

TEMAS

Derecho concursal penal

Cuestiones candentes

Coordinadores

Eduardo de Urbano Castrillo

María del Rosario García Martínez



III LA LEY

© Varios Autores, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

Atención al cliente. Soporte y Formación: <https://areacliente.aranzadilaley.es/>

Edición: febrero 2025

Depósito Legal: M-1966-2025

ISBN versión impresa: 978-84-10292-50-5

ISBN versión electrónica: 978-84-10292-51-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendój), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendój es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

INTRODUCCIÓN	15
--------------------	----

PRIMERA PARTE

DERECHO CONCURSAL

CAPÍTULO 1. EL NUEVO CONCURSO SIN MASA: UN CONCURSO DE DELITOS CON LA PRESENCIA DEL FISCAL EN LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO. María del Rosario GARCÍA MARTÍNEZ	23
I. INTRODUCCIÓN	25
II. LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA MODALIDAD DE CONCURSO SIN MASA.	25
A. Aspectos procesales y normativos del concurso sin masa en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.	28
B. Las acciones de reintegración	30
C. La acción social de responsabilidad	35
D. La calificación del concurso	38
III. LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO TRAS EL CONCURSO SIN MASA.	46
A. La determinación de la buena fe en la exoneración del pasivo insatisfecho	49
IV. LA PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA ESTE NUEVO DESARROLLO LEGISLATIVO	56
A. La vocación penalista del concurso sin masa.	56
B. La exoneración en el concurso sin masa: Posición proteccionista del Juez o Ministerio Fiscal	61

CAPÍTULO 2. LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN CONCURSAL. Ana Belén CAMPUZANO	65
I. LA CONFIGURACIÓN DE LA CALIFICACIÓN CONCURSAL	67
A. El diseño legal de la sección de calificación	67
B. La calificación en caso de intervención administrativa	72
C. La calificación abreviada en el procedimiento especial de microempresas	76
D. La autonomía de la calificación concursal.	81
E. Los efectos civiles de la calificación	86
F. La tramitación de la sección de calificación	89
II. EL CONCURSO CULPABLE	94
A. Los supuestos especiales	95
B. Las presunciones de culpabilidad	100
C. El incumplimiento culpable del convenio	102
III. LAS PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACIÓN Y LOS CÓMPLICES CONCURSALES	103
 CAPÍTULO 3. LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN. Teodoro LADRÓN RODA	 109
I. REGULACIÓN NORMATIVA: FORMACIÓN DE LA SECCIÓN ARTÍCULOS 446 A 464 LC	111
A. Introducción	111
B. La formación de la sección sexta tiene carácter general	113
C. La llave de la calificación culpable del concurso.	116
D. El desistimiento de la calificación culpable	119
E. El incumplimiento del convenio: régimen especial de la sección de calificación	122
II. LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN	124
A. La sentencia de calificación y su dependencia del informe de calificación de la AC	124

B.	Los requisitos de la sentencia de calificación como reflejo de la estructura y requisitos de los informes de calificación	125
C.	La determinación de las personas afectadas por la calificación	133
D.	La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación	137
E.	Pérdida de derechos y condena a devolución de lo obtenido indebidamente	141
III.	CUESTIONES PROBLEMÁTICAS	155
A.	La adopción de la medida cautelar para dar cumplimiento a la sentencia.	155
B.	La calificación no vinculará a los jueces de lo contencioso administrativo	166
IV.	ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	167
A.	Problemática en los procedimientos antiguos: los distintos requisitos jurisprudenciales determinantes de la responsabilidad por déficit concursal con el antiguo artículo 172.3 LC y con el nuevo artículo 172 bis. LC	167
B.	Ausencia de interés casacional en los supuestos de calificación culpable del artículo 443.4.º (inexactitudes y falsedades contables) y 443.5 del TRLC (incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, doble contabilidad o irregularidades contables relevantes) cuando por la propia conducta culpable resulta imposible conocer la causa de la generación o agravación de la insolvencia.	170
C.	Sentencias que sustentan la doctrina jurisprudencial del <i>non bis in idem</i> : unos mismos hechos no pueden sustentar dos causas de culpabilidad del concurso diferentes, cuando el desvalor de la conducta es el mismo.	170
D.	Concepto jurisprudencial de cómplice	171
E.	La responsabilidad civil por daños y perjuicios del cómplice.	172

CAPÍTULO 4. LA NUEVA FIGURA DEL MINISTERIO FISCAL Y LOS ACREEDORES EN LA PIEZA DE CALIFICACIÓN. Javier IBÁÑEZ ASTABURUAGA	175
I. INTRODUCCIÓN	177
II. ANTECEDENTES	178
A. El orden público	178
B. El orden público concursal	179
III. MARCO NORMATIVO DEL MINISTERIO FISCAL	183
A. Su regulación legal	183
B. Su estructura orgánica	184
IV. ANTECEDENTE HISTÓRICO. LA SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL	185
V. LA ELIMINACIÓN DE LA INTERVENCIÓN SUPEDITADA DEL MINISTERIO FISCAL A LA PIEZA DE CALIFICACIÓN ..	187
VI. LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES EN EL ACREEDOR	194
VII. CONCLUSIONES	196
A. La necesaria especialización orgánica del Ministerio Público	197
B. La reforma legislativa ampliadora de las facultades y competencias del Ministerio Público en los trámites del procedimiento concursal	198
 CAPÍTULO 5. LA TRANSACCIÓN EN LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN: UN ANTIGUO DERECHO EN UN NUEVO PRECEPTO. Nicolás RODRÍGUEZ DÍAZ	 201
I. INTRODUCCIÓN	203
A. La regulación normativa del derecho a transar de los litigantes	204
B. La transacción en la sección de calificación	205
II. ANTECEDENTE PROCESAL DEL ACUERDO TRANSACCIONAL	205
A. La transacción en la Ley de Enjuiciamiento Civil	206
III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	215

IV.	CONCLUSIONES: LA PROBLEMÁTICA DE LA TRANSACCIÓN EN LA ACTUAL LEY CONCURSAL	223
-----	--	-----

SEGUNDA PARTE

DERECHO PENAL

	CAPÍTULO 6. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA INSOLVENCIA (REAL O APARENTE): FUNDAMENTO, MODALIDADES Y APLICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES. Esteban MESTRE DELGADO . .	231
I.	LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS SITUACIONES DE INSOLVENCIA: FUNDAMENTO Y FINALIDAD	233
	A. Los antecedentes que permiten situar la regulación actual: De la prisión por deudas a la configuración del derecho de crédito como bien jurídico penalmente protegido.	233
	B. La conversión de la insolvencia mercantil en delito. . .	241
II.	LOS ALZAMIENTOS DE BIENES Y LOS DEMÁS DELITOS DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN	243
	A. Sus diversas modalidades de tipificación.	243
	B. Los criterios de imputación subjetiva.	250
	C. Precisiones prácticas para la aplicación de estos delitos.	251
III.	LOS DELITOS DE INSOLVENCIA PUNIBLE	259
	A. Los presupuestos de la existencia de responsabilidad penal.	259
	B. La desvinculación de los procesos penales y los mercantiles derivados de una misma situación de insolvencia	261
	C. Los delitos de causación de la insolvencia.	261
	D. Los delitos de fraude en los procedimientos concursales	265

CAPÍTULO 7. PRETERICIÓN DE ACREEDORES Y RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL. Eduardo DE URBANO CASTRILLO	273
I. LA UTILIZACIÓN DELICTIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES	276
A. El delito de bancarrota	278
B. El concurso falsario	286
II. EL DELITO DEL ART. 260 CP	291
A. La preterición concursal, del art. 260.2 CP	294
B. Elemento temporal	296
C. Autoría y participación	299
D. Culpabilidad	301
E. Consumación	301
F. Responsabilidad civil	302
III. LA RESPONSABILIDAD EN ESTE DELITO DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL	303
A. El concursado y otros partícipes	303
B. Las posibles responsabilidades penales de los integrantes de la administración concursal (AC)	305
IV. IDEAS FINALES	308
A. Tratamiento de las deudas, en general	309
B. Tutela del derecho de crédito	309
C. Incremento de las insolvencias concursales	309
D. Concepto de insolvencia	310
E. Multifactorialidad de la insolvencia	311
F. La conducta delictiva	312
G. Actividades reprobables desde el punto de vista económico	313
H. Elementos para una condena	313
I. El dolo, como elemento imprescindible	314
J. Inexistencia de apropiación indebida	314
K. Participación	314

L.	Partícipe a título lucrativo	315
M.	Coautoría en el Consejo de Administración	315
N.	Elemento temporal	317
Ñ.	Efectos de que el concurso sea fortuito o culpable.	318
O.	Homogeneidad entre alzamiento bienes y alzamiento procesal.	318
P.	Inexistencia de delito de insolvencia punible	319
 CAPÍTULO 8. LOS DELITOS DE INSOLVENCIA PUNIBLE (ARTÍCULOS 259 Y 259 BIS DEL CÓDIGO PENAL). Fernando PINTO PALACIOS.		321
I.	INTRODUCCIÓN	323
II.	CUESTIONES GENERALES.	327
	A. Bien jurídico protegido	327
	B. Autoría y participación	329
	C. Tipos penales	339
III.	INSOLVENCIA PUNIBLE Y CALIFICACIÓN DEL CONCURSO	360
 CAPÍTULO 9. EL CONCURSO FALSARIO. José Javier POLO RODRÍGUEZ		365
I.	INTRODUCCION ¿CÓMO HAY QUE PROTEGER JURIDICAMENTE A LOS ACREEDORES?	367
	A. El principio de intervención o injerencia mínima en el Derecho pena en el ámbito civil y/o mercantil	367
	B. Un cierto caos en la reformulación punitiva del siglo XXI	370
II.	IDEAS BÁSICAS Y NORMATIVA	372
	A. ¿En qué consiste el delito de presentación de datos falsos en procedimiento concursal?	372
	B. Características y elementos del delito	373
	C. Normativa vigente.	374
	D. Aplicaciones concretas	375

E.	Análisis doctrinal del art. 261 Código Penal: la presentación de datos falsos en un procedimiento concursal .	376
F.	Distinción de figuras afines. Con el delito de falsedad contable	377
III.	EL DOMINIO FUNCIONAL DEL ELEMENTO FALSARIO . . .	379
A.	Autoría específica	380
IV.	LOS DELITOS POSTERIORES A LA DECLARACION DE CONCURSO	381
V.	RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA. . .	382
A.	La responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos de insolvencias punibles: el artículo 261 bis del Código Penal.	382
VI.	CUESTIONES COMPETENCIALES ENTRE LA JURISDICCION PENAL Y LA CONCURSAL	388
A.	Planteamiento	388
B.	Medidas cautelares. Normativa aplicable. Principio general	389
C.	Práctica judicial.	390
D.	Valoración: competencia del juez del concurso	392
E.	¿Y qué pasa con la preferencia del orden penal?	393
F.	El decomiso.	394
G.	Autonomía del procedimiento concursal.	397
H.	Efectos de las resoluciones concurrentes	398
	BIBLIOGRAFÍA.	401
	JURISPRUDENCIA.	415

CAPÍTULO 2

LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN CONCURSAL ⁽¹⁾

Ana Belén CAMPUZANO
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad San Pablo CEU

- I. LA CONFIGURACIÓN DE LA CALIFICACIÓN CONCURSAL
- II. EL CONCURSO CULPABLE
- III. LAS PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACIÓN Y LOS CÓMPLICES CONCURSALES

(1) El trabajo se integra en el marco de las investigaciones desarrolladas en el Proyecto *Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial* PID2021-125466NB-I00 financiado por MICIU/AEI /10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

I. LA CONFIGURACIÓN DE LA CALIFICACIÓN CONCURSAL

A. El diseño legal de la sección de calificación

En el Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo —tras su reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, para la transposición de la Directiva 2019/1023, de 20 de junio— la calificación del concurso es aquella sección del proceso concursal legalmente prevista para establecer, en los casos que la propia Ley determina, los efectos civiles de la responsabilidad por la generación o la agravación de la insolvencia en la que pudieran haber incurrido el concursado, sus representantes legales, sus administradores —o liquidadores— de hecho o de derecho y sus directores generales, así como en su caso los cómplices⁽²⁾. En la transposición a la legislación española de la referida Directiva 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, incide en que la Directiva no contiene previsiones específicas en materia de calificación del concurso, al tratarse de una institución que no tiene reflejo en el resto de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en los que, por el contrario, se encuentra muy desarrollado el Derecho penal de la insolvencia, con funciones parcialmente semejantes a las de la calificación. Considerando que ese desarrollo no está aún tan consolidado en el Derecho español, se opta por mantener en la normativa de insolvencia la sección sexta de calificación del concurso de acreedores, aunque, como destaca el Preámbulo de la Ley 16/2022, con innovaciones para acelerar su tramitación⁽³⁾. En este

(2) El cuerpo central que recoge la normativa en materia concursal es el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, tras su modificación por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. El texto refundido de la Ley Concursal había sido previamente objeto de alguna modificación —por el Real Decreto-Ley 5/2021 de 12 de marzo y por el Real Decreto-ley 24/2021 de 2 de noviembre— y algunos cambios se han incorporado con posterioridad —Real Decreto-ley 5/2023 de 28 de junio— pero, sin duda, la reforma profunda de la legislación concursal española se produce con la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

(3) En particular, el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, señala que se mantiene la calificación del concurso de acreedores, aunque con importantes innovaciones relativas,

sentido, la profunda reforma operada en el Texto Refundido de la Ley Concursal por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ha implicado cambios sustanciales en las previsiones legales aplicables⁽⁴⁾.

El proceso concursal se desarrolla ante juez especializado. El juez del concurso es el juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. El concurso de acreedores es un procedimiento unitario, aplicable tanto al deudor civil como al deudor mercantil, atribuyéndose la competencia objetiva para declarar y tramitar concursos a los jueces de lo mercantil, con la excepción temporal de los concursos de persona natural no empresario que se atribuyeron desde 2015 hasta 2022 a la competencia de los juzgados de primera instancia⁽⁵⁾. Dicha excepción ha desaparecido ya; desde la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el juez del concurso será siempre el juez de lo mercantil.

No existen jueces única y exclusivamente de lo concursal, sino jueces que, además del concurso de acreedores, conocen de otras materias mercantiles y civiles (art. 86 ter LOPJ). No obstante, la razón que explicó la creación de los juzgados de lo mercantil fue precisamente la necesidad de contar con juzgados a cuyo frente se encontrasen magistrados con conocimientos suficientes para afrontar la muy compleja materia concursal. En efecto, la figura del juez de lo mercantil parte de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio,

de un lado, a la presentación del informe de calificación, con continuidad de plazos para acelerar la tramitación de la sección sexta. Y de otro lado, a la supresión del dictamen del Ministerio Fiscal, lo que se compensa con el reconocimiento de legitimación a los acreedores que alcancen un determinado porcentaje del pasivo para presentar informe de calificación simultánea e independientemente del informe del administrador concursal, solicitando que el concurso sea calificado como culpable.

- (4) La inclusión de estas modificaciones justifica que la propia norma de reforma contenga diversas disposiciones transitorias. Fundamentalmente, se recoge el régimen aplicable a los procedimientos y actuaciones iniciadas después de la entrada en vigor de la reforma concursal y, en lo que aquí interesa, aunque los concursos declarados antes de la entrada en vigor de la reforma concursal se rigen por lo establecido en la legislación anterior, por excepción se regirán por las previsiones incluidas tras la reforma concursal, entre otros, el régimen de calificación del concurso cuando la sección sexta hubiera sido abierta o reabierta después de su entrada en vigor.
- (5) La modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de mayo, atribuyó la competencia en materia de concursos de personas naturales no empresarios a los juzgados de primera instancia como medida de descongestión de los juzgados de lo mercantil, lo que supuso un paso atrás en la especialización. No obstante, se trataba de una medida que más pretendía evitar o minorar el colapso que sufrían los juzgados de lo mercantil que otra cuestión de eficiencia, por lo que finalmente con la reforma operada mediante la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil, se vuelve a atribuir su competencia a los juzgados de lo mercantil especializados.

y el juez del concurso se contempla en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal. La intención originaria del legislador fue la de distinguir entre competencias en materia de insolvencias (concurso de acreedores) y otras a las que denominó «añadidas» localizándolas en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En la actualidad los órganos de lo mercantil se estructuran en juzgados de lo mercantil. En cada Audiencia Provincial existirá, al menos, una sección especializada en asuntos propios de los órganos de lo mercantil que resolverá los recursos y cuestiones que se planteen en dichos órganos de primera instancia. A partir de ahí, ni los Tribunales Superiores de Justicia ni el Tribunal Supremo tienen esta especialización.

Para facilitar la tramitación, la legislación concursal ordena la división del proceso en secciones, ordenándose las actuaciones de cada una de ellas en cuantas piezas separadas sean necesarias o convenientes (art. 508 TRLC). No se trata de una mera decisión de carácter procesal, sino de la continuación de una larga tradición, que se explica por la complejidad del procedimiento concursal, que ha de seguir simultáneamente diferentes caminos. La sección sexta del proceso concursal comprende lo relativo a la calificación del concurso, a los efectos de la calificación y a la ejecución de la sentencia de calificación del concurso como culpable. La legislación concursal regula las partes del proceso, concepto distinto del de partes en el incidente, distinguiendo entre partes necesarias que serán, en todo caso, el deudor que hubiere comparecido y la administración concursal, y, en su caso, el Fondo de Garantía Salarial, y partes no necesarias que serán los acreedores, salvo en la sección de calificación cuando hayan comparecido proponiendo la calificación culpable y los demás titulares de un interés legítimo. Así, conforme al artículo 509 del Texto Refundido de la Ley Concursal, *en las distintas secciones del concurso serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor que hubiera comparecido en el concurso de acreedores y la administración concursal. Y, en la sección sexta sólo serán partes necesarias la administración concursal y, si comparecen en ella, las personas que, según el informe de calificación, pudieran quedar afectadas por la calificación y los acreedores que hubieran propuesto en tiempo y forma la calificación del concurso como culpable.* Tras la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal en septiembre de 2022 desaparece la figura del Ministerio Fiscal como parte necesaria en la sección de calificación. Su función se limitará a las que son propias de tal ministerio respecto de la posible comisión de delitos o el régimen de información sobre competencia cuando sea puesto en duda en el procedimiento.

La sección de calificación concursal ha evolucionado considerablemente desde unos orígenes vinculados a la represión penal de la insolvencia. Son muchos los teóricos del Derecho que se han ocupado de estudiar la función represora del Derecho, muy en especial en el ámbito del Derecho penal, pero la función represora también está presente en otras parcelas jurídicas. El Derecho concursal es una de esas parcelas en la cual, tradicionalmente, tanto en el derecho español como en el derecho comparado, se han establecido sanciones como medidas represoras de conductas indeseadas, que van desde la responsabilidad pecuniaria hasta la sanción de inhabilitación⁽⁶⁾. Aquellas conductas consideradas indeseables y por ello sancionables han ido mutando a lo largo de la historia. El Derecho concursal ha cumplido esta función represora del deudor desde sus orígenes, aunque, es cierto, que los principios de política jurídica inspiradores de las sanciones al deudor insolvente han evolucionado —y mucho— desde entonces.

Cuando nacen los procesos concursales, la operación de calificación no existía, sino que se consideraba al quebrado como defraudador (*decoctor ergo fraudator*) y, por consiguiente, la quiebra era un delito *per se*, si bien poco después se suaviza esa presunción *iuris et de iure* de fraude, que pasa a ser sólo *iuris tantum*. La calificación de la quiebra es una operación que nace con la codificación, a fin de determinar si la actuación del quebrado debía o no ser sancionada, tanto penal como civilmente. De este modo, por influencia de la codificación francesa, en el Código de Comercio de 1829 se contemplaban cinco clases de quiebras: la suspensión de pagos y la insolvencia fortuita, que no implicaban sanción, y la insolvencia culpable, la insolvencia fraudulenta y el alzamiento, que llevaban consigo sanciones civiles y penales. En el Código de Comercio de 1885 las clases de quiebras se redujeron a tres: insolvencia fortuita, insolvencia culpable e insolvencia fraudulenta, y, tras el Código Penal de 1995 quedaron, de hecho, reducidas a dos: la quiebra fortuita y la fraudulenta. A raíz del Código Penal de 1995 la función de la calificación perdió, además, su vinculación con la responsabilidad penal, ya que ese texto reguló los denominados delitos de insol-

(6) Entre otras, la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 21 de noviembre de 2007* destaca la importancia de la sección de calificación en el concurso y la finalidad de defensa tanto de intereses privados como públicos que ésta cumple. Así, señala que *los efectos de la calificación pueden ser personales y patrimoniales. Dualidad que permite afirmar que la calificación concursal tiene una doble función, ya que no solo atiende a los intereses privados de los acreedores afectados, lo que explica las medidas patrimoniales dirigidas a su resarcimiento, sino también un interés público y general consistente en que los sujetos afectados por la calificación al menos de manera temporal no puedan seguir actuando en el tráfico económico gestionando bienes ajenos porque su actuación dolosa o con culpa grave lo justifica, evitando así que puedan afectar negativamente con su comportamiento en el futuro a terceros potenciales acreedores.*

vencia punible sin remitirse ya a los hechos tipificados en el Código de Comercio (tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 contenidos en los arts. 259 a 261 bis CP) y dispuso que en ningún caso la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincularía a la jurisdicción penal (inicialmente en el art. 260.4, y con la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 en el art. 259.6 CP), con lo que, desde entonces, los efectos de la calificación se limitaban a la esfera civil, aunque seguían siendo muy destacados: el quebrado fraudulento persona natural no podía concluir convenio con sus acreedores y no podía ser rehabilitado.

La derogada Ley Concursal de 2003 suavizó la función sancionadora del concurso⁽⁷⁾. Así, la redacción inicial del Texto Refundido de la Ley Concursal mantenía —al derivarse así de la derogada Ley Concursal de 2003— que la calificación no constituía una sección necesaria del procedimiento. No obstante, tras la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, la sección de calificación se abre en todos los supuestos, modificando así la regla precedente en la que no procedía la formación de la sección de calificación del concurso cuando tuviera lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se estableciera, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, entendiéndose por tales las clases de acreedores privilegiados recogidas en la lista elaborada por la administración concursal, una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resultase incumplido. En efecto, con el objetivo de evitar actuaciones «estratégicas», la sección de calificación se abre en todos los supuestos tras la finalización de la fase común⁽⁸⁾. Ello, ade-

(7) Señala la *Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4.ª, de 19 de septiembre de 2011*, que la calificación tampoco es la finalidad del concurso, sin perjuicio de su dosis de interés público y de su mayor o menor importancia práctica, incluso disuasoria o preventiva de actuaciones reprochables en el tráfico jurídico y mercantil que la Ley tipifica. A diferencia de otras secciones, o de la regulación anterior de carácter más bien represivo, presidida por la sospecha tradicional de que «quien quiebra defrauda» y un mayor interés público que privado, que imponía la depuración de responsabilidades, incluso como presupuesto de las penales (arts. 886 ss. Código de Comercio), la Ley actual no ha seguido tal sistema sino que la apertura de la sección sexta de calificación no es siempre obligatoria ni imprescindible. En la misma línea, el *Auto del Juzgado de lo Mercantil, núm. 1, de Madrid de 13 de octubre de 2006*, indica que la Ley Concursal no atribuye al proceso concursal la «función represora» en todos los casos, sino sólo en aquellos en que concurren determinadas circunstancias que el legislador ha valorado como de especial gravedad y que merecen el reproche previsto (...).

(8) La posibilidad de no aperturar la sección de calificación en los términos indicados había propiciado algunas controversias. *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo 61/2019, de 31 de enero y 456/2020, de 24 de julio. BAENA, P. J. «Los presupuestos legales para la no formación de la sección de calificación del concurso en caso de aprobación judicial del convenio», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 48. 2019, págs. 147-168; RÓDRIGUEZ

más, sin perjuicio de que la sección de calificación haya de formarse precisamente como consecuencia del fracaso del convenio que determina la apertura de la fase de liquidación⁽⁹⁾.

B. La calificación en caso de intervención administrativa

La legislación concursal contempla también la calificación en caso de intervención administrativa, prevista para realizarse sin necesidad de declaración de un concurso de acreedores cuando se produzca la intervención de entidades de crédito, de inversión y de seguro (arts. 463 y 464 TRLC). Las referidas entidades se integran entre las que, en sede concursal, están sujetas a especialidades. El Texto Refundido de la Ley Concursal agrupa en el título XIV de su libro primero (como último capítulo), junto con el concurso de la herencia, los supuestos de concursos de acreedores con especialidades. Dejando a un lado el concurso de la herencia, el régimen se incluye como especialidades del concurso por razón de la persona del deudor, diferenciando: las comunicaciones y notificaciones especiales (arts. 572 y 573 TRLC); las especialidades de la administración concursal (arts. 574 a 577 TRLC); las especialidades del concurso de entidades de crédito, de empresas de servicios de inversión, de entidades aseguradoras, de entidades que sean miembros de mercados regulados y de entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores (art. 578 TRLC); las especialidades del concurso de empresas concesionarias de obras y servicios públicos o contratistas de las administraciones públicas (arts. 579 a 581 TRLC); y las

RUIZ DE VILLA, D. «La no apertura de la sección de calificación en el concurso tras convenio concursal poco gravoso: análisis de las consecuencias de la sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 31 de enero de 2019», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 48, 2019, págs. 355-373.

(9) En relación con la sección de calificación concursal, entre otros, ROJO, A. - CAMPUZANO, A. B. (Dir.), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Aranzadi, Pamplona, 2013; CAMPUZANO, A. B. «La configuración de la sección de calificación del concurso de acreedores en el derecho español», *Deonomi*, año III, núm. 1, abril 2020, págs. 6-43; MARTÍNEZ MUÑOZ, M. *La calificación del concurso de acreedores*, Aranzadi, Pamplona, 2019; MACHADO, J. *El concurso de acreedores culpable (calificación y responsabilidad concursal)*, Aranzadi, Pamplona, 2006; PÉREZ BENÍTEZ, J. J. «Problemas procesales de la calificación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14, 2008, págs. 149-184; QUIJANO, J. «La modificación del régimen de la calificación del concurso», en *El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva Ley Concursal* (Coord. HERBOSA MARTÍNEZ, I.), Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 329-347; SALA SANJUÁN, A. J. «La reforma de la calificación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. extra-58, págs. 141-202; SANCHO GARGALLO, I. «La calificación del concurso», en AA.VV., *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 545-580 y *La calificación del concurso de acreedores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021; SARAZÁ, R. «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007, págs. 229-264.

especialidades del concurso de entidades deportivas (art. 582 TRLC). En los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como de entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplican las especialidades que para el concurso de acreedores se hallen establecidas en su legislación específica y se recoge un listado de legislación especial, a estos efectos⁽¹⁰⁾.

En este marco, se contempla en la norma concursal la calificación en caso de intervención administrativa. En los casos de adopción de medidas administrativas que comporten la disolución y liquidación de una entidad y excluyan la posibilidad de declarar el concurso, la autoridad supervisora que las hubiera acordado comunicará inmediatamente la resolución al juez que fuera competente para la declaración de concurso de esa entidad. Una vez recibida la comunicación y, aunque la resolución administrativa no sea firme, el juez, de oficio o a solicitud de la autoridad administrativa, dictará auto acordando la formación de una sección autónoma de calificación, sin previa declaración de concurso. Se dará al auto la publicidad prevista en el Texto Refundido de la Ley Concursal para la resolución judicial de apertura de la liquidación. En cuanto a las especialidades de la tramitación, la sección se encabezará con la resolución administrativa que hubiere acordado las medidas y los interesados podrán personarse y ser parte en la sección en el plazo de quince días a contar desde la publicación prevista. El informe sobre la calificación será emitido por la autoridad supervisora que hubiere acordado la medida de intervención, salvo que en la legislación específica se designe persona distinta.

Por tanto, la calificación puede realizarse sin necesidad de declaración de un concurso de acreedores, cuando se produzca la intervención de enti-

(10) Los mercados financieros ocupan una posición muy destacada en las economías de los países desarrollados y emergentes como instrumento indispensable para la obtención de financiación. El creciente desarrollo de esos mercados ha fomentado su progresiva apertura e internacionalización, que implican también una mayor exposición al riesgo. Las crisis de las entidades de los mercados financieros repercuten de forma tan decisiva en la economía de un país que justifican la existencia de normativas específicas que persiguen salvaguardar a quienes contratan con ellas y, sobre todo, los intereses del conjunto de la economía. Se explica así un tratamiento especial de las crisis de las entidades financieras, apoyado siempre en la también especial intervención de los poderes públicos y que tiene dos claras manifestaciones: la denominada «legislación concursal especial» y una serie de normas dirigidas a evitar y gestionar las crisis en situaciones económicas de especial gravedad. *Vid.* CAMPUZANO, A. B. «Concurso de acreedores y entidades aseguradoras», en *Gobernanza y gestión de entidades aseguradoras*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 199-224.

dades de crédito, de inversión y de seguro. Esta sección de calificación no se formará en cualquier caso de intervención, sino sólo cuando se adopten medidas que comporten la disolución y liquidación de la entidad y que excluyan la posibilidad de declarar el concurso, lo que reduce considerablemente el ámbito de aplicación. En tal caso, surgirá un deber de la autoridad de control y supervisión que hubiera adoptado las medidas de intervención de la entidad en crisis de comunicar su adopción al juez que fuera competente para declarar el concurso de la entidad intervenida. Recibida la oportuna comunicación, el juez, sin previa declaración de concurso de la entidad afectada, de oficio o a petición del ministerio fiscal o de la autoridad que hubiera acordado la intervención, dictará auto acordando la formación de una sección autónoma de calificación, al que se dará la publicidad requerida para la resolución judicial de apertura de la liquidación. Se trata, en definitiva, de una sección de calificación abierta de forma autónoma como consecuencia de las medidas administrativas de intervención de entidades en crisis, que se sujeta a las especialidades referidas.

En el caso de las entidades aseguradoras, la remisión a la calificación concursal que realiza la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras se hace en esta sede, al reenviar a los artículos que abordan la calificación en caso de intervención administrativa (art. 189.7 LOSSEAR y arts. 174 y 175 derogada LC de 2003, arts. 463 y 464 TRLC). Lo que se dispone es que el informe de calificación concursal será emitido por el Consorcio como órgano de liquidación de la entidad, que será parte interesada en el incidente en representación de los acreedores. El mismo se remitirá tan pronto como el Consorcio haya tenido posibilidad de conocer suficientemente los antecedentes y situación de la entidad, para determinar el inventario de activo y la relación de acreedores y poder emitir un informe razonado sobre las causas de la insolvencia y la calificación correspondiente. A estos efectos, se establece que el juez dejará en suspenso la apertura de la sección de calificación concursal hasta que el órgano liquidador le notifique que ya se está en condiciones de emitir el referido informe, que en todo caso deberá ser siempre antes de la convocatoria de la junta de acreedores. Esta última remisión a la emisión en todo caso antes de la convocatoria de la junta de acreedores ha de tener en cuenta que dicha junta ha sido suprimida en la legislación concursal, tras su reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. En efecto, se suprime la junta de acreedores en el marco de la simplificación de la tramitación del concurso de acreedores, que también es uno de los objetivos de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio.

En el supuesto de las entidades de crédito y de inversión ha de tenerse en cuenta la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión⁽¹¹⁾. Es en el ámbito de la resolución donde podría operar la calificación en caso de intervención administrativa. La Ley 11/2015 persigue la inclusión de potestades específicas que permitan a las autoridades públicas gestionar el proceso de resolución de una entidad de crédito o empresa de servicios de inversión de una forma enérgica y ágil, con respeto de los derechos de los accionistas y acreedores, pero partiendo del principio de que son estos, y no los ciudadanos, quienes deben absorber las pérdidas de la resolución. La Ley opta por un procedimiento especial para el tratamiento de la crisis económica de —algunas— de estas entidades. Se parte de que los tradicionales procedimientos concursales, llevados a cabo en vía judicial, no son, en muchos casos, útiles para llevar a cabo la reestructuración o cierre de una entidad financiera inviable. Es más que probable que la inclusión en la derogada norma concursal del año 2003, desde su redacción original, de una disposición adicional segunda (hoy en el art. 578.2 TRLC) que recoge el régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras ya implicara una decantación en esta línea. Se invoca el tamaño, complejidad y singularidad de las fuentes de financiación de algunas entidades, para rechazar su liquidación ordinaria que, se entiende, difícilmente podría evitar daños irreparables al sistema financiero y a la economía. En consecuencia, se articula un procedimiento especial que permite a las autoridades públicas disponer de poderes extraordinarios en relación con la entidad fallida y sus accionistas y acreedores y dirigido a lograr una gestión lo más eficiente posible. Para ello se distingue entre liquidación y resolución de una entidad financiera. La *liquidación* supone el término de las actividades de una entidad financiera en el marco de un proceso judicial ordinario, proceso que se dará principalmente en el caso de entidades que, por su reducido tamaño y complejidad, sean susceptibles de ser tratadas bajo este régimen

(11) En palabras de su Preámbulo, la Ley 11/2015, de 18 de junio, es «heredera» de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre. Aunque se deroga esta última, salvo las disposiciones modificativas de otras normas y las disposiciones adicionales segunda, tercera, cuarta, sexta a decimosegunda, decimoquinta, decimoséptima, decimooctava y vigésima primera, la derogación obedece a razones de sistemática y claridad de las normas financieras, y no a la sustitución del modelo introducido por ésta. En esa medida, se mantienen los mismos principios y la mayor parte de la estructura de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, que básicamente sólo se modifica para incorporar las modificaciones derivadas de los textos que sobre la materia ha ido aprobando la Unión Europea. La Ley 11/2015, de 18 de junio, supone la trasposición del Derecho de la Unión Europea sobre la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, pero dentro de un modelo de continuidad respecto a la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

sin menoscabo del interés público. La *resolución* de una entidad financiera es un proceso singular, de carácter administrativo, dirigido a gestionar la inviabilidad de aquellas entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que no pueda acometerse mediante su liquidación concursal por razones de interés público y estabilidad financiera. En este marco, se separan las funciones supervisoras y resolutorias con el objetivo de eliminar el conflicto de intereses en que podría incurrir la autoridad supervisora en caso de desempeñar al mismo tiempo ambas funciones. Al mandato tradicional de las autoridades supervisoras —asegurar el cumplimiento de la normativa que disciplina la actividad de estas entidades— se añade ahora el de garantizar que, si una entidad se torna incapaz de mantenerse activa por sus propios medios, a pesar de la regulación y supervisión tradicionales, su cierre se producirá con las mínimas distorsiones sobre el conjunto del sistema financiero y, en particular, sin impacto alguno en las finanzas públicas. Para ello se diseña una nueva función público-financiera dirigida a garantizar que las entidades sean, de hecho, liquidables sin que arrastre un impacto económico de tal magnitud que pueda perjudicar al conjunto de la economía. Mientras la *supervisión* busca, fundamentalmente, la continuidad de la entidad, la *resolución* persigue la liquidación de aquellas partes de la entidad que resulten inviables. La diferente finalidad que informa ambas funciones aconseja su desarrollo de forma independiente. Así, las funciones de resolución en fase preventiva se encomiendan al Banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Y las funciones de resolución en fase ejecutiva se asignan al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria⁽¹²⁾.

C. La calificación abreviada en el procedimiento especial de microempresas

La legislación concursal incluye también una calificación abreviada en el procedimiento especial de microempresas, regulado en el libro tercero del Texto Refundido de la Ley Concursal. El procedimiento especial para microempresas es aplicable a los deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las siguientes características: haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores, requisito que se entenderá cumplido cuando el número de horas de trabajo realizadas por el conjunto de la plantilla sea igual o inferior al que habría correspondido a

(12) *Vid.* Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito.

CAPÍTULO 7

PRETERICIÓN DE ACREEDORES Y RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL

Eduardo DE URBANO CASTRILLO
Abogado of counsel en Kepler-Karst
Doctor en Derecho. Ex Magistrado

Director del Programa de Derecho Penal Económico en el IEB

- I. LA UTILIZACIÓN DELICTIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES
- II. EL DELITO DEL ART. 260 CP
- III. LA RESPONSABILIDAD EN ESTE DELITO DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL
- IV. IDEAS FINALES

a) La tutela de los derechos de crédito de los acreedores, a fin de que no se vean burlados a través de conductas fraudulentas de sus deudores, se realiza en el Código penal a través de los denominados «delitos de insolvencia punible» que experimentaron una profunda modificación mediante la LO 1/2015, que entró en vigor el 1-7-2015 y se aplican, por tanto, a los hechos incardinables en los mismos, cometidos a partir de dicha fecha.

b) Y como es sabido, han quedado estructurados, en el Título XIII del Libro Segundo, en dos capítulos: «Frustración de la ejecución», en el capítulo VII con los artículos 257, 258, 258 bis y 258 ter, a.i.; y en el capítulo VII bis denominado «Insolvencias punibles» que consta de los artículos 259, 259 bis, 260, 261 y 261 bis todos, del Código Penal.

Esos dos capítulos, agrupan todas estas conductas en base al criterio principal del plano, privado o público, en que se desenvuelven los hechos tipificados como delito.

Y así, se ocupa de la tutela penal de las relaciones acreedor-deudor, en el plano privado no institucionalizado, incluso aunque el acreedor sea una persona jurídica pública, el artículo 257, que contiene el delito clásico de alzamiento de bienes que en la modalidad del apartado 2.º del art. 257.1 CP, castiga a quien, en perjuicio de 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**».

Esa dinámica del sujeto activo del delito que implica que la realización de un acto de disposición patrimonial cuando ya se había iniciado el procedimiento de ejecución de los acreedores, y se da el resultado de insolvencia, con el elemento tendencial de salvar para sí algún bien o todo su patrimonio de una posible ejecución, constituye tal delito (STS 224/2019, de 29 de abril).

Y los artículos 259 a 261 bis, castigan las conductas que se han decidido tipificar, respecto al ámbito de relaciones obligacionales plurales y sujetas a procesos concursales (arts. 259 a 261). Aunque también pueden incluirse en este grupo, los artículos 258 y 258 bis que tratan de los delitos relacionados con la ejecución de procedimientos por incumplimiento de obligaciones que también tienen un evidente carácter público.

En esta aportación a la monografía, nos vamos a ocupar del delito previsto y penado en el art. 260 CP, que se integra en el grupo de los delitos de insolvencia de naturaleza pública pues se produce en el marco de un procedimiento concursal. Y vamos a dedicar una especial atención al rol del administrador concursal y de su consecuente posible responsabilidad penal.

I. LA UTILIZACIÓN DELICTIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

Iniciamos la exposición del tema que vamos a tratar, con una consideración de algunas cuestiones generales, comunes a estos delitos y por tanto, al delito previsto y penado en el art. 260 CP.

– Naturaleza

Estamos ante delitos de «*estructura abierta*» (STS 19-9-2003), cuya comisión es posible a través de cualesquiera medios encaminados a obtener la defraudación de los créditos de los acreedores; de naturaleza diversa, pues son mayoritariamente de *tendencia o mera actividad*, así los incluidos en los arts. 257 (alzamiento de bienes), 258 (ocultamiento del patrimonio en ejecución), 259 (bancarrotas), 260 (preterición de acreedores) y 261 (concurso falsario), si bien los delitos a cometer, según el art. 258 bis (utilización indebida de bienes embargados) exige un «*resultado previsto en la norma*»; tratándose, igualmente, de *delitos «especiales o de propia mano»*, en cuanto para su comisión se exige ser deudor, al margen de la participación que en ellos puedan tener otros terceros partícipes en su ejecución, como *extranii*; y que podemos incluir, también, en la categoría de «*delitos de dominio*», conforme a la conocida denominación efectuada por el profesor G. JAKOBS, al derivar el daño que causan, de la capacidad de organización del autor, a través de su propio patrimonio.

– Bien Jurídico

Se trata de «delitos pluriofensivos» dado que tutelan o protegen más de un interés o derecho concretos. Así, en el «alzamiento de bienes» (art. 257),

se protege «el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos», o con palabras parecidas «la garantía que el patrimonio del deudor ofrece al acreedor para el cobro del crédito» (STS 495/2023, de 22 de junio).

Pero también el buen funcionamiento del sistema económico crediticio que depende en gran medida, de las correctas relaciones entre acreedores y deudores.

En los delitos previstos en los artículos 259, 260 y 261 se tutelan intereses públicos, principalmente, como son el debido respeto en la utilización de los procedimientos concursales, lo cual aparece conectado con el buen funcionamiento de la administración de Justicia en este sector del ordenamiento.

A ello, algún autor, añade la protección de la fe pública y el valor probatorio que se atacan con algunas de las conductas sancionadas (GONZÁLEZ CUSSAC)⁽¹⁾.

– Supuesto especial previsto para las personas jurídicas

La reforma del CP, operada por LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo un nuevo artículo en relación a las personas jurídicas, que desde dicha ley ya pueden ser sujetos activos directos de delitos.

«Art. 261 bis

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

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

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33».

Se trata de un tipo específico para los delitos de insolvencia punible que puedan cometer las personas jurídicas como tales, en el cual se explicitan las penas a imponerles.

(1) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. en «Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003» en «Concurso e insolvencia punible» Coord. Hernández Martí, J. Editorial Tirant lo Blanch, 2004.

Como se aprecia, se indica la pena de multa como principal, a imponer conforme a las reglas del art. 66 bis CP, si bien se dejan como posibles, la imposición de las penas del apartado 7, letras b) a g) del art. 33 CP.

– Las conductas de utilización delictiva de los procedimientos concursales

Se incluyen en este apartado —regulado en el capítulo VII bis del CP, que se denomina «Insolvencias punibles»— tres delitos: la bancarrota (art. 259 CP), la preterición de acreedores (art. 260 CP) y el concurso falsario (art. 261 CP) que distinguen distintas conductas imputables a quien se encuentra en situación de insolvencia «actual o inminente» o incurso ya, en un procedimiento concursal.

Con toda brevedad, para situar en su contexto el delito del art. 260 CP, objeto de nuestro trabajo, nos referiremos previamente a los delitos incluidos en los artículos 259 y 261 del CP.

A. El delito de bancarrota⁽²⁾

En la reforma operada por la LO 1/2015, se introdujo en el artículo 259 CP un delito en el que se recoge una profusión de conductas del deudor que suponen un peligro para los acreedores aunque no es necesario que se produzca un resultado perjudicial concreto para los acreedores. Cuestión de gran importancia, porque supone, igualmente, la comisión del delito.

El *nomen* del delito, proviene de que en el preámbulo de la precitada reforma, se le denomina «delito de concurso punible o bancarrota» si bien este término, de raigambre histórica, no aparece en concreto, en el texto del Código penal.

Dicho vocablo, podemos considerarlo una novedad, pues los Códigos Penales de nuestra historia sólo se refieren a los quebrados⁽³⁾, para castigar la quiebra fraudulenta o culpable, pero no la producida «por contratiempo o revés de la fortuna» ni tampoco, claro, «las empresas arriesgadas». Si bien quiebra y bancarrota, no es lo mismo, y por eso se evita en esta nueva regulación, toda mención a la quiebra⁽⁴⁾.

(2) URBANO CASTRILLO, E. de en «*El delito de bancarrota, a examen*». RAD N.º 10, 2016.

(3) La primera regulación aparece en los artículos 758 a 765 a.i. CP de 1822.

(4) En el CP de 1928, su artículo 723 se refiere a «la quiebra, el concurso o la insolvencia», pero tampoco emplea la palabra «bancarrota».

«Bancarrota», según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tiene tres acepciones: 1. Quiebra de una empresa. 2. Ruina económica. Y 3. Hundimiento o descrédito de un sistema o doctrina⁽⁵⁾.

Se trata, ya en el ámbito penal, de una conducta que ha sido caracterizada por la doctrina, de modo sintético, como:

a) Conducta en la que «el sujeto se encuentra ya en una situación de insolvencia actual o inminente, o cuando la actividad contraria a la diligente gestión de los bienes o empresarial causa la situación de insolvencia»⁽⁶⁾.

b) Tanto cuando el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones (insolvencia actual) como cuando el deudor prevea (o deba prever) que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones (insolvencia inminente)⁽⁷⁾.

c) «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»⁽⁸⁾.

d) Las «fraudulencias» patrimoniales, documentales y de favorecimiento de acreedores y en general, «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»⁽⁹⁾.

En definitiva, la bancarrota penal supone, tal como se configura en el actual art. 259 CP, dos tipos de conductas que originan tal delito: a) engañar a la autoridad judicial del concurso con actos susceptibles de perjudicar a

(5) DRAE, 23 Edición, 2014.

(6) MUÑOZ CUESTA, Javier en «Frustración de la ejecución: una nueva forma de protección del acreedor», 28-4-2016 (BIB 2015, 4746), Thomson Reuters.

(7) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. en «La reforma de los delitos económicos», pág. 277 Civitas, Aranzadi, 1.ª Edición, 2015, tomando la idea de BACIGALUPO ZAPATER, E. en «Insolvencia y delito en el Proyecto de Reformas del Código Penal de 2013», Diario La Ley, N.º 8303, 2014.

(8) RODRÍGUEZ PADRÓN, C. en «Las insolvencias punibles en la reforma del Código penal», con cita de la STS de 24 de abril de 2009, ROJ 3278/2009. *La Ley Penal*, de 1 de noviembre de 2015, N.º 117.

(9) FARALDO CABANA, P. en Comentario al art. 259 CP, dentro de la obra: «Comentarios prácticos al Código penal», Tomo III. Director: Manuel GÓMEZ TOMILLO, pág. 295.

los acreedores del concurso, y b) causar la insolvencia mediante alguna de las conductas que se describen en el tipo⁽¹⁰⁾.

El delito castiga, a quien «encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas:

1.^a Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

2.^a Realice 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.

3.^a Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.

4.^a Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios.

5.^a 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 desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

6.^a Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa 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 este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

7.^a Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

8.^a Formule 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 de la situa-

(10) URBANO CASTRILLO, E. Comentario al art. 259 CP en «Comentarios y jurisprudencia del CP», dirigidos por Julián SÁNCHEZ MELGAR. Editorial Sepín, 2024, 6.^a Edición, pág. 2467, Tomo III.

ción económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

9.^a 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».

El artículo, como se aprecia, se cierra con una a modo de «clausula general», impropia de la ley penal, que requiere certeza y taxatividad de los tipos penales, al tiempo que viene a ser, en nuestra opinión, como el reconocimiento del fracaso del legislador que después de enumerar hasta ocho conductas, tiene que recurrir a esta cláusula final, que será la realidad y la jurisprudencia las que tengan que ir precisando su alcance.

En cuanto a la culpabilidad, el delito puede ser cometido tanto por dolo como por imprudencia, pues ésta se castiga de modo expreso, en el apartado 3 del art. 259 CP, tal como exige el artículo 10 CP, para poder sancionar la imprudencia.

Respecto a cuestiones de orden procesal, el artículo 259 CP en los apartados 4, 5 y 6 contiene unas reglas para su perseguibilidad:

- que el delito sólo es perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso.
- que no es necesario aguardar a la conclusión del concurso para perseguir el delito.
- y que, en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal.

Puede ser autor —aunque el ámbito de realización de este delito por antonomasia será el empresarial— tanto empresarios como cualquier otra persona no comerciante que se pueda calificar como deudor. Y tanto personas físicas como jurídicas, por así establecerse en el art. 261 bis CP.

En el apartado 5 del artículo 259 se penaliza expresamente la comisión por persona que actúe en nombre del deudor, lo que incluye, sin duda, a los directivos de una persona jurídica, lo que nos remite, en general, a la problemática más amplia de la participación en estos sujetos, pero permite, además, abrir el campo de los representantes, apoderados y demás, incluso de las personas físicas.

