no andaban bien. Ya no solo se habla de transacciones fantasma, sino también de posibles sistemas de lavado de dinero a gran escala. Pero ¿en nombre de quién? Según varios reporteros, *Marsalek* siempre se ha jactado de sus contactos en los servicios secretos, ya sea en Viena, Palmira (Siria) y Moscú.⁸

El gobierno alemán denunció el 25 de junio de 2020 un "escándalo sin precedentes en el mundo de las finanzas" tras la quiebra de la compañía de pagos online *Wirecard*, junto con un fraude de cerca de 2.100 millones de euros.⁹

Wirecard operaba como una empresa de cambio, efectuando transacciones en línea para aerolíneas, agencias de viajes y farmacias, entre otros. Para sus operaciones cobraba una comisión en calidad de prima de riesgo.¹⁰

Wirecard, que parecía ser una tecnológica de gran éxito y llegó a sustituir al *Commerzbank* en el selectivo de *Frankfurt* en septiembre de 2018, ha perdido a la fecha un 98% de su valor en Bolsa. La compañía fue acusada de irregularidades contables en Asia y de blanqueo de dinero a comienzos de 2019 por el diario británico *Financial Times*.

⁷ KPMG es la marca bajo la que operan y prestan servicios profesionales las firmas miembro de KPMG International Limited (KPMG International). Cada firma es una entidad legal independiente y juntas forman la organización global de KPMG

⁸ <https://www.dw.com/es/el-caso-del-fraude-financiero-de-wirecard-bengala-de-humo-o-bomba-incendiaria/a-54257715>

⁹ <https://www.dw.com/es/escándalo-sin-precedentes-empresa-alemana-wirecard-quiebra-tras-fraude/a-53944819>

¹⁰ <https://www.dw.com/es/wirecard-en-bancarrota-anuncia-que-presentará-suspensión-de-pagos/a-53936346>

El gestor de negocios DWS, del *Deutsche Bank*, redujo su posición fiduciaria en *Wirecard* y estudiaba acciones legales contra la compañía. *Union Investment* que también era uno de los mayores accionistas de *Wirecard*, vendió la mayoría de sus acciones y también consideraba emprender acciones legales.

La negociación de las acciones de *Wirecard*, que habían bajado un 12,7% antes de conocerse la insolvencia, fue interrumpida durante algunos momentos en la Bolsa de *Frankfurt*. Al reiniciarse la negociación llegaron a desplomarse un 80% y costaban 2,5 euros, cuando el 12 de febrero marcaba su máximo anual en 143,85 euros y todavía el 17 de junio, justo antes del último aplazamiento de la presentación de sus cuentas anuales, se mantenía en 104,04 euros.



En el gráfico¹¹ se puede observar de forma más clara como cae la empresa en la cotización en bolsa a partir de que AY se niega a firmar el balance y acto seguido a los pocos días presenta el pedido de quiebra. A partir de ahí se aprecia una vela roja con una caída inminente, desde ese momento las velas no pudieron superar la media móvil, los indicadores del RSI y momentum cayeron y no amenazaron en moverse.

Ahora bien, la Fiscalía de München acusa a la compañía de haber inflado el volumen de negocios y el balance con ingresos simulados y de manipulación de mercado. *Wirecard*, que reconoció que es muy probable que no existan los 1.900 millones de euros que faltan en dos

¹¹ Análisis propio utilizando datos de Investing.com

cuentas fiduciarias en Filipinas, también estudia si es necesario presentar la solicitud de insolvencia para sus filiales.¹²

Además del área de la falsificación de balances y el fraude en el mercado de capitales por parte de la empresa, el caso *Wirecard* también reveló curiosos procesos y mentalidades en la autoridad alemana de supervisión del mercado financiero. El caso fue notable no solo por el fraude a gran escala en el mercado de capitales a expensas de numerosos inversores privados, sino también por el papel de la Autoridad Federal de Supervisión Financiera (BaFin), que intentó cubrir a los responsables de *Wirecard AG* hasta el final y se centró en la persecución de periodistas financieros críticos, en particular el *British Financial Times*, en lugar de ejercer supervisión. Habían descubierto incoherencias en los estados financieros anuales de *Wirecard AG* en una etapa temprana y expresaron su sospecha de que la empresa no tenía el volumen de negocios y los activos fijos reclamados. El BaFin¹³, por otro lado, acusó a los periodistas afectados de desinformación a expensas de *Wirecard AG* e intentó iniciar un proceso penal contra ellos en Gran Bretaña e impedir que circule más informes.¹⁴

Martin Hellwig del *Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern Gerhard Schick, Bürgerbewegung Finanzwende*, opina que, la autoridad alemana de supervisión financiera no fue sometida a ninguna reforma integral tras la crisis financiera de 2008, aunque sus errores en el periodo previo a la crisis financiera fueron evidentes y los rescates bancarios costaron al contribuyente más de 80.000 millones de euros. Los escándalos posteriores tampoco han provocado ninguna reforma significativa. La reacción al escándalo de *Wirecard* también fue inadecuada. *Hellwig*, esboza los desarrollos indeseables y los fracasos de la supervisión de estas dos décadas y los atribuye a las condiciones del marco político y legal, así como a la imagen propia y a los métodos de trabajo de la supervisión del BaFin. Las condiciones marco, los métodos de trabajo y la imagen que se tienen de sí mismo deben

¹²<https://www.dw.com/es/wirecard-en-bancarrota-anuncia-que-presentará-suspensión-de-pagos/a-53936346>

¹³ Para entender mejor la función del BaFin ver Donna Sebastian Alberto. El §54^a de la Ley de créditos. Ley bancaria- KWG alemana (Gesetz über das Kreditwesen. Kreditwesengesetz) y la prevención general negativa (pp.9-55). Revista de Derecho penal económico. 2020-1 Derecho Bancario, Cambiario y financiero. Relación con el Derecho penal-I. Rubinzal-Culzoni. 2020.

¹⁴ <https://unternehmensrecht-aktuell.de/olg-muenchen-arrestanordnung-bei-betrug-am-kapitalmarkt-wirecard/>

reformarse. Para ello, se necesita del BaFin una mayor independencia y transparencia, para mejorar las posibilidades de aplicación y para una mayor profesionalidad.¹⁵

Explican *Helleig Matin* y *Schick Gerhard* que, según los principios básicos para una supervisión bancaria eficaz del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, la autoridad debería haber examinado todo el grupo y el papel de las filiales bancarias en el grupo. No lo hizo, a pesar de que la prensa llevaba años informando de las discrepancias en los balances. En lugar de investigar las acusaciones de fraude minuciosamente, el regulador de valores procedió contra los críticos de *Wirecard* con una prohibición de venta en corto y cargos penales. Cuando *Wirecard* quebró, el gobierno alemán reaccionó inicialmente como de costumbre, con sorpresa, fuerte retórica, pequeños cambios legales, pero sin voluntad de asumir responsabilidades y sin reformas en la autoridad del BaFin. Al final, se argumentó que no se podía hacer nada contra los defraudadores. El Ministro de Finanzas, *Olaf Scholz*, encargó un estudio sobre la necesidad de reformar el BaFin, pero inicialmente mantuvo a *Felix Hufeld* al frente de la autoridad.¹⁶

Cerrando el artículo la *Deutsche Welle* informa que, *Braun*, y otros dos exdirectivos, son sospechosos de una serie de delitos penados con la cárcel, incluyendo los de fraude en asociación ilícita y de manipulación del mercado de capitales, precisó (14.02.2022) la fiscalía penal de München en un comunicado.¹⁷

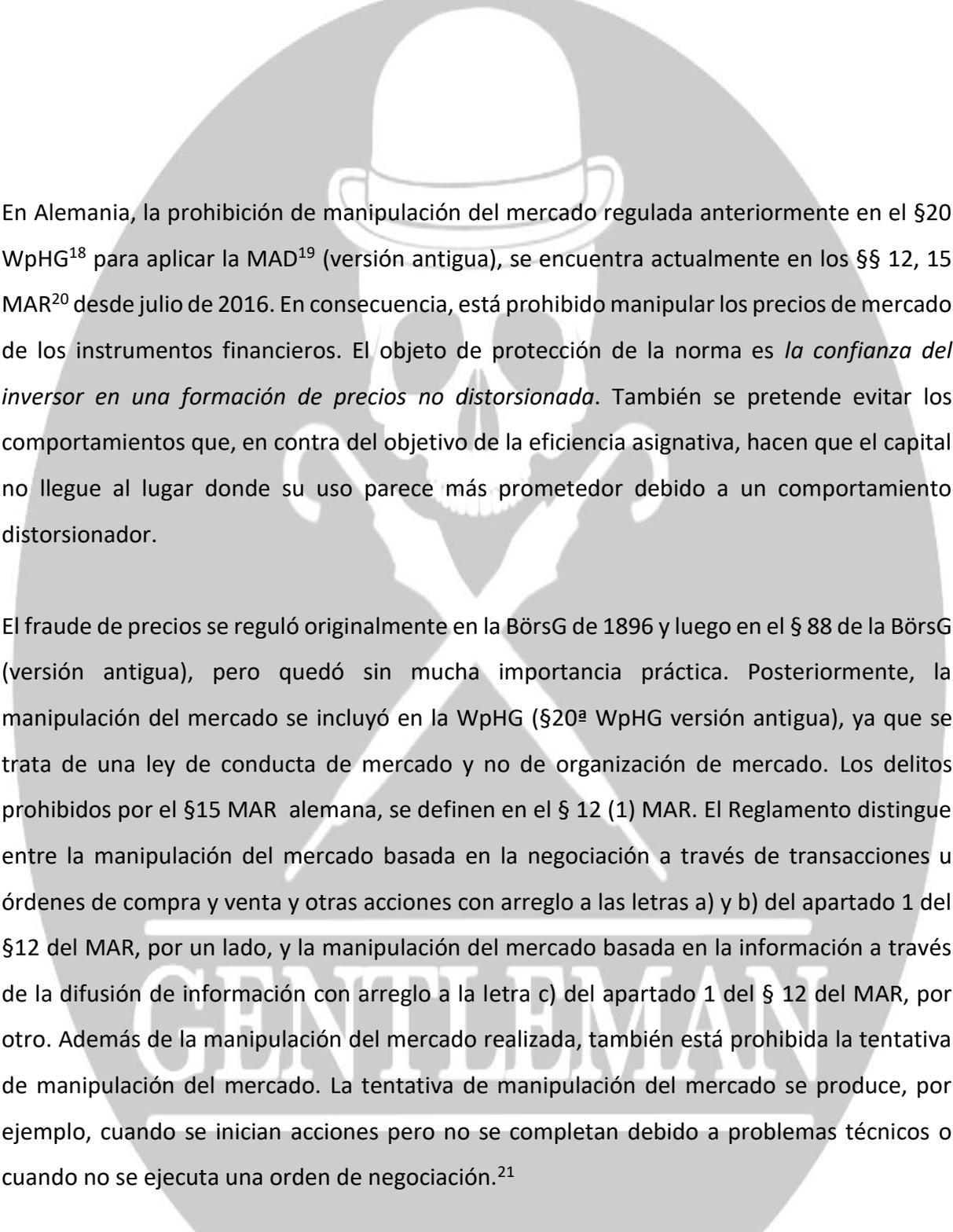
Manipulación del mercado de capitales

En la cusa que corre contra los cargos jeraquico de la empresa *Wirecard* fueron imputados por publicar información engañosa. La manipulación del mercado de valores es una serie de prácticas para influir en la fijación de precios en los mercados a través de medidas engañosas con el fin de lograr beneficios. Estas violaciones se producen de acuerdo con el § 120, párr. 2 n 3 y párr. 15 n. 2 y § 119, párrafo 1, de la WpHG. Se pueden imponer multas de hasta 15 millones de euros o el 15 % del volumen del negocio anual o hasta cinco años de prisión.

¹⁵ Helleig Matin und Schick Gerhard. Forum New Economy Working Papers. N°2 -2022 Versagen und Reformbedarf der deutschen Finanz-aufsicht. ISSN 2702-3214 (electronic Version) Berlin.

¹⁶ Helleig +Schick. ob. cit. P.14

¹⁷ <https://www.dw.com/es/expresidente-de-wirecard-imputado-en-alemania-por-quiebra-fraudulenta/a-61119250>



En Alemania, la prohibición de manipulación del mercado regulada anteriormente en el §20 WpHG¹⁸ para aplicar la MAD¹⁹ (versión antigua), se encuentra actualmente en los §§ 12, 15 MAR²⁰ desde julio de 2016. En consecuencia, está prohibido manipular los precios de mercado de los instrumentos financieros. El objeto de protección de la norma es *la confianza del inversor en una formación de precios no distorsionada*. También se pretende evitar los comportamientos que, en contra del objetivo de la eficiencia asignativa, hacen que el capital no llegue al lugar donde su uso parece más prometedor debido a un comportamiento distorsionador.

El fraude de precios se reguló originalmente en la BörsG de 1896 y luego en el § 88 de la BörsG (versión antigua), pero quedó sin mucha importancia práctica. Posteriormente, la manipulación del mercado se incluyó en la WpHG (§20^a WpHG versión antigua), ya que se trata de una ley de conducta de mercado y no de organización de mercado. Los delitos prohibidos por el §15 MAR alemana, se definen en el § 12 (1) MAR. El Reglamento distingue entre la manipulación del mercado basada en la negociación a través de transacciones u órdenes de compra y venta y otras acciones con arreglo a las letras a) y b) del apartado 1 del §12 del MAR, por un lado, y la manipulación del mercado basada en la información a través de la difusión de información con arreglo a la letra c) del apartado 1 del § 12 del MAR, por otro. Además de la manipulación del mercado realizada, también está prohibida la tentativa de manipulación del mercado. La tentativa de manipulación del mercado se produce, por ejemplo, cuando se inician acciones pero no se completan debido a problemas técnicos o cuando no se ejecuta una orden de negociación.²¹

¹⁸ Gesetz über den Wertpapierhandel - Wertpapierhandelsgesetz

¹⁹ Market Abuse Directive -Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen parlament und des Rates v. 28.1.2003 über Insider- Geschäfte und Marktmanipulation.

²⁰ Marktmissbrauchsrecht

²¹ ver Poelzig Dörte. Kapitalmarktrecht. C.H. Beck. 2018.

Poelzig Dörte, Kapitalmarktrecht. C.H. Beck. 2018. p.216-7 Rn 434. En Alemania, mientras que para el antiguo art. 20 WpHG se asumió predominantemente que el autor debe tener dolo -al menos *dolus eventualis*- respecto a los elementos objetivos del tipo, la MAR no se pronuncia sobre los elementos subjetivos del delito de manipulación en el sentido del § 12 párr. 1 C y respecto a los valores de referencia en el sentido del § 12 párr. 1 letra D alt. C de MAR y con referencia a los valores de referencia en el sentido del § 12 párrafo 1 D - 1 de MAR presuponen que la persona en cuestión conocía o debería haber conocido la inexactitud o el carácter engañoso de la información. Al igual que en el caso de la prohibición del uso de información privilegiada, la culpabilidad sólo es relevante en la cuestión de las sanciones penales, administrativas o civiles. La prohibición de la

Tiedemann, entiende que el bien jurídico en estos casos es, el funcionamiento de los mercados de valores supervisados estatalmente y -conectado con el- la confianza de los participantes en el mercado en la fiabilidad y en la veracidad de la formación de las cotizaciones. Estos mercados tienen una función socioeconómica central que les confiere un valor social elemental.²²

Para *Poelzig Dörte*, las tareas esenciales de la Ley del mercado de capitales son que, el público inversor debe tener acceso a tanta información como sea posible, información “perfecta” o relevante para el valor de un instrumento financiero, de modo que los inversores no corran el riesgo de adquirir un instrumento financiero inadecuado o sobrevalorado y luego retirar su capital del mercado de manera decepcionante. Esto haría que se fuera mucho capital del mercado. Se tiene que tener en cuenta un gran número de obligaciones de información en virtud de la legislación del mercado de capitales, que obliga a los emisores en particular (acceso a estados contables, libros, etc.), pero también a otros agentes del mercado de capitales a poner a disposición del mercado la información pertinente en determinadas situaciones.²³

La manipulación del mercado basada en **la información** se basa en la difusión de información a través de los medios de comunicación o por otros medios que envíe o pueda enviar señales falsas o engañosas sobre el precio de un instrumento financiero o que provoque o pueda provocar un nivel de precios anormal o artificial de un instrumento financiero.²⁴

Es necesario que la declaración sea adecuada para provocar la correspondiente reacción de los precios en el mercado. Por lo tanto, la información debe dirigirse al mercado de capitales en su conjunto a través de los medios de comunicación o de alguna otra forma. Sólo en casos

manipulación del mercado no tiene un elemento conceptual de dolo. Por ejemplo, el considerando 23CRIM-MAD establece explícitamente que no se requiere ninguna dolo especial para las sanciones en virtud de MAR.

²² Tiedemann ob. cit. p.380, Rn 347

²³ Poelzig Dörte, Kapitalmarktrecht. C.H. Beck. 2018, p. 1, Rn 2.

²⁴ Poelzig Dörte, ob. cit. p.215 Rn 427

excepcionales una comunicación a personas individuales cumple este requisito, por ejemplo, en el caso de un comportamiento permanente y uniforme de un banco hacia sus clientes.²⁵

En Alemania, la Autoridad Federal de Supervisión Financiera (BaFin) es la principal responsable de investigar y prevenir la manipulación del mercado. Además, la autoridad supervisora respectiva de la bolsa de valores y las fiscalías tienen competencias.

De acuerdo con la disposición del § 332 HGB, cualquier persona que, como auditor o asistente de un auditor (sería el caso de **EY**), informe sobre el resultado de la auditoría de los estados financieros anuales, estados financieros individuales de acuerdo con el § 325, párr. 2a, un informe de gestión, estados financieros consolidados, un informe de gestión de grupo de una corporación o estados financieros provisionales de acuerdo con el § 340a, párr. 3 HGB o un estado financiero consolidado provisional de acuerdo con § 340 i párr. 4 notificado incorrectamente, ocultó circunstancias significativas en el informe de auditoría (§321) o emitió una nota de confirmación incorrecta (§ 322).

El § 332 HGB se puede utilizar para preparar delitos penales como fraude (§ 263 StGB), fraude de subvenciones (§ 264 StGB), fraude crediticio (§ 265 StGB), fraude de inversiones (§ 265 b StGB), administración fraudulenta (§ 266 StGB) o delitos de insolvencia (§§ 283 y siguientes. StGB). A los fines prácticos recomiendo ir al artículo sobre el caso **Wirecard AG** en el que se analizan estos tipos penales **“Revista”**

Análisis de los tipos penales alemanes

§ 264a StGB Estafa en el mercado de capitales

Dependiendo del acto concreto que se tenga en cuenta, son concebibles diferentes delitos penales. Los §§ 263, 264a StGB sanciona la estafa o fraude en el mercado de capitales. La estafa requiere la apariencia o promoción de hechos falsos o fingidos. Si la víctima realiza posteriormente una disposición de la propiedad a través de la cual sufre pérdidas financieras cuando en apariencia está ganando, hay fraude.

²⁵ Ibidem

Los elementos objetivos del tipo exigen un acto de engaño (declaraciones ventajosas, ocultación de hechos desventajosos) con respecto a determinados activos de inversión (valor, derecho de suscripción, etc.) con ocasión de operaciones de inversión (distribución, aumento de capital) en medios publicitarios (folleto, representaciones, etc.), que afectan al interés informativo de los potenciales inversores (grupo más amplio de personas) (párrafo 1). También se contemplan los actos relativos a las participaciones en fideicomisos inmobiliarios (apartado 2).²⁶

En el caso específico del fraude en el mercado de capitales de acuerdo con el § 264a StGB, se trata de fingir información falsa relevante para el mercado que atrae a la víctima a comprar valores negociables como acciones de una empresa. En el caso de *Wirecard AG*, este error estaba relacionado con los activos de la empresa. La Junta Ejecutiva se había asegurado sistemática e intencionalmente de que los activos fijos se mostraran demasiado altos en 1.900 millones de euros. Entre otras cosas, se utilizaron documentos falsificados de bancos filipinos, afirmando que el negocio operativo se expandiría con éxito en Filipinas. Debido a este error, las acciones de *Wirecard AG* todavía se presentaban como una inversión lucrativa, incluso cuando la empresa ya tenía de facto considerables dificultades de solvencia. El tipo penal de fraude en el mercado de valores constituye un tipo penal que busca proteger el patrimonio de las víctimas, generando confianza en el sistema financiero, pero lo que la comisión del delito también permite según el § 823, párr. 2 BGB reclamar por daños y perjuicios.

Las **presentaciones incorrectas de los activos en el balance de los estados financieros anuales es un delito** según el § 331 HGB. La responsabilidad penal está vinculada a la responsabilidad personal en la empresa y puede reunirse con miembros del Consejo de Administración y del Consejo de Supervisión. Además, también se aplica el § 400 AktG, que amenaza a los organismos de la empresa correspondientes con un castigo en caso de una presentación incorrecta de hechos relacionados con las empresas afiliadas, es decir, también con las empresas extranjeras. Por lo tanto, las leyes tienen como objetivo la exactitud de los estados financieros anuales con todos sus componentes, en particular el balance y el informe de gestión. Los estados financieros anuales, a su vez, están destinados a su publicación en el

²⁶ Kindhäuser - Hilgendorf. Strafgesetzbuch. 8. Auflage. Nomos. Baden-Baden. 2020. p. 1159. n 2

registro mercantil y, si es necesario, a su publicación en el mercado de capitales. Por lo tanto, su propósito es hacer que las condiciones económicas y técnicas de cumplimiento de la empresa sean transparentes, entre otras cosas, proteger a los inversores. Los delitos relacionados con la falsificación del balance también deben considerarse fácilmente como una ley protectora contra los accionistas.²⁷

La importancia del balance ya lo he desarrollado en otros artículos en consecuencia no me extenderé en este tema, como es sabido, a la hora de realizar un análisis financiero de las empresas, todos los sistemas de costos y su aplicación a la contabilidad tienen fundamentalmente por objeto suministrar toda aquella información que pueda contribuir a la eficiencia y razonada dirección de la empresa y su valor depende, por tanto, de la utilidad que pueda prestar.²⁸

A través del análisis de las cuentas anuales de una empresa se consigue una visión clara de su situación patrimonial, financiera y económica. De esta forma podemos diagnosticar sus fortalezas y debilidades en aspectos económicos y financieros tales como el endeudamiento y capitalización, solvencia a corto plazo, fondo de maniobra, gestión de los plazos de cobro y pago, gestión de los activos, capacidad de generar beneficios (flujos de caja, EBITDA...), creación de valores y rentabilidad, autofinanciación, etc.²⁹

§283 StGB Quiebra Penal

Además el delito de la falsificación del balance, también existe la posibilidad de incurrir en el tipo penal de quiebra en caso de falsificación del balance (§§ 283 y ss StGB). Hasta el 25/06/2020 *Wirecard* se había declarado en quiebra.

En el Derecho penal alemán encontramos en el §283 la base de la quiebra penal, a partir de este tipo penal se desarrollan las agravantes de los §§ 283.a, 283.b, 283.c y 283.d.

²⁷<https://unternehmensrecht-aktuell.de/olg-muenchen-arrestanordnung-bei-betrug-am-kapitalmarkt-wirecard/>

²⁸Donna Bonelli José Alberto. Empresas Constructoras, su organización -contabilidad. Mendoza. D'ACCURZIO, 1961. p. 5

²⁹Ibidem

Tiedemann entiende que, los delitos contables son delitos de peligro abstracto (§283 StGB). Naturaleza que, según la doctrina dominante, también comparten con el resto de las denominadas conductas de bancarrota del §283 ap. 1, que según *Bockelman*, podrían considerarse un compendio de ciencia económica, en la medida que señalan, si bien en su formulación negativa, los deberes de conducta empresarial.³⁰

De esta manera, para *Tiedemann*, el interés legal protegido, en los delitos de insolvencia es proteger los bienes de los acreedores y la finalidad secundaria de los procedimientos de insolvencia es proteger los intereses económicos de la económica en su conjunto.³¹

Según *Hellmann*, el objeto de la acción de protección del § 283 (apartado 1, nº 1) del StGB es el patrimonio que, en caso de apertura de un procedimiento de bancarrota, pertenece a la masa de acreedores.³² Para el profesor alemán, los componentes del patrimonio del deudor en el sentido del § 283 ((1) nº 1) del StGB que pertenecen a la masa de la insolvencia son, por ejemplo, el equipamiento del negocio, las patentes, su "*know-how*" y la lista de clientes. La parte de los bienes que no fue adquirida legalmente, por ejemplo, un objeto obtenido por fraude entra dentro de la masa de la insolvencia.³³

Hellmann entiende que, en el tipo penal (§283, inc. 6 StGB), el acto sólo es punible si el deudor ha dejado de pagar o se ha abierto un procedimiento de insolvencia sobre su patrimonio o si se ha rechazado la petición de apertura de un procedimiento de insolvencia por falta de patrimonio (el llamado colapso). Esta condición es una condición objetiva de punibilidad que está fuera del dolo y la culpa, no tiene que incluir la intención o la negligencia. Tampoco es necesario que el acto de quiebra se haya convertido en la causa del *colapso*, sino que basta con una *cierta conexión real y temporal*. Sin embargo, si es cierto que incluso si esta conexión no existe, entonces el delito de quiebra queda excluido.³⁴

³⁰ Tiedemann Klaus. Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial. Tirant Lo Blanch. Valencia 2010. p 406, Rn 405

³¹ Jäger Christian. Wirtschaftsstrafrecht, 2007 p. 15

³² Hellmann Uwe. Wirtschaftsstrafrecht. 5. Auflage. Kohlhammer. Stuttgart. 2018. p. 86. Rn 254

³³ Hellmann ob. cit. p. 86. Rn 256.

³⁴ Hellmann. ob. cit. p. 89. Rn, 265.

Para *Kindhäuser* y *Hilgendorf*, los delitos de bancarrota protegen los intereses pecuniarios de todos los acreedores de un deudor, incluidos a los trabajadores con sus créditos pecuniarios derivados de la relación laboral. El reflejo de protección (y no el propósito real de la protección), por otro lado, es salvaguardar el funcionamiento de la industria bancaria en el sentido más amplio.³⁵

Jakobs entiende que, el tipo penal de quiebra (§ 283 StGB) se encuentra dentro de los delitos especiales, se trata según el profesor alemán de tipos penales en los que el legislador describe fundamentalmente un ámbito de organización del autor sin que exista un deber especial institucional. En estos delitos especiales existe simplemente una reducción de autores posibles, mientras que en los de infracción de deber la restricción del círculo de autores proviene de la existencia de una institución. En los delitos especiales la posibilidad de ser autor ha sido limitada por el legislador por la única razón que un determinado bien jurídico solo puede ser lesionado por un determinado grupo de personas.³⁶

Se trata de un delito especial propio, en el que solamente el deudor puede ser autor. Para *Brettel* y *Schneider* sólo el deudor puede ser autor en virtud del §283 StGB. La determinación de quién es el deudor se hará por medio del derecho civil. El cual define que los deudores son personas que son responsables del cumplimiento de una obligación y deben tolerar las medidas de ejecución.³⁷

En la misma línea esta *Hellmann*, cuando dice que, la quiebra es un delito especial que, en principio, sólo el deudor puede ser autor, como se desprende del §283 (6) del StGB. El "autor" debe entonces haber detenido "sus" pagos o el procedimiento de insolvencia debe afectar "sus" bienes. La deuda en este caso es la que establece el GmbH, la persona jurídica según el derecho penal alemán no es considerada como autor. Sin embargo, el §14 del StGB permite la "transferencia" del estado del deudor, que representa una característica personal especial en el sentido de esta disposición, a las personas físicas allí nombradas.³⁸

³⁵ Kindhäuser + Hilgendorf. Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar. 8. Auflage. Nomos. 2020. p. 1246, Rn3

³⁶ Bacigalupo Silvina. Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable del Derecho penal de los negocios. Marcial Pons. Madrid. 2007 p.86

³⁷ Brettel + Schneider, ob. cit. p. 224, Rn 434

³⁸ Hellmann ob. cit. p. 82. Rn 245

El grupo de autores del delito especial se limita a los comerciantes que están obligados a llevar libros y balances y que son deudores según la definición de las normas; esto también se aplica al párrafo 1 n° 2 (cf. sobre la correspondiente disputa en el §283 párrafo 1 n° 6) La ampliación de la responsabilidad según el §14 debe tenerse en cuenta, de modo que los asesores fiscales que están encargados de llevar los libros bajo su propia responsabilidad (§14 párrafo 2 n° 2) también pueden considerarse autores. Los delitos corresponden (literalmente o en esencia) a los del párrafo 1 n° 5 y 7 del artículo 283. Los delitos contemplados en los párrafos 1 n° 1 y 3 pueden cometerse de forma intencionada o por negligencia (párr 2); el párr 1 n° 2 sólo es punible en caso de acción intencionada.³⁹

Un acto de codicia, para *Kindhäuser* y *Hilgendorf* tal como se define en el tipo penal, debe ser asumido si el autor está motivado por un deseo de lucro desmedido, excesivo y moralmente ofensivo que va más allá de la intención del enriquecimiento. En este contexto, una erosión selectiva de la empresa y una mayor crueldad hacia los acreedores a través de la asunción consciente de riesgos de incumplimiento en cantidades considerables.⁴⁰

De esta manera, para el §283 StGB tiene que haber ocurrido una supuesta situación de crisis, la que se caracteriza por un sobreendeudamiento o por una insolvencia real o inminente. Las tres características están legalmente definidas en la InsO (Insolvenzbenachrichtigungen).⁴¹ Según el § 19 (2) de la InsO, existe sobreendeudamiento cuando el activo del deudor ya no cubre los pasivos existentes, a menos que la continuación de la empresa sea predominantemente probable en esas circunstancias.⁴²

Por consiguiente, el factor decisivo es si los pasivos superan los activos del deudor, teniendo en cuenta el valor de ruptura (valor de liquidación - sobreendeudamiento). Si este es el caso, el pronóstico para la continuación también debe ser negativo. Por lo tanto, los elementos del

³⁹ Kindhäuser + Hilgendorf. ob. cit. p. 1265. Rn. 2.

⁴⁰ Kindhäuser + Hilgendorf. ob. cit. p. 1264. Rn. 2.

⁴¹ Insolvenzordnung. Die Insolvenzordnung trat am 1. Januar 1999 in Kraft. Sie ersetzte in den alten Bundesländern die Konkursordnung vom Februar 1877 (RGBl. S. 351) und die Vergleichsordnung vom 26. Februar 1935 (RGBl. I S. 321, ber. S. 356), in den neuen Bundesländern die Gesamtvollstreckungsordnung vom 6. Juni 1990 (GBl. I Nr. 32 S. 285), die nach dem Einigungsvertrag im Beitrittsgebiet als Bundesgesetz fortgalt.

⁴² Brettel + Schneider, Wirtschaftsstrafrecht. 2. Auflage. Nomos. Baden-Baden 2018. p. 233, Rn° 431.

pronóstico y los elementos de ejecución son igualmente importantes a la hora de evaluar el sobreendeudamiento.⁴³ En el Derecho alemán, la insolvencia se produce cuando el deudor no puede cumplir con las obligaciones de pago debidas según el § 17 (2) InsO.

En consecuencia, existe un sobreendeudamiento cuando los activos del deudor ya no cubren las obligaciones existentes, a menos que la continuación de la empresa sea predominantemente probable según las circunstancias (§19 (2) párrafo 1 InsO). En este caso, no son decisivos los valores del balance, sino los valores reales de los activos. Para el cálculo del sobreendeudamiento, debe elaborarse un estado de sobreendeudamiento por separado. En este caso, tanto en el activo como en el pasivo, incluidos los pasivos subordinados (§ 39 InsO), se deben tener en cuenta los activos que, en caso de apertura del procedimiento de insolvencia, pertenecen a la masa activa o a los créditos realizables. Según el concepto modificado de sobreendeudamiento se da en dos fases, reintroducido por la Ley de Estabilización de los Mercados Financieros de 17.10.2008, el sobreendeudamiento se determinará según el § 19 (2) párrafo 1 InsO.⁴⁴

Ahora bien, la insolvencia es inminente si se espera que el deudor no pueda cumplir con las obligaciones de pago existentes en el momento del vencimiento (véase el §18 (2) InsO). El periodo a tener en cuenta para la evolución de la situación financiera del deudor se extiende hasta el último vencimiento del pasivo existente en la fecha de previsión. Cuanto más largo sea el período de sospecha, mayor será la probabilidad de que se produzca la insolvencia.⁴⁵

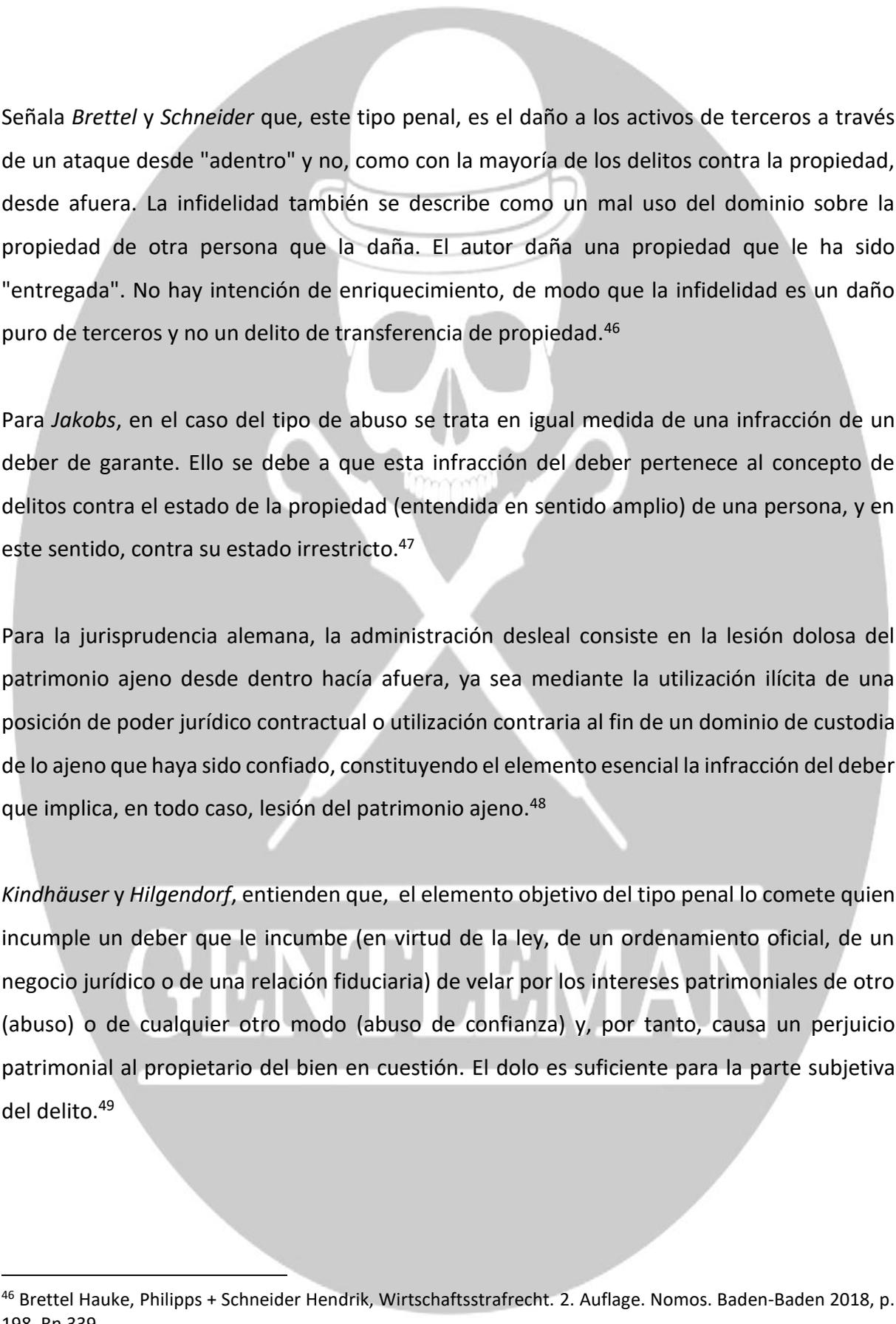
§ 266 StGB Administración Fraudulenta

El § 266 StGB tipifica la administración fraudulenta, este tipo penal contiene dos tipos, el llamado “tipo de abuso” (*Missbrauchtatbestand*) y el “tipo de ruptura de la confianza o de infidelidad” (*Treubruchtatbestand*), correspondientes a las dos teorías elaboradas por la doctrina alemana. Debe dejarse claro que tanto en uno como en otro tipo es necesario que exista una obligación de cuidado patrimonial, en el sentido de que el autor quede obligado a preocuparse por el correcto desarrollo de los intereses patrimoniales ajenos.

⁴³ Brettel + Schneider, ob. cit. p. 233 Rn 431,

⁴⁴ Kindhäuser + Hilgendorf. ob. cit. p. 1251, Rn 4

⁴⁵ Kindhäuser + Hilgendorf. ob. cit. p. 1252, Rn 8



Señala *Brettel* y *Schneider* que, este tipo penal, es el daño a los activos de terceros a través de un ataque desde "adentro" y no, como con la mayoría de los delitos contra la propiedad, desde afuera. La infidelidad también se describe como un mal uso del dominio sobre la propiedad de otra persona que la daña. El autor daña una propiedad que le ha sido "entregada". No hay intención de enriquecimiento, de modo que la infidelidad es un daño puro de terceros y no un delito de transferencia de propiedad.⁴⁶

Para *Jakobs*, en el caso del tipo de abuso se trata en igual medida de una infracción de un deber de garante. Ello se debe a que esta infracción del deber pertenece al concepto de delitos contra el estado de la propiedad (entendida en sentido amplio) de una persona, y en este sentido, contra su estado irrestricto.⁴⁷

Para la jurisprudencia alemana, la administración desleal consiste en la lesión dolosa del patrimonio ajeno desde dentro hacia afuera, ya sea mediante la utilización ilícita de una posición de poder jurídico contractual o utilización contraria al fin de un dominio de custodia de lo ajeno que haya sido confiado, constituyendo el elemento esencial la infracción del deber que implica, en todo caso, lesión del patrimonio ajeno.⁴⁸

Kindhäuser y *Hilgendorf*, entienden que, el elemento objetivo del tipo penal lo comete quien incumple un deber que le incumbe (en virtud de la ley, de un ordenamiento oficial, de un negocio jurídico o de una relación fiduciaria) de velar por los intereses patrimoniales de otro (abuso) o de cualquier otro modo (abuso de confianza) y, por tanto, causa un perjuicio patrimonial al propietario del bien en cuestión. El dolo es suficiente para la parte subjetiva del delito.⁴⁹

⁴⁶ Brettel Hauke, Philipps + Schneider Hendrik, *Wirtschaftsstrafrecht*. 2. Auflage. Nomos. Baden-Baden 2018, p. 198, Rn 339

⁴⁷ Jakobs Günther. Consideraciones sobre el lado subjetivo de la administración desleal. p. 112, en Gómez-Jara Díez Carlos (coordinador). *La administración desleal de los órganos societarios*. Atelier. 2008

⁴⁸ Brettel + Schneider. ob. cit. p. 208, §3. Rn 377

⁴⁹ Kindhäuser + Hilgendorf. ob. cit. p. 1179. Rn 1

La aplicación del delito de (infidelidad) administración desleal (§ 266 del StGB) a los fenómenos jurídicos-societarios, según *Tiedemann*, afecta ante todo, a tres ámbitos de problemas: la retirada del patrimonio de la SRL con acuerdo de los socios, la concesión de crédito por parte de los bancos sin suficiente garantía o control de la solvencia del deudor y los pagos de cantidades exageradamente elevadas a administradores y miembros del consejo de administración o la utilización de grandes sumas en *sponsoring*. De acuerdo a la jurisprudencia, también debe considerarse retirada de fondos sociales la transferencia de beneficios y otros bienes de la sociedad matriz, que causan perjuicios al grupo de la SRL. El fenómeno criminológico del vaciamiento de sociedades, aunque suscita normalmente numerosas cuestiones jurídicas, plantea ante todo problemas de prueba, porque debe desenredarse la maraña de numerosas sociedades filiales y la interposición de asesores, representantes, intermediarios, etc. De manera más amplia, puede hablarse de los problemas jurídicos que plantea la protección de la SRL, ante el saqueo por parte de los socios a través de diversos perjuicios como la retirada excesiva de bienes, incluyendo la transferencia de beneficios.⁵⁰

Para *Nestler*, por su propia naturaleza, toda transacción de inversión implica un riesgo. Sin embargo, cualquiera que administre activos en el mercado de capitales en nombre de inversores está sujeto a las mismas reglas que cualquier otra persona que administre activos de terceros - incluyendo las disposiciones del §266 StGB.⁵¹

Al igual que en el caso de la estafa (*Betrug*), el §266 StGB no es una disposición específica del derecho penal del mercado de capitales; sin embargo, en ciertas circunstancias, sí se vuelve relevante en este ámbito. Es relevante sobre todo cuando los gestores de activos que actúan de forma independiente se exceden en sus competencias.⁵²

Las incertidumbres que existen todavía en la práctica jurídica respecto al tratamiento del §266 del StGB según *Nestler* se intensifican en el ámbito del mercado de capitales en tanto que se trata de un asunto con características especiales. Esto se debe, entre otras cosas, al diseño, a

⁵⁰ Tiedemann ob. cit. p.394.

⁵¹ Nestler Nina. Bank und Kapitalmarktstrafrecht. Springer. Berlin. 2017. p. 199, Rn 486.

⁵² Nestler. ob. cit. p. 199, Rn 487

menudo complejo, de los acuerdos contractuales entre el inversor y el gestor o intermediario.⁵³

Con frecuencia, los autores de la administración desleal de fondos de inversión se encuentran en posiciones que les otorgan poderes especiales y acceso a activos externos. Por lo tanto, los asesores de inversión y los gestores de activos se encuentran, sobre todo, en el ámbito de aplicación de la norma.⁵⁴

Para *Kindhäuser* y *Hilgendorf*, dado que el delito ya presupone una posición de garante, el delito -sin que el §13 StGB deba examinarse por separado- puede llevarse a cabo igualmente por acción u omisión; la posibilidad de atenuación según el §13, apartado 2, no queda excluida por ello.⁵⁵

Conclusiones ?

Sáquelas Ud. mismo y las charlamos, sería interesante

Bibliografía

- **Bacigalupo Silvina.** Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable del Derecho penal de los negocios. Marcial Pons. Madrid. 2007
- **Brettel Hauke, Philipps + Schneider Hendrik,** Wirtschaftsstrafrecht. 2. Auflage. Nomos. Baden-Baden. 2018
- **Donna Bonelli José Alberto.** Empresas Constructoras, su organización-contabilidad. Mendoza. D'ACCURZIO, 1961.
- **Donna Sebastian Alberto.** El §54ª de la Ley de créditos. Ley bancaria- KWG alemana (Gesetz über das Kreditwesen. Kreditwesengesetz) y la prevención general negativa (pp.9-55). Revista de Derecho penal económico. 2020-1 Derecho Bancario, Cambiario y financiero. Relación con el Derecho penal-I. Rubinzal-Culzoni. 2020.
- **Donna Sebastian Alberto.** La pena como desincentivo al incentivo negativo que genera el seguro de depósito y el “*too big to fail*” en el sistema bancario (pp. 9-37). Revista de Derecho Penal, Derecho Penal Económico 2020-2 Derecho bancario, Cambiario y Financiero. Relación con el Derecho Penal – II, Rubinzal-Culzoni. 2021.

⁵³ Nestler. ob. cit. p. 199, Rn 488

⁵⁴ Nestler. ob. cit. p. 199, Rn 489

⁵⁵ Kindhäuser + Hilgendorf. ob. cit. p. 1181. Rn 13

- **Donna Sebastian Alberto.** Las teorías de la pena Análisis Jurídico – Económico. Rubinzal-Culzoni. 2021
- **Helleig Matin und Schick Gerhard.** Forum New Economy Working Papers. Nº2 -2022 Versagen und Reformbedarf der deutschen Finanz-aufsicht. ISSN 2702-3214 (electronic version) Berlin.
- **Hellmann Uwe.** Wirtschaftsstrafrecht. 5. Auflage. Kohlhammer. Stuttgart 2018
- <https://unternehmensrecht-aktuell.de/olg-muenchen-arrestanordnung-bei-betrug-am-kapitalmarkt-wirecard/>
- https://www.anwalt.de/rechtstipps/straftaten-im-zusammenhang-mit-der-wirecard-ag_169228.html
- <https://www.dw.com/es/el-caso-del-fraude-financiero-de-wirecard-bengala-de-humo-o-bomba-incendiaria/a-54257715>
- <https://www.dw.com/es/wirecard-en-bancarrotta-anuncia-que-presentará-suspensión-de-pagos/a-53936346>
- <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/wirecard-warum-die-anklage-gegen-ex-konzernchef-braun-jetzt-kam-17876870.html>
- https://www.kleinezeitung.at/kultur/serien/6162605/Serienkritik_King-of-Stonks_Die-grosse-Show-der-Blender
- **Jakobs Günther.** Consideraciones sobre el lado subjetivo de la administración desleal. en Gómez-Jara Díez Carlos (coordinador). La administración desleal de los órganos societarios. Atelier. 2008
- **Joechs Wolfgang.** StGB. Studienkommentar. 10. Auflage. C.H.Beck. München. 2012
- **Kindhäuser + Hilgendorf.** Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar. 8. Auflage. Nomos. 2020.
- **Naucke Wolfgang.** El concepto de delito económico-político. Una aproximación. Marcial Pons. 2015
- **Nestler Nina.** Bank und Kapitalmarktstrafrecht. Springer. Berlin. 2017
- **Paraschakos Christos.** Bankenaufsicht zwischen Risikoverwaltung und Marktbegleitung. Studieren zum Regulierungsrecht. 10. Mohr Siebeck. 2017
- **Poelzig Dörte.** Kapitalmarktrecht. C.H. Beck. 2018
- **Thieß Peterson.** Makroökonomie. Schritt für Schritt. 3 Auflage. Utb
- **Tiedemann Klaus.** Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial. Tirant Lo Blanch. Valencia 2010.
- **Tonner + Krüger.** Bankrecht. Nomos. 3.Auflage. Baden- Baden. 2020

GENTLEMAN