



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

**ASPECTOS DOGMÁTICOS Y
POLÍTICO-CRIMINALES DE LAS
INSOLVENCIAS PUNIBLES**

Tesis Doctoral

Autor: MIRIAM MAGDALENA CÁMARA

Director: Prof. Dr. Fermín Morales Prats

Catedrático de Derecho Penal de la UAB

**Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídico
Política**

Barcelona, septiembre de 2016

ASPECTOS DOGMÁTICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES
DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES

ÍNDICE

ABREVIATURAS EMPLEADAS	1
INTRODUCCIÓN	5
1. Antecedentes históricos de la insolvencia punible. Contexto actual, y la influencia que ha podido provocar o tener en el procedimiento concursal	11
1.1 El sistema tradicional del Código español y la vinculación al Código de Comercio. Comentarios y comparativa con otras legislaciones europeas. Antecedentes históricos de la evolución jurídica del delito de insolvencia punible.....	11
1.2 Resumen del Capítulo	26
2. Reflexiones político-criminales sobre la esfera de intervención del Derecho Penal en el ámbito de las insolvencias.....	29
2.1 Bien jurídico protegido como instrumento hermenéutico delimitador de la intervención del Derecho Penal	29
2.2 Los sujetos del delito	49
2.3 Reflexiones político-criminales sobre la delimitación típica en las insolvencias punibles	56
2.4 Resumen del Capítulo.....	74
3. Análisis de los supuestos de culpabilidad de la insolvencia en el ámbito civil. Relaciones entre las jurisdicciones civil y penal.....	79
3.1 Análisis de los supuestos de culpabilidad de la insolvencia en el ámbito civil. Relación de las jurisdicciones civil y penal	79
3.2 Resumen del Capítulo	101
4. La demarcación típica entre el delito de alzamiento de bienes y delitos de insolvencia punible	105
4.1 Delitos de alzamiento de bienes versus delitos de insolvencia punible.....	105
4.2 Resumen del Capítulo	125
5. Responsabilidades derivadas de los delitos de insolvencia punible: Responsabilidad patrimonial, responsabilidad de la persona jurídica, y	

responsabilidad del Administrador de empresa. Posición de garantía del deudor.....	129
5.1 Responsabilidad patrimonial en el procedimiento concursal. Responsabilidad civil en el procedimiento penal. Otros medios de reclamación. Definición del perjuicio patrimonial ocasionado al acreedor	129
5.2 Responsabilidad de la persona jurídica.....	142
5.3 Responsabilidad del Administrador de empresa: la evolución del contexto como factor delimitador de su responsabilidad.....	167
5.4 La posición de garantía del deudor	181
5.5 Resumen del Capítulo	183
6. Reflexiones político-criminales sobre la conveniencia de suprimir o modificar las insolvencias punibles en el Código Penal	189
6.1 Relación entre la jurisdicción civil y la jurisdicción penal. Limitación de los supuestos en los que pueda ser aplicable el delito de insolvencia punible.....	190
6.2 Otros delitos societarios a partir de la determinación de la insolvencia punible.....	225
6.3 Resumen del Capítulo	230
CONCLUSIONES	235
BIBLIOGRAFÍA	243
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	261
Jurisprudencia del Tribunal Supremo:	261
Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales:	264
ÍNDICE DE LEGISLACIÓN	267

ABREVIATURAS EMPLEADAS

AP: Audiencia Provincial

aptdo.: apartado

art., arts.: artículo, artículos

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código civil

Ccom: Código de Comercio.

CEs: Constitución Española

Coord/s: coordinador/es.

CP: Código Penal.

Dir.: Director

EJB: Enciclopedia Jurídica Básica

etc.: etcétera.

LC: Ley Concursal

LF: Legge Fallimentare

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LMV: Ley del Mercado de Valores.

LO: Ley Orgánica.

LSP: Ley de suspensión de pagos.

LSA: Ley de Sociedades Anónimas.

LSC: Ley de Sociedades de Capital.

LSRL: Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

núm.: número

op. cit.: obra citada

p./pp.: página /s

par.: párrafo

RDL: Real Decreto Legislativo.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SS.: Seguridad Social.

StGB: *Strafgesetzbuch*. Código Penal Alemán.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

s./ss.: siguiente /s

Ss.: Sentencias

Ss.AP: Sentencias Audiencias Provinciales

Ss.TS: Sentencias Tribunal Supremo.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

t.: tomo

TS: Tribunal Supremo

vol.: volumen

CPCr: Cuadernos de Política Criminal

WvSr: *Wetboek van Strafrecht.*: Código Penal Holandés.

ASPECTOS DOGMÁTICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES
DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analiza el delito de insolvencia punible de los artículos 259, 259 bis, 260, 261 y 261 bis del Código Penal; se aborda el estudio de aquellas insolvencias actuales e inminentes, en las que se aprecian circunstancias que actualmente, tendrían una connotación penal.

La reforma del Código Penal sobrevenida en el año 2015, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, obliga a abordar el nuevo escenario. Se crea un nuevo capítulo destinado a contemplar nuevas tipicidades relacionadas con la insolvencia actual, o inminente de la empresa que ahora puede estar o no declarada en concurso, junto a otras figuras delictivas que han quedado inalteradas. No obstante, el trabajo considera la anterior regulación, por cuanto permite comprender mejor los cambios recientemente introducidos.

Se aborda la exposición en un breve análisis histórico de la evolución que ha tenido la figura del delito de insolvencia. Se analiza también la naturaleza de todos los elementos y categorías penales que la componen.

Se exponen los beneficios económicos que suponen para el acreedor optar por la interposición de una querrela penal; por ejemplo, si es posible obtener una mejora en la calificación de su crédito, o si por el contrario la duración del proceso penal es excesiva en comparación con la duración del procedimiento concursal. Los acreedores deben centrar

sus expectativas de cobro en el concurso de acreedores siguiendo las normas establecidas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Desde esta perspectiva, se cuestionará si la finalidad pretendida con la imposición de la pena, permite o no obtener un resarcimiento económico, coordinado con el momento concursal en el que se encuentra la empresa cuando se dicta la sentencia penal.

En el presente trabajo se afronta una perspectiva crítica de la regulación de esta materia concursal en el Código Penal, siendo como es el Derecho Penal la “*ultima ratio*” del ordenamiento jurídico. El Derecho Concursal está jurídicamente regulado en una ley específica como es la Ley Concursal, que también prevé sanciones extrapenales para los mismos supuestos. Así, se deben replantear los criterios tradicionales de imputación jurídico-penal del delito de insolvencia en un contexto dogmático más amplio, siendo la imputación objetiva muy importante y abarcada en líneas más amplias.¹ En suma, se deben establecer unos nuevos criterios de aplicación.

Se postula una reflexión profunda de las consecuencias, en relación con la realidad práctica; es necesario replantear las previsiones contenidas en los art. 259 y ss. del CP, siempre desde una perspectiva político-criminal del Derecho Penal, y con una homogeneidad con el resto de ordenamientos europeos.

¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, 2009, p.166.

Autores como NIETO MARTÍN consideran que el modelo es desacertado, y que en el caso del anterior art. 260 del CP, se constata una falta de determinación de la conducta típica, por lo que se debería replantear la configuración de este delito en el futuro.²

Algunas propuestas doctrinales transitan por la idea de catalogar los delitos de insolvencia punible como delitos de resultado lesivo, determinando las conductas de bancarrota o de delito de peligro abstracto-concreto; o bien de peligro hipotético o idóneo que perjudican el patrimonio de los acreedores. La producción del resultado de insolvencia opera como un subtipo agravado, y sin que se planteen por ello problemas adicionales de ilegitimidad de la intervención del Derecho Penal.³

En otro orden de cosas, las insuficiencias de las tesis tradicionales han quedado más evidenciadas. Con la ayuda de la evolución de la jurisdicción civil, el Derecho concursal conduce irremisiblemente a restar importancia en el ámbito del delito concursal o delito de insolvencia punible, al ánimo de perjudicar a los acreedores. Como bien dice FEIJOO SÁNCHEZ “El ordenamiento español parte ahora de una clasificación bipartita: concurso culpable y concurso fortuito”.⁴

² NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Valencia, 2000, p. 198.

³ FEIJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, 2009, pp. 202-203.

⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, 2009, p. 166.

A lo largo del trabajo se realiza una crítica a la nueva reforma penal que se planteaba en el Proyecto de Ley Orgánica, y por la que se ha modificado la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Finalmente, se ha materializado en una reforma del Código Penal contundente, y con grandes cambios. Tras la reforma de 2015, existe un nuevo capítulo numerado como VII bis “De las insolvencias punibles”, en el que se incluyen modalidades típicas que ya contemplaba el CP, y figuras nuevas con una descripción más extensa que la prevista en el anterior texto legal. La reforma llevada a cabo, tiene un peso importante en el presente trabajo, ya que amplía el ámbito de los delitos de insolvencia punible ya sea con nuevos tipos delictivos, o con una mayor descripción de los que ya existían, lo que permite abarcar mayores circunstancias e hipótesis que ahora pasan a ser penalmente relevantes.⁵

Algo a destacar de la reforma de 2015, en materia de los delitos de insolvencia, es la inclusión de conductas que presuponen la declaración del concurso o su admisión a trámite, pero con una redacción confusa, y no como una condición necesaria sino como circunstancia accesorio. Los anteriores artículos 259 y 260 CP exigían de manera explícita la declaración de concurso. En el nuevo artículo 259 del CP se sanciona un amplio elenco de conductas que podrán ser castigadas siempre que el deudor se encuentre en una situación de “insolvencia actual o inminente”, y como dice el apartado cuarto de este artículo: “Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su

⁵ BAJO FERNÁNDEZ, “Política criminal y reforma penal. Delitos económicos”, *Revista del foro canario* nº87, enero-abril 1993, pp. 121-136.

concurso”. Por tanto, ya no es estrictamente necesario el estado de concurso del deudor.

El legislador penal, con esta reforma, ha extrapolado conceptos de la Ley Concursal pero enlazándolos de una forma compleja. Y es que, el legislador concursal, a diferencia del penal, no separa los conceptos de insolvencia inminente o actual de la declaración del concurso, sino que ambos son presupuestos para constatar el delito de insolvencia punible.

El nuevo artículo 259 CP, en su apartado primero, describe una gran cantidad de conductas delictivas desde la destrucción de bienes o su ocultación, hasta la tipificación de conductas falsarias realizadas sobre la contabilidad, y otros documentos relativos a la actividad empresarial. Se identifican dos tipos de conductas, unas que implican actuaciones contra el patrimonio del deudor, y aquellas otras, que se centran en la llevanza incorrecta de la contabilidad.

En el apartado segundo del nuevo artículo 259 del CP se describe una conducta que recuerda a la del antiguo art. 260 del CP. El anterior artículo 260 del CP era un precepto que recogía la figura central de los delitos de insolvencia punible que se encontraban siempre en un escenario concursal. Con la actual regulación, el problema radica en que no todas las modalidades típicas del art. 259 CP precisan que el deudor se encuentre declarado en concurso, sino tan sólo es necesario que haya dejado de cumplir con sus obligaciones exigibles.

El artículo 259 CP en su apartado tercero describe un nuevo tipo imprudente de insolvencia punible, que sería una de las grandes novedades más destacadas.

El nuevo art. 259 bis del CP contiene la modalidad agravada del delito de insolvencia punible; se hace referencia, entre otros, a un perjuicio patrimonial relevante que afecta a una pluralidad de personas. El proceso concursal siempre se instituye por la existencia de una pluralidad de acreedores; sería discutible la declaración de concurso de una empresa por tener tan sólo un deudor. Carece sentido que este supuesto tenga ahora relevancia para la conformación de un tipo agravado.

A lo largo del trabajo se analiza la reciente reforma del Código Penal, partiendo de los antecedentes conceptuales de la legislación anterior precedente. Se expondrán los postulados que deben regir el análisis dogmático político-criminal de los delitos concursales y de las insolvencias punibles. Posteriormente, el trabajo se centra en la exposición de una reflexión sobre la despenalización del delito de insolvencia punible por su falta de aplicación práctica; o bien, en la postulación de alternativas cifradas en cómo moderar los requisitos típicos para supuestos de mayor relevancia o exposición social, según la gravedad del daño económico causado.

El presente trabajo pretende hacer reflexionar sobre posibles cambios legislativos, que puedan ser aplicables en próximas reformas, y que se adapten mejor a la realidad en la práctica jurídica.

1. Antecedentes históricos de la insolvencia punible. Contexto actual, y la influencia que ha podido provocar o tener en el procedimiento concursal

Para comprender el alcance de la regulación penal en materia de insolvencias punibles, es preciso recordar las características, y sobre todo, los defectos del derecho precedente.

1.1 El sistema tradicional del Código español y la vinculación al Código de Comercio. Comentarios y comparativa con otras legislaciones europeas. Antecedentes históricos de la evolución jurídica del delito de insolvencia punible

Históricamente, el Derecho Penal ha venido protegiendo las relaciones mercantiles y contractuales entre las personas. La conversión del incumplimiento de deudas en delito, aparece claramente en Roma a través de la institución de la “*manus iniecto*” básica del procedimiento ejecutivo civil romano. Se trataba de una acción eminentemente personal del acreedor sobre el deudor insolvente.⁶

⁶ QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, T.III, Madrid, 1978, p. 14.

En el derecho visigodo se permitía que los acreedores pudieran disponer del deudor como esclavo en aquellos supuestos en los que la cantidad adeudada era importante, y según la gravedad, inclusive se llegaron a establecer penas privativas de libertad.⁷

⁷ QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, Barcelona, 1973, pp. 26-41, nos ilustra sobre el antiguo derecho visigodo donde puede interpretarse cuál es la diferencia entre una insolvencia dolosa o insolvencia normal, ya que en el caso de que existieran muchos deudores el juez dejaba al deudor en manos de sus acreedores para que les sirviera perpetuamente como un esclavo, al no existir bienes suficientes para sufragar la deuda. En las siete Partidas de Alfonso X, ley VII título 15 se “declaraba la posibilidad de deshacer o anular los pactos o enajenaciones que de sus bienes hiciera el deudor en perjuicio de sus acreedores.” Aparecía la voluntad de evitar las enajenaciones fraudulentas declarando su nulidad.

Respecto al derecho catalán antiguo, QUINTERO afirma que no era tan duro como el derecho castellano leonés, y en este caso persistía la prisión por deudas. En el texto de *Constitucions i altres drets de Catalunya* se encuentra un título dedicado a los “*Abatuts*” i “*latinants*”. “La pena que para estos se establecía era inhabilitación para volver a ejercer la misma profesión así como ningún cargo público en lo sucesivo. A la prisión no se llegaba por tener deudas sino por estar *abatut* por la quiebra o bancarrota”. Había un órgano judicial que era el encargado de vender los bienes para pagar con ello a los acreedores. Pedro III en la *Cort* de Cervera admitió el perdón en el caso de que el deudor pagara lo que debiera.

En 1510 el rey de Monzón decidió prohibir que “el deudor pudiera librarse del castigo por el antiguo sistema romano de la *cesio bonorum*”; prefería que fueran “tomados por ladrones públicos, y que fueran ejecutados sus bienes”.

A partir de la Edad Moderna se inició “el declive de la prisión por deudas.”

En el siglo XVIII BECCARIA ya advirtió de la injusticia de los castigos por deudas,⁸ cuando el fallido se encontraba en situación de insolvencia por factores fortuitos, imprevisibles o por conducta de terceros. El fallido inocente era aquel que después de un examen riguroso había probado ante sus jueces que la malicia de otros, o su desgracia, o contratiempos inevitables para la prudencia humana le habían despojado de sus bienes.⁹

El derecho a la satisfacción de los acreedores con el patrimonio del deudor debía evolucionar para delimitar las condiciones que describían los supuestos en los que debía ser realmente punible el endeudamiento, en correspondencia con el principio de legalidad.

En las ciudades del norte de Italia no se descartaba la comisión por imprudencia, y respecto de los modelos clásicos, como el francés, y el italiano, identificaban como posible autor del delito de quiebra tan sólo a comerciantes. La declaración civil de quiebra era fundamental para la punibilidad o procedibilidad, distinguiéndose entre la bancarrota simple y la fraudulenta.

Desde la codificación en el s. XIX, el Derecho español contempló tres delitos en este grupo de infracciones: alzamiento, quiebra y concurso de acreedores. A su vez, esos tres delitos se correspondían con figuras

⁸ ALEJANDRE GARCÍA, *La Quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*, Sevilla, 1970, pp. 3 y ss.

⁹ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Cap. 34, Madrid 1991, p. 71.

descritas en el Derecho privado (civil, mercantil, y Ley de Enjuiciamiento Civil). Las insolvencias punibles en el Derecho penal español no sólo han estado relacionadas con las insolvencias reguladas en el Código de Comercio, sino que se incorporaron a la legislación penal como meros complementos sancionadores de las propias conductas mercantilmente ilícitas.

Respecto a los antecedentes históricos del concepto de quiebra en España, el conjunto de normas que regulaban la calificación de la quiebra, o como se conoce actualmente como concurso de acreedores en la Jurisdicción Civil, vienen recogidas en los Códigos de Comercio de 1829, y 1885; en este último, en el Libro IV, Título Primero, Sección 3ª, los artículos 886-897 inclusive regulaban las clases de quiebra y los cómplices en las mismas. En el código de 1829, Libro IV, Título IX, artículos 1137 al 1146, inclusive, se regula la calificación de cada tipo de concurso.

Quiebra fraudulenta, quiebra culpable, y alzamiento de bienes aparecían como tres formas graduales de insolvencia ya en el viejo Código de Comercio de 1829. No sería hasta la promulgación del CP 1995, cuando la descripción de lo que se debe entender por conducta de insolvencia fraudulenta sería plenamente remitida al Código de Comercio. Por tanto, no existía una definición penal de insolvencia.¹⁰

¹⁰ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES (Dir.) y MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2011, pp. 706 y ss.

Hasta 1885, fecha en la que oficialmente fue abolida la prisión por deudas, el simple impago de las mismas acompañado de la insolvencia podía comportar la privación de libertad. El deudor era considerado un ladrón por la sociedad de la época y sobre él recaían las penas más graves. En ese momento, los conceptos de “patrimonio” o “propiedad”, se entendían en un sentido muy amplio y muy cercano pero detrás de la vida y la integridad personal.

En la Compilación civil de 1889 en su artículo 1366 se mencionan las calificaciones penales de “dolo” y “culpa”.¹¹ El artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos señalaba que desde el momento en que se inicia el expediente de suspensión, hasta que finaliza el cumplimiento del convenio, puede ser parte el Ministerio Fiscal; se utilizaba su presencia como figura de control en el procedimiento concursal, como mecanismo de detección de circunstancias penales relevantes.

El proceso de quiebra permitía que los comerciantes fuesen juzgados no por los jueces ordinarios, sino por sus iguales, quienes realizaban un juicio de valoración global sobre las virtudes de su semejante. Si era negativo, y calificaban la quiebra como culposa o fraudulenta, el juez penal, convertido en apéndice sancionador de los comerciantes, debía limitarse, privado de capacidad de revisión alguna, a sancionar. La declaración de la quiebra por el juez civil era la declaración pública de que un determinado comerciante no merecía más confianza.

¹¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil.

Respecto al régimen de responsabilidad de los órganos con poder de decisión de la empresa en todas sus formas, tanto individual en la figura del Administrador de empresa, como colectiva como Consejo de Administración, a las primeras regulaciones legales mercantiles no les fue otorgada esta posición de responsable. El primer código mercantil, (Código de Comercio de 1829) no estableció previsiones específicas sobre la responsabilidad de los administradores o mandatarios que quedaba sujeta a la voluntad de los socios. Posteriormente, la Ley de 28 de enero de 1848, y su Reglamento, establecieron la subordinación de los administradores a la Junta donde se prohibió cualquier pacto que hiciera irrevocable la administración o gerencia. Incluso se permitió la revocación sin causa. Lo más destacable era la designación de personas encargadas de la vigilancia de la administración, sin perjuicio de la inspección del poder público.

En 1869 se suprimió la intervención de la Administración pública; se sustituyó ésta por la publicidad. La regulación dada en el Código de Comercio de 1885, a la responsabilidad de los administradores, viene recogida en su art. 156 que atribuye a aquéllos la condición de mandatarios. La responsabilidad de los mismos provenía de la “Ley del contrato” por lo que mal podría ser argumentada por un tercero, de donde la doctrina deducía la consecuencia de que tal responsabilidad sólo podía ser exigida por la sociedad. La condición de mandatarios se concedía por el hecho de que se daba más peso a la Junta de accionistas, y a la administración. Los administradores estaban sujetos a una doble especie de responsabilidad: como mandatarios de la sociedad, y como órganos encargados de cumplir con la ley, los estatutos sociales, y los acuerdos legítimos adoptados por las Juntas Generales.

Con la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, se abandonó deliberadamente el concepto de mandato, se inclinó por la doctrina del órgano y se exigió a los administradores la diligencia de un ordenado comerciante y de un cuidadoso representante legal, imponiendo a los órganos de administración del ente social la obligación de responder frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores de los daños causados por malicia o negligencia grave. Así la nueva regulación introdujo la teoría del órgano así como la regulación sobre la responsabilidad de los administradores.

Posteriormente, en el Código Penal de 1973, las insolvencias punibles se encontraban en el artículo 520 y ss., y se utilizaba la descripción de “fraudulentas” para aquellas insolvencias punibles que fueran penalmente relevantes, asemejando esa descripción a la que regulaba en ese momento el art. 890 del Ccom. El legislador penal acudió a la técnica de la ley penal en blanco, y derivó la descripción de los supuestos relevantes penalmente a la definición que daba la regulación del Ccom entonces vigente. Perdieron en este momento relevancia las formas imprudentes que la jurisprudencia había reconocido, y dejaba de ser necesario esperar a la sentencia de calificación para proceder al análisis de relevancia jurídico-penal; en este momento bastaba con la declaración de concurso, que pasó a ser el presupuesto necesario para proceder al análisis de si existían elementos para la intervención del Derecho Penal.

Como hemos comentado ya, las conductas típicas del delito de quiebra estaban formuladas en el Código de Comercio, al que hacía sumisa remisión el artículo 520 CP/1973; lo mismo acontecía con las formas

de complicidad (art. 522 CP/1973). El concurso de acreedores, en cambio, venía descrito en el Código Penal (arts. 523 y ss. CP/1973).¹²

En el Código Penal de 1973, otro aspecto destacable y discutible era la ausencia de autonomía del alzamiento de bienes respecto de los procedimientos de quiebra o concurso. En relación con el delito de alzamiento de bienes, el CP de 1973 contemplaba una figura delictiva cuyo desvalor basculaba sobre la idea de que el “alzamiento de bienes” en que el deudor se “...alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores...”, art. 519 CP '73; el desvalor de resultado radicaba en que los acreedores vieran frustradas sus posibilidades de cobro a causa de la imagen de insolvencia creada por el deudor.¹³ El art. 519 CP de 1973 suscitó el debate en torno al vencimiento de las obligaciones, sobre si debían ser o no exigibles en el momento de la comisión del delito; este último aspecto, provocaba problemas en la identificación del momento del *tempus commissi delicti*. Respecto al momento del devengo de la deuda, el Tribunal Supremo defendía ambas posiciones, la exigibilidad de la deuda o no según el supuesto.

En otras legislaciones, como en el Derecho penal alemán, se entiende que la exigibilidad de la deuda también puede darse en un momento

¹² MUÑOZ PAREDES, “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, en PRENDES CARRIL y MUÑOZ PAREDES (Dirs.), *Tratado judicial de la Insolvencia*, t. II, Navarra, 2012, pp.700 y ss.

¹³ MUÑOZ PAREDES, “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, op.cit., p. 712, cita jurisprudencia sobre la cuestión *SSTS 4 de febrero de 1991 (RJ 1991, 737); 8 de octubre y 3 de diciembre 1993 (RJ) 1994, 1412 y RJ 1993, 9235 y 11 de mayo 1994 (RJ 1994, 4758)*.

temporal anterior frustrando acciones del acreedor para la recuperación de la deuda tales como el embargo.¹⁴

En la legislación alemana, con la reforma del año 1976, se sustituyó la cualidad del “actor”, que en un principio debía ser comerciante y pasó a configurarse la autoría de manera genérica o común, pues lo importante era determinar quién protagonizaba la “cesación de pagos”. También se abandonó la distinción entre la insolvencia genérica, o aquella en la que pueda constatarse mala fe, ya que el presupuesto básico a tener en cuenta era constatar la existencia o no de una *crisis económica*.¹⁵

En la actualidad, la legislación alemana, prevé que en el caso de no detectarse la situación de crisis económica, puedan ser punibles otros factores como “la omisión de balance o contabilidad mercantil, falsedad del balance, o en la llevanza de libros”. Tanto la legislación alemana como la italiana no se relacionan los hechos que deben concurrir para llegar a esa crisis económica, ni se establece un nexo de causalidad entre la acción típica y el momento en el que se detecta la insolvencia, considerándose esta crisis económica como una condición objetiva de punibilidad.¹⁶ El requisito de que la bancarrota estuviera vinculada a la

¹⁴ Sentencias sobre el posicionamiento del Tribunal Supremo respecto al vencimiento del capital adeudado, puede leerse en *STS 25 febrero 1993 (RJ1993, 1546)*, *STS 11 octubre 1991 (RJ 1991, 7095)*,.

¹⁵ GOMEZ PAVON, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Cuaderno de política criminal*, núm. 64, p.45.

¹⁶ GOMEZ PAVON, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Cuaderno de política criminal*, núm. 64, p. 45.

crisis económica de la empresa, en el Derecho Alemán se introdujo en la reforma de 1976, lo que fue objeto de críticas por la pérdida de eficacia que podía implicar esta exigencia; a pesar de ello, su inclusión se consideró como técnica más respetuosa con el principio de ofensividad, al impedir la sanción de conductas económicamente neutrales cuando luego se produce la quiebra. El derecho alemán en esta materia califica como delitos de peligro conductas relativas a omisiones y falsedades dolosas en el balance y en la contabilidad.¹⁷

En España, a partir de la reforma del año 1989, la responsabilidad de los administradores se vio agravada notablemente por implantarse un supuesto de responsabilidad objetivada en los arts. 262.5 LSA, art. 105 LSRL y art. 367 LSC. Se introducía así un régimen mucho más exigente que el régimen común de los arts. 133-135 LSA (arts. 236-241 LSC).¹⁸ El nuevo régimen de responsabilidad ha dado paso a la denominada falta de gestión como fuente de responsabilidad, frente a la negligencia grave y al establecimiento expreso de la solidaridad de los administradores en el resarcimiento del daño, en los casos de actuación conjunta.¹⁹

¹⁷ GOMEZ PAVON, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Cuaderno de política criminal*, núm. 64, p.45.

¹⁸ Vid. Real Decreto Legislativo 1564/1984, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

¹⁹ PRENDES CARRIL “La responsabilidad civil de los administradores de sociedades capitalistas. Armonización con el sistema de responsabilidad concursal”, en PRENDES CARRIL y MUÑOZ PAREDES (Dirs.), *Tratado judicial de la Insolvencia*, t. I, Navarra, 2012, pp. 346-349, considera que la *SAP Valencia 12 abril*

Con el Código penal español de 1983, permaneció la idea de la protección del patrimonio a través de la protección de la institución del delito de insolvencia punible;²⁰ en el proyecto de Código penal del año 1992, se eliminaba la idea de “crisis económica”; se fortalecía así la idea de que el bien jurídico protegido debía ser el crédito de los acreedores, que aportaba seguridad jurídica al tráfico mercantil; para ello, se impedía el funcionamiento de medios para obligarse por parte de operadores mercantiles, que posteriormente se declaraban en concurso, o que favorecían a otras empresas incluso propias perteneciendo a un mismo grupo empresarial a personas directamente vinculadas al concursado como socios y apoderados, logrando perjudicar inevitablemente al legítimo acreedor en el referido Proyecto de CP de 1992 que no llegó a ser aprobado.

En la legislación mercantil el artículo 886 del Ccom. diferenciaba entre tres tipos de quiebras: fortuitas, fraudulentas y culpables: mientras la quiebra fortuita no tenía connotación penal, por el contrario, la culpable y la fraudulenta sí; ésta última es considerada la de mayor gravedad. La culpable no puede equipararse a la imprudencia, ya que las actuaciones que han llevado a esa conclusión son realizadas con riesgo y con plena

2000, *Sección 4ª* establece con claridad expositiva los ejes de la reforma mercantil de 1989.

²⁰ MUÑOZ CONDE, “La reforma de los delitos contra el patrimonio”, Documentación Jurídica, Monográfica, 1983, *Revista de Derecho de la facultad de Derecho de la Complutense* núm. 6. Madrid, 1985, pp. 515 y ss.

consciencia.²¹ Actualmente, tan sólo podemos hablar de concurso fortuito o culpable, y se engloban en el culpable los dos que en la legislación anterior se consideraban susceptibles penalmente.

Con la anterior ley de Suspensión de pagos, el Auto que declara al comerciante en estado legal de suspensión de pagos, debía de calificar aquella insolvencia como provisional o definitiva. Así ni se arrestaba al deudor ni se le inhabilitaba siguiendo al frente de sus negocios y administrando sus bienes.²²

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre CP de 1995 se trataba de dotar de una difícil autonomía a estos delitos, con la fórmula recogida en su artículo 260 CP; en la regulación permanecería inalterable hasta su reciente reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. En el texto originario del CP de 1995, el tipo de “concurso punible” se construye con una formulación típica muy particular. Se tipifica con la estructura de delito que describe circunstancias previas a la declaración de concurso en el momento en que ya existe una insolvencia actual e inminente.

²¹ BURUAGA PUERTAS, *La calificación de las insolvencias*, Barcelona, 1999, pp. 71 y ss.

²² SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la ley de suspensión de pagos, Volumen II*, Zaragoza, 1989, p. 534.

A partir del Código Penal de 1995, en la redacción del art. 257, ya se identifica una separación clara con respecto de otras insolvencias punibles, a pesar de que el deudor pueda colocarse en una situación de quiebra, concurso o suspensión de pagos. Según QUINTERO OLIVARES, el proceso penal por alzamiento de bienes no se interrumpirá si paralelamente discurre un expediente concursal, y debe ser allí en el proceso concursal donde el acreedor “querellante” deberá intentar satisfacer su crédito. El Código Penal del '95 afrontaba otro gran problema, que era la “vis atractiva” del delito de quiebra que provocaba la imposibilidad de persecución independiente de los delitos de falsedad documental o de apropiación indebida, entre otros, que se podían haber suscitado en el seno de aquella.²³

El Código Penal de 1995 impuso nuevos patrones legales en la búsqueda de la independencia de las referidas infracciones penales, respecto de la legislación civil, y mercantil; para alcanzar tal objetivo optó por mantener el alzamiento de bienes como delito principal, por configurar el tipo relativo a una insolvencia fraudulenta sin remisión alguna al Código de Comercio. La denominación en el ámbito mercantil era pluralista; las denominaciones en ese momento eran “quiebra”, “concurso”, y “suspensión de pagos”. Los supuestos que en el ámbito mercantil definían la “insolvencia culpable”, no cumplían con los requisitos exigidos en el ámbito penal. El precio de tal nivel de independencia, suscita el interrogante relativo, a si la regulación penal es armónica con el derecho mercantil.

²³ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES (Dir.) y MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2011, pp. 709 y ss.

El CP no ha conseguido una definición de insolvencia que sea autónoma, suficiente e independiente de la que ofrece el Derecho mercantil. El legislador menciona el concepto remitiendo tácitamente su configuración al Derecho mercantil, lo que denota en el fondo una alta dependencia, aunque sea a nivel conceptual, con la jurisdicción civil. El Código Penal necesita de otras normas para configurar estos delitos, mediante la remisión puntual a leyes penales en blanco; técnica que, como es sabido, en ocasiones es problemática.

El Derecho Penal elige, por razones de protección fragmentaria y “ultima ratio”, la clase de acciones que deben ser delictivas en atención a su desvalor de acción y de resultado. Puede admitirse que en relación con ciertas materias, el Código Penal necesite inexcusablemente del auxilio de leyes no penales, para la integración de elementos normativos, o para la concreción del contenido de los derechos que protege. Lo único inadmisibile es la remisión total de la descripción del contenido básico de una conducta delictiva a una ley no penal, de modo que el tipo penal se limite a la misión de fijar la pena.

Las insolvencias fraudulentas, en cuanto que graves ataques a los derechos de crédito de los acreedores, suscitan una necesidad lógica de regulación en el Código Civil, en el Código de Comercio y en la legislación concursal. Por esta razón, la regulación que contiene el Código de Comercio de la insolvencia en el derecho concursal “erga omnes”, empieza por proporcionar una serie de instrucciones al empresario, sobre el modo de actuar mediante la fijación de principios valorativos, con los que debe cumplir a lo largo de su actuación que se convierten en deberes de actuación.

Que el derecho mercantil o concursal tenga que regular la calificación de la insolvencia del deudor concursado, no significa que las leyes penales no puedan también describir con rigor la conducta típica que merece ser delictiva, por cuanto no todas las actuaciones del deudor ilícitas, con arreglo al Código de Comercio y a la Ley Concursal²⁴, tienen que merecer la consideración de delictivas.²⁵ Así, del mismo modo, el legislador penal puede tomar en consideración otros criterios valorativos o político-criminales, estrictamente penales, conforme a los patrones dogmáticos propios.²⁶ En la actualidad, en la legislación concursal, en la pieza llamada “de calificación del concurso²⁷”, se valoran y delimitan las causas que han producido el endeudamiento y el grado de responsabilidad del empresario.²⁸ Si en el procedimiento concursal han existido causas que acaban determinando la culpabilidad,

²⁴ DE ALFONSO LASO, “Las insolvencias punibles a la luz de la nueva ley concursal. Algunos problemas prácticos concretas en su aplicación, en Derecho Penal Económico”, *Estudios de Derecho judicial* n° 72 (2005), pp. 281 y ss.

²⁵ CUGAT MAURI, “El impacto de la nueva ley concursal en el delito de quiebra”, *La Ley, revista jurídica española de doctrina*, T.1 2004, N° 5932, pp. 1610-1628.

²⁶ CUGAT MAURI, “El impacto de la nueva ley concursal en el delito de quiebra”, *La Ley, revista jurídica española de doctrina*, T.1 2004, N° 5932, pp. 1610-1628.

²⁷ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, “La calificación del concurso, Diario” *La Ley* n°6060, 13 de julio de 2004. Ref. D-155, pp.5 y ss.

²⁸ FLETCHER, I.F., “Cuatro décadas de reforma del Derecho de la insolvencia: la experiencia inglesa”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, RCP 8/2008. pp.41 y ss.

se prevé un estatuto de responsabilidades y sanciones para el Administrador, apoderados o incluso socios de la empresa. Por estas razones, el legislador penal debe adoptar términos de tipificación equilibrados en la materia.

La regular inoperancia del derecho penal²⁹ en los supuestos de quiebra culpable, se puede observar jurisprudencialmente; el número de sentencias condenatorias por alzamiento de bienes ha sido mucho más elevado que el número de sentencias condenatorias por la comisión de un delito de quiebra. El principal factor generador de la inoperancia del Derecho Penal se atribuía secularmente a la cuestión de la prejudicialidad civil de la quiebra o concurso. En la actualidad los factores que conducen a tal situación son otros que se expondrán a lo largo de la Tesis.

1.2 Resumen del Capítulo

En el s. XIX el Código de Comercio y el Código Penal se encontraban interconectados con aquellas concepciones económicas penalmente relevantes, contemplando ambos los conceptos de alzamiento, quiebra, y concurso de acreedores. El Código Penal aparece como figura complementaria del Código de Comercio. A pesar de todos los cambios legislativos, y del programa legal de intenciones plasmado en el CP del '95 se percibe la independencia de la legislación civil y penal. Respecto

²⁹ QUINTERO OLIVARES, “Las insolvencias punibles en el derecho penal español, en Derecho Penal Económico”, *Manuales de formación continuada*, nº 14, 2001, pp. 496-563.

de las posteriores reformas en derecho penal sobrevenidas, conceptualmente el término “insolvencia” sigue siendo, a día de hoy, de naturaleza básicamente mercantil.

En el Derecho español pesaba más la figura de “Juntas Generales o órganos colegiados” que la figura del “Administrador de empresa” que era considerado como un mandatario; fue en 1951 cuando la idea de mandato se diluye.

Históricamente se ha comprobado que siempre fue mayor el número de condenas por alzamiento de bienes que por delitos de quiebra. Y a pesar de todos los esfuerzos legislativos para alcanzar un modelo legal más eficaz, en la actualidad no se ha verificado un cambio sustancial. Está por ver si la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo aportará los medios necesarios para que hayan más sentencias condenatorias relativas a los nuevos tipos de insolvencia punible previstos.

En España la situación de insolvencia sigue provocando un rechazo social. La declaración de concurso tiene una connotación negativa y no permite que la empresa supere el bache económico. No está bien visto en el tráfico mercantil que una empresa se declare en concurso lo que genera un ánimo engañoso al empresario a seguir con su actividad a pesar de su negativa situación económica. En cambio, en otros países como en Francia está bien visto que una empresa que pasa dificultades económicas se declare en concurso; este hecho transmite al resto de empresas confianza por la transparencia y sinceridad asumida por la empresa que pasa dificultades.

En España, en vez de favorecerse a los acreedores para el recobro de las cantidades adeudadas a través del concurso, lo que se hace es perjudicar la recuperación de sus deudas. La razón se basa en que en la práctica la mayoría de empresas declaradas en concurso acaban finalmente en un proceso de liquidación en vez de seguir con su continuidad.

Se pierde el respeto por el objetivo común por el que ambas jurisdicciones, civil y penal luchan, que es resarcir al deudor de sus deudas, y además, garantizar la seguridad del tráfico mercantil, abogando por una continuidad empresarial.

2. Reflexiones político-criminales sobre la esfera de intervención del Derecho Penal en el ámbito de las insolvencias

Los delitos de insolvencia pertenecen al grupo de delitos que protegen valores de carácter material, a diferencia de aquellos otros delitos referidos a valores estrictamente personales, como, por ejemplo, la vida, la integridad física y el honor. En la clasificación de contenido clásico entre los delitos contra bienes pertenecientes a la persona individual y delitos contra bienes jurídicos de la sociedad, no es fácil encajar a los delitos de insolvencia, pues éstos afectan tanto a intereses individuales como a intereses colectivos, y son lesionados en primer lugar los intereses de los acreedores que esperan la satisfacción de sus créditos.

2.1 Bien jurídico protegido como instrumento hermenéutico delimitador de la intervención del Derecho Penal

El Estado decide qué bienes jurídicos van a ser protegidos penalmente; esa tarea de selección debe responder a principios democráticos y sociales mayoritariamente. En la selección de estos bienes no deberían influir concepciones ideológicas cerradas y alejadas de los intereses de la mayoría.³⁰

³⁰ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, 2006, pp. 72-77.

El bien jurídico protegido en las insolvencias punibles es el derecho reconocido en el artículo 1911 del Código Civil ³¹. Este precepto reconoce la garantía de cobro que tienen los acreedores, que podrán ver satisfechos sus créditos con el patrimonio que tenga el deudor, quien responderá con todos sus bienes presentes y futuros.³²

Si consideramos que el derecho que se preserva en los delitos de insolvencia punible es la expectativa de cobro que pueda tener el acreedor, es esencial definir correctamente el significado del concepto de “crédito”. Podemos decir, que “el “crédito” es un negocio jurídico-patrimonial, de intercambio de bienes y servicios entre personas, basado en la confianza entre las partes”.³³

³¹ Artículo 1911 del Código Civil “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

³² La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, (*sentencias 620/2006 de 6 de junio y 771/2006 de 18 de julio*), “menciona que el objeto de protección que se pretende con el tipo penal del art. 260 CP (vigente hasta la reforma del CP de 2015) sigue siendo el derecho personal de crédito, con la concurrencia de un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza precisa para el desarrollo de las operaciones financieras en aras a la consecución de un desarrollo económico.”

³³ QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, T.III, Madrid, 1978, p. 12, califica las insolvencias punibles de “infracciones crediticias” y afirma que “el bien jurídico inmediato protegido por tales infracciones es la pretensión de cobro o crédito del acreedor.”

Según CARRARA, la figura del “comerciante” se corresponde con aquella persona cuyos actos están provistos del peculiar atributo de suscitar confianza pública. Esa confianza constituye la base del comercio sin la cual perecería. Por tal razón, en el crédito y en su protección están interesados no sólo los individuos, sino la sociedad, en tanto el comercio constituye el factor esencial del desarrollo económico y el crédito deviene “alma, sangre y vida del comercio en los pueblos cultos”³⁴

Respecto de la naturaleza del derecho de crédito puede decirse que además de su carácter patrimonial,³⁵ también constituye un instrumento de cooperación social. El derecho de crédito³⁶ establece las relaciones de intercambio de bienes y servicios, y de reparación de daños, entre las personas. Ambas circunstancias fundamentan su protección, en tanto se produzca la frustración del interés económico. Esa confianza no sólo

³⁴ CARRARA, Programa de Derecho criminal, Parte especial, Buenos aires, 1977, pp. 6, 53 y 56

³⁵ BAJO FERNÁNDEZ, BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2010, p.415, “las insolvencias punibles se agrupan en el Capítulo VII del Título XIII que abarca los delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico. Y, efectivamente, los delitos de insolvencia son figuras delictivas que afectan a un bien jurídico patrimonial, como es el derecho de crédito, pero lesionan también un segundo lugar el orden económico. Los delitos de insolvencia son, en este sentido, algunos de los más característicos de entre los delitos económicos. Su importancia criminológica estriba por la reacción en cadena, ya que se van transmitiendo de unos empresarios a otros las dificultades de pago y las crisis, los despidos masivos de trabajadores, el alza de interés en los institutos de crédito, etc...”

³⁶ MUÑOZ CONDE, *La protección del derecho de créditos en los delitos de insolvencia*, Poder Judicial núm. extra 9, 1989, pp. 213-214

pertenece al tráfico mercantil, sino a cualquier operación de intercambio de bienes y servicios de cualquier relación de crédito.³⁷ Las características que delimitan el bien jurídico-penal del derecho de crédito es su carácter individual, su naturaleza económica, y contenido patrimonial.³⁸

Por otro lado, según JAEN VALLEJO también existe una dimensión social en los delitos de insolvencia; parte de la doctrina ha defendido la tesis conforme el bien jurídico protegido es el “sistema crediticio”, cuya tutela se endereza a la seguridad jurídica necesaria para las operaciones financieras a través de un marco jurídico-penal adecuado.³⁹ Ese sector doctrinal considera que el bien jurídico protegido⁴⁰ es la existencia del sistema crediticio que se basa en la fluidez de las operaciones, y en la confianza en el buen éxito de las mismas.⁴¹

³⁷ GIANVITO GIANNELLI, “ Le soluzioni giudiziarie delle crisi di impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano”, en SARCINA ANTONIO y GARCÍA CRUCES (Coords.), *Il trattamento giuridico della crisi d’impresa*, Bari, 2008, pp. 27 y ss.

³⁸ RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, Madrid, 1995, pp. 83-157.

³⁹ JAEN VALLEJO, “Las insolvencias punibles”, CPCr, núm. 58, pp. 30 y ss.

⁴⁰ HASSEMER y WINFRIED, «*Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*», en Varios Autores «*Pena y Estado*», Santiago, 1995, pp. 23-36.

⁴¹ QUERALT JIMÉNEZ., *Derecho penal español*, Barcelona, 1992, p. 420.

Desde el momento en que el acreedor deja de cobrar la deuda vencida se produce una disminución en el patrimonio⁴²; también se considera perjuicio patrimonial la frustración de una finalidad económica perseguida, aunque no se haya verificado la disminución del patrimonio.⁴³

Desde un punto de vista estricto, los delitos de insolvencia no deberían ser considerados defraudaciones ya que no aparece el engaño como elemento típico; si concurriera engaño nos situaríamos en el terreno de la estafa.⁴⁴

Así los supuestos en los que se contrae una obligación contractual con la intención inicial de incumplirla en términos absolutos, deberán ser calificados de estafa y no de insolvencia punible.

⁴² CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, Madrid, 2008, p. 69, después de analizar las diferentes denominaciones del concepto “patrimonio” como bien jurídico protegido, toma partido por las “posiciones netamente patrimonialistas”, que “se vinculan a aquellas posturas que consideran al patrimonio exclusivamente como el único bien jurídico protegido en las insolvencias punibles. Estas posiciones tienden a especificar que el bien jurídico patrimonial protegido por los delitos en cuestión es en principio y de forma general el derecho de crédito que posee todo acreedor respecto de su deudor en un escenario remarcado por las relaciones jurídicas obligacionales.”

⁴³ GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012, pp. 308 y ss.

⁴⁴ Vid. *STS de 23 de febrero de 1990 (Rec. núm. 3092/1987)* en relación con el engaño sobre hechos internos (voluntad de cumplimiento de la obligación) en la estafa, en la que se aborda la teoría de los negocios criminalizados.

Lo específicamente protegido por el Derecho penal es la posibilidad real de cobrar las obligaciones al momento del vencimiento. Mientras que el Derecho civil protege el derecho de crédito frente al mero incumplimiento de obligaciones de pago del deudor, el Derecho penal interviene frente a la imposibilidad de cobro de las obligaciones, cuando ésta ha sido dolosamente ⁴⁵ causada o agravada por el deudor a fin de perjudicar a los acreedores. ⁴⁶

Particularmente, el objeto de lesión en las insolvencias punibles es el derecho de crédito, ya que después de la comisión del hecho el perjudicado ha visto menguado su patrimonio. Así la reducción patrimonial es un resultado necesario a todas las insolvencias punibles. A veces consistiría en resultado físico tangible, como la pérdida o destrucción de la cosa, y en otras, se trataría de uno de carácter ideal, como hacer ilusorio un derecho. A partir de esta última idea se explicaría la estructura de delito de resultado que ostentaría el hasta ahora denominado concurso punible frente a la estructura de delito de mera actividad que supondría el alzamiento de bienes. En sentido análogo, se pronuncia GONZÁLEZ CUSSAC al sostener que el bien

⁴⁵ La posibilidad de que fuera “dolosamente” y no barajar otras opciones, tan sólo era posible hasta la Reforma del Código Penal de 2015.

⁴⁶ BURUAGA PUERTAS, *La calificación de las insolvencias*, Barcelona, 1999, pp. 71 y ss. considera “que el CP de 1995 determinó que el presupuesto imprescindible del análisis penal fuera la declaración de concurso, y que para evitar el delito por deudas, es necesaria la existencia de fraude”. Tras la Reforma de 2015 los delitos de insolvencia punible ya no reclaman necesariamente la declaración de concurso.

jurídico se haya constituido por el derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos con el patrimonio del deudor.⁴⁷

Hasta la Reforma de 2015, el delito de insolvencia punible tutela específicamente el derecho de crédito de los acreedores colectivos o integrados en una masa, a diferencia del delito de alzamiento de bienes que protegería el mismo derecho de crédito, pero referido al acreedor singularmente considerado. Tras la referida Reforma, como se verá, la cuestión resulta más compleja.

En Italia actualmente resultan mayoritariamente aceptadas las posiciones doctrinales, y jurisprudenciales, marcadamente patrimonialistas. Éstas identifican con algunas variantes el objeto de protección del delito de bancarrota con la garantía que posee el acreedor para satisfacer el incumplimiento con los bienes que conforman el patrimonio del deudor.

QUINTANO RIPOLLÉS, en relación con el CP 1973, consideraba el delito de insolvencia punible como una infracción de naturaleza patrimonial que representa un uso ilícito del patrimonio propio. En ese contexto reconoce como válidas, en la determinación del bien jurídico, las referencias que hace un sector de la doctrina italiana a la fe pública y al tráfico mercantil. Sostiene que “el objeto jurídico de mayor valor no debe ser alterado, y tiene que seguir siendo el patrimonio,

⁴⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, Valencia, 2000, pp.140 y ss.

específicamente el interés o pretensión de los acreedores de hacer efectivos sus créditos”.⁴⁸

Desde otro punto de vista, el bien jurídico⁴⁹ según BAJO FERNÁNDEZ es el correlativo derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos no pagados, pero también sostiene que no se puede negar que, por la complejidad de las relaciones crediticias, y la particular aptitud de las vinculaciones del comercio para producir reacciones en cadena, también se vea afectado el orden económico. Sin embargo, este orden económico constituye un objeto de protección secundario por detrás de los intereses patrimoniales individuales.⁵⁰

Para NIETO MARTÍN resulta perfectamente posible comprender la configuración del delito de quiebra como una estructura pluriofensiva en la que se protegería tanto el derecho de crédito como el sistema crediticio. No obstante, según el referido autor, el derecho de crédito debe entenderse desde la teoría personal del patrimonio como el derecho del acreedor a elegir entre la liquidación o conservación de la empresa.⁵¹ Postula, al igual que BISBAL MÉNDEZ, que la función del

⁴⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, T.III, Madrid, 1978, pp. 14 y ss.

⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*. Valencia, 2011, pp. 101 y ss.

⁵⁰ BAJO FERNÁNDEZ, BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2010, pp. 423 y ss.

⁵¹ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Valencia, 2000, pp. 28 y ss.

derecho concursal no es establecer una equitativa comunidad de pérdidas, sino maximizar el valor del patrimonio del deudor insolvente.⁵² La posibilidad de elección integraría entonces el patrimonio del acreedor y sería directamente afectada con las diversas modalidades del delito de quiebra, al igual que la confianza en los intercambios de bienes y servicios con base en el crédito dentro del modelo económico.⁵³

Por supuesto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ entiende que, de *lege lata*, “el único bien jurídico directamente protegido en las insolvencias punibles está representado por el derecho de crédito cuya vulneración se verificaría cuando el incumplimiento de la obligación fuera acompañado de la frustración del interés del acreedor en satisfacerse con el patrimonio del deudor”⁵⁴; mediante estos delitos el legislador procuraría tutelar mediata o indirectamente la economía crediticia como parte fundamental del sistema económico.

⁵² BISBAL MÉNDEZ, “El rompecabezas concursal”, en QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS (Coords.), *El nuevo Derecho Penal español. (Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz.)*, Elcano (Navarra), 2001, pp. 963 y ss.

⁵³ CORDOBA RODA, “Consideraciones sobre los delitos de quiebra en Derecho español”, *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela, 1976, pp. 97 y ss.

⁵⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*. Valencia, 2011, pp. 101 y ss.

Por consiguiente, parte de la doctrina postula que las figuras de insolvencia punibles afectan en primer plano, a los intereses de los acreedores, y en un segundo plano, también a la seguridad de sistema crediticio, pero sin que el último interés deba efectivamente resultar lesionado.

Si consideramos los delitos de insolvencia punible como delitos patrimoniales, con exclusión del orden socioeconómico como objeto jurídico de protección inmediato, el bien jurídico protegido se constata con la lesión o puesta en peligro del patrimonio individual. Las figuras de insolvencia punible protegen el patrimonio de los acreedores defraudados en sus legítimas expectativas de cobro. A partir de la regulación material y sistemática que el CP de 1995 hizo del alzamiento de bienes, y del concurso punible, es posible apreciar que ambos delitos se construyen como infracciones que requieren la efectiva lesión del derecho de crédito y presentan una doble faceta de tutela o protección: por un lado, el derecho de crédito de los acreedores particulares, y por otro, el sistema crediticio general, pero este segundo aspecto sólo se correspondería con un interés de tutela indirecta.

En la doctrina alemana también es recurrente este tipo de planteamientos. Así en relación con el art. 283 StGB se ha planteado que, junto a los intereses del acreedor, también se proteja un interés supraindividual que puede estar referido a la economía general, o bien al sistema crediticio. No obstante según TIEDEMANN, las personas que se encuentran en una relación de confianza con el deudor son tan

sólo las que resultan protegidas por el derecho penal de la quiebra.⁵⁵ Por ello, la funcionalidad del sistema crediticio, junto a los intereses patrimoniales del acreedor, son de forma conjunta el ulterior y supraindividual objeto de protección del derecho penal de la quiebra.

En la doctrina italiana encontramos algún autor que sostiene posiciones preferentemente patrimonialistas. En este sentido encontramos la posición de ANTOLISEI, quien refiriéndose específicamente al delito de quiebra de la ley italiana de 1942, planteaba que el delito de quiebra tutelaba fundamentalmente el interés del acreedor a la conservación de la garantía sobre el patrimonio del deudor.⁵⁶ Pero junto a este interés, y otros, como conocer el inventario patrimonial, y el movimiento de negocios del deudor, el interés que se les pague en la mayor medida y en el menor tiempo posible, también quedaría protegido un interés social vinculado a la economía pública como es el crédito público.⁵⁷

Parece que la jurisprudencia del Tribunal Supremo destaca que “el bien jurídico protegido es el mismo en todas las modalidades de insolvencia punible: la garantía de que goza todo acreedor de ejecutar y hacer efectivo su crédito”. En caso de incumplimiento contra el patrimonio del deudor, conforme dispone el art. 1911 del Código Civil, es el derecho a no impedir u obstaculizar que tal ejecución logre plena

⁵⁵ TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, 1993, pp. 217 y ss.

⁵⁶ ANTOLISEI FRANCESCO, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale-I e II*, Milano, 1994, pp. 151 y ss.

⁵⁷ CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, Madrid, 2008, pp. 71 y ss.,

efectividad lo que la ley penal trata de salvaguardar. Así pues, cuantos actos, operaciones, negocios, contratos o maniobras, tendentes a impedir u obstaculizar la regular realización de un crédito deben tener cabida, y ser considerados como un delito, sean cuales fueren el número de acreedores o de deudas, bien afecten al patrimonio personal o al de las sociedades que les pertenecen, bien se logre a través de un solo acto o a través de varios.⁵⁸

La existencia del delito no puede condicionarse a un perjuicio que revista una notoria entidad en términos económicos ni a supuestos en los que el sujeto pasivo sea un determinado tipo de acreedores. Antes de la reforma del Código Penal de 2015, la ley no consideraba tipos de sujetos ni tampoco cantidades referentes al perjuicio ocasionado; tras la referida reforma se ha establecido algún límite como el nuevo tipo agravado del artículo 259 bis, que prevé una pena superior para cuando se causare con un perjuicio a una generalidad de personas o se causare con un perjuicio económico superior a seiscientos mil euros; y también establece la agravación de la pena para cuando el acreedor perjudicado sea un Organismo Público, la Hacienda Pública o la Seguridad Social. GALLEGO SOLER señala que el bien jurídico no debe estar vinculado al perjuicio a la economía nacional sino a un carácter patrimonial individual. Considera preferible aludir a un referente inmediato: “el derecho de los acreedores al cobro de su obligación en el patrimonio del deudor”. De este modo, la funcionalidad del sistema socio-

⁵⁸ STS 690/2003, de 14/05/03

económico técnicamente no puede operar como bien jurídico-penal sino todo lo más como “*ratio legis*”.⁵⁹

No obstante es un error pensar que esa protección individualista se obtiene principalmente a través del Derecho penal; es en el procedimiento concursal donde el administrador concursal se encarga de esa protección individual de satisfacción del crédito de cada acreedor.

La tutela del crédito se basa en la protección del derecho a satisfacer el mismo a partir de los bienes que forman parte del patrimonio del deudor. No se necesita el reconocimiento nuevo de ningún título ejecutivo, tan sólo del reconocimiento de la existencia de esa obligación. No obstante, existe un sector jurisprudencial, que considera que el bien jurídico protegido sería la necesidad procesal del acreedor de obtener ese título ejecutivo para poder cobrar su crédito, de modo, que sería un requisito indispensable la existencia de ese título ejecutivo además de existir la obligación contraída por parte del deudor.

El concurso de acreedores tiene también una naturaleza colectiva lo que lleva a pensar que el bien jurídico protegido es también pluralista, se protege al grupo compuesto de acreedores, siendo el objeto de protección el “interés público a satisfacer el mayor número posible de acreedores” de acuerdo con la *par conditio creditorum*.

⁵⁹ GALLEGO SOLER, “El bien jurídico-penal en los delitos de insolvencias ¿dos modelos de protección enfrentados?”, *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal III*, 2002, pp. 358 y ss.

Los delitos de insolvencia constituyen más bien delitos contra el patrimonio, así como contra el orden socioeconómico, pues esta última calificación ya presupone la lesión patrimonial. Los delitos de insolvencia no son delitos contra la propiedad sino contra el patrimonio ya que no son delitos de apropiación sino de enriquecimiento. En la reforma 1/2015 del Código Penal se ha diseñado un capítulo exclusivo para estos delitos “el capítulo VII bis De las insolvencias punibles”

Para un sector de la doctrina el capítulo que aparecía en el CP de 1995 protegía el interés del acreedor, garantizando el buen fin de sus créditos a través del patrimonio del deudor. Y de un modo indirecto, se protegía también al sistema crediticio.

Respecto a las consideraciones que se realizan desde la doctrina, la naturaleza del bien jurídico tiene como objeto de protección la naturaleza supraindividual de salvaguarda de cada uno de los créditos de los acreedores. Las insolvencias no afectan sólo al patrimonio de los acreedores. Se realizan dos clasificaciones según si el objeto de protección tiene caracterización económica o no.

Para valorar la naturaleza, en el caso que se considere la no caracterización económica, la tesis se basa en que la naturaleza del bien jurídico protegido tratado sería la fe pública, que hace referencia a la confianza entre las dos partes contratantes en una operación de comercio; pero en este tipo de operaciones, pueden haber falsedades rompiéndose esa relación de total confianza, por lo que es complicado

que pueda ser entonces la fe pública el bien jurídico protegido, y afectar en este sentido a la naturaleza.

En el caso que se considerara que el objeto de protección tiene caracterización económica, se interpretaría que el interés que se pretende proteger es el “interés patrimonial de los acreedores”. Con este reconocimiento se desarrolla la compenetración de las insolvencias punibles con los delitos socioeconómicos. Se garantiza la seguridad en el tráfico mercantil al ser el objeto de protección el patrimonio de los acreedores.

Debe descartarse totalmente la existencia de una categoría supraindividual al hablar de una pluralidad de acreedores y por tanto una pluralidad de intereses patrimoniales. Este supuesto de la pluralidad del bien jurídico equipara la aplicación del delito de insolvencia punible a aquellos supuestos en los que esta caracterización pueda determinarse, y se eliminan por tanto aquellos supuestos de menor interés, o de una caracterización individual. Un sector de la doctrina afirma que si se tratara de un interés supraindividual debería ser configurado como un delito de peligro, sin exigirse el efectivo perjuicio en persona y patrimonios concretos.⁶⁰

Es innegable que el bien jurídico protegido del delito de insolvencia punible es el interés patrimonial o crediticio de toda la masa pasiva del concurso. Se garantiza la seguridad jurídica a través de la protección que aporta la vía penal de este delito de naturaleza socioeconómica del

⁶⁰ JAEN VALLEJO, “Las insolvencias punibles”, CPCr, núm. 58, pp. 50 y ss.

cobro de los créditos de los acreedores a través del patrimonio del deudor.

Al ser un delito que se produce en el ámbito empresarial estamos ante un delito de insolvencia de naturaleza patrimonial y socioeconómica. Nos encontramos ante un delito que precisa para su consumación de la producción de un resultado. Estamos ante un tipo de delito especial en el que el sujeto activo⁶¹ tiene una específica relación directa con el bien jurídico que es constitutivo del desvalor del acto. Si no se diera esta relación entre el sujeto y el bien jurídico, no habría injusto.⁶²

Identificamos su comisión cuando hay una ausencia o insuficiencia de patrimonio que no permite el pago de los créditos de los acreedores, obligaciones comprometidas que no van a liquidarse. Pero estas circunstancias adquieren una connotación delictiva siempre y cuando, la insolvencia se haya producido por una actuación ilegítima por parte del empresario. Hay insolvencia cuando se identifica un claro desequilibrio patrimonial, es decir, no hay patrimonio suficiente para poder compensar todas aquellas prestaciones exigibles. Si el deudor no dispone de la tesorería suficiente, o se prevé que no existan medios futuros para poder realizar los bienes que componen el activo, aparece el desequilibrio patrimonial entre el activo y pasivo.

⁶¹ DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad Penal por omisión del empresario*, Madrid, 2009, pp. 34 y ss.

⁶² BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, 2006, pp. 190-191.

La insolvencia se caracteriza por el desequilibrio patrimonial y no por el incumplimiento en sí de las obligaciones. Es éste el escenario que debiera ser objeto de estudio, teniendo en cuenta las circunstancias y si hay elementos que hagan que sea susceptible penalmente. Un sector doctrinal realiza una clasificación de tipos de insolvencia; insolvencia real que es cuando no existen bienes en el patrimonio del deudor para hacer frente a las deudas; y la insolvencia aparente que es cuando éste logra crear esa imagen, ocultando los bienes a los acreedores, de tal forma que sea imposible la satisfacción de éstos.⁶³

Según DEL ROSAL BLASCO todos los supuestos tienen relevancia penal, tanto aquellos supuestos de insolvencia que se han generado de un modo fortuito o involuntario, como aquellos que se han producido de un modo ilegítimo. La distinción es necesaria ya que contribuye a poner de relieve que lo decisivo es la frustración de la ejecución de las pretensiones de los acreedores fundadas en obligaciones asumidas por el autor. La insolvencia penal no admite graduaciones, y se debe considerar así todo estado que hace ilusoria la satisfacción del acreedor en el patrimonio del deudor, para convertir en inútiles las pretensiones de ejecución.⁶⁴

⁶³ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial de Derecho penal*, t. III, Madrid, 1965, p. 42.

⁶⁴ DEL ROSAL BLASCO: “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 11-13.

Considera GÓMEZ PAVÓN que “lo sancionable, una vez inspeccionada exhaustivamente la naturaleza de la insolvencia es aquella que se obtiene por ocultamiento, provocación o agravación de la insolvencia mediante conductas fraudulentas, en suma la frustración de la expectativa generada en el acreedor por la institución del crédito, a satisfacerse en el patrimonio del deudor.”⁶⁵

Lo que realmente es relevante es si la conducta del deudor ha creado o incrementado ilícitamente el riesgo de que se produzca la insolvencia y el subsiguiente perjuicio para los acreedores.⁶⁶ Si consecuentemente el resultado producido puede ser imputado objetiva y subjetivamente a la conducta del autor. Más adelante en este capítulo analizaremos la parte subjetiva de los tipos y qué condiciones deben concurrir.⁶⁷

⁶⁵ GOMEZ PAVON, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Cuaderno de política criminal*, núm. 64, pp. 35-46.

⁶⁶ BAJO FERNÁNDEZ, El tipo de injusto en el delito de quiebra. Observaciones sobre una reciente corriente jurisprudencial, *Anuario de Derecho Penal, ADPCP*, 1973, pp. 549 y ss.

⁶⁷ BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, pp. 160 y ss., considera el autor sobre “las condiciones objetivas del delito de quiebra que para llegar a una sentencia condenatoria por este delito han de cumplirse dos condiciones objetivas. Por un lado, que afecte a la punibilidad del hecho, a la propia existencia del delito, y otra que afecta a la perseguibilidad del mismo. La principal diferencia entre ambas condiciones comporta que se incumpla una condición objetiva de punibilidad, el juez puede pronunciarse sobre el fondo del asunto absolviendo por inexistencia de delito. Por el contrario, una vez incumplida una condición de perseguibilidad, el juez detendrá o no abrirá el proceso, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto. Por lo tanto, constituye condición objetiva de punibilidad la declaración judicial de la quiebra, y condición objetiva de procedibilidad.”

Para poder comprender el concepto de insolvencia⁶⁸ punible hay que comprender la necesidad de conocer el origen de las obligaciones que deben ser anteriores. Según el art. 1089 del CC “Las obligaciones nacen de la ley de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en el momento en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.”⁶⁹ Se trata, como hemos dicho, de un delito de resultado

⁶⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, en “Las insolvencias punibles tras la Reforma Concursal de 2003”, en *Concurso e insolvencia punible*, Juan Hernández Martí (coord.), Valencia, 2004, pp. 645 y ss.

⁶⁹ RUIZ MARCO, en *La tutela penal del derecho de crédito*, Madrid, 1995, pp. 365 y ss. señala que en “los tipos que protegen el derecho de crédito ha de tener como regla, la condición jurídica de deudor. Debe ser el sujeto pasivo de una relación de crédito en virtud de la cual está obligado al cumplimiento de la prestación y en consecuencia, a responder de su incumplimiento, con todo su patrimonio, art. 1911 del Código Civil. Sobre él gravitan los deberes jurídicos y éticos de cumplir exactamente con lo pactado “pacta sunt servanda” art. 1901 CC, y de responder de las consecuencias del incumplimiento, principios básicos de todas las relaciones de cooperación e intercambio de bienes y servicios, entre los miembros de una sociedad civilizada, y en los que se compendia la esencia de los derechos de crédito.”

“Si el bien jurídico lo constituye la doble facultad, de recibir la prestación (art. 1089 CC) o de obtener la satisfacción de la misma, sobre el patrimonio del obligado, en caso de incumplimiento (art. 1911 CC), resulta evidente que, en ambos casos, es precisamente, el deudor quien está en la posición fáctica y jurídica idónea para lesionar el objeto de protección. Por esa razón, el legislador dirige normalmente la prohibición de los comportamientos lesivos del crédito, al deudor, configurando los tipos como “especiales en sentido estricto”, técnica que emplea la Ley penal cuando quiere circunscribir el círculo de posibles sujetos a una clase de personas, que ostentan una determinada cualidad, en este caso, la de deudor. Y ello, por la especial peligrosidad que, las conductas de tales personas, comportan para el bien jurídico.”

encontrado en el perjuicio que se ocasiona a los acreedores, para evaluar a posteriori el modo en el que se ha generado ese perjuicio.⁷⁰

En relación con la naturaleza del nuevo art. 259 CP, fruto de la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, se ha configurado como un delito vinculado a la situación de crisis⁷¹ (considerando que la crisis es o la insolvencia actual o inminente del deudor). El delito de insolvencia será perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos. La norma delimita para garantizar un grado de seguridad y certeza ajustado a las exigencias derivadas del principio de legalidad, las conductas prohibidas por medio de las cuales puede ser cometido el delito. Para ello, tipifica un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos. Estas acciones rebajan indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, entre las que se encuentran las encaminadas a dificultar o imposibilitar el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del

⁷⁰ TOVAR TORRES, *Reforma Código Penal 2015*, Madrid, 2015, p. 11, “en la distinción entre insolvencias punibles y frustración de la ejecución el nuevo delito de concurso punible o bancarrota se configura como un delito de peligro si bien vinculado a la situación de crisis y perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos. Por el contrario, de la opinión mantenida de que fuera un delito de resultado, siendo el razonamiento en parte bastante incoherente ya que si es necesario que haya una situación de crisis entonces se entiende que debería ser de resultado no un delito de peligro.”

⁷¹ SANDULLI MICHELE, “Considerazioni introduttive”, en SARCINA ANTONIO y GARCÍA CRUCES (Dirs.), *Il trattamento giuridico della crisi d’impresa*, , Bari, 2008, pp. 3 y ss.

deudor.⁷²

2.2 Los sujetos del delito

El **sujeto activo**, de los delitos tipificados en los artículos 259 y ss. del CP, debería ser el deudor declarado en concurso siendo su ámbito de actuación el tráfico mercantil.⁷³ Puede realizar la conducta típica el deudor directamente o, en caso contrario, una persona que actúe en su nombre⁷⁴. A partir de la reforma penal de 2015, lo anterior se pone en duda, y pueden plantearse otros sujetos deudores que no necesariamente tienen que estar declarados en concurso. Según el artículo 259 del CP, ahora en su nueva redacción, considera que el incumplimiento de sus obligaciones ya puede devenir en un delito de insolvencia punible.

⁷² QUINTERO OLIVARES, en “El delito de concurso o bancarrota”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.) “*Comentario a la Reforma Penal de 2015*”, Pamplona, 2015, p. 506.

⁷³ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, 2006, p. 220, dice que “los elementos subjetivos psicológico-situacionales, expresan una determinada relación del sujeto con la situación en que se encuentran y, por tanto, también están más allá de lo que requiere el dolo. En los delitos especiales previstos para funcionarios públicos, el propio tipo exige que el sujeto actúe en función pública. Ello requiere un elemento subjetivo psicológico-situacional consistente en que el sujeto tenga una actitud consciente respecto de la posición de finalidad pública en que se encuentra.”

⁷⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*. Valencia, 2011, p.110.

En una estructura empresarial encontramos dos formas organizativas, dos órganos rectores, la Junta general y los administradores, y son éstos últimos quienes, a través de una gestión irregular y de una representación desleal, pueden perjudicar a la sociedad.⁷⁵

La Administración de una empresa puede ser llevada por un órgano unipersonal con un administrador único, o con varios administradores individuales o solidarios que trabajan de forma solidaria o mancomunada, o si no, con un formato colectivo a través del Consejo de Administración.⁷⁶

También debe considerarse administrador a aquél que actúa en nombre de la sociedad sin que haya sido nombrado, y que se conoce como

⁷⁵ QUINTERO OLIVARES, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Álvarez García (Dir.). Valencia, 2013, p.750. Proponía una diferenciación cuando “el sujeto activo era un empresario y cuando era un particular, señalando que la bancarrota del empresario debe separarse de insolvencia.”

En la *legge fallimentare*, en Derecho Italiano, se prevén los delitos de insolvencia y se realiza una separación según quién sea el sujeto que los realiza, por una parte el artículo 216 y ss. Codice Penale contemplan al “imprenditore”, que sería el sujeto que realiza la actividad, la sociedad. En cambio el art. 222 y ss. Codice Penale, contemplan otros sujetos como el Administrador, socios u otros apoderados.

⁷⁶ QUINTERO OLIVARES, “Frustración de la ejecución”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.). “*Comentario a la Reforma Penal de 2015*”, Pamplona, 2015, p. 490, en este punto considera QUINTERO que “lo correcto es que el delito concursal se convierta en un estricto delito de empresa, del que el particular no sería sujeto activo apto”.

“administrador de hecho”.⁷⁷ Esto es, la persona que sin ostentar cargos formalmente⁷⁸ ostenta en cambio en términos materiales el dominio funcional del hecho.⁷⁹

En el momento en el que tuviéramos que evaluar el grado de responsabilidad, de unos y otros, deberá verse quién fue el que actuó ilícitamente provocando una situación de insolvencia, y como consecuencia una lesión del interés legítimo de los acreedores.⁸⁰ El

⁷⁷ LANZI ALESSIO, CADOPPI ALBERTO, *I reati societari*, Verona, 2007, pp. 372-410.

⁷⁸ FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 2015, p. 54 y ss.

⁷⁹ FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 2000, p. 75 y ss., evalúa la jurisprudencia italiana y alemana. “En Italia la doctrina prevalente, asumida por la jurisprudencia, considera que si la posición del sujeto le permite lesionar o poner en peligro el interés jurídico protegido, la falta de una cualificación orgánica perfecta en el Derecho mercantil no puede ser determinante de la falta de responsabilidad. En Alemania, la jurisprudencia, siguiendo una orientación ya consolidada, ha afirmado que debe considerarse administrador de una sociedad por acciones quien, sin nombramiento totalmente perfecto y/o sin estar inscrito éste en el Registro Mercantil, haya de hecho ejercitado las funciones o asumido la posición de miembro del Consejo de administración. En estos países se advierte que esta tendencia corre el riesgo de transformarse en un cómodo expediente preparado para evitar al juez investigaciones trabajosas y no raras veces poco seguras. La conclusión que se deriva de la exposición precedente permite afirmar que en los principales Ordenamientos europeos se habla de administradores y, más en general, de sujetos cualificados de hecho, equiparándose su responsabilidad a la de los sujetos de derecho.”

⁸⁰ CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (Art. 295 CP)*, Madrid, 1998, pp. 214-231.

deudor sólo debe cumplir con la obligación pactada; los activos objeto del crédito forman parte del patrimonio del deudor, y él hace y dispone de ellos con total libertad.⁸¹

En un análisis del grado de participación de cada una de las personas que hayan podido intervenir en la causación de la insolvencia punible, el deudor o sujeto activo de estos delitos, deberá ser la persona física que ha incumplido el deber de actuar respetando las garantías de los acreedores.⁸²

En Italia, consideran que el sujeto responsable de la empresa⁸³ debe haber causado la ruina al incumplir con sus deberes de actuación como

⁸¹ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Valencia, 2000, p. 28.

⁸² FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, 2003, p. 127, conceptúa “los delitos especiales como delitos de infracción de deber, puesto que en ellos lo que convierte a un sujeto en autor es la infracción del deber específico de comportarse adecuadamente, deber extrapenal que supone una especial relación con el contenido del injusto del hecho, motivo por el cual el legislador considera al sujeto titular del deber como la figura central del suceso.”

⁸³ GIACOMO SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta*, Milano, 1990, pp. 331 y ss.

un buen administrador diligente y responsable de las funciones que le han sido encomendadas.⁸⁴

En el caso de que la situación de insolvencia pueda haber sido causada por más de un sujeto, para la coautoría son necesarios el acuerdo común y la realización conjunta del hecho; un rasgo característico es que los sujetos intervinientes sólo pueden realizar su plan actuando conjuntamente. Es necesario identificar la existencia de un acuerdo de voluntades para la ejecución, lo que supone intervención en la fase ejecutiva.⁸⁵ No se podrá hablar de coautoría cuando uno de los sujetos sea la sociedad; no puede haber acuerdo de voluntades con el Administrador ya que es materialmente imposible, al ser la empresa un ente jurídico y abstracto.

En la legislación mercantil, el art. 164.1 LC preceptúa las personas que con su actuación pueden determinar la calificación del concurso culpable, que provoquen o agraven el estado de insolvencia bien intencionado bien gravemente imprudente. Según lo dispuesto en el art. 172.3 LC., podrán ser sujetos el deudor, y sus representantes legales,

⁸⁴ LANZI ALESSIO, PUTINATI STEFANO, *Instituzioni di diritto penale dell'economia*, Milano, 2012, pp. 112-113. En derecho italiano, es la *bancarotta fraudolenta* para el caso de la considerada como *bancarotta societaria* la que prevé el castigo por un abuso societario, que quedaría absorbido por el desvalor de la bancarrota fraudulenta de los administradores, directores generales, liquidadores de la sociedad declarada *fallite*. Las personas que se considera han ocasionado la ruina de la sociedad a través de alguno de los delitos societarios.

⁸⁵ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, 2003, pp. 142-149.

para el caso de personas físicas. Para el caso de personas jurídicas, sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho (tanto los que lo fueren al momento de declarar el concurso como aquellos que hubieren tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración a las que se refiere el art. 172.3 LC). Éstas serán las mismas personas que se podrán ver afectadas por la calificación en el procedimiento concursal.⁸⁶

Con la anterior legislación el sujeto activo debía ser el deudor declarado en concurso,⁸⁷ y correlativamente, el sujeto pasivo el titular del bien jurídico protegido, el acreedor. Ahora ya no es necesaria la situación de concurso, por tanto serán tan sólo deudor y acreedor, pudiendo estar o no declarado en concurso.

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, el sujeto activo del delito aparece inicialmente configurado como un delito común en el que el sujeto activo puede ser cualquiera, empresario o simple particular. No obstante la mayoría de conductas que minuciosamente describe el artículo 259.1 CP podrían ser a su vez constitutivas del delito común de alzamiento de bienes, tales como la ocultación de bienes o la simulación de créditos. De ser así estaríamos ante auténticos alzamientos, en los que “*la frustración del crédito del*

⁸⁶ ROSENDE VILLAR, “ La Calificación del concurso”, en CORDÓN MORENO (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, director, pp. 564 y ss.

⁸⁷ JAEN VALLEJO, “Las insolvencias punibles”, CPCr, núm. 58, equipara la *quiebra* a los deudores comerciantes insolventes, y el *concurso de acreedores* que se refiere exclusivamente a los deudores no comerciantes insolventes, pp. 6 y ss.

acreedor se corresponde con un enriquecimiento patrimonial ilícito del deudor”, mientras que en el delito de quiebra punible o bancarrota, la infracción penal se debería enmarcar más en una descapitalización del patrimonio por una gestión económica irregular. Al respecto, se ha afirmado con razón que el incumplimiento del deber de gestión de una situación de insolvencia sólo debe llegar al Derecho penal respecto de personas cuya actividad profesional comprenda la protección del crédito. Para los particulares quedan los alzamientos de bienes.

A la vista de lo expuesto anteriormente, se identifica una cierta superposición en algunas de las modalidades típicas de las insolvencias punibles descritas en el artículo 259 del CP, con las modalidades de alzamiento de bienes del artículo 257 CP.

Se ha despreciado la posibilidad de establecer una frontera entre ambos grupos de delitos. Debe reflexionarse sobre la idea de que las insolvencias punibles del artículo 259 CP, transitaran en un contexto estrictamente empresarial, tal y como reclama un sector de la doctrina.⁸⁸

Probablemente la reforma de 2015 no ha hecho otra cosa que enturbiar aún más la delimitación típica de las insolvencias punibles, materia por sí misma compleja.

⁸⁸ QUINTERO OLIVARES, “El delito de concurso o bancarrota”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.) *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Pamplona, 2015, pp. 501 y ss.

Respecto al sujeto pasivo al igual que ocurría con el alzamiento de bienes, será el acreedor o acreedores que con la conducta del deudor verán insatisfecho su derecho de crédito.⁸⁹

Por otro lado, el nuevo artículo 259.2 CP hace extensibles las penas a los sujetos que mediante las conductas descritas en el apartado primero del artículo, provocan la situación de insolvencia o la agravan.⁹⁰

2.3 Reflexiones político-criminales sobre la delimitación típica en las insolvencias punibles

Centramos el análisis en los delitos de insolvencia punible, y hacemos alusión incidental al delito de alzamiento de bienes.

El tipo objetivo. Conductas típicas.

Los artículos que engloban la insolvencia punible, son delitos patrimoniales que presentan una estructura de resultado. Los artículos 259, 260, y 261 requieren no sólo de un primer resultado que sería la

⁸⁹ SANCHEZ DEFAUCE M., “Insolvencias punibles”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.) *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia 2013, pp. 755 y ss.

⁹⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, en “Frustración en la ejecución e insolvencias punibles”, en MORILLAS CUEVA (Dir.) *“Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)”*, Madrid, 2015, pp. 591 y ss.

situación de insolvencia, sino también reclaman de un segundo resultado, que sería el perjuicio patrimonial, o la frustración de las perspectivas de cobro de los acreedores. El momento en el que se produzca el perjuicio será determinante para entender, en qué momento se ha consumado el delito.⁹¹

Tras la reforma de 2015 la estructura de resultado lesivo por la que se opta en este trabajo es ciertamente problemática.

⁹¹ *STS 1018/2006 de 26 de octubre* esta sentencia argumenta que con “relación al perjuicio de los acreedores, realmente este requisito no resulta propiamente de una primera aproximación interpretativa al contenido del tipo que se encuentra incluido en el art. 260.1 CP pero creemos indudable su concurrencia. Este delito lo es de resultado ya que quiere la causación de una crisis económica o una situación de insolvencia que debemos considerarla como “generalizada” de manera que el pasivo sea mayor que el activo del deudor, o lo que es lo mismo el sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de sus obligaciones, y en segundo lugar porque el apartado 2 del citado art. 260 CP, nos ofrece la pauta del perjuicio inferido a los acreedores para graduar su penalidad teniendo en cuenta su número y condición económica pero dando por supuesto que siempre tendrá que haber algún perjuicio a los acreedores.”

STS 1757/2002 de 25 de octubre, “se inclina decididamente por esta posición el perjuicio integra el tipo pese a que un sector doctrinal no lo considera esencial bastando el peligro para colmar el tipo. Estamos en presencia de un delito de quebrantamiento patrimonial y por tanto, de resultado de lesión, de modo que la causación de un perjuicio a los acreedores es la consecuencia necesaria del mismo, y la razón de ser de tal incriminación delictiva.”

En el mismo sentido, *Ss. AP Barcelona 100/2000 (Sección 7ª) de 9 de febrero y (Sección 6ª) de 8 de junio de 2001, Baleares 96/2002 Sección 1ª de 23 de septiembre, Valencia 185/2002 (Sección 2ª) de 23 de abril.*

Incluso la mayoría de comentaristas de la reforma se inclinan por configurar las insolvencias punibles del art. 259 CP como estructuras de peligro, en la mayoría de los casos de peligro concreto. Ciertamente, la referencia en el art. 259.1 del CP a la identificación de una situación de insolvencia actual o inminente, seguida de un amplio conjunto de modalidades típicas más abiertas que en la legislación anterior, pueden llevar a esa conclusión. También se insertaría en el Capítulo de argumentos favorables a la tesis de la estructura de peligro la circunstancia relativa a que en las modalidades típicas del art. 259 del CP subyace una infracción de deberes en la gestión del propio patrimonio por parte del sujeto activo.

No obstante, como se ha dicho en el presente trabajo se opta por una configuración de las insolvencias punibles del artículo 259 del CP como estructuras típicas del resultado lesivo. Dos son los argumentos que ofrece el texto legal, tras la reforma de 2015, por razones técnicas y político-criminales para sustentar la propuesta que se formula a continuación.

En primer lugar, el art. 259 bis contempla modalidades típicas agravadas, que reclaman todas ellas la producción de un perjuicio patrimonial singular, bien porque afecte a una generalidad de personas, bien porque las puede situar en una grave situación económica, o alternativamente porque el perjuicio irrogado es superior a seiscientos mil euros, e incluso se contempla la hipótesis agravada de que la mitad del importe de los créditos concursales afecte a titulares adscritos a la Administración Pública.

Si esto es así, en el tipo básico se suscita la necesidad lógica de la irrogación de un perjuicio económico que constituye el resultado típico.

Y se trata de un resultado típico doble, porque el referido perjuicio económico deriva de un primer evento cuál es la situación de insolvencia. Se trata de un matrimonio típico (situación de insolvencia y perjuicio) que constituye una necesidad lógica en las modalidades típicas básicas del art. 259. De lo contrario, se produciría un salto secuencial lógico difícil de explicar entre el tipo básico del artículo 259 y los tipos agravados del artículo 259 bis. En efecto, si las modalidades típicas básicas quedan delimitadas en la esfera del desvalor de resultado como delito de peligro concreto, se produciría un salto de tipicidad en los tipos agravados que se configuran sobre la idea de un desvalor de resultado cualificado por la relevancia del perjuicio irrogado. Por consiguiente, se suscita una necesidad lógica y sistemática de insertar en la hermenéutica del artículo 259.1 CP la exigencia del referido resultado descrito en doble secuencia (causación de una situación de insolvencia e irrogación de perjuicio).

Otro argumento técnico y Político-criminal alimenta la tesis aquí sustentada en torno a la estructura típica de las insolvencias punibles tras la reforma de 2015. El apartado tres del artículo 259 CP amplía la esfera de incriminación de las insolvencias punibles a conductas imprudentes. Como es sabido los delitos imprudentes reclaman el máximo de desvalor de resultado, concretado o expresado en estructuras típicas de resultado lesivo. Se trata de un límite político-criminal comúnmente aceptado en la incriminación de los delitos imprudentes. Este es otro argumento para descartar que las modalidades

típicas del artículo 259.1 CP se correspondan con estructuras de peligro; de admitirse esta naturaleza en los tipos analizados, en combinación con la modalidad imprudente de comisión, se produciría un ámbito de intervención penal en la materia inaceptable desde un punto de vista político-criminal. Además, cuando el legislador quiere tipificar lo que en esencia son conductas imprudentes generadoras de peligro, opta por configurar expresamente concretas figuras de peligro, como ocurre en muchos pasajes del Código Penal, reconvertidas en figuras dolosas de peligro abstracto (por ejemplo conducción de vehículos bajo los efectos del alcohol y las drogas). En conclusión, la admisión de la modalidad imprudente en el artículo 259 CP, conduce a la exigencia de un máximo de desvalor de resultado, en los términos antes expresados en este trabajo.

En estos delitos, lo que se identifica claramente es la situación del deudor que se encuentra en insolvencia actual o inminente sin ser necesaria la declaración de concurso como supuesto típico. El desvalor de resultado es la defraudación a los acreedores como fundamento para la consideración de que el delito ha sido consumado. La insolvencia debe ser causada y agravada por el deudor ⁹². Las acciones que se hayan podido cometer por el deudor para causar esta agravación y el daño indirecto al acreedor, pueden hacer aparecer otros delitos singulares como una apropiación indebida, o el favorecimiento al resto de acreedores.

⁹² *STS 163/1997 de 12 de febrero*, y *Ss.AP Huesca 122/2001 de 3 de julio* (fundamento jco. Tercero mirarla), estas sentencias exponen como condición objetiva de punibilidad la declaración civil de concurso. Pero ahora con la nueva redacción del artículo 259 CP ya no es necesaria la declaración de concurso, sino que tan sólo es exigible la situación de insolvencia actual e inminente del deudor.

Deben valorarse aquellas acciones que son anteriores a la declaración de concurso, y que pudieran constituir otros delitos societarios o patrimoniales.⁹³

Estos delitos presentan una importante peculiaridad en relación al resto de delitos patrimoniales; el objeto de la acción es el patrimonio del deudor que va a integrarse en la masa del concurso. Este patrimonio son el objeto material del delito, y en base a él se genera la pretensión de satisfacción patrimonial de la masa crediticia.⁹⁴

El eje del injusto reside en la conducta que causa o agrava dolosamente la insolvencia o la crisis económica. En cuanto al resultado típico no hay razón alguna para utilizar el término insolvencia en un sentido distinto al que es empleado en la Ley Concursal. Los supuestos de insolvencia van referidos a un estado patrimonial en el que el deudor “no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles”. La expresión “dolosamente” implica que la conducta punible debe significar un desvalor más intenso que justifique la intervención del Derecho Penal, ya que el Derecho Concursal no representa para

⁹³ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Madrid, 2008, p. 22.

⁹⁴ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Valencia, 2000, p.114.

algunos autores una respuesta suficiente, tal y como se ha planteado el conflicto.⁹⁵

La nueva regulación se completa con la previsión de un tipo agravado aplicable en los supuestos en los que se causan perjuicios económicos de especial gravedad o en los que la mayor parte del crédito defraudado corresponde a deudas frente a la Hacienda pública, y la Seguridad Social. De igual forma, se amplía la protección de los acreedores mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores determinados llevadas a cabo, antes de la declaración del concurso, pero cuando el deudor se encontraba ya en una situación de insolvencia actual o inminente.

La norma delimita, con la finalidad de garantizar un grado de seguridad y certeza ajustado a las exigencias derivadas del principio de legalidad, las conductas prohibidas por medio de las cuales puede ser cometido el delito. Para ello, tipifica un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor.⁹⁶

⁹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, 2009, pp. 157-158.

⁹⁶ QUINTERO OLIVARES, en “El delito de concurso o bancarrota”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.) *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Pamplona, 2015, pp. 506-507.

Tipo subjetivo. Fraude y dolo en la insolvencia punible.

De nuevo el análisis se centra en los delitos de insolvencia punible, a pesar de que también se efectúan comparaciones con los delitos de alzamiento de bienes.

Las insolvencias punibles según el antiguo art. 260 del CP requerían del dolo del autor. El artículo 260 del Código Penal sancionaba el inicio del procedimiento concursal “cuando la situación de crisis empresarial o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”.

En la legislación concursal el art. 164.1 contempla además del dolo la culpa grave. Se considera concurso doloso a aquellos en los que concurra una voluntad consciente y deliberada de alcanzar un estado de insolvencia. Se considerará que hay culpa grave cuando se haya llegado o se haya agravado un estado de insolvencia como resultado de conductas gravemente negligentes. Es decir, en la jurisdicción civil no queda clara la diferenciación que se realizaría penalmente entre el dolo y la imprudencia grave. En la Jurisdicción civil se considera que los supuestos de negligencia grave son aquellos en los que no se hayan observado las reglas de diligencia exigibles en la gestión de los negocios, y que generan una agravación del estado de insolvencia, y previstas actualmente en la Ley concursal. La calificación culpable en el concurso concurrirá tanto si se ha generado o provocado un estado de insolvencia que antes no existía, como si se ha agravado un estado de insolvencia preexistente, concurriendo dolo o culpa grave. Podrían

ser también actos posteriores a la insolvencia inicial los que hayan provocado la calificación del concurso como culpable.⁹⁷

En el procedimiento concursal la culpabilidad se postula cuando existe fraude por parte de la concursada en su contabilidad, cuando hay una falta de diligencia grave por parte del concursado, o bien cuando se alzara con sus bienes. Según lo previsto en los artículos 164 y 165 de la LC.

La comisión dolosa, hasta antes de la reforma operada con la LO 1/2015, era la única posibilidad. Parte de la doctrina exigía además la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, como el ánimo de perjuicio hacia a los acreedores.⁹⁸

En Italia, se contempla la imprudencia; la regulación italiana trata como delitos diferentes, por un lado, la comisión dolosa regulada en el artículo 216 de la Legge Fallimentare, denominada como “il reato di Bancarotta fraudolenta”; y por otro, el artículo 217 describe las circunstancias para la comisión culposa o imprudente, “il reato di Bancarotta semplice”. Las penas que regulan uno y otro son dispares, mientras la “fraudolenta” tiene prevista una pena de tres a diez años, la “semplice” de seis meses a dos años. A parte de estas dos modalidades,

⁹⁷ ROSENDE VILLAR “La Calificación del concurso”, en CORDÓN MORENO (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, , pp. 561-562.

⁹⁸ GOMEZ PAVON, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *CPCr.*, núm. 64, pp. 50 y ss.

más generales, existen otras que absorben en diferentes formas delictivas cada uno de los supuestos que el derecho español concentraba en tres artículos 259, 260 y 261 CP con anterioridad a la Reforma de 2015.

Con el anterior Código Penal de 1995 no cabía la comisión culposa en la legislación española. Según la jurisprudencia tanto la quiebra fraudulenta como la quiebra culpable se integraban por actuaciones voluntarias y conscientes. En ambas se estaba ante supuestos típicos claramente dolosos, ya que no cabía comparar quiebra fraudulenta a dolo y quiebra culpable a imprudencia.⁹⁹

La exclusión del castigo de la imprudencia se verificó en el Código Penal de 1995; y en el anterior CP de 1973 el art. 565 contemplaba una cláusula general de punición de los delitos culposos al señalar que “el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que si mediare dolo constituiría delito será castigado con la pena de prisión menor.”¹⁰⁰

El dolo debe abarcar todos los elementos del tipo. Al cometer el delito, en su resultado material debe comprender dos resultados; un primer resultado integrado por la situación de insolvencia, y un segundo resultado, consistente en el efectivo perjuicio en los bienes que se irroga al acreedor por haberse frustrado completamente su derecho de

⁹⁹ BURUAGA PUERTAS, *La calificación de las insolvencias*, ed. Atelier Processal, Barcelona, 1999, p. 76.

¹⁰⁰ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, 2006, pp. 296-301.

crédito. A la vista de lo anterior, se suscitaba la posibilidad de comisión por dolo eventual, antes de la Reforma de 2015.

La inclusión del término “dolosamente” podía plantear problemas en orden a la admisión del dolo eventual¹⁰¹ en este delito. Si se presupone la producción del perjuicio abarcado e integrado en el dolo típico de este delito de insolvencia punible, en términos de alta probabilidad asumida, no había razón para negar esta posibilidad.¹⁰²

El concreto perjuicio patrimonial que han sufrido los acreedores tenía que ser, por consiguiente, una realización de la conducta dolosa. Señala el Tribunal Supremo a través de la doctrina emanada de la *STS 40/2008 de 25 de enero*, que “la referencia al dolo no se debe entender como referencia al elemento subjetivo genérico que consiste en conocer y querer los elementos tipo; la delimitación no podía ser sólo que la insolvencia dolosa corresponde al Derecho Penal e insolvencia imprudente al Derecho Mercantil, porque si así fuera no haría falta una referencia expresa en el art. 260 CP en la medida en que el Código Penal

¹⁰¹ BUSTOS RAMÍREZ, “Política criminal y dolo eventual”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº2 1984, pp. 309-328.

¹⁰² BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, 2006, pp. 210-217, sobre el tratamiento del dolo.

Dice Bustos, que basándose en “la teoría de Kohlrausch, desde un punto de vista político-criminal el tratamiento del dolo eventual resulta imprescindible: la intensidad del ánimo criminal es igual en ambas clases de culpabilidad, y que por eso los casos de dolo eventual desde un punto de vista político-criminal son equivalentes a los del dolo directo presentando la misma intensidad que este último.”

de 1995 no contemplaba una modalidad imprudente de delito concursal. La expresión “dolosamente” implicaba que la conducta punible debe encerrar un desvalor más intenso que justifique la intervención del Derecho Penal ya que el Derecho Mercantil no representa una respuesta suficiente, tal y como se ha planteado el conflicto.”

La *STS 1013/1999 de 22 de junio* “niega en los delitos de insolvencia punible la necesidad de un “concepto de dolo específico a un cierto propósito de defraudar diverso del dolo en sí mismo”, para considerar que es suficiente que el autor conozca los elementos del tipo objetivo, y que disponga del conocimiento de que objetivamente se produce un daño a sus acreedores.¹⁰³ Jurisprudencialmente, se exige la existencia además del dolo, de un elemento subjetivo del injusto.”

Por ejemplo la *STS 40/2008* “sostiene que el término “dolosamente” no podía ser entendido en el sentido jurídico-penal de elemento subjetivo del delito, sino que el concepto de dolo sería equivalente al de fraude. El Tribunal Supremo parece asumir así la posición de un sector de la doctrina que entiende la expresión “dolosamente” como “fraudulentamente”. En este sentido, sería la conducta típica consistente en que el autor actúa con conocimiento de que se está comportando fraudulentamente con sus acreedores. A pesar de todo, este “moderno”

¹⁰³ FEIJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, 2009, pp.163-165, el planteamiento que realiza “la STS 1013/1999 de 22 de junio sigue la misma línea que la jurisprudencia italiana con respecto al delito de bancarrota fraudulenta (art. 216 de la legge fallimentare de 1942).”

punto de partida, desemboca en los argumentos subjetivos tradicionales, correspondientes a un Derecho de quiebra, suspensión de pagos, y concursos que ya no existe: “la Ley debe interpretarse en el sentido que la conducta del deudor esté presidida por la intención de perjudicar (dolosa y fraudulentamente) a sus acreedores, con un comportamiento que comprenda la voluntad de atentar contra sus legítimos derechos e intereses jurídicos, para originar un perjuicio patrimonial.”

Con base a esta idea, si el delito concursal exigía que la conducta del deudor estuviera presidida por la intención de perjudicar fraudulentamente a sus acreedores, antes se debía definir qué se entiende por “perjudicar fraudulentamente”. La jurisprudencia no ha definido aún el desarrollo de un concepto de fraude concreto para el delito de insolvencia que no deje de tener en cuenta, de acuerdo con las funciones específicas del Derecho Penal, el nuevo Derecho Concursal vigente en España desde el año 2004. Cuáles son las posibles conductas que se pueden definir objetivamente como comportamientos típicos de concurso y que deben ser abarcadas por el dolo del autor son todavía una asignatura pendiente.

Debe tenerse en cuenta que el fraude tiene que ser entendido de forma distinta a como se encuentra definido el “engaño bastante” en el delito de estafa porque, a diferencia de lo que sucede en este delito, en aquél se parte de una vinculación especial entre deudor y acreedor que genera determinadas expectativas legítimas en éste con respecto al comportamiento del primero. Lo que se debe comprender por fraude debe ser definido, por tanto, en el contexto normativo y comunicativo de dicha relación jurídica obligacional. El paso del tiempo ha

demostrado, por ejemplo, que es errónea la interpretación del fraude fiscal en la línea del delito de estafa, por la especial situación jurídica del obligado tributario.

Es importante, la exigencia de fraude que se produce al quebrantar el deudor la confianza de los acreedores en sus garantías que se consideraban necesarias para poder cumplir con la obligación de pagar la cantidad adeudada. El fraude debe ser exigible para evitar lo que se conoce como “prisión por deudas”.¹⁰⁴

Como ya se ha comentado en el punto anterior, no cabía la imprudencia en este tipo de delitos ya que la responsabilidad por hechos imprudentes se fundamentaba en la falta de un deber de cuidado exigido en su modo de actuar; se apreciaban erróneamente las circunstancias estando en condiciones de conocerlas.

En los delitos de insolvencia punible se presume que el administrador debe cumplir con una serie de deberes establecidos por el Código de Comercio de buen comerciante, y tiene que actuar con responsabilidad. La persona que actúa en perjuicio de los acreedores y agrava la situación de insolvencia, o que da preferencia en el pago de los acreedores a unos frente a otros, o que lleva una artificiosa contabilidad, es consciente de lo que está haciendo. El conocimiento de los elementos objetivos está integrado por los elementos descriptivos y los elementos valorativos, para que haya dolo debe haber un conocimiento actual. La

¹⁰⁴ BURUAGA PUERTAS, *La calificación de las insolvencias*, ed. Atelier Processal, Barcelona, 1999, pp. 70 y ss.

Reforma de 2015 rompe con esta lógica contemplando otras formas de comisión como la imprudente.

Respecto al tipo de dolo, en este tipo de delitos, consideramos que no se persigue por parte del autor, el perjuicio de los acreedores, sino que agravar la situación de insolvencia, la mala contabilidad, o el pago a unos acreedores ante otros, persigue otro fin que puede ser el buscar beneficio, en otro sentido, con estas operaciones económicas. Con la regulación anterior a la reforma, era admisible el dolo eventual en los injustos en los que la conducta realizada equivale al tipo del injusto.

En todo caso, el debate sobre la admisión del dolo eventual en los delitos de insolvencia punible se ha cerrado tras la reforma del Código Penal de 2015. A la vista del apartado tercero del artículo 259 CP en el que se incrimina la modalidad imprudente, desde un punto de vista valorativo y lógico secuencial, es evidente que las modalidades típicas de insolvencia punible abrazan ahora los supuestos de dolo eventual, en los que el sujeto conoce la alta probabilidad de que el perjuicio económico se produzca para los acreedores, de modo que, actúa asumiendo esa circunstancia.

La reforma de 2015 desborda un límite político-criminal en la esfera de intervención penal para los delitos de insolvencia punible. Ha quedado desterrado así un planteamiento según el cual el Derecho Penal no podía abandonar su carácter de *ultima ratio*, atendido que para las conductas negligentes del deudor en la gestión de su patrimonio frente a los

acreedores ya existen las debidas previsiones en el Derecho concursal.

105

Esta decisión del legislador de 2015 puede albergar importantes consecuencias prácticas. Probablemente en el futuro asistiremos a un expansionismo del Derecho Penal en el ámbito de las insolvencias punibles que puede provocar una intervención penal desmesurada.

Esta problemática no se suscita respecto de los delitos de alzamiento de bienes, ahora denominados de frustración de la ejecución, por cuanto estas infracciones penales conservan su estructura dolosa. Esta simetría en el modelo de incriminación existente entre los delitos de frustración de la ejecución y los relativos a las insolvencias punibles, no encuentra una clara explicación ni desde el punto de vista valorativo, ni desde el punto de vista político-criminal. En este sentido, la previsión en el apartado tercero del artículo 259 CP de la cláusula de castigo de la imprudencia¹⁰⁶ probablemente no responde a una meditada decisión político-criminal. Desde luego es una novedad que viene a comprometer los postulados de partida del Código Penal de 1995.

Además, la cláusula de incriminación de la imprudencia, el apartado tercero del artículo 259 del CP no se compadece con algunas de las

¹⁰⁵ RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, Madrid, 1995, p. 218.

¹⁰⁶ FEIJOO SANCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*, Barcelona, 2001, pp. 60 y ss.

modalidades típicas que prevé el apartado primero del propio artículo 259. Así, por ejemplo las conductas falsarias previstas en los epígrafes sexto, séptimo y octavo del artículo 259.1 difícilmente son compatibles con la modalidad imprudente. Igual ocurre con la modalidad típica relativa a la simulación de créditos de terceros o al reconocimiento de créditos ficticios, prevista en el artículo 259.1.4ª CP, que reclama conceptualmente la actuación dolosa del sujeto. Asimismo las modalidades de las circunstancias 1ª, 2ª, 3ª y 5ª del artículo 259.1 probablemente tampoco se compadecen con la estructura de comisión culposa, entre otras razones porque guardan una identidad estructural acusada con respecto a las conductas de alzamiento de bienes, que en todo caso reclaman la finalidad de elusión del derecho de crédito de los acreedores por parte del deudor.

Junto a esta crítica que atiende a criterios lógico-sistemáticos respecto del tenor del artículo 259, se sitúa la crítica teleológica por cuanto la modalidad imprudente quedaría inmersa con la mera infracción del deber de cuidado en la cuestión de asuntos económicos que produzca resultados que perjudiquen a los acreedores. Se identifica aquí lo que antes se denunciaba como una vulneración del principio de intervención mínima del Derecho Penal, y de su carácter de *ultima ratio*. En todo caso, la Ley concursal 22/2003 y, el Derecho mercantil ya recogen medidas y sanciones jurídicas para los supuestos de concurso culposo, de modo que se antoja político-criminalmente innecesaria la incriminación de la bancarrota imprudente.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Vid. En el mismo sentido BENÍTEZ ORTÚZAR, en “Frustración en la ejecución e insolvencias punibles”, en MORILLAS CUEVA (Dir.) “*Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*”, Madrid, 2015, pp. 591 y ss.,

Junto a las críticas anteriores cabe adosar otra, que se anunció con anterioridad. El artículo 259 bis CP prevé un régimen de tipos agravados que reclama la actuación dolosa por parte del deudor. Al menos una interpretación lógica del precepto permite llegar a esta conclusión. Ya es discutible en el plano objetivo el contenido de los referidos tipos agravados de insolvencia punible.¹⁰⁸ Es criticable la previsión agravada relativa a que al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares algunas de las Haciendas públicas o a la Seguridad Social.

No existen argumentos político-criminales sólidos para considerar que esos créditos necesiten una tutela penal reforzada. En cambio, se ha desaprovechado la ocasión para la previsión de modalidades agravadas que implicaran a los gestores de entidades bancarias o de crédito, que finalmente han necesitado ser intervenidas o sometidas a un plan de saneamiento con cargo al erario público. También son criticables las modalidades agravadas concernientes a una generalidad de personas, por cuanto es absolutamente común en las insolvencias punibles la existencia de una pluralidad de acreedores; más inteligible es el tipo agravado relativo a que se ponga en grave situación económica a esa generalidad de personas, por cuanto aquí la intervención penal atiende a la grave situación económica en que se coloca a un conjunto de víctimas de la insolvencia. Por último, se prevé un tipo agravado por

¹⁰⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, *Concurso e Insolvencia Punible*, HERNÁNDEZ MARTÍ (coord.), Valencia, 2004, p. 490.

causación de un perjuicio económico por un importe superior a seiscientos mil euros.¹⁰⁹

Estas modalidades agravadas en principio conducen a una lógica comisiva dolosa. Y el propio legislador de 2015 lo viene a reconocer de manera concluyente, dado que el artículo 259 bis no contempla una pena alternativa para la modalidad culposa en las modalidades agravadas. En consecuencia, solo admiten la comisión dolosa, y en todo caso, el tipo básico del artículo 259 CP, que alimenta los tipos agravados, se refiere exclusivamente a la modalidad de comisión dolosa.

2.4 Resumen del Capítulo

El delito de insolvencia punible implica la lesión de intereses individuales de cada acreedor. Estamos ante delitos que lesionan los intereses patrimoniales de los acreedores. El objeto de protección básico de los delitos de insolvencia sigue siendo el derecho personal de crédito. Este derecho se vulnera en el momento en que se verifica el

¹⁰⁹ El legislador de 2015 para los delitos del artículo 257 CP limita las agravaciones a que la frustración de la deuda u obligación sea de Derecho Público y la acreedora sea una persona jurídica pública. Por otro lado, el artículo 257, de manera poco premeditada considera un tipo agravado para la comisión del alzamiento de bienes a partir de la participación en negocios especulativos o mediante el incumplimiento la llevanza de una contabilidad ordenada y fiable. No hay razones político-criminales que avalen por qué el artículo 257 CP no guarda relación con algunas de las hipótesis agravadas del artículo 259 bis, como la relativa a la causación de un perjuicio superior a seiscientos mil euros.

incumplimiento de la obligación acompañado de la frustración del interés del acreedor en satisfacerse con el patrimonio del deudor.

En el derecho concursal se protege también el derecho de crédito frente al mero incumplimiento de obligaciones de pago del deudor. La función del derecho concursal no es establecer una equitativa comunidad de pérdidas, sino maximizar el valor del patrimonio del deudor insolvente, satisfaciendo a los acreedores con el cobro de sus créditos. En el procedimiento concursal el acreedor tiene la garantía de poder hacer efectivo su crédito. El administrador concursal es la figura responsable de la empresa deudora en el concurso, y encargada de proteger individualmente, y colectivamente a los acreedores de que puedan cumplir sus expectativas de cobro a través del patrimonio del deudor.

La Administración de una empresa puede ser llevada por un órgano unipersonal con un administrador único, o con varios administradores individuales o solidarios que trabajan de forma solidaria o mancomunada, o bien con un formato colectivo a través del Consejo de Administración. A partir de la reforma penal de 2015 se plantean otros sujetos deudores que no necesariamente tienen que estar declarados en concurso. Según el artículo 259 del CP, ahora en su nueva redacción, el mero incumplimiento de sus obligaciones ya puede devenir en un delito de insolvencia punible.

Pero el incumplimiento del deber de gestión sólo debe llevar al Derecho Penal, respecto de personas cuya actividad comprenda la protección del crédito y el cumplimiento de sus obligaciones empresariales. Para los

particulares deben aplicarse otras figuras delictivas como pueden ser el delito de alzamiento de bienes, entre otros.

Los delitos de insolvencia punible presentan una estructura de resultado lesivo. Se requiere no sólo de un primer resultado que sería la situación de insolvencia, sino también reclaman de un segundo resultado, que sería el perjuicio patrimonial, o la frustración de las perspectivas de cobro de los acreedores. El momento en el que se produzca el perjuicio será determinante para entender en qué momento se ha consumado el delito.

Se exige el fraude en los delitos de insolvencia punible. En el contexto de las insolvencias punibles, o antes de su comisión, aparecen otros delitos o figuras delictivas que llevan al resultado de la pérdida patrimonial, al incumplimiento de sus obligaciones, y a la consecuente insatisfacción de los créditos de los acreedores. Si se considera finalmente el fraude en los delitos de insolvencia este se produce en el momento en el que se quebranta la confianza y la buena fe que se tenía en las garantías que podían ofrecerse al acreedor.

Para que haya dolo es necesario que haya un conocimiento actual. La Reforma de 2015 rompe con esta lógica contemplando otras formas de comisión como la imprudente. La modalidad imprudente quedaría integrada con la infracción grave del deber de diligencia en la llevanza de los asuntos económicos que produzca resultados perjudiciales para los acreedores. Se produce, a mi juicio, con tal previsión una clara vulneración del principio de intervención mínima del Derecho Penal, y de su carácter de *ultima ratio*.

Esta decisión del legislador de 2015 puede albergar importantes consecuencias prácticas. Esperemos que para próximas reformas se opte por una posición más realista, y se evite una intervención penal desmesurada en el ámbito de las insolvencias punibles.

ASPECTOS DOGMÁTICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES
DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES

3. Análisis de los supuestos de culpabilidad de la insolvencia en el ámbito civil. Relaciones entre las jurisdicciones civil y penal

Comentaremos el desarrollo de los argumentos jurídicos civiles utilizados en aquellos supuestos en los que el deudor se ha declarado en concurso. En el estudio de los delitos de insolvencia punible se observan circunstancias similares pero desde una óptica diferente. Nos centraremos entonces, en tan sólo uno de los supuestos de los que contempla el nuevo artículo 259 CP de 2015, que no considera estrictamente necesaria la declaración de concurso del deudor.

3.1 Análisis de los supuestos de culpabilidad de la insolvencia en el ámbito civil. Relación de las jurisdicciones civil y penal

En el procedimiento concursal, el momento en el que se evalúa formalmente la *mala fe* o *buena fe* de los responsables de la sociedad declarada en concurso es en la llamada “sección de calificación” o “pieza sexta”.¹¹⁰ Esta sección es la última en el procedimiento concursal.¹¹¹ En esta sección se examinan los motivos que han causado

¹¹⁰ GONZALEZ MONTES, *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal*, Pamplona, 1974, pp. 141 y ss.

¹¹¹ En cambio según el artículo 8 en el párrafo sexto de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 señalaba que *el juez en el propio auto declarará si por ser activo superior o igual al pasivo, debe considerarse suspenso el estado de insolvencia provisional, o si, por ser inferior, debe conceptuársele en estado de insolvencia*

la insolvencia de la sociedad, y se determina el grado de responsabilidad de las personas que se puedan identificar como culpables. Las personas que se consideren responsables son los responsables legales, administradores o liquidadores, e incluso terceros que hubieran contribuido en la causación o agravación del estado de insolvencia. Es aquí donde se sanciona civilmente la responsabilidad del empresario en la situación económicamente negativa en la que se encuentra la empresa.

Para determinar la culpabilidad es necesario que concurran ciertas circunstancias previstas en la Ley Concursal, como pueden ser la llevanza de una mala contabilidad, o la falta de diligencia en la toma de decisiones empresariales y la agravación de la situación de insolvencia punible,¹¹² entre otras.

definitiva. En este último caso, determinará la cantidad en que el pasivo exceda del activo, concederá al deudor un plazo de quince días para que él o persona en su nombre consigne o afiance a satisfacción del juez dicha diferencia para que pase a ser insolvencia provisional la declaración de insolvencia definitiva. Transcurrido este plazo sin hacer la consignación o afianzamiento, mandará al juez proceder inmediatamente a la formación de la pieza de calificación para la determinación y efectividad de las responsabilidades en que pudiera haber incurrido el suspenso. En todo caso fijará los límites de actuación gestora el suspenso mientras permanezca en este estado.

El momento procesal de la “calificación del concurso” se realizaba mucho antes con la anterior legislación sobre quiebra y suspensión de pagos.

¹¹² SANCHEZ DEFAUCE M., “Insolvencias punibles”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.) *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia 2013, pp.755 y ss.

La sección de calificación del concurso o sección sexta,¹¹³ es de carácter contingente; tan sólo se formará en los casos previstos en el art. 164 y 165 de la Ley Concursal. Ambos artículos han estado sujetos a cambios en su contenido, a causa de la reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.¹¹⁴

¹¹³ ALCOVER GARAU, G., “La calificación concursal y los supuestos de complicidad”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, RCP 8/2008, pp. 133 y ss.

¹¹⁴ Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Artículo 164. *Concurso culpable*.

1. *El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2.*

2. *En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:*

1º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

2º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o

presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

3° Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

4° Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

5° Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

6° Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

3. *Del contenido de la sentencia de calificación del concurso como culpable se dará conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198.*

El artículo 165 de la Ley Concursal presume en todos sus supuestos la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario (Presunciones iuris tantum).

El Artículo 165. Presunciones de culpabilidad.

1. El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1° Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso.

2° Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido,

por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.

3º Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

2. El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos. A estos efectos se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis. 4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos.

En todo caso, para la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer a favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad, que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades con tal de que sea de su grupo o que esté participada por el acreedor. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada a favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior.

Según el artículo 1 de la Ley de Suspensión de pagos del año 1922, “los expedientes de suspensión de pagos de los comerciantes y de las sociedades Mercantiles que no estén comprendidas en el artículo 930 del Código de Comercio se tramitarán con arreglo a lo establecido en esta Ley”. Los artículos de dicha legislación anterior remitían a la calificación de lo que hoy conocemos como concurso, y provienen de la regulación del Código de Comercio.

En el Código de Comercio se diferenciaba entre “quiebra culpable” y “quiebra fraudulenta”. Para los supuestos de quiebra culpable, el art. 888 de la Ley de Suspensión de Pagos contemplaba en el apartado primero los gastos domésticos y personales del quebrado que hubieren sido excesivos y desproporcionados en relación a su haber líquido, atendidas las circunstancias de su rango y familia. En cambio, el art. 889 de la Ley de Suspensión de Pagos recuerda más a la actual Ley Concursal; aprecia los supuestos de una mala llevanza de la contabilidad, la no colaboración, en este caso, del “quebrado” y la declaración de “quiebra tardía”.¹¹⁵

¹¹⁵ BURUAGA PUERTAS, *La calificación de las insolvencias*, Barcelona, 1999, p. 49, recuerda que la anterior legislación haciendo referencia a “la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1975 que decía “que esta Sala tuvo que salir al paso de las argumentaciones de los quebrados que alegaban que la simulación y el fraude hay que probarlos, para que la quiebra pueda ser calificada como fraudulenta, y establece que “si bien es cierto que la simulación y el fraude no se presumen, esta regla es inaplicable a las presunciones de fraude establecidas en la Ley (S. 4/5/1901) ya que el dolo de los comerciantes declarados en quiebra surge de ciertos hechos,.. cual ocurre si existen alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 890 CCom., en cuyo caso no es preciso hacer declaración del dolo para calificar la fraudulencia, y considera que a mayor abundamiento, conviene, además tener presente: 1º que la sentencia recurrida, ya queda expuesto, no se funda solamente en que los quebrados han incurrido en los tres supuestos señalados en aquéllos tres

Por último sólo los quebrados fortuitos o culpables podían obtener la rehabilitación, ya que el art. 920 Ccom /1885 afirmaba que “los quebrados no podrán ser rehabilitados”. Los quebrados fortuitos o culpables podían obtener su rehabilitación bien justificando el cumplimiento íntegro del convenio aprobado, o bien si no hubiere habido convenio, cuando con el haber de la quiebra y, en su caso, mediante entregas posteriores, hubieren quedado saldadas todas las obligaciones del procedimiento de la quiebra.

La quiebra fraudulenta se encontraba regulada en los artículos 890 y ss. del Ccom; entre algunos de los supuestos que recogían estos artículos puede encontrarse el supuesto de “alzarse con todos o parte de sus bienes”, la falsedad en los libros e inexactitud en los apuntes contables que no reflejan cuál es el activo y el pasivo real de la empresa. El artículo 890 del Ccom decía que “la quiebra del comerciante, cuya verdadera situación no pueda deducirse de sus libros se presumirá fraudulenta salvo prueba en contrario”.¹¹⁶ Y con la anterior legislación

referidos apartados del artículo 890 CCom, sino que, además, también se basa en que resulta “comprobado que la verdadera situación de los quebrados no puede deducirse de sus libros” por lo que proclama que es procedente calificar la quiebra fraudulenta, según establece el artículo 891 de dicho Código. 2º Que efectivamente, este precepto dispone que “la quiebra del comerciante cuya verdadera situación no puede deducirse de sus libros, se presumirá fraudulenta, salvo prueba en contrario.”

¹¹⁶ La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el fraude existente establecía como parámetro que no pudiera deducirse de la contabilidad la situación económica real del quebrado (*STS de 17 de diciembre de 1991*). En referencia a la obligación del quebrado de llevar una correcta contabilidad vid. *STS de fecha 22 de noviembre de 1985, 10 de diciembre de 1985, 5 de julio de 1989, 2 de marzo de 1990 y 17 de diciembre de 1991*.

la pieza de calificación se regulaba en los artículos 1295 a 1300 inclusive de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil.¹¹⁷

La Jurisprudencia insistía en la importancia de una contabilidad bien llevada, en aras al cumplimiento exigido por la ley para aquellos agentes económicos que operan en el mercado.

Siguiendo con el argumento de la llevanza de la contabilidad, un mismo presupuesto previsto por ambas jurisdicciones, civil y penal, es la infracción en el deber del empresario en la llevanza de una correcta contabilidad. En la Ley Concursal este mismo presupuesto lo encontramos en el art. 164 LC en su punto 2.1 cuando señala que el concurso se calificará como culpable cuando “...*el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiere cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera...*” Por otro lado, el artículo 261 del Código Penal no penaliza la no llevanza de la contabilidad pero contempla como conducta delictiva el hecho de presentar datos no veraces del estado contable con el fin de lograr indebidamente la declaración de concurso.

En la Jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª: *1 de septiembre de 1995, y 7 de mayo de 1997.*

¹¹⁷ BURUAGA PUERTAS, *La calificación de las insolvencias*, Barcelona, 1999, pp. 50 y ss..

Ambas jurisdicciones necesitan de la constatación de que exista una situación de insolvencia, y en el ámbito penal el delito de insolvencia punible necesita de esta situación de crisis empresarial, que se hayan incumplido con las obligaciones sin ser necesaria la declaración de concurso, según está previsto en el nuevo artículo 259 del CP. En la actualidad, el hecho de que esté declarado en concurso es tan sólo una posibilidad, por lo que no es estrictamente necesario para perseguir el delito en ese sentido, pudiendo ser suficiente el sobreseimiento de pagos o el incumplimiento de las obligaciones.¹¹⁸

En materia de calificación del concurso,¹¹⁹ hay aspectos que no son contemplados desde el ámbito penal. El art. 165 LC al igual que el anterior artículo 889 del Ccom considera también culpable, *iuris tantum*, la infracción del deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, y en un caso el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso. Este incumplimiento, por ejemplo, no se acomoda en el articulado penal sobre insolvencias.

Con anterioridad a la reforma de 2015, en el texto originario del CP de 1995 el auto de declaración de concurso¹²⁰ declaraba jurídicamente el

¹¹⁸ Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo.

¹¹⁹ ROCCO DI TORREPADULA, “ *Governo, misure cautelari e dispositivi di risanamento nel concorso*”, en SARCINA ANTONIO y GARCÍA CRUCES (Dirs.) *Il trattamento giuridico della crisi d’impresa*, , Bari, 2008, pp. 9 y ss.

¹²⁰ ALBERTI MAFFEI, *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, Padova, 2013, pp. 42 y ss.

concurso de acreedores,¹²¹ y reconocía dogmáticamente la condición objetiva de punibilidad.¹²² Según el Código Penal de 1973, sólo se podía solicitar la apertura del procedimiento penal si la “quiebra” había sido calificada como “culpable” o “fraudulenta”, o si el juez civil detectaba indicios de criminalidad; en tal caso; se informaba entonces mediante providencia judicial y se colmaba la condición objetiva de perseguibilidad.¹²³

En el CP de 1995 se eliminó esta condición de perseguibilidad en el art. 260.1 CP.; por tanto, a partir del momento en el que existía declaración de concurso se podría perseguir penalmente los hechos sin tener que esperar a la conclusión del proceso civil (art. 260.3) y no se veía vinculado el proceso penal al proceso civil (art. 260.4)

La finalidad perseguida en la pieza de calificación, en la jurisdicción civil, no es otra que depurar responsabilidades en que hayan podido incurrir los deudores y garantizar el crédito en general en aras del interés público. La calificación termina con sentencia absolutoria o de

¹²¹ PAVÓN NEIRA, *Problemática en torno a la declaración en concurso de acreedores*, Barcelona, 2011, pp. 13 y ss.

¹²² MONGE FERNÁNDEZ, *El delito concursal punible*, Valencia, 2010, pp. 231 y ss.

¹²³ AMBROSETTI ENRICO, MEZZETTI ENRICO, RONCO MAURO, *Diritto penale dell'impresa*. Terza edizione, Bologna, 2012, pp. 273 y ss.

condena. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además los siguientes pronunciamientos:

1º Identificación de las personas afectadas por la calificación y sus cómplices.

2º La inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un período de dos a quince años, y representar a cualquier persona durante el mismo período. Excepcionalmente, en caso de convenio y a solicitud de la administración concursal, podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada.

3º La pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa.

4º La devolución de los bienes obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa.

5º La indemnización de los daños y perjuicios.

En virtud de los arts. 172 y 172 bis de la Ley Concursal, si la sección de calificación hubiere sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la liquidación, el juez puede condenar a la cobertura total o parcial del déficit. Al respecto cabe llamar la atención en que una cosa

es, como hemos visto, la condena e indemnizar los daños y perjuicios, y otra muy diferente, la condena a la cobertura del déficit, aunque esta última observación no tiene por qué estar excluida de la indemnización de daños y perjuicios. Estas cantidades se integrarán en la masa activa del concurso, lo que significa que tendrán como destino el pago de los créditos contra la masa y concursales.¹²⁴

Fue en el anterior artículo 260 del CP del 95 donde se suprimió la denominación de “fraudulento” que antes utilizaba el art. 520 del CP de 1973. De este modo, se evitó la llamada prisión por deudas. Se acaba también con la técnica de la ley penal en blanco utilizada para el delito de quiebra en el antiguo Código Penal. El art. 260 CP describía de forma suficiente la única forma de quiebra posible, la quiebra dolosa. Se proscribían las formas imprudentes de insolvencia que la jurisprudencia había reservado para la omisión de contabilidad y de anticipación de pagos.¹²⁵ Ahora con el nuevo artículo 259 CP, en su apartado tercero, se contempla la posibilidad de que la conducta típica se cometa por imprudencia.

Volviendo de nuevo a la pieza de calificación concursal, la Ley concursal 22/2003, de 9 de julio, contemplaba dos tipos de concurso, el fortuito y el culpable. Mientras que el concurso fortuito está exento de responsabilidad, si se calificaba como culpable se imponían las

¹²⁴ ARROYO MARTINEZ y MORRAL SOLDEVILA, *Teoría y práctica del derecho concursal*, Madrid, 2012, pp. 120 y ss.

¹²⁵ BURUAGA PUERTAS, *La calificación de las insolvencias*, Barcelona, 1999, pp. 55-71.

pertinentes sanciones civiles a las personas que hubieran generado o agravado el estado de insolvencia mediando una actuación dolosa o gravemente culpable. El legislador no ha expresado el porqué de esta doble clasificación: no obstante, hemos de tener en cuenta las siguientes circunstancias; en la situación anterior, con la Ley de suspensión de pagos, la diferencia entre quiebra fraudulenta y culpable residía en la intención del quebrado. Así la quiebra se calificaba como fraudulenta cuando concurría *animus nocendi* o propósito de fraude. Cuando faltaba esa intención se calificaba como culpable. Con la posterior ley concursal, la culpabilidad abarca tanto los supuestos de dolo como de negligencia grave, quedando exentos de responsabilidad los de culpa leve.

En relación con las consecuencias de una y otra calificación, sólo en los supuestos de quiebra fortuita y culpable era posible que la misma terminase por convenio; no así cuando se había calificado de fraudulenta (art. 898 Ccom.). Con la nueva regulación concursal, el convenio se prevé como la solución del concurso al que se puede llegar en todos los casos, si su contenido es conforme a lo dispuesto en el art. 100 LC. Con anterioridad a la Reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, según el alcance de las proposiciones de quita y espera podía plantearse la apertura de la sección de calificación. Ahora con las diferentes reformas aplicadas en la Ley concursal se ha descartado esta posibilidad.

El concurso culpable engloba los anteriores supuestos de quiebra culpable y fraudulenta siendo de aplicación el mismo régimen con independencia de que concurra dolo o culpa grave del deudor. Por lo que se refiere al concepto de “culpable” utilizado por la Ley concursal,

se prevén dos tipos diferentes de presunciones; de un lado las presunciones “iuris et de iure” de culpabilidad (art. 164.2) que prescinden de prueba en contrario, siendo suficiente la concurrencia del supuesto de hecho para que el concurso haya de reputarse culpable; se presumen supuestos que generan o agravan un estado de insolvencia y, de otro, aquellos en los que se opera con presunción “iuris tantum” (art. 165 LC).

De vuelta a lo comentado respecto de la culpabilidad concursal, se exponen los diferentes supuestos evaluados en la calificación del concurso.

Para el supuesto de incumplimiento en la obligación de la llevanza de la contabilidad como hecho evaluado en la calificación de concurso, el art. 164.2.1 LC señala: *“Cuando el deudor obligado a la llevanza de la contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara”*. Su precedente es el artículo 890.3 Ccom/1885, que preveía como supuestos de quiebra fraudulenta, *“no haber llevado libros, o llevándolos, incluir en ellos con daño de tercero partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos”*.

El momento en que se incumplirá con el precepto será cuando no se lleve una correcta contabilidad, o doble contabilidad, o la no llevanza de los libros obligatorios. También se considerará para aquellos casos en los que la contabilidad no permita entender, conocer o deducir el patrimonio real de la empresa en concurso. El incumplimiento de la

llevarla de la contabilidad debe ser sustancial o que la irregularidad sea relevante; quedan exonerados los supuestos de incumplimiento de requisitos no esenciales o indispensables o de mera irregularidad. Sigue matizando el artículo 164 LC en el apartado segundo punto dos respecto de este supuesto las hipótesis “*cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiere acompañado o presentado documentos falsos.*” Los simples desajustes o insignificantes variaciones en los documentos, no constituirán supuestos de inexactitud grave; pero sí que lo serán aquellos en los que concurriesen graves irregularidades en la documentación aportada junto la solicitud de declaración del concurso.

El artículo 164 LC contempla otro supuesto *cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado* (art. 164.2.3). Este supuesto exige la concurrencia de tres elementos:

- 1) Incumplimiento de un convenio aprobado judicialmente.
- 2) Que tal incumplimiento haya sido declarado en sentencia firme.
- 3) Que el incumplimiento sea causa imputable al concursado.

El legislador ha penalizado los supuestos de incumplimiento de convenio por causa imputable al deudor, porque él es el responsable de la presunción de culpabilidad *iuris et de iure*, y de éste, es el único

supuesto en el que son posibles dos sentencias de calificación condenatorias en un mismo concurso.

Si el convenio precedente contenía quitas de más de un tercio de los créditos, o esperas de más de tres años, se podría haber tramitado previamente, o estarse tramitando la sección de calificación por dicha causa pudiendo recaer sobre el deudor, y en su caso, las demás personas afectadas por la calificación, una sentencia condenatoria por la que se calificase el concurso como culpable.

Otro supuesto previsto en el artículo 164 LC alude a que, “cuando el deudor se hubiere alzado con la totalidad o parte de sus bienes, en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo, en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación”. (art. 164.2.4 LC), también operará una presunción *iuris et de iure*.

Ha venido siendo tradicional en nuestro ordenamiento la configuración del alzamiento de bienes como un supuesto típico de culpabilidad de los procedimientos concursales. En la nueva regulación concursal este supuesto es considerado mediante presunción *iuris et de iure*. Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos (art. 164.2.5 L.C)

Esta causa de culpabilidad concursal, guarda relación con las acciones de reintegración previstas en el art. 71 LC, que prevé que, una vez

declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, *aunque no hubiere existido intención fraudulenta*.

Corresponde al Juez del concurso al momento de la tramitación de la sección de calificación, determinar el carácter fraudulento de la salida de bienes o derechos de patrimonio del deudor, salvo que exista una sentencia que resuelva la acción de reintegración y que aprecie la intención fraudulenta del acto rescindido. En caso contrario, la intención fraudulenta deberá ser objeto de prueba por quien lo alegue.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de abril de 2007 fundó la culpabilidad del concurso, entre otras causas, en la existencia de enajenaciones realizadas por el propio administrador cuando los fondos propios de la sociedad eran negativos; con ello se provocaba o alude a que contribuía al impago de todo o parte de los restantes créditos de la sociedad.¹²⁶

Otro supuesto concursal alude a que el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular su situación patrimonial ficticia con anterioridad a la declaración de concurso (art. 164.2.6 LC).

Este último supuesto de calificación del concurso, sin admisión de prueba en contrario, sanciona fundamentalmente los actos realizados

¹²⁶ ROSENDE VILLAR, “Capítulo de la Calificación del concurso”, en CORDÓN MORENO (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, pp. 556 y ss.

con anterioridad a la declaración de concurso, por el deudor o su representante administrador o liquidador con el fin de simular su verdadera situación patrimonial y aparentar una solvencia ficticia.¹²⁷

Se han analizado los supuestos en los que no cabe prueba en contrario por operar la presunción *iuris et de iure* del artículo 164.2 LC; el concurso se calificará en estos casos como culpable; por otro lado, el art. 165 LC determina los casos en los que se presume la existencia de dolo o culpa grave admitiendo prueba en contrario. En estos casos, no siempre el concurso será calificado como culpable, son los supuestos bajo presunción *iuris tantum*:

Un primer supuesto se refiere al deudor, sus representantes legales, administradores o liquidadores que hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso (art. 165.1 LC). Si la solicitud del deudor se realiza dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer su estado de insolvencia no concurre la culpabilidad del concurso.

Otro segundo supuesto se proyecta al deudor, sus representantes legales, administradores o liquidadores que hubieran incumplido el deber de colaboración con el Juez del concurso y la administración concursal, y no hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la Junta de acreedores (art. 165.2 LC).

¹²⁷ ROSENDE VILLAR, “Capítulo de la Calificación del concurso”, en CORDÓN MORENO (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, pp. 556 y ss.

El deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el juzgado y ante la administración concursal, cuantas veces sea requerido; así como el de colaborar, e informar en todo lo necesario, y conveniente para el interés del concurso. Cuando el deudor es persona jurídica estos deberes son responsabilidad de los administradores, liquidadores y apoderados, así como para aquellos que hayan desempeñado estos cargos en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Jurisprudencialmente, encontramos sentencias condenatorias en este sentido, como a modo de ejemplo la de la Audiencia Provincial de Barcelona *de fecha 3 de septiembre de 2008*, que declaró la culpabilidad del concurso por incumplimiento del deber de colaboración e información porque el administrador había desatendido dos requerimientos de aportación de información patrimonial.

Otro tercer supuesto alude a la hipótesis en que el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso (art. 165.3 LC).¹²⁸

Existe un límite temporal, y es que tales infracciones puedan fundar la calificación del concurso culpable siempre que se hayan producido en

¹²⁸ ROSENDE VILLAR, “Capítulo de la Calificación del concurso”, en CORDÓN MORENO (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, pp. 556 y ss.

alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso.¹²⁹

Los tribunales han considerado que esos supuestos no son *numerus clausus*, pues es posible que el concurso sea calificado como culpable al margen de los mismos, y en virtud, de la cláusula general del apartado 1 del artículo 164 LC. Así afirma la SAP de Córdoba de 28 de marzo de 2008 cuando señala que “este catálogo de conductas no constituye un *numerus clausus*, puesto que puede que existan otras conductas o actuaciones que sean incluibles en la cláusula general del párrafo primero: contribución a la generación o agravación de la insolvencia. Lo que sucede es que en los casos incluidos en la cláusula general la prueba será más difícil”.

La demanda de calificación deberá contener una concreta descripción de los hechos susceptibles de ser encuadrados en algunos de los supuestos típicos de la Ley, con la petición de condena para cada uno de los demandados, a los que la Ley denomina como “afectados”, y sus cómplices. Aquello que debe tener en cuenta la sentencia de calificación del art. 172 LC, equivale a lo que la Administración Concursal puede o debe pedir.

El dictamen del Ministerio Fiscal ha de reunir idénticos requerimientos que la demanda de la administración concursal, escrito que

¹²⁹ Vid. ROSENDE VILLAR, “Capítulo de la Calificación del concurso”, en CORDÓN MORENO (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, pp. 556 y ss.

primeramente se considera como informe de calificación pero que es redactado con el formato de demanda.

Respecto de la presencia del Ministerio Fiscal en esta sección del procedimiento concursal, algunos la contemplan como una figura histórica cuyo informe tenía una transcendencia penal de la que carece el actual dictamen; pero otro sector doctrinal señala que es importante por las restricciones que significan las sanciones civiles que se imponen, y por la afcción a la globalidad de los acreedores, por lo que parece que es necesaria la representación de ese interés público.¹³⁰

La exigencia de la intervención del Ministerio Fiscal podría considerarse innecesaria, por la posible represión penal de la causación del estado de insolvencia. Así podría bastar con que se facilitara un testimonio al Ministerio Fiscal de lo actuado para que éste, posteriormente, pudiera decidir si deben tomarse las actuaciones correspondientes dirigidas al enjuiciamiento criminal. La tipificación penal de las insolvencias punibles, para cuya persecución no se precisará de ningún pronunciamiento civil, convierte la presencia del Ministerio Fiscal en la sección de Calificación en algo simbólico de carácter residual. Además, en el procedimiento penal, el Fiscal podrá actuar con toda la independencia y rotundidad en aras a perseguir aquellas conductas más gravemente antijurídicas, y más lesivas, para el buen orden público mercantil.¹³¹

¹³⁰ FRAU I GAIÀ, *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*, Valencia, 2014, pp.128-130.

Podría abrirse un debate sobre si el Juzgador penal debería inevitablemente, interesarse, por el resultado del enjuiciamiento que se haya llevado a cabo en el procedimiento concursal . Una propuesta de *lege ferenda* podría bascular sobre la necesidad de que el Código Penal, incluya algunos criterios a tener en cuenta por los jueces penales respecto de las interpretaciones que se hayan podido hacer de los mismos hechos en la jurisdicción civil, utilizando estos medios como fuentes de conocimiento para determinar la relevancia jurídico-penal de la insolvencia, siguiendo con la línea en otros códigos europeos. Esto tendría importantes ventajas: cumpliría escrupulosamente con la necesidad de que el delito se defina en la ley penal evitando el recurso a una ley penal en blanco, reforzaría la certeza del derecho, que ciertamente no se consigue con esa casi enigmática idea de “insolvencia dolosamente causada”, que se acerca de hecho a un tipo abierto o indeterminado, contribuiría a fijar los supuestos en los que debe apreciarse concurso de delitos o simplemente de normas y, lo que es muy importante, evitaría el alejamiento y desvinculación del Derecho mercantil concursal respecto del Derecho penal.¹³²

¹³¹ FRAU I GAIÀ, *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*, Valencia, 2014, pp.128-130.

¹³² QUINTERO OLIVARES, en “El delito de concurso o bancarrota”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.) *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Pamplona, 2015, pp . 501 y ss., señalaba que “tampoco se puede transformar en delictivo lo que sea “culpable” en el derecho concursal, relegando al derecho penal a la condición de “brazo represor”. Esa reserva de alcance de las calificaciones civiles se refleja en la propia Ley Concursal, cuya Exposición de Motivos declara “los efectos de la calificación *se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal*””. Quintero con acierto señala: “El concurso se calificará como fortuito o como culpable”. Todo ello ha de ser compatible con una armonía y continuidad entre lo concursal y lo penal”.

3.2 Resumen del Capítulo

Se examinan los motivos de causación de la insolvencia de la sociedad, y se determina el grado de responsabilidad de las personas que se puedan identificar como culpables. Las personas que se consideren responsables son los responsables legales, administradores o liquidadores, e incluso terceros que hubieran contribuido en la causación o agravación del estado de insolvencia. La finalidad perseguida en la pieza de calificación, en la jurisdicción civil, no es otra que depurar responsabilidades en las que hayan podido incurrir los deudores y garantizar el crédito en general en aras del interés público

“La calificación *no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal* que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito. Todo ello ha de ser compatible con una armonía y continuidad entre lo concursal y lo penal.”

“La Ley Concursal describe acciones que han de contribuir a la *calificación del concurso, pero que también serían significativas para entender penalmente que la quiebra ha sido malintencionadamente buscada o provocada*; pero a su vez esas acciones mencionadas en la ley concursal pueden coincidir con acciones del deudor aptas para dar vida a delitos diferentes de concurso. (Delitos conexos de alzamiento de bienes, falsedades, apropiaciones indebidas).”

Si los hechos son anteriores a la calificación del concurso, a pesar de no infringirse el principio *non bis in ídem*, no es lógico ni proporcionado que aquello que ya puede generar consecuencias sancionadoras graves como la pena, vuelva a ser utilizado para calificar el concurso como culpable si se va a dar con ello consecuencias materialmente sancionadoras.

La sección de calificación del concurso o sección sexta, es de carácter contingente, tan sólo se formará en los casos previstos en el art. 164 y 165 de la Ley Concursal

Ambas jurisdicciones, civil y penal, necesitan de la constatación de que exista una situación de insolvencia. En el ámbito penal el delito de insolvencia punible necesita de esta situación de crisis empresarial. En la actualidad, el hecho de que el deudor infractor esté declarado en concurso es tan sólo una posibilidad, por lo que no es estrictamente necesario para la perseguibilidad del delito; puede ser suficiente con un sobreseimiento de pagos o incumplimiento de las obligaciones.

Por lo que se refiere al concepto de “culpable” utilizado por la Ley concursal, se prevén dos tipos diferentes de presunciones; de un lado las presunciones “*iuris et de iure*” de culpabilidad (art. 164.2 LC) que no admiten prueba en contrario; basta la concurrencia del supuesto de hecho para que el concurso haya de reputarse culpable. Se presumen así una serie de situaciones que generan o agravan un estado de insolvencia y, de otro, los supuestos en los que se opera con presunción “*iuris tantum*” (art. 165 LC).

En la nueva regulación concursal, la configuración del alzamiento de bienes como supuesto típico de culpabilidad de los procedimientos concursales, es considerado mediante presunción *iuris et de iure*. Los tribunales han considerado que esos supuestos no son *numerus clausus*, sino que es posible que el concurso sea calificado como culpable al

margen de los mismos, y en virtud, de la cláusula general del apartado 1 del artículo 164 LC.

Existe un límite temporal, y es que las infracciones que determinan la culpabilidad del concurso se hayan producido en alguno de los dos últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso.

La tipificación penal de las insolvencias punibles, para cuya persecución, no se precisará de ningún pronunciamiento civil previo, convierte la presencia del Ministerio Fiscal en la sección de Calificación en algo simbólico de carácter residual. Además, en el procedimiento penal el Fiscal podrá actuar con toda la independencia y rotundidad en aras a perseguir aquellas conductas más gravemente antijurídicas,

Una propuesta de *lege ferenda* podría bascular sobre la necesidad de que el Código Penal incluya algunos criterios a tener en cuenta por los jueces penales respecto de las interpretaciones que se hayan podido hacer, de los mismos hechos en la jurisdicción civil. Se deben utilizar estos medios como fuentes de conocimiento para determinar la relevancia jurídico-penal de la insolvencia.

ASPECTOS DOGMÁTICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES
DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES

4. La demarcación típica entre el delito de alzamiento de bienes y delitos de insolvencia punible

Estudiamos en este Capítulo la demarcación que debe realizarse entre el delito de alzamiento de bienes, ahora llamado de frustración, y los delitos de insolvencia. En este Capítulo se separarán conceptualmente y se observarán los aspectos de confluencia jurídica.

4.1 Delitos de alzamiento de bienes versus delitos de insolvencia punible

Hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los delitos de alzamiento e insolvencia punible se encontraban bajo el mismo capítulo que se denominaba “De las insolvencias punibles”. Ahora en cambio, el delito de alzamiento de bienes art. 257 CP se encuentra en el Capítulo VII de “Frustración de la ejecución”, y en cambio, las insolvencias punibles o delitos concursales ostentan ahora su propio Capítulo VII bis “De las insolvencias punibles”. Esta separación parece adecuada.

El delito de alzamiento de bienes, además de encontrarse en el Art. 257 CP,¹³³ se encuentra subdividido en dos nuevas figuras delictivas que están

¹³³ Artículo 257:

1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:

llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución, la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, modalidades tipificadas en el nuevo art. 258 del CP ¹³⁴.

1º El que se alce con bienes en perjuicio de sus acreedores.

2º Quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

2. Con la misma pena será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder.

3. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor se aun particular o cualquier persona jurídica, pública o privada. No obstante lo anterior, en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.

4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los numerales 5º o 6º del apartado 1 del artículo 250.

5. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal.”

¹³⁴ Art. 258:

El actual artículo 257 CP acoge dos dimensiones del alzamiento, la insistencia a eludir la eficacia de un embargo, o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, y el alzamiento, dirigido a eludir la responsabilidad civil que se deriva del delito. En el alzamiento para eludir la responsabilidad civil *ex delicto* se determinan los siguientes cambios sustanciales:

- a) Por un lado, se omite la referencia a la insolvencia total o parcial, y se intercambia por la ocultación de los elementos del patrimonio sin importar el medio utilizado para conseguirlo. El legislador ha decidido que la

“1. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses quien, en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, presenta a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor.

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

2. La misma pena se impondrá cuando el deudor, requerido para ello, deje de facilitar la relación de bienes o patrimonio a que se refiere el apartado anterior.

3. Los delitos a que se refiere este artículo no serán perseguibles si el autor, antes de que la autoridad o funcionario hubieran descubierto el carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, compareciera ante ellos y presentara una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa.”

responsabilidad civil derivada del delito es la única obligación cuyo incumplimiento sin fraude, es decir, con una insolvencia real merece la calificación de alzamiento de bienes. No se habla en ningún momento de una disminución del patrimonio.

- b) El responsable de cualquier hecho delictivo pasa a ser quien descuide *“el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder”*.

En el apartado 3, párrafo segundo del artículo 257 del CP en el que se alude a las deudas u obligaciones de Derecho Público, se incluye una referencia expresa a las obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social. La agravación de la pena viene motivada por la intención de incrementar el plazo de prescripción. La nueva regulación al incrementar el plazo de prescripción resguarda el interés público de dichos organismos públicos y de este modo pueden resarcirse y recuperar la cantidad adeudada por el deudor con plazos más amplios que le permiten ejercitar la vía penal.

Como bien dice QUINTERO OLIVARES, respecto del artículo 258 CP se puede concluir sin muchas dudas que la conducta típica determinada en el artículo 258.1 no constituye un delito especial de alzamiento, se debe tratar como un nuevo delito contra la Administración de

Justicia.¹³⁵ De nuevo, muestra el legislador su preocupación por salvaguardar el interés público.

Con este nuevo capítulo VII del Código Penal, se pretende satisfacer una doble necesidad, por un lado aportar un nuevo aplicativo legislativo que permite dar una respuesta penal para aquellas actuaciones que contravienen el deber de diligencia en la gestión empresarial producidos en un contexto de crisis económica de la persona o empresa y que perjudica directamente a los acreedores en sus expectativas de cobro, y dependiendo de las circunstancias, también afecta al orden socioeconómico, pudiendo ser determinantes para la declaración en concurso del sujeto. Y por otro lado, se ofrece suficiente certeza y seguridad en la determinación de estas conductas punibles. Es decir, aquellas actuaciones que son contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido. En este nuevo capítulo VII bis, se incluye junto al delito de “concurso punible” o “bancarrota”, que tipifica el artículo 259.1 CP, un compilación de acciones contrarias al deber de diligencia, se limita indebidamente el patrimonio que es garantía de cumplimiento de las obligaciones, o se debilita, o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor.¹³⁶ Se mantiene la tipificación expresa de la causación de la situación de insolvencia por el deudor, (art. 259.2 CP), la tipificación del

¹³⁵ QUINTERO OLIVARES, en “Frustración de la ejecución”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.) *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Pamplona, 2015, pp.492-497.

¹³⁶ QUINTERO OLIVARES, en “Frustración de la ejecución”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.) *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Pamplona, 2015, pp.492-497

favorecimiento a determinados acreedores antes de la declaración de concurso (art. 260.1 CP); así como de las acciones que se ejecutan tras la admisión a trámite del procedimiento concursal art. 260.2 CP, y el falseamiento del estado contable para obtener la declaración de insolvencia (art. 261 CP).¹³⁷ Se constata la carencia de el segundo objetivo perseguido por la Reforma de 2015. Y no se esclarece el papel de la insolvencia y sus limitaciones.¹³⁸

Respecto la agravante introducida en la reforma del Código Penal de 2010, en la que se incluía el hecho de que la deuda pudiera ser frente a un ente de Derecho público, debe indicarse que, tras la reforma de 2015, se mantiene el tipo agravado pero ahora se especifica que los organismos públicos pudieran ser la Hacienda Pública o la Seguridad Social, para el supuesto de que lo que se pretenda sea eludir obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra dichos organismos.

El nuevo art. 258 CP contiene la modalidad típica de la falta de información, respecto a la propiedad de los bienes del deudor, pero dentro de un escenario de ejecución judicial o administrativo. Se ha creado un nuevo artículo 258 bis CP¹³⁹ para quienes hagan uso de

¹³⁷ Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. Reforma de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo.

¹³⁸ VILADÀS JENÉ, *Los delitos de quiebra*, Barcelona, 1982, pp.119 y ss.

¹³⁹ Artículo 258 bis:

bienes que se encuentran embargados por autoridad pública. Y el nuevo art. 258 ter ¹⁴⁰, prevé la cláusula de responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a lo establecido en el artículo 31 bis.

El anterior art. 259 del CP de 1995 preveía el favorecimiento a alguno de los acreedores sin estar autorizado judicialmente ni por la Administración concursal, mediante actos de disposición patrimonial, o generador de obligaciones. Ahora esta previsión con la nueva regulación, se encuentra subsumido dentro del redactado del nuevo

“Serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quienes hagan uso de bienes embargados por autoridad pública que hubieren sido constituidos en depósito sin estar autorizados para ello.”

¹⁴⁰ Artículo 258 ter:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*
- b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.*
- c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de casos.*

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.”

artículo 260 del CP, pero fuera del contexto concursal; sólo será necesaria una situación de insolvencia actual o inminente. En el apartado segundo del artículo 260, se toma en cambio como requisito inexcusable que la solicitud de declaración de concurso haya sido admitida.

Como ya hemos comentado, los alzamientos de bienes y el delito de insolvencia punible quedan separados en dos Capítulos diferentes. Lo más destacable de esta nueva ubicación sistemática es que el delito de insolvencia punible, el favorecimiento ilícito de acreedores y la presentación en procedimiento concursal de datos contables falsos, quedan englobados bajo la expresión “insolvencias punibles”. Esto significa que técnicamente, los alzamientos de bienes, dejan de ser insolvencias punibles. Como se puede imaginar, se trata de una profunda reforma.

Con la salida del alzamiento de bienes¹⁴¹ del ámbito de las insolvencias punibles, la insolvencia aparente se convierte en el núcleo del tipo. Los delitos de insolvencia se convierten en tipos de disminución o destrucción de un patrimonio a consecuencia de una gestión irregular. En ellos, el problema central es precisamente la insolvencia del deudor, del mismo modo que en los alzamientos, el problema central es la no insolvencia del deudor, sino su carácter aparente. La insolvencia real del deudor impide la comisión de un alzamiento de bienes.

¹⁴¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Cuestiones fundamentales del alzamiento de bienes”, *Estudios Penales y Criminológicos* N°XXIV, 2002-2003, pp. 443 y ss.

QUINTERO OLIVARES ha propuesto convertir el delito de insolvencia punible en un delito de empresa, por cuanto no parece adecuado que cualquier particular pueda cometer un delito por la gestión desordenada de sus bienes. Esto sólo tendría sentido respecto de profesionales y de empresarios.¹⁴²

Si se separan de un lado, los delitos relativos a la frustración de la ejecución del crédito, y de otro lado, las insolvencias punibles puede llegarse a una conclusión errónea en el sentido de que se afirme que las conductas relativas a la frustración de la ejecución, no requieren la situación de hecho de insolvencia del sujeto, o bien de otro lado, que en el nuevo capítulo “ de las insolvencias punibles” el legislador ha decidido castigar la insolvencia, en cuanto tal, y no como una situación de hecho preexistente a cualquier situación jurídica; se trata de un requisito que debería ser común a las distintas conductas delictivas.¹⁴³

¹⁴² QUINTERO OLIVARES, en “Frustración de la ejecución”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.) *Comentario a la Reforma Penal de 2015* Pamplona, 2015, pp. 507 y ss. propone que se defina el tipo de insolvencia punible de otro modo. Así se evitaría la inclusión o la consideración dentro del mismo de los particulares, y reservando a ellos tan sólo el tipo que corresponde al alzamiento de bienes.

¹⁴³ BENÍTEZ ORTÚZAR, “Frustración en la ejecución e insolvencias punibles”, en MORILLAS CUEVA (Dir.) *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015, pp. 570-572. Señala que “el alzamiento de bienes adquiere relevancia penal, en tanto que con esa actuación se lesiona o, al menos, se pone en peligro el derecho de crédito de los acreedores. De tal modo, que vacía de contenido su patrimonio sin perjuicio del derecho de crédito de sus acreedores o quien presenta una declaración de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, pero suficiente para hacer frente a las deudas contraídas, no realizan el tipo

Parece plantearse el alzamiento de bienes,¹⁴⁴ desde la perspectiva del vaciamiento patrimonial del deudor, con el objeto de no hacer frente a las obligaciones de pago actuales o futuras contraídas con sus acreedores, provocando con ello, una situación de insolvencia real o simulada que impide la ejecución del derecho de crédito por los acreedores; se causa de este modo, un perjuicio patrimonial en los acreedores con los propios bienes del deudor. Se añade en la nueva regulación la perspectiva de presentación de una relación de bienes incompleta o mendaz en un procedimiento de ejecución de crédito o la utilización de bienes embargados sin autorización. En definitiva, las diferentes modalidades de sustracción de los bienes propios con el objeto de hacer ineficaz el ejercicio del derecho que los acreedores tienen de recuperar aquello debido o resarcir el perjuicio que el impago les ha ocasionado. Este es el punto de conexión que existía entre el alzamiento de bienes,¹⁴⁵ y la insolvencia punible que siempre tenía alrededor como delito principal, el alzamiento de bienes, y luego, el concurso punible. Y ahora tras la Reforma de 2015, se han separado sustancialmente en capítulos diferentes. En la práctica seguirán surgiendo dudas, agravadas por cuanto se ha eliminado como presupuesto exigible el procedimiento concursal en el delito de

por no afectar al bien jurídico protegido, en tanto, que con dichas conductas el sujeto no se sitúa en una situación de hecho prejudicial de insolvencia, ni real ni simulada”.

¹⁴⁴ MUÑOZ CONDE, “Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1977 núm. 2, p. 87.

¹⁴⁵ MUÑOZ CONDE, “Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1977 núm. 2, p. 97.

insolvencia. Ahora puede estar el deudor declarado en concurso o no, con lo que dependiendo de las circunstancias de cada supuesto, puede ocasionar confusión para identificar la acción delictiva en sede de alzamiento de bienes o bien de insolvencia punible.

La situación de insolvencia constitutiva del delito de alzamiento de bienes, será por tanto, aquella ejecutada con posterioridad al momento de adquirir el compromiso de deuda ocasionada, para eludir el pago a los acreedores. Para afirmar la comisión del delito, basta el hecho de que la situación de insolvencia solo sea aparente, por derivar de un ocultamiento de los bienes, por parte del deudor dirigido a impedir la satisfacción de las obligaciones crediticias que tiene adquiridas con sus acreedores. Con la reforma de 2015 se quedan subsumidos en el actual artículo 257 CP, los anteriores 257 y 258 CP.

Según BENÍTEZ ORTÚZAR con la reforma se mantiene el bien jurídico del alzamiento de bienes, los sujetos, y el objeto material del delito, de modo que el bien jurídico es el derecho de recobro de los acreedores para resarcir el perjuicio y las cantidades debidas; por tanto la naturaleza es patrimonial, el sujeto activo es el deudor y el sujeto pasivo es el acreedor, el titular del derecho de crédito cuyo cobro se ve obstaculizado o frustrado por la conducta del deudor.¹⁴⁶

Lo característico en este caso, según BENÍTEZ ORTÚZAR, es el hecho de que la situación de insolvencia provocada por el deudor frustra las

¹⁴⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, en “Frustración en la ejecución e insolvencia punibles”, en MORILLAS CUEVA (Dir.) *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015, y 2/2015)*, Madrid, 2015, pp. 573 y ss.

expectativas de cobro por parte del acreedor. La insolvencia del deudor, por sí misma no es constitutiva de delito, ni la insolvencia fortuita del deudor, ni la imprudente son constitutivas de delito. Se añaden al artículo 257 CP dos subapartados: uno que abarca el tipo básico del delito de alzamiento de bienes tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, que se consuma con el mero alzamiento con sus bienes por el deudor con la finalidad de perjudicar a sus acreedores. El tipo se contempla de este modo de una forma abierta, en la que cabe cualquier conducta que provoque la situación real o ficticia de insolvencia del deudor.

Y el siguiente subapartado, como bien dice BENÍTEZ ORTÚZAR, se mantiene como modalidad específica de alzamiento el acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, que dificulte o impida la eficacia de un embargo de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo. Esta modalidad específica de alzamiento sólo es constitutiva de delito cuando el acto de disposición patrimonial que disminuye el activo del deudor o el acto generador de obligaciones económicas se hace con la finalidad de “dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo”.

El apartado segundo del artículo 257 del CP tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, coincide con el anterior artículo 258 del CP. En él se tipifica otra modalidad específica de alzamiento de bienes con la misma pena que el tipo de alzamiento de bienes genérico,

relativo a la provocación de la insolvencia con el objetivo de eludir la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito.¹⁴⁷

Ahora ya no es exigible que el sujeto se haga parcial o totalmente insolvente. El nuevo tipo aparenta la estructura de delito de alzamiento de bienes, y como un delito de resultado, en tanto que para su consumación basta con que el sujeto activo disminuya su patrimonio perjudicándolo con acciones negligentes impropias y que perjudican al acreedor ocultando además sus bienes frustrando la acción de ejecución de su patrimonio. La finalidad anhelada sería la de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder. El nuevo art. 257.2 CP además cambia el redactado “...con la finalidad de eludir las responsabilidades derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder...”¹⁴⁸

La mención específica a las obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social, puede considerarse que viene a reafirmar la consideración de que el delito fiscal y el delito de alzamiento de bienes aparecen en dos fases conceptualmente diferenciadas; el delito fiscal se materializaría

¹⁴⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, en “Frustración en la ejecución e insolvencia punibles”, en MORILLAS CUEVA (Dir.) *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015, y 2/2015)*, Madrid, 2015, pp. 573 y ss.

¹⁴⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, en “Frustración en la ejecución e insolvencia punibles”, en MORILLAS CUEVA (Dir.) *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015, y 2/2015)*, Madrid, 2015, pp. 573 y ss.

en el momento de la liquidación tributaria y el alzamiento de bienes en la fase de recaudación lo cual pone en entredicho la virtualidad del principio *ne bis in ídem*.

Por último, las conductas descritas en el artículo 258 CP son las que afectan realmente al procedimiento de ejecución judicial o administrativa que justifican la creación de este nuevo Capítulo VII y que junto con lo dispuesto en el nuevo artículo 258 bis CP constituye la auténtica novedad introducida en el Código penal por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo.

En esta nueva regulación se castiga una conducta falsaria, una falsedad ideológica, para ser relevante penalmente tienen que concurrir necesariamente los siguientes elementos; primero que el sujeto se encuentre en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo ya iniciado; segundo que la relación de bienes o patrimonio incompleta se presente ante la autoridad o funcionario público encargado de la ejecución; tercero que la relación de bienes o patrimonio sea incompleta, que se falte a la verdad en la narración de los bienes incluidos en la relación solicitada; cuarto que con ello se dificulte la satisfacción del acreedor. El tipo se estructura como un delito de resultado, para su consumación es imprescindible que después de la presentación de la relación de bienes incompleta, se tiene que provocar la frustración de la ejecución.¹⁴⁹

¹⁴⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, en “Frustración en la ejecución e insolvencia punibles”, en MORILLAS CUEVA (Dir.) *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015, y 2/2015)*, Madrid, 2015, pp. 573 y ss.

Es discutible que el tipo exija para su consumación la provocación de la insolvencia del deudor. Se suscita la presentación de la declaración de bienes en el mismo procedimiento ejecutivo una vez ya se considere su insolvencia. Pero esta hipótesis conceptualmente no parece planteable, porque si es ya insolvente, para ser declarado así, tiene que estar declarado en concurso de acreedores, y si está declarado en concurso, no pueden haber ejecuciones singulares en curso, en virtud del artículo 56 de la Ley Concursal sobre *Paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas*.¹⁵⁰

Algunas de las modalidades en el art. 259.1 CP son coincidentes con las conductas de alzamiento de bienes, se presupone que el deudor ya es insolvente por exigencia del art. 259.1 y 4. Podría plantearse un concurso aparente de normas penales para resolver este conflicto, la resolución será complicada, sobre todo al limitarse el artículo 259 CP a la posibilidad de que con el mero incumplimiento de obligaciones ya se pueda plantear el delito de insolvencia punible. Dependiendo de las circunstancias del supuesto será complicado diferenciar de que delito se trata.

Puede ocurrir, a su vez, que siendo insolvente el deudor, éste realice actos de ocultación posteriores, que conlleven algo más que una disminución de su patrimonio, actos que agraven o causen su

¹⁵⁰ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, en “Frustración en la ejecución e insolvencias punibles”, en MORILLAS CUEVA (Dir.) *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 Madrid, 2015, pp. 573 y ss.*

insolvencia, lo cual llevaría a la aplicación del art. 257.1 y 2 respectivamente, si la insolvencia inminente ya declarada en el concurso se transforma tras los actos de ocultación o destrucción de bienes en insolvencia actual. Ello derivaría en la causación de la insolvencia, en el sentido expresado en el art. 259.2. Si la insolvencia es actual, pero no ha sido declarada en el seno de un procedimiento concursal, y se realizan actos de ocultamiento o destrucción de bienes se aplicará el art. 259.1 CP, pues la insolvencia no se causa, sino que se agrava.

En definitiva, no cabe el concurso de delitos en este caso, ya que la causación de cada una de las circunstancias comporta una progresión en el actuar del deudor. El problema se dará en el caso de que el deudor, una vez constatada la situación de insolvencia actual, persista en su conducta de ocultar bienes o destruirlos, esas nuevas acciones desembocarían en la comisión de un delito de insolvencia.¹⁵¹

Según BISBAL MÉNDEZ los artículos 257 y 258 del C.P. anteriores a la Reforma de 2015, se referían respectivamente, al delito de alzamiento de bienes, donde las infracciones se contemplan independientes de que haya o no un procedimiento concursal. El referido autor se interrogaba por si era necesaria la incriminación de la insolvencia para garantizar la eficiencia del sistema concursal. La respuesta a esta pregunta debería recibir una respuesta afirmativa, ya

¹⁵¹ SOUTO GARCÍA, en “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.) *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015, pp. 823-825.

que la intención que tuvo el Código Penal de 1995 con la regulación de estos delitos de insolvencia, era la de garantizar esa eficiencia concursal, y facilitar con esta regulación protección a la seguridad jurídica en el procedimiento concursal ante las actuaciones negligentes por parte del administrador de empresa.¹⁵²

A la vista de la Reforma de 2015, es posible que lo más adecuado hubiera sido eliminar los delitos concursales y dejar únicamente los delitos de alzamiento de bienes, que darían cobertura al total de las conductas. Y con más fundamento cuando el legislador ha equiparado las penas entre estos delitos. Y es que, si se observan las legislaciones penales de países próximos como Portugal, Italia o Alemania, se advertirá que no existe en ellas esta duplicidad de conductas. En las citadas normativas existen tipos penales equivalentes a los delitos concursales, pero no a los delitos de alzamiento de bienes. Este dato, unido a los problemas de delimitación de las conductas punibles aconsejaría la supresión de uno de los grupos de los delitos de insolvencia. Con el delito de alzamiento de bienes bastaría pues, para sancionar todas estas conductas que afectan al derecho de crédito de los acreedores.

Se sanciona en el alzamiento a “quien realizare cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones tendente a dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo o de un procedimiento

¹⁵²BISBAL MÉNDEZ, “El rompecabezas concursal”, en QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS (Coords.), *El nuevo Derecho Penal español. (Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz.)*, Elcano (Navarra), 2001, pp. 963 y ss.

ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación, así como todas aquellas actuaciones que se pudieran realizar en miras a eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes. El sujeto de la acción debe ser un deudor, el sujeto activo que debe cumplir con esa condición para poder ser el autor del delito de alzamiento de bienes. Para el caso de que un representante del deudor actuara en nombre de otro, y se alzara con sus bienes, para evitar la impunidad deberá acudir al art. 31 del CP como cláusula de cobertura típica para los delitos especiales.¹⁵³

Pero en la práctica, se han encontrado supuestos en los que una vez juzgado los hechos relacionados con el alzamiento, se ha obtenido una declaración de quiebra o de concurso fraudulenta o culpable, de modo que según la jurisprudencia se entraban a apreciar los hechos que nada tenían que ver con el alzamiento pero sí con la insolvencia punible. De este modo no se quebranta el principio de *non bis in ídem*. La doctrina no ha compartido esta postura porque considera que cabría oponer el principio de cosa juzgada.

Para que la insolvencia pueda considerarse causada por un alzamiento de bienes debe haber ocultación de los bienes, o simulación en el traspaso de los mismos a terceras personas. Si se sancionan comportamientos fraudulentos que han dañado el patrimonio del deudor y se perjudica al acreedor que no puede satisfacer su crédito, no se sancionará la mera insolvencia.

¹⁵³ JAEN VALLEJO, “Las insolvencias punibles”, *Cuaderno de política criminal* nº 58, pp. 20 y ss.

En la insolvencia punible relacionada con los procedimientos concursales deberá haber un nexo de imputación. Cuando estas circunstancias que llevan a la insolvencia se hubieran producido por razones distintas a un comportamiento o administración adecuado, entonces a pesar de estar inmersos en una situación concursal deberá descartarse la tipicidad de los hechos.¹⁵⁴

Hay que diferenciar dos modalidades: por un lado, el delito de alzamiento de bienes en sus diversas modalidades; y por otro, los delitos de insolvencia punible en la generación de la insolvencia o tramitación de los procedimientos judiciales de crisis económica o insolvencia. La conducta de alzarse con los bienes en perjuicio de los acreedores del artículo 257 del CP consiste en “colocarse en situación de insolvencia frente a los acreedores”. Tan genérica e imprecisa definición no ofrece luz para diferenciar entre el delito de alzamiento y otras figuras delictivas del Código penal. La insolvencia se presenta como un estado de hecho como una realidad previa al Derecho, desprovista de toda valoración jurídica, como estado de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles, el acreedor no encuentra medios a su alcance para poder satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor. La manifestación más habitual de la insolvencia sería “la cesación en los pagos u obligaciones con las que deba cumplir el deudor”.

¹⁵⁴ GOMEZ PAVON, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Cuaderno de política criminal*, núm. 64, pp. 35-58.

En el concurso se protegían tanto las operaciones vencidas como aquellas que no han acabado de vencer. Con la R. 2015 se ha configurado el delito de insolvencia como delito de peligro, se identificaría aquí el criterio diferencial con el delito de alzamiento de bienes.

El sujeto pasivo en el art. 259 CP es el acreedor y el sujeto activo es el deudor, no sólo el obligado directamente a la prestación, sino también los avalistas (STS de 19 de enero de 1991), el fiador (STS 27 de octubre 1988) y el responsable civil subsidiario de delito. En el delito concursal el sujeto pasivo es el acreedor que ha visto lesionado por la situación de insolvencia y el sujeto activo es el deudor

El art. 257 CP es de exclusiva comisión dolosa, el autor debe conocer que perjudica a sus acreedores. El autor sólo puede ser el deudor¹⁵⁵, a salvo de lo dispuesto en el art. 31 CP.

En las insolvencias punibles el deudor ha de encontrarse en situación de insolvencia, la conducta es idéntica a la del alzamiento. La insolvencia es el resultado del delito, por lo que forma parte del tipo lo que implica que debe ser abarcada por el dolo.¹⁵⁶ Ahora eso sí, con la nueva redacción del artículo 259 CP, donde ha quedado configurado el

¹⁵⁵ Algunas SSTs de 20 de mayo de 1990, 6 de marzo de 1991, 12 de febrero de 1993, en las que reconocen como autor al deudor, existen otras que asimismo lo consideran.

¹⁵⁶ BAJO FERNÁNDEZ, BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2010, pp. 417-453.

delito concursal, entre el resto de delitos de insolvencia punible, también se contempla la posibilidad de la comisión por imprudencia.

Con la Reforma del CP de 2015 respecto a la tipificación que se hace de las agravaciones en los delitos de alzamiento de bienes del artículo 257.3 del CP contra la Agencia Tributaria o la Seguridad Social, en el caso del delito de concurso punible del artículo 259bis 3ª CP basta con que la mitad de los créditos concursales tengan como titulares a la Hacienda Pública, sea estatal, autonómica, local o foral, y a la Seguridad Social. La modalidad agravada del delito de alzamiento de bienes del artículo 257.3 CP exige al respecto que con su actividad el deudor intente eludir una deuda u obligación derivada de la comisión de un delito contra Hacienda Pública o contra la Seguridad Social.¹⁵⁷

4.2 Resumen del Capítulo

A partir de la Reforma del Código Penal operada en 2015 se aplican nuevos cambios en la figura del delito de alzamiento de bienes, a partir de ahora se exige la ocultación de los elementos del patrimonio, y ya no es necesario que la acción típica sea posterior a la comisión del hecho delictivo.

¹⁵⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, en “Frustración en la ejecución e insolvencias punibles”, en MORILLAS CUEVA (Dir.) *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015, pp.593-594.

En el delito de alzamiento se incluye una referencia expresa a las obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social. La razón de la agravación de la pena, en estos casos, obedece pura y simplemente a la intención de incrementar el plazo de prescripción. Puede que la intención del Legislador sea resguardar y dar preferencia al crédito proveniente de las Administraciones Públicas. De nuevo, encontramos en el artículo 258 CP que el tipo del apartado primero no es un delito especial de alzamiento, se debe tratar como un nuevo delito contra la Administración de Justicia. El legislador, con ello, muestra su preocupación por salvaguardar el interés público.

Como ya hemos comentado, los alzamientos de bienes y el delito de insolvencia punible quedan separados en dos Capítulos diferentes. Con independencia de la rúbrica elegida para referirse a los primeros, lo más importante de esta nueva ubicación sistemática es que el delito de insolvencia punible, el favorecimiento ilícito de acreedores y la presentación en procedimiento concursal de datos contables falsos, quedan englobados bajo la expresión “insolvencias punibles”. Esto significa que técnicamente, los alzamientos de bienes, dejan de ser insolvencias punibles.

Algunas de las modalidades en el art. 259.1 CP son coincidentes con las conductas de alzamiento de bienes, se presupone que el deudor ya es insolvente por exigencia del art. 259.1 y 4. Puede plantearse un concurso aparente de normas penales para resolver este conflicto, la resolución será complicada y más al limitarse el artículo 259 CP a la posibilidad de que con el mero incumplimiento de obligaciones ya se pueda plantear el delito de insolvencia punible. Dependiendo de las

circunstancias del supuesto será complicado diferenciar de que delito se trata.

La idea inicial del legislador desde el Código de 1995 era la de garantizar el procedimiento concursal a través de los delitos de insolvencia, aunque jurisprudencialmente se comprueba que esto no es así en la práctica jurídica.

Por otro lado, el delito de insolvencia punible debería ser considerado exclusivamente como un delito de empresa, excluyendo a particulares a los que debería acusarse sino por un delito de alzamiento de bienes.

Lo más adecuado hubiera sido que la reforma de 2015 hubiera eliminado los delitos de insolvencia punible, y por contra, mantener a los delitos de alzamiento de bienes, que darían cobertura total suficiente para la protección de los intereses del acreedor.

ASPECTOS DOGMÁTICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES
DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES

5. Responsabilidades derivadas de los delitos de insolvencia punible: Responsabilidad patrimonial, responsabilidad de la persona jurídica, y responsabilidad del Administrador de empresa. Posición de garantía del deudor

En la situación de insolvencia punible, se puede generar un régimen de responsabilidades de carácter civil o penal. Deben evaluarse ciertos aspectos como la conducta específica, el grado de implicación, la gravedad, y determinar las personas que quedan afectadas por esta responsabilidad, tanto el sujeto activo responsable, como de los sujetos pasivos (acreedores perjudicados).

5.1 Responsabilidad patrimonial en el procedimiento concursal. Responsabilidad civil en el procedimiento penal. Otros medios de reclamación. Definición del perjuicio patrimonial ocasionado al acreedor

El deudor tiene poderes de disposición que pueden dar lugar a un fraude de ley. En la práctica la promoción inmotivada del concurso de acreedores, puede llegar a servir para la huida de las conminaciones penales.

Si ante la presentación de una querrela, o teniendo conocimiento de que se va a interponer, aun así, se opta por la solicitud de declaración de concurso, los acreedores mantendrán la esperanza de recuperar sus

deudas en el concurso. Si finalmente se frustraran sus expectativas de cobro a través del procedimiento concursal por ser la masa activa insuficiente, quedaría la pieza de calificación del concurso que podría declararlo culpable. A pesar de la independencia defendida y legalmente establecida, de ambas jurisdicciones civil y penal, es innegable que la sentencia que declarara el concurso culpable expondría la relación de los argumentos que podrían ser utilizados para la acusación del acreedor en un procedimiento penal en el que se pretenda acusar al deudor de un delito de insolvencia punible.

Del procedimiento penal, que finalizaría probablemente con posterioridad, el acreedor pretendería obtener del mismo el reconocimiento de una responsabilidad civil. El problema es que la responsabilidad civil que pueda decretarse en el procedimiento penal, una vez extinguida la sociedad, carece de sentido tiene ya que será imposible el cobro de la misma.

En cambio, si el acreedor se inclinara por interponer una querrela al deudor con anterioridad al inicio del procedimiento concursal, esta posición sería un tanto injusta respecto al resto de acreedores, por la preferencia que podría conseguir o mejora de la calificación de su crédito del acreedor querellante.

En virtud de la *par conditio creditorum*, no puede despreciarse la necesidad de preservar la justicia equitativa entre acreedores, y ésta saldría afectada, si en el sistema jurídico primara la astucia, o la rapidez en la acción penal individual. Además, el deudor también tiene derecho a poder enfrentarse con todos sus acreedores a la vez, y no en la manera

y tiempo, que a ellos les convenga.¹⁵⁸ Al respecto el anterior artículo 260 CP en su apartado tercero señalaba explícitamente que “...el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.”¹⁵⁹ Tras la Reforma de 2015 debe inferirse el mismo efecto conforme a lo dispuesto en el art. 260 CP, si bien ahora se trata de un contenido implícito en el tipo.

Según VICENTE BURUAGA, en el anterior Código Penal de 1995, se establecía un sistema de reconocimiento de créditos que servía de instrumento en el proceso civil para proceder a la defensa del capital adeudado ante la Administración Concursal. Los acreedores podían utilizar el procedimiento penal como medio para mejorar la calificación de su crédito o la cuantía si así lo preferían.¹⁶⁰

Existen otros modos de reclamación, los acreedores pueden reclamar a través de la *acción pauliana*. En este tipo de reclamación hay una separación temporal entre ejecución frustrada y perjuicio pauliano. Esta institución tiene antecedentes también en el ordenamiento alemán, en concreto en la *Anfechtungsgesetz*, que permite al acreedor individual la impugnación de determinados actos jurídicos del deudor. En el

¹⁵⁸ QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios a la parte Especial del Derecho Penal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 716-717

¹⁵⁹ GOMEZ PAVON, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Cuaderno de política criminal*, núm. 64, p. 53.

¹⁶⁰ BURUAGA PUERTAS, *La calificación de las insolvencias*, Barcelona, 1999, pp. 60-106, el autor considera también que “el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse a la masa.”

ordenamiento alemán, el presupuesto objetivo que da lugar a la impugnación se concibe a partir del resultado de la ejecución forzosa del patrimonio del deudor, si a partir de ella no se consigue la satisfacción íntegra del acreedor, o a sabiendas de que si se ejecuta no se conseguirá la recuperación del caudal adeudado.

Esta concepción del perjuicio elaborada en el seno del ordenamiento alemán (la *Anfechtungsgesetz*,) y recogida también en la doctrina italiana, ha llevado a ampliar el ámbito de actuación de la acción para impugnar actos que hacen más difícil o que imposibilitan la futura ejecución. Considerar que para que concurra el perjuicio no hace falta una ejecución frustrada, permite a la doctrina hablar de que el presupuesto de la *acción pauliana* no es el detrimento patrimonial del deudor, sino la frustración de la confianza del acreedor.

En Alemania y en Reino Unido consideran que la *actio pauliana* puede desplegarse en el seno del proceso de quiebra. Por el contrario, en España y Francia se sitúan al margen de los procedimientos de insolvencia. La *acción pauliana* en el derecho español, está relacionada con la que se podía establecer en el *Code Napoléon* en su art. 1.167, en el que se configuraba como una acción que podía ejercitarse contra terceros adquirentes por la participación de este tercero en el fraude (*consilium fraudis*), o con conocimiento del mismo. Su alcance frente a terceros adquirentes de buena fe es debido a que los titulares a título lucrativo no se consideran propiamente “terceros” , o bien a la

operatividad de una presunción *iuris et de iure* de connivencia en el fraude art. 1297 Código Civil.¹⁶¹

Esta concepción dilatada del perjuicio ha puesto en guardia a un sector de la doctrina, que no considera oportuno romper el binomio entre ejecución frustrada y posterior ejercicio de la *acción pauliana*.

En conclusión, la *acción pauliana* se configura como un remedio al que los acreedores pueden acudir después de haber perseguido los bienes de que está en posesión el deudor para embargarlos. Esta persecución previa puede ser fruto de un embargo ejecutivo, posterior al incumplimiento del deudor, o fruto de un embargo preventivo o incluso fruto de embargos intentados por otros acreedores.

Para que la insolvencia pueda constituir el presupuesto de la acción pauliana, hemos de caracterizarla con estas dos notas fundamentales:

¹⁶¹ FORNER DELAYGUA, *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, 2000, pp. 45-71, consigna que “el Prof. Francisco Rivero en su ponencia dentro del Seminario que se organizó por el área de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona de fecha 17 de septiembre de 1999, expuso en referencia a la naturaleza rescisoria de la *actio pauliana* que en nuestro Derecho, a diferencia de otros, no se trata de una acción de nulidad; se proyecta sobre negocios verdaderos estructuralmente y en principio, tienen existencia, de ahí que mediante la acción pauliana se rescinden; no se declara su nulidad en sentido estricto. Mediante la referida acción el acto se hace totalmente ineficaz, pero manteniendo una vertiente de ineficacia en su efecto sólo frente al acreedor que la ejercita, su carácter personal supone que cuando los bienes están en poder de verdaderos terceros, la acción se resuelve en indemnización a cargo de los autores y cómplices del fraude.”

por una parte, el patrimonio del deudor que funciona como garantía patrimonial del acreedor debe ser valorado en función del importe del crédito del actor y, por otra parte, la insolvencia no ha de ser cuantificada por el valor contable del patrimonio del deudor, sino en atención al previsible valor ejecutivo de los bienes embargables.¹⁶²

Se ha de tener en consideración una definición clara del concepto de “perjuicio”. Tradicionalmente se ha entendido el perjuicio como insolvencia patrimonial del deudor, pero hay que matizar dicha insolvencia: ciertamente, existe perjuicio cuando no hay bienes en el patrimonio del deudor que el acreedor pueda ejecutar. Pero también hay perjuicio para el acreedor aunque haya bienes en el patrimonio del deudor, si éstos escapan a la ejecución no pueden ser objeto de embargo: en tal caso dichos bienes no cuentan entre las posibilidades de realización del crédito.¹⁶³

La acción de reintegración concursal es una medida adoptada en el procedimiento concursal que viene a “asemejarse a la *acción pauliana*”, y se proyecta sobre un negocio jurídico verificado en los dos años anteriores a la declaración que produzca un perjuicio a la masa activa.

¹⁶² FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: La acción pauliana*, Boloña, 1998, pp. 31-42

¹⁶³ Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: La acción pauliana*, Boloña, 1998, pp. 31-42

Existen otras acciones que pueden ejercitarse para la restitución al acreedor del daño patrimonial sufrido a causa de la mala gestión empresarial del concursado. La acción de anulabilidad o de nulidad que pueden ser ejercitadas como mecanismos de reintegración del patrimonio del deudor. Este tipo de acción parte de patologías contractuales que no son el eje que motiva a la acción de reintegración concursal que va más allá, y tiene como presupuesto el perjuicio en la masa activa.

Los presupuestos para el ejercicio de la acción de reintegración prevista en el artículo 71.1 de la Ley Concursal, se proyectan sobre actos efectuados, en cumplimiento de un contrato con independencia del negocio jurídico del que traen causa. La acción de reintegración es de aplicación en diferentes tipos de actos realizados por el deudor, tanto en el marco de relaciones jurídicas bilaterales, como frente al negocio jurídico mismo en el que se fundan. Tiene que tratarse de actos realizados por el deudor en nombre propio, que recaigan sobre bienes de su patrimonio afectados por el concurso.¹⁶⁴

Las presunciones *iuris et de iure* que permiten identificar el perjuicio patrimonial se regulan en el artículo 71.2 de la Ley Concursal; y en el apartado 3 del mismo artículo se regulan las presunciones *iuris tantum*.¹⁶⁵

¹⁶⁴ VARGAS BENJUMEA, *La acción de reintegración concursal*, Valencia, 2008, pp. 29-39.

¹⁶⁵ Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, Con modificaciones introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, art. 71:

1. No serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, cuando:

a) En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y

b) Con anterioridad a la declaración del concurso:

1.º El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.

2.º Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

3.º El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

2. Tampoco serán rescindibles aquellos actos que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse al apartado anterior pero cumplan todas las condiciones siguientes, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación:

a) Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa.

b) Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.

c) Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la disposición adicional cuarta.

d) Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.

e) Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores.

Parte de la doctrina no ha tenido en cuenta la posibilidad que brinda el Ordenamiento jurídico de ejercitar otras acciones impugnatorias. O puede que sí se lo haya planteado pero por las dificultades procesales que ocasionan provocan dudas sobre si ejercitarlas y lo que ello podría conllevar. Así la acción rescisoria o pauliana debe ejercitarse con carácter subsidiario en un doble sentido: inexistencia de bienes en el patrimonio del deudor, bastando con acreditar que los bienes existentes en el patrimonio del deudor son insuficientes para la satisfacción de la deuda, e inexistencia de otro remedio legal que permita la satisfacción de la deuda.¹⁶⁶

La disposición tercera del anterior artículo 260 del CP de 1995, pretendía que el importe de la responsabilidad civil de todos los delitos singulares relacionados con el de delito de insolvencia punible se incorpore a la masa de bienes que se esté delimitando en el

Para verificar el cumplimiento de las condiciones a) y b) anteriores se tendrán en cuenta todas las consecuencias de índole patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, las cláusulas de vencimiento anticipado, u otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo, aun cuando se produzcan con respecto a acreedores no intervinientes.

El cumplimiento de todas las condiciones anteriores deberá darse en el momento de la suscripción del instrumento público en el que se recojan los acuerdos.

¹⁶⁶ HERRADOR MUÑOZ, “Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley, nº3, 2005, pp. 169-177.

procedimiento concursal, a los efectos de que el juez civil la aplique para satisfacer los créditos de los acreedores.

En lo que concierne a las responsabilidades patrimoniales derivadas del delito, e incluso las medidas cautelares de naturaleza patrimonial, cabe hablar de una “intangibilidad del patrimonio del concursado en la jurisdicción penal, en el sentido de que la nueva Ley concursal consagra el principio de concentración de competencias en el juez mercantil. Ello significa que, de conformidad con el art. 8 de la LC, dicho juez asume “jurisdicción exclusiva y excluyente” en aquellas materias que se consideran de especial transcendencia para el patrimonio del deudor, sean de naturaleza social, sean medidas de ejecución y sean medidas cautelares cualquiera que fuese el órgano que las hubiese ordenado.¹⁶⁷

En relación con la acción de ocultación de bienes,¹⁶⁸ lo que podría llevar al delito de alzamiento, en el caso de que el empresario responsable distraiga parte del patrimonio, si se declara después en concurso, los bienes que hubieran salido del patrimonio debería ser reintegrados a la masa activa.¹⁶⁹

¹⁶⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*. Valencia, 2011, pp.120-121.

¹⁶⁸ PEDRAZZI CESARE, ALESSANDRI ALBERTO, FOFFANI LUIGI, SEMINARA SERGIO, GIUSEPPE SPAGNOLO, *Manuale di Diritto Penale Dell'Impresa*, Bologna, 1998, pp. 69 y ss.

¹⁶⁹ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Valencia, 2000, pp. 112-113. Sobre la definición que se da de “la distracción de bienes en otras legislaciones europeas, conviene consignar que, en la legislación italiana, la distracción de bienes por parte

Para considerar que hay dolo en la acción, que existe una responsabilidad del empresario clara e indiscutible, se requiere conocer de los casos más graves o claros de distracción. Los encontramos en los supuestos en los que el autor realiza el negocio jurídico con la intención de perjudicar a los acreedores.

En Italia, en los supuestos de disipación se valorará la “gestión ordenada” como punto de partida para evaluar el grado de responsabilidades del empresario, y así perfilar el ámbito de la tipicidad.

En Italia, el ámbito de la responsabilidad por disipación se produce fuera de la administración societaria, el Código de Comercio italiano hace referencia a “gastos domésticos y personales del quebrado” que resulten excesivos y desproporcionados, “en relación a su haber líquido, atendidas las circunstancias de su rango y familia”. Gastos familiares que ponen en peligro *ex ante* el derecho de crédito, o afectándolo, si ya se encuentra en una situación de crisis económica. Para la localización de estos bienes, la jurisprudencia opera invirtiendo la carga de la prueba, obligando al deudor a demostrar cuál ha sido el destino de los bienes, lo cual resulta difícilmente compatible con el principio de

del empresario se definiría en el art. 261.1 de la Legge Fallimentare italiana que dice “distraer, ocultar, disimular, o disipar..”. En el Código Penal alemán, el art. “.11 del StGB se contempla como “eliminar” o “ocultar”. La ley penal francesa de 1985 en su artículo art. 197 lo expresa como “*détourné ou dissimulé tout ou partie de l’actif du debietur*”.”

presunción de inocencia, sobre todo en los casos como el comentado, en que el “dar razón” supone auto inculparse de un delito.

En las legislaciones europeas la modalidad de ocultar bienes suele mencionarse expresamente dentro de los comportamientos de distracción. La ocultación puede diferenciarse de las conductas, hasta ahora examinadas, en que mediante la misma el deudor consigue que el acreedor o los órganos del concurso no sepan de la existencia de un determinado bien. El problema radica en si es necesario que el deudor señale a los acreedores antes del proceso concursal donde se encuentra un determinado bien, o debería verse obligado una vez ya se abre el procedimiento concursal. En el caso de que no prestara veracidad en su exposición de determinación de donde se encuentra su patrimonio, el incumplimiento de esta obligación sería castigado a través del delito de insolvencia punible, pues supondría la presentación de datos contables falsos ante los órganos controladores del procedimiento concursal.¹⁷⁰

El deudor deberá responder con su patrimonio siempre, en virtud del artículo 1911 del Código Civil, con todos sus bienes, presentes y futuros. El empresario responsable tiene la obligación de responder y resarcir el daño producido a la masa crediticia. Si además, existe responsabilidad penal por los hechos que han acontecido, y que han perjudicado el patrimonio del deudor, que en consecuencia no puede responder a sus obligaciones con los acreedores; el deudor en estos casos, debería responder con una responsabilidad civil que tendría que ser en una cantidad suficiente para compensar el daño ocasionado a los

¹⁷⁰ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Valencia, 2000, pp.118-122.

acreedores.¹⁷¹ Deben buscarse soluciones y alternativas a los problemas derivados en la práctica jurídica con el tiempo de espera necesario para obtener dicha responsabilidad civil, y que no perjudique al resto de acreedores.

5.2 Responsabilidad de la persona jurídica

En los delitos de insolvencia punible, el deudor puede ser tanto una persona física como jurídica. El artículo 261 bis CP de 1995 prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos de insolvencia, estableciendo las penas que debían ser de aplicación en ese caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis del CP.

No debemos olvidar que el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica¹⁷² depende de la comisión de una acción típica por una persona física como referencia de la acusación penal.¹⁷³

¹⁷¹ GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Madrid, 2015, pp. 460 y ss.

¹⁷² NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, 2000, pp. 57 y ss.

¹⁷³ GONZÁLEZ CUSSAC, en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.) *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* Valencia, 2015, pp. 162 y ss., señala que tras la Reforma de 2015 se conserva un modelo de responsabilidad penal derivada de la persona física a la persona jurídica.

Como bien dice GONZÁLEZ CUSSAC “subsiste como presupuesto para que pueda declararse la responsabilidad penal de la persona jurídica la previa actuación de determinadas personas físicas, que son, las que bajo determinados requisitos, transfieren, derivan o contaminan a la persona jurídica la responsabilidad penal.” Se siguen manteniendo dos presupuestos o vías de transferencia de la responsabilidad penal desde la persona física a la persona jurídica, eso es, los hechos de conexión.

El artículo 31 bis mantiene un modelo vicarial o de heterorresponsabilidad, en el que ambas alternativas de transferencia de la responsabilidad criminal a la persona jurídica¹⁷⁴ requieren como presupuesto común, la previa realización de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas descritas en uno de los dos grupos del apartado 1º (presupuestos de conexión).¹⁷⁵

Todo ello implica que las personas jurídicas son sujetos de derecho porque el ordenamiento jurídico les reconoce tal estatus. Se les considera sujetos jurídicos plenamente independientes que actúan con voluntad propia, formada a través de procedimientos legales o

¹⁷⁴ MUÑOZ CONDE, “La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles”, *CPC 1977*, pp. 151 y ss.

¹⁷⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.) *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* Valencia, 2015, pp. 162 y ss.

estatutarios, con plenos efectos jurídicos. No puede decirse que las personas jurídicas cometan delitos como las personas físicas.¹⁷⁶

Como bien dice GONZÁLEZ CUSSAC, “en realidad, conforme al sistema legal español esta cuestión resulta innecesaria, puesto que éste no lo exige en modo alguno. El tenor literal del precepto señala antes y ahora, que *“las personas jurídicas serán penalmente responsables a) de los delitos cometidos (...) por sus representantes legales o por aquéllos que actuando ...(...); b) De los delitos cometidos (...) por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas (...).”*¹⁷⁷

Es decir, el art. 31 bis no precisa que las personas jurídicas comentan el delito. Lo que hace es establecer un sistema “vicarial” , en el cual, bajo ciertas condiciones (presupuestos de conexión), traslada también la responsabilidad penal a la persona jurídica por la conducta cometida por determinadas personas físicas. De modo que, en este modelo, tendrá que demostrarse, más allá de automatismos y presunciones, la realización personal del hecho y la individualización de la responsabilidad de cada persona física, y además, verificar si se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad penal a la persona jurídica (presupuestos de conexión).

¹⁷⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.) *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* Valencia, 2015, pp. 162 y ss.

¹⁷⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.) *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* Valencia, 2015, pp. 162 y ss.,

En todo caso, se mantiene como presupuesto la previa comisión de delitos “ *cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto*” por parte de alguna de las personas físicas que pueden agruparse en tres niveles. Primero, los que ostenten el poder de representación legal. Se equipara literalmente a las exigencias de la normativa europea. Sin embargo el término *representantes legales* no deja de ser un concepto algo extraño en nuestra tradición mercantil. Se trata de un concepto anglosajón que no se adapta a nuestra legislación mercantil española en materia de sociedades, que se refiere a *representantes orgánicos* y a *representantes voluntarios*. El segundo grupo, está compuesto “ *por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica*” Sería parcialmente equivalente el sustituido término “ *administradores de derecho*”, personas físicas que ya sea actuando individualmente o en el seno de un órgano social tienen atribuida la capacidad para adoptar decisiones en nombre de la sociedad, exigiendo que estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la sociedad abarcando a cualquiera que individual o colegiadamente posea capacidad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica. Se aparta a las personas que ostenten una *posición de mando (o cargo directivo)* amparada en una habilitación para tomar decisiones en nombre de la sociedad. Y como tercer nivel, se hace referencia a las personas físicas que “ *ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*”. Es este último grupo el que podría equipararse al de “ *administrador de hecho*”. En el art. 31 bis solo se exige ostentar facultades de organización y control, pero sin vincularlas ni a la posición de mando ni a la atribución de facultades directivas en la sociedad. Desde luego en este concepto entrarían los que la normativa mercantil califica de representantes orgánicos. Por último, el texto legal del artículo 31 bis CP alcanza a las

personas dependientes sobre las que no se ha observado el deber de supervisión, vigilancia y control.¹⁷⁸

Los perjuicios derivados de los actos cometidos por los trabajadores requieren, en orden a dar una respuesta al problema social generado, imputar responsabilidades, y asignar, y distribuir costes. Dependiendo de cómo responda el empresario a la amenaza derivada de las conductas desviadas de los trabajadores, pueden imputársele responsabilidades de distinta naturaleza. Así la omisión de cualquier tipo de vigilancia ante una situación conocida de alto riesgo podría llevarle a tener que enfrentarse a una acción de responsabilidad (art. 133 LSA); a responder por los daños civiles derivados de un hecho delictivo, doloso o imprudente; y tener que defenderse frente a una acción penal, por participación por omisión en el delito cometido por uno de los trabajadores y no por algún responsable de la empresa.¹⁷⁹

Un supuesto podría ser el de un Administrador que delega en otros todo aquello que tenga que ver con la Administración de la empresa, la contabilidad, fiscalidad, administración del patrimonio. Si las personas en las que se ha delegado no son capaces de actuar con diligencia, pueden causar una insolvencia de la empresa que pueda encuadrarse en los delitos del art. 259 y ss. CP.

¹⁷⁸ AGUSTINA SANLLEHÍ, *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*. Barcelona, 2010, pp. 29-37.

¹⁷⁹ AGUSTINA SANLLEHÍ, *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*. Barcelona, 2010, pp. 29-37.

Con la reforma del Código Penal de 2015, en el artículo 31 bis, se limita la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para delitos cometidos por sus dependientes cuando existe una infracción del deber de supervisión, de los mecanismos de vigilancia y control al que están obligadas las empresas.

En consecuencia, la responsabilidad será exigible a la persona jurídica¹⁸⁰ siempre que se constate la comisión de un delito, que haya tenido que cometerse por quién ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo 31 bis¹⁸¹. La reforma del CP, a diferencia de la que se

¹⁸⁰ BACIGALUPO, “La responsabilidad Penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del derecho Penal”, en MIR PUIG, MODOLELL GONZÁLEZ, GALLEGOSOLER, y BELLO RENGIFO (Coords.), *Estudios de Derecho Penal Económico*, Caracas, 2002, pp. 153 y ss.

¹⁸¹ QUINTERO OLIVARES, en “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.) *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Pamplona, 2015, p. 77 y ss., considera que “las modificaciones de la Parte General que se han llevado a cabo con la reforma parecen directamente dirigidas a, por lo menos, aguar algunas de las aportaciones de la Reforma del año 2010”, cuando apenas han pasado cuatro años desde su incorporación al Código. La anterior Reforma afectaba a la extensión potencial a Partidos políticos y Sindicatos, que fue introducida por la LO 7/2012, de 27 de diciembre.

En realidad las modificaciones se centran en el artículo 31 bis, pues los nuevos artículos 31 bis, ter, quáter y quinquies, no son sino en gran medida la reubicación de lo que hasta ahora se regulaba en el artículo 31 bis 2, 3 y 4.

Artículo 31 bis.

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*

- b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de comisión;

2ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa, y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia, y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª.

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1ª Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2ª Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3ª Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4ª Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5ª Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6ª (nuevo) Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”

(nuevo) Artículo 31 ter, con el siguiente contenido:

“

- 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.*
- 2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.”*

(nuevo) Artículo 31 quinquies:

“

introdujo en el año 2010 en este tema, alude al efecto exonerador de responsabilidad penal de los modelos de organización y control (compliance). El CP contempló los requisitos de la *compliance* para que pueda eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica.¹⁸² Por tanto, para el supuesto de que un directivo o un empleado cometan un

-
1. *Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a la Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.*
 2. *En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus motores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”*

¹⁸² QUINTERO (en op. ult. cit.) considera que en la Reforma de 2010 se cometió un error cuando ésta decidió introducir la segunda vía de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas “la de no haberse ejercido el debido control”. Según QUINTERO OLIVARES con esta nueva regulación la responsabilidad penal de las empresas queda atenuada a causa de la fuerza exonerante de la implantación de sistemas de organización y control, que desplegará su eficacia tanto en los supuestos de delitos cometidos por sus representantes legales o por aquellos que actuando de forma individualizada como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para actuar en nombre de la persona jurídica.

Para QUINTERO OLIVARES “tiene algo de ingenuo imaginar que por encima del máximo órgano de decisiones de una empresa, puede actuar el *órgano interno o externo de control*, nombrado por la propia persona jurídica (...) y que puede impedir la toma de acuerdos o decisiones que supongan la comisión de una infracción penal.”

delito que suponga un beneficio para la empresa, puede derivarse responsabilidad penal a la empresa. El art. 31 bis 1ª) y b) CP que exige ese beneficio a la empresa que puede ser directo o indirecto, y tendrá que ser probado por la acusación que el delito ha generado esos efectos.¹⁸³ Con esta reforma, la responsabilidad penal de las personas jurídicas que condicionada a que en las mismas no exista del debido control organizativo estructural, existiendo un debate en torno a si la acusación debe probar este extremo o, en todo caso, la alegación de la existencia de una *compliance* eficaz es algo que depende de la defensa.

184

La previsión de responsabilidad penal de la persona jurídica¹⁸⁵ introducida en el artículo 261 bis CP por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, queda limitada a las insolvencias punibles de los artículos 259 y siguientes del CP. Las penas previstas son las de multa, dependiendo de la pena prevista para la persona física. Así la multa será de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene previsto una pena de prisión de más de dos años y menos de cinco años, y multa de seis meses a dos

¹⁸³ TOVAR TORRES, *Reforma Código Penal 2015*, Madrid, 2015, p.9 y 56.

¹⁸⁴ DEL ROSAL BLASCO, en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, en MORILLAS CUEVA (Dir.) “*Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*”, Madrid, 2015, pp.585 y ss.

¹⁸⁵ VARONA CAL, “Responsabilidad concursal en los grupos de sociedades”, *Diario La Ley*, nº 7261, XXX 14 de octubre de 2009. Ref. D-321, pp.12 y ss.

años, en el resto de casos. También serán aplicables las restantes penas las previstas en el art. 33.7 CP cuando se cumplan los requisitos del art. 66 bis CP.

Nuestro ordenamiento jurídico parece inspirarse en el ordenamiento jurídico italiano. En Italia se aprecia la comisión por un directivo en un supuesto en el que se presume el defecto de organización. En cambio, cuando se trata del empleado de la empresa la carga de la prueba corresponde a la acusación.¹⁸⁶

Sobre si es o no relevante la distinción entre los delitos cometidos por los directivos, y los delitos cometidos por empleados, según el nuevo texto legal de 2015, se debate si el delito fuere cometido por directivos, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen una serie de condiciones. Se exige la adopción de un modelo de prevención, y si el delito fuere cometido por los empleados, la persona jurídica quedará exenta si antes de la comisión del delito ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión, que resulte

¹⁸⁶DEL ROSAL BLASCO, en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado*, pp.86-87, la empresa no responde si se prueba que el órgano de gobierno ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión idóneos para prevenir el tipo de delitos que se ha verificado; que las tareas de vigilar el funcionamiento y la observancia del mismo y de procurar su actualización ha sido confiado a un organismo del ente dotado de poderes autónomos de iniciativa y control, y que los sujetos han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de gestión, y que no se ha producido una omisión o una insuficiente vigilancia por parte del organismo antes referido.

adecuado. Este modelo debe tener como finalidad prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.¹⁸⁷

En el trasfondo de esta normativa nos encontramos con el debate de la responsabilidad penal imputable a la persona jurídica por la “actuación en nombre de otro” para saber en que supuestos existe una posición de garante a cargo de una persona cuya omisión puede resultar castigada lo mismo que un comportamiento activo, es difícil poder afirmar que sea posible admitir la la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. Durante mucho tiempo se ha negado esta posibilidad sobre la base del viejo principio “societas delinquere non potest”. Actualmente, esta tesis se está considerando de forma afirmativa en algunas legislaciones por el problema que suscita encontrar a la persona física responsable en una estructura compleja empresarial. En España, ya se ha adaptado nuestra legislación regulando dicha responsabilidad.

188

Legislaciones que preveían esta regulación, como el Código penal holandés (WvSr), permiten desde hace tiempo la sanción de las personas jurídicas. En cambio, en otros países, la responsabilidad penal no se admite y se ciñe al ámbito administrativo; es el caso de la ley

¹⁸⁷ DEL ROSAL BLASCO, en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado*, op. cit., pp. 84 y ss.

¹⁸⁸ DEL ROSAL BLASCO, en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado*, op. cit., pp. 84 y ss.

alemana de infracciones contra el orden (*Ordnungswidrigkeiten*) (OWiG), que prevé una sanción administrativa (*Geldbusse*) contra personas jurídicas.¹⁸⁹

El artículo 261 bis del CP, en la reforma de 2010, incluyó la cláusula por la que en el que se hacían responsables a las personas jurídicas por la comisión del delito de insolvencia del 259, 260 y ahora el art. 261, en virtud del artículo 31 bis.

Para el caso que nos ocupa en este estudio, donde nos planteamos el análisis de la responsabilidad de la empresa como ente en los delitos de insolvencia punible, el problema se suscita una vez finalizado el procedimiento concursal, porque probablemente no se habrá obtenido aun una sentencia penal que condene esos hechos.

Por el contrario, para el caso de que se trate de un procedimiento concursal en el que se ha acordado un convenio que esté en pleno

¹⁸⁹ En el ámbito del Derecho comunitario, con un valioso estudio de Derecho comparado, BACIGALUPO, “La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho europeo”, en *Comentarios a la legislación penal*, Ed. Edersa, Madrid, 1985, pp. 315 y ss., considera que para poder establecer la responsabilidad sancionatoria de personas jurídicas en el Derecho comunitario “resulta aconsejable establecer bajo qué condiciones la acción de una persona física puede ser imputada a la persona jurídica y fundamentar la aplicación de una pena para ésta. Es decir, se debe aclarar en la ley, ante todo, cuál es la vinculación que debe existir entre la persona física y la persona jurídica, qué clase de acciones de la persona física pueden ser imputadas a esta última y si es preciso que esta acción haya tenido alguna consecuencia, como un beneficio obtenido para la persona física.

cumplimiento, a la empresa se le podrá imponer una pena, pero que perjudicará a los acreedores en su derecho a cobro, ya que de imponerse una sanción está se incluirá en la lista de acreedores.

En otro orden de consideraciones, ADÁN NIETO, considera que la existencia de una corporación implica un mayor riesgo de que aparezcan conductas desviadas por parte de sus empleados.¹⁹⁰ Al tener una mayor estructura se aumenta el número de apoderados o responsables dentro de la empresa, de modo que se incrementa cuantitativamente el riesgo de que puedan cometerse actuaciones ilícitas penalmente por alguno de ellos.¹⁹¹ Si analizamos el personal que constituye la empresa, la figura del socio, siempre tiene menos temor por su actuación o decisión y la responsabilidad que puede conllevarle por la sanción penal, por esa razón, están dispuestos a mayores riesgos en la gestión de la empresa que los administradores o el Consejo de Administración.

Atribuir responsabilidad a la empresa, supone la necesidad de un nuevo equilibrio en el reparto del riesgo entre socios y administradores con el fin de optimizar los resultados de la distribución que se haga de la responsabilidad. Los sistemas jurídicos que admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas son fundamentalmente los anglosajones y aquellos que han recibido su influencia.

¹⁹⁰ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, p.27.

¹⁹¹ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, p. 38.

La reubicación del riesgo que se consigue a través de la sanción a las personas jurídicas es absolutamente necesaria para que las medidas de auto-organización se lleven a cabo de forma eficiente y con éxito. Una decisión legislativa, jurisprudencial, o incluso puramente empresarial tendente a incrementar la responsabilidad de los directivos más altos, tiene efectos inmediatos sobre la organización societaria. Además de la reubicación del riesgo trae consigo un aumento de la credibilidad de las medidas de promoción frente a sus destinatarios, lo que conlleva un aumento de su eficacia. Los subordinados cuando saben que quien detenta el poder tiene un interés concreto en evitar una sanción, considerarán que las medidas internas adoptadas no son mera “cosmética”.

Se considera así que un sistema penal apoyado en dos pilares, responsabilidad colectiva e individual es más eficiente que el que descansa en uno solo.¹⁹² Para valorar la responsabilidad del ente jurídico no resulta necesario que el beneficio de la empresa sea el objeto exclusivo del agente, ni tampoco es necesario que exista un beneficio efectivo. Desde una perspectiva procesal la existencia de provecho tiene sobre todo una misión en cuanto que facilita la prueba de que el agente actuó en el interés de la empresa.¹⁹³ Por tanto, es necesario

¹⁹² NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, pp. 44-48.

¹⁹³ GOMEZ JARA-DIEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, pp. 82 y ss.

probar que la empresa ha obtenido un beneficio directo o indirecto por dicha actuación ilícita.¹⁹⁴

No basta para sancionar a la empresa con que se haya cometido un delito sino que es preciso demostrar que ello obedece a una falta de organización estable que necesita ser corregida. No es objeto de la sanción que se evite el concreto delito realizado, sino en general que la empresa esté organizada para evitar ese tipo de comportamiento.¹⁹⁵

Antes de la reforma del Código Penal de 2010, en la que se introdujo la responsabilidad de las personas jurídicas, se partía de la doctrina mayoritaria de *societas delinquere non potest*, lo que significa que no hay más responsabilidad que la individual de la que penalmente sólo respondía la persona física. La responsabilidad de las personas jurídicas se encuentra relacionada principalmente con los delitos económicos, que se denomina como “criminalidad de empresa”. Se plantea, hasta qué punto, en qué circunstancias el que actúa como representante puede ser perseguido como tal, y hasta qué punto, y bajo qué condiciones, puede ser responsable la empresa misma.

Los argumentos tradicionales para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentran su fundamento en la incompatibilidad de

¹⁹⁴ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, p. 101.

¹⁹⁵ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, pp. 152-153.

la persona jurídica con las categorías dogmáticas de la “acción” y la “culpabilidad”; así como la función y la esencia misma de la “pena”. Para algunos, en cambio, el argumento basado en la incapacidad de la persona jurídica para realizar acciones parece un absurdo. En la práctica es cierto que nos encontramos con empresas que dentro del ámbito económico asumen responsabilidades, toman decisiones y realizan negocios jurídicos que pueden constituir el elemento central de una conducta penalmente relevante.

En relación con la pena, no puede aplicarse a una persona jurídica las mismas que se aplicarían a nivel individual, se deja de exigir la culpabilidad para la imputación de la infracción, del mismo modo, debe efectuarse una reformulación del fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica.¹⁹⁶

La apuesta se cifra en evitar el castigo por el hecho ajeno y la solución tramita por establecer el eje de la responsabilidad penal en la infracción de deberes por parte del ente.

Las empresas tienen la obligación de autorregularse para el cumplimiento de lo establecido con la nueva regulación penal, referente

¹⁹⁶ BAJO FERNÁNDEZ, BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2010, pp.147-174, consideran que “los dos autores que deben abandonarse a quienes niegan la exigencia de culpabilidad a las personas jurídicas como es el modelo del estado de necesidad de protección de bienes jurídicos de Schönemann en *Unternehmenskriminalität und Strafrecht- Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf-und Ordnungswidrigkeitenrecht, 1979.*”

a esta responsabilidad de los entes empresariales. Se deben establecer unas normas éticas de funcionamiento en la empresa, y precisar aquellos comportamientos que se consideran inadmisibles.¹⁹⁷ Un modo de establecerlos es mediante cursos de formación a directivos, con contenidos enderezados a establecer medios y recursos de ética empresarial, y denuncia en el caso de detección de actitudes de fraude u otros delitos por parte de otros sujetos en la empresa.¹⁹⁸

En el ámbito societario, los problemas que suscitan los deberes de los administradores, no han recibido la atención que merecen en nuestra cultura jurídica. Los deberes generales de los administradores, sólo parecen cobrar relevancia como mero presupuesto de la responsabilidad. El análisis detallado del contenido material de los deberes generales de los administradores es un factor determinante para esclarecer cuáles son las prestaciones debidas por razón del cargo, el presupuesto de la acción social de responsabilidad es afirmar que uno de los presupuestos del ejercicio de la mencionada acción de responsabilidad consiste en la infracción de alguno de los deberes a los que están sometidos los administradores en el ejercicio de su cargo.

Puede ocurrir que en el ámbito empresarial se cometan delitos societarios o patrimoniales por el bien de la empresa, como sujeto que participa en el sistema económico y aquellos que simplemente tienen

¹⁹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, pp. 109 y ss.

¹⁹⁸ AGUSTINA SANLLEHÍ, *El delito en la empresa*, Barcelona, 2010, pp. 117-118.

lugar dentro de la empresa por uno de sus órganos contra otros o contra sí misma.

Respecto a la persona jurídica como sujeto activo penalmente responsable hay que decir que no existe en la legislación penal un concepto jurídico-penal de persona jurídica. Lo que está claro es que, sólo será posible la responsabilidad penal con respecto a los ámbitos delictivos en los que se reconozca dicha responsabilidad jurídica con el sistema de cláusula específica. Según el art. 31 bis las personas jurídicas, pueden responder de responsabilidad sin que medie la previa declaración de la responsabilidad o la culpabilidad de la persona física.¹⁹⁹

Respecto a la culpabilidad y responsabilidad del ente empresarial, se configura como una voluntad especial, dicha voluntad debe distinguirse de la voluntad de sus miembros, no debe entenderse como la suma de cada una de las voluntades de sus miembros. La voluntad especial surge por la decisión conjunta de los miembros de la persona jurídica, o por la toma de decisión societaria del órgano competente. La voluntad de la persona jurídica se forma, o bien a través de la decisión del órgano, o dicha voluntad se ejecuta a través de un modo de ejecución conjunta, o bien a través de la actuación de individuos concretos, que no tienen necesariamente que ser órganos de la persona jurídica. Todo lo anterior conduce a que la responsabilidad de la persona jurídica se reconduzca

¹⁹⁹ BAJO FERNÁNDEZ, *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 65-73.

a la idea de infracción de deberes que ha posibilitado la comisión del delito por la persona física.

Otro concepto diferente sería la culpabilidad funcional. En este caso, la especialidad estructural de la culpabilidad de la persona jurídica resulta del hecho de que no se trata de imputación de una culpabilidad del órgano, sino que se trata de la imputación de una forma de comportamiento culpable que se expresa en la culpabilidad colectiva de la persona jurídica. El reproche de la culpabilidad se va a dirigir contra dichas formas de comportamiento.

La culpabilidad funcional del órgano expresa la culpabilidad organizativa como “decisión colectiva”, siendo la culpabilidad individual de cada miembro del órgano totalmente independiente de ello. Así, el fundamento de la responsabilidad se dirigiría a la ausencia de una cultura organizativa en el ente.²⁰⁰

La culpabilidad de una persona jurídica no debería ser la mera suma de las personas individuales, sino que debería constituir una estructura independiente que se separa de ellas. Existen dos culpabilidades diferenciables una culpabilidad individual, y una culpabilidad de la persona jurídica. Todo ello al margen de si es correcto utilizar la expresión “culpabilidad” para las personas jurídicas, cuestión que reconduce a la idea de que esta expresión sólo puede ser utilizada como

²⁰⁰ BAJO FERNÁNDEZ, *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 65-73.

equivalente a responsabilidad penal fundamentada en la infracción de deberes del ente.

Se precisa establecer que la persona jurídica pudo “hacer algo”, para evitar con el hecho tipo perpetrado de su representante por el que se le hace a ella responsable. Es necesaria, una relación interna entre la realización culpable de un tipo penal por parte del individuo, y la persona jurídica por él representada, que en última instancia justifica que se le haga jurídico-penalmente responsable.

Una persona jurídica podría motivar a que sus empleados cometan delitos para conseguir fines corporativos. Por tanto, las personas jurídicas tienen el deber de configurar un marco de condiciones externas, en las que se desarrolla su actividad, de tal manera, que no se conceda ningún espacio al comportamiento delictivo;. A la persona jurídica no se le hace responsable penal de ese control interno, sino sólo en la medida en que su representante ha cometido un delito. La infracción penal muestra que el colectivo ha fallado en la adopción de las medidas suficientes para la neutralización de las influencias criminógenas.

La culpabilidad de una persona jurídica de su *management*, consiste en que ha creado o mantenido una filosofía o ciertas deficiencias organizativas. La culpabilidad es siempre la consecuencia de una estructura organizativa de control defectuoso, lo que resulta válido para la persona jurídica en tanto que la culpabilidad de la persona jurídica es la consecuencia de un defectuoso carácter empresarial. La empresa debe hacerse responsable, de un *management* defectuoso.

La persona jurídica es responsable por el defectuoso control del riesgo, que ha generado consecuencias sociales negativas. El control organizativo será defectuoso cuando la persona jurídica haya omitido implementar estrategias a lo largo del tiempo que minimicen riesgos y no haya introducido programas preventivos en su planeamiento.

Las graves deficiencias organizativas que fundamentan una culpabilidad empresarial²⁰¹ no son imaginables sin una mentalidad y actitud empresarial, que refleje una cultura empresarial deficiente. Se consolida un principio de culpabilidad que obliga a una fundamentación que debe tener en cuenta la individualidad de la empresa en concreto.

Se está en presencia de un reproche penal diferente; la culpabilidad de la persona jurídica, la cual está determinada por la responsabilidad social que es independiente de la responsabilidad de la persona física.

Dado que la ética de las corporaciones no es individual sino exclusivamente social, puede efectuarse un reproche al sistema por su falta de corrección, pues como persona jurídica que aspira racionalmente a alcanzar un fin determinado, puede someterse sus fines a exigencias éticas y organizarse conforme a las mismas.

²⁰¹ ZUGALDÍA ESPINAR, “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, *CPCr*, N° 53, 1994 pp. 613-627.

En definitiva, el contenido del reproche reside en última instancia en que el sistema empresarial no ha creado los presupuestos para evitar la realización de un hecho típico e injusto. En ese punto se abre la posibilidad de exculpación empresarial cuando se demuestre que se tomó el cuidado necesario para la confirmación de una estructura organizativa, y una filosofía empresarial adecuadas.

Finalmente, debe plantearse también un concepto de culpabilidad de la persona jurídica basado en una cultura de incumplimiento de la legalidad. La empresa puede librarse de la sanción mediante la prueba de una organización suficiente de manera que debe probarse que el hecho de conexión debe reconducirse causalmente al déficit organizativo. Su concepto de culpabilidad por el defecto de organización constituye un principio que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica.

Si se prescinde de este presupuesto se volverá a reintroducir la responsabilidad por el hecho ajeno. A la persona jurídica se le haría responsable por la actuación de personas físicas. Resulta lógico que una vez constatado el hecho de conexión se permita la introducción de causas de exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, una vez identificada una *compliance* eficaz.

La culpabilidad por defecto de organización que por su propia definición permite la inclusión de causas de atenuación o exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, perspectiva que goza de respaldo legal tras la reforma de 2015

El Código penal español no define en qué consiste la culpabilidad de la persona jurídica,²⁰² debe deducirse de una interpretación del texto legal. Aquellas personas jurídicas que sean cumplidoras de la legalidad no sufrirán las consecuencias de la aplicación del código. Deben ser penalmente relevantes, actuaciones que, o bien carecen de componente organizativo relevante, o bien incluso no adquieren el significado reprochable. El art. 31 bis CP no permite presumir la responsabilidad de la persona jurídica; la autonomía de la responsabilidad de las personas jurídicas de las personas físicas, no puede equivaler a una responsabilidad por vía presuntiva.²⁰³

La empresa en aras a evitar situaciones que le ocasionen la determinación de una responsabilidad penal, debe tener en cuenta y considerar, una serie de actuaciones previas a la comisión del delito. Medidas eficaces de prevención y detección (*Compliance programs*)

Una vez se ha detectado la conducta debe realizarse una investigación interna de la conducta, un aseguramiento de los recursos disponibles, la definición y control de las reacciones frente al delito, supervisión de las comunicaciones sobre la detección de infracciones en el seno de la

²⁰² SEQUEROS SAZATORNIL, “La responsabilidad civil y penal de los administradores en el Derecho Concursal”, *La Ley* nº6412, 1 de febrero de 2006, pp. 485 y ss.

²⁰³ BAJO FERNÁNDEZ, *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 153-180.

persona jurídica. El equipo de respuesta deberá hacer un seguimiento de las actuaciones como la reacción inmediata frente a la infracción.²⁰⁴

En el escenario de que pueda acusarse a un ente empresarial por la comisión de un delito de insolvencia punible se deberá estudiar la transparencia de sus acciones y decisiones; y evaluar las medidas adoptadas para el cumplimiento de la seguridad y legalidad de las actuaciones de todos los empleados (el uso de programas de *compliance*). Y en la práctica, será complicado obtener resultados que finalmente ayuden al resarcimiento de los acreedores del perjuicio que todo ello les haya ocasionado.²⁰⁵

5.3 Responsabilidad del Administrador de empresa: la evolución del contexto como factor delimitador de su responsabilidad

La posición de administrador de una sociedad²⁰⁶ desde hace tiempo no constituye una situación de privilegio encarna una serie de riesgos y

²⁰⁴ BAJO FERNÁNDEZ, *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 186-210.

²⁰⁵ MARTÍNEZ SOLER, *Los empresarios ante la crisis económica*, Barcelona, 1982, pp. 110 y ss.

²⁰⁶ MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad de los Administradores de Empresas Insolventes*, Barcelona, 2011, pp. 91- 97. Es importante delimitar o tener en cuenta “los distintos supuestos de Administrador que se pueden identificar en cada empresa:

1.- Consejeros delegados: Para este casos son responsables por los actos lesivos ocasionados a la sociedad, y en el caso del resto de miembros no delegados les será imputable también dichos actos pero por la omisión del deber de vigilancia

2.- Director General: No ocupa una posición orgánica análoga a la de los administradores sino que su actuación se equipara a la de los auxiliares del empresario. No son de aplicación desde la perspectiva mercantil las normas del Código de Comercio sobre responsabilidad del factor art. 236 y ss., y lo que sí puede ocurrir es que el Administrador tenga que cumplir como responsable de las actuaciones o decisiones tomadas por el Director General por culpa *in eligendo, in instruendo o in vigilando*.

3.-Administradores en representación de una persona jurídica: El administrador sería la misma persona jurídica sólo esta última habrá de ser responsable.

4.-Administradores suplentes: Esta figura está recogida en el artículo 216 de la Ley de Sociedades de Capital. El nombramiento de los suplentes como administradores se inscribe también en el Registro Mercantil y ocurre para el caso en que los administradores cesen por cualquier causa.

5.-Administradores ausentes, dimisionarios y judiciales: Su ausencia no altera su responsabilidad ya que la ausencia no justificada es de por sí una manifestación palmaria de la falta de diligencia del administrador en el ejercicio de sus funciones, en definitiva de su responsabilidad. El juez cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en la normativa podrá acordar que continúe la administración existente o que ésta sea sustituida, designando en último caso a quienes se encarguen de la misma.

6.-Administradores de hecho: Ocurre frecuentemente que sin ocupar formalmente cargo alguno, determinadas personas controlan y gobiernan de hecho la sociedad sustituyendo a los administradores. Se habla de la figura del Administrador de hecho

responsabilidades, que hay que asumir ante la sociedad, ante los accionistas y ante los acreedores de la sociedad. Las nuevas responsabilidades atribuidas a los consejeros y directivos de empresas son las responsabilidades propias de esta época histórica, y que tales responsabilidades pueden y deben, servir para aumentar no sólo el nivel de exigencia ética, sino también el de eficacia económica. No es posible seguir admitiendo la figura de consejeros absolutamente pasivos e ignorantes de todo lo que sucedía a la empresa, dispuestos a utilizar el cargo en su propio y exclusivo beneficio, y al margen de cualquier tipo de responsabilidad legal. En el sistema actual, sólo se exonera de responsabilidad al administrador que puede haber cumplido con el deber de diligencia.

Todos los administradores están sometidos al principio de responsabilidad social solidaria, por lo que los Consejos de Administración están obligados a tomar decisiones meditadas y coherentes y por supuesto ajustadas a derecho, puesto que el incumplimiento de sus obligaciones legales originaría una grave responsabilidad de sus miembros. Su deber de diligencia estará relacionada con la culpa *in eligiendo, in instruendo e in vigilando*.

La Ley de Sociedades de Capital en su artículo 236 contempla los motivos por los cuales los administradores de las sociedades pueden

en el Artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, que regula los presupuestos de la responsabilidad de los administradores, habla de administradores de derecho o de hecho.”

incurrir en responsabilidad y responder con su propio patrimonio de los daños y perjuicios que puedan causar a terceros con sus actos.²⁰⁷

²⁰⁷ MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad de los Administradores de Empresas Insolventes*, op. cit., pp. 18-46 . “La acción social tiene por objeto la indemnización por los Administradores del daño causado a la Sociedad y la reconstrucción del patrimonio de ésta, siendo ejercitable tanto por la sociedad misma como por los socios y acreedores de la acción individual de responsabilidad, es reconocida a favor de los socios y terceros para obtener directamente la reparación de los daños derivados de la actuación de los Administradores (acción social art. 238, acción individual art. 241 de la Ley de Sociedades de Capital).

Distintos supuestos de responsabilidad:

1. Responsabilidad orgánica: la responsabilidad se exige no al órgano como tal sino a sus miembros, a los administradores, consecuencia del concepto mismo del órgano, son las personas que asumen el ejercicio de dichas competencias, de ahí que el deber de diligencia exija precisamente a quienes ocupan la posición jurídica de miembros del órgano. Se trata en definitiva de una responsabilidad personal e individualizada de todos y cada uno de los miembros del órgano de administración lo cual explica que el ejercicio de la acción social de responsabilidad conlleve el cese automático de los administradores afectados. (actualmente art. 225 L.S. Capital).
2. Responsabilidad de carácter legal: La responsabilidad contraída por los administradores tiene carácter legal en cuanto a su fundamento, en la medida en que deriva de la imposición por la Ley de un deber de diligencia en el ejercicio de sus funciones o competencias inherentes a su cargo (arts. 225 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital). Este carácter imperativo del régimen de responsabilidad social de los administradores se pone de manifiesto de forma particularmente visible en relación con los supuestos de exoneración de responsabilidad, que están delimitados en los artículos 236, ap. 2 y 237 de la Ley de Sociedades de Capital.

-
3. Responsabilidad de orden público: el régimen de responsabilidad en su conjunto tanto en su estructura como por la finalidad que cumple ha de caracterizarse como de “orden público” lo que implica su disponibilidad como principio.
 4. Responsabilidad de carácter jurídico privado: La naturaleza del régimen estructural u orgánico de la Sociedad Anónima, siendo además una responsabilidad civil por daños ya que persigue el resarcimiento patrimonial de la sociedad. Esta caracterización permite deslindar el ámbito de responsabilidad social de otros supuestos de responsabilidad en que puedan incurrir los administradores cuando sus actuaciones sean constitutivas de ilícitos penales o de infracciones administrativas de tal naturaleza. Este es el caso contemplado en la Ley de Sociedades de Capital y de aquellos otros preceptos cuya sede jurídica se sitúa fuera de la Ley de Sociedades de Capital, concretamente en la Ley de Mercado de Valores, la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y la Ley de Ordenación y Suspensión de Seguros privados.
 5. Responsabilidad por pérdidas societarias: En supuestos como por reducción del capital social, siendo una grave irresponsabilidad de los administradores de no disolver la sociedad en estos supuestos. El art. 363 d) y e) de la Ley de Sociedades de Capital establece como causa de disolución de la sociedad la reducción del patrimonio social a la mitad del capital social; y añade dicha Ley de Sociedades de Capital en su art. 367 que responderán solidariamente de las obligaciones sociales los Administradores que incumplan la obligación de convocar la Junta General para que adopte un acuerdo de disolución social.
 6. Responsabilidad por la no presentación de las cuentas anuales hecho que es imprescindible para la transparencia de la sociedad y como garantía ante terceros.
 7. Responsabilidad por no disolución de la sociedad y responsabilidad de los administradores, según el art. 360 y 363 apartado d) establece las causas por las que se debe disolver una sociedad. Si la sociedad tiene pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social o

Un buen administrador para desempeñar su cargo debe tener la diligencia de un ordenado empresario, ser un representante leal en defensa del interés social cumpliendo con todos aquellos otros deberes impuestos por las leyes y los estatutos.²⁰⁸ Nos centramos entonces en aquellas actuaciones realizadas fuera de las premisas del buen administrador, y con la finalidad de encontrar causas de la actuación ilícita de estos administradores que han actuado fraudulentamente por el contexto de crisis, por la falta de alternativas para actuar conforme a derecho.

La responsabilidad del administrador ha de ser mayor atendiendo a la tipología de empresa o al producto o servicio que se comercialice. Así finalmente se le exigirá mercantilmente más conocimientos o más formación, dependiendo si se trata de una farmacéutica, una aseguradora, una entidad de crédito o si en cambio hablamos de un comercio de menos envergadura. No podemos hablar del empresario como “el buen padre de familia” que se describe en el ámbito civil art, 1124 del Código Civil. El administrador de empresa debe hacer uso de su función como “la de un ordenado empresario”, dada su responsabilidad, y debe cumplir con más requisitos. Por ello, la preparación y conocimientos exigidos son relevantes para poder asumir la responsabilidad que conlleva la gestión empresarial.²⁰⁹ Deben

si el capital social se reduce por debajo del mínimo legal, los administradores tienen la obligación de proceder a la disolución de la sociedad.”

²⁰⁸ Vid. Capítulo III de la LSC, arts. 225 y 232, “*Los deberes de los administradores*”

²⁰⁹ RAMOS HERRANZ, “El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario”, http://vlex.com/vid/estandar-diligencia-ordenado-empresario-385385/ensure_logged (última visita el 20/10/2012)

exigirse los deberes establecidos en el art. 225 de la Ley de Sociedades de Capital “ *los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario*”, como, por ejemplo, el deber de secreto del art. 232 LSC.²¹⁰

Se podría justificar la responsabilidad del Administrador ante circunstancias fortuitas que le han llevado a actuar inadecuadamente. La crisis económica vivida en esta última década, ha llevado a las empresas a someterse a diseños contables inadecuados que ajustaban sus cuentas para justificar así una solvencia que no era cierta.

Se tendrá que evaluar si el administrador merecerá la indulgencia del ordenamiento jurídico cuando, en la comparativa entre el peligro amenazante y la implicación personal del autor en el conflicto, aparezca la conducta como una reacción comprensible a la situación de necesidad. Incluso por adecuarse la misma a una situación que podría ser comprendida por la sociedad que tendrá que valorar la inexigibilidad de la conducta.²¹¹

²¹⁰ Capítulo III de la LSC, arts. 225 y 232, “*Los deberes de los administradores*”

²¹¹BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*. Barcelona, 1994, p.18, “determina que el sujeto actúa totalmente determinado por no poder conducirse a sí mismo, siendo así que su comportamiento no es vinculable mediante normas. En esta situación no operarán los deberes de amparo cuando el sujeto no posea capacidad objetiva de responder a la dirección normativa.”

Esta situación se plantea para el administrador como un peligro inminente, y el estado de necesidad que podría encuadrarse en esta situación es preventivo, ya que no se trata de un peligro que sea actual, es un peligro que sabemos que puede ocurrir, y que cuando suceda ya no se le podrá hacer frente.²¹²

FEIJOO SÁNCHEZ considera que, como bien se ilustra en el Derecho Alemán, donde se habla de las “concausas” del perjuicio a los acreedores, además de la conducta fraudulenta suelen existir otros factores que condicionan la insolvencia. Entre otros, pueden existir factores diferentes a la conducta enjuiciada como el contexto macroeconómico que ha podido provocar la insolvencia dada la magnitud de la crisis económica, permitiendo que otras empresas hayan acabado en una situación de insolvencia actual por esta razón. En este sentido, debería valorarse si el comportamiento fraudulento resulta irrelevante. Para este tipo de situaciones existe en la doctrina la “concreción o realización del riesgo” o de la “conurrencia de riesgos” que la doctrina viene desarrollando para delitos de resultado como el homicidio o las lesiones.²¹³

²¹² BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, p. 70, aborda “la situación de necesidad resulta de un peligro amenazante que se cierne sobre la esfera de intereses en la que un sujeto desarrolla su libertad organizativa. Es del todo necesario determinar la clase de competencia que por el peligro amenazante tenga el sujeto eventualmente afectado por la acción de salvaguarda emprendida por otro sujeto. En función de dicha clase de competencia, entrarán en cuestión las reglas jurídico-penales de resolución de conflictos de intereses individuales del estado de necesidad.”

²¹³ FEIJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, 2009, pp. 194-195.

Los administradores de empresa se ven amenazados por el concurso, que actúa como elemento coaccionador, y son conscientes de que en cualquier momento se pueden ver obligados a tener que aceptar las consecuencias que les puede provocar. Deben ponderarse los intereses que entran en conflicto y valorar si el mal causado es necesario o prioritario al mal que se quiere evitar.²¹⁴

En el caso de que no concurren todos los requisitos necesarios para liberar de su responsabilidad al administrador, cuando se aprecie un posible estado de necesidad, se puede valorar la participación de al menos aquellas circunstancias que si reconocen la acción ilícita y que pudieran actuar como eximente incompleta, pudiéndose aplicar como atenuante²¹⁵. Puede ser complicado probar que realmente esas circunstancias han podido bloquear al administrador. Deberán examinarse las limitaciones que hayan perjudicado en la libertad de elección.²¹⁶

En resumen, debe analizarse si concurren elementos que puedan determinar alguna causa de justificación como el estado de necesidad,

²¹⁴ ROXIN, *Derecho Penal Parte General Tomo I*, Madrid, 1997, pp. 49 y ss.

²¹⁵ Art. 21 CP *Son circunstancias atenuantes:*

1ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

²¹⁶ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 2010, pp. 317-318.

pudiéndose entonces liberar al administrador de su responsabilidad de manera total o en parte, de aquellos actos realizados que han contravenido la ley penal, y que en otro contexto, fuera de la crisis económica no habrían actuado en contra de sus deberes de buen administrador.

Lo cierto es que el perfil de administradores que analizamos, en este caso, lo único que pretenden es defender a la empresa luchando por su continuidad.

Como ya se ha comentado, en este escenario deberán analizarse los medios empleados, si han sido los adecuados, y si existían otras alternativas, o si se puede exigir al administrador que hubiera actuado de otro modo en estas circunstancias. Un elemento fundamental es evaluar el perjuicio causado, y el peligro, que en este caso es la declaración de concurso y la posible liquidación empresarial. El administrador debe ser consciente de que es un peligro presente, y que cuando suceda será inevitable.

El comportamiento del Administrador que con la finalidad de evitar el cierre de la empresa, y el perjuicio de los trabajadores al tener que despedirlos, mediante la declaración de concurso tardía, o la manipulación de la contabilidad para conseguir financiación, suscita un problema que difícilmente tiene una vía para solventar el conflicto de intereses a través del estado de necesidad. Examinar si las medidas que se toman en el procedimiento penal se equiparan realmente al daño producido y a las circunstancias en general. Con los medios utilizados en el procedimiento concursal se alcanza la finalidad buscada de

resarcir al acreedor, ya sea con la liquidación de la masa activa, o a través de un convenio de pagos, o en el peor de los casos, con una calificación culpable que obliga al Administrador de empresa y a las personas que se determinen en la sentencia, a pagar una sanción por la culpabilidad del concurso.

En la legislación alemana, la exigencia de una administración ordenada, se encuentra en casi todos los hechos de bancarrota, excepto en los delitos relacionados con la contabilidad, y especialmente en la cláusula general del artículo 238.1 número 8, StGB que establece la punibilidad del deudor que en modo gravemente contrario a las exigencias de una administración ordenada, disminuye el propio patrimonio o disimula u oculta las propias relaciones reales de negocios, convirtiendo este principio en “un concepto fundamental del nuevo derecho penal alemán de las quiebras”. Dentro de las “reglas fundamentales de una conducta empresarial ordenada” se comprenderían los principios de una contabilidad ordenada (art. 33 del Código de Comercio). Una administración que no observara estos principios constituiría la “llamada administración a ciegas” (planificación, tesorería, viabilidad y fiabilidad de la concesión de créditos). De ser así, deberá plantearse si la “administración a ciegas” se propone con la intención de llegar a una situación de insolvencia²¹⁷

Al administrador de empresa se le podría considerar como el autor mediato del delito de insolvencia punible, ya que es la persona que

²¹⁷ GOMEZ PAVON, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Cuaderno de política criminal*, núm. 64, p.55.

ordena, administra, y es responsable de las operaciones que realiza la deudora, la sociedad que administra.²¹⁸

TIEDEMANN considera que las causas de las insolvencias y las quiebras culpables pueden ser múltiples, pero en gran parte conocidas, la insolvencia se deriva de conductas empresariales erróneas, especialmente de una valoración deficiente de las consecuencias futuras. En una gran mayoría de ocasiones, según los estudios las causas productoras de la insolvencia se sitúan en el ámbito de la conducción

²¹⁸ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, 2003, pp. 103-105, considera que “cometer un hecho en autoría mediata no supone responder por la conducta de otro, sino responder por la propia conducta, que consiste en instrumentalizar a otro para cometer un delito. De ahí que no quepa decir que la autoría mediata supone una excepción al “principio de propia responsabilidad”. Por una parte, “nos encontramos con una responsabilidad por el propio comportamiento organizador, que deriva de la imputación al sujeto de los riesgos que surgen de su esfera de organización; y en segundo lugar, la responsabilidad criminal que resulta de atribuir el hecho antijurídico a su autor en un contexto de ausencia de causas de inimputabilidad y de exculpación.” El principio de responsabilidad no debe interpretarse en términos de responsabilidad criminal, pues conduce a afirmar que la posibilidad de admisión de la autoría mediata termina “allí donde el instrumento es en sí mismo autor plenamente responsable”, sino en términos de posibilidad de imputación objetiva y subjetiva del riesgo creado con la propia conducta, lo que permite admitir que existen situaciones en las que el ejecutor material (autor inmediato) actúa de forma libre y plenamente responsable y “el hombre de atrás” conserva una especial relación con el peligro que le convierte en autor mediato. Concluye la autora que “lo decisivo es poder constatar que “ los hombres de atrás” comparten el dominio del riesgo con “el hombre de delante” desde una posición de control de la organización. En los supuestos que analizamos, “el hombre de delante” sería la sociedad como persona jurídica”.

de la empresa, consistentes en errores de “management”,²¹⁹ seguidos de fallos en el terreno de la financiación y la distribución, la excesiva dependencia al crédito, así como el exceso de garantía del acreedor sobre el patrimonio del deudor.²²⁰

Sigue TIEDEMANN considerando otras causas o presupuestos de insolvencia, como la gravemente antieconómica disminución del activo mediante la venta a precio de saldo de mercancías compradas a crédito, o la excesiva detracción de bienes del patrimonio social en beneficio privado; se trata de situaciones junto con la causación intencionada de la insolvencia, que conforman un grupo criminológico unitario.

La falta de cuidado y la manipulación en la llevanza de libros incluido el balance mercantil, lleva típicamente al inventario patrimonial deficiente y constituye una conducta errónea relativamente frecuente. En otros supuestos, cuando raramente puede demostrarse la relación de causalidad penalmente relevante con la producción de la insolvencia, el

²¹⁹ GALLEGO SOLER, “Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 72, 2005, pp. 49-134.

²²⁰ TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, 1993, pp. 220, recuerda el autor en lo que se refiere al “exceso de endeudamiento que en la antigua Ley Concursal alemana del siglo pasado que decía al respecto “Donde no hay crédito difícilmente es imaginable una quiebra”. Hace referencia también a que en el Derecho de Sociedades, la jurisprudencia, la doctrina y la legislación se contempla la infracapitalización inicial o sobrevenida como concepto jurídico alegable en juicio y también en el Derecho civil se utiliza este concepto en la determinación de la responsabilidad en la concesión de crédito a empresas afectadas por la crisis.”

aumento del pasivo llevado a cabo de modo artificial (ficticio) aparece como el tercer ámbito clásico de las causas de la insolvencia.

El responsable de la empresa que debe llevar el control de toda esta gestión no puede ser otro que el administrador de empresa sobre el que recae el deber de resarcir a todos aquellos acreedores que se vean afectados por esta mala actuación.²²¹

²²¹ TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, 1993, pp. 220-223, sobre “el principio de administración ordenada, en la legislación alemana. Esta cláusula se encuentra en casi todos los hechos que han ocasionado el procedimiento civil de insolvencia que han tenido una connotación penal excepto en los delitos de balance contables y sobre todo en la cláusula general del art. 283.1 núm. 8 StGB que define la punibilidad del deudor que “en modo gravemente contrario a las exigencias de una administración ordenada disminuye el propio patrimonio o disimula u oculta las propias relaciones reales de negocios”. Las exigencias de una administración ordenada se ha convertido en un concepto fundamental del nuevo derecho penal alemán de las quiebras, por ello es exigible económica y penalmente que las decisiones empresariales se asienten en informaciones suficientes y actuales. Se opone también a los principios de una administración ordenada, la concesión de crédito de dinero o mercancías a un beneficiario desconocido sin comprobación de la fiabilidad, así como el abastecimiento incontrolado a un cliente fraudulento pero también el cálculo y la venta por debajo del costo o por debajo del precio de adquisición por un periodo prolongado o sin motivo justificable. Es gravemente contraria a la economía la continuación de una empresa caída en insolvencia sin control judicial. La obligación jurídica de solicitar la quiebra en el Derecho alemán sólo está prevista para determinadas formas de masa patrimonial. Del mismo modo, la continuación del negocio a pesar del inicio de la imposibilidad de los pagos constituye un comportamiento irresponsable desde el punto de vista económico y es, por ello, una conducta gravemente contraria a la economía.

Estos pocos ejemplos pueden demostrar que el nuevo derecho penal alemán de la quiebra, superando sus clásicos puntos de apoyo y campos de aplicación, se ha encontrado con la moderna mentalidad económico-empresarial, y particularmente, reclama a las empresas a partir de un cierto tamaño, visión de conjunto y

5.4 La posición de garantía del deudor

El deudor en el concurso de acreedores debe satisfacer con su masa activa los créditos que constan como debidos en la lista de acreedores. En el supuesto de que se haya aprobado un convenio se irán liquidando según los plazos de espera acordados en el Convenio aprobado en la Junta de acreedores.

En el caso de encontrarse la empresa en liquidación, la satisfacción de los créditos se lleva a cabo con el saldo líquido obtenido a través de la liquidación de todos los activos propiedad del deudor.

El deudor desde el momento en el que se obliga con su acreedor, pasa a tener una posición de garantía para los acreedores con su patrimonio. El deudor deberá satisfacer dichos créditos.

El acreedor tiene como medio de protección de sus intereses, la facultad de revocar los actos realizados por el deudor, haciendo uso de la ya comentada acción revocatoria o acción pauliana, siempre y cuando la insolvencia del deudor frustre la realización de su crédito. Se encuentra regulada en el art. 1111 del CC, artículo que deriva su redacción del art.

programación. Respecto a las grandes interdependencias crediticias y empresariales nacionales e internacionales., tal garantía penal del deber de llevar una administración ordenada parece no sólo adecuada sino además correcta.”

1167 del código civil francés²²². Es necesario que se cumpla con un presupuesto básico para poder hacer uso de la acción revocatoria como medio para garantizar su derecho de cobro, y es que el deudor debe causar perjuicio al acreedor habiendo minorado la masa activa de un modo tan grave que no pueda recobrase a partir de ningún otro medio su crédito.

La insolvencia del deudor supone una lesión para el derecho de crédito al dañar la base patrimonial. Le interesa al acreedor no una sanción o una pena contra el deudor por la situación de insolvencia fraudulenta causada, sino que lo que le interesa es la restitución de ese daño recuperando aquel crédito perdido.

En virtud del principio de responsabilidad patrimonial, el patrimonio del deudor representa una garantía genérica para el acreedor.²²³

Cuando se produce un desequilibrio en el patrimonio del deudor entre los valores realizados, y los créditos que le obligan para sus acreedores, nos encontramos ante una situación de insolvencia que no permite que

²²² Según LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, Tomo XVI, Durand-Bruylante, París-Bruselas, 1875, pp.497, y ss.” el legislador se ha limitado a consagrar el principio en un breve texto, basándose en la tradición. La ley parece exigir la existencia de fraude, por tanto que se haya causado perjuicio a los acreedores.”

²²³ FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: La acción pauliana*, Boloña, 1998, pp. 20 y ss.

los acreedores vean garantizados sus créditos a través del patrimonio del deudor.

En este supuesto, es cuando la Ley concursal protege a los acreedores a través de la calificación del concurso, será el momento en el que se valorará la actuación del Administrador de empresa, y de todos sus apoderados. La sanción se fijará en proporción con el total de créditos del concurso insatisfechos.

5.5 Resumen del Capítulo

El deudor deberá responder con su patrimonio siempre, en virtud del artículo 1911 del Código Civil, con todos sus bienes, presentes y futuros. El empresario responsable tiene la obligación de responder y resarcir el daño producido a la masa crediticia. Si además, existe responsabilidad penal por los hechos que han acontecido, y que han perjudicado el patrimonio del deudor, que en consecuencia no puede responder a sus obligaciones con los acreedores, el deudor debería responder con una responsabilidad civil que tendría que ser en una cantidad suficiente para compensar el daño ocasionado a los acreedores. Deben buscarse soluciones y alternativas a los problemas derivados en la práctica jurídica con el tiempo de espera necesario para obtener dicha responsabilidad civil. En virtud de la *par conditio creditorum*, no puede despreciarse la necesidad de preservar la justicia equitativa entre acreedores.

Existen otros modos de reclamación, los acreedores pueden reclamar a través de la *acción pauliana*.

En Alemania y en Reino Unido se contempla que la *actio pauliana* puede desplegarse en el seno del proceso de quiebra. Por el contrario, en España y Francia se sitúa al margen de los procedimientos de insolvencia. La *acción pauliana* en el derecho español, está relacionada con la que se podía establecer en el *Code Napoléon* en su art. 1167, en el que se configuraba como una acción que podía ejercitarse contra terceros adquirentes por la participación de este tercero en el fraude (*consilium fraudis*), o con conocimiento del mismo.

La acción de reintegración concursal es una medida adoptada en el procedimiento concursal que viene a “asemejarse a la *acción pauliana*”, y se proyecta sobre un negocio jurídico verificado en los dos años anteriores a la declaración que produzca un perjuicio a la masa activa.

La acción de anulabilidad o de nulidad pueden ser ejercitadas como mecanismos de reintegración del patrimonio del deudor. Este tipo de acción parte de patologías contractuales que no son el eje que motiva a la acción de reintegración concursal que va más allá, y tiene como presupuesto el perjuicio en la masa activa.

Parte de la doctrina no ha tenido en cuenta la posibilidad que brinda el Ordenamiento Jurídico de ejercitar otras acciones impugnatorias, o bien se ha planteado esta vía jurídica, pero por las dificultades procesales que ocasionan provocan dudas sobre si ejercitarlas y lo que ello podría conllevar.

Respecto a la responsabilidad que puede imputarse a la persona jurídica,²²⁴ como órgano independiente que actúa en el tráfico mercantil, con fundamento entonces en la infracción de deberes que se debían observar.

En el escenario de que pueda acusarse a un ente empresarial por la comisión de un delito de insolvencia punible se deberá estudiar la transparencia de sus acciones y decisiones. Evaluar las medidas adoptadas para el cumplimiento de la seguridad y legalidad de las actuaciones de todos los empleados (el uso de programas de *compliance*). En la práctica, será complicado obtener resultados que finalmente ayuden al resarcimiento de los acreedores del perjuicio que todo ello les haya ocasionado.

La responsabilidad de la empresa también puede constatarse en el procedimiento concursal, una vez se califica el concurso. Se puede resarcir al acreedor bajo la responsabilidad de la empresa y sus responsables, a través del procedimiento civil.

Nos conduce todo ello a pensar que desde el procedimiento concursal se aplican las medidas necesarias para evitar el procedimiento penal, que además dispone de plazos procesales mucho más largos, que en la práctica no encajan con los del concurso de acreedores. Con tal circunstancia, las ventajas que se pretendían con la querrela se

²²⁴ MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 2015, pp. 679 y ss.

desvanecen, si lo que se pretendía era un reconocimiento en el procedimiento concursal.

Es relevante la idea cifrada en la imposición de castigos a las personas jurídicas no debe suponer una vía de escape a la responsabilidad de las personas físicas los mismos hechos. La responsabilidad es colectiva y estructural por la contribución a generar la insolvencia punible en la empresa. Debe evitarse la aplicación de la sanción penal mediante la prueba de una organización suficiente, a través de programas de *compliance*, y debe probarse que el hecho debe reconducirse causalmente al déficit organizativo.

Ser administrador de una sociedad conlleva una serie de riesgos y responsabilidades que hay que asumir, respondiendo ante los órganos sociales de la empresa, ante los trabajadores que son también parte afectada e importante, y ante el resto de acreedores. En el sistema actual, tal y como se ha ya comentado, sólo se exonera de responsabilidad al administrador que pruebe haber cumplido con el deber de diligencia, la inexistencia de culpa o la inimputabilidad del daño causado a la sociedad.

En la ley de Sociedades de Capital, el artículo 236 determina los supuestos en los que los administradores pueden incurrir en responsabilidad social.

El concepto clave en la legislación mercantil es el de “lealtad” de la actuación del administrador para con la empresa, un deber de fidelidad

que le obliga a anteponer los intereses sociales a los propios. El “rol social del empresario” debe servir a la idea de garantizar ciertas expectativas asociadas a la figura de “un buen administrador”, al modo del “bonus pater familias” propio del Derecho Romano.

El deudor con su patrimonio debe garantizar el cobro de los créditos adeudados. Por tanto, al acreedor más que la sanción civil o pena impuesta al deudor por el incumplimiento de sus obligaciones, lo que le interesa es la restitución de ese daño recuperando aquel crédito perdido. El problema llega cuando estamos ante el supuesto de un deudor ante una situación de insolvencia provocada por un desequilibrio claro en el patrimonio del deudor. Los valores realizados, y los créditos que le obligan, es ahí donde el deudor deja de cumplir con su posición como garante.

ASPECTOS DOGMÁTICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES
DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES

6. Reflexiones político-criminales sobre la conveniencia de suprimir o modificar las insolvencias punibles en el Código Penal

La escasa aplicación de los delitos de insolvencia punible se constata en la carente jurisprudencia. El Derecho Penal se posiciona como materia en desuso y aparece como un derecho accesorio respecto al Derecho civil.

El acreedor tiene preferencia por el procedimiento concursal o por el uso de otro tipo de acciones civiles que le permitan resarcirse. La inoperancia del Derecho Penal en los supuestos de insolvencia punible se constata en la práctica jurídica.

Debe replantearse el escenario del delito de insolvencia punible y estudiarse la necesidad de su continuidad, y conveniencia. Otra posibilidad es limitar los supuestos de insolvencia punible para aquellos casos de amplia trascendencia social y económica.

¿Desde la jurisdicción civil se prevén medios suficientes para sancionar y proteger lo que se pretende salvaguardar con el bien jurídico protegido del delito de insolvencia punible?. ¿Existen otros delitos singulares que se cometen y que pueden condicionar o sustituir la esfera de incriminación que en la actualidad abre la insolvencia punible?

Estos son los interrogantes básicos que se pretenden abordar en el siguiente capítulo.

6.1 Relación entre la jurisdicción civil y la jurisdicción penal. Limitación de los supuestos en los que pueda ser aplicable el delito de insolvencia punible

A pesar de la separación de ambos órdenes jurisdiccionales, es innegable la influencia del Derecho penal en el derecho mercantil y viceversa. Se aprecia en ciertos conceptos mercantiles que no tienen una definición propia en el Derecho penal como puede ser por ejemplo la “insolvencia”. En el Derecho concursal se hallan las disposiciones sobre la pieza de calificación en el procedimiento concursal. El artículo 164 de la Ley Concursal incluye en su redacción preceptos como “dolo” y “culpa”. En la legislación concursal se prevén supuestos que podrían ser susceptibles penalmente. Actuaciones que se catalogan como ilícitas por operar de un modo contrario a lo previsto en el Código Penal.²²⁵

Las sanciones que se imponen en el procedimiento concursal son de carácter civil, consistentes en restituir o devolver los bienes o derechos que se hubieran obtenido de forma fraudulenta, indemnizaciones por daños y perjuicios, y la inhabilitación para administrar.

²²⁵ YAÑEZ VELASCO, *La nueva Ley Concursal: Concurso de Acreedores y Derecho Penal. Aproximación a los tipos penales relacionados con la insolvencia*. Barcelona, 2006, p.26, considera que el concurso de acreedores muestra innumerables conductas que pueden resultar jurídico-criminalmente relevantes.

Puede que de *lege ferenda* se replantee la presencia del Derecho penal ²²⁶ en el procedimiento concursal, con la finalidad de descriminalizar los tipos previstos en el nuevo CAPÍTULO VII bis denominado “de las insolvencias punibles”. Puede que se establezcan unos nuevos requisitos para que el uso del Derecho Penal sea tan sólo para supuestos de una mayor relevancia macroeconómica. Las propuestas podrían focalizarse en la necesidad de intervención penal para sociedades que tuvieran una posición importante en el sector de su actividad, o también para empresas que han dejado a deber a un número elevadísimo de acreedores, lo que denotaría la agravación de la insolvencia en esos supuestos.

Ahora de momento se denota la independencia de ambos sectores, civil y penal. El Derecho Penal se encuentra en una posición complicada, como rama del Derecho subsidiaria. Si no se consigue el objetivo esperado en el procedimiento concursal, se podrán someter los mismos hechos a un análisis objetivo, donde probablemente podrán resolverse los conflictos de intereses que confluyan pero con una aplicación del derecho demasiado exigente con consecuencias excesivas.²²⁷

²²⁶ QUINTERO OLIVARES, “La polémica presencia del derecho penal en los problemas concursales”, *Revista de Derecho Penal y criminología*, nº2, 1998, pp. 101-126.

²²⁷ RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, Madrid, 1995, pp. 140 y ss. opina que el Derecho privado previene y resarce de las lesiones a los derechos de crédito de los ciudadanos. El Derecho civil resguarda el crédito frente a conductas dolosas, negligentes y, en determinados supuestos, ante lesiones simplemente fortuitas.

El inciso final del artículo 163 LC en su punto segundo, corrobora la desvinculación entre la jurisdicción civil y penal. Existe una clara separación entre la calificación civil de los hechos que han llevado al deudor al estado de insolvencia, y la que, en su caso, se alcance en el ámbito penal. Normalmente, en la práctica la opción que subsiste es la de considerar como condición objetiva el estudio de los hechos primero con la declaración previa de concurso.

Una vez declarado el concurso, si se interpone querrela contra la empresa deudora, el procedimiento penal que se inicia con posterioridad, estudiará los mismos hechos independientemente de las resoluciones que surjan desde el concurso de acreedores. El resultado de la calificación civil o la sentencia penal puede ser distinto sin producirse una vulneración de la seguridad jurídica. La sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de junio de 2003, señala que “la contradicción en los hechos probados o admitidos por las distintas jurisdicciones no es tal, sino una diversa contemplación de los mismos fenómenos, con perspectivas, criterios, principios y normas diferentes. La alegación de que se deben justificar resoluciones diferentes ante casos iguales, constituye un mandato dirigido a órganos jurisdiccionales del mismo orden. Por consiguiente, quiebra de expectativas o vulneración de la seguridad jurídica, o convivencia armónica de distintas jurisdicciones, y si alguna debe prevalecer sobre las demás es la penal por ser la preferente. Los hechos probados de una sentencia penal firme, podrán imponerse a la jurisdicción civil o laboral, pero no al contrario, y es de todo punto imposible condenar a una persona, sin haberse acreditado debidamente la realización de las conductas típicas imputadas, por el

solo hecho de haber recaído decisiones civiles o laborales sobre la misma cuestión.”

En el procedimiento concursal, cuando la calificación del concurso es culpable, se exige una “agravación de la insolvencia” y que haya mediado “dolo” o “culpa grave”. Esta exigencia recuerda el contenido presente en la legislación penal en el anterior artículo 260 del CP del ’95; según este precepto el declarado en concurso será castigado cuando en “la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”. La diferencia conceptual que prima en este sentido, radica en el elemento subjetivo contemplado en ambos artículos, pues mientras la ley penal se contemplaba sólo el dolo, el art. 164.1 LC alude también a la culpa grave. De este modo, sólo se sancionaban penalmente los supuestos dolosos, frente a las sanciones civiles que alcanzan también a aquellos supuestos en los que se actúe con culpa grave.²²⁸ Tras la Reforma de 2015 esta diferencia se ha diluido pues la intervención penal se extiende a los supuestos de imprudencia grave.

En el estudio sobre la necesidad de dotar de más medidas penales al procedimiento civil, podrían plantearse nuevas medidas como la constitución de un órgano colegiado, un tribunal multidisciplinar que actuase tanto en la fase común como en la pieza de calificación. El tribunal debería componerse por un juez penal y un juez civil. Otra

²²⁸ ROSENDE VILLAR, “Capítulo de la Calificación del concurso”, en CORDÓN MORENO (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, , pp. 559-561.

propuesta, podría quedar cifrada en la exigencia para la candidatura a Juez Mercantil de un mayor conocimiento del Derecho Penal.

Para algunos autores puede entenderse innecesaria la intervención del Derecho Penal en el ámbito mercantil de las insolvencias. La previsión legislativa concursal ya utiliza elementos normativos de carácter penal.²²⁹ Las razones se sustentarían en que, a causa de esa naturaleza de *ultima ratio*, debería encorsetarse en gran medida la intervención del Derecho Penal; debería quedar reservado para insolvencias que afecten gravemente a la sociedad o que tengan consecuencias macroeconómicas negativas. La fijación de aquellos casos más gravosos debe limitarse a aquellos en los que por el número de acreedores o por el elevado coste de las consecuencias económicas se consideren como supuestos de mayor relevancia.²³⁰

²²⁹ YAÑEZ VELASCO, *La nueva Ley Concursal*, pp. 32-33 se señala que de “lo que se trata es de limitar o restringir al máximo la intromisión del Derecho Penal, incluso tras partir de su justificación, para evitar excesos que perjudiquen tanto el tráfico civil y mercantil como las propias respuestas de Derecho Privado ante ese tipo de ilícitos. A través de esta línea de argumentación, en el ámbito de la actividad societaria se ha defendido que el Derecho penal no puede convertirse en un instrumento meramente sancionador de conductas ya descritas como infracciones en sede mercantil.”

²³⁰ VIVERO DE PORRAS, *Insolvencias punibles y Ley Concursal. La supuesta despenalización del delito del artículo 259 CP y el artículo 40 de la Ley Concursal*. 2005, <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho%20Mercantil/200503-2656101621053740.html> (última visita el 27 de febrero de 2012) analiza el contenido del artículo 40 L.C. que introduce una serie de supuestos referidos a las facultades patrimoniales del deudor respecto de la administración y disposición sobre su patrimonio, una vez declarado el concurso, que es sustancialmente diferente a la normativa derogada y que previene no la nulidad de los actos realizados por el deudor, incluso cuando ello suponga un “acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con

En el caso de que se optase por la despenalización de algunas conductas previstas en el Capítulo VII bis sobre Insolvencias punibles, según RICARDO YÁÑEZ,²³¹ la opción radicaría en sustituir las previsiones vigentes por otros tipos penales, y si los casos de mayor envergadura, son por definición de mayor gravedad o de “un mayor número de acreedores”; el perjuicio y el daño aludidos, operarían igual para el alzamiento de bienes.

En la doctrina y en la jurisprudencia, se ha sostenido que, a pesar de esto último, la calificación del concurso no vincula al Juez penal, pero para el caso que éste considere la existencia de hechos relevantes susceptibles de ser delictivos, deberá analizarse si concurre dolo o culpa (tipo subjetivo), así como los demás presupuestos de la pena, que se integran en las categorías dogmáticas de la antijuridicidad, la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad.

El “dolo” y la “culpa” expresan el desvalor de acción de la conducta; el hecho de que estemos ante un concurso culpable significa que puede haberse llegado tanto de un modo doloso como culpable. Se debatía si penalmente se podía castigar la conducta culposa que actualmente con la Reforma de 2015 ha sido incluida también en el CP.

posposición del resto”, incluso cuando no está autorizado ni judicialmente ni por los órganos concursales, sino la anulabilidad de dichos actos que no obstante pueden ser confirmados o convalidados y que se sujetan a un plazo de prescripción en cuanto a la posible acción de anulabilidad. Ello lleva a plantear si lo que realmente se produce es una despenalización de la conducta prevista en el art. 259 CP.

²³¹ En YÁÑEZ VELASCO, *La nueva Ley Concursal*, p. 115.

Al exigirse en la descripción del tipo “la causación de una crisis económica o de la insolvencia”, se exige paralelamente la prueba de una relación causal; puede ser discutible si se plantea como un presupuesto del tipo o si debe ser el resultado de la misma. Parece más bien que debe ser el resultado que se espera en la comisión de la acción típica.²³²

Antes de la reforma del CP del 95 se exigía la calificación concursal para poder intervenir penalmente.²³³ Actualmente, ya no existe dicha exigencia prejudicial; son procedimientos independientes, pero en la práctica, a pesar del contenido del art. 163.2, se evalúan y examinan las conductas o comportamientos señalados en el procedimiento concursal, donde la calificación sirve como instrumento de interpretación para el juez penal, ya que si se sigue la literalidad de los preceptos sobre insolvencias punibles, estaríamos ante un estudio inocuo de los hechos penalmente enjuiciados.²³⁴

²³² JAEN VALLEJO, “Las insolvencias punibles”, *CPCr*, núm. 58., pp. 43-44, plantea en este artículo que las penas previstas son desproporcionadas a la gravedad del hecho; el legislador vulnera el principio de proporcionalidad de las penas.

²³³ FEIJOO SÁNCHEZ, “Sociedades Mercantiles en crisis y Derecho penal. Sobre la función social y el fundamento de injusto del delito concursal (art. 260CP)” *En Anuario de Derecho Concursal*, 2008, pp.313 y ss.

²³⁴ En YAÑEZ VELASCO, *La nueva Ley Concursal*, p. 115, reflexiona sobre la propuesta sobre la unificación especializada del juicio sobre el concurso civil y el enjuiciamiento penal de la conducta descrita en el artículo 260 CP, a pesar de la crítica que hoy día puede efectuarse ante la existencia de objetos civiles acumulados al enjuiciamiento criminal.

Las medidas o sanciones que se aplican a partir de una calificación culpable son equiparables a sanciones pecuniarias penales, o la inhabilitación que desde la reforma del CP en 2010 opera también para las personas jurídicas a partir del art. 31 bis CP.

Después de analizar el trato que se da en los Juzgados Mercantiles a la pieza de calificación, se ha podido constatar que en la práctica el análisis se hace desde una vertiente más civil, a pesar del uso de medios conceptuales penales para su examen y valoración. Depende del Juzgado el tener más en cuenta el Derecho Penal para el caso en que se detecten indicios de delito. La tendencia detectada se dirige hacia un mayor número de concursos calificados como culpables en primera instancia, al acabar la gran mayoría de procedimientos concursales en liquidación. Pero que estén en liquidación, no tiene que presuponer la culpabilidad, habrá que prestar atención al devenir de los hechos que han causado la insolvencia.

En la práctica, los fiscales no ven la utilidad del derecho penal desde la perspectiva del derecho concursal, y consideran que las consecuencias que de ellos se derivan son diferentes, y que por ello, son procedimientos totalmente diferenciados.

Aquellos concursos que en la práctica son calificados culpables, se deben a irregularidades en la contabilidad o por la no formulación de cuentas, y algunos, son los que se producen por una salida fraudulenta

de bienes o alzamiento. En los informes de calificación, tan sólo se utilizan como términos penales, los conceptos de dolo o culpa grave y se insiste en la necesidad de que haya habido conocimiento y voluntad en la realización de la acción, pero siempre desde una perspectiva civil o mercantil y nunca penal.

¿Es necesaria entonces la adopción de una actitud más laxa o, por el contrario, es preciso un estricto cumplimiento de la ley mediante la calificación de los concursos como culpables? ¿Debe el Ministerio Fiscal ser más estricto en sus valoraciones y aplicar la ley penal a todos aquellos casos que presenten indicios de conducta societaria delictiva?

¿Es procedente centralizar en un solo procedimiento las causas de la agravación de insolvencia sometidas a un procedimiento concursal? ¿Es necesaria una posible reforma concursal en la que se incluyan nuevos elementos penales, donde se dé una mayor potestad a la jurisdicción civil para proceder ante estas circunstancias, y evitar de este modo, el perjuicio que deben soportar las personas afectadas, a través del procedimiento penal?

Estos son los interrogantes político-criminales centrales en la materia.

Para un sector de la doctrina son inabordables las anteriores propuestas, reconocer una mayor influencia del Derecho penal en el Derecho

concurzal, a pesar de que históricamente, estas dos jurisdicciones siempre han estado muy interrelacionadas o unidas.²³⁵

A pesar de no ser necesaria la espera a obtener el informe de la pieza de calificación para la determinación o el análisis penal de las circunstancias, es cierto que si para el juez civil existen méritos para proceder criminalmente contra el concursado lo comunicará a través de providencia al fiscal.²³⁶

²³⁵ OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de insolvencia punible del art. 260 CP a la luz del nuevo Derecho Concursal. Aspectos penales y civiles*. Valencia, 2004, pp. 52 y ss., dice que “la Jurisprudencia entendió que la autonomía del Derecho penal no residía en la antijuridicidad ni tipicidad propia de los hechos de bancarrota, sino en la consideración de la culpabilidad. La sentencia civil previa de calificación de la quiebra como fraudulenta o culpable, cuando era requisito de procedibilidad, siempre pudo aparecer como medio de prueba limitado y, en sentido amplio, vinculaba al Juez penal en la medida en que fuese convincente y sus apreciaciones estuvieran ancladas en la realidad de los hechos. Pero desde antiguo, concretamente desde la STS de 26 de diciembre de 1914, dejó de constituir prueba plena o única. En el plano procesal comenzó a decirse que se acataban las conclusiones civiles salvo aportación de nuevas pruebas en el proceso penal (SSTS, Sala 2ª, que van desde la de 8/3/94 a la de 4/7/31 y 28/5/57 y STS de 9/12/27 de la Sala 1ª). Tanto el art. 1300 de la LEC para el concurso como los arts. 1386 de la LEC y 896 del C. de Com., no derogados por el nuevo CP de 1995, siguieron exigiendo como requisito previo de procedibilidad la sentencia civil firme que declare la quiebra culpable o fraudulenta, y la orden irrecurrible del Juez civil de proceder y de deducir testimonio para la vía criminal. Era notable el hecho de que, según constante jurisprudencia del TS, el Juez civil no quedase vinculado por las pretensiones de las partes, se podría paliar el error en que hubiera incurrido o su propia benevolencia. Se estaba ante una materia regida por el interés público y la calificación de la quiebra no podía quedar al arbitrio de las partes.”

²³⁶ BURUAGA PUERTAS, *La calificación de las insolvencias*, Barcelona, 1999, p. 77.

Una mayor influencia del Derecho penal en el derecho mercantil afectaría a las medidas o sanciones que se aplican a las personas responsables en la pieza de calificación; son sanciones de naturaleza civil, cifradas en la inhabilitación para administrar los bienes propios o ajenos, y para administrar a cualquier persona por un plazo de tres años, en la privación de los derechos que pudieran tener dentro del concurso como acreedores, o en la condena al pago solidario a la masa de la cantidad que se suponga se haya defraudado por su actuación ilícita. En el procedimiento penal la finalidad o la pretensión en la mayoría de casos es la de perseguir la estricta responsabilidad penal, y que la responsabilidad civil *ex delicto* que se derive se deba incorporar con el resto de créditos contra la masa.²³⁷

A partir de aquí se abre el debate sobre el objeto de protección de cada procedimiento; ante el análisis sobre los mismos hechos, el interrogante se vierte sobre el objeto de protección en cada jurisdicción.

La evidente diferencia entre el acto ilícito penal y el civil, no se identifica en la cuestión relativa a la indemnización de los daños causados, tanto por uno como por otro tipo de ilícitos. La responsabilidad civil *ex delicto* en el ámbito penal responde a normas

²³⁷ STS 19/1/1974, dice el Supremo que “el contenido de *la actio ex delicto*, en el procedimiento penal es más amplio que lo perseguido en el procedimiento mercantil, pues se persigue la indemnización de perjuicios, mientras que en lo mercantil persigue el pago de los créditos.”

de naturaleza puramente civil. La responsabilidad civil derivada del delito a pesar de su tradicional ubicación en el Código Penal es exclusivamente Civil.²³⁸

No hay que olvidar en el análisis de la relación entre ambas jurisdicciones, que en el Código Penal anterior al de 1995 la regulación que se hacía de las insolvencias punibles funcionaba con el sistema de ley penal en blanco, y derivaba a la antigua redacción del Código de comercio, actualmente derogado en estos artículos referentes a esta materia.

Y de nuevo de retomarse el interrogante, entrando en si en el caso de que existiera un sistema eficaz que garantizara el pago de créditos en el concurso, seguiría siendo necesario establecer un sistema específico de responsabilidad penal.

Es cierto que el Código Penal de 1995 con la regulación que en él se hace de los delitos concursales en los artículos 260 y 261, pretendía garantizar el funcionamiento del sistema concursal. Por lo tanto se consideró que existían carencias en ese sistema. Posteriormente, vino la nueva regulación concursal del año 2003, y es ahora con la nueva regulación penal en marcha, con la que se plantea reforzar los artículos referenciados a esta materia. Esta posición en vez de despenalizarlos, por lo que se entiende, que el legislador habrá considerado que en la práctica es necesaria la aplicación de una vía tan restrictiva, que apoye

²³⁸ MONGE FERNÁNDEZ, *El delito concursal punible, ¿una solución penal a un problema mercantil?*, Valencia 2010, pp. 291 y ss.

paralelamente el procedimiento concursal, y garantice la seguridad jurídica, para aquellos acreedores que no vean satisfechos sus créditos. Se trata de un derecho adquirido a través del tráfico mercantil, y que no ha traspasado por una actuación ilegítima por parte del administrador que ha causado la mala marcha de la empresa deudora.

Plantea BISBAL MÉNDEZ, en su artículo “*el rompecabezas concursal*”, la hipótesis que de existir un sistema concursal absolutamente eficiente no sería necesario contar con un sistema de responsabilidad penal al respecto. El planteamiento que realiza el Código Penal de 1995 es el de coordinación absoluta de los dos procedimientos. Se ha pretendido separar la sección de calificación, del seguimiento del delito que pueda hacerse a través de la vía penal, sin haberse indicado de un modo literal en la redacción del antiguo artículo 260 CP. Al disponer el art. 260.4 CP ‘95 que la “calificación de la insolvencia en el proceso civil no vincula a la jurisdicción penal, se debe interpretar entonces que se parte de la idea de que tal calificación debe existir. Igual interpretación debe seguir el hecho de que si “si sólo es punible la insolvencia causada dolosamente para conocer ese carácter debe mediar la calificación de la insolvencia definitiva. El delito se persigue “sin esperar a la conclusión del proceso civil”, pero es suficiente la sentencia de calificación. Es necesario conocer los hechos susceptibles de calificación culpable expuestos a lo largo del procedimiento concursal, de este modo, se podrá posteriormente hacer un posterior juicio objetivo de esos hechos.”²³⁹

²³⁹ Según BISBAL MÉNDEZ, “El rompecabezas concursal”, en QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS (coords.), *El nuevo Derecho Penal español. (Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz.)*, Elcano (Navarra), 2001, pp.963 y ss., “la perseguibilidad penal de la insolvencia fraudulenta

Podemos hablar de pluriofensividad o pluralidad de acreedores perjudicados. Fuera de estas circunstancias, podría liberarse de hipotética responsabilidad penal a aquellos deudores que con su actuación sólo hayan incumplido en parte de sus obligaciones, y quede pendiente el crédito de una agrupación menor de acreedores.

Si entramos a analizar el artículo 164 de la Ley Concursal, la causación o agravación de la crisis económica, puede entenderse como cualquier comportamiento que crea el riesgo de que se produzca la frustración de las expectativas de los acreedores a satisfacerse en el patrimonio del deudor. Es complicado diferenciar entre insolvencia, y crisis económica, tanto por lo que respecta a las insolvencias punibles como por lo que se refiere al concurso de acreedores, finalmente estamos ante escenarios equiparables.

La vinculación de los supuestos concursales con la crisis económica, exigible en Derecho alemán, puede servir, como ya hemos dicho, para asegurar el respeto al principio de culpabilidad. Hay determinadas actuaciones durante la crisis económica de la empresa, como ocultar la situación real, fraudes en créditos de dinero y mercancías frente a bancos y proveedores, emisiones de letras de cambio y cheques en descubierto, auto-cobro de créditos ya cedidos, pignoración de cosas ajenas, apropiación indebida de mercancías con reserva de dominio,

ya no está subordinada a la conclusión del denominado “juicio de responsabilidad” ni a la continuación de éste.”

tenidas o expedidas en depósito, falsedades documentales, que merecen la intervención del Derecho Penal.²⁴⁰

De cara al análisis de los indicios de carácter penal que pueden ser detectados en el procedimiento concursal, es interesante plantear los diferentes supuestos que la Ley concursal considera para la evaluación del carácter fortuito o culpable del concurso.

Según lo previsto en el artículo 1138 del Código de Comercio, para realizar un juicio valorativo de calificación de la quiebra se analizaban los puntos relacionados en este artículo en el ámbito privado:²⁴¹

1. La conducta del quebrado debía ser acorde con las obligaciones que se le imponían en los artículos 1017 y 1018.
2. El resultado de su contabilidad.
3. El estado en que se encuentran los libros de comercio.

²⁴⁰ GOMEZ PAVON, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Cuaderno de política criminal*, núm. 64, p. 44.

²⁴¹ GOMEZ PAVON, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Cuaderno de política criminal*, núm. 64, p. 44.

4. La relación que está a cargo del quebrado, si hubo responsabilidad o no en las causas que ocasionaron la quiebra, y lo que resulte de los libros, documentos y papeles de ésta sobre su verdadero origen.²⁴²

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

El presupuesto de quiebra fortuita lo establecía el art. 887 del Código de comercio: “Se entenderá quiebra fortuita la del comerciante a quien sobrevinieren infortunios que deberían estimarse causales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas.” La previsión sobre la quiebra en el Código de Comercio actualmente está derogada.

La relación entre la jurisdicción civil y la penal proviene de antaño, ya en la compilación civil de 1889 en su artículo 1366 se mencionan las calificaciones de “dolo” y “culpa”. La relación entre proceso civil y proceso penal quedó de nuevo establecida en el artículo 260 del CP del año 1995.²⁴³

²⁴² BURUAGA PUERTAS, *La calificación de las insolvencias*, Barcelona, 1999, pp. 71 y ss.

Autores como MARTÍNEZ-BUJÁN consideran que “en la legislación anterior existía una conexión entre ambas jurisdicciones a causa de que el CP adoptaba la técnica tradicional de ley penal en blanco, al remitirse a la legislación mercantil a los antiguos artículos 520, 521, 522 CP 1973.” Con el anterior art. 260 CP '95, en cambio, se estableció que el juez penal fuera el encargado, exclusivamente, de interpretar cuándo el resultado de la insolvencia ha sido causado o agravado dolosamente por el deudor, sin necesidad de tener que recurrir obligatoriamente a otras leyes extrapenales. El referido autor manifiesta que el nuevo Derecho concursal se encuentra en una posición totalmente despenalizadora, y ofrece relevancia a los remedios civiles. En lo que se refiere a la jurisprudencia del art. 260 CP de 1995 ha sido prácticamente inexistente hasta la fecha, con la nueva legislación concursal la aplicación práctica del precepto se coloca en la misma posición.²⁴⁴

No hay que olvidar la fuerza ejecutiva que acompaña a los créditos incorporados a diversos documentos, como escrituras notariales que dan fe y que pueden ser ejecutables en algunas ocasiones, conforme a la

²⁴³ BURUAGA PUERTAS, *La calificación de las insolvencias*, Barcelona, 1999, pp. 71 y ss. considera que “antes de la entrada en vigor del CP de 23 de noviembre de 1995, la Jurisprudencia ya tenía declarado que los Tribunales civiles no vinculaban a los penales, y era dicha jurisdicción penal la única competente para conocer de las infracciones de esta índole. Con el nuevo CP se permite el análisis de si las conductas son de entidad suficiente para declarar la existencia de un ánimo o propósito defraudatorio con dolo.”

²⁴⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*. Valencia, 2011, pp. 100-104.

Ley Hipotecaria. Puede afirmarse que, a la vista de la solidez y abundancia de los mecanismos civiles de defensa del crédito, se pueden desplegar efectos protectores del crédito aun cuando no se haya producido perjuicio económico para el acreedor, antes pues de la efectiva lesión del mismo.

La duplicidad de regulaciones que provocan la generación de sanciones civiles y penales, generan el riesgo de desconocer o vulnerar la naturaleza secundaria del Derecho penal.

Dentro de los criterios para interpretar si una acción debe ser calificada como delictiva debe examinarse la exigibilidad de los créditos, si están vencidos y son exigibles, ya que debe existir el menoscabo económico a los acreedores para que este pueda ser alegado, y que las acciones puedan ser susceptibles de recibir una sanción penal que resarza el daño. El perjuicio económico debe constituir un presupuesto ineludible de su intervención.²⁴⁵ Actualmente, la ley concursal cubre este perjuicio económico ya que se sanciona civilmente al Administrador, con la obligación de resarcir a sus acreedores en la medida en que sea responsable de la insolvencia de la empresa.

²⁴⁵ RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, Madrid, 1995, p. 145 subraya que, en esta materia, el Derecho Penal tiene una naturaleza característicamente secundaria o carácter de “última ratio”.

El uso incorrecto del Derecho Penal, enderezado a su utilización como “prima ratio”, desvirtúa su función; el instrumento punitivo pierde entonces su coherencia y su rol garantista.

Se identifican opiniones en la doctrina que postulan la eliminación de los delitos de insolvencia punible, o bien su modificación. Particular relevancia tienen las críticas que suscitó la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis y 261 bis CP), sobre todo por cuanto las previsiones penales exigen que la conducta delictiva de la persona física debe verificarse en beneficio de la persona jurídica, lo que suscita la perplejidad en el seno de las insolvencias punibles.²⁴⁶

Como se ha dicho, parece posible la subsistencia de los delitos de insolvencia sólo para las hipótesis de mayor gravedad, entre las que cabría tener en cuenta:

1. Supuestos en los que un administrador de manera reiterada crea empresas con actividades similares, que defrauda a sus acreedores, y liquida posteriormente la empresa, o la deja inactiva en las anteriores.

²⁴⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009*, Valencia, 2012, pp.39-40

2. Supuestos relativos a grupos de empresa, en que finalmente acaben declaradas en concurso el resto de entidades del grupo empresarial.

Para considerar la reiteración²⁴⁷, deben existir condenas anteriores del mismo delito, pero la propuesta sería que en el caso de no existir una condena anterior, por no haberse planteado la oportunidad de entrar a valorar si los hechos anteriores de gestión empresarial son delictivos, debe poderse considerar al menos los antecedentes en la gestión empresarial, aunque sea desde una perspectiva histórica de gestión empresarial, de modo que se valore el hecho de que se haya agravado la situación de crisis económica con la actuación reiterada.²⁴⁸

²⁴⁷ VILACAMPA ESTIARTE/ TORRES ROSELL/ LUQUE REINA, *Penas alternativas a la Prisión y Reincidencia: un Estudio Empírico*, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 120 y ss. “Para considerar la reincidencia tradicionalmente se ha exigido “reincidencia jurídica”, conforme al artículo 22 circunstancia 8ª CP.”

²⁴⁸ GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, Valencia, 2008, p.32, señala que “en el Derecho Penal italiano, la reincidencia se encuentra regulada en un capítulo independiente del Título IV del texto penal, en concreto en su Capítulo II dedicado a la regulación de la reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad en el delito y de la tendencia para delinquir. El *Codice Penale* admite dos especies de habitualidad delictiva: *la abitualità nel delitto presunta dalla legge* (art. 102) y *la abitualità nel delitto ritenuta del giudice* (art. 103). La primera exige como condiciones, de un lado, que el individuo haya estado condenado a reclusión superior a cinco años por tres delitos no culposos, de la misma índole, cometidos antes de los diez años, dentro de los diez años sucesivos al último de los delitos precedentes, otra condena por un delito no culposo, de la misma naturaleza. Cumplidos tales requisitos, de acuerdo con lo establecido en el art. 102 se prevé en estos casos una *perigosidad presunta*. Para la otra modalidad de habitualidad (*abitualità ritenuta dal giudice*) los presupuestos previstos en la norma esto, es en el art. 103 del código penale, son los

La decisión de mantener este delito, no se acompasa con las últimas reformas concursales, que llevan necesariamente aparejada una política despenalizadora, y que en un principio, preveía de manera implícita y consecuente la supresión de dicha figura delictiva. Ello no obstante, el texto de la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal, optó por dejar igual el precepto. La única modificación legal que se ha producido en este precepto ha sido, la realizada posteriormente, por la L.O. 15/2003 de 23 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal, y que simplemente, supuso una adaptación del texto del anterior art. 260 CP al nuevo régimen concursal establecido por la nueva Ley Concursal. En concreto, la única modificación se limita a la obligada sustitución de la expresión “fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos” por la expresión “ fuere declarado en concurso”, dado que ahora (tras la Ley 22/2003) se prevé un procedimiento concursal único.

siguientes: que el reo condenado por dos delitos no culposos, vuelva a serlo por otro delito no culposo. Sobre la base de dichos presupuestos el juez, en que cometió los delitos, la conducta y género de vida del culpable y las otras indicaciones previstas en el art. 133 que, como dijimos, regulan el proceso de individualización judicial. Como una manifestación de los supuestos de persistencia en el delito, el *código penale*”

“Contempla en su art. 105 la **profesionalidad delictiva** (*profesionalita nel reato*). Del texto de la disposición citada se deduce que, para su apreciación, se requiere que el sujeto, en el que se dan las condiciones requeridas para la declaración de habitualidad, vuelva a cometer otro delito. Se trata pues de un tipo particular de delincuente habitual, donde la nota específica es la que diferencia la profesionalidad de la habitualidad delictiva; esta última reclama la comprobación, por parte del juez de que el sujeto vive habitualmente del delito, es su sistema de vida. De hecho, en este supuesto, la reiteración delictiva debe suponer al reo una fuente estable de ganancias.”

Se ha mantenido en la reforma penal de 2015 la figura delictiva de la insolvencia punible por la existencia de un delito de similares características en otros Ordenamientos de países de la UE; no ha parecido procedente que el ordenamiento jurídico español prescindiera de un delito que se corresponde con otros textos legales europeos, así como en el catálogo de eurodelitos económicos que se proyecta crear.

La postulación de la supresión de las insolvencias punibles, tiene en cuenta la existencia de otras figuras delictivas que ofrecen suficiente protección al acreedor. No existe una razón sustancial que justifique la permanencia de un delito de insolvencia punible, ya que también existe un delito de alzamiento de bienes y, desde la vigencia del Código Penal de 1995, ya se tipifican además otros delitos ejecutables por el deudor en el seno del procedimiento concursal o ante la situación de insolvencia del deudor.

La existencia de un delito de alzamiento de bienes, hace inútil el mantenimiento de un delito de insolvencia punible. En aquellos países europeos que poseen una gran tradición de los delitos de quiebra, como puede ser Alemania o Italia, no existe un delito de alzamiento de bienes similar al español. Y todo ello se refleja en la escasa jurisprudencia española que ha habido respecto del delito de insolvencia punible, ya que además del delito de alzamiento de bienes, también están previstos otros, como el delito de favorecimiento de acreedores, y el delito de presentación de datos contables falsos para la simulación de una situación de insolvencia. En el seno de una política criminal adecuada en este ámbito, los grandes delitos deben ser perseguidos a través de otras figuras como pueden ser la estafa, apropiación indebida y falsedad

documental, además de los delitos societarios que tienen su misión de cubrir todas aquellas situaciones delictivas que puedan darse en el ámbito empresarial.

El Derecho penal debería situarse en una perspectiva despenalizadora, donde se ponga énfasis en los recursos civiles con el propósito de despojar el carácter represivo a la insolvencia mercantil.

Es necesario abordar una modernización de las insolvencias punibles encorsetándolas a las situaciones de mayor gravedad, lo que reclama a su vez una mayor armonización con el Derecho Concursal vigente.²⁴⁹

²⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*. Valencia, 2011, pp. 97 y ss., subraya que “en la Propuesta de modificación del CP, que acompañaba a la Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal de 1995, elaborada por la Comisión General de Codificación (concluida el 12 de diciembre de 1995 y publicada por la secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia el 15 de febrero de 1996), se contemplaba la supresión del delito. En su Exposición de Motivos ello se explicaba con claridad “Frente a las soluciones tradicionales, de muy limitada funcionabilidad es criterio del legislador que la calificación del concurso de acreedores, como culpable o fortuito, agote su significación en el ámbito propio del concurso, sin trascender al ámbito penal. “La sanción civil de la inhabilitación temporal y la eventual condena a los administradores y liquidadores de la persona jurídica deudora a la cobertura total o parcial del déficit patrimonial se consideran instrumentos más eficaces, y también de mayor capacidad disuasoria, que la apertura de un procedimiento penal de incierto resultado.” Por supuesto, a los ilícitos criminales que han podido cometer el deudor o los responsables de las sociedades mercantiles deberá ser de aplicación el Código penal. Pero se trata de delitos comunes-delitos contra el patrimonio, delitos de falsedad y no delitos especiales, los cuales con la obvia excepción del alzamiento de bienes y figuras muy próximas deben desaparecer.”

Además no hay que olvidar la finalidad de la sección de calificación prevista en la Ley concursal, que no es otra que la de intentar dar satisfacción a los acreedores concursales.

“Semejante solución despenalizadora se mantenía incluso en el Anteproyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal, elaborado por la Sección especial para la reforma concursal de la Comisión General de Codificación (septiembre de 2001) por la que se modificaban la LOPJ y el CP. En su exposición de motivos se efectuaban unas inequívocas consideraciones jurídico-penales en orden a fundamentar la desaparición del tradicional delito de quiebra: “Uno de los principios básicos inspiradores de la reforma concursal es la desaparición del carácter represivo de procedimiento que se manifiesta, sobre todo, en la nueva regulación de la calificación del concurso, cuyos efectos, en congruencia con lo dispuesto en el Código penal de 1995, se limitan a la esfera de lo civil y no constituyen condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. Para llevar a sus últimas consecuencias la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia, se hace preciso suprimir el delito de insolvencia causada o agravada dolosamente, que todavía recoge ese Código, aunque se mantienen aquellos otros que, dentro de las insolvencias punibles, pueden considerarse delitos comunes contra el patrimonio, como el alzamiento de bienes y los que sancionan conductas especialmente graves del deudor dentro del procedimiento concursal.” De ahí que, según se agrega en la citada Exposición de Motivos, “se ha considerado conveniente conservar sin modificación los artículos 259 y 261 en los que, junto al concurso, se contemplan los supuestos de quiebra y suspensión de pagos, porque, dadas las especialidades del efecto retroactivo de las leyes penales, la supresión de tales menciones liberaría en el futuro de responsabilidad a quienes hubieren incurrido en estos delitos en relación con aquellos procedimientos. Todo ello, naturalmente, con independencia de que las conductas del concursado punibles en el orden penal puedan sancionarse dentro del amplio abanico de delitos económicos y societarios que nuestro Código Penal contempla, sin que por ello se entorpezcan si se condicionen indebidamente la tramitación y la solución del concurso.”

El alcance de la reforma mercantil en materia de calificación aun era mayor, puesto que se previó que la insolvencia tuviese consecuencias únicamente civiles, ya que, tanto el Anteproyecto y Proyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal dejaban sin contenido al anterior art. 260 del CP/1995 que tipifica el delito de insolvencia.

Era especialmente criticable la permanencia de delitos de alzamiento post concursal (art. 259 CP '95), y falsedad documental contable en sede concursal (art. 261 CP '95), a pesar de la despenalización propuesta para el delito de insolvencia (art. 260 CP '95), lo que provocaba una falta de coherencia interna en la regulación de las insolvencias punibles en los referidos textos prelegislativos.

No obstante, en virtud de la enmienda núm. 24 al Proyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal del Grupo Parlamentario Socialista, se suprimió tal reforma del Código Penal. La justificación de la enmienda fue la siguiente “No parece razonable producir esta despenalización cuando se trata de conductas social y económicamente dañinas, que producen graves perjuicios a los acreedores, que lesionan la confianza en el crédito y en el comercio, y que por todo ello, son merecedoras de la sanción penal. No puede admitirse el argumento de que se trata de ilícitos civiles. Se trata de insolvencias producidas dolosamente para defraudar a los acreedores y por ello están tipificadas en el Código Penal.”²⁵⁰

²⁵⁰ ROSENDE VILLAR, “Capítulo de la Calificación del concurso”, en CORDÓN MORENO (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, pp. 547-664, opina que “la clara separación entre los ilícitos penales y civiles sucede sin que sea necesaria la despenalización de conductas tan gravosas como las del art. 260 CP y sin tener que

En el contexto del debate sobre la eliminación o no del delito de insolvencia punible, QUINTERO OLIVARES ²⁵¹, señaló que “no era posible que se pudiera llegar a suprimir el delito de quiebra sin provocar una cierta conmoción en el derecho penal económico comparado, dado que no puede olvidarse la presencia del concurso doloso en todos los sistemas penales europeos.”

Las insolvencias punibles del Derecho Penal español no sólo han estado relacionadas con las insolvencias reguladas en el Código de Comercio, sino que se incorporaron a la legislación penal, como meros complementos sancionadores de las propias conductas mercantilmente ilícitas.

Ciertamente es ilusorio y anómalo creer que se ha eliminado todo condicionamiento previo vinculado al derecho Mercantil mediante la legislación penal vigente. ²⁵² Sólo darle una perspectiva aparente

descartar la solvencia económica de su carácter de bien jurídico penalmente protegido.”

²⁵¹ QUINTERO OLIVARES, en “El delito de concurso o bancarrota”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.) “*Comentario a la Reforma Penal de 2015*”, Pamplona, 2015, pp. 512 y ss.

²⁵² RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, *Algunas causas del fracaso concursal*, en Diario la Ley, nº7059, Año XXIX 19/11/2008. Ref. D-328.

formalista y teórica le ha verificado tal efecto en la realidad, no hay una absoluta desvinculación de las normas mercantiles ni tampoco que acontezca ante la jurisdicción civil. Los medios de los que dispone la jurisdicción civil deberán ser utilizados por el juzgador penal para la interpretación de las circunstancias. En países como Italia, Alemania, Francia y Portugal, aprecian las descripciones y aportaciones que se hacen de los delitos con el derecho concursal. En el caso de estos sistemas, es vana la pretensión de independencia absoluta.²⁵³

Parece que la conducta penal debe añadir un desvalor que la conducta civil no debe considerar. Es aquí donde hay que reformular las delimitaciones entre ambas jurisdicciones. Más allá de la impunidad de la causación o agravación imprudente que ahora no pasa desapercibida con la Reforma de 2015 del CP.

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia han utilizado criterios subjetivos para determinar el umbral de relevancia jurídico-penal. Para impedir una tipicidad basada en la prisión por deudas, se exigía o bien un dolo directo que impedía plantear ningún supuesto de dolo eventual, o bien se consideraba un posible dolo eventual. Se requería además un “dolo específico” de defraudar a los acreedores o bien, junto al dolo se exigía un elemento subjetivo del injusto, que no se contempla en la descripción del tipo, que sería como la voluntad específica de defraudar o perjudicar a los acreedores.

²⁵³ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES (Dir.) y MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2011, pp. 730-738.

Siguiendo con la argumentación para favorecer las razones que motivan una despenalización del delito de insolvencia punible, se constata la elevada penalidad prevista para las insolvencias punibles; este dato causa una escasa jurisprudencia penal. Se ha optado por fijar la pena de prisión en su límite mínimo, sin establecer diferenciaciones entre los diversos hechos de insolvencia que exige la ley. El límite mínimo que implica la pena de prisión es de dos años, límite también para poder sustituir o suspender la ejecución de la pena de prisión. La pena prevista no resulta proporcional a la gravedad del hecho realizado, y la tendencia judicial es la aplicación de la pena de prisión en el límite mínimo.

Existirá una gran probabilidad de que el procedimiento concursal haya finalizado, y se analizará desde la jurisdicción penal el camino que ha seguido dicho procedimiento civil. En el momento en que se valore la pena aplicable deberá tenerse en consideración la forma de finalización del concurso.

En el anterior art. 260.2 CP '95 se exigía que se tuviese en cuenta “la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica”. Se podía graduar la gravedad del daño patrimonial y mantener la pena de prisión en los dos años, acompañada de una agravación en la imposición de una pena de multa y la pena accesoria de inhabilitación. Desde el procedimiento civil pueden haberse impuesto ya una sanción de inhabilitación, de ser así no se le permitirá administrar bienes ajenos o representar o administrar a cualquier persona. Siendo así, entonces, la pena accesoria de inhabilitación especial contemplada en el art. 56 CP puede ser innecesaria. En la

sentencia civil que ha calificado el concurso como culpable, se puede hacer constar expresamente la imposición de la inhabilitación.²⁵⁴

En la práctica pueden presentarse conflictos con la tramitación simultánea, ya que se enjuician las misma conductas aunque bajo ópticas jurídicas diferentes. Los tribunales no podrán ignorar de ninguna manera lo que se haya considerado en el otro orden jurisdiccional, dentro del contexto normativo del art. 10 de la LOPJ.²⁵⁵

Al respecto, la sentencia de la Sala de lo Penal del TS de 24 de junio de 2003 señala “La afirmación de que los hechos existen para una jurisdicción, y no para otra, no merece ser acogida porque nunca se tomaron en consideración, como hechos, las conductas fraudulentas típicamente previstas en la ley penal. Respecto a unos mismos hechos

²⁵⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, 2009, pp. 196-203.

²⁵⁵ La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de diciembre de 2010 resuelve sobre la cuestión de prejudicialidad y ofrece preferencia a la Ley Concursal (artículo 189.1) en tanto que norma especial con primacía, sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 40) en tanto que norma general. Añade que la Ley Concursal alberga un precepto (el del art. 163.2) enmarcado en la sección de calificación que también elude la vinculación entre sí de las resoluciones de los órdenes penal y civil, con referencia expresa a la “calificación”. Por lo demás, ese mismo mandato de ausencia de vinculación ya estaba presente en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (VIII) en los siguientes términos “*Los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia.*”

se pueden producir resoluciones totalmente contradictorias, en distintos órganos jurisdiccionales, consecuencia de haber abordado las pretensiones o controversias suscitadas bajo ópticas totalmente diferentes.”²⁵⁶

La anterior legislación penal presentaba muchas lagunas y defectos, y necesitaba de una reforma. La contundente reforma penal de 2015 enmascara más defectos que el texto originario del Código de 1995. Parte de la doctrina considera que la reforma debería haberse limitado a castigar el delito de alzamiento de bienes, con gran peso doctrinal y con un mayor uso práctico. Esto debería haber supuesto la supresión del resto de figuras delictivas. No lo entendió así el legislador y, tras creer que imitaba a legislaciones extranjeras, reformuló el delito de insolvencia punible.

Lo que no tuvo en cuenta el legislador, es que los Códigos penales alemán o italiano desconocen el delito de alzamiento de bienes que tan buenos resultados está proporcionando en el Derecho español. Los delitos concursales hoy en día son tan sólo la causación (o agravación), de la insolvencia por parte de quien es declarado en concurso.²⁵⁷

²⁵⁶ Al respecto vid. FRAU I GAIÀ, *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*, Valencia, 2014, p.21.

²⁵⁷ BAJO FERNÁNDEZ, BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2010, pp. 415-417.

El derecho de quiebra francés se limita, tras la Reforma 1985, a castigar las insolvencias fraudulentas, y despenaliza las culpables. Se interviene penalmente sólo para castigar a los deudores que actúan con el ánimo de perjudicar a los acreedores y se optó por despenalizar la mera gestión negligente frente a los acreedores.

Esta orientación despenalizadora fue acogida por la Propuesta de modificación del Código Penal que se acompañaba a la Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal de 1995; en su Exposición de motivos se señalaba: “Frente a las soluciones tradicionales de muy limitada funcionalidad es criterio del legislador que la calificación del concurso de acreedores, como culpable o fortuito, agote su significación en el ámbito del propio concurso, sin trascender al ámbito penal.”.

La sanción civil de inhabilitación temporal, y la eventual condena a los administradores, y liquidadores de la persona jurídica deudora a la cobertura total o parcial del déficit patrimonial, se consideraban instrumentos más eficaces, y también de mayor capacidad disuasoria, que la apertura de un procedimiento penal de incierto resultado. Por supuesto, respecto de los restantes ilícitos criminales que hubieran podido cometer el deudor o los responsables de las sociedades mercantiles, se postulaba ser de aplicación el Código Penal.

El delito de insolvencia punible interviene en el marco de las relaciones en las que el poder de disposición del autor, sobre los intereses patrimoniales ajenos es absoluto. Los activos objeto del crédito forman parte del patrimonio del deudor, y como contrapartida, éste sólo debe cumplir con la obligación pactada.

ADÁN NIETO también propone limitar el art. 260 pero en otro sentido; también postula que “el castigo penal se limite a castigar las insolvencias de los comerciantes, o de las sociedades mercantiles, con exclusión de las restantes, entre ellas las insolvencias punibles del consumidor, que podrían castigarse mediante el delito de alzamiento de bienes, que presenta un mayor desvalor de acción.” Recuerda ADÁN NIETO “esta orientación despenalizadora acogida por la Propuesta de modificación del Código Penal, que acompaña a la Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal de 1995, que en su Exposición de motivos señalaba: “Frente a las soluciones tradicionales, de muy limitada funcionalidad, es criterio del legislador, que la calificación del concurso de acreedores, como culpable o fortuito, agote su significación en el ámbito del propio concurso, sin trascender al ámbito penal.””²⁵⁸

Entre el abanico de posibilidades, para valorar la despenalización, es importante valorar la repercusión del daño producido por los hechos que se pretenden que sean susceptibles penalmente, y aunque la mayoría de insolvencias de sociedades, perjudican tanto a los socios como a los acreedores, también son frecuentes casos en los que únicamente estos, los acreedores, resultan perjudicados.²⁵⁹ Los acreedores ya tienen recursos suficientes en el procedimiento concursal para poder resarcir el daño provocado por el impago del deudor.

²⁵⁸ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Valencia, 2000, pp. 20-30

²⁵⁹ FOFFANI, *Enfedeltà e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997, pp. 12 y ss.

A tenor del principio de proporcionalidad, la intervención del Derecho Penal puede ocasionar más daños que beneficios.²⁶⁰ Al centrar estos supuestos en el procedimiento civil de declaración de concurso, puede que se encuentre salidas a la situación de crisis económica. De este modo, se da una oportunidad a las empresas para que a través del procedimiento civil, puedan superar la crisis económica sin más consecuencias.²⁶¹

Sobre la existencia de otros delitos que pueden operar como instrumento de protección penal del crédito, no olvidemos el resto de delitos patrimoniales, y delitos societarios, o incluso los de defraudación a la Agencia Tributaria y a la TGSS.²⁶²

²⁶⁰ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Valencia, 2000, p. 52.

²⁶¹ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Valencia, 2000, p. 56, indica que “aunque la empresa esté en crisis o pueda considerarse ya insolvente la no intervención del derecho penal deja abiertas las muchas o pocas posibilidades que existan de superar esta situación. Lo que implica que el legislador está dispuesto a renunciar a la pena si el deudor, pese a realizar el comportamiento típico, consigue posteriormente superar la crisis y evitar la quiebra. La declaración de la quiebra significa que han desaparecido las razones de política criminal en virtud de las cuales era preferible dar una última oportunidad a la empresa que hacer intervenir el derecho penal.”

²⁶² Para NIETO MARTÍN, (*El delito de quiebra*, Valencia, 2000, pp.111 y ss). “los casos de apropiación indebida o administración desleal que se han producido cuando la empresa aún no se encontraba en situación de crisis y que no han tenido la entidad suficiente como para causar la insolvencia o la crisis, deben ser castigados de modo independiente al delito de quiebra. Aunque su existencia se descubra en el marco del proceso concursal procederá la aplicación de un concurso real, pues ninguna relación guardan con el injusto de la quiebra.”

MUÑOZ CONDE en los inicios de la década de 1970 en su tesis doctoral sobre el delito de alzamiento de bienes ya se pronunció por la conveniencia de la desaparición del delito de quiebra. No iba mal encaminado cuando al cabo de casi tres décadas fue discutido para la aprobación del nuevo Código Penal de 1995.²⁶³

El impago de deudas no puede fundamentar el recurso al derecho penal. Se trata de un riesgo necesario, es inherente a las relaciones económicas que se dan entre los sujetos . La criminalización del impago de deudas constituiría un “abuso que chocaría con los principios de un Estado social y democrático de Derecho”.²⁶⁴ El derecho Penal en su pretensión de proteger al derecho de crédito tendría que hacerlo tras reconocer límites en el principio de proporcionalidad.²⁶⁵

La finalidad del procedimiento concursal es la conservación de la empresa; el principio de conservación de la empresa aparece directamente recogido en la propia exposición de motivos de la Ley

²⁶³ MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971 pp. 155 y ss.

²⁶⁴ CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, Madrid, 2008, pp. 79-80.

²⁶⁵ CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, op. cit., p. 97.

Concursal, donde se asume una clara dimensión público-económica y supraindividual.²⁶⁶

El anterior artículo 260.1 del CP '95 incidía en el afán incriminador del legislador , y permitía perseguir al deudor a pesar de cumplir con algunas de sus obligaciones, y dejar otras postergadas antes de que fuera declarado en concurso. Este artículo penaliza a las preferencias de pago que pueda hacer el deudor, considera que los créditos postergados disminuyen el patrimonio con el que eventualmente hubieran visto satisfecho sus créditos los acreedores. Estas circunstancias no deberían haber sido susceptibles de incriminación, pues si una empresa pasa por una situación de crisis económica y aun así, no ha dejado de cumplir con todas sus obligaciones económicas, tiene dos opciones, la primera presentar un precurso del artículo 5bis de la Ley Concursal, y la segunda solicitar directamente la declaración en concurso. Desde un punto de vista pragmático²⁶⁷, no deberían ser supuestos contemplados por el Derecho Penal, por cuanto no se pueden obtener resultados que en punto a resarcir el perjuicio inferido a los acreedores.²⁶⁸

²⁶⁶ CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, op.cit., pp. 336-337.

²⁶⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Soluciones al concurso: tendencias internacionales y demandas de los operadores económicos”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, RCP 8/2008. pp. 207 y ss.

²⁶⁸ Por el contrario, BENÍTEZ ORTÚZAR, en “Frustración en la ejecución e insolvencias punibles”, en MORILLAS CUEVA (Dir.) *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015, p. 592 y 593, opina que con esta regulación se reafirma que la calificación de un concurso punible en un proceso penal es competencia exclusiva de la jurisdicción penal, pp. 592 y ss.

6.2 Otros delitos societarios a partir de la determinación de la insolvencia punible

La responsabilidad por la insolvencia punible no tiene por qué venir derivada de la comisión de otros delitos, pero puede ocurrir que se llegue a una insolvencia punible a través de la comisión de otros delitos que son los que provocan que se haya producido la agravación en la insolvencia.

Por tanto, es difícil una hipótesis de agravación de la insolvencia punible sin la previa comisión de otros delitos.²⁶⁹ Estos delitos suelen ser frecuentemente delitos societarios, mala administración, falsedad documental, entre otros.

Para que se agrave la situación de insolvencia de una empresa, tiene que haberse verificado una mala administración ²⁷⁰, el responsable de la

²⁶⁹ GONZALEZ RUS, La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas, Estudios penales y criminológicos, XVIII, Santiago de Compostela, 1994, p.136.

²⁷⁰ Art. 295 CP *Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta donde causen directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.*

sociedad se habrá comportado deslealmente con infracción de los deberes que corresponden al administrador. El perjuicio económico puede provocar la insolvencia de la sociedad, con el consecuente daño directo a los acreedores.

La regulación de todo delito tiene que partir necesariamente de la observación de la realidad.²⁷¹ Las hipótesis expuestas suscitan la concurrencia del delito de abuso en la administración de patrimonio ajeno. Este es un factor más que importante para la postulación de la despenalización de las insolvencias punibles, sobre todo a la vista del amplio tenor típico del nuevo art. 252 CP, introducido por la Reforma de 2015.

A la vista del texto vigente, se suscita la vía del concurso de delitos de las insolvencias punibles con el delito de administración desleal del patrimonio ajeno (arts. 259 y 252 CP respectivamente). No obstante, dado el tenor del art. 252 CP no es descartable a vía del concurso aparente de leyes (art. 8 CP) a resolver a favor del art. 252 CP en aplicación del principio de alternatividad (art. 8.4 CP), por cuanto la infracción de deberes por parte del administrador desleal puede llegar a aprehender el desvalor de la insolvencia punible. En lo que concierne a los delitos del Capítulo VII bis de las insolvencias punibles cabe plantear el caso de que el deudor no sólo otorgue preferencia a determinados créditos sino que además incremente su pasivo y simule una deuda superior a la situación real de la empresa, causando y

²⁷¹ CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (Art. 295 CP)*, Madrid, 1998, p. 210.

agravando este modo la insolvencia. No habrá concurso de delitos sino que existiría un conflicto aparente de normas en el que prevalecerá el delito de insolvencia punible del artículo 259 CP. En aplicación del art. 8 CP.

Los delitos singulares serán aquellos a los que se les reconozca una naturaleza medial o material, del servicio de la creación o aumento de la insolvencia (falsedades, apropiaciones indebidas) pero no puede extenderse a otros que no provoquen este efecto. En estos casos se suscita un concurso medial de delitos.

QUINTERO OLIVARES ²⁷² considera que “los delitos fiscales y contra la Seguridad social no estarán relacionados como ilícitos que contribuyen a la insolvencia, aunque ambas entidades puedan ser acreedores en el concurso. Hay que tener en cuenta que la responsabilidad civil que se deriva se pagará con cargo a la masa del concurso. Debería hallarse un criterio por el que se puede llegar a evitar la injusta decisión de obligar a fundir en la masa de la quiebra los derechos de perjudicados por delitos ajenos en cuanto a efectos de la insolvencia. Del CP la única información que se facilita en este sentido, es que los delitos singulares deben estar relacionados con el delito de insolvencia. Por otro lado, otros delitos que hubiera podido cometer el deudor (por ejemplo, y especialmente el alzamiento de bienes) pueden ser por sí solos la causa y expresión total de la intencionalidad de la insolvencia. Salvo que se aceptara castigar dos veces una misma conducta, lo correcto sería apreciar un concurso aparente de normas

²⁷² QUINTERO OLIVARES, QUINTERO OLIVARES (Dir.) y MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2011, pp. 744-746.

penales y castigar sólo con arreglo al delito más grave. El legislador parece desear con carácter general que la insolvencia dolosa haya sido acompañada de un delito que precisamente se vincule a ella, se apreciará un concurso de delitos.”

En cuanto a la persecución del delito singular relacionado resulta bastante difícil al no saber con qué hay que establecer esa relación. Los delitos relacionados si no se producen anterior o simultáneamente al estado de insolvencia no serán tales sino delitos independientes. El legislador sólo pretendía suprimir una condición de perseguibilidad, que por extensión de la propia quiebra se extendía a los delitos que se supusieran vinculados a ella, esencialmente por corresponderse con las acciones que determinaban según el Código de Comercio la “fraudulencia”.²⁷³

Según TIEDEMANN²⁷⁴ son importantes también las infracciones de la obligación de plantear la situación de insolvencia, o si se ha llegado a un acuerdo de conciliación para resolverlo. Denomina a este hecho como una *dilación de la quiebra* que tiene en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada un gran significado.

²⁷³ QUINTERO OLIVARES, QUINTERO OLIVARES (Dir.) y MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2011, pp. 744-746.

²⁷⁴ TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, 1993, pp. 208-216.

En este sentido, considera TIEDEMANN que pueden ser cómplices en este supuesto los bancos que ayudan a la empresa en la referida dilación, pues asumen el movimiento de pagos del deudor para recuperar sus créditos hasta la medida de los débitos garantizados. Puede darse la complicidad o la inducción en la dilación de la quiebra, en los casos en que los bancos den consejos, o incitaciones para que el deudor pueda vender bienes del patrimonio inmovilizado, antes de la apertura de la quiebra para obtener un precio más favorable.²⁷⁵

Los delitos relacionados con la causación de la insolvencia pueden ser formalmente perseguidos, cualquiera que sea el estado en que se encuentre el procedimiento concursal y, sin duda alguna, si éste no ha nacido siquiera, por muy previsible que sea su nacimiento. Pero si el concurso ya se ha iniciado o puede iniciarse de manera inminente habrá que respetar el principio *non bis in ídem*, y en tal caso, la persecución separada de un hecho que nos lleva al delito concursal no será fácil. Concluye QUINTERO que la existencia de otro procedimiento penal abierto en el que se enjuicie otro delito como puede ser el alzamiento de bienes, donde se determinan hechos que pudieran llegar a ser determinantes del carácter delictivo del concurso, genera un evidente obstáculo para la persecución de este segundo delito, que, teóricamente, puede iniciarse sin esperar a que concluya el procedimiento concursal.²⁷⁶

²⁷⁵ TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, 1993, pp. 208-216.

²⁷⁶ QUINTERO OLIVARES, en “El delito de concurso o bancarrota”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.) “*Comentario a la Reforma Penal de 2015*”, Pamplona, 2015, pp. 512-513.

6.3 Resumen del Capítulo

Una vez declarado el concurso, si se interpone querrela contra la empresa deudora, el procedimiento penal que se inicia, abordará la investigación de los mismos hechos independientemente de las resoluciones que surjan desde el concurso de acreedores. De este modo, se vulnera el principio de seguridad jurídica al ser objeto de estudio los mismos hechos de nuevo. Se abre el debate sobre el objeto de protección en cada procedimiento.

La finalidad del procedimiento penal es la de perseguir la estricta responsabilidad penal y la responsabilidad civil *ex delicto* que se derive se deberá incorporar con el resto de créditos contra la masa en el procedimiento concursal que haya en curso.

El procedimiento concursal cubre este perjuicio económico ya que se sanciona civilmente al Administrador, con la obligación de resarcir a sus acreedores en la medida en que sea responsable de la insolvencia de la empresa. La finalidad del procedimiento concursal es la conservación de la empresa; el principio de conservación de la empresa aparece directamente recogido en la propia exposición de motivos de la Ley Concursal, donde se asume una clara dimensión público-económica y supraindividual.

El recurso desmedido del Derecho Penal, enderezado a su utilización como “prima ratio”, desvirtúa su función; el instrumento punitivo pierde entonces su coherencia y su rol garantista.

Una propuesta de *lege ferenda* transitaría por postular la subsistencia de los delitos de insolvencia sólo para las hipótesis de mayor gravedad, entre las que cabría tener en cuenta:

1. Supuestos en los que un administrador de manera reiterada crea empresas con actividades similares, que defrauda a sus acreedores, y liquida posteriormente la empresa, o la deja inactiva en las anteriores.
2. Supuestos relativos a grupos de empresa, en que finalmente acaben declaradas en concurso el resto de entidades del grupo empresarial.

En la reforma penal de 2015, la figura delictiva de la insolvencia punible se ha mantenido por la existencia de un delito de similares características en otros Ordenamientos de países de la UE. Pero la postulación de la supresión de las insolvencias punibles, tiene en cuenta la existencia de otras figuras delictivas que ofrecen suficiente protección al acreedor. En el seno de una política criminal adecuada en este ámbito, los grandes delitos deben ser perseguidos a través de otras figuras como pueden ser la estafa, administración desleal de patrimonio ajeno, apropiación indebida y falsedad documental, además de los

delitos societarios que tienen la misión de cubrir todas aquellas situaciones delictivas que puedan darse en el ámbito empresarial.

La contundente reforma penal de 2015 adolece de más defectos que el texto originario del Código de 1995. Parte de la doctrina considera que la reforma debería haberse limitado a castigar el delito de alzamiento de bienes, suficientemente elaborado por doctrina y aplicado por jurisprudencia, con la consecuente supresión del resto de figuras delictivas. No lo entendió así el legislador y, tras creer que imitaba a legislaciones extranjeras, reformuló el delito de insolvencia punible. Lo que no tuvo en cuenta el legislador, es que los Códigos penales alemán o italiano desconocen el delito de alzamiento de bienes que tan buenos resultados está proporcionando en el Derecho español. Los delitos concursales hoy en día son tan sólo la causación (o agravación), de la insolvencia por parte de quien es declarado en concurso.

A partir de la pieza sexta de calificación del concurso, la sanción civil de inhabilitación temporal, y la eventual condena a los administradores, y liquidadores de la persona jurídica deudora a la cobertura total o parcial del déficit patrimonial, deberían considerarse instrumentos más eficaces, y también de mayor capacidad disuasoria, que la apertura de un procedimiento penal de incierto resultado. Por supuesto, respecto de los restantes ilícitos criminales que hubieran podido cometer el deudor o los responsables de las sociedades mercantiles, se postula la aplicación el Código Penal. No olvidemos el resto de delitos patrimoniales, y delitos societarios, o incluso los de defraudación a la Agencia Tributaria y a la TGSS. Los delitos relacionados si no se producen simultáneamente al estado de insolvencia no serán tales sino delitos independientes. Por lo tanto, si se emprende una acción penal

por un delito singular “relacionado” con la insolvencia resultará que a la vez que se ejerce también acción penal por la insolvencia misma.

Los delitos relacionados pueden ser formalmente perseguidos, cualquiera que sea el estado en que se encuentre el procedimiento concursal y, sin duda alguna, si éste no ha nacido siquiera, por muy previsible que sea su nacimiento. Pero si el concurso ya se ha iniciado o puede iniciarse, habrá que respetar el principio *non bis in ídem*, y en tal caso, la persecución separada de un hecho que nos lleva al delito concursal no será fácil. La existencia de otro procedimiento penal abierto en el que se enjuicie otro delito como puede ser el alzamiento de bienes, donde se determinan hechos que pudieran llegar a ser determinantes del carácter delictivo del concurso, genera un evidente obstáculo para la persecución de este segundo delito, que, teóricamente, puede iniciarse sin esperar a que concluya el procedimiento concursal.

La Propuesta de modificación del Código Penal, que acompañaba a la Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal de 1995, que en su Exposición de motivos señalaba: “Frente a las soluciones tradicionales, de muy limitada funcionalidad, es criterio del legislador, que la calificación del concurso de acreedores, como culpable o fortuito, agote su significación en el ámbito del propio concurso, sin trascender al ámbito penal.”

A tenor del principio de proporcionalidad, la intervención del Derecho Penal puede ocasionar más daños que beneficios.

La escasa aplicación de los delitos de insolvencia punible se constata en la carente jurisprudencia. El Derecho Penal se posiciona como materia en desuso y aparece como un derecho accesorio respecto al Derecho civil. Hay que establecer sino nuevos parámetros para que el uso del Derecho Penal se limite a supuestos que alberguen una mayor relevancia macroeconómica.

Dado el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, debería encorsetarse en gran medida la intervención del Derecho Penal; debería quedar reservado para insolvencias que afecten gravemente a la sociedad o que tengan consecuencias macroeconómicas negativas. La fijación de aquellos casos más gravosos debe limitarse a aquellos en los que por el número de acreedores o por el elevado coste de las consecuencias económicas se consideren como supuestos de mayor relevancia

En el estudio sobre la necesidad de dotar de más medidas penales al procedimiento civil, podrían plantearse nuevas medidas como la constitución de un órgano colegiado, un tribunal multidisciplinar que actuase tanto en la fase común como en la pieza de calificación. El tribunal debería estar compuesto por un juez penal y un juez civil. Otra propuesta, podría quedar cifrada en la exigencia para la candidatura a Juez Mercantil de un mayor conocimiento del Derecho Penal. Crear un sistema concursal absolutamente eficiente para que no sea necesario contar con un sistema de responsabilidad penal al respecto.

CONCLUSIONES

I.

La reforma del Código Penal sobrevenida en el año 2015, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, obliga a abordar un nuevo escenario presidido por grandes cambios. La reforma de 2015, introducido un nuevo capítulo numerado como VII bis “De las insolvencias punibles”, en el que se incluyen modalidades típicas que ya contemplaba el CP, y figuras nuevas con una descripción más extensa que la prevista en el anterior texto legal. Algo a destacar de la reforma de 2015 es que ya no es estrictamente necesario el estado de concurso del deudor para identificar una insolvencia punible.

II.

Históricamente se ha comprobado que siempre fue mayor el número de condenas por alzamiento de bienes que por delitos de quiebra. A pesar de todos los esfuerzos legislativos para alcanzar un modelo legal más eficaz, en la actualidad, no se ha verificado un cambio sustancial.

En España sigue estigmatizado el hecho de que una empresa se declare en concurso. Esta situación lo que causa es la decisión errónea del empresario de continuar con su actividad a pesar de su negativa situación económica. Por esta razón, en la práctica la mayoría de

empresas declaradas en concurso acaban finalmente en un proceso de liquidación en vez de conseguirse su continuidad.

III.

El delito de insolvencia punible lesiona los intereses patrimoniales de los acreedores. El objeto de protección básico de los delitos de insolvencia sigue siendo el derecho personal de crédito. Este derecho se vulnera en el momento en que se verifica el incumplimiento de la obligación acompañado de la frustración del interés del acreedor en satisfacerse con el patrimonio del deudor.

En el derecho concursal se protege también el derecho de crédito frente al mero incumplimiento de obligaciones de pago del deudor. La función del derecho concursal no es establecer una equitativa comunidad de pérdidas, sino maximizar el valor del patrimonio del deudor insolvente, satisfaciendo a los acreedores con el cobro de sus créditos.

IV.

Los delitos de insolvencia punible presentan una estructura de resultado lesivo. Se requiere no sólo de un primer resultado que sería la situación de insolvencia, sino también reclaman de un segundo resultado, que sería el perjuicio patrimonial, o la frustración de las perspectivas de cobro de los acreedores. El momento en el que se produzca el perjuicio

será determinante para entender en qué momento se ha consumado el delito.

V.

La Reforma de 2015 contempla formas de comisión imprudente para las insolvencias punibles. La modalidad imprudente quedaría integrada por la infracción grave del deber de diligencia en la llevanza de los asuntos económicos que produzca resultados perjudiciales para los acreedores. Se produce, a mi juicio, con tal previsión una clara vulneración del principio de intervención mínima del Derecho Penal, y de su carácter de *ultima ratio*.

VI.

Una propuesta de *lege ferenda* podría bascular sobre la necesidad de que el Código Penal incluya algunos criterios a tener en cuenta por los jueces penales respecto de las interpretaciones que se hayan podido hacer, de los mismos hechos en la jurisdicción civil. Se deben utilizar estos medios como fuentes de conocimiento para determinar la relevancia jurídico-penal de la insolvencia.

VII.

Tras la Reforma de 2015 los alzamientos de bienes y el delito de insolvencia punible quedan separados en dos Capítulos diferentes. Con independencia de la rúbrica elegida para referirse a los primeros, lo más importante de esta nueva ubicación sistemática es que el delito de insolvencia punible, el favorecimiento ilícito de acreedores y la presentación en procedimiento concursal de datos contables falsos, quedan englobados bajo la expresión “insolvencias punibles”. Esto significa que técnicamente, los alzamientos de bienes, dejan de ser insolvencias punibles.

VIII.

De *lege ferenda*, el delito de insolvencia punible, debería ser considerado exclusivamente como un delito de empresa, excluyendo a particulares para los que quedaría abierta la vía del delito de alzamiento de bienes. Una propuesta político-criminal alternativa queda cifrada en que con los delitos de alzamiento de bienes, se daría cobertura suficiente para la protección de los intereses del acreedor.

IX.

El empresario responsable tiene la obligación de responder y resarcir el daño producido a la masa crediticia. Si además, existe responsabilidad penal por los hechos que han acontecido, y que han perjudicado el

patrimonio del deudor, y en consecuencia no puede responder a sus obligaciones con los acreedores, el deudor debería responder con una responsabilidad civil que tendría que ser en una cantidad suficiente para compensar el daño ocasionado a los acreedores. Deben buscarse soluciones y alternativas, a los problemas derivados en la práctica jurídica, con el tiempo de espera necesario para obtener dicha responsabilidad civil. En virtud de la *par conditio creditorum*, no puede despreciarse la necesidad de preservar la justicia equitativa entre acreedores.

El concepto clave en la legislación mercantil es el de “lealtad” de la actuación del administrador para con la empresa, un deber de fidelidad que le obliga a anteponer los intereses sociales a los propios.

El procedimiento concursal cubre el perjuicio económico ya que se sanciona civilmente al Administrador, con la obligación de resarcir a sus acreedores en la medida en que sea responsable de la insolvencia de la empresa. La finalidad del procedimiento concursal es la conservación de la empresa; el principio de conservación de la empresa aparece directamente recogido en la propia exposición de motivos de la Ley Concursal.

X.

Existen otros mecanismos para la recuperación del crédito como la acción pauliana, o acción de anulabilidad o de nulidad; estas dos

últimas pueden ser ejercitadas como mecanismos de reintegración del patrimonio del deudor.

XI.

Respecto a la responsabilidad del ente empresarial, en la práctica, es complicado obtener resultados que finalmente ayuden al resarcimiento de los acreedores del perjuicio ocasionado. La responsabilidad de la empresa también puede constatarse en el procedimiento concursal, una vez se califica el concurso. Se puede resarcir al acreedor bajo la responsabilidad de la empresa y sus responsables, a través del procedimiento civil.

XII.

El Derecho Penal en materia de insolvencias punibles hasta la fecha se ha mostrado como un instrumento ineficaz y distorsionador y aparece como un derecho accesorio respecto al Derecho civil. El delito de insolvencia si permanece como hasta hora deviene en algo simbólico y no en un medio de solución de conflictos. Por tanto, es necesario establecer nuevos parámetros para que el uso del Derecho Penal se limite a supuestos que alberguen una mayor relevancia macroeconómica.

XIII.

Entre las propuestas para valorar de *lege ferenda* se sitúa la subsistencia de los delitos de insolvencia sólo para las hipótesis de mayor gravedad, entre las que cabría tener en cuenta la actividad reiterada por parte del administrador en crear empresas que se liquidan a causa de un endeudamiento del que se puede responsabilizar directamente al administrador para inhabilitarlo y que deba contribuir personalmente al pago de las deudas; también los supuestos de grupos empresariales que acaben declarados en concurso merecerían la atención del Derecho Penal en supuestos de insolvencia. En un tercer lugar, podríamos añadir aquellas empresas que en su sector tengan un peso importante, pero siempre y cuando, una vez analizadas las circunstancias que han provocado su insolvencia, se identifiquen elementos susceptibles de tener relevancia penal. Este último supuesto es muy discutible.

XIV.

Alternativamente a la anterior propuesta, la Reforma de 2015 podría haberse limitado a castigar el delito de alzamiento de bienes, suficientemente elaborado por doctrina y aplicado por jurisprudencia. Los delitos relacionados pueden ser formalmente perseguidos, cualquiera que sea el estado en que se encuentre el procedimiento concursal y, sin duda alguna, si éste no ha nacido siquiera, por muy previsible que sea su nacimiento. Pero si el concurso ya se ha iniciado o puede iniciarse, deberá quedar preservado el principio *non bis in ídem*

XV.

En el estudio sobre la necesidad de dotar de más medidas penales al procedimiento civil, podrían plantearse nuevas soluciones como la constitución de un órgano colegiado, cifrado en un tribunal multidisciplinar que actuase tanto en la fase común como en la pieza de calificación. El tribunal debería componerse por un juez penal y un juez civil. Otra propuesta, podría quedar cifrada en la exigencia para la candidatura a Juez Mercantil de un mayor conocimiento del Derecho Penal. Crear un sistema concursal absolutamente eficiente para que no sea necesario contar con un sistema de responsabilidad penal al respecto.

XVI.

El modelo actual es desacertado, se debe replantear la configuración del delito de insolvencia punible en el futuro o incluso su eliminación.

BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINA SANLLEHÍ, *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*. Barcelona, 2010.

ALBERTI MAFFEI, *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, Padova, 2013.

ALCOVER GARAU, G., “La calificación concursal y los supuestos de complicidad”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, RCP 8/2008.

ALEJANDRE GARCÍA, *La Quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*, Sevilla, 1970.

AMBROSETTI ENRICO MARIO, MEZZETTI ENRICO, e RONCO MAURO, *Diritto penale dell'impresa*, Terza edizione, Bologna, 2012.

ANTOLISEI FRANCESCO, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale-I e II*, Milano, 1994.

ARROYO MARTINEZ y MORRAL SOLDEVILA, *Teoría y práctica del derecho concursal*, Madrid, 2012.

BACIGALUPO, “La responsabilidad Penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del derecho Penal”, en MIR PUIG, MODOLELL GONZÁLEZ, GALLEGO SOLER, y BELLO RENGIFO (Coords.), *Estudios de Derecho Penal Económico*, , Caracas, 2002.

BACIGALUPO, “La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho europeo”, en *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, 1985.

BAJO FERNÁNDEZ, “Política criminal y reforma penal. Delitos económicos.” *Revista del foro canario n°87*, enero-abril 1993.

BAJO FERNÁNDEZ, “El tipo de injusto en el delito de quiebra. Observaciones sobre una reciente corriente jurisprudencial”, *Anuario de Derecho Penal*, ADPCP, 1973.

BAJO FERNÁNDEZ, BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978.

BAJO FERNÁNDEZ, *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), 2012.

BALESTRINO UBALDO GIULIANI, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino.

BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*.
Barcelona, 1994.

BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Cap. 34, Madrid 1991.

BENÍTEZ ORTÚZAR, “Frustración en la ejecución e insolvencias punibles”, en MORILLAS CUEVA (Dir.). “*Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* Madrid, 2015.

BISBAL MÉNDEZ, “El rompecabezas concursal”, en QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS (Coords.), *El nuevo Derecho Penal español. (Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz.)*, Elcano (Navarra), 2001.

BURUAGA PUERTAS, *La calificación de las insolvencias*, Barcelona, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, Política criminal y dolo eventual, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº2 1984.

BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, 2006.

BUSTOS RAMIREZ, “Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990.

CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, Madrid, 2008.

CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (Art. 295 CP)*, Madrid, 1998.

CORDOBA RODA, “Consideraciones sobre los delitos de quiebra en Derecho español”, *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela, 1976.

CUGAT MAURI, “El impacto de la nueva ley concursal en el delito de quiebra”, *La Ley*, revista jurídica española de doctrina, T.1 2004, N° 5932.

DE ALFONSO LASO, “Las insolvencias punibles a la luz de la nueva ley concursal. Algunos problemas prácticos concretas en su aplicación, en Derecho Penal Económico”, *Estudios de Derecho judicial nº 72* (2005).

DEL ROSAL BLASCO, “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994.

DEL ROSAL BLASCO, en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, en MORILLAS CUEVA (Dir.). “*Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*”, Madrid, 2015.

DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad Penal por omisión del empresario*, Madrid, 2009.

DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Madrid, 1983.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009*, Valencia, 2012.

FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, 2003.

FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 2015

FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 2000.

FEIJOO SÁNCHEZ, “Sociedades Mercantiles en crisis y Derecho penal. Sobre la función social y el fundamento de injusto del delito concursal (art. 260CP)”, en *Anuario de Derecho Concursal*, 2008.

FEIJOO SANCHEZ, “Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”, Barcelona, 2001.

FERNÁNDEZ CAMPOS, “Consecuencias civiles del alzamiento de bienes”, en *Revista de Derecho Privado*, 1998.

FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: La acción pauliana*, Boloña, 1998.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Soluciones al concurso: tendencias internacionales y demandas de los operadores económicos”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, RCP 8/2008.

FLETCHER, I.F., “Cuatro décadas de reforma del Derecho de la insolvencia: la experiencia inglesa”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, RCP 8/2008.

FOFFANI, *Enfedeltà e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997.

FORNER DELAYGUA, *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, 2000.

FRAU I GAIÀ, *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*, Valencia, 2014.

GALLEGO SÁNCHEZ, *Concurso e Insolvencia Punible*, HERNÁNDEZ MARTÍ (Coord.), Valencia, 2004.

GALLEGO SOLER, “Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales”, *Estudios de Derecho Judicial*, n° 72, 2005.

GALLEGO SOLER, “El bien jurídico-penal en los delitos de insolvencias ¿dos modelos de protección enfrentados?” *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal III*, 2002.

GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Madrid, 2015.

GIACOMO SANDRELLI, *I reati della legge fallimentare diversi dalla bancarotta*, Milano, 1990.

GIANVITO GIANNELLI, “ Le soluzioni giudiziarie delle crisi di impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano”, en SARCINA ANTONIO y GARCÍA CRUCES (Coords.), *Il trattamento giuridico della crisi d’impresa*, , Bari, 2008.

GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Cuestionable administración desleal societaria por motivos concursales: de los conflictos de interés en sociedades cotizadas participadas mayoritariamente por una concursada”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, RCP, 8/2008.

GOMEZ JARA-DIEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005.

GOMEZ PAVÓN “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual” *Cuaderno de Política criminal*, núm. 98.

GOMEZ PAVON, “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Cuaderno de política criminal*, núm. 64.

GONZALEZ CUSSAC, en “Las insolvencias punibles tras la Reforma Concursal de 2003”, en HERNÁNDEZ MARTÍ (coord.), *Concurso e insolvencia punible*, Valencia, 2004.

GONZALEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, Valencia, 2000.

GONZALEZ CUSSAC, en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), “*Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*”, Valencia, 2015.

GONZALEZ MONTES, *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal*, Pamplona, 1974.

GONZALEZ RUS, “La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas”, *Estudios penales y criminológicos*, XVIII, Santiago de Compostela, 1994.

GUILARTE MARTÍN-CALERO “La rescisión de pagos realizados antes de la declaración de concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, RCP 8/2008.

GUISASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, Valencia, 2008.

GUIDO D'AGOSTINO “Sulle relazioni tra Spagna e Napoli”, en SARCINA ANTONIO y GARCÍA CRUCES (Dir.) *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, , Bari, 2008, XIX-XXVII.

HASSEMER y WINFRIED, “*Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*”, en Varios Autores «*Pena y Estado*», Santiago, 1995.

HERRADOR MUÑOZ, “Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley, nº3, 2005.

JAÉN VALLEJO, “Las insolvencias punibles”, *Cuadernos de Política Criminal*, 58.

LANZI ALESSIO, CADOPPI ALBERTO, *I reati societari*, Verona, 2007.

LANZI ALESSIO, PUTINATI STEFANO, *Instituzioni di diritto penale dell'economia*, Milano, 2012.

LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, Tomo XVI, Durand-Bruylante, París-Bruselas, 1875.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, “La calificación del concurso”,
Diario *La Ley* nº6060, 13 de julio de 2004. Ref. D-155.

MARTÍNEZ SOLER, *Los empresarios ante la crisis económica*,
Barcelona, 1982.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Cuestiones fundamentales del
alzamiento de bienes”, *Estudios Penales y Criminológicos* N°XXIV,
2002-2003.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la
Empresa. Parte especial*. Valencia, 2011.

MONGE FERNÁNDEZ, *El delito concursal punible*, Valencia, 2010.

MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad de los Administradores de
Empresas Insolventes*, Barcelona, 2011.

MUÑOZ CONDE, “La reforma de los delitos contra el patrimonio”,
Documentación Jurídica, Monográfica, 1983, *Revista de Derecho de
la facultad de Derecho de la Complutense* núm. 6. Madrid, 1985.

MUÑOZ CONDE, “*La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles*”, Cuaderno de Política Criminal 1977.

MUÑOZ CONDE, “La protección del derecho de créditos en los delitos de insolvencia”, *Poder Judicial* núm. extra 9, 1989.

MUÑOZ CONDE, “Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1977 núm. 2.

MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971.

MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 2010.

NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Valencia, 2000.

NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, 2008, Madrid.

NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, 2000.

OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de insolvencia punible del art. 260 CP a la luz del nuevo derecho concursal*, Valencia, 2005.

PAVÓN NEIRA, *Problemática en torno a la declaración en concurso de acreedores*, Barcelona, 2011.

PRENDES CARRIL, “La responsabilidad civil de los administradores de sociedades capitalistas. Armonización con el sistema de responsabilidad concursal”, en PRENDES CARRIL y MUÑOZ PAREDES (Dir.), *Tratado judicial de la Insolvencia*, t. I, Navarra, 2012.

PEDRAZZI CESARE, ALESSANDRI ALBERTO, FOFFANI LUIGI, SEMINARA SERGIO, GIUSEPPE SPAGNOLO, *Manuale di Diritto Penale Dell’Impresa*, Bologna, 1998.

PUENTE SEGURA, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997.

QUERALT JIMÉNEZ., *Derecho penal español*, ed. Bosch, Barcelona, 1992

QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial de Derecho penal*, t. III, Madrid, 1965.

QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, T.III, Madrid, 1978.

QUINTERO OLIVARES, “La polémica presencia del derecho penal en los problemas concursales”, *Revista de Derecho Penal y criminología*, nº2, 1998.

QUINTERO OLIVARES, “Las insolvencias punibles en el derecho penal español”, en *Derecho Penal Económico, Manuales de formación continuada*, nº 14, 2001.

QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES (Dir.) y MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2011.

QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, Tortosa, 1973.

QUINTERO OLIVARES, en “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.). “*Comentario a la Reforma Penal de 2015*”, Pamplona, 2015.

QUINTERO OLIVARES, “Frustración de la ejecución”, en Quintero Olivares (Dir.). *“Comentario a la Reforma Penal de 2015”*, Pamplona, 2015.

QUINTERO OLIVARES, en “El delito de concurso o bancarrota”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.). *“Comentario a la Reforma Penal de 2015”*, Pamplona, 2015.

RAMOS HERRANZ, “El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario”, http://vlex.com/vid/estandar-diligencia-ordenado-empresario-385385/ensure_logged (última visita el 20/10/2012)

ROCCO DI TORREPADULA, “ Governo, misure cautelari e dispositivi di risanamento nel concorso”, en SARCINA ANTONIO y GARCÍA CRUCES (Dir.) *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, Bari, 2008.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, “Algunas causas del fracaso concursal”, en Diario *La Ley*, nº7059, Año XXIX 19/11/2008. Ref. D-328.

ROSENDE VILLAR, *Capítulo de la Calificación del concurso*, en *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*, CORDÓN MORENO, director.

ROXIN, *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, 2006.

RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, Madrid, 1995.

SAGRERA TIZÓN, *El derecho concursal en el nuevo Código Penal*, Valencia, 1998.

SANCHEZ DEFAUCE M., “Insolvencias punibles”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.). *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia 2013.

SANDULLI MICHELE, “*Considerazioni introduttive*“, en SARCINA ANTONIO y GARCÍA CRUCES (Dir.) *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa*, Bari, 2008.

SANLLEHÍ AGUSTINA, *El delito en la empresa. (Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario)*, Barcelona, 2010.

SEQUEROS SAZATORNIL, “La responsabilidad civil y penal de los administradores en el Derecho Concursal”, *La Ley* n°6412, 1 de febrero de 2006.

SOUTO GARCÍA, en “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.) “*Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*” González Cussac (Dir.). Valencia, 2015.

TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, 1993.

TOVAR TORRES, *Reforma Código Penal 2015*, Madrid, 2015.

URÍA, *Derecho mercantil*, 11^a ed., Madrid, 1976.

VARGAS BENJUMEA, *La acción de reintegración concursal*, Valencia, 2008.

VARONA CAL, “*Responsabilidad concursal en los grupos de sociedades*”, *Diario La Ley*, nº 7261, XXX 14 de octubre de 2009.
Ref. D-321

VILLACAMPA ESTIARTE, TORRES ROSELL, LUQUE REINA, *Penas alternativas a la Prisión y Reincidencia: un Estudio Empírico*, Cizur Menor (Navarra), 2006.

VILADÀS JENÉ, *Los delitos de quiebra*, Barcelona, 1982.

YÁNEZ VELASCO, *Concurso de Acreedores y Derecho Penal*,
Barcelona, 2006.

ZUGALDÍA ESPINAR, “Capacidad de acción y capacidad de
culpabilidad de las personas jurídicas”, *Cuadernos de Política
Criminal*, Nº 53, 1994.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

-STS Sala de lo Penal, núm. 40/2008, de 25 de enero, ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar.

-STS Sala de lo Penal, núm. 620/2006, de 6 de junio, ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

-STS Sala de lo Penal, núm. 771/2006, de 18 de julio, ponente Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

-STS Sala de lo Penal, núm. 1018/2006, de 26 de octubre, ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar.

-STS Sala de lo Penal, núm. 923/2003, de 24 de junio de 2003, ponente Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar.

-STS Sala de lo Penal, núm. 690/2003, de 14 de mayo, ponente Excmo. Sr. José Ramón Soriano Soriano.

-STS Sala de lo Penal, núm. 1757/2002, de 25 de octubre, ponente Excmo. Sr. José Aparicio Calvo-Rubio.

-STS Sala de lo Penal, núm. 1013/1999, de 22 de junio, ponente Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater.

-STS Sala de lo Penal, núm. 163/1997, de 12 de febrero, ponente Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater.

-STS Sala de lo Penal, núm. 426/1993, de 25 de febrero, ponente Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz.

-STS Sala de lo Penal, núm. 250/1993, de 12 de febrero, ponente Excmo. Sr. Francisco Soto Nieto.

-STS Sala de lo Penal, recurso núm. 4209/1989, de 17 de diciembre de 1991, ponente Excmo. Sr. Francisco Huet García.

-STS Sala de lo Penal, recurso núm. 4703/1989, de 11 de octubre de 1991, ponente Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

-STS Sala de lo Penal, RJ 1991\1915 de 6 de marzo, ponente Excmo. Sr. José Augusto de Vega Ruiz.

-STS Sala de lo Penal, RJ 1991/157, de 19 de enero, ponente Excmo. Sr. Luis Vivas Marzal.

-STS Sala de lo Civil, RJ 1990\3823, de 20 de mayo, ponente Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

-STS Sala de lo Civil, RJ 1990\1661, de 2 de marzo, ponente Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez.

-STS Sala de lo Civil, RJ 1990\712, de 23 de febrero, ponente Excmo. Sr. Rafael Casares Córdoba.

-STS Sala de lo Penal, RJ 1989\6092, de 5 de julio, ponente Excmo. Sr. José Hermenegildo Moyna Ménguez.

-STS Sala de lo Penal, RJ 1988\8235, de 27 de octubre de 1988, ponente Excmo. Sr. Francisco Soto Nieto.

-STS Sala de lo Civil, RJ 1985\5627, de 22 de noviembre de 1985, ponente Excmo. Sr. José María Gómez de la Barcena y López.

-STS Sala de lo Civil, RJ 1985\6432, de 10 de diciembre de 1985, ponente Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez.

Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales:

-SAP de Álava, Jurisdicción Civil, núm. 565/2010, de 3 de diciembre, ponente Excmo. Sr. Iñigo Madaria Azcoitia.

-SAP de Barcelona , Jurisdicción Civil, núm. 305/2008, de 3 de septiembre, ponente Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.

-SAP de Córdoba , Jurisdicción Civil, núm. 57/2008, de 28 de marzo de 2008, ponente Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.

-SAP de Barcelona, Jurisdicción Civil, núm. 231/2007, de 27 de abril, ponente Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.

-SAP de Sevilla, Jurisdicción Civil, núm. 880/2005, de 18 de marzo, ponente Excmo. Sr. Conrado Gallardo Correa.

-SAP de Baleares, Jurisdicción Penal, núm. 96/2002, de 23 de septiembre, ponente Excmo. Sr. Victor Rafael Rivas Carreras.

-SAP de Valencia, Sala de lo Penal, núm. 185/2002, de 23 de abril, ponente Excma. Sra. Carmen Llombart Pérez.

-SAP de Barcelona, Jurisdicción Penal, 8 de junio de 2001, ponente
Excma. Sra. M. Carmen Zabalegui Muñoz.

-SAP de Valencia, Jurisdicción Civil, núm. 86/2000 de 12 de abril de
2000, ponente Excmo. Sr. José María Tomás Tío.

-SAP de Barcelona, Jurisdicción Penal, núm. 100/2000, de 9 de febrero,
ponente Excmo. Sr. Jesús María Barrientos Pacho.

-SAP de Barcelona, Jurisdicción Civil, rollo de apelación nº1106/1995,
de 7 de mayo de 1997, ponente Excmo. Sr. Rafael Gimeno- Bayón
Cobos.

-SAP de Barcelona, Jurisdicción Civil, rollo de apelación 815/1995, 1
de septiembre, ponente Excmo. Sr Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

ASPECTOS DOGMÁTICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES
DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN

-Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

-Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

-Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

-Ley de Sociedades de Capital, Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

-Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal. Con las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

-Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

-Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre por la que se aprueba el Código Penal

-Real Decreto Legislativo 1564/1984, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

-Legge Fallimentare (Regio Decreto n. 267 del 16/03/1942-in Gazzetta Ufficiale 06/04/1942). Testo agionato con le modifiche apportate dalla legge 134/2012 che ha convertito il legge il Decreto Legge n. 83 del 22 giugno 2012 entrata in vigore l'11 settembre 2012.

-Ley de 26 de julio de 1922, de suspensión de pagos.

-Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

ASPECTOS DOGMÁTICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES
DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES