

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

DOBLE MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA Y ASESORÍA JURÍDICO-MERCANTIL, FISCAL Y LABORAL

Especialidad: Máster Universitario en Abogacía

Departamento de Derecho Penal

LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL CONCURSO DE ACREEDORES: LOS DELITOS DE INSOLVENCIAS PUNIBLES



AUTOR: MANUEL CAMPOS RODRÍGUEZ

TUTORA: ANTONIA MONGE FERNANDEZ

*A mis tres estrellas que brillan en el cielo,
A mis ángeles que me protegen en la tierra.*

*“Mi general, esa debe ser la
enfermedad mas lógica del mundo, el
ojo que está ciego le trasmite la
ceguera al ojo que ve, así de simple.”*

JOSÉ SARAMAGO – Ensayo sobre la ceguera

INDICE

I. INTRODUCCION	4 -
II. OBJETIVOS Y METODOLOGIA.....	6 -
III. DESARROLLO DE LOS CONTENIDOS.....	7 -
III.1 CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE LOS DELITOS	
CONCURSALES.....	7 -
<i>III.1.1 El principio de injerencia mínima del derecho penal en el tráfico civil y mercantil</i>	7 -
<i>III.1.2 Evolución legislativa</i>	9 -
<i>III.1.3. El crédito del acreedor, y su condición de necesaria para el libre desarrollo de la sociedad, como bien jurídico protegido en los delitos de insolvencias punibles</i>	11 -
<i>III.1.4 El concepto de insolvencia.....</i>	14 -
III.2 VINCULACION DEL DELITO DE BANCARROTA CON EL	
PROCEDIMIENTO CONCURSAL.....	18 -
<i>III.2.1 La no exigencia de procedimiento concursal.....</i>	18 -
<i>III.2.2 Autonomía del procedimiento concursal</i>	20 -
<i>III.2.3 La vinculación de los delitos de insolvencia punible con la calificación culpable en el marco de los procedimientos concursales.....</i>	21 -
III.2.3.1 La similitud de sus elementos objetivos no implica la vinculación jurisdiccional.....	22 -
III.2.3.2 Legitimación y elemento subjetivo de los tipos penales y en el concurso culpable	27 -
III.2.3.3 Los efectos de una sentencia penal condenatoria y los efectos de una sentencia que califique el concurso como culpable	28 -
III.3 “DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES”	29 -
<i>III.3.1 La situación de insolvencia actual o inminente como presupuesto previo. -</i>	30 -
<i>III.3.2 Sujeto pasivo y objeto material del delito</i>	31 -
<i>III.3.3 El tipo básico del delito concursal. El artículo 259 del Código Penal. -</i>	33 -
III.3.3.1 El sujeto activo	34 -
III.3.3.1.1 “Quien encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente”	34 -

III.3.3.1.2 La autoría de quien actúa en nombre del deudor	- 36 -
III.3.3.2 Acción típica	- 37 -
III.3.3.2.1 Actuaciones sobre el patrimonio del deudor	- 39 -
III.3.3.2.2 Actuaciones que implican un inadecuado cumplimiento de las obligaciones contables del deudor	- 44 -
III.3.3.3 La comisión por imprudencia. El artículo 259.3 del Código Penal ..	- 46 -
<i>III.3.4 La modalidad agravada de las insolvencias punibles. El artículo 259 bis del Código Penal</i>	<i>- 48 -</i>
<i>III.3.5 Tipos específicos: favorecimiento de acreedores y presentación de datos falsos.....</i>	<i>- 50 -</i>
III.3.5.1 Análisis del artículo 260: El favorecimiento de acreedores	- 51 -
III.3.5.2 Análisis de los artículos 261 CP: la presentación de datos falsos en un procedimiento concursal.....	- 57 -
<i>III.3.6 La responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos de insolvencias punibles: el artículo 261 bis del Código Penal</i>	<i>- 58 -</i>
III.4 CONSECUENCIAS JURIDICAS	- 60 -
III.4.1 Responsabilidad penal por la comisión del delito de bancarrota	- 60 -
III.4.2 Responsabilidad patrimonial en el procedimiento concursal.	
<i>Responsabilidad civil en el procedimiento penal. Otros medios de reclamación. Definición del perjuicio patrimonial ocasionado al acreedor.....</i>	<i>- 61 -</i>
III.4.3 Responsabilidad de la persona jurídica.....	- 67 -
III.4.4 Responsabilidad del Administrador de empresa	- 73 -
III.4.5 La posición de garantía del deudor	- 75 -
IV. CONCLUSIONES.....	- 77 -
V. BIBLIOGRAFÍA, LEGISLACIÓN JURISPRUDENCIA Y FUENTES UTILIZADA.....	- 81 -

I. INTRODUCCION

No cabe duda, y es bien conocido por quienes tienen conocimientos económicos, como economistas, financieros contables; que las crisis económicas son cíclicas. No hace falta más que echar la vista atrás para darnos cuenta: la crisis del 2009, la de 1991, con el colapso del mercado inmobiliario en Estados Unidos, o la de 1982, por mencionar las más recientes, sin contar con la actual crisis en la que ya estamos inmersos, provocada por la pandemia del SARS CoV-2, que traerá consigo una nueva contracción de la economía que ya se hace denotar.

En situaciones de crisis, la mayor parte de las empresas, grandes, medianas o pequeñas, ven mermadas sus ventas y, por ende, sus ingresos, lo cual puede provocar que se resientan las relaciones crediticias con sus acreedores, hasta tal punto que se alcance el incumplimiento de la obligación que se había contraído.

Cuando esta situación ocurre con una pluralidad de acreedores, o se prevé que futuramente no se va a poder hacer frente a las deudas que se tengan con éstos, encontrándonos o previéndose una situación de insolvencia e incapacidad de afrontar sus obligaciones económicas, hasta el punto en el que la empresa sea inviable, los empresarios responsables acuden al famoso concurso de acreedores.

Con este concurso, los empresarios en quiebra o bancarrota ponen en manos judiciales la liquidación de todos los créditos que estos tienen con sus acreedores, con el objeto de quedar limpios de deuda y sin mayores responsabilidades por las mismas.

No obstante, hay situaciones en las que el empresario o el que actúa en su nombre y representación pretende la simulación del agravamiento de esa situación de insolvencia, o el ocultamiento de bienes para que no exista masa activa que sea exigible, o bien lleva a cabo la presentación de datos contables falsos que no reflejan la imagen fiel de la empresa, o lesiona la prelación de créditos exigida por la Ley Concursal, con el fin de favorecer a un determinado acreedor, etc.

Todas estas situaciones, y alguna más que dejamos para su lectura en esta obra y que son constitutivas de acción tipificada por nuestra legislación penal, forman parte del Capítulo VII bis, Título XIII, del cuerpo legal mencionado¹, denominándose a las

¹ De los delitos 259 a 261 bis del Código Penal.

conductas insolvencias punibles, o como también las llama la doctrina, delitos de bancarrota o delitos concursales punibles.

En el desarrollo de esta obra, que también pretende servir de guía jurídica, explicaremos detalladamente en que consisten cada uno de los delitos que comportan estas insolvencias punibles, así como las consecuencias jurídicas que puede llevar aparejada la comisión de estos tipos delictivos, tanto penales como civiles y societarias.

Eso sí, no sin antes haber realizado las precisiones que consideramos relevantes para la mejor comprensión de estas figuras delictivas, como, por ejemplo, el desarrollo del bien jurídico protegido, su vinculación con el procedimiento concursal, el propio concepto de la insolvencia, el principio de intervención mínima del derecho penal en el derecho civil o su evolución legislativa.

Espero que esta obra, que tiene el deseo de servir de guía jurídica sea del agrado del lector y encuentre en ella la respuesta a la mayor cantidad de preguntas que surjan para con estos delitos, máxime tras la reciente publicación del Nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal, que tan de cabeza trae en la práctica jurídica a abogados, jueces y registradores.

Para terminar, me gustaría agradecer a mi tutora, Antonia Monge, por ser mi bastón en la elaboración de este Trabajo de Fin de Máster. Es sin duda un honor contar con su colaboración y ayuda.

II. OBJETIVOS Y METODOLOGIA

Con el presente Trabajo de Fin de Máster, pretendemos alcanzar los siguientes objetivos:

1) Hacer las veces de guía jurídica acerca de los delitos de insolvencias punibles, analizando las conductas típicas del tipo base, la comisión por imprudencia, las conductas agravadas y los tipos específicos, así como analizar al sujeto activo y pasivo del delito.

2) Acercar al lector a la relación de estos delitos con la nueva redacción del Texto Refundido de la Ley Concursal, entrada en vigor en septiembre de 2020 mediante Real Decreto Legislativo 1/2020.

3) El análisis del bien jurídico protegido, la relación de estos delitos con las normas civiles y mercantiles y del concepto de insolvencia recogido en el Código Penal para estos tipos penales.

4) Desgranar las consecuencias penales, civiles y societarias de la comisión de los delitos de bancarrota, así como mostrar diversas vías de reclamación del acreedor si viera frustrada su expectativa de cobrar el crédito.

5) Reseñar la independencia del procedimiento para perseguir y juzgar los delitos de insolvencias punibles con el procedimiento del concurso de acreedores, a pesar de su íntima relación.

Para alcanzar estos objetivos hemos tomado como referencia principal algunos manuales jurídicos, monografías, guías jurídicas y artículos doctrinales, la cual hemos analizado y servido de ella para la aclaración de conceptos o términos.

En cuanto al método, nos basaremos eminentemente en el método deductivo, ya que las conclusiones se hallan implícita dentro de las premisas. Partiremos de unas premisas y llegaremos a unas conclusiones.

Por otro lado, nos hemos servido del método analítico, ya que analizaremos diferentes posiciones acerca de la temática para alcanzar las conclusiones que estimamos óptimas.

III. DESARROLLO DE LOS CONTENIDOS

III.1 CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE LOS DELITOS CONCURSALES

Antes de comenzar a indagar y a exponer de manera profunda y detallada el desarrollo de los contenidos, vemos necesario realizar una breve introducción, consistente en unas consideraciones iniciales que servirán para entender mejor el contenido de este trabajo.

III.1.1 El principio de injerencia mínima del derecho penal en el tráfico civil y mercantil

A modo de inicio, debemos dejar claro un principio que es básico en el Derecho penal. Se trata del principio de mínima intervención del Derecho penal, especialmente cuando se mezcle en el tráfico civil y mercantil.

La gravedad de las sanciones penales, y en menor medida la propia pena de banquillo que caracteriza el enjuiciamiento criminal, ha venido justificando el uso del Derecho penal como última opción, a desechar siempre que existan otros mecanismos de protección jurídica, planteamiento que se expresa en el principio de subsidiariedad.² Ya existen sistemas de protección jurídico-privadas para salvaguardar el crédito en general, y especialmente en el campo del Derecho tributario o mercantil, pero la tipicidad penal se ha extendido hasta los delitos contra la Hacienda Pública y societarios.

La expansión de la justicia penal no vulnera el principio de mínima injerencia, sobre todo por atender a la gravedad de determinadas acciones que se introducen cada vez más en la vida socio-económica.³ El Derecho penal interviene por la gravedad de los hechos, y así no se opone frontalmente al justificador último del principio de mínima injerencia.

La Exposición de Motivos del Código Penal señala la importancia de la mínima injerencia⁴. Por lo tanto, el Derecho penal, como venimos diciendo, debe actuar cuando se busca el amparo al sujeto que no puede ser protegido por el Derecho civil o mercantil. Por ejemplo, las obligaciones civiles comportan, de manera intrínseca, el riesgo de

² CORDOBA RODA, J.: “El principio de intervención mínima y el fenómeno de la expansión de la justicia penal”, en *El Derecho en la Facultad. Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona*, UB-Marcial Pons, Barcelona, 2001, pág. 102.

³ CORDOBA RODA, J.: “El principio...”, ob. cit., pág. 109.

⁴ Así se recoge en el párrafo 5º de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

incumplimiento, del que ya se ocupa el Derecho civil, paralelo a la atipicidad criminal. El planteamiento cambia cuando el deudor busca su insolvencia, destruyendo a conciencia los efectos de la regla de responsabilidad civil contenida en el artículo 1911 del Código Civil⁵ u otros institutos similares, en cuyo caso, entraría en juego el Derecho penal a través de un delito de alzamiento de bienes, ya que el Derecho civil no es suficiente para proteger al sujeto acreedor.

De lo que se trata es de limitar o restringir al máximo la intromisión del Derecho penal para evitar excesos que perjudiquen, ya no solo al tráfico civil y mercantil o a las propias respuestas de Derecho privado, sino también al tráfico administrativo u otras instituciones de Derecho público. Por tanto, 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 mercantil⁶; subrayando que, por ejemplo, el régimen de impugnación de acuerdos sociales abusivos anda parejo a una criminalización (artículo 291 del Código Penal)⁷, criticada por considerar peligrosa la injerencia del Derecho penal en el ámbito societario.⁸ En particular, algunos autores defienden que la tipificación penal de las conductas societarias constituye una intromisión del Derecho penal en el tráfico mercantil, mientras que otros entienden que sería práctica inaceptable apartar la intervención penal por el hecho de que un sector del sistema jurídico privado se ocupe de los incidentes societarios. En este último sentido destacó la Propuesta del Consejo de Europa de 30 de junio de 1970, por la que se exhortaba a los países miembros a legislar sanciones penales para ilícitos societarios. Bajo nuestro punto de vista, coincidimos con lo dicho en párrafos anteriores: la intervención del Derecho penal es necesaria, tanto en el tráfico civil como mercantil, pero siempre y cuando no exista amparo por ninguno de los cuerpos legales que pertenecen a esos campos jurídicos.

En cualquier caso, hay que preguntarse si la sanción privada es suficiente en el terreno de la prevención general y especial, incluso si el castigo tiene algún equivalente

⁵ Art. 1911 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

⁶ VALLE MUÑIZ, J.M.: “De los delitos societarios”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Gonzalo Quintero Olivares, dir.), Aranzadi, ed., Pamplona, 1996, pág. 661.

⁷ El art. 291 del Código Penal versa de la siguiente manera: “Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.”

⁸ VALLE MUÑIZ, J.M.: “Artículo 291”, en *Comentarios a la Parte...*, ob. cit., pág. 673.

desalentador, similar al Derecho penal represor para satisfacer las inquietudes de una determinada comunidad social. Como se puede notar en la vida cotidiana, en muchas ocasiones los mecanismos civiles no sirven correctamente a tales fines.⁹ A pesar de todo, YAÑEZ VELASCO, defiende que existe una especie de jerarquía material de problemas donde sólo los más graves implican la *ultima ratio* penal. Desoír este planteamiento implica, para algunos autores, hasta una forma de transgredir el sistema de valores subyacente al orden constitucional. En particular, para conductas como las criminalizadas en los artículos 293 y 294 del Código Penal, se concluye que el Derecho Penal se viene transformado en un complemento meramente sancionador del Derecho mercantil, estando huérfano de fundamentación.¹⁰

También los procedimientos administrativos paralelos sugieren una exclusión del Derecho penal, sobre todo en aquellos donde acaba resultando más fácil condenar en sede criminal que imponer una sanción administrativa.¹¹

Por tanto, debemos de concluir este punto asentando una base clara, y es que mientras el acreedor pueda ser protegido por las leyes civiles o mercantiles, deben ser estas las que lo protejan. Una vez que este acreedor se ve desprotegido por estas leyes, por que el deudor se está viendo envuelto en un ilícito del que solo el Derecho penal puede encargarse, entonces es cuando el acreedor debe ser protegido por éste.

III.1.2 Evolución legislativa

Una vez explicada la necesidad de un principio que consideramos relevante y trascendente, no solo para los delitos que atañen a este trabajo, sino para todo el Código Penal, explicación que considerábamos necesaria por la estrecha vinculación de estos delitos con el tráfico civil y mercantil, pasaremos a realizar un recorrido por la evolución legislativa de los tipos delictivos que ocupan nuestra obra.

Antes de la promulgación del Código Penal de 1995, el sometimiento al Código de Comercio y a la técnica de la ley penal en blanco¹² suponía un serio inconveniente, sin

⁹ Sírvase como ejemplo ilustrativo, el que hemos razonado antes de como las obligaciones civiles comportan el riesgo intrínseco del incumplimiento, mientras que el alzamiento de bienes protege penalmente al acreedor para que el deudor no pueda destruir los efectos de esta obligación, que no es otra que la de responder con todos sus bienes, presentes y futuros.

¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G.: *La Justicia Penal en España*, Aranzadi, ed. Pamplona, 1998, págs. 236-237.

¹¹ YAÑEZ VELASCO, R.: *La Nueva Ley Concursal: Concurso de Acreedores y Derecho penal. Aproximación a los tipos penales relacionados con la insolvencia*, Grupo Difusión, Barcelona, 2006, págs. 31-34.

¹² Esta técnica se encuentra inserta en el art. 10 del Código Penal.

olvidar la prejudicialidad civil que, sobre todo para la quiebra, dilatava el inicio del enjuiciamiento criminal. El mismo hasta llegar a ser ilusorio, sin olvidar que los eventuales delitos singulares (patrimoniales, falsedad) venían subsumidos en las reglas mercantiles establecidas para la determinación del fraude. Con el cuerpo legal de 1995 se superaron muchos escollos, y los artículos 257.3 y 260.3 y 4 del antiguo Código Penal¹³ apartaron en gran medida los vínculos prejudiciales, lo que matizó sensiblemente el hecho de que un lento proceso civil impidiera la sanción penal oportuna.¹⁴

Cuando se promulgó el Código Penal de 1995, los delitos de quiebra, concurso e insolvencia punibles del viejo Código Penal se trasladaron juntamente con los delitos de alzamiento a un único Capítulo, que pasa a denominarse “De las insolvencias punibles”, pero haciendo referencia a los supuestos de quiebra, concurso y suspensión de pagos, no de insolvencia, cuyo concepto abarca estos tres supuestos.

La Ley Orgánica 15/2003, además de reformas puntuales, cambia la terminología de estos delitos y pasa a hablar únicamente de “concurso” y “procedimientos concursales” para acomodarse a la nueva Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

La Ley Orgánica 5/2010 introduciría en estos delitos la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la creación del nuevo artículo 261 bis.

Finalmente, la reforma total de estos delitos se produce con la Ley Orgánica 1/2015, que lo único que deja sin alterar es este artículo 261 bis y el artículo 260 referido a la presentación de documentación falsa en el procedimiento concursal.

El capítulo de las insolvencias punibles se independiza del de los delitos vinculados a la frustración de la ejecución, manteniendo la rúbrica tradicional procedente de 1995. Pero, además, varía totalmente la redacción del viejo artículo 260, dedicado al concurso punible, regulando casuísticamente en el artículo 259.1 y, por extensión, el 259.2, todas aquellas conductas punibles a sancionar cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso. Introduce la sanción de la insolvencia imprudente en el artículo 259.3 y crea, también en el nuevo artículo 259 bis, tres nuevos tipos agravados, que en su momento pasaremos a analizar. Además, añade el favorecimiento a acreedores “postconcursal” en situación de

¹³ Nos referimos al Código Penal antes de que sufriera todas las reformas del siglo XXI, que se publicó en 1995.

¹⁴ YAÑEZ VELASCO, R.: *La Nueva Ley Concursal...*, ob. cit., pág. 35.

insolvencia actual o inminente, ubicando ambos en el nuevo artículo 260. Paradójicamente, rebaja las penas de los tipos básicos, que son incluso menores que en las modalidades clásicas de alzamiento de bienes.

La reforma explica la nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia en el párrafo 3º del apartado XVI del Preámbulo de la Ley, según dice expresamente, por la necesidad de dar respuesta penal adecuada a supuestos de actuaciones contrarias al deber de diligencia de gestión de asuntos económicos en el contexto de una situación de crisis económica que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico o son directamente causales de la situación de concurso. También, dice, por la de ofrecer certeza en la determinación de las conductas punibles identificando las que constituyen un riesgo no permitido.

Expresamente señala también que el delito de concurso punible o bancarrota se configura como delito de peligro vinculado a la insolvencia actual o inminente del deudor, pero perseguible sólo cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos. Manteniéndose, eso sí, la causación de la insolvencia por el deudor.

La nueva regulación es compleja y algo confusa, y adelanta la intervención penal y considera delito de insolvencia conductas previas a la declaración del concurso que encajaban en los delitos de frustración de la ejecución.¹⁵

III.1.3. El crédito del acreedor, y su condición de necesaria para el libre desarrollo de la sociedad, como bien jurídico protegido en los delitos de insolvencias punibles

Tras este desarrollo de la evolución legislativa experimentada por los delitos concursales hasta llegar a nuestro Código Penal de hoy en día, vamos a pasar a explicar el bien jurídico que se protege en el delito de bancarrota o, en lo que es lo mismo, en los delitos de insolvencias punibles.

Cuando hablamos del bien jurídico protegido estamos hablando de una realidad, tangible o intangible, individual o colectiva, cuya lesión provoca un daño social en la convivencia en las esferas pública y privada. Se acude a la Constitución, a su parte declarativa de Derechos, para encontrar el catálogo de bienes jurídicos imprescindibles

¹⁵ DE LA MATA, N. J.: “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, obra colectiva, Dynkinson, Madrid, 2018, págs. 309-310.

para la convivencia cuyos ataques más graves serán los que merecen la intervención drástica del Estado mediante el Derecho penal. Estas lesiones de bienes jurídicos vienen provocadas por los diferentes conflictos sociales que pueden surgir en el desarrollo natural de la sociedad, por eso es tan importante que el Estado amenace con penas, que pueden llegar a ocasionar la privación de libertad a quien lesione estos bienes jurídicos protegidos.¹⁶

Vamos a analizar que condición necesaria para el desarrollo de la vida del individuo, o de la sociedad, es tan valiosa como para que goce de la protección del Derecho penal. Cuando de las insolvencias punibles hablamos, consideramos que lo que se protege es a la sociedad, y esto tiene su explicación.

Debemos de afirmar con rotundidad que el bien jurídico protegido en estos preceptos de insolvencias punibles es el patrimonio del acreedor.

NUÑEZ CASTAÑO¹⁷, explica que el bien jurídico protegido es el que tradicionalmente se ha defendido en estos delitos, esto es, el derecho de crédito de los acreedores. A pesar de que la tipificación de algunos comportamientos pueda considerarse que se encuentra dirigida a proteger el correcto funcionamiento de los procedimientos de ejecución, y consecuentemente, la Administración de Justicia, no deja de encontrar su último fundamento en la protección de dicho derecho de crédito. De este modo, pueden apreciarse dos bienes jurídicos tutelados directamente en unos casos e indirectamente en otros: el derecho de crédito y el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

El derecho de crédito se encuentra compuesto por dos aspectos esenciales: el derecho de los acreedores a satisfacerse con el patrimonio del deudor en el caso de incumplimiento de sus obligaciones (Art. 1911 CC), así como el derecho a exigir el concreto cumplimiento de la obligación debida. Sin embargo, el ordenamiento jurídico no puede obligar a cumplir con las obligaciones, sino, todo lo más, establecer una serie de consecuencias en caso de que el deudor no tenga voluntad de cumplimiento.

¹⁶ CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B.: *Curso de derecho penal: parte general*, Tecnos, Madrid, 2014, págs. 35-36.

¹⁷ En NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento cometidos mediante defraudación (III): frustración en la ejecución e insolvencias punibles”, en GÓMEZ RIVERO, MARIA DEL CARMEN (Dir.) *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Volumen II*, obra colectiva, Tecnos, Sevilla, 2015.

Por ello, el concreto bien jurídico que se protege se reduce al primero de los aspectos señalados, al derecho a la satisfacción de los acreedores con el patrimonio del deudor. Se trata, por tanto, de un bien jurídico patrimonial, al ser el derecho de crédito uno de los elementos integrantes del patrimonio.

La realización de comportamientos por parte del deudor encaminados a frustrar el derecho de los acreedores adquiere relevancia penal, sin que sea suficiente para que intervenga este orden el mero incumplimiento obligacional.

Es evidente, sin embargo, que algunas de las figuras tienen su objeto principal de protección en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, recibiendo el derecho de crédito una protección indirecta por esta vía. Es decir, lo que se pretende proteger de manera directa es la forma en la que ese derecho de crédito se pretende satisfacer, o lo que es lo mismo, el procedimiento de ejecución. Así, de lo que se trata es de asegurar el correcto funcionamiento del procedimiento ejecutivo como manifestación de las funciones de la Administración de Justicia. Y ese correcto funcionamiento es lo que permite garantizar la satisfacción del crédito del deudor.¹⁸

Ahora bien, puede ser objeto de discusión si este bien jurídico es una condición necesaria para el desarrollo de la vida de un individuo o para el desarrollo en la vida de una sociedad.

Pues bien, bajo nuestro punto de vista, como ya hemos mencionado, pensamos que se protege a la sociedad, y esto es así porque intenta expulsar del tráfico civil y mercantil a comerciantes que llevan a cabo conductas indignas del comercio, tan indignas que son merecedoras de una sanción penal.

Es incuestionable la unión existente entre el concurso de acreedores y los delitos de insolvencias punibles. Con esto queremos decir que, no solo se le debe capital a una serie de acreedores que un día confiaron en el ahora deudor, sino que no se ha podido cumplir con esa promesa u obligación que un día unió mercantilmente al deudor con sus acreedores, frustrando así sus expectativas, pero además, para mayor frustración de los acreedores, el deudor comete ante ellos agresiones para con su patrimonio, de tal manera

¹⁸ NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento...*ob. cit.*, pág. 152.

que intenta evitar que estos acreedores, ahora pertenecientes a una masa activa¹⁹, no vean sus deudas saldadas, lesionando su patrimonio, bien jurídico protegido.

Pues bien, estos deudores que incurren en delitos concursales no solo atacan al patrimonio de sus acreedores, sino que atacan a la economía en su totalidad, pues estos acreedores, a su vez, serán deudores de otros, como, por ejemplo, y sin ir más lejos, de Hacienda o de la Seguridad Social (y estos otros de otros, y así, sucesivamente); y esta economía es la que mantiene el estado en el que nos encontramos. Por lo tanto, ataca a la economía de la sociedad en su conjunto.

Es por esta razón por la que consideramos que se protege una condición necesaria para la vida de la sociedad, pues a pesar de que el bien jurídico protegido es el patrimonio del acreedor individualmente considerado, en última instancia lo que se protege es la economía, que es condición necesaria para el desarrollo de la vida de la sociedad, expulsando del tráfico mercantil, sostén del sistema económico, al deudor que comete estos delitos, indignos del tráfico mercantil y perjudiciales para la sociedad.

III.1.4 El concepto de insolvencia

A continuación, para la mejor comprensión del lector, vamos a explicar a que nos referimos cuando hablamos de insolvencia y por que el sujeto activo de este delito siempre es un deudor que se encuentra en este estado de insolvencia.

Debemos tener siempre en cuenta la íntima relación de estos delitos con los procedimientos de concursos de acreedores, pues en la mayoría de los casos cuando se dé el tipo penal habrá concurso, y es por ello por lo que nos remitiremos a la Ley que regula estos concursos para conceptualizar la insolvencia.

Pues bien, el artículo 2.3 de la nueva Ley Concursal²⁰ recoge que la insolvencia podrá ser actual o inminente. De ahí que el Código Penal, en sus artículos 259 y 260, como en su momento veremos, nos hable de insolvencia actual o inminente, ya que es la distinción que recoge la Ley Concursal de los dos tipos de insolvencia. Continúa el artículo diciendo: “Se encuentran en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de

¹⁹ Como explicaremos en el apartado III.2.1, estos acreedores no tienen por que pertenecer aún a la masa activa, puede que sean potenciales masas activas, pues la insolvencia, para que se consuma el delito, puede ser inminente o actual, sin que haya necesidad de que se declare el concurso de acreedores.

²⁰ Nos referimos al Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones”.

Se trataría, entonces, de aquellos supuestos en los que el pasivo sea superior al activo, produciéndose una incapacidad total de pago por parte del deudor. Es necesario matizar que la situación de insolvencia es una situación fáctica, no siendo necesario que jurídicamente se haya reconocido o no siendo necesario que se declare el concurso²¹; y que esas obligaciones sean exigibles y los derechos realizables, no siendo preciso que las obligaciones ya estén vencidas, como ocurre en la insolvencia inminente.

Siguiendo a BAJO FERNANDEZ, la insolvencia es un estado de hecho, desprovista de toda valoración jurídica, que puede ser definida como el estado de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles, de modo que el acreedor no encuentra medios a su alcance para poder satisfacer su crédito.²² Sin embargo, la situación de insolvencia no sólo es un dato de hecho, sino un concepto jurídico que debe ser concretado para la aplicación del tipo penal.

Una primera referencia en la legislativa penal la encontramos en el propio artículo 259.4 CP, en el que dispone que *“este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado el concurso”*. Si comparamos este precepto con el que antes hemos mencionado de la Ley Concursal, que define la insolvencia actual e inminente, no cabe duda de que ambos entra en contradicción. Siguiendo la tesis de PORRES ORTIZ DE URBINA, el concepto de insolvencia actual o inminente es el propio de la Ley Concursal: insolvencia actual es la del deudor que ha dejado de cumplir regularmente con sus obligaciones e insolvencia inminente es la propia de quien está en la fase inmediatamente anterior, es decir, que prevé que no podrá cumplir con sus obligaciones de forma regular y puntual. La conducta típica debe producirse en ese contexto, debe concurrir cualquiera de las dos situaciones de insolvencia.

Sin embargo, el artículo 259.4 exige unas condiciones añadidas, unas condiciones objetivas de procedibilidad que requieren una cuidada interpretación. En efecto, el

²¹ Esta circunstancia la analizaremos en el apartado III.2.1 de esta obra.

²² BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid, 1978, págs. 151 y ss.

artículo 259.4 CP exige para la persecución de este delito que “*el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso*”.

Es posible que se produzca la situación de insolvencia inminente sin que el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones. Cuando las incumpla se situará en el estado de insolvencia actual. Por tanto, aunque en el artículo 259.1 se afirma que el deudor que realice las conductas punibles es necesario que esté en situación de insolvencia, si todavía no ha dejado de cumplir regularmente sus obligaciones no podrá ser perseguido penalmente. Cuando lo haga, podrá serlo, incluso por los hechos anteriores al sobreseimiento general de pagos.

Para comprender el matiz de este modo interpretativo debemos situarnos en algunas de las circunstancias que se describen en el artículo 2.4 de la Ley Concursal, que habilitan a los acreedores para instar el concurso necesario y que revelan situaciones de insolvencia inminente. Tal es el caso de la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor²³ o el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de los bienes en poder del deudor.²⁴ En estos dos supuestos parece que el deudor está en situación de insolvencia inminente y, en ese contexto realiza cualquiera de los actos previstos en el artículo 259.1 CP, no podrá ser perseguido por el delito de bancarrota hasta que realice un sobreseimiento general de pagos. Si por cualquier circunstancia no dejara de pagar regularmente las obligaciones²⁵, sus actos no serían punibles, ni como delito de bancarrota ni como delitos no concursales, por exigencias del principio de especialidad.

Coincidimos con el autor cuando reseña que el requisito de procedibilidad del 259.4 es innecesario, pues no hace más que complicar su entendimiento, establece algunas zonas de impunidad y retrasa la persecución del delito de forma innecesaria.

Debemos precisar cómo se debe interpretar la locución “*dejar de cumplir regularmente las obligaciones*”. No cabe duda de que en esta categoría debe incluirse necesariamente el deudor que deja de pagar totalmente, que se sitúa en un sobreseimiento general de pagos. Pero hay otras situaciones que expresan una situación de falta de

²³ Supuesto revelador de la insolvencia recogido en el artículo 2.4. 3º del Texto Refundido de la Ley Concursal.

²⁴ Supuesto revelador de la insolvencia recogido en el artículo 2.4. 6º del Texto Refundido de la Ley Concursal.

²⁵ Por llegar a un acuerdo antes de solicitar el concurso o por venir a mejor fortuna, por ejemplo.

cumplimiento regular como cuando el deudor no paga las obligaciones públicas más relevantes durante un periodo de tiempo significativo. A ello se refiere el artículo 2.4. 5º de la Ley Concursal, que habilita para presenta la solicitud de concurso necesario por parte de un acreedor cuando se produce *“el sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.”*

En estos casos hay una situación de insolvencia inminente y puede considerarse que el deudor ya ha dejado de cumplir regularmente con sus obligaciones, en concreto, con las obligaciones vinculadas con un interés público relevante.²⁶

Tal y como explica DE LA MATA BARRANCO, la deuda crediticia tiene que existir, esto es, tiene que haber nacido ya la situación obligacional que puede dar lugar a los distintos delitos. Señala que ha de tratarse de una obligación válidamente constituida y nacida de forma previa a la despatrimonialización. Y hay que estar al momento de nacimiento real de la deuda con el acto que la genera, no a la posible declaración judicial de su existencia, salvo que esta declaración sea la que la constituye.

Plantea que la cuestión es si, nacida la deuda y existente por tanto la obligación de responder con el patrimonio, cabe penalizar comportamientos de insolvencia previos al vencimiento y exigibilidad de la deuda. Que cuando la misma es vencida, líquida y exigible puede darse el delito no se discute, pero también hay, prácticamente, unanimidad jurisprudencial y mayoría doctrinal a la hora de entender que el delito también se da cuando la conducta de despatrimonialización surge antes de que la deuda, existente, venza, como ocurre en los supuestos de insolvencia inminente.²⁷

Por lo que a modo de conclusión de este epígrafe podemos extraer que hay un supuesto básico previo, nos encontramos ante un deudor que tiene varios acreedores, y que no puede hacer frente, o prevé que no podrá, a las deudas que tiene aquél con éstos.

²⁶ PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El nuevo delito de bancarrota”, *La Ley Penal*, N° 120, junio 2016, págs. 5-6.

²⁷ DE LA MATA, N.J.: “Delitos de frustración de la ejecución...*ob. cit.*, pág. 293.

III.2 VINCULACION DEL DELITO DE BANCARROTA CON EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Esta relación se hace necesaria por la estrecha relación que tienen los delitos de insolvencias punibles con el concurso de acreedores, que se hace patente con la simple lectura de los preceptos que tipifican estas insolvencias. Por ejemplo, en el artículo 259 se habla de “insolvencia actual o inminente”, ambos conceptos procedentes de la Ley Concursal. De hecho, tienen tanta relación que hay parte de la doctrina que los denomina “delitos concursales” o “delito concursal punible”.

III.2.1 La no exigencia de procedimiento concursal

En el apartado anterior reseñado que la situación de insolvencia es presupuesto necesario para el delito, tratándose de una insolvencia actual o inminente.

Esto no es cuestión baladí, pues nos está diciendo que no es necesario que se proceda a la declaración del concurso para poder incriminar a alguien por estos delitos, sino que basta con la situación de insolvencia previa a la declaración del concurso. Es decir, basta con que se dé el presupuesto necesario de la insolvencia, requisito previo y necesario del concurso de acreedores, para que se puede consumir la acción tipificada en estos preceptos.

Fue, sin duda, el aspecto más relevante de la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015 en relación con los delitos de insolvencias punibles. Así, tal y como se señala en la Exposición de Motivos, se configuran como delitos de peligro, pero vinculados a la situación de crisis y perseguibles únicamente cuando se produzca un incumplimiento reiterado de las obligaciones o bien se haya declarado efectivamente el concurso.

Se produce un adelantamiento de la intervención penal con la incriminación como delito de insolvencia de conductas anteriores a la declaración o inicio del proceso concursal, siempre que exista un incumplimiento reiterado de las obligaciones, conductas que encontraban su encaje antes de la reforma en el delito de alzamiento de bienes. Desaparece así la línea divisoria que existía en la anterior regulación entre las insolvencias punibles y el delito de alzamiento de bienes, y los artículos 259 y 260 del Código Penal pasan a recoger un amplio elenco de conductas que podrán ser sancionadas, sin necesidad de procedimiento concursal, siempre que el deudor se encuentre en una

situación de insolvencia actual o inminente.²⁸ Por supuesto, todo esto que añadimos es sin perjuicio de la declaración de concurso, que devendrá como un procedimiento independiente de la vía penal.

Un apunte final importante, y en palabras de PORRES ORTIZ DE URBINA, E., es que podemos observar que por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptaban medidas urgentes en materia de restructuración de deuda empresarial, se introdujo el artículo 5 bis de la anterior Ley Concursal²⁹, a fin de que se suspendan las

²⁸ NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento...*ob. cit.*, págs. 173-174.

²⁹ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que en su artículo 5 bis estatuyó: “1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley. En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso. 2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. 3. El secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen. Caso de solicitar expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución. El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento. 4. Desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias: a) Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1; b) se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación; c) se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos; d) se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; e) o tenga lugar la declaración de concurso. En su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en el primer párrafo del presente apartado quedarán levantadas si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y, en todo caso, una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente. Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia. Lo dispuesto en los cuatro párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no se haya realizado alguna de las actuaciones previstas en el primer párrafo de este apartado o haya transcurrido el plazo previsto en el siguiente apartado. Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por

ejecuciones individuales o la declaración de concurso con la finalidad explícita de favorecer un acuerdo de refinanciación. En el contexto pre concursal se pueden alcanzar acuerdos que optimicen activos y que se establezcan fórmulas flexibles para que el deudor refinance su deuda y pueda continuar con su actividad empresarial. Sin embargo, opina el autor, y es opinión que compartimos, el nuevo tipo penal, al ampliar el ámbito punitivo y permitir el ejercicio de acciones penales antes de la declaración de concurso, constituye una orientación legislativa totalmente contradictoria con la que estableció la reforma de la Ley Concursal e, incluso, puede ser un incentivo para evitar el procedimiento concursal.³⁰

III.2.2 Autonomía del procedimiento concursal

El propio epígrafe anterior ya nos indicaba y nos daba la pista del razonamiento jurídico que pasamos a exponer. Si no es necesario que exista una declaración concursal para poder ser condenado por delitos de insolvencias punibles, entonces está claro que el procedimiento penal y el procedimiento concursal son autónomos el uno del otro, a pesar de la íntima relación entre ambos que tanto señalamos.

En caso de que exista un procedimiento concursal, su desarrollo es independiente del proceso penal. Tal y como ya se acontecía en el derogado artículo 260³¹, la autonomía de los procesos civil y penal se proclama con las previsiones contenidas en los apartados 5 y 6 del artículo 259. En el primero de los apartados, se dispone que *“este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa”*. El artículo 259.6 del Código Penal establece, a su vez, que *“en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el*

objeto hacer efectivos créditos de derecho público. 5. Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia. 6. Formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año.” Hoy en día, este precepto se ha desmembrado por parte del Texto Refundido de la Ley Concursal (RD 1/2020).

³⁰ PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El nuevo delito...*ob. cit.*, pág. 4.

³¹ Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, era el artículo 260.4 el que ostentaba el contenido del precepto 259.6, y era este precepto el que desvinculaba la calificación de la insolvencia en el seno del concurso de acreedores con la jurisdicción penal.

procedimiento concursal vinculará a la jurisdicción penal".³² Con estos preceptos, el legislador pretende independizar totalmente el proceso penal y el concursal.

No obstante, no queremos apartar la íntima relación que mantienen ambos procedimientos, pues cuando el delito de insolvencias punibles castiga al deudor que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente, si hilamos con la Ley Concursal, está castigando al deudor que se encuentra en situación, al menos, previa al concurso de acreedores, ya que reúne el requisito del artículo 2 de la nueva Ley Concursal. Por lo tanto, para ser castigado por este delito, al autor le tiene que encontrarse en el presupuesto subjetivo y objetivo para llegar a ser declarado en concurso: tiene que ser deudor y tiene que estar en situación de insolvencia actual o inminente.³³

A lo que nos venimos refiriendo es que no hay un cruce de datos entre ambos procedimientos, siendo ambos independientes en su desarrollo y conclusión. Cada procedimiento estará juzgado por un juzgador distinto y regido por distintas normas procedimentales y sustantivas, así como cada uno puede tener una desembocadura distinta. Por ejemplo, puede ser condenado por delito de insolvencia punible y que ni siquiera se abra la apertura de la sección de calificación, aunque este supuesto es muy hipotético y no se nos ocurre que se pueda dar esta desvinculación, coincidiendo con la opinión de parte de la doctrina. A esto mismo nos dedicaremos en el siguiente apartado.

III.2.3 La vinculación de los delitos de insolvencia punible con la calificación culpable en el marco de los procedimientos concursales

Aparte del Derecho penal con la tipificación de las insolvencias punibles, el Derecho concursal también reprime conductas que causen o agraven la situación de insolvencia a través de sus instrumentos de responsabilidad civil. Esta función sancionadora se cristaliza en la denominada sección sexta de la Ley Concursal, que con la nueva entrada en vigor del Texto Refundido pasó a ubicarse Título X del Libro Primero.

No hay duda de la vinculación, al menos en el plano teórico, de las conductas tipificadas en los artículos 259 a 261 bis del CP con el concurso culpable³⁴, tal y como

³² PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: "El nuevo delito...*ob. cit.*, pág. 5.

³³ Esto fue explicado en el epígrafe III.1.4: "El concepto de insolvencia y la condición de deudor del sujeto activo."

³⁴ El concurso culpable viene conceptualizado en el artículo 442 del Texto Refundido de la Ley Concursal: "*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 derecho o de hecho, directores generales,*

venimos señalando a lo largo de la obra, ya que, en definitiva, vienen a sancionar las mismas conductas, ya sea en el plan penal o en el plano civil o mercantil. La reforma del CP incluye una serie de modificaciones que evidencian esta relación, pero, como ya hemos comentado y como veremos, sin perder de vista la independencia entre ambos órdenes.³⁵

III.2.3.1 La similitud de sus elementos objetivos no implica la vinculación jurisdiccional

Los artículos 442, 443 y 444 del Texto Refundido de la Ley Concursal³⁶ tipifican comportamientos que determinan la calificación como culpable de un concurso de acreedores, comportamientos que son esencialmente coincidentes con los tipos delictivos recogidos en los artículos 259 a 261 del Código Penal.

El artículo 442 recoge una cláusula general de culpabilidad, mientras que el 443 recoge una cláusula específica. La cláusula general establece una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, señalando que 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 derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones*”. Es decir, siempre que concurra una conducta dolosa o culposa que haya generado o agravado la situación de insolvencia, el concurso será calificado como culpable.

En esta redacción genérica son subsumibles todos los supuestos típicos que el Código Penal califica como insolvencia punible, pues, en primer lugar, el artículo 259 del Código Penal tipifica una serie de conductas realizadas en situaciones de insolvencia actual o inminente o que hayan causado dicha insolvencia; en segundo lugar, el artículo 260 aborda los actos de disposición patrimonial o generador de obligaciones en beneficio de un acreedor, hecho que agravaría el estado de insolvencia; y en tercer lugar, el artículo

y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones.”

³⁵ CORTES, J.P. y MARTIN, S.: “El delito concursal tras la reforma del Código Penal vs el concurso punible”, *Diario La Ley*, N° 8618, Sección Tribuna, octubre 2015, pág. 5.

³⁶ Antes recogido en los artículos 164 y 165 de la anterior Ley Concursal, la Ley 22/2003, de 9 de julio.

261 del Código Penal tipifica el falseamiento del estado contable para lograr indebidamente la declaración del concurso.

Pero, si analizamos el precepto 443 del Texto Refundido, referente a los supuestos especiales, la similitud se hace aún más evidente. Este precepto regula las siguientes presunciones *iure et de iure* de concurso culpable, es decir, sin permisión de prueba en contrario:

1. 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 o en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

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

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

4. 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.

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

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

Una breve lectura de estos supuestos pone de manifiesto la gran similitud que tiene con los supuestos tipificados en el artículo 259 del Código Penal. Vemos, pues, que el legislador recogió en el Código Penal aquellas circunstancias que la jurisdicción civil ya se había identificado³⁷ como de especial gravedad y cuya concurrencia determina automáticamente la calificación culpable del concurso, con las sanciones que ello acarrea.

³⁷ Recordemos que, a pesar de que el Texto Refundido de la Ley Concursal es posterior a la entrada en vigor de la LO 1/2015, y por tanto posterior al artículo 259, se trata de un Texto Refundido, que no crea

Ahora bien, la similitud en los elementos objetivos del Código Penal y del Texto Refundido de la Ley Concursal no determina, como ya hemos podido hacer referencia, la vinculación entre el orden penal y el concursal. Tanto el artículo 259.6 del Código Penal, como el artículo 519 del Texto Refundido son claros al respecto: ni la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal ni existe prejudicialidad penal, pudiéndose abrir y continuar la sección sexta de la calificación con independencia de la pendencia de un proceso penal. La independencia entre ambos órdenes opera, por tanto, en ambos sentidos.

No obstante lo dispuesto en las respectivas normas, la realidad es que la desvinculación de jurisdicciones no puede ser absoluta. Para empezar, ya hemos visto que con la reforma del Código Penal el juez penal tiene competencia para determinar cuándo existe situación de insolvencia actual o inminente por parte del deudor. Compartimos la opinión de los autores de los que nos estamos nutriendo, CORTÉS y MARTIN, no asumiendo de qué manera un juez del concurso puede desvincularse de la conclusión a la que, en su caso, pudiera llegarse a la sede penal.

Del mismo modo, y pasando a una perspectiva práctica, también parece difícil la desvinculación absoluta cuando las figuras de la insolvencia punible y las figuras del concurso culpable presentan semejantes identidades. Así, en la práctica penal, y sin perjuicio de la claridad del artículo 259.6, es habitual que el juez de instrucción solicite al juez del concurso que libre testimonio del procedimiento concursal. El motivo de esta solicitud es que en el procedimiento concursal existe abundante material que resulta muy útil o incluso esencial para ayudar al juez instructor a comprender la situación de la sociedad y fundamentar su decisión final, como, por ejemplo, el informe de la administración concursal.

La misma situación se nos puede ocurrir a la inversa, debiéndonos preguntarnos qué efectos tiene en la práctica una sentencia dictada en un proceso penal en el marco de la sección de calificación del concurso. Al respecto, conviene distinguir entre sentencias condenatorias y absolutorias.

legislación, solo que unifica preceptos disueltos en diferentes cuerpos legales. Por este motivo siempre se puede apreciar la denotación de que el Código Penal recoge lo que ya se venía estableciendo en la legislación concursal.

En primer lugar, el hecho de que se dicte sentencia absolutoria en el proceso penal no implica por sí mismo la existencia de concurso fortuito. Es posible que los hechos enjuiciados no revistan la gravedad y la intención fraudulenta que se exige en el procedimiento penal pero que sí puedan ser encuadrables en una de las conductas del artículo 443 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Si se acredita que la conducta en cuestión agravó o causó la situación de insolvencia y el sujeto pasivo además fuera conocedor de las consecuencias, se declararía como culpable. Igualmente, y a pesar de las similitudes entre los elementos objetivos del ámbito penal y concursal, nos seguimos encontrando conductas que determinan la calificación como culpable del concurso pero que a priori carecen de consecuencias penales, como es la conducta del artículo 443. 6º del Texto Refundido, referente a la apertura de la liquidación que haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

Por otro lado, ante una sentencia que condene por alguno de los delitos de insolvencia punible, en el marco del concurso no será posible revisar aquellos hechos que se hayan considerado probados en el procedimiento penal. Por tanto, si alguno de los hechos probados puede encuadrarse en los supuestos de los artículos 442 o 443 de la Ley Concursal, el concurso será calificado como culpable. Como es lógico, resulta muy difícil que ante una sentencia condenatoria penal no se concluya la calificación culpable del concurso. De hecho, atendiendo al 259 del Código Penal, la existencia de una condena por el delito de insolvencia fraudulenta, prácticamente determina la existencia de un concurso culpable habida cuenta de la similitud entre elementos objetivos y al carácter automático del artículo 443 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Siguiendo con las sentencias condenatorias, es necesario detenerse brevemente en aquellas sentencias que condenen por hechos realizados más de dos años antes de la declaración del concurso. Recordemos que los delitos de insolvencia punible tienen un plazo de prescripción de cinco años, mientras que el artículo 442 del Texto Refundido establece un límite temporal de dos años al disponer que *“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 derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso (...)”*. Esa duda conecta directamente con una cuestión que no es baladí en Derecho concursal: si el plazo de dos años recogido en el 442 del Texto

Refundido que hemos transcrito es únicamente de carácter subjetivo, al hacer referencia al límite temporal en el desempeño de cargos sociales, como parece desprenderse de la literalidad del precepto, o tiene también carácter objetivo, operando también respecto de los hechos enjuiciados.

Un sector de la doctrina considera que el plazo de dos años recogido en el artículo 442 no sólo afecta a las personas que pueden verse afectadas por la calificación del concurso, sino también a las conductas que determinan la culpabilidad del concurso. Sin embargo, con la reforma que se operó en el precepto en el año 2011³⁸, la doctrina mayoritaria y jurisprudencia³⁹ se han inclinado por considerar que dicho límite opera únicamente a efectos de determinar los posibles sujetos pasivos y que, por tanto, pueden indagarse conductas cometidas con anterioridad al plazo de dos años siempre que hubiesen tenido incidencia en la generación o agravación de la insolvencia. Ello resulta coherente con el hecho de que se excluyó el límite temporal de los dos años en la responsabilidad concursal del artículo 172 bis de la anterior Ley Concursal o que en la propia redacción de la Ley Concursal se hace mención expresa a límites temporales respecto de conductas específicas cuando el legislador lo considera oportuno.⁴⁰

Por tanto, y salvo que nos encontremos ante un supuesto del 443. 2º que sí establece expresamente el límite de dos años, una sentencia condenatoria por unos hechos acaecidos dos años antes de la declaración del concurso puede ser tenida en cuenta a

³⁸ Con la entrada en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el artículo 164.1 de la anterior Ley Concursal, 22/2003, ahora ubicado en el artículo 442 del Texto Refundido, quedó redactado de la siguiente forma: *“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, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.”*

³⁹ Por ejemplo, en la SAP 14/2015 de A Coruña, de 26 de enero, se abordó esta cuestión, llegando a la conclusión de que el hecho determinante de la insolvencia, cometido por quien ha sido administrador en el periodo de dos años antes de la declaración del concurso, genera culpabilidad, aunque tuviera un origen temporal más allá de los dos años.

⁴⁰ Como ocurre en los artículos 443. 2º y 444. 3º del Texto Refundido de la Ley Concursal. En el primero de estos preceptos, se impone un límite de dos años previos a la declaración del concurso para calificar como culpable *iure et de iure* cuando haya salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor. En el segundo de los preceptos, se impone un límite de tres ejercicios anteriores, que no es menos que tres años anteriores, para la presunción *iuris tantum* de culpabilidad cuando *“el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad 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.”*

efectos de determinar si los hechos que se consideran probados pueden incardinarse también en un supuesto de concurso culpable.⁴¹

III.2.3.2 Legitimación y elemento subjetivo de los tipos penales y en el concurso culpable

Con la Ley Orgánica 1/2015 se introdujo la posibilidad de que los tipos recogidos en el artículo 259 del Código Penal puedan ser cometidos tanto por dolo como por imprudencia. Esto supuso un acercamiento al régimen del derecho concursal, donde el elemento subjetivo de la culpabilidad del concurso incluye tanto el dolo como la culpa grave del sujeto pasivo.⁴²

Surge la duda de si el concepto de “culpa grave” del Texto Refundido y el concepto “imprudencia” del Código Penal son semejantes. Los autores a los que estamos siguiendo, CORTES y MARTÍN, y con los que coincidimos, estiman que la respuesta debe ser positiva. La “culpa grave” supone, al igual que la imprudencia, una infracción involuntaria de la regla de conducta exigible al sujeto pasivo por infringir la diligencia más básica, ya sea por negligencia, por falta de atención, o por cualquier otra falta de diligencia que se le puede exigir a un profesional como es considerado un empresario, quien es sujeto pasivo, en todo caso, de este delito.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 444 del Texto Refundido de la Ley Concursal recoge una serie de presunciones *iuris tantum*⁴³ que permiten acreditar la concurrencia del elemento subjetivo, es decir, del dolo o la culpa grave. Si concurre esta presunción, y salvo prueba en contrario, bastará acreditar la relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia para calificar el concurso como culpable.

Por lo que hace a la legitimación para instar el procedimiento penal o, en su caso, la sección de calificación, nos encontramos con diferencias evidentes. Así, los tipos

⁴¹ CORTES, J.P. y MARTÍN, S.: “El delito concursal tras la reforma...”, *ob. cit.* págs. 5-8.

⁴² En el ya mencionado artículo 442 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

⁴³ Tales presunciones son: “*El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: 1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso. 2.º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, 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. 3.º Si, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso, el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad 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.*”

penales de los artículos 259 a 261 del Código Penal son delitos públicos y, por tanto, cualquiera puede denunciarlos. En contra, la legitimación para instar la calificación culpable de un concurso recae únicamente en la administración concursal y, si acaso, en el Ministerio Fiscal. Si bien los acreedores pueden personarse en la sección sexta del concurso, éstos no pueden deducir pretensión alguna sino que simplemente están facultados, para alegar lo que “*consideren relevante para que la administración concursal o el Ministerio Fiscal pueda fundar la calificación del concurso como culpable.*”⁴⁴ Son estas últimas instituciones, administración concursal y Ministerio Fiscal, los que en su informe y dictamen, respectivamente, determinen si el concurso debe de ser calificado como culpable o, sin embargo, debe tener la calificación de fortuito.⁴⁵

III.2.3.3 Los efectos de una sentencia penal condenatoria y los efectos de una sentencia que califique el concurso como culpable

Tanto el ilícito penal como la calificación culpable del concurso conllevan unos efectos personales y patrimoniales. En el caso del delito, el efecto personal se identifica con las penas de prisión recogidas en los artículos que se encuentran bajo la rúbrica “insolvencias punibles”, del 259 al 261 del Código Penal. Respecto de la responsabilidad civil, el artículo 259.5 indica que el importe se incorporará a la masa activa del concurso.

En caso de que se califique como culpable el concurso, el efecto personal anudado a dicha declaración es la inhabilitación del sujeto pasivo o personas afectadas por la calificación, en los términos del artículo 455 del Texto Refundido. En cuanto al efecto patrimonial, además de la pérdida de derechos que el afectado pudiera tener como acreedor o la obligación de restitución, la Ley Concursal prevé la indemnización de daños y perjuicios⁴⁶, indemnización que también pasa a integrar la masa activa del concurso. Adicionalmente, el artículo 456 de la Ley Concursal contempla la posibilidad de que dichas personas, o algunas de ellas, bajo determinados supuestos, que no son otros que la generación o la agravación de la insolvencia, sean también condenadas a cubrir parcial o totalmente el déficit.

⁴⁴ Artículo 446 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

⁴⁵ CORTES, J. P. y MARTIN, S.: “El delito concursal tras la reforma...”, *ob. cit.* pág. 8.

⁴⁶ En su artículo 455.2. 5º: “*La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a indemnizar los daños y perjuicios causados.*”

A la vista de lo anterior, y a la vista de que las conductas sancionadas en cada jurisdicción pueden llegar a ser idénticas, surge la problemática de la duplicidad de condenas en caso de que se imponga una responsabilidad civil derivada del delito y se condene a la indemnización de daños y perjuicios atendiendo a los mismos hechos.

En la jurisdicción penal, el artículo 259 es claro al indicar que el importe de dicha responsabilidad deberá incorporarse a la masa. De esta regla se desprende que lo pretendido con esta indemnización no es otra cosa que restituir el patrimonio del deudor al momento anterior a la comisión del delito. Por tanto, cabe entenderse que el daño reparado es precisamente el causado en el patrimonio del deudor. Del mismo modo, la doctrina conviene en que el daño que se pretende reparar con la indemnización contemplada en el artículo 455 de la Ley Concursal es el que las personas afectadas por la calificación y los cómplices hubieran originado a la masa activa.

Encontrándonos pues que, con el resarcimiento, tanto penal como concursal, se presente el mismo objetivo, que es reparar el daño causado en la masa, en caso de concurrencia de sanciones penales y civiles por unos mismos hechos, nos encontraremos ante una duplicidad de la condena. En estos casos, el importe de la indemnización deberá minorarse con el importe al que ya se haya condenado al sujeto pasivo, ya sea en sede penal o concursal. Con ello se solventa dicha problemática y se asegura la compatibilidad de las reparaciones previstas en ambas jurisdicciones.⁴⁷

III.3 “DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES”

Una vez realizadas estas consideraciones iniciales y haber relacionado el delito de insolvencias punibles con la parte del derecho concursal, con la que guarda íntima relación, vamos a pasar a lo que es el corazón de esta obra, donde analizaremos los delitos en cuestión que nos atañen, comenzando por aquellas consideraciones que son comunes a todos los preceptos y, posteriormente, analizando y desgranando uno a uno los artículos que se sitúan bajo la rúbrica de insolvencias punibles, desde el tipo básico, pasando por el tipo agravado, para terminar por los tipos específicos de favorecimiento de acreedores y de presentación de datos falsos, es decir, del artículo 259 al 261 del Código Penal.

⁴⁷ CORTES, J. P. y MARTIN, S.: “El delito concursal tras la reforma...”, *ob. cit.* págs. 8-9.

III.3.1 La situación de insolvencia actual o inminente como presupuesto previo

En primer lugar, debemos comenzar mencionando un presupuesto previo en todos estos tipos penales, presupuesto al que ya se hace mención⁴⁸ en este trabajo y no es difícil razonarlo del desprendimiento de los contenidos que ya hemos podido atender. Se trata de la situación de insolvencia actual o inminente como presupuesto previo para la realización de estas figuras delictivas.

Como ya hemos tenido ocasión de expresar, tras la reforma de 2015, el apartado 4 del artículo prevé expresamente que estos delitos sólo serán perseguibles cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso. De la lectura del precepto, se sugiere que el legislador los trata como supuestos alternativos, bastando que concurra cualquiera de ellos para que pueda procederse por un delito de insolvencia punible. De este modo, en el caso de insolvencia actual podría concurrir cualquiera de los dos supuestos alternativos, esto es, que el deudor haya dejado de cumplir los pagos o que haya sido declarado en concurso.

No debemos de confundir estos términos con los del apartado 1 del artículo 259, que castiga al que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente. En el artículo 259.4 nos habla que “*serán perseguibles*”, es decir, que el sujeto activo debe cometer las acciones típicas encontrándose en situación de insolvencia actual o inminente para que estas sean punibles, pero únicamente podrán estas conductas ser castigadas por la justicia cuando el deudor deje de cumplir con sus obligaciones de pago o cuando esté declarado el concurso. Por tanto, debe de realizar las conductas típicas en situación de insolvencia actual o inminente para que sean punibles y debe encontrarse en incumplimiento de pagos o declarado el concurso para que las mencionadas conductas puedan ser procesadas.

Tal y como explica la profesora NUÑEZ CASTAÑO, en el caso de insolvencia actual podría concurrir cualquiera de los dos supuestos alternativos, esto es, que el deudor haya dejado de cumplir con sus pagos, o que haya sido declarado el concurso. Situación distinta a la que nos encontraríamos en los casos de la insolvencia inminente, dado que el sujeto aún no ha dejado de cumplir con los pagos, pero existe una previsión de dicha imposibilidad de pago cuando las obligaciones vengzan. Ello implica que para que la insolvencia inminente dé lugar a un delito de insolvencia punible es preciso que se haya

⁴⁸ En el apartado III.1.4 El concepto de insolvencia

declarado el concurso de manera previa, dado que en este momento se constata la imposibilidad de cumplimiento.⁴⁹

No estamos de acuerdo con la autora respecto de esta última afirmación, ya que consideramos que el sujeto activo puede cometer las conductas típicas en situación de insolvencia inminente y se le podría perseguir el delito cuando, de manera posterior, se le declare el concurso de acreedores, siempre y cuando no entre en juego la prescripción. Por el contrario, si es posible imaginarnos un supuesto en el que el sujeto activo se encuentre en situación de insolvencia inminente o actual, pero que debido a una buena gestión empresarial o cualquier otro motivo, su fortuna fuera a mejor, de tal modo que no deja de cumplir con sus obligaciones de pago ni tampoco se le declara el concurso. En tales casos, estos delitos, a pesar de haberse llevado a cabo la acción típica, no serían perseguibles por la condición impuesta en el artículo 259.4 del Código Penal.

Una consideración que debemos señalar es la que nos aparece en el artículo 261 del Código Penal, que tipifica la falsificación de documentos contables. Este artículo hace alusión al que ya se encontrare inserto en el procedimiento concursal. Consecuentemente, sigue siendo como requisito previo básico que el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente, pero con el añadido de que tiene que haberse declarado judicialmente el concurso. Por lo tanto, consta de dos requisitos indispensables, consecutivos el uno del otro: que se haya entrado en estado de insolvencia y que, posteriormente, se haya declarado judicialmente el concurso de acreedores.

III.3.2 Sujeto pasivo y objeto material del delito

Si recordamos el tenor literal del artículo 259 CP, el legislador castiga con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses a quien, encontrándose en situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las conductas constitutivas de bancarrota. En segundo lugar, también será punible a tenor del referido precepto quien mediante conductas de bancarrota, dolosa o imprudentemente, su situación de insolvencia. A diferencia de su predecesor, donde se castigaba *al que fuese declarado en concurso*, el precepto actual sólo tipifica como autor a quien se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente, de donde se colige que el sujeto activo sea la persona sobre quien pesa una deuda, es decir, la persona del deudor.

⁴⁹ NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento...*ob. cit.*, pág. 174.

Es conveniente comenzar recordando que el presupuesto del delito concursal viene determinado por la existencia de una relación obligacional, a partir de la cual adquieren relevancia en el mundo del Derecho los sujetos activos y pasivos de aquél, creándose, de este modo, un vínculo entre ellos. Conforme con esto, toda obligación se compone de dos elementos como son la deuda y la responsabilidad. El primero de los elementos, supone únicamente el deber de realizar una prestación. De otro lado, el segundo de los elementos, la responsabilidad, implica la posibilidad de que goza el demandante de exigir el cumplimiento de tal obligación.

En el ámbito del Derecho concursal reviste gran trascendencia el concepto de responsabilidad patrimonial, cuyo fundamento se formula a partir del artículo 1911 del Código Civil⁵⁰, lo que conlleva la sujeción del patrimonio del deudor en caso de incumplimiento de la prestación objeto de la obligación, facultando al perjudicado a agredir al patrimonio del obligado, con la pretensión de obtener la satisfacción de la obligación no cumplida.

De conformidad con la perspectiva individual del bien jurídico protegido en el artículo 259 del Código Penal, en líneas generales cifrado en el patrimonio y, singularmente, en el derecho del acreedor a la satisfacción de sus créditos, cabe sostener que sujeto pasivo del delito es el acreedor o acreedores, como titular del derecho de crédito cuya satisfacción se ha visto frustrada por el incumplimiento del deudor. Tras esta afirmación es preciso perfilar un poco más sus contornos, concretando si se trata de un sujeto individual o colectivo.

La respuesta a esta cuestión vendrá condicionada por la naturaleza jurídica del bien jurídico protegido en el artículo 259 del Código Penal y, asimismo, por la *ratio legis* de la Ley Concursal.

En primer lugar, el delito concursal se ubica en los delitos contra particulares, ya que buscan la protección de un conjunto de patrimonios individuales, que, no obstante, llegan a formar un colectivo como ya vinimos expresando en el apartado referente al bien jurídico protegido. Por lo tanto, cabe realizar una primera aproximación a la cuestión que abordamos, que señala al acreedor como titular de un bien jurídico protegido por el artículo 259 del Código Penal, individualmente, y no como un colectivo.

⁵⁰ Art. 1911 CC: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.”

No obstante, esta primera aproximación debe matizarse, atendiendo a la *ratio legis* de la Ley Concursal, pues de su lectura se desprende que el proceso concursal fue creado para proteger no a un acreedor individual, sino a los plurales acreedores afectados por una maniobra o conducta fraudulenta, desencadenante de la crisis o insolvencia provocada. El Texto Refundido de la Ley Concursal está plagado de numerosas expresiones alusivas al plural “acreedores”, cuya redacción puede ser significativa a estos efectos. Incluso, etimológicamente, el termino “concurso” alude a una pluralidad, entendida en una primera acepción como “conurrencia o concurso de personas”; e igualmente, como un “juicio universal para aplicar los haberes de un deudor no comerciante al pago de sus acreedores”.

En aras de suavizar esta interpretación tan rígida, cabe argumentar que la elección del legislador por el término plural, adoptando una fórmula más amplia, incluye también la singularidad, pero no el caso inverso.

En definitiva, de una interpretación conjunta del artículo 259 CP y de la Ley Concursal, cabe deducir como posible sujeto pasivo del delito los plurales acreedores afectados por las diversas maniobras fraudulentas tendentes a crear o agravar la situación de crisis o insolvencia, incluyéndose no sólo los acreedores presentes, sino también los futuros, quienes ex artículo 142 y siguientes del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal, una vez declarado el concurso, se verán privados de cualquier posibilidad de ejecución y apremio.

Esto conlleva una consecuencia en el plano concursal, en el sentido de excluir el concurso ideal, para el caso de que con el concurso se lesione el derecho de crédito de varios acreedores.⁵¹

III.3.3 El tipo básico del delito concursal. El artículo 259 del Código Penal

Una vez que hemos explicado, por un lado, la situación de insolvencia actual o inminente como requisito previo a la comisión de estos tipos penales y, por otro lado, quien va a ser sujeto pasivo de este delito y cual va a ser su objeto material, debemos de comenzar con el análisis de las conductas típicas en cuestión.

⁵¹ MONGE FERNANDEZ, A., *El delito concursal punible tras la reforma de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016, págs. 70-73.

III.3.3.1 El sujeto activo

Cuando una persona contrae una deuda frente a un acreedor, implica la conversión automática de esa persona en deudora. Por lo tanto, si la persona que se encuentra en insolvencia es deudora, y este delito versa sobre las insolvencias punibles, no podemos más que llegar a la conclusión de que estos delitos son especiales propios⁵², cuya autoría solo puede adjudicarse a la persona que es deudora, ya sea persona física o jurídica, sin perjuicio de la responsabilidad de cada uno que ya explicaremos a lo largo de este trabajo.

III.3.3.1.1 “Quien encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente”

El concepto de deudor como sujeto activo del delito representa significativamente, bajo la opinión de RODRÍGUEZ PADRÓN⁵³, una aproximación del Código Penal a la legislación concursal, puesto que, si tomamos como referencia el texto previo a la reforma operada en 2015, percibiremos como notable diferencia que en el artículo 260 se refería solamente al deudor que ya había sido declarado en concurso, declaración judicial que ahora no resulta necesaria en todo caso, como ya hemos tenido ocasión de explicar.

Al prescindir el legislador del requisito de la declaración concursal para poder proceder a la imputación de estos delitos, parecería que nos encontramos ante la introducción de un elemento indeterminado, especialmente en cuanto a su segunda modalidad, por cuanto se refiere a esa anticipación de la insolvencia, que es próxima aunque inconcreta en el tiempo.

La expresión está tomada de la Ley Concursal, que define en iguales términos a los sujetos de un concurso. Tomando como referencia esta norma, habrá que entender por *deudor actual* a quien no puede cumplir regularmente con el pago de sus obligaciones exigibles o haya incurrido en un sobreseimiento general de dicho pago; y por *deudor*

⁵² Que este delito sea especial propio implica que solo la persona del deudor puede ser autor de los delitos de insolvencias punibles. Por el contrario, nos encontramos con los delitos comunes, que son aquellos que no requieren una figura concreta para que la comisión del delito pueda llevarse a cabo, como, por ejemplo, el homicidio, que puede ser cometido por cualquier sujeto sin que requiera una condición especial o nombramiento. También nos encontramos con los delitos especiales impropios, que son aquellos que pueden ser cometidos por cualquiera, pero que la determinada condición del sujeto lleva a la agravación de la comisión u omisión del delito, como, por ejemplo, el delito de malversación de fondos públicos, que tiene como delito paralelo el delito de hurto.

⁵³ PADRÓN RODRÍGUEZ, C.: “Las insolvencias punibles tras la reforma del Código Penal”, *La Ley Penal*, N°117, noviembre-diciembre 2015

inminente a aquél de quien pueda razonablemente decirse que no podrá cumplir regularmente y de manera puntual con sus obligaciones.⁵⁴

El delito, y por lo tanto el señalamiento de un autor, debe identificarse con un pronóstico razonable que en sede penal, ya incluso para la admisión a trámite de la querrela o para dar curso a la denuncia, debe estar amparado por un elenco de indicios de suficiente solidez.

El concepto dual de insolvencia tiene un significado especial y propio en la legislación concursal, dado que la finalidad principal de la tramitación de un concurso es la de alcanzar una solución a una situación de crisis económica, normalmente empresarial, apostando por la continuidad y la salvación de la empresa. No obstante, adquiere una relevancia muy distinta en cuanto se aloja en el Código Penal, pues pretende castigar penalmente a quien cometa las acciones típicas y, de ese modo, apartar del ámbito mercantil al autor, no permitiéndole con la continuidad empresarial, al menos a quien ha cometido estos tipos penales.

Una aproximación a la autoría nos llevaría a diferentes consideraciones. En primer lugar, en ambos casos nos hallamos ante una crisis normalmente empresarial, que entendemos que no puede pasar tan sólo por una situación económica de falta de liquidez, dadas las graves consecuencias inherentes a la tipificación de una conducta como delictiva, que con el nuevo tipo penal sufren, además, una considerable agravación. El apartado 4 del artículo 259 establece que *“este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, o haya sido declarado el concurso”*.

En segundo lugar, tal como figura redactada la expresión anterior, dejar de cumplir las obligaciones *“exigibles”*, parece presentado como un requisito de

⁵⁴ El Tribunal Supremo realiza una lectura avanzada del precepto en alguna que otra ocasión, como en la STS 494/2014, de 18 de junio de 2014, Núm. Rec. 54/2014, donde afirmó: *«el delito previsto en el art. 260.1 del CP puede ser cometido, tanto por aquel que provoca o agrava la insolvencia que preexiste y determina la declaración de concurso, como por quien, una vez declarado el concurso, ejecuta actos en fraude de acreedores que intensifican la situación de insolvencia que está siendo objeto de tratamiento jurisdiccional en el ámbito civil. Dicho con otras palabras, la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario preconcursal. Pero también puede adquirir un carácter intraconcursal o postconcursal. Así se desprende de la propia literalidad del art. 260.1 del CP y así se deduce del art. 164.2.3 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, 9 de julio), que a la hora de calificar el concurso como culpable, incluye una conducta cuya ejecución sólo es concebible con posterioridad a la declaración de concurso (“ cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado”)*» (FD 8º).

perseguibilidad, aunque más bien constituiría un elemento del tipo. Esta dejación deberá venir contrastada por los hechos en el supuesto de la insolvencia actual y razonablemente predicable en el caso de la insolvencia inminente. La acreditación indiciaria inicial puede llevarse a cabo mediante la aportación al Juzgado Instructor de datos que pongan de manifiesto claramente la crisis o déficit patrimonial del deudor a quien se imputa la comisión del delito. Tal y como resaltaba OLIVENCIA RUIZ, los acreedores sólo pueden conocer manifestaciones exteriores, presuntamente reveladoras de la insolvencia⁵⁵, de ahí la importancia que puede revestir el artículo 2 de la Ley Concursal a la hora de definir el “Presupuesto objetivo” del concurso.

En tercer lugar, es preceptivo considerar que el delito de insolvencias punibles no castiga simplemente el sobreseimiento general de obligaciones. Precisamente, lo que se tipifica es que esta desatención de pagos tenga su causa en algunas de las conductas que enumera el artículo 259 del Código Penal. De ahí que, además de la acreditación indiciaria anterior, deban de aportarse elementos indiciarios de un principio, y probarse en su caso después, sobre los comportamientos en que consiste el catálogo de acciones instaurado en la reforma de 2015.

Por último, cabe añadir que, a pesar de que el ámbito de realización de este delito por antonomasia es el empresarial, podrá ser cometido tanto por empresarios como por cualquiera otra persona no comerciante que se pueda calificar como deudor, ya sea persona física o jurídica.⁵⁶

III.3.3.1.2 La autoría de quien actúa en nombre del deudor

Hay una particularidad, y es que en el apartado 5 del artículo 259 se contempla la comisión de este delito (y los singulares relacionados con él) por el deudor o persona que haya actuado en su nombre. Esta previsión cobra particular relevancia en los hechos delictivos imputados a personas jurídicas, en las que las facultades de administración son ejercidas por sus directivos. Determinadas conductas, como las de los números 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 259.1, pueden ser atribuidas sin mayor problema a los administradores o representantes a los que comprende el artículo 31.1 del Código penal, pero bien es cierto que otro tipo de comportamientos, de naturaleza eminentemente factual —como especialmente las modalidades contables— van a tener difícil encaje en esta autoría por

⁵⁵ OLIVENCIA RUIZ, M.: «La declaración del concurso», en *La nueva ley concursal, Estudios de Derecho Judicial*, Núm. 59, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005. Pág. 45.

⁵⁶ PADRÓN RODRÍGUEZ, C.: “Las insolvencias punibles tras...*ob. cit.*”, págs. 4-5.

representación, al ser obligaciones jurídicas de la empresa aquellas cuya vulneración se ha visto incluida en el tipo penal.⁵⁷

Caso distinto es cuando quien comete las conductas incriminadas objeto de esta obra es el administrador concursal. Para estos casos, la Ley Orgánica 1/2015 introdujo un nuevo apartado en el artículo 435 del Código Penal, dedicado a la malversación denominada impropia con el que, por su ubicación sistemática, hay que entender que protege el correcto funcionamiento de la Administración concursal. Esta nueva malversación impropia del artículo 435.4 sanciona al administrador concursal que realiza cualquiera de las conductas del capítulo dedicado a la malversación en relación con la masa concursal o los intereses económicos, que expresamente considera afectados cuando de manera dolosa se altere el orden de pagos establecido por la Ley, en este caso, por la Concursal.⁵⁸

Esto nos conduce a concluir que, si uno de los administradores concursales consumara una de estas conductas tipificadas en los artículos que se encuentran bajo la rúbrica de las insolvencias punibles, éste no sería culpable de comisión de tales delitos, sino que lo sería de malversación.

III.3.3.2 Acción típica

Señalado lo anterior, vamos a proceder a lo que consideramos que es el punto neurálgico de este epígrafe, a la descripción de las modalidades típicas que conforman el tipo básico del delito de insolvencias punibles, del artículo 259 del Código Penal.

Estas conductas típicas, las dividiremos en dos grupos, con independencia del cajón de sastre que nos encontraremos en el artículo 259.1. 9º, en el que se contiene una cláusula de cierre, redactada en términos bastante amplios, que trata de recoger todas aquellas conductas que supongan una reducción del activo o un aumento del pasivo, o que de otra manera impidan conocer la imagen fiel del patrimonio del deudor. Así, en esta cláusula de cierre se pueden entender comprendidos, desde los gastos personales excesivos y desproporcionados, hasta las pérdidas injustificadas en juegos o apuestas o la realización de operaciones económicas arriesgadas. La creación de este cajón de sastre tiene su razón de ser en la voluntad de que tengan cabida todas aquellas conductas que no puedan ser reconducidas a ninguna de las otras modalidades típicas que señala el artículo

⁵⁷ PADRÓN RODRÍGUEZ, C.: “Las insolvencias punibles tras...*ob. cit.*, pág. 5.

⁵⁸ DE LA MATA, N. J.: “Delitos de frustración de la ejecución...*ob. cit.*, pág. 322.

que nos atañe en estos momentos. De esta forma, esta cláusula de cierre queda redactada en los siguientes términos: *“Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial.”*⁵⁹. Su expresión apunta, en buena medida, a la infracción del deber de diligencia, proyección de la modalidad imprudente, que analizaremos más adelante en esta obra.⁶⁰

Volviendo a los grupos en los que dividiremos estas modalidades típicas, nos encontramos dos tipos de actuaciones, a saber, aquellas que se realizan sobre el patrimonio del deudor, supuestos recogidos en los apartados 1º a 5º del artículo 259.1; y aquellas actuaciones que implican un inadecuado cumplimiento de los deberes contables, que se enmarcan en los apartados 6º a 8º del artículo 259.1 del Código Penal.

Antes de comenzar a desgranar cada una de las modalidades típicas, hemos de advertir que, al menos en nuestro parecer y coincidiendo con gran parte de la doctrina, que la lectura del precepto resulta excesivamente farragosa. Su sistemática, a pesar de ser ordenada, podría haber huido de la relación correlativa sin más. Algunos de los conceptos introducidos en la norma adolecen de falta de claridad, y resulta necesario acudir, para su ortodoxa interpretación, a la Ley Concursal.⁶¹ El Tribunal Supremo, refiriéndose al anterior artículo 260 del Código Penal, conceptuaba estas conductas como actos que acrediten maniobras destinadas a colocarse intencionalmente en situación de hacer imposible la satisfacción de los créditos a los que tenía que hacer frente.⁶²

⁵⁹ Extracción literal del artículo 259.1, apartado 9º, del Código Penal, añadido con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁶⁰ NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento...*ob. cit.*, pág. 180.

⁶¹ PADRÓN RODRÍGUEZ, C.: “Las insolvencias punibles tras...*ob. cit.*, pág. 5.

⁶² Así lo señala en la STS 3278/2009, de 24 de abril, Rec. Núm. 828/2008: “Cita una sentencia de esta Sala, de 18 de Noviembre de 2005, que excluye del ámbito punitivo del artículo 260.1º del Código Penal, los actos dolosos posteriores a la declaración de suspensión de pagos. Mantiene que no sólo debe existir una situación de insolvencia declarada judicialmente sino que esta haya sido causada o agravada dolosamente por el deudor. Efectivamente, como se dice, en la mencionada sentencia, con la legislación vigente, la declaración civil de insolvencia es una condición de procedibilidad pero no es necesaria una calificación, en cierto modo predeterminante del fallo, como sucedía con la anterior legislación. Lo que si es necesario, según la redacción actual del artículo 260. 1o del Código Penal, es que la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el autor. Para ello es necesario que se describan, aunque sea de forma genérica, actos que acrediten maniobras destinadas a colocarse intencionalmente en situación de hacer imposible la satisfacción de los créditos a los que tenía que hacer frente.” (FJ 1º).

Una última consideración para tener en cuenta, que de pasada ha podido apreciarse al comienzo de esta obra, es que el artículo 259.2 del Código Penal también castiga al que entre en situación de insolvencia con la realización de estas conductas. Es decir, que en el momento de su comisión no se encontraba en situación de insolvencia actual o inminente, pero que, por la realización de las conductas, se ha entrado en esa situación de insolvencia, actual o inminente.

III.3.3.2.1 Actuaciones sobre el patrimonio del deudor

Como ya avanzamos, nos referimos a los supuestos recogidos en los ordinales 1º a 5º del artículo 259.1 del Código Penal. Se trata de comportamientos que son punibles en cuanto no responden a los deberes de diligencia y lealtad en la gestión de asuntos económicos o bien carece de justificación económica o empresarial, tal y como se dispone en los distintos apartados del precepto. Ello determina que se hace preciso establecer si hay alguna explicación razonable a la conducta del deudor, que de no existir implicaría que solo pretende defraudar a los acreedores.⁶³

Las conductas que se encuadran en este grupo son las siguientes.

En primer lugar, *“Ocultar, causar daño o destruir los bienes o elementos patrimoniales incluidos o que habrían de estar incluidos en la masa del concurso en el momento de su apertura”*.⁶⁴

Es la primera de las conductas contempladas en el artículo 259 del Código Penal. Nos hallamos ante una especialidad de la típica conducta del alzamiento de bienes, que tras la reforma operada en 2015⁶⁵ se ve alojada en el artículo 257.1. 1º⁶⁶, pasando a denominarse *frustración en la ejecución*. Al fin y al cabo, lo que se penaliza es la detracción de la masa del concurso de elementos patrimoniales realizables como valor económico. Esta coincidencia de acción entre la nueva insolvencia punible y el alzamiento ha planteado reflexiones en torno a la relación concursal de ambas figuras. La diferencia se centrará en dos datos: en el alzamiento el sujeto activo del delito no será todavía insolvente, y la acción lo que pretende es, precisamente, alcanzar la insolvencia; mientras que en el delito del artículo 259.1. 1º, ya nos encontramos ante un deudor que

⁶³ NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento...*ob. cit.*, pág. 176.

⁶⁴ Artículo 259.1. 1º del Código Penal.

⁶⁵ Nos referimos a la reforma que entró en vigor con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁶⁶ El artículo 257.1. 1º del Código Penal establece: *“Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: 1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.”*

se encuentra en estado de insolvencia, ya sea porque haya dejado de pagar sus obligaciones o porque haya sido declarado judicialmente en concurso, y lo que se pone en peligro es la suficiencia del patrimonio para hacer frente a los derechos de crédito de los acreedores.

Se recogen en este primer subapartado las formas más drásticas de la acción, como son dañar o destruir bienes o elementos patrimoniales y la ocultación de estos.⁶⁷

En el artículo 259.1. 2º nos encontramos la realización de “*actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos y que carezcan de justificación económica o empresarial*”.

Aquí lo que se trata de proteger es la garantía patrimonial del deudor para hacer frente a sus obligaciones. Lo que se castiga son actos como vaciar los fondos de que todavía se dispongan o asumir deudas. En este sentido, las operaciones en que puedan pretender basarse estas acciones exigirá un estudio casuístico de sus motivos para evaluar el elemento exigido en la última parte del precepto, la inexistencia de justificación económica o empresarial.

Sobre qué haya de entenderse por esta justificación, se abre un campo de análisis particularizado en el que, por muchas reglas generales orientativas que se pudieran fraguar, resultará imprescindible atender a cada caso concreto en función de las dimensiones de la empresa, de su órbita de mercado, de los niveles de endeudamiento, de su respaldo financiero, etc., y, especialmente, habrá que atender a la finalidad de la asunción de deudas, pues pudieran presentarse en algunos casos como operaciones movidas por la intención de obtener una ganancia que permita la recuperación de la empresa, que aún dotadas de un nivel de riesgo, pretendiesen eludir la bancarrota. En este sentido, se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo 452/2002, de 15 de marzo⁶⁸, que

⁶⁷ PADRÓN RODRÍGUEZ, C.: “Las insolvencias punibles tras...*ob. cit.*, págs. 5-6.

⁶⁸ La STS 452/2002, de 15 de marzo, Rec. Núm. 2158/2000, señala: “*En efecto, en el delito de insolvencia es necesario que el autor haya realizado actos con entidad para producir la insolvencia de una manera verdaderamente injustificable desde el punto de vista de la racionalidad mercantil. En la medida en la que el texto legal vigente --a diferencia de los modelos del derecho europeo-- carece de precisión respecto de los actos concretos que podrían configurar el tipo objetivo y simplemente se refiere a la declaración de quiebra, concurso y cesación de pagos, es necesaria una interpretación del mismo que tenga en cuenta, ya en el tipo objetivo, la exclusión de la «prisión por deudas» y el efecto de irradiación del art. 38 CE, que garantiza la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. De acuerdo con esta hermenéutica, el tipo objetivo del delito no puede ser reducido a la simple insolvencia, sino que requiere una reducción teleológica a los supuestos de insolvencia con contenido criminal.*”

afirmaba que «una administración inadecuada al fin económico, que sea cualificada, como hace la sentencia recurrida, de “arriesgada gestión”, es insuficiente para configurar el tipo objetivo del delito». ⁶⁹

En definitiva, lo que se tipifica en este subapartado son comportamientos que esencialmente consisten en disminuir el activo o aumentar el pasivo; comportamientos también similares al delito de alzamiento de bienes.

Hay que matizar la expresión “carezcan de justificación económica o empresarial”. Una expresión tan imprecisa obliga a establecer un criterio rector, como puede ser el contenido en el artículo 227 del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal, que establece que el perjuicio patrimonial se presume en ciertos supuestos de actos de disposición a título gratuito u oneroso o la constitución de ciertas garantías reales a favor de obligaciones ya existentes.

En tercer lugar, “Realizar operaciones de venta o prestaciones de servicios por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica”. Es el supuesto recogido en el artículo 259.1. 3º del Código Penal, y de nuevo nos encontramos ante un supuesto de disminución del activo y aumento del pasivo mediante la realización de operaciones que carecen de justificación económica, que coinciden con las descritas en el delito de alzamiento de bienes. ⁷⁰

A veces un intento desesperado por salvar la situación económica del deudor o su empresa, e incluso por intentar mantener la viabilidad de esta última, podría llevar al límite los precios de actividad o de productos, aún en la seguridad de no generar

En este sentido, la producción de la situación de insolvencia debe provenir de negocios cuya reprobación jurídica sea claramente establecida. Una administración inadecuada al fin económico, que sea calificada, como hace la sentencia recurrida, de «arriesgada gestión» es insuficiente para configurar el tipo objetivo del delito. En particular un plan para adquirir una posición determinada en el mercado, basado en un cálculo económico y financiero erróneo no es todavía insuficiente (sic) para configurar los elementos del tipo objetivo del delito del art. 260.1 CP.

Sin perjuicio de ello, es evidente que en el presente caso el acusado no obró con el dolo directo que se requiere en el tipo subjetivo. En efecto, la insolvencia, dice la ley penal, debe haber sido causada o agravada dolosamente. Desde una perspectiva respetuosa en el tipo subjetivo las mismas premisas que informan el tipo objetivo del delito, sólo cabe admitir los casos de dolo directo, pues sólo éstos son los que exteriorizan una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores. Es claro que quien actúa con el propósito de incrementar su patrimonio mediante el desarrollo de su empresa, no tiene el propósito de perjudicar a sus acreedores y por lo tanto no ha obrado con el dolo directo que configura el carácter criminal de las conductas contra las que se dirige el art. 260.1 CP.” (FD 6º).

⁶⁹ PADRÓN RODRÍGUEZ, C.: “Las insolvencias punibles tras...ob. cit., pág. 6.

⁷⁰ NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento...ob. cit., pág. 177.

beneficios. Tal vez lo único que se persiga es la obtención de liquidez con la que afrontar pagos urgentes. Ahora bien, lo que no puede encontrar justificación es caer por debajo de estos límites a la hora de cerrar operaciones mercantiles, ya en una situación en crisis, porque sin duda, y sin necesidad de suponer ninguna intención adicional, cualquier entendimiento ordinario de la buena gestión mercantil ha de representarse que ello no incide más que en el agravamiento de la situación económica en la que ya se encuentra el deudor o la empresa.⁷¹

En cuarto lugar, el artículo 259.1. 4º del Código Penal tipifica la conducta consistente en “*Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios*”. Se trata de una conducta consistente en aumentar de manera ficticia el pasivo, simulando la existencia de más deudas de las que realmente existen. Normalmente se producirá en concurso con los delitos de falsedades, al tratarse de documentos mercantiles, y tiene una notable similitud con la descrita en el artículo 392.1⁷² del Código Penal.⁷³

Esta conducta se muestra como única posibilidad dolosa, de absurda concepción imprudente, pues descansa sobre la construcción de una ficción en ambos casos. En el primero, aparentando la existencia de deudas carentes de realidad, que sin duda tendrán una repercusión directa en la situación de insolvencia, perjudicando a los otros acreedores, que sí son reales, incrementando falsamente la magnitud del pasivo y minorando en cualquier caso las posibilidades de atención de las deudas a satisfacer con los bienes propios. Por otro lado, el reconocimiento de créditos ficticios no es más que una variante de la conducta descrita con carácter general en el mismo apartado. Al fin y al cabo, al reconocer un crédito ficticio se está materializando un acto de simulación, con la única matización tal vez de que en esta segunda modalidad de la acción se precisa la colaboración del tercero que se hace pasar por acreedor y presenta su ficticio crédito al

⁷¹ PADRÓN RODRÍGUEZ, C.: “Las insolvencias punibles tras...*ob. cit.*, pág. 6.

⁷² El artículo 392.1 del Código Penal dicta así: “*El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.*” De este modo, el artículo 390.1 del Código Penal tipifica los siguientes supuestos: “*Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.*”

⁷³ NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento...*ob. cit.*, pág. 177.

reconocimiento del deudor concursal. Apunta esta dinámica a un supuesto de cooperación en la autoría fácilmente imaginable en escenarios de entramados societarios constitutivos por entidades mercantiles independientes.

Por último, para cerrar este grupo de conductas que actúan sobre el patrimonio del deudor, el artículo 259.1. 5º castiga a quien “*Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica que desarrolla, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos*”.

Consideramos, coincidiendo con PADRÓN RODRÍGUEZ, que es uno de los preceptos más curiosos de analizar debido a la dificultad que implica poder concebir la dedicación “justificada” a negocios especulativos de una persona en situación de insolvencia actual o inminente, presupuesto del precepto. El negocio especulativo, por definición, no es propio de la actividad productiva ordinaria del empresario, sino que surge del ánimo lucrativo del inversor que pretende aprovecharse de las fluctuaciones circunstanciales del mercado.

La evolución de la economía mundial en los últimos años dio muestras sobradas de afán de enriquecimiento a cualquier riesgo, al hilo de operaciones de inversión cuyo fracaso desencadenaba importantes consecuencias. La incorporación en este apartado del Código Penal de este tipo de negocios como una modalidad aceptada de gestión económica puede que responda a esa generalización en su práctica. Lo que habrá de valorarse son dos extremos: la justificación del negocio en concreto y el deber de diligencia. Ya hemos dejado apuntada la dificultad de aceptar como propia del modelo responsable de gestión de negocios la participación en negocios de mera especulación del comerciante cuya situación económica se encuentra en riesgo, cuando menos, de insolvencia. Parece que con esta aceptación por el legislador penal de la normalidad que alcanzó en la economía, en los últimos años, la búsqueda de beneficio en la inversión puramente especulativa, el soporte interpretativo que en este concreto apartado cobra mayor relevancia es la medida del deber de diligencia.⁷⁴

En resumen, se trata de realizar operaciones comerciales que no garantizan el beneficio esperado por la inversión realizada, de forma que no se puede asegurar el resultado que se obtendrá con dichas operaciones, siempre y cuando el riesgo asumido

⁷⁴ PADRÓN RODRÍGUEZ, C.: “Las insolvencias punibles tras...*ob. cit.*, págs. 6-7.

sea tan elevado que resulte contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.⁷⁵

De esta manera culmina la primera de las subcategorías en las que hemos dividido el tipo básico del delito de insolvencias punibles.

III.3.3.2 Actuaciones que implican un inadecuado cumplimiento de las obligaciones contables del deudor

Junto a la categoría anterior, nos encontramos con el segundo subgrupo de conductas tipificadas en el artículo 259.1 del Código Penal que, como ya avanzamos, comprende los supuestos recogidos en los ordinales 6º a 8º del precepto mencionado.

Estas conductas se caracterizan por afectar a la contabilidad y demás documentos de carácter empresarial, y que con ello se afecte a la imagen fiel que se deriva de las reglas de contabilidad. Se trata de exigir que los datos y las cifras contables se aproximen de manera razonable a la realidad patrimonial del deudor.

La primera de las conductas que nos encontramos en este grupo, enmarcada en el artículo 259.1. 6º del Código Penal, se refiere a *“Incumplir el deber legal de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad o cometer en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de ese modo se dificulte o impida de modo relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera”*.

Estos supuestos no implican más que el incumplimiento de la obligación mercantil de llevar contabilidad que refleje la imagen fiel de su situación patrimonial. A estos efectos, se equipara la conducta de destruir los libros de contabilidad con la de no llevar contabilidad alguna.

Por lo que se refiere a la llevanza de la doble contabilidad, abarca tanto los supuestos en los que existe una doble llevanza de los libros contables, como también aquellos casos en los que se refleja una situación patrimonial irreal.

⁷⁵ NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento...*ob. cit.*, pág. 178.

Por lo que se refiere a la forma en la que se manipula o alteran los libros contables, puede ser cualquiera de las modalidades típicas contenidas en el artículo 390.1 del Código Penal⁷⁶, incluida la de faltar a la verdad en la narración de los hechos.

Es importante que esta conducta, al realizarse, debe producir la consecuencia de imposibilitar o dificultar la comprensión de la situación patrimonial del deudor.⁷⁷

El precepto, al referirse al “deber legal”, hace necesaria la integración de este subapartado con las disposiciones del Código de Comercio y la Ley de Sociedades de Capital, en cuanto determina los libros que necesariamente han de soportar los apuntes contables de los negocios.⁷⁸ Así, la contabilidad de los empresarios se regula, en el Código de Comercio, en los artículos 25 y siguientes, y se encuentra dispersa a lo largo de toda la Ley de Sociedades de Capital.

No cabe ahondar en este tema, ya que sería más propio de un trabajo de Derecho mercantil, y no de Derecho penal como la que nos atañe. Pero, para tampoco dejar vacío de contenido esta obra, recogeremos lo que se establece en el artículo 25 del Código de Comercio, por ser el más general de todos: *“Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las Leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario.”*

Conforme a este artículo, genéricamente, todo empresario deberá llevar un libro contable, que comprenderá un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro cuya realización se efectuará día a día. El incumplimiento de estas obligaciones, por ejemplo, daría lugar a la conducta descrita en este apartado.

La segunda de las conductas, la que se encuadra en el artículo 259.1. 7º, se refiere a *“Ocultar, destruir o alterar la documentación que el empresario está obligado a*

⁷⁶ Recordemos que el artículo 390.1 del CP castiga al funcionario que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad documental *“1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.”*

⁷⁷ NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento...*ob. cit.*, págs. 178-179.

⁷⁸ PADRÓN RODRÍGUEZ, C.: “Las insolvencias punibles tras...*ob. cit.*, pág. 7.

conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de ese modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor”.

Se trata de un comportamiento que sólo puede ser realizado por el empresario, en quien concurre la obligación de conservar los documentos y justificantes concernientes a su negocio durante los seis años siguientes al último asiento realizado en los libros contables, según lo dispone el artículo 30 del Código de Comercio.⁷⁹

El precepto recoge un tipo mixto alternativo que equipara tres conductas: alterar, ocultar y destruir, siendo preciso que la realización de cualquiera de ellas dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

Como última conducta de este grupo, y terminando con los grupos de conductas que componen el tipo básico⁸⁰, nos encontramos con la conducta recogida en el artículo 259.1. 8º del Código Penal: *“Formular las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración económica real del deudor, o se incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de un plazo”.*

De nuevo, es la conversión en delito de lo que constituye, exclusivamente, la infracción de una obligación mercantil de los empresarios. Este apartado recoge el incumplimiento de obligaciones puramente formales, por lo que se hace preciso interpretar el precepto exigiendo que estos incumplimientos produzcan el efecto de no poder obtener una imagen fiel de la empresa.⁸¹

III.3.3.3 La comisión por imprudencia. El artículo 259.3 del Código Penal

En el mismo artículo que se castiga la comisión dolosa del tipo básico de las insolvencias punibles, se castiga en su tercer precepto la comisión imprudente, añadida con la reforma que trajo la Ley Orgánica 1/2015, la cual incorporó la posibilidad de

⁷⁹ El artículo 30 del Código de Comercio dispone así: *“1. Los empresarios conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales. 2. El cese del empresario en el ejercicio de sus actividades no le exime del deber a que se refiere el párrafo anterior y si hubiese fallecido recaerá sobre sus herederos. En caso de disolución de sociedades, serán sus liquidadores los obligados a cumplir lo prevenido en dicho párrafo.”*

⁸⁰ Recordemos que la cláusula de cierre que se recoge en el artículo 259.1. 9º CP no la hemos incluido en ninguno de los dos grupos en los que hemos dividido el precepto al ser un cajón de sastre que no tiene cabida en ninguno de los mencionados grupos.

⁸¹ NUÑEZ CASTAÑO, E.: *“Delitos patrimoniales de enriquecimiento...ob. cit., págs. 179-180.*

sancionar la comisión imprudente de los supuestos descritos en los artículos 259.1 y 259.2⁸² del Código Penal, siempre que esa imprudencia fuera grave, quedando la imprudencia leve fuera de la tipificación de la normativa penal.⁸³

Al margen de que en el Código Penal de 1995 la falta de tipificación imprudente específica de cualquier delito convierta la conducta culposa en impune, el anterior artículo 260 exigía de manera explícita que la situación de crisis o insolvencia fuese causada o agravada dolosamente por el deudor o quien actuase en su nombre. Ahora, la reforma del delito concursal contempla en el apartado 3 del artículo 259 la posibilidad, sin más, de comisión imprudente con una redacción sustancial de la pena.⁸⁴

Coincidimos con PADRÓN RODRIGUEZ, cuando señala que las modalidades comisivas establecidas en el artículo 259.1 hace difícil concebir la comisión imprudente teniendo el añadido de la insolvencia inminente que refleja que el deudor va a entrar en estado de insolvencia en sí misma considerada, que es la actual. En cualquier caso, se pretenden castigar conductas de puesta en riesgo del patrimonio del deudor que, en primer lugar, tienen su escenario comisivo claramente acotado en determinadas conductas dolosas. Por otra parte, que conviven con las previsiones de la Ley Concursal, que califica la insolvencia también como culpable en determinados supuestos, pese a que dicha calificación, como bien se recoge en el apartado 6 del artículo objeto de análisis y como ya hemos explicado en esta obra⁸⁵, en ningún caso vincula a la jurisdicción penal.

En la misma línea que el autor al que seguimos, como supuestos más significativos en el que no encontramos lógico la realización de la comisión imprudente de la conducta son los supuestos de los números 3º, 4º, 5º y 6º, del apartado 1.⁸⁶

⁸² Es menester recordar que este precepto castiga a quien entre en situación de insolvencia, actual o inminente, por haber realizado una de las conductas descritas en el art. 259.1 del Código Penal. Recordemos también el tratamiento doctrinal que se le da al término “insolvencia”, que no es más que dejar de cumplir las obligaciones empresariales como deudor perjudicando a los acreedores.

⁸³ NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento...*ob. cit.*, pág. 180.

⁸⁴ La pena impuesta en los casos de imprudencia es de seis meses a dos años de prisión y multas de doce a veinticuatro meses, siendo la mitad de tiempo la condena a prisión, tanto en su mínimo como en su máximo, y estableciendo una horquilla del tiempo de multa más corta, siendo la de la comisión dolosa de ocho a veinticuatro meses.

⁸⁵ Apartado III.2 *VINCULACION DEL DELITO DE BANCARROTA CON EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL*.

⁸⁶ Estos son: realización de operaciones por debajo del precio de costa, simulación de créditos o reconocimiento de créditos ficticios, participación en negocios especulativos carentes de justificación y llevar una doble contabilidad.

El problema, tal vez, más interesante que se suscite al hilo de la comisión imprudente es el del traspaso del nivel de la culpa civil, y por lo tanto el abandono del ámbito propio de los efectos de la jurisdicción mercantil en el procedimiento concursal para situarnos ante un delito.

Por todo ello, y teniendo en cuenta los principios inspiradores del derecho y del proceso penal, resulta difícil alcanzar un pronunciamiento de condena por delito imprudente de bancarrota.⁸⁷

III.3.4 La modalidad agravada de las insolvencias punibles. El artículo 259 bis del Código Penal

Una vez que hemos analizado el tipo básico de estos delitos que se encuentran bajo la rúbrica de las insolvencias punibles, siguiendo el orden establecido en el Código Penal, y que mencionamos al principio, pasaremos a la modalidad agravada del delito, recogida en el artículo 259 bis del Código Penal.

Esta modalidad agravada se castiga con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses. Respecto de la cuantía temporal de las multas, no hay modificación alguna respecto del tipo base. No obstante, hay un incremento del doble respecto en la pena de prisión, tanto en el mínimo como en el máximo. Es decir, en el tipo base, la pena de prisión entra dentro de una horquilla de uno a cuatro años, frente a la horquilla de dos a ocho años que hemos mencionado para este tipo agravado.

Se establecen tres tipos cualificados, aplicables a los apartados primero y segundo del artículo 259 del Código Penal⁸⁸, por lo tanto, como bien es lógico según la teoría general de Derecho Penal, no es aplicable el tipo agravado a la comisión imprudente del artículo 259.3 del Código Penal.

El artículo 259 bis contiene tres circunstancias que agravan la insolvencia punible cuando concurra alguna de ellas. La primera de las conductas se refiere a la producción o que *“pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica”*.

⁸⁷ PADRÓN RODRÍGUEZ, C.: “Las insolvencias punibles tras...*ob. cit.*, págs. 8-9.

⁸⁸ Recordemos que el apartado primero hace referencia a las conductas que se tipifican en el tipo base, a las que hemos hecho referencia en el apartado III.3.3.2 “Acción típica”; mientras que el apartado segundo hace referencia al sujeto que comete esas conductas con el objeto de entrar en situación de insolvencia.

Como destaca gran parte de la doctrina, es difícil concebir una situación concursal de la que no resulte perjuicio para una pluralidad de personas. El precepto habla de una “*generalidad de personas*”, lo que viene a ser lo mismo, al verse involucrados en las consecuencias del concurso distintos grupos de acreedores, como trabajadores, proveedores, financieros, etc.; si bien no puede tan sólo sobre esta apreciación avanzarse que, por naturaleza, la mayor parte de los supuestos a enjuiciar hayan de verse incardinados en la modalidad agravada como si fuese ésta la regla general predeterminada.⁸⁹

“*Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros*”. Es el segundo de los apartados del artículo 259 bis del Código Penal. El perjuicio debe referirse, en concreto, a uno de los acreedores, no pudiendo tomarse en consideración la suma del causado a varios de ellos para aplicar esta cualificación. Es indiferente que la suma proceda de uno o varios créditos, siempre que la titularidad crediticia la ostente la misma persona.

Por último, y para terminar con las conductas agravadas de las insolvencias punibles, en el número tercero del artículo 259 bis se recoge la siguiente conducta: “*Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea ésta estatal, autonómica, local o foral, y a la Seguridad Social*”.

Se refiere a que la mitad, o más, de los créditos a los que no puede hacer frente tienen como parte acreedora a una de estas instituciones públicas. La autora a la que seguimos, NUÑEZ CASTAÑO, critica que se tome en consideración para fundamentar esta cualificación el porcentaje respecto del total de la deuda, y no la cuantía relativa a la deuda con la Hacienda o la Seguridad Social, por cuanto ello puede dar lugar a que se cualifiquen conductas de escasa entidad.⁹⁰ Bajo nuestro punto de vista, es una buena medida para proteger a las instituciones públicas, que repercuten directamente con el resto de la ciudadanía en cuanto a la cantidad que contengan sus arcas. No creemos procedente que se lleve a cabo la cualificación con escasa cuantía, debido a la gravedad y al principio de intervención mínima, que son presupuestos para la intervención del Derecho Penal.

⁸⁹ PADRÓN RODRÍGUEZ, C.: “Las insolvencias punibles tras...*ob. cit.*, pág. 9.

⁹⁰ NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento...*ob. cit.*, pág. 181.

Una vez vistas esta modalidad agravada, así como el tipo base, pasaremos a los últimos tipos, los específicos que, como ya recogimos al principio de este análisis, comprende el favorecimiento de acreedores y la presentación de datos falsos.

III.3.5 Tipos específicos: favorecimiento de acreedores y presentación de datos falsos

Los tipos específicos del favorecimiento de acreedores, recogido en el artículo 260 del Código Penal, y presentación de datos falsos, ubicado en el artículo 261 del Código Penal, completan todo el elenco de delitos que comprenden las insolvencias punibles, junto a la modalidad agravada que acabamos de ver y junto con el tipo básico.

A estos delitos específicos nos ocuparemos en el presente apartado.

A pesar de no ser cuestión baladí, haremos una breve mención a la autoría de los delitos. Esta breve mención se debe a que podemos hacer alusión a lo explicado en el apartado que dedicamos a la autoría del tipo base⁹¹, ya que el sujeto activo sigue siendo el deudor que se encuentra en situación de insolvencia, actual o inminente, es decir, el que no puede, o no podrá, hacerse cargo de sus obligaciones crediticias, tomando como referencia la Ley Concursal; o, en su caso, se considerará autor al representante que cometa estas conductas que actúe en representación del deudor.

Hay una particularidad en el artículo 261 del Código Penal. Este artículo castiga al que *“El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel...”*. Es decir, en estos supuestos lo importante no es que el sujeto se encuentre en situación de insolvencia, ya que el delito castiga al que trata de fingir esa declaración con el objeto de que se le declare el concurso de acreedores o al que, una vez inmerso en el concurso de acreedores, presente datos falsos que supongan una peor situación económica o financiera de la empresa concursada. No obstante, potencialmente, es el mismo sujeto activo, el empresario o su representante, lo que no perjudica la especialidad del delito.

Con estas aclaraciones, damos paso al primero de los delitos específicos, el favorecimiento de acreedores.

⁹¹ En el apartado *“III.3.3.1 La autoría en los delitos de insolvencias punibles. El deudor como sujeto activo de estos delitos.”*.

III.3.5.1 Análisis del artículo 260: El favorecimiento de acreedores

El artículo 259 del Código Penal de 1995⁹² castigaba al deudor concursal que, tras la admisión a trámite del concurso, sin autorización y fuera de los casos permitidos por la ley, realizase un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinados a pagar uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto.

Con la reforma llevada a cabo en el año 2015, el nuevo artículo 260 introduce varias modificaciones, estructurando el delito en dos apartados, en función de que se haya admitido o no a trámite la solicitud de concurso para un deudor que, en todo caso, es insolvente.⁹³ La única diferencia radica en la concurrencia de un presupuesto previo integrado por la necesidad de admisión a trámite de la solicitud del concurso en relación con la conducta prevista en el apartado segundo del artículo 260 del Código Penal, mientras que no es necesario que concurra en la prevista en el apartado primero del artículo 260. En relación con el resto de los elementos, se trata de conductas idénticas.⁹⁴

El segundo de los supuestos viene a coincidir con el antiguo artículo 259, y no ofrece mayores problemas interpretativos. Se trata de castigar la conducta autónoma de favorecimiento de acreedores realizada por el declarado en concurso prescindiendo de las obligadas autorizaciones que contempla el antiguo artículo 40 de la Ley Concursal⁹⁵, hoy dispersa en los artículos 106 a 109 y 568 del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal. De todos modos, esta modalidad delictiva podría alcanzar su pleno sentido en los supuestos de concurso voluntario, que es en el que el deudor conserva las facultades de administración y disposición del patrimonio, aunque con la autorización y conformidad de la administración concursal.

Más compleja parece la comisión en los supuestos de concurso necesario, donde ya el deudor pierde las facultades de administración y disposición de sus bienes y derechos, que son asumidas por los administradores.⁹⁶

Pensemos que, sin autorización judicial no se pueden, hasta la aprobación del convenio o la apertura de liquidación, enajenar ni gravar bienes ni derechos que integren

⁹² La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre).

⁹³ PADRÓN RODRÍGUEZ, C.: "Las insolvencias punibles tras...*ob. cit.*, pág. 10.

⁹⁴ NUÑEZ CASTAÑO, E.: "Delitos patrimoniales de enriquecimiento...*ob. cit.*, pág. 181.

⁹⁵ Nos referimos a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10 de julio)

⁹⁶ Tal y como se recoge en el artículo 106.2 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal: "*En caso de concurso necesario, el concursado tendrá suspendido el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa. La administración concursal sustituirá al deudor en el ejercicio de esas facultades.*"

la masa, salvo los actos de disposición que la administración concursal considere imprescindibles para garantizar la viabilidad de la empresa, tal y como se expresa en el artículo 205 del texto refundido de la Ley Concursal⁹⁷.

Mayor interés reviste la primera acepción del delito, que antes resultaba atípica, encontrando en la jurisprudencia, no sólo la justificación propia de su falta de reflejo en el Código Penal, sino incluso en argumentos adicionales en torno a la llamada prelación de créditos por las disposiciones del derecho privado.⁹⁸

El primer apartado indica: “Sin necesidad de que se haya admitido aún a trámite la solicitud de concurso”. Al comprenderse en este primer apartado al deudor en situación de insolvencia actual o inminente, se distingue del apartado dos, y de ello se arrastra como consecuencia la definición del tipo de referencia a créditos no exigibles o a garantías a las que no haya derecho.

Por otra parte, de acuerdo con el texto, la conducta de este apartado primero se ciñe a operaciones que “carezcan de justificación económica o empresarial”. Esta condición, que ya figuraba en iguales términos en el anteproyecto del Código Penal, fue

⁹⁷ El artículo 205 del texto refundido de la Ley Concursal dice así: “Hasta la aprobación judicial del convenio o hasta la aprobación del plan de liquidación, los bienes y derechos que integran la masa activa no se podrán enajenar o gravar sin autorización del juez.”

⁹⁸ La STS 723/2012, de la Sala Segunda, de 2 de octubre, Rec. Núm. 273/2012, señala: “Sobre el pago de la deuda a un acreedor con preferencia o prioridad a otros y su relevancia para la tipificación de la conducta de alzamiento de bienes, tiene establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala que no concurre ese delito cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la sustracción de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos, que se regirán por las disposiciones del derecho privado cuya inobservancia no constituye el objeto de delito ahora examinado (...).

Y en lo que respecta a la aplicación de esa doctrina a los dos primeros apartados del art. 257 del C. Penal, se argumenta en la sentencia de esta Sala 984/2009, de 8 de octubre, que “al proteger el tipo penal el bien jurídico patrimonial consistente en el derecho subjetivo de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal del deudor prevista en el art. 1911 del C. Civil, ha de entenderse que la norma punitiva debe aplicarse cuando se incurra realmente en una conducta que genere una situación de insolvencia que dificulte o impida el ejercicio del derecho de los acreedores. Y desde luego en los casos en que el deudor se limita a pagar a unos acreedores con prioridad a otros no se estaría generando o incrementando la situación de insolvencia, sino que su comportamiento se reduciría a la mera liquidación de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad (...).”

De otra parte, se argumenta también en la referida sentencia que “el hecho de que se haya tipificado en el C. Penal actual de forma específica el favorecimiento de acreedores como delito en el art. 259, solo para el supuesto de que la posición de acreedores se lleve a cabo cuando haya sido admitida a trámite una solicitud de concurso de acreedores, puede ser indicativo de que, a contrario sensu, el objetivo del legislador sea realmente desplazar fuera del sistema penal los favorecimientos de acreedores previos a las situaciones concursales formalizadas (...).” (FD 3º).

criticada por el Consejo General del Poder Judicial⁹⁹ en el informe emitido a dicho texto, al considerarse que la finalidad del precepto era precaver la eficacia del futuro concurso, de tal modo que todos los acreedores sean tratados de acuerdo con lo previsto en la normativa concursal sin que el deudor pueda privilegiar a algunos en especial. Por ello, entendía dicho informe que no parecería procedente condicionar la aplicación del tipo a la ausencia de estas razones justificativas, pues el objeto de protección son los intereses generales de los acreedores. La recomendación, en cualquier caso, no fue asumida en fase prelegislativa ni tampoco por el legislador, de modo que abre un campo de interpretación no muy demasiado amplio para definir qué se entiende por justificación económica o empresarial en estos casos.

Por otro lado, criticando este delito, algún autor puso de manifiesto en su día que tras la promulgación de la Ley Concursal, mantener el artículo 260 en el Código Penal era perturbador, y que tanto las conductas que se sancionaban a través de este precepto como la protección de los intereses de los acreedores encontraban menor y más eficaz encaje en otros preceptos, como los relativos al alzamiento de bienes, la apropiación indebida o la falsedad documental.¹⁰⁰

Estos delitos, junto con otros como podrían ser los delitos societarios o los delitos contra la hacienda pública, son los que ahora pasan a integrar la referencia de delitos singulares relacionados con la insolvencia punible que se contiene en el apartado 5 del artículo 259 del Código Penal.

De la estrecha relación entre el delito de alzamiento de bienes y el delito de concurso fraudulento era buena prueba la ubicación sistemática de ambos en la regulación del Código Penal que se modificó con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015: ocupaban el mismo Capítulo (VII) del Título XIII del Libro Segundo, bajo la misma rúbrica, “De las insolvencias punibles”. El alzamiento de bienes inauguraba el capítulo en el artículo 257, y al concurso punible se le dedicaban los artículos 260 y 261. Con la reforma, el alzamiento de bienes se ubica en el capítulo dedicado a la “Frustración

⁹⁹ En el informe aprobado por el Consejo General del Poder Judicial en sesión de 16 de enero de 2013. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPI/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal>

¹⁰⁰ CONS GARCÍA, J.: «El Juez y el procedimiento de concurso», en La nueva ley concursal, Estudios de Derecho Judicial, Núm. 59, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

de la ejecución”, ocupando el número 1. 1º del artículo 257: “*El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores*”.

En algunos pronunciamientos jurisprudenciales son palpables las coincidencias conceptuales entre este delito y el de insolvencia instaurado por la reforma, como por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2013, que analiza la naturaleza y elementos del delito de alzamiento de bienes en términos que pueden ser perfectamente aplicables al delito de insolvencia punible.¹⁰¹

Según establece RODRIGUEZ PADRON, hay que compaginar el delito de alzamiento de bienes con el delito de insolvencia punible. Según a lo que hemos hecho

¹⁰¹ La STS 867/2013, de 28 de noviembre, Rec. Núm. 484/2013, señala: “(...) *el delito de alzamiento de bienes constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal, y de otro el interés colectivo con el buen funcionamiento del sistema económico crediticio.*

El Código Penal tipifica las insolvencias punibles alzamiento- (...) se castiga a quien con el fin de perjudicar a sus acreedores 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 (STS. 2504/2001 de 26.12).

La STS. 1347/2003 de 15.10 resume la doctrina del Tribunal Supremo sobre el concepto y elementos de este delito: (...), el alzamiento de bienes consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada, mediante su ocultación, a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes. No requiere la producción de una insolvencia total y real, pues el perjuicio a los acreedores pertenece no a la fase de ejecución sino a la de agotamiento del delito.

La STS núm. 1253/2002, de 5 de julio, recuerda que uno de los elementos del delito es la producción de «un resultado, no de lesión sino de riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo» (SSTS. 31.1.2003, 5.7.2002). También hemos dicho que “el delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o de riesgo que se consuma desde que se produce una situación de insolvencia (...) Los elementos de este delito son:

1º) existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad (...)

2º) un elemento dinámico que consiste en, una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor (...)

3º) resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido; y

4º) un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos (...)

(...) No se cometerá el delito si se acredita la existencia de otros bienes con los que el deudor acusado pueda hacer frente a sus deudas (STS nº 129/2003, de 31 de enero (...))

La constante doctrina de esta Sala (...) no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores. Este mismo precedente jurisprudencial precisa que, como resultado de este delito, no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio (...)

Por ello, para la consumación del delito no es necesario que el deudor quede en una situación de insolvencia total o parcial, basta con una insolvencia aparente (...)” (FD 2º).

referencia, el delito de alzamiento de bienes puede ser anterior al delito de insolvencia punible, que en buena medida puede provocar la insolvencia en sí misma, y además, dolosamente. Puede cometerse cuando el deudor todavía es solvente, mientras que el delito concursal ya requiere que sea insolvente o lo sea de forma inminente. El problema se plantea cuando el delito de alzamiento es causa de la insolvencia. En estos casos, hay quien sostiene que no nos encontramos ante la posibilidad de un concurso de delitos, sino ante una progresión delictiva, de tal forma que sería de aplicación el delito de insolvencia. Esta parece ser la opción más respetuosa incluso con el propio artículo 259, al menos en sus cuatro primeras modalidades. De ahí que, ante la falta de combinación del delito de alzamiento con el delito de insolvencia punible, tal vez no resultase demasiado descabellado afirmar que nos encontramos con un nuevo tipo delictivo especial: el alzamiento concursal, cuya aplicación vendrá determinada por el marco en el que se produzca, que en este último caso será la situación de concurso, o insolvencia, actual o inminente.

Cabe señalar, para una mejor comprensión, que estamos dejando fuera el alzamiento de bienes a través de cualquiera de las conductas del 259.1, pues la realización de aquellas con la consecuente entrada en estado de insolvencia daría lugar a un delito de insolvencias punibles, ya que este hecho, el entrar en situación de insolvencia a través de una de las conductas descritas en el precepto anterior, se encuentra castigado en el artículo 259.2 del Código Penal.¹⁰²

Realizada esta pequeña crítica, vamos a pasar a explicar el precepto, siguiendo a la profesora NUÑEZ CASTAÑO.

El artículo 260 del Código Penal¹⁰³ recoge un comportamiento en el que el deudor, quebrantando la prelación de créditos o bien con una intención de beneficiar a

¹⁰² PADRÓN RODRÍGUEZ, C.: “Las insolvencias punibles tras...*ob. cit.*, págs. 10-11.

¹⁰³ Cuya redacción literal en el Código Penal es: “1. *Será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses, el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial.* 2. *Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto.*”

determinados acreedores, entrega bienes o contrae deudas favoreciendo a unos acreedores frente a otros. Se pueden observar dos características principales.

En primer lugar, ha de realizarse un acto de disposición patrimonial destinado a pagar un crédito no exigible o facilitarle una garantía que no le pertenecía según Derecho, como es el supuesto del artículo 260.1, o bien destinado a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto, como es el supuesto de la conducta recogida en el artículo 260.2.

Por otro lado, la conducta debe realizarse sin justificación económica o empresarial, o bien sin estar autorizado para la realización de dichos actos, que además se encuentran fuera de la ley.

El fundamento de este precepto puede encontrarse en evitar la connivencia entre el deudor y algunos acreedores, con la intención de eludir la preferencia de créditos determinada en el procedimiento concursal o de favorecer a determinados acreedores frente a otro.

Con respecto a la conducta típica, ésta consiste en la realización de cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitar una garantía a la que no le pertenecía según Derecho, o bien destinada a pagar a uno o varios acreedores reales previos al procedimiento concursal, con posposición del resto.

Conviene resaltar la particularidad del requisito negativo del artículo 260.2. lo constituye la exigencia de que la conducta ha de realizarse *“sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los órganos concursales, y fuera de los casos permitidos por la Ley”*. Se trata de elementos normativos del tipo que comportan una remisión a la normativa extrapenal. Serían atípicos los supuestos en los que existe una autorización expresa, bien judicial o de los órganos concursales, o bien legal.¹⁰⁴

Analizado el primero de los tipos específicos de las insolvencias punibles, vamos a pasar al segundo de ellos, y último de esta rúbrica, de tal manera que terminaremos con el análisis de todo el elenco de delitos que comportan el Capítulo VII bis del Código Penal.

¹⁰⁴ NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento...*ob. cit.*, págs. 181-182.

III.3.5.2 Análisis de los artículos 261 CP: la presentación de datos falsos en un procedimiento concursal

Este delito se configura en el Código Penal en los siguientes términos: “*El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses.*”

Este tipo, del artículo 261 del Código Penal, es un tipo delictivo que presenta, esencialmente, una estructura de falsedad, al consistir en la presentación de datos falsos en un determinado procedimiento.

De la descripción típica se pueden deducir algunos requisitos que pertenecen al tipo objetivo y al tipo subjetivo. En relación con el elemento objetivo, para que concurra el delito contenido en el artículo 261 es precisa la existencia previa de un procedimiento concursal, de manera que la declaración de quiebra haya sido admitida a trámite. Además, la conducta típica consiste en presentar datos falsos relativos al estado contable. Se configura como una falsedad ideológica, en la que se aportan al procedimiento concursal datos falsos que distorsionan la imagen real y fiel de la situación económica del deudor. Respecto al tipo subjetivo, se exige que el sujeto presente los datos falsos con conocimiento de causa, de manera que debe abarcar el conocimiento de que los datos que presenta son falsos. Además, debe concurrir un elemento subjetivo del injusto, representado por la finalidad que persigue el deudor, que no es otra que la obtención de una declaración de concurso indebida, en el sentido de que no concurren los requisitos exigidos por la legislación para declararlo.

Este delito se configura como un delito de peligro para los derechos de los trabajadores, que podrían verse seriamente afectados por una declaración indebida de concurso de acreedores, pues pueden ver mermados sus intereses económicos y laborales, que son uno de los efectos principales de la declaración del concurso de acreedores.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Cabe señalar que, cuando se procede a la declaración del concurso de acreedores, toda aquella cuestión que se suscite en material laboral será resuelta por el juez del concurso, no teniendo competencia para ello el juez de lo social. Hay que tener presente que, tras la declaración, les serán de aplicación, a los contratos de trabajo, los artículos 169 y siguientes del texto refundido de la Ley Concursal, lo que comporta una merma en las expectativas laborales. Asimismo, las expectativas económicas también pueden verse afectadas cuando el montante total que se le adeuda al conjunto laboral es superior al límite que se señala como crédito con privilegio general del artículo 280 del texto refundido, pues la práctica concursal ha demostrado fácticamente que rara vez se llega a cobrar el exceso que, en su caso, también se adeuda. Todo ello, sin perjuicio de que deba ser el Fondo de Garantía Salarial el que tuviera que abonar los créditos salariales a los trabajadores, en cuyo caso sus intereses económicos se verían aún más afectados, debido su

En cuanto a la consumación del delito, ésta se produce con la simple presentación en juicio de los datos falsos, sin que sea preciso que se consiga de manera efectiva la declaración indebida del concurso.¹⁰⁶

III.3.6 La responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos de insolvencias punibles: el artículo 261 bis del Código Penal

Por último, para terminar con el Capítulo que se encuentra bajo la rúbrica de las insolvencias punibles, nos encontramos con el artículo 261 bis, que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Recordemos que, con la reforma del Código Penal llevada a cabo en el año 2010¹⁰⁷, el principio *societas delinquere non potest* fue derogado, procediéndose a imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando nos encontremos dentro de uno de los dos supuestos que se recogen en el artículo 31 bis 1 del Código Penal:

“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.”

Pues bien, estos tipos delictivos son uno de los tipos en que es exigible la responsabilidad penal de la persona jurídica, castigando al ente colectivo con penas de multa y pudiendo imponer, además, las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado

propio límite (el doble del salario mínimo interprofesional por el número de días impagados, hasta un máximo de 120 días).

¹⁰⁶ NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento...*ob. cit.*, pág. 183.

¹⁰⁷ Nos referimos a la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de ese mismo año.

7 del artículo 33¹⁰⁸, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 66 bis del Código Penal.¹⁰⁹

Esta responsabilidad plantea el problema de la adecuación de la pena de multa a una situación de insolvencia, ya que la misma podría verse agravada por tal imposición y será, en muchas ocasiones, difícilmente ejecutable o un obstáculo adicional para la superación de la situación de concurso.¹¹⁰

En este artículo se establece una conexión entre la penalidad de la persona jurídica y la de la persona física que actúa en nombre y representación, graduando las penas de la persona jurídica según la gravedad de la que corresponda a la persona física. Así, se impondrá a la persona jurídica las penas que desarrollamos a continuación. *“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. Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la*

¹⁰⁸ Siendo estas las siguientes: “b) *Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.* c) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.* d) *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.* e) *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.* f) *Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.* g) *Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

¹⁰⁹ La transcripción literal de este artículo es la siguiente: *“En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes: 1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. 2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años. Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del apartado 1 del artículo 66. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.”*

¹¹⁰ PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El nuevo delito...ob. cit., pág. 12.

persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior. Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.” Como se puede observar con poca dificultad, hay una conexión directamente proporcional entre ambas penas. A más años de prisión para la persona física, más años de multa para la persona jurídica bajo cuyo nombre y representación actuaba. Todo ello, sin perjuicio de las penas recogidas en el artículo 33 del Código Penal, tal y como antes hemos señalado.

Con el análisis que hemos realizado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de insolvencias punibles, llegamos a la conclusión de las explicaciones de los preceptos que conforman estos delitos, debiendo pasar a analizar las consecuencias que traen la comisión de tales conductas típicas.

III.4 CONSECUENCIAS JURIDICAS

III.4.1 Responsabilidad penal por la comisión del delito de bancarrota

Conforme a lo que obliga el principio de tipicidad que rige al derecho sancionador, y en especial al derecho penal por la dureza de las condenas, que pueden llegar a la privación de libertad, la responsabilidad penal de los autores que cometan los delitos de bancarrota viene establecida en el Código Penal, en los mismos artículos en los que se recogen las conductas típicas, es decir, en los mismos que hemos desarrollado en el apartado anterior, en los artículos 259 a 261 bis, teniendo en cuenta que este último precepto se refiere a la responsabilidad de la persona jurídica y que será objeto de desarrollo en un apartado posterior de este trabajo.¹¹¹

Así, el tipo básico de las insolvencias punibles recogido en los artículos 259.1 y 2 del Código Penal “*será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses*”. En el caso en el que la comisión del delito se produzca por imprudencia, la pena de prisión se rebajará de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

Los tipos cualificados del artículo 259 bis, al ser tipos agravados, se castigarán con una pena superior, que oscila entre los dos a seis años de cárcel y multa de ocho a veinticuatro meses.

Respecto de los tipos específicos, la pena será de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses cuando se cometa el delito tipificado en el artículo

¹¹¹ Concretamente en el apartado III.4.3 *La responsabilidad de la persona jurídica*.

260.1 del Código Penal; y de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses cuando lo que se realice sea una de las conductas del artículo 260.2 del Código Penal.

Asimismo, “*será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses*” cuando se lleve a cabo la comisión del delito del artículo 261 del Código Penal, relativo a la presentación de datos contables falsos.¹¹²

III.4.2 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.

MAGDALENA CÁMARA expresa que si ante la presentación de una querrela, o teniendo conocimiento sólido de que se va a interponer la misma, aun así, se opta por la solicitud de declaración del concurso, los acreedores mantendrán su expectativa 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 declara 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 un 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, ya que será imposible el cobro de esta.

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

¹¹² NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento...*ob. cit.*, pág. 184.

respecto del 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 manera y tiempo, que a ellos les convenga.¹¹³ Al respecto, el anterior artículo 260 del Código Penal, 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”¹¹⁴. Tras la reforma de 2015 debe inferirse el mismo efecto conforme a lo dispuesto en el artículo 260 del Código Penal, si bien ahora se trata de un contenido implícito en el tipo.

Existen otros modos de reclamación por parte de los acreedores. Nos referimos a 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 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 que si se ejecuta no se conseguirá la recuperación del caudal adeudado.

Considerar que para que concurra el perjuicio no hace falta una ejecución frustrada, permite a la doctrina hablar sobre el presupuesto de la acción pauliana, que no es el detrimento patrimonial del deudor, sino la frustración de la confianza del acreedor.

La acción pauliana en el derecho español está relacionada con la que se podía establecer en el *Code Napoléon* en su artículo 1.167, en el que se instituía como una acción que podría ejercitarse contra terceros adquirentes por la participación de este tercero en el fraude, o con conocimiento de este. Su alcance frente a terceros, adquirentes de buena fe, es la causa de que los titulares a título lucrativo no se consideran propiamente

¹¹³ QUINTERO OLIVARES, G., en *Comentarios a la parte Especial del Derecho Penal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 716-717.

¹¹⁴ GÓMEZ PAVON, P.: “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Cuaderno de política criminal*, núm. 64, pág. 53.

“terceros”, o bien a la operatividad de una presunción *iuris et de iure* de connivencia en el fraude del artículo 1297 del Código Civil.¹¹⁵

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 que pertenecen al deudor para embargarlos. Esta medida 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: por un lado, el patrimonio del deudor que funciona como garantía patrimonial del acreedor debe ser valorado en función de la deuda pendiente del actor y, de otro lado, la insolvencia ha de ser cuantificada por el valor ejecutivo de los bienes embargables.

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 acotar dicho concepto de insolvencia: verdaderamente, 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 estos escapan a la ejecución y no pueden ser objeto de embargo, en ese caso dichos bienes no cuentan entre las opciones para la realización del crédito.¹¹⁶

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.

¹¹⁵ Artículo 1.297 del Código Civil: “*Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito. También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes.*”

¹¹⁶ FERNANDEZ CAMPOS, J.A., *El fraude de acreedores: La acción pauliana*, Boloña, 1998, págs. 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 226 del Texto Refundido de la Ley Concursal¹¹⁷, se exponen sobre actos efectuados, en cumplimiento de un contrato con independencia del negocio jurídico del que traen causa. La acción de reintegración puede ser el instrumento 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 originan. Tiene que tratarse de acciones realizadas por el deudor en su nombre, que sostengan sobre bienes de su patrimonio afectados por el concurso.¹¹⁸

Las presunciones *iuris et de iure* que permiten identificar el perjuicio patrimonial se regulan en el artículo 227 de la nueva Ley Concursal¹¹⁹; y en el artículo 228 se regulan las presunciones *iuris tantum*¹²⁰.

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 hayan 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 ejecutarse con carácter subsidiario desde dos aspectos diferentes: por inexistencia de bienes en el patrimonio del deudor, donde basta con acreditar que los bienes existentes en el patrimonio del deudor son insuficientes para la satisfacción de la deuda, e

¹¹⁷ Art. 226 del Texto Refundido de la Ley Concursal: “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.”

¹¹⁸ VARGAS BENJUMEA, I., *La acción de reintegración concursal*, Valencia, 2008, págs. 29-39.

¹¹⁹ Art. 227 del Texto Refundido de la Ley Concursal: “El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo liberalidades de uso, y de pagos y otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real”.

¹²⁰ Art. 228 del Texto Refundido de la Ley Concursal: “Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1.º Los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionados con el concursado. 2.º Los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. 3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso si contasen con garantía real.”

inexistencia de otra solución legal que pueda llevar al mismo objetivo, la liquidación del crédito.¹²¹

La disposición tercera del anterior artículo 260 del Código Penal de 1995 pretendía que el importe de la responsabilidad civil de todos los delitos singulares relacionados con el del delito de insolvencia punible se incorporara a la masa de bienes que se esté delimitando en el procedimiento concursal, a los efectos conforme el juez civil la aplique para satisfacer los créditos de los acreedores.

Respecto «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. 8¹²² de la LC, dicho juez asume “jurisdicción exclusiva y excluyente” en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para que el patrimonio del deudor, sean de naturaleza social, sean medidas de ejecución y sean medidas cautelares cualquiera que fuese el órgano que las hubiese ordenado¹²³».

En relación con la acción de ocultación de bienes¹²⁴, se podría concretar en el delito de alzamiento, en el supuesto que el empresario responsable distraiga parte del patrimonio. Pero si posteriormente se declara en concurso, los bienes que hubieran salido del patrimonio deberían ser reintegrados a la masa activa¹²⁵.

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

¹²¹ HERRADOR MUÑOZ, A.: “Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley, nº 3, 2005, págs. 169-177.

¹²² Hoy en día ha sido trasladado al artículo 52, con la entrada en vigor del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal.

¹²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 120-121.

¹²⁴ PEDRAZZI CESARE, ALESSANDRI ALBERTO, FOFFANI LUIGI, SEMINARA SERGIO, GIUSEPPE SPAGNOLO, *Manuale di Diritto Penale Dell'Impresa*, Bologna, 1998, págs. 69 y siguientes.

¹²⁵ NIETO MARTIN, A., *El delito de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 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 del empresario se definiría en el art. 261.1 de la Legge Fallimentare italiana que dice “distraer, ocultar, disimular, disipar”. En el Código Penal alemán, en el art. 11 del StGB se contempla como “eliminar” o “ocultar”. La ley penal francesa de 1985 en su art. 197 lo expresa como “*détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du debietur*”».

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 definir el ámbito de la tipicidad.

De igual forma 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 lo afecta, si ya se encuentra en una situación de crisis económica. La jurisprudencia opera invirtiendo la carga de la prueba con el objetivo de recuperar estos bienes, y obliga al deudor a demostrar cuál ha sido su destino. Esta interpretación contradice el principio de presunción de inocencia sobre todo en el caso que exponemos, en que afirmarlo supone auto inculparse de un delito.

En las legislaciones europeas la modalidad de ocultar bienes suele mencionarse expresamente dentro de los comportamientos de distracción. Con la ocultación 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 informe donde se encuentra un determinado bien, o debería verse obligado una vez ya se inicia el procedimiento concursal. Debemos decir que en el supuesto que su testimonio no fuera veraz, el incumplimiento de esta obligación sería castigado a través del delito de insolvencia punible, pues supondría la presentación de una falsa contabilidad ante los órganos controladores del procedimiento concursal.¹²⁶

El deudor deberá responder por su patrimonio siempre, en virtud el artículo 1.911 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

¹²⁶ NIETO MARTIN, A., *El delito...ob. cit.*, págs. 118-122.

daño ocasionado a los acreedores¹²⁷. 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 sin que se perjudique al resto de acreedores.¹²⁸

III.4.3 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 del Código Penal prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos de insolvencia, y establecía las penas que debían ser de aplicación en tal caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis del Código Penal.

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

En términos de 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 mantienen dos presupuestos o vías de transferencia de la responsabilidad penal desde la persona física a la persona jurídica, que son 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 jurídica 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 primero.

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, configurada a través de contratos con plenos efectos jurídicos. Sería un engaño decir que las personas jurídicas pueden cometer delitos por sí mismas, sin la intervención de las personas físicas.

¹²⁷ GALLEGO SOLER, J.I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2015, págs. 460 y siguientes.

¹²⁸ MAGDALENA CAMARA, M., *Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolvencias punibles*, Aranzadi, 2018, Navarra, págs. 96-102.

Como señala GONZÁLES 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 (...).”*».¹²⁹

Es decir, como señala MAGDALENA CÁMARA, el artículo 31 bis no precisa que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que hace establecer un sistema vicarial, conde bajo ciertos presupuestos, traslada también la responsabilidad penal a la persona jurídica por la conducta cometida por determinadas personas físicas. De este modo, se establece un sistema en el que tendrá que demostrarse la realización personal del hecho, debiendo individualizar la responsabilidad de cada persona física, y además, verificar si se cumplen los criterios para poder transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica, lo que se conoce como presupuestos de conexión.

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 estamentos:

Primero, encontramos a aquellos que ostenten el poder de representación legal, y equiparan a este grupo de forma literal con la previsión normativa europea. En este primer nivel de representantes legales se ha adoptado un concepto que no es cercano a nuestro derecho mercantil. El origen de esta categoría de personas es anglosajón y no se adapta a nuestra legislación mercantil española en materia de sociedades. En el derecho mercantil español nos referimos a *representantes orgánicos* y *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 atribuciones suficientes para poder tomar las decisiones que sean necesarias en representación de la empresa. En este

¹²⁹ GONZÁLES CUSSAC, J.L. en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en GONZALEZ CUSSAC (Dir.) *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 162 y siguientes.

grupo no se incluyen a aquellas personas que poseen un cargo directivo desde el que pueden puntualmente tomar decisiones en nombre de la sociedad.

Como tercer grupo, nos encontramos con las personas físicas que “*ostentan facultades de organización y control*”. Es este último grupo el que podría equipararse al de “*administrador de hecho*”. En el artículo 31 bis del Código Penal se prevé que sea necesario poseer facultades de organización y control, pero que no tienen por qué estar relacionadas ni a la posición de mando ni a la atribución de facultades directivas en la sociedad. podría decirse que en este grupo entrarían los que la normativa mercantil califica como *representantes orgánicos*.

Por último, el artículo 31 bis también tiene en cuenta a aquellas personas dependientes sobre las que no se ha identificado el deber de supervisión, vigilancia y control.

Los perjuicios derivados de los actos cometidos por los trabajadores requieren, para dar una respuesta al problema social generado, imputar responsabilidad y asignar y distribuir costes. Dependiendo de como responda el empresario a la amenaza derivada de las conductas desviadas de los trabajadores, pueden imputársele responsabilidad de distinta naturaleza. Así, la omisión de cualquier tipo de vigilancia ante una situación que podría considerarse de alto riesgo finalmente podría concretarse en una acción de responsabilidad, a responder por los daños civiles derivados de un hecho delictivo, doloso o imprudente; y a tener que defenderse frente a una acción penal, por participación por omisión en el delito cometido por uno de los trabajadores y no por alguno de los responsables de la empresa.¹³⁰

Con la reforma de 2015 del Código Penal, 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 jurídica siempre que se constate la comisión de un delito, que haya tenido que cometerse por quién ostente

¹³⁰ AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario.*, Atelier, Barcelona, 2010, págs. 29-37.

los cargos o funciones concretados en el artículo 31 bis¹³¹. La reforma del Código Penal, a diferencia de la que se introdujo en 2010 en este tema, alude al efecto exonerador de responsabilidad penal de los modelos de organización y control (*compliance*). El Código Penal relacionó los requisitos de la *compliance* para que pueda eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica. Por tanto, para el supuesto que un directivo o un empleado cometan un delito que suponga un beneficio para la empresa, puede derivarse responsabilidad penal a la empresa. El artículo 31 bis, apartado 1, del Código Penal reclama que se dé ese beneficio a la empresa que puede ser directo o indirecto, de manera que recaiga la carga de la prueba sobre la acusación que deberá demostrar que el delito

¹³¹ Art. 31 bis del Código Penal: “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: 1.ª 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 su comisión; 2.ª 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; 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.ª 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 2.ª 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 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas 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 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º 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.”

ha provocado ese rendimiento. Con esta reforma, se causa además un debate en torno a si la acusación debe probar este extremo.¹³²

La previsión de responsabilidad penal de la persona jurídica introducida en el artículo 261 bis del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, queda limitada a las insolvencias punibles. 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; y multa de seis meses a dos años en el resto de supuestos. También serán aplicables las restantes penas previstas en el artículo 33.7 del Código Penal¹³³ cuando se cumplan los requisitos del artículo 66 bis¹³⁴ del mismo cuerpo legal.

¹³² DEL ROSAL BLASCO, B., en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dynkinson, Madrid, 2015, págs. 585 y siguientes.

¹³³ Art. 33.7 del Código Penal: “7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional. b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.”

¹³⁴ Art. 66 bis del Código Penal: “En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes: 1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. 2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años. Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en

Sobre si es o no relevante la distribución entre los delitos cometidos por los directivos, y los delitos cometidos por los empleados, según el texto legal de 2015, se debate sobre si para el caso que el delito fuere cometido por directivos, la persona jurídica debería quedar exenta de responsabilidad y deberían cumplirse en todo caso una serie de condiciones. Se exige la adopción de un modelo de prevención, y si el delito fuera cometido por uno de los empleados, la persona jurídica quedaría exenta si antes de la comisión del delito se ha adoptado y ejecutado, eficazmente, un modelo de organización y gestión que resulte esperado. Con ello se pretende prevenir delitos o al menos reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Finalmente, habrá de evaluarse el grado de incumplimiento empresarial que fijará el grado de culpabilidad de la persona jurídica, en base al examen positivo que pueda hacerse sobre si el ente empresarial podrá evitar la pena que se le pretenda imponer, en base a que el sistema organizativo era el adecuado.

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. Una vez constatado el hecho de conexión, se permite 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 a responsabilidad penal de las personas jurídicas, perspectiva que goza de respaldo legal desde la reforma de 2015.

El Código Penal español no define en qué consiste la culpabilidad de la persona jurídica, pero debe realizarse un estudio interpretativo del texto que concluye que las personas jurídicas que sean cumplidoras de la legalidad no sufrirán las consecuencias de la aplicación del código. Los entes empresariales deben evitar la responsabilidad penal y para ello tomar previamente las medidas necesarias de prevención y detección.

En el momento en el que se declara una actividad como impropia, debe realizarse una investigación interna, con el objeto de definir la medida de las consecuencias y los recursos que tenían disponibles para evitarlo, y revisar las comunicaciones sobre la

la regla 5.ª del apartado 1 del artículo 66. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.”

detección de infracciones en el seno de la persona jurídica. El equipo de respuesta deberá hacer un seguimiento de las actuaciones como la reacción inmediata frente a la infracción. Tienen que evaluarse la transparencia de las acciones y decisiones adoptadas para el cumplimiento de la seguridad y de la legalidad en la forma de hacer de los empleados a través de los programas de *compliance*. Y en la práctica, será complicado obtener resultados que finalmente ayuden a resarcimiento de los acreedores del perjuicio que todo ello les haya ocasionado.¹³⁵

III.4.4 Responsabilidad del Administrador de empresa

La posición de administrador de una sociedad hace tiempo que no comporta una situación privilegiada, pues encarna una serie de riesgos y responsabilidades que hay que asumir: ante la sociedad, ante los accionistas y ante los acreedores. Las nuevas responsabilidades atribuidas a los consejeros y directivos de empresas son responsabilidades que deben atribuir un mayor nivel de exigencia ética y de eficacia económica a la sociedad. En el sistema actual, solo se exonera de responsabilidad a aquel administrador que ha cumplido debidamente con su 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 las obligaciones legales originaría una grave responsabilidad de sus miembros. Su deber de diligencia estará relacionado 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 incurrir en responsabilidad y responder con su propio patrimonio de los daños y perjuicios que puedan causar a terceros sus actos. Un buen administrador debe tener la diligencia de un ordenado empresario, ser un representante leal en defensa del interés social y cumplir con todos aquellos deberes impuestos por las leyes y los estatutos sociales.¹³⁶

La responsabilidad de un administrador debe ser mayor atendiendo a la tipología de empresa o al producto o servicio que se comercialice. Así, se le exigirá mercantilmente

¹³⁵ MAGDALENA CAMARA, M., *Aspectos dogmáticos y...ob. cit.*, págs. 102-115.

¹³⁶ Vid. Capítulo II de la Ley de Sociedades de Capital, arts. 225-232, “*Los deberes de los administradores*”.

más conocimiento o más formación según el sector empresarial en el que se encuentre. Esta preparación y conocimientos exigidos son relevantes para poder asumir la responsabilidad que conlleva la gestión empresarial. Deben exigirse los deberes establecidos en el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital, que consiste en el desempeño de su cargo “*con la diligencia de un buen empresario*”, como, por ejemplo, el deber de secreto del artículo 232 de la Ley de Sociedades.

Se podría justificar la responsabilidad del administrador ante circunstancias fortuitas que le han llevado a actuar inadecuadamente. Se tendrá que evaluar si el administrador merecerá de la indulgencia del ordenamiento jurídico cuando, en la comparativa entre el peligro amenazante y la implicación personal del autor del 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. 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 posteriormente sería difícilmente corregible.

Los administradores de empresa se ven amenazados por el concurso, que actúa como elemento coaccionador, y son conscientes de las consecuencias en las que puede desembocar y que tendrán que aceptar. Deben ponderarse los intereses que entran en conflicto y valorar si el mal causado es necesario o prioritario al mal que se quiere evitar.

Si no concurrieran todos los requisitos necesarios para liberar de su responsabilidad al administrador, cuando se aprecia un posible estado de necesidad, se puede valorar la participación de al menos aquellas circunstancias que sí reconozcan la acción ilícita y que pudieran actuar como eximente incompleta, y pudieran aplicarse como atenuante. Puede ser complicado probar que realmente esas circunstancias han podido bloquear al administrador deberán expresarse las limitaciones que hayan perjudicado en la libertad de elección.¹³⁷

Sintetizando, deberá analizarse si concurren los elementos que puedan determinar alguna causa de justificación como el estado de necesidad, y puedan entonces liberar al

¹³⁷ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 317-318.

administrador de su responsabilidad de manera total o parcial, 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.

Al administrador de empresa se le podría considerar como el autor mediato del delito de insolvencia punible, ya que es la persona que ordena, administra y es responsable de las operaciones que realiza la deudora, la sociedad que administra.¹³⁸

III.4.5 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 que se haya probado un convenio se liquidarán 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, y deberá satisfacer esos 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. El presupuesto básico que debe darse es que el deudor cause el perjuicio al acreedor tras haber minorado la masa activa de un modo tan grave que no pueda recobrase a partir de ningún otro tipo de medio su crédito.

La insolvencia del deudor supone un daño de extrema gravedad ara el derecho de crédito al perjudicarse 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 perjuicio y recuperar su crédito. En virtud del principio de responsabilidad patrimonial, el patrimonio del deudor representa una garantía genérica para el acreedor.¹³⁹

¹³⁸ MAGDALENA CAMARA, M., *Aspectos dogmáticos y...ob. cit.*, págs. 115 y siguientes.

¹³⁹ FERNANDEZ CAMPOS, J.A., *El fraude de acreedores...ob. cit.*, págs. 20 y siguientes.

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 los acreedores vean garantizados sus créditos a través del patrimonio del deudor.

En este supuesto, es cuando la legislación 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 insatisfecho.¹⁴⁰

¹⁴⁰ MAGDALENA CAMARA, M., *Aspectos dogmáticos y...ob. cit.*, págs. 123-124.

IV. CONCLUSIONES

Con el desarrollo del presente Trabajo de Fin de Máster, tras un análisis minucioso de los delitos de bancarrota, y tras un proceso de reflexión, hemos alcanzado las siguientes conclusiones:

Primera. - El Derecho penal debe inferir en lo más mínimo posible en el tráfico civil y mercantil, por el principio de injerencia mínima que se recoge en la propia Exposición de Motivos del Código Penal, actuando solo cuando la circunstancia es tan grave que el acreedor no puede ser protegido por el derecho civil o mercantil.

Segunda. - El bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia punible es el derecho de crédito que los acreedores ostentan frente a los deudores. Mediante esta protección se busca la protección de la economía del Estado, condición necesaria para la vida y el desarrollo de la sociedad.

Tercera. - El supuesto previo de la insolvencia actual o inminente, necesarios para la comisión de los delitos de bancarrota, se refiere a la insolvencia que se contempla en la Ley Concursal, es decir, nos encontramos ante un deudor que tiene varios acreedores, y que no puede, o se prevé que no podrá, hacer frente a las deudas que aquél tiene con éstos.

Cuarta. - El procedimiento concursal y el procedimiento penal son ambos independientes el uno del otro, tanto en su apertura, como en su desarrollo y conclusión. Por lo tanto, no es necesario que se lleve a cabo un procedimiento concursal para que se pueda iniciar un procedimiento penal por un delito de insolvencia punible, pues solo será necesaria la situación de insolvencia actual o inminente. Asimismo, si se procediera a la apertura de ambos procedimientos, no tendrían que llevar a una misma conclusión.

Quinta. - Existe una conexión entre ambos procedimientos, a pesar de su independencia, por su similitud en elementos objetivos y subjetivos. No obstante, podría darse el supuesto de que se llegue a la absolución del acusado en el procedimiento penal, pero que se califique el concurso como culpable al incurrir en una de las presunciones, *iuris tantum* o *iuris et de iure*, de culpabilidad concursal.

Sexta. - Que tanto la responsabilidad penal como la concursal cuentan con el mismo objetivo, el resarcimiento de la masa. Por lo que, en los casos de duplicidad de

condena, el importe deberá minorarse en tanto en cuanto se le haya condenado al sujeto pasivo en la otra sede.

Séptima. - Para que los delitos concursales sean perseguibles es necesario que el deudor haya dejado de cumplir con sus obligaciones en tal condición o que haya sido declarado el concurso. Por lo que, el deudor ha podido cometer las acciones típicas descritas en los delitos y no ser punibles, al no encontrarse en situación de insolvencia o de concurso.

Octava. - El sujeto pasivo será siempre el acreedor que se ve afectado por las maniobras fraudulentas del deudor, tendente a crear una situación de crisis o insolvencia, incluyéndose no solo a los acreedores presentes, sino también a los acreedores futuros ex Ley Concursal, que se verán imposibilitados a ejercer cualquier vía de ejecución o apremio.

Novena. - El objeto material el crédito de los acreedores, salvo en los delitos de falseamiento de datos del artículo 261 del Código Penal, en el que serán los documentos contables falseados.

Décima. - El sujeto activo será la persona que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente, es decir, el deudor; o bien la persona que haya actuado en nombre de él, como los administradores de la sociedad o representantes.

Undécima. - Si la acción típica fuese llevada a cabo por el administrador concursal, éste sería culpable de un delito de malversación, y no de insolvencia punible.

Duodécima. - Las acciones típicas recogidos en el tipo básico del artículo 259.1, encuadradas en los subapartados 1º a 5º, se refieren a acciones realizadas sobre el patrimonio del deudor, tales como su ocultación, disminución del activo o aumento del pasivo, realización de operaciones a un precio inferior al de mercado sin justificación económica alguna, simulación o reconocimiento de falsos créditos ante terceros o inversión en negocios tan arriesgados que si se hubiese actuado con la diligencia de un buen empresario no se hubiera invertido.

Decimotercera. - Las acciones típicas recogidas en el artículo 259.1, subapartados 6º a 8º, implican incumplimientos del deber contable de los empresarios establecidos por el Derecho mercantil, como llevar una contabilidad ordenada o la destrucción de los

documentos contables que un empresario está obligado a custodiar durante un periodo de tiempo.

Decimocuarta. - A pesar de que se recoge la modalidad imprudente en los delitos de bancarrota, en el artículo 259.3 del Código Penal, consideramos que es difícil encontrarnos en tal situación, dada la exigencia del Derecho civil y mercantil de actuar con la diligencia de un ordenado empresario.

Decimoquinta. - Nos encontraremos con la modalidad agravada del delito de insolvencia punible cuando, en la comisión de los delitos, se concurren cualquiera de las circunstancias recogidas en el artículo 259 bis del Código Penal. Estas circunstancias se refieren a poner en grave peligro económico a una pluralidad de personas, que se produzca un perjuicio económico superior a seiscientos mil euros a alguno de los acreedores o que la Seguridad Social o la Hacienda Pública sea beneficiaria de más de la mitad de los créditos objeto del delito.

Decimosexta. - Los artículos 260 y 261 del Código Penal recogen tipos específicos de los delitos de bancarrota. Por un lado, el primero de ellos se refiere al favorecimiento de determinados acreedores, partiendo el orden de prelación de créditos o cometiendo acciones conducentes a ello. De otro lado, el artículo 261 del Código Penal castiga al que presente datos contables falsos, con el objeto de mostrar una situación económica más grave a la que realmente ostente y, de ese modo, conseguir la declaración del concurso de acreedores.

Decimoséptima. - El artículo 261 bis recoge la responsabilidad penal de la persona jurídica, castigándose a ésta a penas de multa que aumentarán de manera proporcionalmente directa a la pena de prisión que se le imponga al sujeto activo persona física que cometa el delito.

Decimoctava. - La responsabilidad penal será mayor conforme mayor sea gravedad de la conducta típica cometida, imponiendo una horquilla más amplia, de dos a seis años de prisión, cuando se cometan acciones agravadas; siendo la horquilla de la pena de prisión de uno a cuatro años para el tipo básico. Nos obstante, respecto de los tipos cualificados, si se cometen los delitos del artículo 260 del Código Penal, la pena de prisión oscilaría entre los seis meses y los cuatro años; mientras que, si se cometen los delitos del artículo 261, la pena de prisión irá de uno a dos años.

Decimonovena. - Los deudores que incurren en estos delitos también son responsables civiles de sus acreedores, que tendrán otras vías de reclamación, vía ordenamiento civil, si se vieran frustradas sus expectativas de recibir el crédito, como la acción pauliana contra terceros participantes en el fraude o las acciones de nulidad o anulabilidad de negocios jurídicos con el objeto de reintegrar capital en el patrimonio del deudor.

Vigésima. - La persona jurídica es responsable siempre y cuando la comisión de estos delitos se lleve a cabo por quien ostente cargos o funciones recogidas en el artículo 31 bis del Código Penal, y siempre que exista un incumplimiento empresarial en el deber de vigilancia y control de tales sujetos activos.

Vigesimoprimera. - El ordenamiento jurídico exige la responsabilidad del administrador de la sociedad como autor mediato si es la persona que ordena, administra y es responsable de las acciones que realiza la sociedad deudora. No obstante, se le podría eximir de responsabilidad si se determinara alguna causa de justificación, como el estado de necesidad en una grave situación de crisis económica empresarial.

Vigesimosegunda. - En todo caso, el deudor debe actuar como garantía de sus acreedores respecto de la satisfacción de sus créditos, cuyo cobro comportan el supuesto más relevante que ha de ocurrir.

V. BIBLIOGRAFÍA, LEGISLACIÓN JURISPRUDENCIA Y FUENTES UTILIZADA

Monografías, libros y revistas jurídicas

AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario.*, Atelier, Barcelona, 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial.* Madrid, 1978.

CONS GARCÍA, J.: «El Juez y el procedimiento de concurso», en *La nueva ley concursal*, Estudios de Derecho Judicial, Núm. 59, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

CORDOBA RODA, J., “El principio de intervención mínima y el fenómeno de la expansión de la justicia penal”, en *El Derecho en la Facultad. Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona*, UB-Marcial Pons, Barcelona, 2001.

CORTES, J.P. y MARTIN, S.: “El delito concursal tras la reforma del Código Penal vs el concurso punible”, *Diario La Ley*, N° 8618, Sección Tribuna, octubre 2015.

CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B.: *Curso de derecho penal: parte general*, Tecnos, Madrid, 2014.

DE LA MATA, NOBERTO J.: “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, obra colectiva, Dynkinson, Madrid, 2018.

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

FERNANDEZ CAMPOS, J.A., *El fraude de acreedores: La acción pauliana*, Boloña, 1998.

GALLEGO SOLER, J.I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2015.

GÓMEZ PAVON, P.: “Las insolvencias punibles en el Código Penal actual”, *Cuaderno de política criminal*.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en GONZALEZ CUSSAC (Dir.) *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

HERRADOR MUÑOZ, A.: “Algunos aspectos del funcionamiento de las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley, nº 3, 2005.

QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia Penal en España*, Aranzadi, ed. Pamplona, 1998.

QUINTERO OLIVARES, G., en *Comentarios a la parte Especial del Derecho Penal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

MAGDALENA CAMARA, M., *Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolvencias punibles*, Aranzadi, 2018.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MONGE FERNANDEZ, A., *El delito concursal punible tras la reforma de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

NIETO MARTIN, A., *El delito de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Delitos patrimoniales de enriquecimiento cometidos mediante defraudación (III): frustración en la ejecución e insolvencias punibles”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.) *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Volumen II*, obra colectiva, Tecnos, Sevilla, 2015.

OLIVENCIA RUIZ, M.: «La declaración del concurso», en *La nueva ley concursal, Estudios de Derecho Judicial*, Núm. 59, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

PADRÓN RODRÍGUEZ, C.: “Las insolvencias punibles tras la reforma del Código Penal”, *La Ley Penal*, N°117, noviembre-diciembre 2015.

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

PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “El nuevo delito de bancarrota”, *La Ley Penal*, N° 120, junio 2016.

VALLE MUÑIZ, J.M.: “De los delitos societarios”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Gonzalo Quintero Olivares, dir.), Aranzadi, ed., Pamplona, 1996.

VARGAS BENJUMEA, I., *La acción de reintegración concursal*, Valencia, 2008.

YAÑEZ VELASCO, R.: *La Nueva Ley Concursal: Concurso de Acreedores y Derecho penal. Aproximación a los tipos penales relacionados con la insolvencia*, Grupo Difusión, Barcelona, 2006.

Legislación

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

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.

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo 452/2002, de 15 de marzo, de la Sala Segunda, Rec. Núm. 2158/2000.

Sentencia del Tribunal Supremo 3278/2009, de la Sala Segunda, de 24 de abril, Rec. Núm. 828/2008.

Sentencia del Tribunal Supremo 723/2012, de la Sala Segunda, de 2 de octubre, Rec. Núm. 273/2012.

Sentencia del Tribunal Supremo 867/2013, de la Sala Segunda, de 28 de noviembre, Rec. Núm. 484/2013.

Sentencia del Tribunal Supremo 494/2014, de 18 de junio de 2014, de la Sala Segunda, Núm. Rec. 54/2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial 14/2015 de A Coruña, de 26 de enero.

Informes

Informe aprobado por el Consejo General del Poder Judicial en sesión de 16 de enero de 2013. Dirección web: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal>