



# El concepto de insolvencia en el ámbito concursal y penal. Independencia entre la calificación concursal culpable y el delito de insolvencia punible

María Fernández-Cuesta Donat

Abogada actualmente cursando MBA junior en EDEM

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Francisco Gil Durán, doña María José Morillas Jarillo, don José María Segovia Cañadas, don Antonio Serrano Acitores y don Mariano Yzquierdo Tolsada.

## Extracto

Tomando como punto de partida un concepto tan comúnmente conocido para el Derecho concursal como es el concepto de insolvencia, trataremos de demostrar que el ejercicio profesional del abogado es eminentemente transversal. Nos dirigimos, entonces, a los profesionales del Derecho que cada día se enfrentan a diversidad de asuntos que convergen entre dos ramas del Derecho, siendo imprescindible, por ello, dominar ambas y saber escoger cuál es el *iter* procesal más recomendable para resolver cada caso concreto. Además, el presente trabajo se ha elaborado con la intención de plasmar la necesidad de buscar una nueva forma de enfocar las asignaturas impartidas en las facultades de Derecho, de manera que los potenciales abogados que llenan las aulas puedan comprender la transversalidad de la que hablábamos y que caracteriza el trabajo diario del abogado. A lo largo de los años de estudio universitario del Derecho, los alumnos tienen la impresión de que las asignaturas se presentan de manera individualizada, como si se tratara de una suerte de compartimentos estancos que no guardan relación alguna unos con otros. Al llegar el periodo de prácticas curriculares es cuando esos mismos alumnos descubren que lo que antes veían como ramas del Derecho separadas entre sí, en realidad guardan multitud de conexiones. Durante el desarrollo del presente trabajo, estableceremos una comparación entre la calificación concursal culpable y el delito de insolvencia punible, poniendo en relación dos ramas del Derecho que, *a priori*, pueden no presentar puntos en común pero que, como irán descubriendo, dependen en ciertos aspectos una de otra, ello sobre todo a raíz de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro Código Penal en el año 2010. Gracias a la comparativa realizada, nuestro objetivo final será dar respuesta a una pregunta con grandes consecuencias para el ejercicio de la abogacía: ¿son realmente independientes el procedimiento concursal y el procedimiento penal?

**Palabras clave:** insolvencia; concursal; penal; independencia; calificación.

Fecha de entrada: 03-05-2018 / Fecha de aceptación: 10-07-2018

**Cómo citar:** Fernández-Cuesta Donat, M.<sup>a</sup> (2019). El concepto de insolvencia en el ámbito concursal y penal. Independencia entre la calificación concursal culpable y el delito de insolvencia punible. *Revista CEFLegal*, 220, 49-74.





# The idea of insolvency in the insolvency and the criminal proceeding. The independence between the qualification piece and bankruptcy-related crimes

María Fernández-Cuesta Donat

## Abstract

Taking as a starting point a concept so commonly known to bankruptcy law as the concept of insolvency is, we will try to demonstrate that the professional practice of the lawyer is eminently transversal. We turn, then, to the legal professionals who face every day a diversity of issues that converge between two branches of law. It is essential, therefore, to dominate both and know how to choose what the most recommendable procedural iter to solve each case is. In addition, this work has been designed with the intention of reflecting the need to find a new way to focus on the subjects taught in law schools, so that potential lawyers who fill the classrooms can understand the fore mentioned transversality which characterizes the lawyer's daily work. Throughout the years of university study of law, students have the impression that the subjects are presented individually, as if they were a kind of sealed compartments that do not have any relationship with each other. When the period of curricular internship arrives, it is when those same students discover that what they once saw as branches of Law separated from each other, actually have a multitude of connections. During the development of this work, we will establish a comparison between the culpable bankruptcy rating and the crime of punishable insolvency, linking two branches of law that, *a priori*, may not present points in common but, as they will discover, depend on certain aspects of each other, especially as a result of the introduction of criminal liability of legal persons in our Criminal Code in 2010. Thanks to the comparison made, our final objective will be to respond to a question with great consequences for the practice of the legal profession: are the insolvency proceeding and the criminal procedure really independent?

**Keywords:** insolvency; insolvency proceeding; criminal procedure; independence; qualification piece.

**Citation:** Fernández-Cuesta Donat, M.<sup>a</sup> (2019). El concepto de insolvencia en el ámbito concursal y penal. Independencia entre la calificación concursal culpable y el delito de insolvencia punible. *Revista CEFLegal*, 220, 49-74.





## Sumario

1. Introducción
  2. Concepto de insolvencia a efectos concursales
    - 2.1. Tipos de insolvencia
      - 2.1.1. Insolvencia actual
      - 2.1.2. Insolvencia inminente
    - 2.2. Diferencias principales entre insolvencia actual e inminente
      - 2.2.1. Insolvencia no debe identificarse con desfase patrimonial
    - 2.3. La calificación culpable del concurso
      - 2.3.1. Cláusula general de culpabilidad
      - 2.3.2. Presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad
      - 2.3.3. Presunciones *iuris tantum* de culpabilidad
  3. Concepto de insolvencia a efectos penales
    - 3.1. Tipos de insolvencia
    - 3.2. Ley Orgánica 1/2015: La nueva redacción del delito de insolvencia punible
      - 3.2.1. Principales novedades de la reforma legislativa
      - 3.2.2. Opinión del Tribunal Supremo acerca de la reforma legislativa
    - 3.3. El delito de insolvencia punible regulado en el artículo 259 del CP
      - 3.3.1. Modalidades típicas del artículo 259.1 del CP
      - 3.3.2. La problemática de la distinción entre insolvencia actual e inminente
      - 3.3.3. Causación del estado de insolvencia (art. 259.2 CP)
      - 3.3.4. Elementos integradores del tipo penal
  4. El concepto de insolvencia como eje principal de la calificación concursal y el delito de insolvencia punible
    - 4.1. Procedimiento concursal
    - 4.2. Procedimiento penal
    - 4.3. Remisión necesaria del orden penal al civil-mercantil
    - 4.4. Ausencia de prejudicialidad penal
      - 4.4.1. Concepto de prejudicialidad penal
      - 4.4.2. No vinculación entre el proceso concursal y el proceso penal
      - 4.4.3. Independencia respecto a la calificación de los hechos
      - 4.4.4. Pronunciamiento del Tribunal Supremo respecto a la independencia de calificación
  5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

Podría decirse que en el mundo del Derecho existen dos ámbitos diferenciados, pero necesariamente unidos, cuales son el ámbito académico y el profesional, pues sin los años de estudio universitario no es posible acceder a la profesión de abogado, y son muchos los abogados que cada día comparten sus conocimientos con sus futuros compañeros. Sin embargo, consideramos que aún falta transmitir, a través de la docencia, una realidad que actualmente solo se aprende durante el ejercicio práctico de esta profesión. A lo largo de los años de estudio universitario del Derecho, los alumnos tienen la impresión de que las asignaturas se presentan de manera individualizada, como si se tratara de una suerte de compartimentos estancos que no guardan relación alguna unos con otros. Al llegar el periodo de prácticas curriculares es cuando esos mismos alumnos descubren que lo que antes veían como ramas del Derecho separadas entre sí, en realidad guardan multitud de conexiones. Los diversos departamentos de los despachos de abogados trabajan conjuntamente en un gran número de asuntos, pues necesitan de la ayuda mutua para una mejor resolución de los casos.

Con este estudio hemos querido plasmar la necesidad de buscar una nueva forma de enfocar las asignaturas, de manera que los potenciales abogados que llenan las aulas puedan comprender que, aunque *a priori* pueda no parecerlo, el trabajo de un abogado es transversal. También nos dirigimos a los profesionales del Derecho que cada día se enfrentan a diversidad de asuntos que convergen entre dos ramas, siendo imprescindible, por ello, dominar ambas y saber escoger cuál es el *iter* procesal más recomendable para resolver cada caso concreto. Por ello, a la hora de desarrollar el presente trabajo, hemos unido dos materias –mercantil y penal– que, a primera vista, pueden no presentar puntos en común pero que, como irán descubriendo, dependen en ciertos aspectos una de otra y ello sobre todo a raíz de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro Código Penal (en adelante, CP) en el año 2010.

El eje central de este trabajo se encuentra en el concepto de insolvencia, el cual juega un papel esencial en los dos ámbitos. Partiendo de este punto, se examinará la regulación de la sección sexta de calificación del procedimiento concursal y del delito de insolvencia punible para tratar de encontrar las similitudes y diferencias que existen entre ambos procesos. Con base en esta comparación y pasando por un estudio del instituto procesal de la prejudicialidad penal, nuestro objetivo es buscar las conexiones que existen entre el concepto de insolvencia contenido en la Ley Concursal (en adelante, LC) y aquel utilizado por el CP para, por último, analizar si realmente ambos procesos son o pueden ser inde-

pendientes o si, por el contrario, nos encontramos ante una cuestión teórica que presenta grandes problemas en la práctica.

Para tratar de resolver la pregunta sobre la independencia entre la calificación concursal culpable y el delito de insolvencia punible, seguiremos la estructura que plasmamos a continuación. En un primer apartado nos centraremos en el concepto de insolvencia –que, como veremos a lo largo del trabajo, resulta de suma importancia para el estudio que realizamos– a efectos concursales. Después indicaremos cuáles son las presunciones de culpabilidad, tanto *iuris et de iure* como *iuris tantum*.

En un segundo apartado estudiaremos el concepto de insolvencia a efectos penales y analizaremos el «nuevo» delito de insolvencia punible regulado en el actual artículo 259 del CP, que vino a sustituir el antiguo 260 y que fue introducido por la reforma penal que tuvo lugar en el mes de marzo del año 2015. Recogeremos las principales novedades que se incorporaron al tipo penal y examinaremos la nueva redacción de este delito.

En el tercer, y más relevante, apartado del trabajo, recogeremos esa necesaria comparativa entre el concepto de insolvencia utilizado en el ámbito concursal y aquel empleado en el penal. Este paso nos ayudará, junto con el estudio de la prejudicialidad penal, a llegar a un último apartado de conclusiones en el cual trataremos de dar respuesta al problema que planteamos: el funcionamiento en la práctica de la independencia entre el proceso concursal y el penal.

## 2. Concepto de insolvencia a efectos concursales

En el artículo 2 de la LC se establece que la insolvencia es el presupuesto objetivo del concurso de acreedores, no llegando a contener el precepto una definición de la misma. Lo que sí se recoge es una delimitación acerca de quién se encuentra en estado de insolvencia: «El deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles». De esta descripción podemos extraer los tres elementos que conforman el concepto legal de insolvencia: (a) imposibilidad de cumplimiento, (b) regularidad de cumplimiento y (c) exigibilidad de las obligaciones. Este conjunto de elementos constituye, por tanto, el presupuesto objetivo necesario para poder declarar el concurso. También del contenido del artículo se desprende que existen dos tipos de insolvencia que guardan elementos en común pero que también difieren en ciertos aspectos.

### 2.1. Tipos de insolvencia

El presupuesto objetivo que ha de cumplirse para que proceda la declaración de concurso se establece en el artículo 2 de la LC, el cual diferencia, a lo largo de sus apartados,

entre insolvencia actual e insolvencia inminente. Esta distinción tendrá sus efectos a la hora de establecer cuáles son los sujetos que pueden solicitar tal declaración.

### 2.1.1. Insolvencia actual

Aunque el artículo citado no recoge, como ya adelantábamos, un concepto de insolvencia como tal, sí que establece en su apartado 2 qué se entiende por estado de insolvencia actual: aquel en el que el deudor no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles.

#### A) Imposibilidad de cumplimiento

La imposibilidad a la que se refiere el artículo implica, según la magistrada Hernández Rodríguez (2012), que «el deudor carece de medios económicos suficientes para cumplir sus obligaciones aun cuando su voluntad no sea contraria al cumplimiento». Por cumplimiento se entiende, en virtud del artículo 1.156 del CC, tanto el pago en sentido estricto como la extinción de la obligación contraída por el resto de medios contemplados en el artículo mencionado, los cuales son: condonación, confusión de derechos de acreedor y deudor, compensación o novación.

#### B) Regularidad de cumplimiento

El concepto clave a la hora de comprender el artículo 2 de la LC es la regularidad: «Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir *regularmente* sus obligaciones exigibles». Con respecto a la nota de regularidad, cabe hacer referencia a pronunciamientos como los de la Audiencia Provincial de Madrid que establece que «solo determina la declaración de concurso la insolvencia definitiva y no aquellas situaciones temporales que dificultarían a corto plazo el cumplimiento de las obligaciones, pero no lo imposibilitarían»<sup>1</sup>.

Aunque este pronunciamiento guarda relación con la temporalidad, también se refiere este concepto, que denominábamos como clave, al modo de cumplimiento ya que, además, se puede decir que hay insolvencia si el deudor puede cumplir, pero de un modo irregular, ocurriendo esto cuando se cumple (Beltrán, 2007):

- a) A través de una liquidación apresurada y ruinosa de bienes.
- b) De un modo no ajustado a las reglas, ya sean estas las reglas generales sobre pago de obligaciones, las reglas concursales o las reglas observadas por los operadores económicos en un específico sector de actividad.

---

<sup>1</sup> AP de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>), auto n.º 41/2012, de 12 de marzo, FJ 2.º.

## C) Exigibilidad de las obligaciones

Es esencial, además de que el cumplimiento de las obligaciones resulte imposible, que dichas obligaciones sean exigibles. De esta forma, no podemos hablar de una situación de insolvencia cuando las obligaciones no son exigibles porque no se ha producido su vencimiento. Esta nota de exigibilidad debe entenderse como la cualidad en virtud de la cual se puede reclamar una obligación por vía judicial y puede dar lugar a una acción (Pulgar Ezquerro, 2004, p. 112). Así, no se pueden exigir ni las obligaciones naturales ni aquellas cuyo título constitutivo esté afectado por un vicio de invalidez que determine su inexistencia o nulidad.

### 2.1.2. Insolvencia inminente

Por su parte, el apartado 3 del artículo 2 de la LC establece lo que se debe entender por estado de insolvencia inminente, el cual es aquel en el que se encuentra el deudor que prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones. Este apartado permite solicitar la declaración del concurso, únicamente al deudor, si concurre esta situación de insolvencia inminente. El presupuesto objetivo es idéntico al de la insolvencia actual, pero se permite al deudor anticipar la solicitud a un momento anterior a la concurrencia efectiva de dicha insolvencia (Hernández Rodríguez, 2012, p. 558 y ss.). En este caso, solicitar el concurso no es un deber, sino una facultad que la LC otorga al deudor.

## 2.2. Diferencias principales entre insolvencia actual e inminente

Estos dos tipos, que parten de un mismo presupuesto objetivo, presentan las siguientes diferencias:

1. La primera diferencia alude al factor tiempo y se manifiesta de dos formas:
  - a) Primero, se refleja en el tiempo verbal utilizado para definir cada tipo de estado de insolvencia: «no *puede* cumplir» frente a «no *podrá* cumplir».
  - b) Segundo, se refleja también en el adjetivo calificativo que acompaña al sustantivo insolvencia: «actual» frente a «inminente».

Estas dos manifestaciones transmiten la idea de que, mientras que la insolvencia actual, como su nombre indica, existe en tiempo presente, la inminente es aquella que sucederá pronto y es previsible objetivamente.

2. La segunda diferencia se encuentra en las facultades que uno y otro estado otorgan al sujeto que quiere solicitar la declaración de concurso. El estado de insol-

vencia actual permite instar la solicitud tanto al deudor, para el cual supone un deber, como a sus acreedores; mientras que en insolvencia inminente solo le está permitido solicitar la declaración del concurso al deudor, y ni siquiera supone una obligación, sino una facultad.

### 2.2.1. Insolvencia no debe identificarse con desfase patrimonial

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo trata de precisar qué debe entenderse por estado de insolvencia y, en Sentencia de 1 de abril de 2014<sup>2</sup>, manifiesta que este no puede identificarse con la situación de pérdidas agravadas, fondos propios o desbalance, explicándolo de forma clara cuando expresa que:

No puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2 de la LC cuando afirma que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que *no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*», con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y, que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria.

Así, continúa el Alto Tribunal diciendo que:

En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas [pues] cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación; y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación), lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual.

### 2.3. La calificación culpable del concurso

La LC sigue dos criterios<sup>3</sup> para describir por qué un concurso debe ser calificado como culpable. El primer criterio se encuentra contenido en el artículo 164.1 de la LC y supone

<sup>2</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), n.º 122/2014, de 1 de abril, FJ 13.º (la cursiva es nuestra).

<sup>3</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), n.º 259/2012, de 20 de abril, FJ 3.º.

que la calificación dependerá de la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o las personas que pueden llegar a estar afectadas por la misma. El segundo criterio, recogido en el apartado 2 del mencionado artículo, supone que la calificación es ajena a la producción del resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.

Por su parte, el artículo 165 de la LC:

No contiene un tercer criterio respecto de los artículos 164.1 y 164.2, sino que es una norma complementaria del artículo 164.1 en el sentido de que presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia. Si este no concurre, los supuestos del artículo 165 de la LC son insuficientes para declarar un concurso culpable<sup>4</sup>.

Con esto, nuestro Tribunal Supremo aclara que, aunque se presuma el dolo o la culpa grave, deberá demostrarse la existencia de un nexo causal entre la actuación llevada a cabo y el estado de insolvencia.

### 2.3.1. Cláusula general de culpabilidad

Para que se declare el concurso como culpable en aplicación del apartado 1 del artículo 164 de la LC, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: (a) elemento subjetivo (dolo o culpa grave), (b) elemento objetivo (insolvencia) y (c) nexo o relación causal entre la acción u omisión grave o dolosa y la insolvencia (que la actuación haya generado o agravado la insolvencia)<sup>5</sup>.

La calificación de culpabilidad, cuando se aplica el mencionado artículo, no recae sobre la producción del estado de insolvencia, sino sobre la conducta del deudor y su omisión del cumplimiento de ciertos deberes y exigencias respecto de la producción y agravación de aquel resultado patrimonial (García-Cruces, 2015a). Lo realmente determinante a la hora de decidir sobre la calificación de culpable o fortuito de un concurso, sobre la base de la cláusula general de culpabilidad, es la valoración de la conducta del deudor y no la propia insolvencia.

---

<sup>4</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), n.º 614/2011, de 17 de noviembre, FJ 4.º.

<sup>5</sup> Puede encontrarse un estudio desarrollado sobre el artículo 164.1 de la LC y sus requisitos en Martínez de Marigorta, C. (2016). La cláusula general del art. 164.1 LC. La relación de causalidad. *Revista Consumo y Empresa*, 3, 1-14.

### 2.3.2. Presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad

La LC viene a castigar, en su artículo 164.2, la inobservancia de deberes empresariales que son fundamentales y que tiene como consecuencia, en todo caso, la calificación del concurso como culpable sin posibilidad de que pueda aportarse prueba en contra (García-Cruces, 2015a). Ello no significa que la administración concursal o el Ministerio Fiscal no tengan la obligación de probar la existencia del hecho y la imputabilidad al responsable (Martínez Muñoz, 2016). Únicamente están eximidos de probar la concurrencia de los elementos objetivo, subjetivo y causal de la cláusula general de culpabilidad, esto es:

- Estado patrimonial de insolvencia.
- Imputación a título de dolo o culpa grave.
- Relación de causalidad entre el comportamiento doloso o con culpa grave y la generación o agravación de la insolvencia.

Se considera que en la realización de los supuestos contemplados en la LC subyace la culpa grave y, por tanto, si el juez de lo mercantil aprecia que concurre el hecho, la única consecuencia posible será la culpabilidad del concurso. En este sentido, la Audiencia Provincial de Córdoba considera que:

El artículo 164.2 de la LC tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor (o sus administradores o liquidadores) ha incurrido en dolo o culpa grave<sup>6</sup>.

En los casos de presunciones *iuris et de iure*, la calificación del concurso como culpable es ajena a la producción del resultado, siendo suficiente con la ejecución de las conductas, tal y como establece el Tribunal Supremo (en la Sentencia 259/2012 mencionada en el párrafo introductorio del presente apartado), para determinar tal calificación. Los sujetos afectados por la misma podrán intentar probar la inexistencia o la inimputabilidad de las conductas tipificadas para evitar la calificación del concurso como culpable.

El artículo 164.2 de la LC establece que el concurso se calificará como culpable, en todo caso, cuando se produzcan una serie de supuestos que, como hemos dicho, no admiten prueba en contrario y que pueden dividirse en tres grupos: (a) incumplimientos de deberes contables, (b) incumplimientos de deberes documentales y (c) incumplimiento de deberes patrimoniales.

---

<sup>6</sup> SAP de Córdoba (Sección 3.<sup>a</sup>), n.º 42/2013, de 5 de marzo, FJ 2.º.

Dentro del grupo (a) incumplimiento de deberes contables encontramos:

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

Dentro del grupo (b) incumplimiento de deberes documentales encontramos:

2. 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.

Existe un supuesto que no se puede clasificar en ninguno de los tres grupos y que es:

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

Por último, dentro del grupo (c) incumplimiento de deberes patrimoniales encontramos:

4. Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.
5. Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.
6. Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

### 2.3.3. Presunciones *iuris tantum* de culpabilidad

Al contrario de lo que ocurre con las presunciones de artículo 164.2 de la LC, en el caso de las presunciones del artículo 165 de la LC existe la posibilidad de aportarse prueba en contra (García-Cruces, 2015a). Podría decirse que, mientras que en el primer caso opera una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad, en el segundo caso nos encontramos ante una presunción *iuris tantum*. Si se incumple alguno de los hechos tipificados en este artículo, se presumirá *ex lege* que esta circunstancia encierra una acción u omisión dolosa o gravemente culposa que ha generado o intensificado el estado de insolvencia, pudiéndose destruir la presunción mediante la prueba de que el hecho en sí no ha tenido lugar o de que este no se

ha realizado con dolo o culpa grave o que no ha contribuido a originar o agravar la insolvencia (Martínez Muñoz, 2016).

Los supuestos que se recogen en este artículo 165 de la LC consisten en el incumplimiento, antes o después de la declaración del concurso, de deberes tanto específicos del procedimiento concursal como relacionados con obligaciones mercantiles. Estos supuestos, que, como adelantábamos, admiten prueba en contrario, son los siguientes:

1. Incumplimiento del deber de solicitar el concurso.
2. Incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o no facilitar la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no haber asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación haya sido determinante para la adopción del convenio.

### 3. Concepto de insolvencia a efectos penales

Para que se entienda cometido el delito de insolvencia punible, que analizaremos más adelante, el deudor que lleve a cabo las conductas contempladas debe causar o encontrarse en una situación de insolvencia actual o inminente. Resulta esencial por ello, para poder comprender mejor las modalidades típicas que explicaremos, definir el concepto de insolvencia a efectos penales como primera aproximación a esta figura delictiva.

La insolvencia es una realidad previa al Derecho que se encuentra, por ello, desprovista de valoración jurídica y que se presenta como un estado de hecho, una situación objetiva que se puede definir como «un 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 en el patrimonio del deudor»<sup>7</sup>.

#### 3.1. Tipos de insolvencia

Dentro de la doctrina penal<sup>8</sup> se manejan cuatro tipos de insolvencia que consisten en términos contrapuestos dos a dos: por un lado, está la insolvencia real frente a la aparente y, por otro lado, la insolvencia total frente a la parcial.

<sup>7</sup> Martínez-Buján Pérez (2013) haciendo referencia a las palabras de Bajo Fernández, M. (1978). El contenido de injusto en el delito de quiebra (pp. 151 y ss.). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.

<sup>8</sup> Por todos, Martínez-Buján Pérez (2013, pp. 50-51). Este autor se remite, a su vez, a autores como Bajo Fernández o Bacigalupo y STS de 16 de mayo de 2001, 15 de abril de 2002 o 17 de marzo de 2011.

1. Insolvencia real frente a la aparente: la insolvencia aparente se utiliza para denominar aquellos supuestos en los que el deudor oculta sus bienes (se podría intentar incardinar la conducta en un delito de alzamiento de bienes, cuestión que abordaremos más adelante) de forma que el acreedor no puede satisfacer su crédito porque se ha creado una ficción de la situación de insolvencia. En estos casos el deudor es objetivamente suficiente, pero el acreedor no puede jurídicamente realizar su derecho porque no encuentra bienes en el patrimonio del deudor para ver satisfecho su crédito. Ello no supone la indefensión del acreedor, sino que solo será necesario que se evidencie el carácter fraudulento de la actuación del deudor.
2. Insolvencia total frente a la parcial: estos dos tipos no presentan dificultades en su comprensión y, además, la distinción resulta irrelevante porque se considera que el deudor sigue siendo insolvente aun cuando pudiera hacer frente a alguna de sus obligaciones.
3. Situaciones que no deben confundirse con la insolvencia.

En el ámbito del Derecho penal este concepto debe diferenciarse de la falta de liquidez y de la simple insuficiencia y podría definirse como la incapacidad definitiva del deudor para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles.

También debe separarse el concepto de insolvencia de la cesación de pagos ya que, como indica Martínez-Buján:

Es cierto que la cesación de pagos será el medio habitual de manifestación de la insolvencia, pero ello no autoriza a identificar ambos conceptos, dado que es perfectamente posible que un deudor solvente deje de pagar sus obligaciones vencidas, así como también es imaginable la hipótesis inversa, a saber, que exista una auténtica insolvencia sin que se haya llegado a una situación de cesación de pagos, porque el deudor logra obtener medios económicos de modo fraudulento (Martínez-Buján Pérez, 2013).

### 3.2. Ley Orgánica 1/2015: La nueva redacción del delito de insolvencia punible

La reforma del Código Penal, que entró en vigor en el año 2015, introdujo, entre otras novedades, una nueva regulación para el delito de insolvencia punible. El nuevo artículo 259 del CP viene a sustituir al anterior artículo 260 de la CP, que sancionaba el delito de insolvencia fraudulenta.

Para entender esta reforma, podemos acudir a la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, en la cual se explica que:

La nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia conjuga una doble necesidad: la de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que *ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales* de la situación de concurso; y la de ofrecer suficiente *certeza y seguridad* en la determinación de las conductas punibles, es decir, aquéllas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido.

### 3.2.1. Principales novedades de la reforma legislativa

Con la regulación llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, el legislador no quiso, en palabras de J. Pedro Cortés y S. Martín (5 de octubre de 2015, p. 2):

Limitar la punibilidad de estas conductas a aquellos casos en los que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente pues el apartado segundo del artículo 259 del CP establece que se impondrán las mismas penas a quien realice estas conductas causando con las mismas la situación de insolvencia.

Además, la reforma contempló, en el apartado 3 del nuevo artículo 259, la sanción de la comisión imprudente de los hechos.

La principal novedad que introdujo la nueva regulación es que ahora en el artículo 259 se relacionan las conductas constitutivas de un delito de insolvencia punible, mientras que esto no ocurría con la antigua redacción. Tras la reforma se llevó a cabo una delimitación de los comportamientos considerados como delito, pero con un carácter de *numerus apertus* por la inclusión del apartado 1.9.º, el cual establece que será castigado quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente:

*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.*

Frente al listado que recoge la nueva regulación del delito de insolvencia punible, en el antiguo artículo 260 del CP únicamente se establecía que se castigaba al que fuera declarado en concurso cuando la situación de insolvencia fuera «causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre». Aunque las novedades son llamativas, la naturaleza y el bien jurídico protegido sigue siendo el mismo que antes de la reforma legislativa del año 2015, la cual se limitó a ordenar, ampliar las conductas ya existentes e introducir otras nuevas para conseguir una tutela real y efectiva del derecho de crédito (AA. VV., 2016).

### 3.2.2. Opinión del Tribunal Supremo acerca de la reforma legislativa

El Tribunal Supremo ha explicado que:

La reforma de la LO 1/2015 ha supuesto una modificación esencial en la configuración de los delitos de bancarrota o concurso, en el sentido en que el derogado artículo 260.1 exigía una relación causal entre los actos dispositivos defraudatorios y el nacimiento o la agravación de la insolvencia (delito de resultado), mientras que el actual artículo 259 sanciona al deudor que se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente, *siempre que incurra en determinadas actuaciones de fraude* (patrimonial, contable o documental), *aun cuando no llegue a acreditarse una relación causa-efecto entre su actuación y el estado de insolvencia*, configurándose así la bancarrota como un delito de mera actividad semejante a la naturaleza tradicional del delito de alzamiento de bienes<sup>9</sup>.

### 3.3. El delito de insolvencia punible regulado en el artículo 259 del CP

Informa la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2015 que:

El nuevo delito de concurso punible o bancarrota se configura como un *delito de peligro*, si bien vinculado a la situación de crisis (a la insolvencia actual o inminente del deudor) y perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos.

Si no se dan estas dos condiciones, no podrán perseguirse las conductas recogidas en el artículo 259 del CP, por lo que, en dichos casos, será necesario estudiar si es posible subsumir los hechos en otra figura delictiva de las contempladas en el Código.

El núcleo esencial del delito de insolvencia punible está constituido, en palabras de L. Beneytez (2005, p. 233), «por la frustración de las expectativas legítimas de un acreedor respecto del cumplimiento de una obligación por el deudor» y el bien jurídico protegido por el mismo es el derecho personal de crédito<sup>10</sup>. La inclusión de esta figura en el CP tiene como objetivo proteger al acreedor frente a aquel deudor que incumple con su obligación de pago de la deuda, causando o agravando la situación de insolvencia en la que se encuentra.

<sup>9</sup> STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), n.º 429/2017, de 14 de junio, FJ 6.º (la cursiva es nuestra).

<sup>10</sup> STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), n.º 429/2017, de 14 de junio, FJ 6.º.

### 3.3.1. Modalidades típicas del artículo 259.1 del CP

Las actuaciones contempladas tras la reforma se podrían resumir, sin atenernos a la literalidad de la norma y únicamente con el objetivo de recoger de forma esquemática la totalidad de las conductas, en:

1. Ocultar, destruir, causar daños o realizar cualquier otra actuación no ajustada al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.
2. Realizar determinados actos de disposición que no guarden relación con la situación patrimonial del deudor.
3. Realizar operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción.
4. Simular créditos de terceros o reconocimiento de créditos ficticios.
5. Participar en negocios especulativos sin justificación económica.
6. Incumplir el deber legal de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad o cometer irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera.
7. Ocultar, destruir o alterar la documentación que el empresario está obligado a conservar antes de que transcurra el plazo correspondiente.
8. Formular las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil.
9. Realizar cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

El elenco de estos comportamientos típicos puede dividirse en dos grupos principales: aquellos que suponen una actuación sobre el patrimonio del deudor (numerales 1 a 5) y aquellos que suponen una infracción de deberes contables (numerales 6 a 8), además de la cláusula de cierre que es el numeral 9 (Terradillos y Hava, 2016, p. 56).

### 3.3.2. La problemática de la distinción entre insolvencia actual e inminente

Recordamos que uno de los requisitos de perseguibilidad del delito de insolvencia punible es que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente, pero es necesario poner en relación el apartado 1 del artículo 259 del CP con el apartado 4. Este apartado establece que «este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso». Con ello, la insolvencia inminente solo adquiere relevancia penal cuando se ha declarado

el concurso. Esto se debe a que la inminencia, que supone una mera previsión, nunca se podrá identificar con una situación en la que el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, pues esto únicamente se podría definir como insolvencia actual.

#### A) Insolvencia actual

En los casos de insolvencia actual la reforma ha supuesto un gran cambio pues, mientras que en la anterior redacción solo podía perseguirse a aquel declarado en concurso<sup>11</sup>, en la actualidad las conductas pueden ser perseguidas aun cuando no se hubiera declarado el concurso, puesto que, como decíamos, el apartado 4 del artículo 259 del CP establece que podrá perseguirse el delito cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

#### B) Insolvencia inminente

En los casos de insolvencia inminente cabría analizar si la conducta pudiera ser constitutiva de un delito de alzamiento de bienes (art. 257 CP) (AA. VV., 2016). A este respecto, ponemos de relieve de nuevo que es necesario tener en cuenta que el artículo 259.1 del CP castiga conductas que puede realizar el deudor ya insolvente (la insolvencia es un presupuesto), mientras que el artículo 257 del CP recoge infracciones cometidas por el deudor solvente y no diligente (la insolvencia es el resultado).

### 3.3.3. Causación del estado de insolvencia (art. 259.2 CP)

Como ya decíamos al tratar el concepto de la insolvencia a efectos penales, el apartado 1 del artículo 259 del CP establece, como requisito para poder perseguir las conductas descritas, que el deudor que las cometa se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente. Sin embargo, no solo se podrán perseguir las conductas cuando se esté efectivamente en dicha situación de insolvencia, sino que, al tenor del apartado 2 de este artículo 259 del CP, se castigará con las mismas penas a quien cause su situación de insolvencia.

Para poder comprender este apartado, es necesario interpretarlo conjuntamente con el artículo 257 del CP, que regula el delito de alzamiento de bienes, y el artículo 259.1 del CP, que regula las modalidades típicas del delito de insolvencia punibles. De esta forma, se puede llegar a la conclusión de que mientras que los alzamientos penalizan insolvencias

---

<sup>11</sup> Antigua redacción del artículo 259 del CP que se recogía en el artículo 260 del CP: «1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre».

aparentes, el apartado 2 del artículo 259 del CP sanciona la causación de insolvencias reales y el apartado 1 la agravación de insolvencias preexistentes (Terradillos y Hava, 2016, p. 59).

### 3.3.4. Elementos integradores del tipo penal

Como recordaba el Tribunal Supremo hace unos meses:

Tanto el artículo 260 que se ha aplicado, como el actual artículo 259 que le sustituye, tienen por bien jurídico protegido el *derecho personal de crédito*, apreciándose en ellos un interés difuso de naturaleza económico-social, que hace referencia a la *confianza* precisa para el desarrollo de operaciones financieras y mercantiles<sup>12</sup>.

Asimismo, a pesar de la reforma, permanecen intactos los elementos integradores del tipo penal que resultan ser los siguientes (AA.VV., 2016):

1. Estado de insolvencia actual o inminente.
2. Acción consistente en la causación o agravación de dicho estado de insolvencia.
3. Resultado consistente en la efectiva situación de insolvencia o su agravación.
4. Relación causal entre la acción y el resultado.
5. En la modalidad dolosa del delito<sup>13</sup> se requiere un fraude que suponga dolo directo, concretado en actos que exterioricen la voluntad de situar la empresa en una situación de insolvencia o agravarla, con intención de perjudicar a los acreedores.
6. Se trata de un delito de peligro, tal y como comunicaba la exposición de motivos de la ley orgánica que introdujo la reforma de esta figura delictiva, por lo que no se exige un perjuicio efectivo a la masa de acreedores, bastando el peligro para entender cometido el tipo.

## 4. El concepto de insolvencia como eje principal de la calificación concursal y el delito de insolvencia punible

Es innegable que, tanto en el procedimiento concursal como en el penal, el concepto de insolvencia es clave y es necesario llevar a cabo una delimitación del mismo para poder determinar detallada y claramente que el deudor se encuentra en tal situación. A la hora de

<sup>12</sup> STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), n.º 429/2017, de 14 de junio, FJ 6.º (la cursiva es nuestra).

<sup>13</sup> Desde la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015 se contempla la posibilidad de comisión imprudente del delito de insolvencia punible en el apartado 3 del artículo 259 del CP.

examinar cuáles son las similitudes y diferencias, en cuanto a la insolvencia, que existen entre estos dos procedimientos, debemos recordar varias premisas de las que hay que partir.

## 4.1. Procedimiento concursal

Consta de seis secciones y es en la última de ellas cuando se enjuician las conductas concretas para calificar el concurso como culpable o como fortuito. Por tanto, llegados a este punto, ya se ha establecido con seguridad que concurre en el sujeto deudor un estado de insolvencia, ya sea inminente o actual. Estado cuya definición se encuentra contenida en el artículo 2 de la propia LC y que se compone de tres elementos –imposibilidad de cumplimiento, regularidad de cumplimiento y exigibilidad de las obligaciones– estudiados por la doctrina en un gran número de ocasiones. Cuando se entra en fase de calificación, no cabe duda de la existencia de dicho estado de insolvencia y no es necesario que el juez de lo mercantil vuelva a determinar la concurrencia del mismo.

## 4.2. Procedimiento penal

Como ya veremos, este es independiente del concursal, y viceversa. Al contrario de lo que sucede en la sección sexta, el efectivo estado de insolvencia del deudor no ha sido determinado con anterioridad. Aquí, el estado de insolvencia es el primer elemento integrador del tipo y, por tanto, será esencial determinar si efectivamente existe tal situación porque, de lo contrario, las conductas enjuiciadas no podrán subsumirse en el tipo penal de insolvencia punible. Sin embargo, no existe en el Código Penal una definición de dicho estado como sí ocurre en la legislación concursal, y esto conlleva problemas en la práctica.

Esta circunstancia provoca que el procedimiento solo pueda nutrirse de la jurisprudencia, que, como demuestra una de las sentencias más recientes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictada el pasado mes de julio, no lleva a cabo una clara y detallada delimitación de lo que se entiende por estado de insolvencia:

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*<sup>14</sup>.

Esta definición es tomada por nuestro Alto Tribunal de una sentencia dictada por el mismo en el año 2003, lo que a nuestro parecer refleja un superficial tratamiento en la práctica de este elemento esencial para el correcto enjuiciamiento del delito.

---

<sup>14</sup> STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), n.º 518/2017, de 6 de julio, FJ 4.º (la cursiva es nuestra).

### 4.3. Remisión necesaria del orden penal al civil-mercantil

En el orden penal falta una delimitación de los elementos, pues ni siquiera se hace referencia a la exigibilidad de los créditos que se tratan de cobrar, ni al número de los mismos, ni a la frecuencia con la que se ha dejado de pagar a los acreedores. Además, la Sala de lo Penal lleva a cabo una definición que puede llegar a confundir insolvencia con desbalance y que, tal y como ya recogíamos, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo considera que «en la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas» pues «cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación»<sup>15</sup>.

Aunque, como más adelante veremos, el procedimiento concursal y el penal son independientes uno de otro, la actual falta de contenido en nuestro Código Penal con respecto al concepto de insolvencia provoca que los jueces de este orden jurisdiccional tengan que remitirse a lo establecido en los juzgados mercantiles. Esta falta de concordancia entre los pronunciamientos de las salas del Tribunal Supremo con respecto a esta cuestión de derecho sustantivo en ocasiones puede llevar a confusión en la práctica y a una resolución de los casos enjuiciados que presente dificultades.

### 4.4. Ausencia de prejudicialidad penal

Entre la LC y el CP existen además dos puntos de unión, que establecen tanto (a) la excepción al principio de prejudicialidad penal como (b) la independencia entre el juez de lo mercantil y el juez de lo penal a la hora de calificar los hechos que se valoran o enjuician para declarar, respectivamente, la culpabilidad del concurso o la condena del autor/es. En la imagen que mostramos a continuación se observa esta «unión entre leyes» que, paradójicamente, refleja la desunión entre procesos judiciales:

Art. 189.1 LC	Art. 259.5 CP
La incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de este.	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 este.

<sup>15</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>), n.º 122/2014, de 1 de abril, FJ 13.º.

**Art. 163.2 LC**

La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito.

**Art. 259.6 CP**

En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal.

#### 4.4.1. Concepto de prejudicialidad penal

Se habla de prejudicialidad penal cuando en el proceso civil, para la correcta resolución de aquello que constituye su objeto principal, se requiere la previa resolución de una cuestión que pertenece al orden jurisdiccional penal, en función de la existencia de un nexo entre ambos procesos.

El instituto de la prejudicialidad encuentra su regulación general en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual establece que «a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente». Esto, en un principio, podría entenderse como el otorgamiento al tribunal civil de la competencia para conocer, dentro del propio proceso civil, cuestiones de naturaleza distinta. No obstante, entenderlo así significaría incurrir en error puesto que, si se presta atención al apartado 2 del mismo artículo, se llega a la conclusión de que existe una excepción a la regla general: la existencia de una cuestión prejudicial penal.

No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de esta determinará la *suspensión* del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda.

Sin embargo, el artículo contiene un último inciso salvaguardando la posibilidad de que la ley establezca excepciones a la prejudicialidad penal. Es en este punto donde entra en juego el artículo 189 de la LC y la ausencia de prejudicialidad penal que caracteriza al procedimiento concursal. Con este precepto el legislador viene a favorecer este proceso frente al penal, como ya lo venía haciendo desde la anterior reforma del Código Penal, el cual incluía la excepción de la que hablamos en el apartado 3 de su antiguo artículo 260 (AA. VV., 2016).

#### 4.4.2. No vinculación entre el proceso concursal y el proceso penal

Como ya adelantábamos, existe una excepción a la prejudicialidad penal que se fundamenta en el principio de celeridad que informa, junto a otros, el proceso concursal y que

persigue asegurar la fluida tramitación del concurso en aras de la pronta satisfacción de los acreedores (Senés, 2015).

Esta unión entre el la LC y el CP, que supone la no vinculación entre ambos órdenes jurisdiccionales, se ve reflejada en:

1. El artículo 189 de la LC, en su apartado 1, el cual supone una excepción al principio de suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal, sin perjuicio de la competencia exclusiva que tiene el juez de lo penal para declarar la existencia del delito y la responsabilidad criminal (Senés, 2015).
2. El artículo 259 de la CP, en su apartado 5, el cual se ha mantenido intacto tras la reforma, manifiesta esa independencia del orden penal respecto del civil al establecer que no es necesario esperar a la conclusión del concurso para perseguir las conductas presuntamente constitutivas de este delito, al igual que indica que dicha persecución podrá llevarse a cabo sin perjuicio de la continuación del proceso concursal.

La privación del efecto suspensivo que conlleva la prejudicialidad penal se proyecta en una doble vertiente (Senés, 2015): por un lado, la objetiva y, por el otro, la subjetiva.

1. Vertiente objetiva: con esta clasificación se hace referencia a las conductas que pueden perseguirse penalmente y de forma independiente, pero que están íntimamente relacionadas con el concurso a pesar de esa ausencia de prejudicialidad. Así, por ejemplo, la condena por alzamiento de bienes podrá suponer el reintegro de los mismos a la masa activa del concurso, deviniendo innecesaria la acción de reintegración de carácter concursal. También está conectado el enjuiciamiento del delito de insolvencia punible puesto que el importe de la responsabilidad civil *ex delicto* se incorporará igualmente a la masa activa.
2. Vertiente subjetiva: mediante esta clasificación se pone de manifiesto que los procesos penales relacionados con el concurso no son solo aquellos que se sigan contra el deudor, sus administradores o representantes legales –en caso de persona jurídica–, sino que también se entiende que están conectadas aquellas causas dirigidas contra acreedores que hubieran incidido en la crisis económica –por ejemplo, por un delito de falsedad de título de crédito aportado–.

#### 4.4.3. Independencia respecto a la calificación de los hechos

La segunda unión entre leyes la encontramos en los artículos 163.2 de la LC y 259.6 del CP. Con independencia de la calificación mercantil del concurso, los jueces y tribunales del orden penal podrán investigar si la insolvencia fue causada o agravada por el autor de los

hechos, sin que ello se vea condicionado por la calificación realizada por el juez mercantil (Terradillos y Hava, 2016, p. 61). Así, tal y como ya indicábamos en apartados anteriores y como se ve reforzado por esta relación entre leyes, la condición objetiva de perseguibilidad del delito de insolvencia punible, contenida en el artículo 259.4 del CP, la constituye: (a) el hecho de que el deudor deje de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, o (b) la declaración del concurso; y no la calificación que se haga en el proceso mercantil.

En palabras de Martínez-Buján (2013, p. 146), no hay «medidas que permitan resolver las posibles discordancias que surjan en la prueba de los hechos que fundamenten el concurso» y seguidamente hace referencia a dos autores que exponen esta problemática y cuya aportación resulta de gran relevancia a efectos de la comparativa que realizamos:

1. El primero de ellos es Cugat (2004, p. 2), el cual argumenta que teóricamente se puede llegar al absurdo de que en sede penal se probara la relación de causalidad entre la eventual apropiación indebida del administrador societario y la posterior insolvencia; mientras que después, en el ámbito del proceso concursal y en virtud de otros elementos de prueba, se llegase a la conclusión del carácter fortuito de la insolvencia.
2. El segundo, Rodríguez Mourullo (2004, pág. 1.170), quien critica la posibilidad de que dos jurisdicciones que actúan en paralelo puedan realizar determinaciones de hechos o valoraciones contradictorias, lo que ocasionaría un grave daño a la efectividad de la tutela judicial.

#### 4.4.4. Pronunciamiento del Tribunal Supremo respecto a la independencia de calificación

Por último, explicaba el Tribunal Supremo, haciendo referencia a la separación entre el orden civil y el penal, que:

Pese a que eventualmente pueda ser valorada esa calificación como prueba reveladora del ánimo del quebrado, la mera calificación civil de la quiebra no impone automáticamente su aceptación en vía penal, ni siquiera suministra una presunción probatoria, *gozando la jurisdicción penal de plena soberanía para evaluar el carácter delictivo o no de la quiebra previamente calificada en otro orden jurisdiccional*<sup>16</sup>.

Continuaba diciendo, con respecto a la posible vinculación de los jueces y tribunales penales con la legislación mercantil, que:

---

<sup>16</sup> STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), n.º 146/2009, de 18 de febrero, FJ 4.º (la cursiva es nuestra).

Hay que añadir también la desvinculación de que gozan los juzgados y tribunales respecto a la legislación mercantil, de manera que ahora y ya desde el CP de 1995, pueden integrar el tipo penal *sin acudir* a los supuestos de culpabilidad que establece la Ley Concursal (art. 164), bastando que por la prueba practicada en el proceso penal quede acreditado que «la situación de crisis económica o la insolvencia ha sido causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúa en su nombre», esto es, por los representantes legales de una persona física o por los administradores o liquidadores de derecho o de hecho de una persona jurídica (art. 164.1 LC)<sup>17</sup>.

## 5. Conclusiones

A la hora de determinar qué se entiende por el estado de insolvencia al que se refiere la regulación del delito de insolvencia punible, los jueces de lo penal, así como los profesionales de esta rama del Derecho tendrán que, por lo menos, considerar tanto las actuaciones seguidas como los pronunciamientos emitidos en el orden jurisdiccional civil, ya que los mercantilistas son los verdaderos expertos en la materia. Consideramos que el precepto que regula este delito, a pesar de su considerable extensión, está falto de contenido en cuanto a dicha noción. Recordamos que la insolvencia es un concepto de carácter esencial para el correcto desarrollo del procedimiento penal, pues su concurrencia supone el cumplimiento del primer elemento integrador del tipo. Este elemento es el que da sentido al enjuiciamiento de los hechos ya que, de no concurrir el mismo, no serían subsumibles en el delito de insolvencia punible. No podemos, por tanto, hablar de independencia cuando el tratamiento penal de un concepto sumamente importante es superficial y no estudia con suficiente detalle los elementos que componen el mismo, lo que tiene como consecuencia una necesaria remisión de los juzgados a la jurisprudencia del orden jurisdiccional civil-mercantil.

Por ello, tal y como adelantábamos en la introducción de este trabajo, nos hemos planteado una pregunta que ahora estamos en condiciones de responder: ¿son realmente independientes el procedimiento concursal y el procedimiento penal?

En primer lugar, la ausencia de prejudicialidad supone una contradicción con lo que sucede en la práctica, ya que hay delitos, como ocurre con el de insolvencia punible, que están íntimamente relacionados con el procedimiento concursal y tendrán su consecuencia en el mismo. Para el caso de la insolvencia punible, recordamos que su condena supone que el importe de la responsabilidad civil *ex delicto* se incorporará a la masa activa. Además, la relación del concurso con el procedimiento penal se manifiesta, no solo en la concurrencia de delitos cometidos por el deudor, sino también de delitos cometidos por acreedores

---

<sup>17</sup> Véase nota de la página anterior.

que tienen su incidencia en la declaración o el desarrollo del concurso como puede ser, por ejemplo, la falsedad documental llevada a cabo en los títulos de crédito aportados.

En segundo lugar, basándonos en el estudio comparativo realizado podemos decir que es muy difícil conseguir que en la práctica no haya vinculación del orden penal respecto a la calificación. Los jueces de lo penal, no necesariamente expertos en la materia que enjuician a través del delito de insolvencia punible, y faltos de conceptos establecidos por la ley o la jurisprudencia, tenderán a apoyarse de manera inconsciente en las definiciones y los pronunciamientos mercantiles. En la actualidad nos encontramos con que, para el Derecho penal, el estado de insolvencia es un concepto jurídico indeterminado y, realmente, esta falta de contenido dificulta el enjuiciamiento de los hechos, pudiendo llegar a dictarse pronunciamientos injustos y sentencias contradictorias con las del ámbito concursal. Creemos que existe una necesidad de introducir en nuestro Código Penal una definición o delimitación del concepto de insolvencia, tal y como hace la Ley Concursal. No realmente para conseguir mayor independencia entre los procedimientos, sino como herramienta que servirá como punto de partida que aporte seguridad jurídica y oriente a los jueces y magistrados en su labor de investigación y enjuiciamiento, facilitando, en gran medida, la resolución de estos asuntos.

Como ha quedado reflejado, son varias las razones que nos llevan a pensar que la independencia entre el procedimiento concursal y el penal es una cuestión meramente teórica, de difícil reproducción en la práctica, puesto que es innegable la incidencia que ambos procesos tienen el uno sobre el otro. Además, este intento del legislador por desvincular los *iter* procesales se ha visto impedido por el hecho de que ni el CP ni la jurisprudencia han llevado a cabo una definición del concepto de insolvencia y una delimitación de sus elementos, ni tampoco ha pasado tiempo desde la reforma penal como para poder tener resoluciones suficientes del Tribunal Supremo sobre la nueva redacción del delito de insolvencia punible. Por todo ello, los profesionales del Derecho penal han tenido que hacer uso, y creemos que seguirán haciéndolo en los próximos años, de los pronunciamientos llevados a cabo en el orden jurisdiccional civil-mercantil.

## Referencias bibliográficas

- AA. VV. (2016). Delitos de frustración de la ejecución e insolvencias punibles. En *Memento Concursal 2017*.
- Beltrán, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores. *Anuario de Derecho Concursal*, 11, 29-52.
- Beneytez, L. (2005). Las insolvencias punibles. En E. Bacigalupo. (Dir.) *Curso de Derecho Penal Económico*. Marcial Pons.
- Benítez Ortuzar, I. (2015). Frustración en la ejecución e insolvencias punibles. En Morillas Cueva, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (pp. 569-597). Dykinson.
- Cugat, M. (2004). Impacto de la nueva ley concursal en el delito de quiebra. *La Ley*, 5932, 2.
- García-Cruces, J. (2015). Comentario al artículo 164 de la Ley Concursal. En A. Rojo y E. Beltrán. (Dir.), *Monografías: Comentario de la Ley Concursal*. Aranzadi.
- García-Cruces, J. (2015b). Comentario al artículo 168 de la Ley Concursal. En A. Rojo, y E. Beltrán. (Dir.), *Monografías: Comentario de la Ley Concursal*. Aranzadi.
- García-Cruces, J. (2015c). Comentario al artículo 172 de la Ley Concursal. En A. Rojo y E. Beltrán. (Dir.), *Monografías: Comentario de la Ley Concursal*. Aranzadi.
- González, E. (2013). Formación de la sección sexta. En A. Rojo Fernández Río y A. Campuzano. (Dir.), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia* (pp. 495-505). Cizur Menor: Civitas.
- Hernández Rodríguez, M. (2012). Solicitud de concurso, la solicitud anticipada. En P. Prendes Carril y A. Muñoz Paredes (Dir.), *Tratado judicial de la insolvencia*. Aranzadi.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2013). *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Martínez de Marigorta, C. (2016). La cláusula general del artículo 164.1 de la LC. La relación de causalidad. *Revista Consumo y Empresa*, 3, 1-14.
- Martínez Muñoz, M. (2016). La responsabilidad concursal. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 667-705.
- Pedro Cortés, J. y Martín, S. (5 de octubre de 2015). El delito concursal tras la reforma del Código Penal vs. el concurso punible. *Diario La Ley*, 8.618.
- Pulgar Ezquerro, J. (2004). *Comentarios a la Ley Concursal*, t. I. Dykinson.
- Quintero Olivares, G. (2011). De las insolvencias punibles. En Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Cizur Menor.
- Rodríguez Mourullo, G. (2004). Acerca de las insolvencias punibles. En J. Zugaldía Espinar y J. López Barja de Quiroga. (Dir.), *Dogmática y Ley Penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II. Marcial Pons.
- Sanjuán y Muñoz, E. (2015). La reforma penal y el proceso concursal. *Diario La Ley*, 8542, 2.
- Senés, C. (2015). Comentario al artículo 189 de la Ley Concursal. En A. Rojo y E. Beltrán. (Dir.) *Comentario de la Ley Concursal*. Aranzadi.
- Terradillos, J. y Hava, E. (2016). Alzamiento de bienes e insolvencias punibles. En Terradillos, J. (Dir.) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, t. IV. Iustel.