

Evolución, regulación y tipicidad de las insolvencias punibles: un análisis desde el Derecho Penal

DANIEL FERNÁNDEZ BERMEJO

Profesor Titular Derecho Penal
UNED

RESUMEN

En el presente trabajo se pretende mostrar cómo ha evolucionado el tratamiento de las insolvencias en la norma penal a lo largo del tiempo, significando la reforma de 2015 un cambio de paradigma al crear ex novo la categoría de delitos de frustración de la ejecución, separándose éstos de la tradicional regulación conjunta con las insolvencias punibles. De otro lado, se analizará también el bien o bienes jurídicos protegidos por las conductas típicas de los delitos de insolvencias punibles, así como las distintas modalidades típicas previstas en la vigente norma penal. Y todo ello con una aportación dogmática, jurisprudencial y personal sobre algunos de sus elementos y conductas típicas.

Palabras clave: insolvencia; crédito; deudor; acreedor; concurso de acreedores; favorecimiento de acreedores; frustración de la ejecución.

ABSTRACT

This paper aims to show how the treatment of insolvency in criminal law has evolved over time. The 2015 reform represented a paradigm shift by creating ex novo the category of crimes of frustration of execution, separating these from the traditional joint regulation with punishable insolvency. Furthermore, the legal asset or assets protected by the typical conduct of punishable insolvency offenses will also be analyzed, as well as the different typical modalities provided for in the current criminal

law. All of this will include dogmatic, jurisprudential, and personal contributions on some of its elements and typical conduct.

Keywords: insolvency; credits; debtor; creditor; bankruptcy; favoring creditors; thwarting an execution.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Sobre el concepto de insolvencia.–III. Evolución histórica de la regulación de las insolvencias punibles en el Código Penal.–IV. Determinación del bien jurídico protegido en los delitos de insolvencias punibles.–V. Tratamiento penal de las insolvencias punibles en la actualidad. Las conductas típicas. 1. El subtipo básico del artículo 259.1 CP. Las conductas irregulares en estado de insolvencia actual o inminente. 2. El subtipo básico del artículo 259.2 CP. La insolvencia causada por el deudor. 3. El tipo específico de favorecimiento ilícito de acreedores. 3.1 El favorecimiento preconcursal del artículo 260.1 CP. 3.2 El favorecimiento postconcursal del artículo 260.2 CP. 4. El tipo específico de presentación de datos falsos en el procedimiento concursal. El artículo 261 CP.–VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

No puede abordarse el fenómeno de la insolvencia sin acercarnos al ámbito mercantil, que ha servido de base en su concepción primigenia, y en el que tradicionalmente la doctrina mercantilista ha concebido la insolvencia (1) como una insuficiencia de bienes producida como consecuencia de la existencia de un desequilibrio en el patrimonio del deudor, en virtud del cual los acreedores pueden no ver satisfecho su crédito o créditos. Esto es lo que se conoce como un estado de insolvencia patrimonial permanente, o insolvencia real o definitiva, en el que el activo exigible es inferior al pasivo realizable, fruto del desequilibrio patrimonial producido. Pero también puede suceder que el activo existente resulte igual o superior al montante del pasivo y, a pesar de ello, el pago de las deudas al momento de exigibilidad de la deuda no se va a realizar por razones de inexistencia de liquidez. Esta situación puede obedecer, en esencia, a dos escenarios muy dispa-

(1) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Generación de Conocimiento, «Ganancias ilícitas y sistema de justicia penal: una perspectiva global» (PID2022-138796NA-I00), al amparo del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

entre sí: en primer lugar, la existencia de una insolvencia parcial y con carácter provisional del patrimonio del deudor, que nada impedirá la posterior satisfacción de los créditos de los acreedores habida cuenta de la acreditada situación económica positiva en general –situación ajena al Derecho penal–; y, en segundo lugar, la existencia de la denominada insolvencia transitoria o aparente, situación que se produce en aquellos supuestos de ocultación de bienes en los que, aunque el patrimonio del deudor es lo suficientemente amplio como para satisfacer las deudas contraídas, el acreedor no puede ver satisfecho su crédito por la existencia de una insolvencia fraudulenta, a través del engaño. Es este escenario el que concierne al Derecho penal.

Ciertamente, la insolvencia será punible cuando el deudor realiza ciertos movimientos en su patrimonio dirigidos a eludir las obligaciones contraídas con sus acreedores, los cuales se ven perjudicados. O, en otras palabras, cuando el deudor realiza actos fraudulentos contrarios a los intereses de sus acreedores.

En realidad, la insolvencia ha de ser intencionada, buscada por el propio deudor, para que active la maquinaria del Derecho penal. Dentro de esta intencionalidad traducida a modo de defraudación, y más allá de la distinción relativa a la insolvencia total o parcial (2), definitiva o provisional, real o aparente, jurídica o fáctica, lo determinante será que los acreedores puedan o no encontrar bienes suficientes para garantizarse el cobro de sus créditos u obligaciones económicas.

Tanto los delitos de frustración de la ejecución (artículos 257 a 258 ter del Código Penal), como los de insolvencia punible (artículos 259 a 261 bis), parten de un mismo presupuesto, y es que conforme establece el artículo 1.911 del Código Civil, «el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes o futuros». Un deudor debe cumplir con sus obligaciones de pago, de manera voluntaria, y, de no hacerlo, debe asumir las consecuencias de un proceso de ejecución para que el acreedor pueda ver satisfecho su derecho al crédito. Y, en el caso de que no existiesen bienes suficientes del deudor para responder por el montante de la deuda contraída, se establece un proceso concursal que resuelva su crisis económica o insolvencia. Ahora bien, si se trata de un comportamiento del deudor que actúa de mala fe, podrían concretarse dos conductas básicas, a saber: «ocultar o deshacerse fraudulentamente de los bienes con los que debería responder de las obligaciones de pago contraídas con uno

(2) En realidad, la distinción entre insolvencia total o parcial debe carecer de sentido en el ámbito penal, toda vez que la tipicidad de estas figuras delictivas se basan en la imposibilidad del deudor de hacer frente a sus deudas. Basta con que sea insolvente en unas obligaciones, pese a que pueda atender algunos créditos pero otros no.

o varios acreedores, a fin de frustrar las legítimas expectativas de cobro de éstos, o hacer ineficaz, mediante actuaciones fraudulentas, aquel proceso de ejecución que el acreedor inste contra sus bienes; y, por otro, alterar, mediante actuaciones fraudulentas, la aplicación de las reglas jurídicas que disciplinan los casos de solución judicial (en el correspondiente procedimiento concursal) de la crisis económica («insolencia o bancarrota» dice el apartado XVI del Preámbulo de la LO 1/2015) del deudor» (3).

Para dar solución jurídica y práctica a las situaciones de insolencia, se diseña un procedimiento especial: el concurso de acreedores. Este procedimiento (4) pretende evitar, de una parte, la despatrimonialización del deudor y, por otra, optimizar el valor patrimonial del deudor insolvente en aras de conservar la empresa o unidad productiva. La declaración civil de concurso constituye un acto procesal por el que la situación fáctica –de hecho– de la insolencia adquiere la categoría jurídica de concurso, con los presupuestos y requisitos estipulados en la Ley Concursal.

Conviene también advertir, en este sentido, que las ejecuciones individuales suelen producir una desorganización en el patrimonio del deudor, y afectan a su capacidad productiva, de manera que los acreedores posteriores se verán dificultados para obtener satisfacción en el cobro de sus deudas (5). Es por ello por lo que, para paliar tales efectos negativos, la satisfacción individual se sustituye por la satisfacción colectiva en el procedimiento concursal, en el que, bajo la tutela judicial, los créditos de los acreedores se identifican convenientemente, se clasifican conforme a criterios legales y se satisfacen con arreglo al principio de paridad de trato o de comunidad de pérdidas (6). En síntesis, la situación de insolencia actual o inminente no descansa en el libre ámbito organizativo de cada empresario, y tampoco existe una autorregulación del propio mercado. Le corresponde al Estado, en atención a la transcendencia social de tales supuestos de crisis económica o insolencia individual, diseñar una regulación específica para

(3) Cfr. MESTRE DELGADO, E.: «La frustración de la ejecución y las insolencias punibles», en Fernández Bermejo, D., Mallada Fernández, C. (Dirs.): *Delincuencia Económica*. Aranzadi, Navarra, 2018, p. 145.

(4) Acerca de un análisis exhaustivo relativo a la normativa concursal, Vid. SÁNCHEZ DAFAUDE, M.: *Estudio crítico sobre el delito concursal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

(5) Vid. ROJO, A., BELTRÁN, E.: «El concurso de acreedores», en Menéndez, A./Rojo, A. (Dirs.): *Lecciones de Derecho mercantil*, vol. II, 16.^a ed., Aranzadi, Navarra, 2018, p. 480.

(6) Vid. ROJO, A., BELTRÁN, E.: *Últ. op. y loc. cit.*

la referida ordenación procedimental que ofrezca una solución económica en todos los casos (7).

Puede afirmarse que se justifica la intervención del Derecho penal en la protección del sistema crediticio, en su vertiente más álgida, a modo de intervención como *última ratio*. Así, el reproche penal queda reservado a la sanción de todas aquellas conductas o actuaciones que revistan carácter fraudulento y que supongan un plus de gravedad en la situación de insolvencia ocasionada, en perjuicio económico a los acreedores como ente colectivo –no individual–, para mantener la estabilidad y el correcto funcionamiento del tráfico crediticio, configurado como un bien jurídico (8) colectivo fundamental para lograr los valores de un Estado social y democrático de Derecho.

Ciertamente, conviene apuntar que la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el Código Penal, mantuvo los mimbres principales de la tradición histórica punitiva en cuanto a la regulación de los delitos de insolvencias punibles se refiere, pero se acometió una profunda reforma del contenido que, en esencia, permanecía inalterada desde el Código Penal de 1870. En este sentido, la reforma penal que tuvo lugar en virtud de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, introdujo un nuevo precepto, el artículo 261 bis, relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y posteriormente, la LO 1/2015, de 30 de marzo, abordó una reforma trascendental en materia de las insolvencias punibles, generándose una profunda remodelación estructural y de su regulación sistemática. Se produjo, por tanto, una separación del Título XIII en los capítulos VII y VII bis, dedicándose el primero de ellos a la «Frustración de la ejecución» (artículos 257-258 ter CP) e incluir en su contenido el delito de alzamiento de bienes –que había estado estrechamente ligado hasta la fecha a las insolvencias punibles–, y otras dos nuevas figuras delictivas («*ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución y la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad*»); y dedicándose el segundo capítulo a «las insolvencias punibles» (artículos 259-261 bis). Aquí se introduce el mal denominado «nuevo delito de concurso

(7) Vid. MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Dykinson, Madrid, 2016, p. 441.

(8) No fue pacífica la denominación del Título XIII al no especificar cuál de sus figuras delictivas debían considerarse atentatorias del patrimonio y cuáles del ámbito socioeconómicos, o si, pudiera considerarse que las mismas tenían una naturaleza mixta.

punible o bancarrota» (9), que se configura como un delito de peligro; y un tipo agravado para los supuestos en los que se causan perjuicios económicos de especial gravedad o bien deudas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Empero, la redacción vigente resulta un tanto compleja y confusa, adelantando la intervención penal al considerar delito de insolvencia ciertas conductas previas a la declaración del concurso que encajaban, y siguen encajando, en los ahora delitos de frustración de la ejecución. Es por ello por lo que se pretende analizar la redacción penal de las insolvencias punibles partiendo de su evolución conceptual y normativa, además de analizar las modalidades delictivas con una generosa aportación de comentarios, criterios de interpretación doctrinales y jurisprudenciales para poder comprender, con mayor precisión, la esencia y aplicación práctica de la regulación vigente de las insolvencias punibles en un Estado social y democrático de derecho, como es el español.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE INSOLVENCIA

Etimológicamente se considera que el vocablo «insolvencia» proviene de la expresión latina «in» prefijo que denota negación o privación, y «solvere», que significa solucionar o resolver (10). Así pues, «insolvente» sería aquel que no resuelve o no soluciona algo, pero la palabra en sí misma no comporta ninguna relación con una deuda o crédito.

Un primer acercamiento al concepto de insolvencia, lleva a definirla como el estado patrimonial en que se encuentra el deudor que no puede hacer frente a las obligaciones contraídas con sus acreedores. La Real Academia Española, por su parte, define la insolvencia como una «falta de solvencia, incapacidad para pagar una deuda» (11).

Para algunos autores la insolvencia ha de ser entendida conforme a lo establecido en la Ley Concursal vigente, mientras que otro sector

(9) Vid. MESTRE DELGADO, E.: «La frustración de la ejecución...», *op. cit.* p. 145. El artículo 259.1 CP pasa a regular lo que con anterioridad se conocía como «bancarrota», y que la doctrina segregaba en fraudulencias patrimoniales, documentales y favorecimiento de acreedores. Vid., por todos, VILADÀS JENÉ, C.: *Los delitos de quiebra. Norma jurídica y realidad social*. Península, Barcelona, 1982, p. 60.

(10) Sobre la evolución de la regulación de las insolvencias fraudulentas en nuestro ordenamiento jurídico, desde el derecho romano hasta la actualidad, realizando una exégesis bastante detallada, Vid. RUIZ BLAY, G.: *Análisis de los aspectos fundamentales del delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, pp. 153 y ss.

(11) Cfr. Diccionario de la RAE: <https://dle.rae.es/insolvencia?m=form>. (Consultado el 13 de enero de 2025).

considera que debe tratarse la insolvencia como un concepto autónomo y desligado del concepto mercantil (12). Pero vayamos por partes.

En el ámbito mercantil, tradicionalmente la doctrina mercantilista concebía la insolvencia como una insuficiencia de bienes que se producía como consecuencia de la existencia de un desequilibrio en el patrimonio del deudor, en virtud del cual los acreedores pueden no ver satisfecho su crédito o créditos. Esto es lo que se conoce como un estado de insolvencia patrimonial permanente, o insolvencia real o definitiva, en el que el activo exigible es inferior al pasivo realizable, fruto del desequilibrio patrimonial producido. Pero también puede suceder que el activo existente resulte igual o superior al montante del pasivo y, a pesar de ello, el pago de las deudas al momento de exigibilidad de la deuda no se va a realizar por razones de inexistencia de liquidez. Esta situación puede darse en virtud de escenarios distintos: el primero de ellos, cuando se produce una posición de insolvencia parcial y provisional sobre el patrimonio del deudor, que no supondrá obstáculo para que ulteriormente los acreedores vean satisfechos sus créditos –habida cuenta de que *quantum* del activo es superior al del pasivo–. E incluso cuando hallemos situaciones de insolvencia parcial y permanente, o insolvencia total y parcial, o total y permanente, no encontraría amparo penal. Es indiferente la conjugación que se quiera realizar entre las distintas categorías de insolvencia y su carácter de temporalidad, ya que, si las situaciones descritas referidas al estado de insolvencia si no van acompañadas de una actuación fraudulenta por parte del sujeto activo, dirigida a ocultar, perjudicar o engañar a sus acreedores, tales actuaciones no encontrarían cobertura en el *ius puniendi*. Es aquí donde emerge un segundo escenario, que sí resultaría sancionable penalmente, conocido como estado de insolvencia transitoria o aparente (13), que tiene lugar, como digo, en supuestos de ocultación de bienes en los que, aunque el patrimonio del deudor es lo suficientemente amplio como para satisfacer las deudas contraídas, el acreedor no puede ver satisfecho su crédito por la creación del deudor de una insolvencia fraudulenta (14).

La Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, hoy derogada, ya contempló ambos tipos de insolvencia; y el Real Decreto Legisla-

(12) Entre otros, *Vid.* ALONSO FERRERAS, B.: «La insolvencia en el derecho penal concursal y el concepto de crisis económica como complemento de la misma», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 27, 2013, p. 73.

(13) *Vid.* URÍA GONZÁLEZ, R.: *Derecho mercantil*, 28.ª ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 1017.

(14) *Vid.* MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*. 6.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 57.

tivo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal vigente, en su artículo 2.2 ofrece un concepto conciso de insolvencia, definiéndola como el estado del deudor «que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», por lo que, desde la óptica concursal, la insolvencia requiere que las deudas resulten exigibles –vencidas– o, al menos, que vayan a serlo en el corto plazo –previsible próximo vencimiento–. Y es que al deudor en situación de insolvencia inminente (15) ni siquiera se le considera insolvente a los efectos de permitir a los acreedores solicitar la declaración de concurso necesario. Así, la condición del deudor en situación de insolvencia inminente lo que permitirá no será otra cosa que la posibilidad de adelantar la solicitud de concurso voluntario.

Pues bien, haciendo eco de las palabras de Faraldo Cabana (16), «la insolvencia impide mantener el sistema de las ejecuciones individuales de los acreedores. El motivo de este sistema se basa en el principio de la prioridad en el tiempo de embargo (*prior tempore potior iure*), lo que favorecería a los acreedores más rápidos, mejor informados o más astutos en perjuicio de los demás, que se quedarían sin bienes para embargar. Por ello, las ejecuciones individuales se sustituyen por un procedimiento colectivo que tutela los intereses de todos los acreedores, sobre la comunidad de pérdidas y del tratamiento igualitario (*par conditio creditorum*). Y este procedimiento es el concurso de acreedores.

Así, puede definirse el concurso de acreedores como aquel «procedimiento judicial por el cual se procura que un deudor en situación de insolvencia reestructure su negocio, si hay posibilidad de salvarlo, o satisfaga ordenadamente sus deudas, si no la hay. Para ello, se limitan sus facultades de administración y se nombra una administración concursal, con facultades más o menos amplias. Para el pago de las deudas se establece un orden de prelación de créditos: tienen priori-

(15) Conforme al artículo 2.3 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, señala que «la insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones». En consecuencia, podrá ser declarado en concurso el deudor que tenga obligaciones que todavía no se encuentren vencidas o no sean exigibles, pero que es consciente que dentro de los tres meses siguientes no podrá satisfacerlas.

(16) Cfr. FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles», en González Cusac, J.L. (Dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tomo I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 760.

dad los créditos contra la masa, a continuación, los créditos privilegiados y, por último, los subordinados» (17).

En este sentido, podemos afirmar que el estado de insolvencia se compone de tres elementos: en primer lugar, es insolvente quien no puede cumplir con sus obligaciones –cualquiera que sea la causa de esa incapacidad–; en segundo lugar, la imposibilidad de cumplimiento ha de ser regular y, por último, la incapacidad de cumplir regularmente debe referirse a obligaciones exigibles. Esta última variable permite concretar el momento exacto en el que el deudor se encontrará en estado de insolvencia (18), es decir, el momento en que se podrá considerar que existe una insolvencia actual (19).

Y en cuanto al ámbito penal se refiere (20), que es el que aquí interesa, puede afirmarse que en España no existe la prisión por deudas (21), habida cuenta que no se castiga el mero impago de una deuda o crédito. Ni en los Códigos anteriores ni en la actualidad, la norma punitiva no ha recogido una protección penal al simple hecho de deber dinero. En cambio, lo que constituye un ilícito penal es una acción u omisión que añade un desvalor específico, esto es, «cometer fraude para perjudicar los legítimos derechos de crédito de terceros, o para hacer ineficaces los instrumentos mercantiles, o los procedimientos judiciales establecidos para garantizar el cobro de lo debido» (22). Por tanto, la insolvencia punible vendrá constituida por aquella conducta delictiva que se produce cuando el deudor realiza ciertos movimientos en su patrimonio para eludir las obligaciones contraídas con sus acreedores. Dicho de otro modo, cuando el deudor realiza actos fraudulentos en perjuicio de los intereses de sus acreedores. En cambio, el

(17) Cfr. FARALDO CABANA, P.: Últ. op. y *loc. cit.*

(18) Sobre los presupuestos del concurso, Vid. ESPIGADO GUEDES, D., VÁZQUEZ GUTIÉRREZ, E.: «La insolvencia como presupuesto objetivo del concurso y del alzamiento de bienes», en *Diario La Ley*, n.º 9687, Sección Doctrina, 2 de septiembre de 2020, pp. 5-14.

(19) Vid. ROJO, A., BELTRÁN, E.: «El concurso de acreedores...», *op. cit.*, p. 495.

(20) Acerca del concepto jurídico penal de la insolvencia, de manera amplia, Vid. GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: *Alzamiento de bienes e insolvencias punibles*. Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, 2020, pp. 330 y ss.

(21) La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 –Real Decreto de 3 de febrero–, ya no la recogía. Al respecto, Vid. SOUTO GARCÍA, E.: *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 24. Acerca de este fenómeno de condenas por deudas, si bien referido a la frustración de la ejecución y no a las modalidades de insolvencias punibles, Vid. RUANO MOCHALES, T.: «Los delitos de frustración de la ejecución frente a la prisión por deudas», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 136, 2022, pp. 165-206.

(22) Cfr. MESTRE DELGADO, E.: «La frustración de la ejecución...», *op. cit.*, pp. 144 y 145.

Código Penal actual no incluye una definición como tal de las insolvencias punibles, pero sí referencia una extensa tipificación de las conductas delictivas que se ofrecen en estos delitos.

En este sentido, para Bajo Fernández (23) la insolvencia es un estado de hecho y, por tanto, una realidad previa al Derecho desprovista de toda valoración jurídica. En concreto, afirmaba que se trata de una «situación fáctica que muestra 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» (24). Por su parte, Sánchez Dafaude define la insolvencia, con lucidez, como «la incapacidad patrimonial para dar satisfacción completa a los acreedores a medida que se van produciendo los vencimientos de sus créditos» (25); y Nieto Martín (26) la define como una situación asociada a una incapacidad para satisfacer el pago al acreedor por parte del deudor, propia de una carencia de medios para atender regularmente las obligaciones contraídas.

Pues bien, tal y como manifiesta Bustos Rubio (27), se pueden encontrar, y estoy de acuerdo con él, hasta tres grupos de insolvencia en materia penal. Así, y, en primer lugar, la insolvencia total y parcial, si bien es cierto que esta agrupación ha generado algún rechazo por parte de la doctrina científica, como es el caso de Roca de Agapito (28) y Souto García (29), quienes han planteado que o se es solvente o se es

(23) Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Civitas, Madrid, 1978, pp. 151 y ss.

(24) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Últ. op. cit.*, p. 153.

(25) Cfr. SÁNCHEZ DAFUAUDE, M.: *Estudio crítico... op. cit.*, p. 35, quien a su vez expone minuciosamente las distintas acepciones de insolvencia contempladas doctrinalmente, en las pp. 35 y ss.

(26) Vid. NIETO MARTÍN, A.: *El delito de quiebra*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 162 y ss.

(27) Vid. BUSTOS RUBIO, M.: *El delito de favorecimiento ilícito de acreedores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 162 y ss. El autor, además, ofrece un exquisito análisis sobre el concepto jurídico penal de la insolvencia, pp. 160 y ss. Sobre este concepto jurídico penal, Vid., también, GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: *El Derecho penal frente a la insolvencia: Delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*. Aranzadi, Pamplona, 2021, Cap. III; FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, pp. 760 y 761.

(28) Vid. ROCA DE AGAPITO, L.: «Los delitos de alzamiento de bienes (Examen de los artículos 257 y 258 del Código Penal)», en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 22, 2011, p. 52.

(29) Cfr. SOUTO GARCÍA, E.: *Los delitos de alzamiento... op. cit.*, pp. 148 y 149, quien ha manifestado que «la insolvencia parcial presupone una *contraditio in terminis*, ya que el deudor o bien puede hacer frente a sus deudas con su patrimonio y entonces no hay insolvencia, o bien no puede, y entonces sí la hay».

insolvente pero no solvente parcial, habida cuenta que no se puede afirmar que alguien sea «poco solvente» a efectos penales. Esta categoría no gozaría de relevancia penal.

En segundo lugar, se encuentra la insolvencia definitiva y la provisional. En este sentido, la definitiva se ha identificado como una insolvencia absoluta, en tanto que la provisional se le asocia un elemento de transitoriedad. Esta categoría tampoco gozaría de relevancia penal para autores como De la Mata Barranco, para quien «o se está en condiciones de cumplir las obligaciones con suficiente activo realizable o no se está. Otra cosa es la mera iliquidez temporal, solucionable, que no afecta a la realización de un activo con el que sí va a poder cubrir la deuda» (30). En este sentido, Gutiérrez Pérez considera que la insolvencia provisional constituye un «oxímoron» (31), y manifiesta que podría estarse ante una situación de insuficiencia (32), pero no de insolvencia cuando nos referimos a la insolvencia parcial. La cuestión no resulta baladí, toda vez que hay consideraciones de peso contrapuestas (33).

(30) Cfr. DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia», en VV.AA.: *Derecho penal económico y de la empresa*. 2.^a ed. Dykinson, Madrid, 2024, p. 289. En el mismo sentido, BUSTOS RUBIO, M.: *El delito de favorecimiento ilícito... op. cit.*, p. 168, sí considera que debería no tenerse en cuenta esta categoría a efectos penales, si bien, esta opinión la enmarca a efectos del presupuesto de insolvencia al que se refiere el artículo 260 CP, la insolvencia provisional, ya que, en puridad, no atiende a «verdaderos estados de insolvencia sino más bien a situaciones de insolvencia puntual o falta transitoria de liquidez (...). Debemos quedarnos, pues, con la que constituya una verdadera situación de insolvencia, más no con aquellas otras situaciones de desbalance o iliquidez transitoria». Y es que para estos casos, podría acudir a la vía extrapenal alcanzar una solución. Vid. SÁNCHEZ DAFAUDE, M.: *Estudio crítico... op. cit.*, p. 36.

(31) Cfr. GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: *El Derecho penal frente a la insolvencia... op. cit.*, p. 281,

(32) En este sentido, GÓMEZ PAVÓN, P.: «Las insolvencias punibles en el Código penal actual», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 64, 1998, p. 42, ha señalado que la insolvencia se debe distinguir respecto de la insuficiencia o falta de liquidez, pues en este último caso, «aun existiendo bienes en el activo superiores a las deudas, estos no pueden convertirse en dinero sin que por ello se deje de ser solvente». O como atisba BUSTOS RUBIO, M.: *El delito de favorecimiento ilícito... op. cit.*, p. 169, «la mera insuficiencia no es, pues, sinónimo de impago, sino de incapacidad de pago (subsanaable)».

(33) Así, autores como ROCA DE AGAPITO, L.: «Problemas centrales del delito de concurso punible (Artículo 260.1 CP)», en Rojo Fernández Río, A.J., Campuzano Laguillo, A.B.: *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*. Civitas, Cizur Menor, 2013, p. 579, sí considera que cobra relevancia la insolvencia transitoria o provisional, ya que si debiera esperar el Derecho penal para intervenir cuando la insolvencia deviene en definitiva, «podría perder gran parte de su eficiencia preventiva». De la misma opinión, Cfr. FARALDO CABANA, P.: «Los delitos de insol-

Ciertamente, podríamos determinar, pues es la postura por la que me inclino por ser la más práctica teniendo en cuenta el principio de *última ratio* que impera en nuestro Derecho penal, que la distinción entre insolvencia parcial o total, así como la absoluta o provisional, podrían resultar penalmente irrelevantes a efectos de los delitos de insolvencias punibles. No sucedería lo mismo con la categoría de insolvencia real o aparente, que tendría plenos efectos en la esfera penal sancionadora.

Y la tercera categoría de insolvencia sería la que distingue entre insolvencia real o aparente. En este sentido, la real tiene lugar cuando el deudor genera, con sus actuaciones, una incapacidad en el cumplimiento de sus obligaciones que le son exigibles, estando impedido de recursos para hacer frente al pago de sus deudas, en tanto que en la insolvencia aparente, también denominada ficticia, el patrimonio del deudor sí existe y resulta suficiente para cumplir con sus obligaciones, pero éste oculta sus bienes para que los acreedores no puedan hacer valer sus créditos con el patrimonio de aquel. Se trata, en puridad, de una ilusión fraudulenta del cumplimiento de las obligaciones (34). En este sentido, se tratará de una verdadera insolvencia la ocasionada por el deudor que se ve incapacitado para atender sus obligaciones, así como aquella que se derive de una ocultación fraudulenta o ficticia del patrimonio por parte del deudor (35).

vencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal», en Estudios Penales y Criminológicos, n.º 24, 2004, p. 285, que considera que, si bien la insolvencia total es muy grave, la parcial o provisional, aun siendo menos grave, debe ser atendida por el *ius puniendi*, ya que «impide mantener el sistema de las ejecuciones individuales de los acreedores». También, Vid. SOUTO GARCÍA, E.: *Los delitos de alzamiento... op. cit.*, pp. 152 y 153, quien pretende evitar alusiones relativas a situaciones que son constitutivas de una verdadera insolvencia frente a otras que no lo son.

(34) Vid. GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: *El Derecho penal frente a la insolvencia... op. cit.*, p. 291; BUSTOS RUBIO, M.: *El delito de favorecimiento ilícito... op. cit.*, pp. 169 y ss.

(35) Vid., por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Los delitos de quiebra*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 40; DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Delitos de frustración...», *op. cit.*, p. 289; GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: *El Derecho penal frente a la insolvencia... op. cit.*, p. 312; BUSTOS RUBIO, M.: «Los delitos de bancarrota: una modalidad de insolvencia punible», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 50, 2018, pp. 205 y ss.; del mismo: *El delito de favorecimiento ilícito... op. cit.*, pp. 174 y 175. Ahora bien, señala este autor, en esta última cita, que en los artículos 259 a 261 bis CP, relativos a las insolvencias punibles, se dirigen a «sancionar conductas de un deudor que planean sobre un estado de insolvencia real, no figurada ni simulada fraudulentamente, en supuestos en los que ese sujeto deudor no se atiene a un cierto deber de diligencia en la gestión de sus asuntos económicos».

Así las cosas, en opinión de Bajo Fernández, el concepto de insolvencia no abarcaría (36) los supuestos de falta de liquidez, sino solo aquellos en los que no existen activos realizables suficientes, como se ha expuesto, lo que conllevaría a que los acreedores no podrían satisfacer su crédito. Este autor (37) identifica la insolvencia con lo que los mercantilistas denominan «insolvencia definitiva». En este sentido, el Derecho penal intervendría en los supuestos de insolvencia definitiva y, sólo excepcionalmente, sancionaría la falta de liquidez –insolvencia provisional–, cuando el deudor la haya provocado para obstaculizar la realización del derecho de cobro de sus acreedores (38), y, de ser el caso, también para los supuestos de concursos iniciados por una situación de insolvencia transitoria (39).

Por lo tanto, la insolvencia ha de ser intencionada, buscada por el propio deudor, para que active la maquinaria del Derecho penal, guardando las distancias tras la previsión de la modalidad imprudente, como se verá. Ciertamente, Maza Martín (40) consideraba que «nos movemos en el ámbito de las defraudaciones, en las que obligadamente, cierta forma de engaño ha de estar presente aunque no desempeñe el papel rector de la acción que ostenta en la estafa (...). Es una insolvencia a la que se llega a causa de una concreta conducta fraudulenta del deudor y, a partir de la vigencia del nuevo Código penal, siempre intencionada en este sentido (...)». En sentido similar Gómez Pavón (41) sostiene que lo sancionable es la situación de insolvencia lograda mediante el ocultamiento, provocación o la agravación de la insolvencia mediante la realización de conductas fraudulentas, ya que

(36) No debe identificarse el estado de insolvencia con la insuficiencia o falta de liquidez, ya que no existe una relación absoluta entre el incumplimiento de las obligaciones y el estado de insolvencia. En este sentido, podría el deudor atender el pago de sus obligaciones pero hallarse en una situación de insolvencia -y obtener créditos y fondos de manera fraudulenta, con contabilidades falsas o declaraciones ficticias-, de la misma manera que podría no ser insolvente pero no atender el pago de sus obligaciones, bien porque no quiere, o bien por error o negligencia.

(37) Y también otros autores, como VIVES ANTÓN, T., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Los delitos de alzamiento de bienes*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 14.

(38) Vid. HEREDIA MUÑOZ, A.L., CAMARENA ALIAGA, G. W.: «Insolvencias punibles: estudios sobre el tratamiento del alzamiento de bienes en el Derecho penal español», en *Revista Penal de México*, n.º 10, 2016, p. 85.

(39) En este sentido, Buruaga Puertas sostiene que el elemento definidor del fraude en las insolvencias se ve reflejado en el hecho de que el deudor quebranta la confianza y la buena fe que en su capacidad de pago tenían sus acreedores. Cfr. BURUAGA PUERTAS, V.: *La calificación de las insolvencias*. Atelier, Barcelona, 1999, p. 71.

(40) Cfr. MAZA MARTÍN, J.M.: «Las insolvencias punibles», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 5, 1998, pp. 271 y ss.

(41) Vid. GÓMEZ PAVÓN, P.: *Las insolvencias punibles... op. cit.*, pp. 35 y ss.

con ello se consigue la frustración de la expectativa que tiene el acreedor de poder satisfacer su derecho de cobro.

Dentro de esta intencionalidad traducida a modo de defraudación, y más allá de la distinción relativa a la insolvencia total o parcial (42), definitiva o provisional, real o aparente, jurídica o fáctica, lo determinante será que se pueda o no se pueda cumplir en su totalidad con las obligaciones –de no poder, el deudor deviene insolvente (43)–. Por consiguiente, lo importante es que los acreedores puedan o no encontrar bienes suficientes para garantizarse el cobro de sus créditos u obligaciones económicas (44). Si esto no se puede garantizar, tanto unos como otros estados de insolvencia carecen de sentido frente a las figuras delictivas que se analizarán posteriormente.

En este sentido, el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 señala que la reforma de estos delitos «parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución (...) y los delitos de insolvencia o bancarrota». Ahora bien, pese a ubicarse y recibir un tratamiento independiente –en ambos casos, con una vinculación a la normativa mercantil (45), a modo de ley penal en blanco (46)–, estos delitos rodean al concepto de insolvencia y a la dificultad de los acreedores para ejercer su derecho de cobro.

Al igual que sucede en la legislación concursal, en el Derecho penal la pluralidad de acreedores tampoco constituye un requisito en la insolvencia penal; de hecho, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que el elemento subjetivo es el «ánimo de defraudar al acreedor o acreedores» (47), dejando claro que basta con que el defraudado sea una única persona. Además, considera que «es posible (...) que las acciones constitutivas de delito sólo hayan afectado al impago de parte del crédito y no a su totalidad» (48). Así, resultará insolvente penalmente quien no pague una deuda de forma fraudulenta, pero también quien burle una deuda parcialmente. Por lo tanto, será relevante una insolvencia aun

(42) *Vid. Supra*, nota número 2 de este trabajo.

(43) *Vid.* BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico*, 2.ª ed. Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 420.

(44) Al respecto, *Vid.*, entre otras, STS de 15 de abril de 2014.

(45) Si bien es cierto, ya con anterioridad los delitos eran independientes y autónomos del transcurrir de los procedimientos civiles que se pudiesen abrir en relación con los deudores que hubiesen cometido la quiebra, suspensión de pagos, etc. *Vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Ley concursal e insolvencia punible», en VV.AA.: *Homenaje al profesor Dr. Don Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Civitas, Madrid, 2005, p. 1148.

(46) *Vid.* DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Delitos de frustración...», *op. cit.*, p. 377.

(47) *Cfr.* STS 1170/2001, de 18 de junio de 2001.

(48) *Cfr.* STS 680/2019, de 23 de enero de 2020.

cuando la deuda no sea inmediatamente exigible (49). Es más, en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal –artículo 259.6 (50) CP–. Así, se encontrará en situación de insolvencia tanto quien no puede responder de sus obligaciones vencidas, como quien no va a poder cumplir dichas obligaciones, contraídas, pero no vencidas (51).

En definitiva, y a modo de conclusión, la insolvencia es la acción fraudulenta que se concreta en la realización, por parte del deudor –o de quien actúe por cuenta de éste–, de cualquier conducta que venga a provocar o a agravar maliciosamente una situación de crisis económica, generando la incapacidad para satisfacer las obligaciones asumidas (52) –ya sea una incapacidad total o parcial–. Es por ello por lo que se pretende que el Derecho penal sancione a los infractores que realizan las conductas típicas, interviniendo únicamente cuando exista un plus de antijuricidad respecto de la ordenación civil o mercantil, esto es, cuando se aprecie una intención maliciosa o defraudadora del deudor.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES EN EL CÓDIGO PENAL

Las insolvencias han tenido un tratamiento sancionador muy dispar a lo largo del tiempo. Históricamente (53), el incumplimiento de las obligaciones acarrea la imposición de castigos corporales y una serie de sanciones que afectaban la dignidad del deudor (54). También en el Derecho Romano, en virtud de la *legis actio per manus*

(49) El Tribunal Supremo entiende que lo que debe existir con carácter previo es la deuda, sin que sea necesario que sea líquida y exigible, pues «es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su exigibilidad». *Cf.* STS 652/2006, de 15 de junio.

(50) Este precepto se armoniza con lo dispuesto en el artículo 462 de la Ley Concursal, que prescribe que la calificación del concurso como fortuito o culpable «no vinculará a los jueces de lo penal que conozcan de aquellas actuaciones de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices que pudieran ser constitutivas de delito». *Vid.*, al respecto, GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: «La calificación culpable del concurso y los delitos de causación y agravación de la insolvencia (artículos 259.2 y 1 CP): ¿un artificioso divorcio legal frente a una pareja de hecho?», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 38, 2022.

(51) *Vid.* DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Delitos de frustración...», *op. cit.*, p. 354.

(52) *Vid.*, al respecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional 22/2016, de 27 de julio.

(53) Acerca de los castigos sobre la figura del deudor en nuestro derecho histórico, *Vid.* RUIZ BLAY, G.: *Análisis de los aspectos fundamentales...* *op. cit.*, pp. 38 y ss.

(54) Sobre esta cuestión, *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J.: *Elementos de Derecho civil*, vol. I, t. II. Dykinson, Madrid, 2003, p. 11.

inijectionem, se permitía al acreedor insatisfecho aprehender corporalmente al deudor para atarlo y trasladarlo a su hogar preso, una vez transcurridos 30 días a partir del pronunciamiento de la sentencia, constituyendo esta acción la fase de ejecución (55). Y en el Derecho Justiniano emergen también, bajo la influencia del cristianismo, las denominadas moratorias, concebidas como esperas concedidas con ciertos condicionantes al deudor de buena fe para poder hacer frente a las obligaciones contraídas, con cierta dilación (56).

Ya en la Baja Edad Media, nace en el Derecho estatuario italiano, la conocida quiebra o bancarrota, como un procedimiento privado para regular las relaciones de los mercaderes y, especialmente, de los banqueros. Se presumía, con la quiebra, que el comerciante ha actuado de mala fe, por lo que, si se daba con él, ingresaba en prisión o era sometido a severas penas personales (57). Además, se reforzaba la acción Pauliana con presunciones de fraude, de manera que quien realizaba negocios jurídicos con el quebrado durante un denominado periodo sospechoso –cuya extensión determinaba el Juez según las circunstancias–, debía restituir lo adquirido. Y en los casos más graves de mala fe, suponía perder también el montante del crédito (58).

Si bien es cierto, durante la Edad Media va disminuyendo de forma indirecta la prisión por deudas, habida cuenta de la existencia de un aumento de exenciones de esta pena a las que se podían acoger las personas. Y llegó un momento en el que prácticamente nadie resultaba privado de libertad, pese a que las normas sobre prisión y servidumbre del deudor se mantuvieron vigentes hasta la Novísima Recopilación –pero en desuso prácticamente– (59).

Posteriormente, en la Edad Moderna, el procedimiento relativo a la quiebra empieza a adquirir una creciente intervención del Juez, además de que se incrementan ciertos privilegios sobre la persona del

(55) Al respecto, *Vid.* GARCÍA GARRIDO, M. J.: *Derecho privado romano. Casos, acciones, instituciones*. Ediciones académicas, Madrid, 2003, p. 163.

(56) *Vid.* ROJO, A., BELTRÁN, E.: «El concurso de acreedores...», *op. cit.*, p. 481.

(57) *Vid.* ROJO, A., BELTRÁN, E.: «El concurso de acreedores...», *op. cit.*, pp. 481-482.

(58) *Vid.* VIVANTE, C.: *Tratado de derecho mercantil*, vol. I, 1.ª ed., C. Silio Beleña, Trad. Reus, Madrid, 1932, p. 372

(59) *Vid.* RUIZ BLAY, G.: *Análisis de los aspectos fundamentales... op. cit.*, p. 44. En cambio, la prisión coactiva pervivió tanto en su uso como en su vigencia formal, pues se mantuvieron hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 las Pragmáticas de Felipe II de 1566 y 1590, ya que ninguna de las dos fue incluida en la Novísima Recopilación ni se incluyeron en texto derogatorio alguno. *Vid.* TOMÁS VALIENTE, F.: «La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. XXX, n.º 1, 1960, p. 431.

deudor y se permite que el procedimiento pueda finalizar por un convenio o concordato del deudor con los acreedores ordinarios (60).

Y ya sería con la Revolución Francesa (61) cuando se abolió por primera vez la prisión por deudas, y sería el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (62) el que estableció, posteriormente, la prohibición del encarcelamiento por el solo hecho de no cumplir sus obligaciones contractuales.

Ya en el período decimonónico, la Constitución de Cádiz de 1812 estableció (63) la personalidad de las penas; prohibió el tormento, la pena de horca, la de confiscación y la de azotes; y dispuso la unificación en toda España de los Códigos civil, criminal y de comercio. Tras las vicisitudes históricas provocadas con el regreso de Fernando VII y el levantamiento del General Riego, se presenta ante las Cortes un proyecto que dio lugar al primer Código Penal español en 1822, criticado por su carácter farragoso y la excesiva dureza de sus penas, pero alabado por ser el primero de nuestra historia y establecer el principio de legalidad de los delitos y las penas.

Y con el Código de Comercio español de 30 de mayo de 1829 –primer Código de Comercio aprobado en España–, la quiebra constituye un procedimiento para atender a las situaciones de crisis económica del comerciante. Y con un segundo Código de Comercio, aprobado en virtud del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, empiezan a coexistir dos procedimientos distintos, a saber, la quiebra para el deudor mercantil insolvente; y la suspensión de pagos para el deudor en situación de mera iliquidez (64).

Tras la revolución Gloriosa de septiembre 1868 en España, y al amparo de la Constitución española de 1869, se aprobaron normas relevantes como el Código Civil, la Ley de Registro Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica del Poder Judicial, Código de Comercio y la Ley Hipotecaria. Se aprobó también el Código Penal de 1870. Todas ellas sirvieron de base para la configuración de un marco jurídico descentralizado por materias, y marcaron los mimbres del ordenamiento jurídico actual. En esta fase temporal, la prisión por deudas se considera ya una insti-

(60) Vid. ROJO, A., BELTRÁN, E.: «El concurso de acreedores...», *op. cit.*, p. 482.

(61) Vid. TOMÁS VALIENTE, F.: *La prisión por deudas...* *op. cit.*, pp. 256-262.

(62) Adaptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200 a XXI, de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

(63) Acerca de estas cuestiones, relacionadas con las disposiciones y prohibiciones de la Constitución de 1812, Vid. RUIZ BLAY, G.: *Análisis de los aspectos fundamentales...* *op. cit.*, p. 45.

(64) Vid. ROJO, A., BELTRÁN, E.: «El concurso de acreedores...», *op. cit.*, p. 482.

tución extinta –en desuso–, y el legislador opta por reforzar la responsabilidad de los bienes del deudor (65), desterrando la prisión por deudas.

Si nos adentramos en la órbita reguladora del Derecho Penal en cuanto a la protección de los derechos de los acreedores se refiere, ha sido una constante en nuestro ordenamiento histórico. Las insolvencias punibles no solo han estado relacionadas con las insolvencias reguladas en el Código de Comercio, sino que se incorporaron a la legislación penal como meros complementos sancionadores de las propias conductas mercantilmente ilícitas (66).

Dentro de las infracciones patrimoniales, se han incorporado históricamente en los textos punitivos en España diversas regulaciones dirigidas a proteger los derechos de crédito frente a situaciones de insolvencia provocadas por el deudor, con la intención de hacer ineficaces las reclamaciones que pudieran dirigirse a sus acreedores; o frente a conductas conducentes a perjudicar de manera voluntaria la eficacia de los créditos presentados en sede judicial o administrativa. Las figuras delictivas que se han manejado a lo largo del tiempo, en esencia, han sido (67): a) el alzamiento de bienes, entendido tradicionalmente como la conducta del deudor basada en esconder sus bienes para que el acreedor no pueda realizar su crédito sobre aquellos; b) la suspensión de pagos, quiebra o concurso, provocada por el deudor de manera fraudulenta, en aras de situarse en una situación de insolvencia legalmente protegida, habida cuenta que los acreedores ya no encuentran una vía adecuada para satisfacer sus créditos; y c) la gestión fraudulenta de cualquiera de esas situaciones de insolvencia, infracción que ha pretendido proteger los intereses de los acreedores injustamente discriminados, así como el eficaz funcionamiento de las instituciones estatales competentes para la ordenación de esas situaciones de insolvencia.

En el Código de 1822, primer texto punitivo español con rótulo de Código Penal, ya se sancionaban los delitos de quiebra –en el capítulo cuarto «De las quiebras», del título tercero «De los delitos contra la propiedad de los particulares», de su parte segunda «De los delitos contra los particulares»–, ya fuera declarada fraudulenta con arreglo al Código o leyes de comercio (artículo 758), o ya fuera causada por

(65) Vid. RUIZ BLAY, G.: *Análisis de los aspectos fundamentales...* *op. cit.*, p. 44.

(66) Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII. Frustración de la ejecución», en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal español*. 8.^a ed. Tomo II. Aranzadi, Madrid, 2024, p. 144.

(67) Al respecto, Vid. MESTRE DELGADO, E.: «La frustración de la ejecución...», *op. cit.*, p. 138.

«desidia, temeridad, disipación y mala conducta del quebrado, sin haber intervenido algún hecho dirigido a defraudar a los acreedores» (artículo 759). Y el reproche penal asignado que merecían estas conductas se evidenciaba de la previsión de que el quebrado debería estar preso «hasta que se justifique haber quebrado sin culpa» (artículo 763), y de la prohibición de que «ningún convenio o ajuste entre los acreedores y el quebrado» librase a éste «de la pena que merezca según la calidad de la quiebra» (artículo 764), y de la consideración de que «toda quiebra fraudulenta lleva consigo la infamia; y será también declarado infame el cambista, corredor, comisionado o factor quebrado por disipación» (artículo 761). Ahora bien, el legislador de 1822 también cayó en la cuenta de que «el quebrado por contratiempo o revés de la fortuna, o por cualquier accidente, que no estuvo en su mano evitar, sin concurrir fraude ni culpa por su parte, no sufrirá pena alguna», añadiendo que «las empresas arriesgadas, no siendo temerarias, no deben reputarse culpables» (artículo 762).

El Código de 1848 amplió la regulación de la protección de los acreedores para satisfacer sus créditos –Sección primera «Alzamiento, quiebra e insolvencia punible», del capítulo IV «Defraudaciones», del Título XIV «Delitos contra la propiedad» de su Libro segundo–, estableciendo un supuesto de alzamiento (artículo 443), que sancionaba a quien «se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores», distinguiendo la pena según el responsable fuere o no persona dedicada habitualmente al comercio; dos supuestos específicos de quiebra, uno por insolvencia fraudulenta (artículo 444) y otro por insolvencia culpable (artículo 445), amén de otro de insolvencia (artículo 448) que castigaba al «deudor no dedicado al comercio que se constituya en insolvencia por ocultación o enajenación maliciosa de sus bienes», distinguiéndose la pena en función del importe de la deuda –mayor o menos de 100 duros–.

El Código Penal de 1870 trasladó a su texto íntegramente –incluyendo su concreta ubicación y denominación de sus rúbricas– la regulación de 1848, reproduciendo sus artículos 536 a 540 el contenido de los cinco primeros preceptos que regulaban estos ilícitos en el Código anterior. En cambio, como ocurriera con su predecesor, este Código también amplió sus previsiones punitivas en este sentido, incorporando seis artículos más, para desarrollar los casos en que podía determinarse la insolvencia punible del concursado no comerciante (artículos 542 y 543, que establecen diferentes penas en función de la distinta gravedad correspondiente a los 11 supuestos

de insolvencia que se contemplaba) (68); así como para tipificar las conductas de complicidad en los delitos de insolvencia fraudulenta (artículos 541 y 545); y extender a los delitos de insolvencia la atenuación penal prevista en los casos de quiebra en que la pérdida causada a los acreedores no llegare al 10 por ciento de sus respectivos créditos (artículo 544). Por último, se regulaba la exasperación de la pena de todos los delitos comprendidos en el Capítulo, para el caso de que el quebrado o concursado no restituyere el depósito miserable o necesario.

Otra vuelta de tuerca tuvo lugar con el Código Penal de 1928, que redujo la previsión legal en esta materia –Sección primera «Alzamiento, quiebra, suspensión de pagos e insolvencias punibles», Capítulo IV del Título XIV del Libro II–, pero introdujo la sanción del comerciante que, para lograr la declaración del estado de suspensión de pagos, o para que los acreedores aprueben el convenio, presentare a los Tribunales una relación de su activo y pasivo que no fuera conforme con la realidad de sus operaciones, con agravación en el caso de que se consiguiera (artículo 715), así como la del comerciante que, a fin de obtener la aprobación del convenio en un expediente de suspensión de pagos, concertare o celebrare pactos particulares con algún acreedor o con un grupo de ellos en fraude de los demás (artículo 716).

Por su parte, el Código Penal de 1932 retomó la literalidad de las previsiones del Código de 1870, olvidando algunas fórmulas que se habían adoptado en otras ramas del derecho, como la relativa a la suspensión de pagos. Sin embargo, tuvo de importancia la cuádruple

(68) Los supuestos contemplados en el artículo 542 gozaban de una menor gravedad: haber realizado gastos domésticos o personales excesivos y desacompañados con relación a su fortuna, atendidas las circunstancias de su rango y familia; haber sufrido, en cualquier clase de juego, pérdidas que excedieren de lo que por vía de recreo aventurare, en entretenimientos de esta clase, un padre de familia arreglado; haber tenido pérdidas en apuestas cuantiosas, compras y ventas simuladas u otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependa exclusivamente del azar; haber enajenado, con depreciación notable, bienes cuyo precio estuviere adeudando; y retardo en haber dejado de presentarse en concurso, cuando su pasivo fuere tres veces mayor que su activo. Por su parte, los supuestos previstos en el artículo 543 eran considerados de mayor gravedad: haber incluido gastos, pérdidas o deudas supuestas, u ocultado bienes o derechos en el estado de deudas, relación de bienes o memorias que haya presentado a la autoridad judicial; haberse apropiado o distraído bienes ajenos que le estuvieren encomendados en depósito, comisión o administración; haber simulado enajenación o cualquier gravamen de bienes, deudas u obligaciones; haber adquirido por título oneroso bienes a nombre de otra persona; haber anticipado, en perjuicio de los acreedores, pago que no fuere exigible sino en época posterior a la declaración de concurso; y haber distraído, con posterioridad a la declaración en concurso, valores correspondientes a la masa.

tipología de alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles (69), que posteriormente se trasladaría a la Sección primera del Capítulo IV del Título XIII del Código de 1944, y, en consecuencia, en el posterior texto refundido de 1973.

El Código de 1973, en su Título XIII «Delitos contra la propiedad», Capítulo IV «De las defraudaciones», y más concretamente en la sección 1.^a «Del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencias punibles» (artículos 519 a 527), regulaba esta clase de delitos económicos. La tipificación de entonces se hallaba estrechamente vinculada al Código de Comercio –artículos 888 y 893, hoy ya derogados–, pues se remite a él para tipificar las conductas en los artículos 520, 521 y 522 del CP. Así mismo, distingue entre «insolvencia fraudulenta» (artículos 520 y 522), más grave, «castigado con la pena de presidio mayor»; e «insolvencia culpable» (artículo 521), menos grave, «incurriendo en la pena de presidio menor»; referidas ambas figuras a la quiebra (70). El artículo 525 se dedicaba a la insolvencia fraudulenta del cómplice –no dedicado al comercio– del concursado. Y era precisamente el artículo 519 (71) el que hacía referencia al alzamiento de bienes que, como era apreciable en la propia rúbrica del título de la sección 1.^a, iba de la mano reguladora junto con las insolvencias punibles.

Llegamos así a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el Código Penal. Se mantuvo la tradición histórica punitiva (72), pero se acometió una profunda reforma del

(69) Vid. MESTRE DELGADO, E.: «La frustración de la ejecución... *op. cit.*, p. 140.

(70) Artículo 520 del CP de 1973: «El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de prisión mayor». Artículo 521 del CP de 1973: «El quebrado que fuere declarado en insolvencia culpable por alguna de las causas comprendidas en el artículo 888 del Código de Comercio incurrirá en la pena de presidio menor». Artículo 522 del CP de 1973: «Serán penados como cómplices del delito de insolvencia fraudulenta los que ejecutaren cualesquiera de los actos que se determinan en el artículo 893 del Código de Comercio».

(71) Artículo 519 del CP de 1973: «El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores será castigado con las penas de presidio menor, si fuere comerciante, matriculado o no, y con la de arresto mayor, si no lo fuere».

(72) Criticada por algunos, como FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: «Crisis económica y concursos punibles», en *Diario La Ley*, n.º 7178, 20 de mayo de 2009, p. 2, cuando afirma que «históricamente, fuera del alzamiento de bienes, las restantes modalidades de insolvencias punibles han tenido escasa relevancia debido a su dependencia de los procesos civiles y su accesoria extrema respecto de la regulación mercantil sobre la quiebra»; Vid., también, RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: «Las insolvencias punibles en la reforma del Código Penal», en *La Ley Penal*, n.º 117, noviembre-diciembre, 2015, s/p.

contenido (73) que, en esencia, permanecía inalterada desde el Código de 1870. La nueva regulación –Capítulo VII «De las insolvencias punibles», del Título XIII «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», del Libro II–, se estructuraba de la siguiente manera (74): a) Un artículo (el 257) dirigido a sancionar a quien se alzara con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, y a quien, con el mismo fin, realizara cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilatase, dificultase o impidiese la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación. Se añadía expresamente también que tal infracción era aplicable cualquiera que fuese la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intentase eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor fuese un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada. Además, se indicaba expresamente que el delito sería perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal, b) El artículo 258 sancionaba al responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición, o contrajere obligaciones que disminuyesen su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente. Este precepto, al igual que el precedente artículo 257, preveía una pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses, c) Un tercer artículo, el 259, castigaba al deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los órganos concursales, y fuera de los casos permitidos por la Ley, realizare cualquier acto

(73) Al respecto, *Vid.* MAZA MARTÍN, J.M.: «Las insolvencias punibles», en Del Rosal Blasco (Coord.): *Empresa y Derecho penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 278 a 286, quien destacó las novedades más relevantes, como la disociación de las insolvencias punibles respecto de las defraudaciones; la desvinculación de la norma penal respecto de la civil y la mercantil en la materia; la extensión de estos delitos, en lo que a los créditos impagados se refiere; la eliminación de la diferencia entre quiebra y concurso de acreedores para la elaboración de las descripciones típicas; la supresión de los supuestos de comisión culposa; la simplificación de los supuestos típicos; la incorporación de nuevos supuestos típicos; la unificación de las penas; y la nueva previsión de que el importe de la responsabilidad civil deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

(74) *Vid.* MESTRE DELGADO, E.: «La frustración de la ejecución...», *op. cit.*, pp. 141 y 142.

de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto. La sanción prevista en este supuesto era también coincidente con las penas de los dos artículos precedentes, d) El artículo 260 sancionaba a quien fuera declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos, si la situación de crisis económica o la insolvencia fuera causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actuase en su nombre. En este caso, la sanción era mayor que la establecida en los tres artículos precedentes, al ser de prisión de 2 a 6 años y multa de 8 a 24 meses, debiendo tenerse en cuenta, para graduar la pena, la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica. Además, este artículo incorporaba tres previsiones relevantes. La primera, en el 260.3, se establecía que este delito, y los singulares relacionados con él, cometidos por el deudor, o por cualquier persona que hubiere actuado en su nombre, podrían perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil, y sin perjuicio de la continuación de éste; la segunda, en el mismo apartado, preveía que el importe de la responsabilidad civil derivada de tales ilícitos debería incorporarse, en su caso, a la masa; y la tercera, en el 260.4, determinaba que en ningún caso la calificación de la insolvencia en el proceso civil vinculaba a la jurisdicción penal, e) Finalmente, aparecía el artículo 261 para sancionar a quien, en un procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos, presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquéllos (75). Esta infracción gozaba de una inferior penalidad, que se circunscribía a una pena de prisión de 1 a 2 años y multa de 6 a 12 meses. En los artículos 259, 260 y 261, el legislador menciona la quiebra, concurso o suspensión de pagos, de forma genérica, sin centrarse en una situación en particular, y resultando de aplicación la misma pena en tales supuestos.

El Código de 1995 ha sufrido múltiples reformas, en aras de introducir aquellas variaciones que han sido surgiendo en la socie-

(75) En palabras del Profesor MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C.: «La nuevas figuras especiales de insolvencias», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 1, 2004, p. 24, «el delito del artículo 261 no se construye realmente en torno a una situación de insolvencia y no requiere un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones por parte del deudor; se trata, por el contrario, de una conducta inequívocamente falsaria, que, eso sí, debe ser llevada a cabo en el seno de un «procedimiento concursal» y que ha de ir encaminada a «lograr indebidamente la declaración de aquél».

dad hasta llegar a la actualidad. Entre ellas, cabe destacar la importancia de la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la cual alteró la redacción de los artículos 259 (76), 260 (77) y 261 (78), sobre los delitos de insolvencias punible. El legislador, al redactar tales preceptos, se ciñe al concepto de concurso, y no ya a la suspensión de pagos ni quiebra, como ocurría en la redacción original de 1995. La razón podría encontrarse muy próxima, ya que en ese mismo año (2003) es cuando se aprueba la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), lo cual fue un acontecimiento sumamente importante pues esta norma se hallaba estrechamente ligada a estos delitos. De hecho, es en esta Ley donde aparece la insolvencia como actual o inminente (79), nomenclatura que se introduciría más adelante en el CP de 1995 en posteriores reformas, y, más concretamente, en la reforma 1/2015 de 30 de marzo.

Puede afirmarse que, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y la Ley 22/2003 Concursal, de 9 de julio, se produce un cambio de paradigma importante en el tratamiento de la insolvencia, adquiriendo estos delitos cierta autonomía respecto a la jurisdicción

(76) Artículo 259 CP de 1995 (redacción según reforma del 2003): se castiga al «deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o a varios acreedores, privilegiados o no, con oposición del resto».

(77) Artículo 260 CP (según redacción de 2003): «1. El que fuere declarado en concurso será castigado (...) cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. 2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica. 3. 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 proceso civil y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa. 4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal».

(78) Artículo 261 CP (según redacción de 2003): «El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado (...)».

(79) Artículo 2.3 de la Ley Concursal: «Si la solicitud de la declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones».

civil y mercantil (80), dejando éstas de concebirse como meras normas penales en blanco (81).

Siguiendo con la cronología, también hay que mencionar la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio (82). Esta reforma añadió dos nuevos apartados en el artículo 257 (83) –apartados 3 y 4–, pasando el contenido del antiguo apartado 3 al apartado 5, e introdujo un nuevo precepto, el artículo 261 bis (84), relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, supuso un agravamiento de las penas «en los supuestos en que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico-pública (...)», tal cual explica la Ley en su preámbulo, apartado XVI (85). Como puede apreciarse, sigue aquí el

(80) Una relación minuciosa entre las jurisdicciones civil y penal en el ámbito que nos ocupa, ha sido abordada por MAGDALENA CÁMARA, M.: *Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolvencias punibles*. Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2016, pp. 79 y ss. Así mismo, en relación con los aspectos mercantiles del derecho concursal, *Vid.* MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal punible. ¿Una solución penal a un problema mercantil? (análisis del artículo 260 CP)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 105 y ss.

(81) Un análisis exhaustivo sobre los delitos de insolvencias punibles vigentes en ese momento, *Vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003», en Hernández Martí, J.: *Concurso e Insolvencia punible*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 639 y ss.; GONZÁLEZ PASTOR, C.P.: «La insolvencia punible, modalidades previstas en el Código Penal de 1995, en la reforma del mismo y la incidencia en esta materia de la nueva Ley Concursal», en *La Ley Penal*, n.º 3, 2004, pp. 18-29; OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: *El delito de insolvencia punible del artículo 260 CP a la luz del nuevo Derecho concursal. Aspectos penales y civiles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, *passim*; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Acerca de las insolvencias punibles», en Zugaldía Espinar, J. M., Barja de Quiroga López, J. (Coord.): *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. 2. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1153-1174; CABALLERO BRUN, F.: *Insolvencias punibles*. Iustel, Madrid, 2008, *passim*.

(82) Sobre la misma, *Vid.* FELIOO SÁNCHEZ, B. J.: «La reforma de las insolvencias punibles», en Díaz-Maroto y Villarejo, J.: *Estudios sobre las reformas del Código penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Civitas, Madrid, 2011, pp. 399-406.

(83) Artículo 257.3 y 4 (según redacción de 2010): «3. En el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, la pena a imponer será (...). 4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1.º, 4.º y 5.º del apartado primero del artículo 250».

(84) Artículo 261 bis CP (según redacción de 2010): «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas: (...)».

(85) Dispone que «En el delito de alzamiento de bienes se han agravado las penas en los supuestos en que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico-pública, así como cuando concu-

legislador considerando el alzamiento de bienes como un tipo de insolvencia punible.

En mi opinión, la reforma más trascendental en cuanto al tema que nos ocupa, no es otra que la LO 1/2015 de 30 de marzo (86), que ocasionó una profunda modificación, al reconfigurar (87), o más bien separar, estas infracciones, y perdurando tal segregación hasta nuestros días. Así, por un lado (88), los delitos de frustración de la ejecución (artículos 257–258 ter CP) se centran en las conductas del deudor que persiguen, fraudulentamente, dilatar, dificultar o impedir el procedimiento civil previsto para que el acreedor pueda satisfacer sus créditos; y, por otro lado, los delitos de insolvencia punible (artículos 259–261 bis), que sancionan los comportamientos de defraudación de los intereses de los acreedores.

Así pues, se produce una separación del Título XIII en los capítulos VII y VII bis, dedicándose el primero de ellos a la «Frustración de la ejecución» e incluir en su contenido el delito de alzamiento de bie-

rran determinadas circunstancias entre las que destaca la especial gravedad, en función de la entidad del perjuicio y de la situación económica en que deje a la víctima o a su familia».

(86) BOE n.º 77, de 31 de marzo de 2015; corrección de errores en BOE n.º 139, de 11 de junio. Su entrada en vigor tendría lugar el 1 de julio de ese mismo año. El párrafo 1º del preámbulo, apartado XVI, establece que «Se lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota. Estos grupos de delitos pasan a estar regulados en capítulos diferenciados». *Vid.*, en este sentido, de manera brillante acerca de la reforma producida, MONGE FERNÁNDEZ, A.: El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis). Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 32. Acerca de esta reforma, *Vid.*, por todos, FARALDO CABANA, P.: «Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 3, 2015; FEJOO SÁNCHEZ, B.J.: Orden socioeconómico y delito. BdeF, Madrid, 2016; MONGE FERNÁNDEZ, A.: El delito concursal... *op. cit.*; MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico... *op. cit.*, pp. 52 y ss. Y acerca de la reforma que se proyectó, hasta la definitiva entrada en vigor de la nueva redacción en 2015, *Vid.* ESQUINAS VALVERDE, P.: «La nueva regulación de los delitos de alzamiento de bienes en el Anteproyecto de Código penal de 2012/2013», en *La Ley Penal*, n.º 105, 2013; FARALDO CABANA, P.: «Los delitos de alzamiento de bienes en el proyecto de reforma del código penal de 2013», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2014; DE LA MATA BARRANCO, «La reforma de los delitos de insolvencia en España: un modelo a «no» seguir», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8, 2015, pp. 233-246.

(87) *Vid.* PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible», en Camacho Vizcaíno, A. (Dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 809 y ss.

(88) *Vid.* MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio...», *op. cit.*, p. 428.

nes –que había estado estrechamente ligado hasta la fecha a las insolvencias punibles (89)–, y otras dos nuevas figuras delictivas (90) («ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución y la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad») (91); y dedicándose el segundo capítulo a «las insolvencias punibles». Aquí se introduce el «nuevo delito de concurso punible o bancarrota», que se configura como un delito de peligro, que puede perseguirse se haya declarado el concurso o no (92), con tal de que exista una insolvencia actual o inminente; y un tipo agravado para los supuestos en los que se causan perjuicios económicos de especial gravedad, o bien deudas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Así, el legislador ha intentado ofrecer una fórmula más amplia de la que existía anteriormente, en aras de dar respuesta a las conductas delictivas que los deudores, en estado de insolvencia, llevaban a cabo con frecuencia –seguramente fruto de los numerosos casos de empresas en situación de crisis que habían sido despatrimonializadas por sus administradores durante la anterior crisis económico-financiera de 2008-2014–.

(89) Y ello a pesar de que, tras la reforma penal de 2015, considere DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Delitos de frustración...», *op. cit.*, p. 354, que «El elemento en torno al cual se agrupan los delitos de frustración de la ejecución, que no son sino insolvencias vinculadas al incumplimiento de obligaciones sin declaración del concurso, se ha venido entendiendo siempre que es precisamente el de la insolvencia, concepto que es el mismo tanto para las conductas de este Capítulo VII como para las del Capítulo VII bis».

(90) Párrafo segundo del preámbulo XVI de la LO 1/2015: «Dentro de los delitos de frustración de la ejecución se incluyen, junto al alzamiento de bienes, dos nuevas figuras delictivas que están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito, y que son habituales en el derecho comparado: de una parte, se tipifica la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; y de otra, la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad».

(91) En este sentido, un análisis sobre los delitos de alzamiento de bienes *versus* delitos de insolvencia punible fue realizado de manera exhaustiva por MAGDALENA CÁMARA, M.: *Aspectos dogmáticos...* (Tesis doctoral), *op. cit.*, pp. 105 y ss.

(92) La nueva configuración de las insolvencias punibles no exigen, a diferencia de la anterior regulación del delito concursal, la apertura de un procedimiento de concurso de acreedores. *Vid.* GALÁN MUÑOZ, A.: «Presente y futuro de las insolvencias punibles», en *Revista Penal*, n.º 34, 2014, p. 78. En cambio, no es de la misma opinión GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en González Cussac, J.L. (Coord.): *Derecho penal. Parte Especial*, 8.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 504, ya que entiende que «solo la declaración del concurso, ya provenga de insolvencia actual o ya inminente, será sancionable penalmente».

El Preámbulo de la norma justificó esta reforma, en relación con los delitos de insolvencia punible, para «establecer una clara separación (93) entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota» (94).

(93) En este sentido, ROLDÁN PÉREZ, C.: «Aspectos Críticos de la Actual Regulación del Delito de Concurso Punible», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º. 35, 2021, pp. 8 y 9, considera que «entre los argumentos favorables a la regulación separada, atendiendo a su diferente naturaleza, destacar que mientras en los delitos de bancarrota se requiere, como condición de punibilidad, que la conducta se lleve a cabo en una situación de insolvencia actual o inminente o que la propia conducta fraudulenta cause dicha situación de insolvencia, en los delitos de frustración de la ejecución, la conducta punible persigue frustrar las legítimas expectativas de cobro de algún acreedor mediante actos que pueden ocasionar o, al menos, propiciar una situación de insolvencia real o ficticia». Continúa manifestando que «en mi opinión, sí cabría advertir diferencia con la insolvencia aparente pues si entendemos como insolvencia real aquella que se presenta ante la imposibilidad del deudor de cumplir con sus obligaciones, podría existir una situación de insolvencia aparente o ficticia cuando el deudor oculta sus bienes (por ejemplo, mediante contratos simulados) para burlar las expectativas de cobro del acreedor, pero manteniendo dichos bienes en su patrimonio». De otro lado, crítico con esta separación de delitos producida, aludiendo a la ausencia de explicación de la procedencia de la necesaria separación aludida por el legislador, en la propia exposición de motivos, Vid. MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 53, quien, además, señala que «tal disolución es criticable porque puede inducir a pensar que la insolvencia solo es requisito de los delitos del capítulo VII bis, cuando, en realidad, no es así, dado que también las figuras delictivas definidas en el capítulo VII poseen como requisito imprescindible la noción de insolvencia. De ahí, en suma, que hubiese sido preferible mantener la única rúbrica de la redacción anterior». En la misma línea, SÁNCHEZ DAFAUDE, M.: «Frustración de la ejecución», en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 488, critica que, tras la reforma de 2015, los alzamientos de bienes dejan de constituir insolvencias punibles.

(94) Al respecto de esta reforma y a su finalidad, expuesta en el primer párrafo de la Exposición de motivos, el Consejo General del Poder Judicial en 2012, emitió un informe y en sus conclusiones establecía que en modo alguno compartía la argumentación de la nueva división establecida en el Título XIII referida a la conductas de frustración de la ejecución e insolvencias punibles, considerando esta división como perturbadora; ya que en el primer capítulo, los delitos pueden cometerse sin haber empezado la ejecución. Y propone varios cambios, como la sustitución de la frase del artículo 259.1 «habrían estado incluidos en la masa del concurso» por «deberían haber estado incluidos en la masa del concurso» que como se podrá observar en el actual Código no se llevaron a cabo. Además, aludía el informe a la falta de precisión de la denominación otorgada a las rúbricas, porque la consumación de algunas modalidades delictivas descritas no requiere siquiera el inicio de un procedimiento de ejecución; no lo requiere, desde luego, el clásico delito de alzamiento de bienes –eje central del capítulo-. Vid. Consejo General del Poder Judicial, Comisión de Estudios e Informes 201301116, Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Al respecto, Vid., también, ROCA DE AGAPITO, L.: «Alzamiento de bienes. Rúbrica del capí-

También anunció que se incluían, junto al alzamiento de bienes, «dos nuevas figuras delictivas que están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito, y que son habituales en el derecho comparado», esto es, la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; y la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad.

Respecto de la nueva redacción «de los delitos de concurso punible o insolvencia», advertía el Preámbulo la conjugación de la necesidad 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⁽⁹⁵⁾ del sujeto o empresa, y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o que son directamente causales de la situación de concurso; con la necesidad de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles, que han de ser las contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido.

Y en cuanto al «nuevo delito de concurso punible o bancarrota», se destacó su configuración como delito de peligro, siendo persegui-

tulo VII del Título XIII del Libro II», en Álvarez García, J. (Dir.): *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 735; ESQUINAS VALVERDE, P.: *La nueva regulación de los delitos...* *op. cit.*, p. 55.

(95) El concepto de crisis económica ha desaparecido de la redacción del artículo 259 CP, que, en todo momento, emplea el de insolvencia. En este sentido, téngase en cuenta que el artículo 260.1 CP 1995, en su versión originaria, establecía que «El que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos será castigado (...) cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre». Sin embargo, el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, utiliza este concepto de crisis en la motivación de la nueva regulación de los derechos de concurso o insolvencias punibles. Pues bien, en el Derecho penal, el concepto de crisis económica aparece por primera vez en el texto originario –versión redactada de 1995– del Código penal, como consecuencia de su presencia en diversos textos prelegislativos a la reforma del Derecho concursal. Así, en el Anteproyecto de 1983, de reforma del Código Penal, establecía que la situación de crisis económica del deudor común se configuraba como presupuesto objetivo para la declaración del concurso, además de delimitar los hechos que llevan a tal situación. También la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, establecía que «Evidentemente, la urgencia de la reforma impide abordar con el necesario rigor el problema de los llamados delitos económicos. Mas no por eso se oculta la gravedad de la situación actual, en la que se aprecia cómo dentro de una importante crisis económica se cometen además abusos frente a los que el Derecho penal no tiene sino los muy angostos preceptos del Código vigente, en modo alguno concebidos para tales hechos».

ble únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos; y se mantuvo la sanción expresa de la causación de la insolvencia por el deudor.

El legislador penal anunciaba cómo «se ha tipificado un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor».

Y, por último, se destacaba la previsión de un tipo agravado aplicable en los supuestos en los que se causaren perjuicios económicos de especial gravedad o en los que la mayor parte del crédito defraudado correspondiese a la Hacienda pública y la Seguridad Social (96). De igual manera, se amplió la protección de los acreedores a través de la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores que tuvieran lugar antes de la declaración del concurso, una vez el deudor se encontrase en una situación de insolvencia actual o inminente.

En definitiva, y reproduciendo las palabras de De la Mata Barranco, «la nueva regulación es muy compleja, algo confusa, adelanta la intervención penal y considera delito de insolvencia conductas previas a la declaración del concurso que encajaban, y siguen encajando, en los ahora delitos de frustración de la ejecución» (97).

IV. DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE INSOLVENCIAS PUNIBLES

Respecto al bien jurídico protegido de las conductas ilícitas, es el Estado quien decide qué bienes jurídicos van a ser protegidos penal-

(96) La Ley Orgánica 1/2015 introdujo un nuevo artículo 259 bis, que contempla un tipo agravado dada la mayor importancia del resultado producido por la conducta de quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las conductas previstas en el amplio catálogo de modalidades delictivas previstas en el artículo 259 CP, y produzca o pueda producir un perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en grave situación económica; o cuando se cause a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros –en cómputo individualizado, no cuando el importe al que asciende el perjuicio ocasionado a todos los acreedores supere dicho umbral–; o cuando las afectadas resulten ser las instituciones públicas privilegiadas de la Hacienda Pública –estatal, autonómica, local o foral– o la Seguridad Social, titulares al menos la mitad del importe de los créditos concursales.

(97) Cfr. DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Delitos de frustración...», *op. cit.*, p. 376.

mente. Esta tarea de selección debe responder a principios democráticos y sociales mayoritariamente, y no deberían influir concepciones ideológicas cerradas y alejadas de los intereses sociales. Ciertamente, la cuestión del bien jurídico protegido ha sido un tema ampliamente discutido por la doctrina, y más en concreto, con relación a las insolvencias punibles (98). Así, autores como González Cussac (99), Núñez Castaño (100) o Meléndez Sánchez (101) consideran que vendría constituido por el derecho de crédito de los acreedores, integrándose tanto por el derecho de los acreedores a cobrar sus créditos con el patrimonio del deudor, en el caso de que éste incumpliese sus obligaciones, y, por otro lado, el derecho a exigir el completo cumpli-

(98) Un brillante análisis acerca de las distintas teorías sobre el bien jurídico delito de los delitos de insolvencias punibles, *Vid. RUIZ BLAY, G.: Análisis de los aspectos fundamentales... op. cit.*, pp. 82 y ss.; *GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: Alzamiento de bienes e insolvencias punibles... op. cit.*, pp. 136 y ss.

(99) *Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Delitos contra el patrimonio...», op. cit.*, p. 489. En el mismo sentido, *Vid. RUIZ MARCO, F.: La tutela penal del derecho de crédito*. Dilex, Madrid, 1995, *passim*. Resulta interesante la reflexión que aporta PASTOR MUÑOZ, N.: «Obtención fraudulenta de crédito, frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a (Dir.): *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*. Atelier, Barcelona, 2020, p. 294, cuando señala que la insolvencia se ha contemplado como una situación de peligro para la futura realización del derecho de crédito y que «es posible sostener a la vez que el derecho de crédito se protege en su dimensión de posibilidad de cobro futuro y que dicha posibilidad de cobro se pone en peligro mediante la insolvencia (aunque sea anterior al vencimiento y, con ello, a la facultad jurídica del acreedor de intentar hacerse pago). (...) En puridad, este no es protegido como elemento del patrimonio, sino solamente como instrumento de actuación futura del acreedor contra la esfera ajena, pues lo que en definitiva vendría a castigar el legislador serían únicamente conductas consistentes en «poner trabas» al cobro por parte del acreedor». También se ha referido GALÁN MUÑOZ, A.: *Presente y futuro de las insolvencias... op. cit.*, pp. 60 y ss., acerca del bien jurídico protegido consolidando la posición mayoritaria doctrinal -satisfacción del crédito-, si bien con referencia a la normativa anterior, cuando se regulaban conjuntamente las insolvencias y la frustración de la ejecución. Interesante también, si bien con anterioridad, los comentarios aportados por HUERTA TOCILDO, S.: «Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes» en VV.AA.: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: (libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López)*. Comares, Granada, 1999, pp. 791-812. Y recientemente, *Vid. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: Frustración de la ejecución e insolvencias punibles*. Aranzadi, Madrid, 2024, que en el Cap. III.II de la obra, expone las distintas acepciones y enfoques sobre el bien jurídico protegido de estos delitos.

(100) *Vid. NÚÑEZ CASTAÑO E.: «Delitos patrimoniales de enriquecimiento cometidos mediante defraudación (III): frustración en la ejecución e insolvencias punibles», en Gómez Rivero, M.^a C. (Dir.): Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Vol. II, Tecnos, Sevilla, 2015, pp. 169 y ss.*

(101) *Vid. MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F. L.: «Frustración de la ejecución. Insolvencias punibles», en SERRANO TÁRRAGA, M.^a.D. (Coord.): Derecho Penal. Parte Especial. 2.^a ed. Dykinson, Madrid, 2024, p. 512.*

miento de la obligación. Para Jaén Vallejo (102), por su parte, el bien jurídico se centraría en proteger el sistema crediticio, criterio que comparte Martínez-Buján Pérez, quien además agrega la tutela mediata (103) o indirecta (104) de la economía crediticia como pieza fundamental del sistema socio-económico (105). En estos casos, se concibe como un delito estrictamente patrimonial (106), porque lo que se protege es el derecho de los acreedores (107) de satisfacer los créditos contraídos, ejecutándose para su cobro el patrimonio (108)

(102) Vid. JAÉN VALLEJO, M.: «Las insolvencias punibles», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 58, 1996, pp. 30 y ss.

(103) En el caso de que el sujeto pasivo fuese la Hacienda Pública o la Seguridad Social, el bien mediato será el sistema público de recaudación de ingresos y gastos. Vid. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Tratado de los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 401.

(104) En este sentido, GALLEGRO SOLER, I.: *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal*. Tesis doctoral. Barcelona, 2001, pp. 535 y ss., ha referido que en los delitos de insolvencia nos encontramos ante delitos con referencia patrimonial individual intermedia o mediatizada, caracterizados porque la conducta típica recae sobre un objeto material en el sentido propio del término, esto es, un concreto elemento material de naturaleza patrimonial.

(105) Vid. MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 55.

(106) Vid. SOUTO GARCÍA, E.: «Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss.)», en González Cussac, J. L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 791. En este sentido, aludiendo al patrimonio público como bien colectivo, y al patrimonio de titularidad privada, como bien jurídico protegido, Vid. GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: *El derecho penal frente a la insolvencia... op. cit.*, pp. 86 y ss.; y DE LA MATA BARRANCO, N.J.: «Delitos de frustración...», *op. cit.*, p. 312; FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 811, reconociendo esta última que no resulta necesario lesionar el derecho de crédito de los acreedores cuando nos referimos al artículo 259 CP. En este sentido, el patrimonio, en sentido amplio, se encuentra protegido a nivel nacional en la Constitución Española (artículo 33 CE) y a nivel Supranacional en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 1.º del Protocolo Adicional), en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 17) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. Dentro del concepto de patrimonio se incluye la propiedad, a nivel individual, colectivo y estatal; en su dimensión material e inmaterial en cuanto a la facultad de disponibilidad de una cosa propia, y también se protegen, como bien jurídico integrador del patrimonio, otros derechos, como la posesión, los derechos reales, las obligaciones, y, en general, el poder de disposición que se tiene sobre la totalidad de bienes transmisibles que jurídicamente corresponden a una persona.

(107) Vid., sobre esta cuestión, JOSHI JUBERT, U.: «Protección penal de los acreedores», en Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V.: *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 409-448.

(108) Resulta de interés en relación con el concepto del patrimonio desde un cariz diferente, analizando el bien jurídico protegido, el estudio minucioso realizado por GARCÍA SÁNCHEZ, A.: *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*. Comares, Granada, 2003, *passim*.

del deudor. La reducción del patrimonio del acreedor deviene en un resultado necesario de las insolvencias punibles (109).

De otro lado, autores como Bustos Ramírez (110) o Bustos Rubio (111), han considerado que el bien jurídico protegido se identifica con el correcto funcionamiento del sistema crediticio (112), si bien es cierto, que para el primero de ellos, se trata de un bien jurídico supraindividual (113) y cataloga los delitos de insolvencias punibles como delitos socioeconómicos (114).

Y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que el objeto de protección vendría constituido por el derecho personal de crédito con la concurrencia de un interés difuso de naturaleza económica social, tal y como atisba Magdalena Cámara (115).

Ciertamente, diversos órganos judiciales han manifestado que «reside en el derecho que tiene el acreedor a satisfacer su crédito con el patrimonio del deudor cuando éste incumple sus obligaciones. Este derecho deriva del básico principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor consagrada en el artículo 1911 del Código Civil, según el cual del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros, derecho que se frustra cuando el deudor realiza conductas que impiden o dilatan la ejecución de sus bienes» (116).

(109) En este sentido, *Vid.* MAGDALENA CÁMARA, M.: *Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolvencias punibles*. Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 38

(110) *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLIII, 1990, p. 32

(111) *Vid.* BUSTOS RUBIO, M.: «Los delitos de insolvencias punibles», en VV.AA.: *Delitos económicos. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Wolters Kluwer. Las Rozas, 2019, pp. 79 y 80; del mismo: *El delito de favorecimiento ilícito... op. cit.*, p. 177.

(112) Como correcto funcionamiento del sistema crediticio, en sentido amplio, se ha defendido por POLAINO NAVARRETE, M., POLAINO-ORTS, M.: «Injusto penal e ilícito mercantil en las insolvencias a la luz de la nueva Ley Concursal: ¿autonomía o subordinación del Derecho Penal?», en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo V. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 5023.

(113) De manera que la protección quedaría amparada por el derecho de los acreedores en su conjunto, y no por el derecho de cada acreedor individualmente. Sobre este concepto de bien jurídico supraindividual, *Vid.*, entre otros, MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F. L.: «Frustración de la ejecución...», *op. cit.*, p. 512.

(114) *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal. Parte especial*. 2.^a ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 310

(115) *Vid.* MAGDALENA CÁMARA M.: *Aspectos dogmáticos...* (Tesis Doctoral), *op. cit.*, p. 30.

(116) *Cfr.* SAP Valladolid 206/2017, de 27 de junio. En este sentido, la SAN 2351/2020, de 6 de octubre, que abordó el famoso caso «Pescanova», apuntó que «El bien jurídico protegido, según indican las STS de 11/03/2002, 14/04/2003, 14/05/2003 o 29/05/2006 es el mismo en todas las modalidades de insolvencia puni-

En un término mixto o medio se encontraría la posición que defiende la tutela conjunta de ambos bienes jurídicos, es decir, tanto el derecho del acreedor como el orden socioeconómico. En este sentido, se consideraría que la actividad dolosa del deudor insolvente atenta contra un bien jurídico que trasciende del interés estrictamente individual, al afectar al ámbito social y económico de organización (117). Entonces se protegería, aunque de forma indirecta, un interés supraindividual que es la tutela del sistema crediticio, así como la credibilidad de las instituciones básicas del mercado (118). Ahora bien, no le falta razón en mi opinión, coincidiendo con la posición jurisprudencial, a Martínez-Buján Pérez cuando afirma que «el único bien jurídico directamente protegido viene representado por el derecho de crédito. Cuestión distinta es que, sentada esta afirmación básica, se agregue que con la incriminación de los delitos de insolvencia, el legislador persigue tutelar mediatamente o indirectamente la economía crediticia como pieza fundamental del sistema socio-económico» (119).

En definitiva, el bien jurídico protegido que tradicionalmente se ha defendido en estos delitos es el derecho de crédito de los acreedores. A pesar de que la tipificación de algunos comportamientos pueda estar dirigida a proteger el correcto funcionamiento de los procedimientos de ejecución y de la Administración de Justicia, no deja de ser el núcleo principal de protección el derecho de crédito. Así, pueden apreciarse dos bienes jurídicos tutelados directamente en unos casos e indirectamente en otros, el derecho de crédito y el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Ciertamente, el derecho de crédito se encuentra compuesto por dos aspectos esenciales: el derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos con el patrimonio del deudor en el caso de incumplimiento de sus obligaciones (artículo 1911 CC), así como el derecho a exigir el concreto cumplimiento de la obligación debida. Sin embargo, el ordenamiento jurídico

ble: la garantía de que goza todo acreedor de ejecutar y hacer ejecutar un crédito, caso de incumplimiento, contra el patrimonio del deudor, conforme dispone el artículo 1911 del código civil. Es el derecho a no impedir u obstaculizar que tal ejecución logre plena efectividad lo que la ley penal trata de salvaguardar. Así pues, cuantos actos, operaciones, negocios, contratos o maniobras, tendentes a impedir u obstaculizar la regular realización de un crédito deben tener cabida y ser considerados como un delito, sean cuales fueran el número de acreedores o de deudas, bien afecten al patrimonio personal o al de las sociedades que les pertenecen, bien se logre a través de un solo acto o a través de varios» (F. Quinto).

(117) *Vid.* MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio...», *op. cit.*, p. 426

(118) *Vid.* MESTRE DELGADO, E.: *Últ. op. y loc. cit.*

(119) *Cfr.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 99

no puede obligar al cumplimiento de las obligaciones, sino más bien establecer una serie de consecuencias y procedimientos a disposición del acreedor para el caso de que el deudor no cumpla con sus obligaciones económicas.

V. TRATAMIENTO PENAL DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES EN LA ACTUALIDAD. LAS CONDUCTAS TÍPICAS

Antes de adentrarme en el análisis de este epígrafe, quiero resaltar, en relación con la cuestión de la autoría y participación delictiva (120), que de la lectura del Capítulo VII bis del Código Penal se puede inferir que son sujetos activos de estos delitos los deudores, tanto personas físicas como jurídicas y los que tengan capacitación para poder presentar documentos en el procedimiento concursal; y realizando una mirada a la Ley Concursal, entiendo que esta capacitación se dirige también a los posibles representantes legales, y, en caso de personas jurídicas, a los administradores o liquidadores de derecho o de hecho, directores generales, o quien dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones (121).

Debe tenerse en cuenta que en las relaciones obligacionales también pueden asumir responsabilidad quienes se comprometen al cumplimiento de obligaciones secundarias, así como los avalistas o garantes de cualesquiera obligaciones asumidas por todos los demás comprometidos a su cumplimiento (122); y de la responsabilidad civil dimanante del delito responden (*ex* artículo 116 CP) todos los partícipes en el mismo. Estos delitos admiten la participación del

(120) Acerca de la autoría y participación en estos delitos, *Vid.* BENITO SÁNCHEZ, D.: «Problemas específicos de autoría y participación», en Camacho Vizcaíno, A. (Dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 79-107; FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva y subjetiva en los delitos económicos», en Camacho Vizcaíno, A. (Dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 141-193.

(121) *Vid.* Artículo 442 de la Ley Concursal.

(122) Ahora bien, en virtud del artículo 1830 del Código Civil, el fiador no podría ser compelido a pagar al acreedor, sin haberse realizado previamente la excusión de todos los bienes del deudor. Siendo ello así, el fiador sólo podrá ser sujeto activo cuando el comportamiento típico se lleve a cabo una vez verificada la excusión. Y el artículo 1831 de esta norma establece que «La excusión no tiene lugar: 1.º Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella. 2.º Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor. 3.º En el caso de quiebra o concurso del deudor. 4.º Cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino».

extraneus (123), en la categoría de inductores o cooperadores necesarios (124), e incluso cómplices –pero no podrían ser autores de ninguna de sus modalidades al no ser deudores ni ejecutados–. Y desde el año 2010 se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es por ello por lo que, según el artículo 31 bis CP, la actuación delictiva que realicen los administradores de hecho o de derecho, empleados e incluso los liquidadores de una persona jurídica puede generarle responsabilidad penal a ésta, en tanto que tales actuaciones se hayan realizado en nombre o por cuenta de ella, y en su beneficio directo o indirecto; o por incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control.

De otro lado, respecto de la antijuridicidad y las circunstancias modificativas, son aplicables –cumpliendo los requisitos establecidos – todas las eximentes previstas en el artículo 20 del Código –genéricas para toda clase de delitos–. Debe tenerse en cuenta que también tiene cabida la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 para quienes cometan el delito contra cualquiera de las personas de su entorno familiar a las que se refiere el precepto –esto es, cónyuges no separados legalmente, o de hecho, o en un proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio; ascendientes; descendientes; hermanos, por naturaleza o por adopción; y afines en primer grado si viviesen juntos–, salvo que concurra «violencia o intimidación, o

(123) El Tribunal Supremo ha sostenido que el delito del actual artículo 259 – antiguo 260.1– puede ser cometido tanto por aquel que provoca o agrava la insolvencia que preexiste y determina la declaración del concurso, como por quien, una vez declarado el concurso, ejecuta actos en fraude de acreedores que intensifican la situación de insolvencia que está siendo objeto de tratamiento jurisdiccional en el ámbito civil. Dicho con otras palabras, la acción del deudor encaminada a la defraudación de los acreedores puede producirse en un escenario preconcursal. Pero también puede adquirir un carácter intraconcursal o postconcursal. *Vid.* STS 494/2014, de 18 de julio.

(124) La SAP Barcelona 26/2018, de 18 de enero, que aborda un delito de insolvencia punible integrado en el antiguo artículo 260 CP, actual 259.1 CP, pero que además trae un delito de alzamiento de bienes independiente, imputando al cooperador necesario, señaló que «no basta el conocimiento, y la aceptación, o al menos la indiferencia, respecto de la posibilidad de que determinadas actividades puedan conducir a la ruina económica, o a serias dificultades de esa clase, y con ello a la insolvencia, sino que es preciso el dolo directo, de forma que la conducta se dirija precisamente a provocar la situación de insolvencia y con ella al perjuicio a los acreedores mediante la imposibilidad de satisfacción de sus créditos»; «la actuación de la Sra. Marí Trini, tan solo cabe atribuirle responsabilidad del acto de alzamiento antes citado como cooperadora necesaria, al ser plenamente consciente y prestarse a asumir la totalidad de la propiedad de la citada vivienda para que sobre ella no se trabase embargo, si bien la convivencia del matrimonio se mantuvo inalterable» .

abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad».

Por tanto, en los delitos de insolvencias punibles serán de aplicación todas las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en el CP, excepto la circunstancia mixta de parentesco –artículo 23 CP–, ya que resulta de preferente aplicación la excusa absolutoria del artículo 268 –respecto de las personas mencionadas en el precepto–; y excepto de la alevosía, contemplada como una circunstancia agravante únicamente en los delitos «contra las personas» –artículo 22.1 CP–.

1. El subtipo básico del artículo 259.1 CP. Las conductas irregulares en estado de insolvencia actual o inminente

Siguiendo la normativa europea, hay que tener en cuenta que el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), aporta unas directrices a seguir en todo el territorio de la UE para que «los procedimientos transfronterizos de insolvencia se desarrollen de forma eficaz y eficiente» (125). También es relevante la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 –sobre reestructuración e insolvencia (126)–.

Pues bien, es de sobra conocido que el Código Civil establece el principio de responsabilidad patrimonial universal, en virtud del cual el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, tanto presentes como futuros. Con ello lo que se pretende no es otra cosa que el deudor, en aquellas situaciones de crisis económica o insolvencia acuda a los órganos judiciales con el volumen real que integra el activo de su situación patrimonial, y colabore en la adopción de las decisiones oportunas, respetando lo que resuelvan tales órganos judiciales. Este deber de diligencia es digno de protección en la esfera civil como en la penal –para el caso de incurrir en un

(125) *Cfr.* Reglamento UE 2015/848, considerando 3.

(126) *Vid.*, al respecto, PÉREZ-CRESPO PAYA, F.: «Medidas para mejorar la eficiencia de los procedimientos concursales: Las relaciones entre los planes de reestructuración y el convenio concursal», en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring*, n.º 3 extraordinario, octubre de 2021, pp. 275 a 304.

delito (127)–. De modo que las deudas no constituyen, *per se*, delito de insolvencias punibles (128).

Como se ha dicho, el Código Penal español de 1995, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (129), rompió con la clásica regulación conjunta de los delitos de alzamiento de bienes (130), configurando un capítulo específico –VII bis (131) del Título XIII (132), «De las insolvencias punibles» (133)–. Las con-

(127) *Vid.* MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio...», *op. cit.*, p. 441.

(128) *Vid.* MESTRE DELGADO, E.: *Últ. op. cit.*, p. 428.

(129) El Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en su apartado XVI articula la nueva regulación de las insolvencias punibles sobre una doble necesidad, por un lado «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»; y, por otro «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». Seguidamente, advierte que «la norma delimita, con la finalidad de garantizar un grado de seguridad y certeza ajustado a las exigencias derivadas del principio de legalidad, las conductas prohibidas por medio de las cuales puede ser cometido el delito. Para ello, tipifica un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor».

(130) La SAP de Guipúzcoa, de 31 de marzo de 2017, si bien refiriéndose todavía a la regulación anterior, anunció que el delito de insolvencia punible en realidad no difiere del de alzamiento de bienes, más allá de que el «delito de insolvencia punible requiere la declaración civil de insolvencia. Este elemento constituye una condición objetiva de punibilidad, en virtud del cual la declaración civil de concurso transforma el estado fáctico de la insolvencia en condición jurídica de concursado».

(131) Bajo la rúbrica «De las insolvencias punibles», el Código penal tipifica distintas conductas delictivas que comparten algunos elementos comunes, tales como la naturaleza jurídica, el bien jurídico protegido o los sujetos activos y pasivos del delito.

(132) El Título XIII del Libro II del Código penal, rubricado «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», ha unificado dos grupos de delitos que no comparten el mismo denominador común, ya que con los delitos contra el patrimonio se protegen intereses económicos individuales, mientras que con los delitos contra el orden socioeconómico se protegen intereses económicos supraindividuales, colectivos o sociales. *Vid.* MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio... *op. cit.*, p. 325.

(133) En palabras de la profesora GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: «¿Libertad económica o insolvencia punible? El riesgo (no) permitido del deudor como problema sine die», en Rodríguez Ramos. L. (Dir.): *Reformas Penales en la Península Ibérica: A Jangada de Pedra*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 57, 58 y 60, «el legislador, a diferencia de la línea jurisprudencial anterior a la reforma de 2015, ha tipificado conductas que constituyen una gestión irregular o indebida del patrimonio. En suma, ya no es posible afirmar que el deudor que actúa con indiferencia respecto de la posibilidad de que determinadas actividades pudieran conducir a la ruina económica, o a serias dificultades de esa clase y,

ductas que conforman el tipo básico del delito se tipifican en el artículo 259.1 CP, siempre bajo la premisa de la manifestación de una «insolvencia actual o inminente». Con ello, el legislador penal español se refiere a la imposibilidad de un determinado deudor de hacer frente al pago de las obligaciones económicas que hubiere contraído.

Cuando se alude a insolvencia inminente debe entenderse aquella que tiene lugar cuando deudor no puede afrontar el pago de los créditos u obligaciones exigibles por los acreedores, pero que, en principio, todavía la masa patrimonial de sus activos supera el volumen de las deudas contraídas, por lo que sería posible liquidar aquélla para satisfacer éstas. En cambio, cuando se refiere la norma a insolvencia actual, responde a una situación en la que el activo del deudor resulta inferior a la suma de los pagos inmediatamente exigibles, por lo que, aunque se liquidase toda la masa que integra el activo, no podrían satisfacerse las obligaciones económicas del deudor. En el primero de los casos –insolvencia inminente–, el deudor requiere de tiempo para liquidar sus activos patrimoniales, y, por tanto, obtener la liquidez suficiente para atender sus obligaciones económicas. Así, consiguiendo un efectivo sistema de fraccionamiento y aplazamiento de pagos –diferimiento de los mismos–, podría cumplir con todas sus obligaciones contraídas. En el segundo caso –insolvencia actual– se trata de una suerte de quiebra o bancarrota, ya que se declara una incapacidad de pago definitiva, y requiere que los acreedores renuncien parcialmente a sus créditos –con sus respectivos intereses–, pese a que proceda la ejecución del completo patrimonio del deudor, que, como indico, no alcanzará para satisfacer totalmente a todos los créditos (134) de todos los acreedores (135).

La reforma del Código penal de 2015, en lo que aquí nos atañe, ha devenido en una suerte de amplio abanico de infracciones que, con anterioridad, no eran constitutivas de delito, siendo atendidas por la legislación concursal, en tanto que eran conductas que permitían calificar el concurso de acreedores como culpable, pero no como un hecho

con ello, a la insolvencia, esté exento de responsabilidad penal»; y «la posibilidad de apreciar que, tras la reforma 2015, las insolvencias punibles se construyan como una subespecie de delitos de administración desleal frente a los acreedores».

(134) Sobre esta cuestión, *Vid. SÁNCHEZ DAFAUDE, M.: Estudio crítico... op. cit.*, pp. 126 y ss.

(135) Acerca de estas referencias relativas al estado de insolvencia, así como criterios e interpretaciones conceptuales, *Vid.*, entre otros, MESTRE DELGADO, E.: «La frustración de la ejecución... *op. cit.*, p. 159-161; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Delitos contra el patrimonio...», *op. cit.*, pp. 489 y 490; QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis. De las insolvencias punibles», en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal español*. 8.^a ed. Tomo II. Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 164 y ss.

delictivo. Así, conforme a la Ley Concursal, el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravamiento del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor (136).

Queda patente el intento del legislador de acercar la legislación penal en materia de insolvencias punibles a la regulación mercantil sobre este tenor, si bien es cierto, en la norma penal no se exige ahora la existencia ni la apertura de un proceso concursal para la consumación delictiva. En palabras de Souto García (137), a pesar de que el Código penal emplea verbos distintos respecto de la legislación mercantil, lo cierto es que algunas conductas de ambas regulaciones se solapan.

Esta clase de delitos en particular, y los delitos económicos en general (138), tienen en común una fase de instrucción larga, debido a lo farragoso que resultan las investigaciones llevadas a cabo para esclarecer los hechos, así como identificar al (los) sospechoso (s). Esto genera en gran medida que los procesos se dilaten en el tiempo, alargándose la espera para obtener una resolución definitiva (139). Y, en algunos casos, los Jueces y Tribunales se ven obligados a tener que incluir en sus resoluciones las sucesivas reformas del Código Penal.

Así, puede apreciarse al analizarse detenidamente las sentencias que no en pocos casos el delito se perpetró antes de una o sucesivas reformas (140) sobre la materia, pero la sentencia tiene lugar tiempo después como consecuencia de las dilaciones ya referidas, entre otros motivos (141). Por tanto, los Jueces deben aplicar la ley que estuviera

(136) Ciertamente, dispone el artículo 442 de la Ley Concursal: «El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones».

(137) Vid. SOUTO GARCÍA, E.: «Frustración de la ejecución...», *op. cit.*, p. 817.

(138) Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: «Consideraciones dogmática, político criminales y procesal es en torno a los delitos de alzamiento de bienes, frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en VV. AA.: *Represión y Estado de Derecho: homenaje al Prof. Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 745-756.

(139) Uno de los ejemplos más claros ha sido el caso «Pescanova», resuelto por la SAN 2351/2020, de 6 de octubre, en la que concurren distintos delitos económicos tras una dilatada instrucción que reunió miles de folios y varios tomos.

(140) A modo de ejemplo, la SAP Valladolid 206/2017, de 27 de junio (F. Primero) estableció que «Lo primero que ha de indicarse al abordar este asunto es que, dado el tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos, en algunas materias se ha visto modificado el Código Penal por lo que hemos de atenernos a la redacción que en tales aspectos tenía el ordenamiento jurídico penal al tiempo de cometerse los hechos».

(141) Advierte la STS 1126/2021, de 18 de marzo (F. Quinto 2), que «importa señalar que, aunque es verdad que los hechos enjuiciados se produjeron aproximada-

vigente en el momento de la comisión del delito (142), y no la que está vigente cuando se promulga la sentencia, a no ser que esta ley resulte más beneficiosa para el reo, en cuyo caso será esta última la que será objeto de aplicación (143).

En nuestro sistema jurídico, en atención a la trascendencia de la crisis económica o insolvencia individual, se establece una regulación específica para la ordenación procedimental, así como para su solución económica en cada caso concreto. A tal fin, rige en la actualidad una dualidad normativa (144) en el orden penal y mercantil, estableciéndose con precisión los supuestos en los que se considera que existe legalmente un concurso, y determinándose los procedimientos judiciales que deben iniciarse para resolver esas situaciones de crisis,

mente quince años antes de la celebración del juicio (que tuvo lugar los días 19,20 y 21 de junio de 2017) no es aquella la fecha que debe tomarse en consideración a los efectos de ponderar el concurso de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas y extraordinarias».

(142) De hecho, todavía hay sentencias que ligan los alzamientos a los delitos de insolvencias punibles -seguramente por la concurrencia de los hechos anteriores a la reforma penal de 2015-. *Vid.* STS 750/2018, de 20 de febrero; STS 355/2017, de 17 de mayo de 2017.

(143) En este sentido, señala el artículo 2.1 CP que «No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración»; y el apartado 2, añade que «No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviera cumpliendo condena».

(144) Al respecto, la magistrada PÉREZ GÓMEZ, R.: «La nueva regulación del delito de insolvencia punible en el Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo», en *Revista de Derecho, Vlex*, n.º 136, septiembre de 2015, pp. 2-5, ha puesto de manifiesto la delgada línea existente entre el orden penal y el ámbito mercantil –si bien no se refiere a la actual Ley Concursal de 2020– en relación con la insolvencia, y realiza una comparativa entre ambos órdenes, apuntando que «el artículo 259.1 (CP) reproduce, sin añadidos, las conductas previstas en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal, sin que por otra parte el tipo penal exija que la conducta llevada a cabo por el deudor sea la causante de su estado de insolvencia, basta con que se realicen cuando esta insolvencia ya existe o es inminente». Y añade que «El artículo 260 penaliza el favorecimiento por parte del deudor de alguno o algunos acreedores de forma discrecional, ya sea antes o después de haber sido declarado el concurso (...). De nuevo se reproduce el artículo 71 de la Ley Concursal referente a las acciones de reintegración concursales que establece los criterios para determinar cuándo tal selección se considera fraudulenta». Y concluye que esta dualidad normativa «nos hacer dudar de sí quizás se ha producido una criminalización de conductas que anteriormente tan sólo constituían irregularidades mercantiles y si de esta manera se está ofreciendo a los acreedores una doble vía de protección de sus créditos, que pueda generar, en numerosas ocasiones la interposición de denuncias en vía penal, a menudo infundadas, que supongan un nuevo colapso de los Juzgados Penales por cuestiones que en el fondo son susceptibles de solventarse en vía mercantil».

y detallándose los requisitos formales y materiales que es preciso cumplir para acudir a tales trámites, una vez puede acreditarse la real situación económica de insolvencia.

Así, se exige que el deudor en situación de insolvencia actual o inminente se comporte con un específico deber de diligencia en la gestión de sus actividades y de su masa patrimonial –velando por los intereses de sus acreedores, para poder satisfacer sus créditos–, y facilite la adopción –por parte de los órganos judiciales– de las decisiones pertinentes para garantizar la protección patrimonial de las obligaciones económicas contraídas.

Partiendo de la premisa máxima de que el deudor es responsable del cumplimiento de sus obligaciones contraídas con todos sus bienes presentes y futuros, y de que además recae sobre él un deber específico de actuar con diligencia en la gestión de sus asuntos económicos, puede hacer emerger la maquinaria pesada del Derecho penal cuando, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, incumpla el referido deber de diligencia.

Ciertamente, el legislador ha diseñado una relación de conductas que suponen el incumplimiento regular de las obligaciones exigibles al deudor. Dicho incumplimiento puede considerarse condición objetiva de punibilidad (145), por lo que, en caso de no darse, las conductas no superarían el estado de la atipicidad (146). En síntesis, al Derecho penal le invocará aquella situación de insolvencia patrimonial que esté causada o agravada mediante conductas fraudulen-

(145) Vid. MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio...», *op. cit.*, p. 443; PASTOR MUÑOZ, N.: «Obtención fraudulenta...», *op. cit.*, pp. 309-311; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 24.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 471; DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Delitos de frustración...», *op. cit.*, p. 377; QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 177; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Frustración de la ejecución... op. cit.*, capítulo III de la obra.

(146) Ciertamente, la STS 1018/2008, de 26 de octubre, si bien refiriéndose al articulado anterior a la reforma llevada a cabo en 2015, expuso que el perjuicio a los acreedores es un elemento del tipo y lo razona de la siguiente forma: «con relación al perjuicio a los acreedores, realmente este requisito no resulta propiamente de una primera aproximación interpretativa al contenido del tipo que se encuentra incluido en el artículo 260.1 del Código penal, pero creemos indudable su concurrencia. Primeramente, porque este delito lo es de resultado, ya que requiere la causación de una crisis económica o una situación de insolvencia, que debemos considerarla como «generalizada» (derivada del propio concepto del concurso)... pero dando por supuesto que, siempre, tendrá que haber algún perjuicio a los acreedores, lo que, además, es de toda lógica, pues en caso contrario no se comprendería la razón de penalizar este comportamiento. El delito previsto en el artículo 260 es doloso y el dolo ha de comprender lógicamente todos los elementos del tipo, incluyendo el resultado material que, como hemos referido antes, es dual: la situación de insolvencia y el perjuicio efectivo a los acreedores».

tas (147), y no un mero incumplimiento o impago de las obligaciones contraídas por el deudor.

Ahora bien, quien, estando obligado, no respondiese al deber de diligencia exigible, incurriría en sanciones específicas en el ámbito civil, y, posiblemente, además, en un delito. En este sentido, la norma punitiva se dirige a aquellos deudores que, encontrándose en tal situación de insolvencia inminente o actual, incumplan el específico deber de diligencia y que, a través de alguna de las distintas conductas contempladas en el artículo 259.1 CP, deje de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (148), o sea declarado en concurso, o lleve a cabo la conducta prevista en el artículo 260.1. Así pues, se pueden clasificar las conductas en dos grupos (149): uno que engloba las conductas contrarias a la razonabilidad económica que ocasionan una depauperación del patrimonio del deudor que se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente; y, otro grupo que contempla las conductas de causación de la insolvencia mediante conductas de bancarrota. En definitiva, se sanciona la causación de «crisis económica o insolvencia» (150) en los supuestos tasados. A su vez, en el

(147) En este sentido, el objeto material de las fraudulencias patrimoniales estaría constituido por los bienes que pueden integrar la masa activa del concurso, es decir, aquellos bienes integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren hasta la conclusión del procedimiento, a excepción de los que, aun teniendo carácter patrimonial, «sean legalmente inembargables» (artículo 192.2 de la Ley Concursal), así como algunas prevenciones relacionadas con los bienes conyugales y de propiedad ajena (artículos 193-196, 239 y 240 de la Ley Concursal).

(148) Tras la reforma penal de 2015, se mantiene la declaración de concurso, pero se añade el supuesto en el que «el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles». Es por ello por lo que ya no resulta un requisito necesario el hecho de que se declare civilmente el concurso. Esta previsión, QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 181, la habría sustituido por la existencia patente de un «sobreseimiento general de todas las obligaciones», con vistas a que solo esta situación global, y no parcial, de incumplimiento frente a las deudas de los acreedores, pudiera hacer surgir la acción penal contra el deudor.

(149) *Vid.* DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Delitos de frustración...», *op. cit.*, p. 380.

(150) La STS 652/2018, de 14 de diciembre, al respecto manifestó que «El concepto de crisis económica es más amplio que el de insolvencia, pero como la tipicidad penal se vincula con una situación de insolvencia declarada judicialmente, resulta razonable interpretar el concepto de crisis con la situación de insolvencia inminente». Además, «para la exigencia de responsabilidades penales (...) la actuación del sujeto activo debe haber causado o agravado dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia. Hay una doble situación de hecho sobre la que ha de operar la actuación del sujeto activo: una crisis económica o una situación de insolvencia, que no son conceptos jurídicos equivalentes, y hay también una doble posibilidad en la actuación del sujeto activo, causar o agravar la crisis o la insolvencia»; «La

primero de los grupos se prevén dos subtipos de conductas, esto es, las que pretenden disminuir indebidamente el patrimonio o que supongan un riesgo de pérdidas económicas injustificadas; y las que supongan una infracción de los deberes contables legales, obstaculizando a los acreedores conocer la situación económica del deudor (151).

Por tanto, se tipifican una serie de conductas que consuman el delito a modo de acciones u omisiones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos (152) –por las que se reduce de manera indebida el patrimonio que se halla en garantía del cumplimiento de las obligaciones de los acreedores–, o que dificultan o imposibilitan el conocimiento de los acreedores de la verdadera situación económica del deudor.

Ciertamente, del análisis semántico de la redacción del artículo 259, podemos definir que no nos hallamos ante conductas que se producen exclusivamente en el seno de un procedimiento concursal (153), donde la libre disposición y gestión económica del deudor se halla limitada, sino que se contempla conductas que pueden realizarse antes de la apertura del concurso, en un escenario preconcursal, a saber, cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia, bien porque no pueda satisfacer sus obligaciones, bien porque es previsible que no podrá atenderlas en los siguientes meses –insolvencia actual o inminente–. Esto es, se haya declarado el concurso o no.

causación es un concepto fácilmente aprehensible y supone la existencia de un vínculo causal entre la crisis o insolvencia y la actuación del sujeto activo. No obstante lo anterior, la insolvencia suele ser multifactorial por lo que la conducta del autor debe ser relevante desde el punto de vista causal para que pueda atribuírsele el resultado».

(151) Vid. MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal... op. cit.*, p. 99.

(152) En este sentido, SÁNCHEZ DAFAUDE, M.: «Frustración de la ejecución...», *op. cit.*, p. 488, apunta que debería recibir la denominación de delito empresarial, habida cuenta que no se puede exigir que un particular deba responder penalmente por la mera gestión desordenada de su propio patrimonio. De esta manera, entiende, de manera acertada, que los particulares podrían cometer un delito de alzamiento de bienes, pero no deberían ser sujetos activos del delito concursal, concebido estrictamente para profesionales cuya actividad profesional pueda afectar al crédito de sus acreedores, pero no cualquier particular. Además, considera el autor que sería absurdo que un padre cabeza de familia que resulte declarado en concurso de acreedores pueda responder penalmente por el artículo 259 CP. Para solucionar este tipo de situaciones, propone que el artículo 259.4 CP –que como condición objetiva de punibilidad exige que se haya dejado de cumplir regularmente las obligaciones exigibles o haber sido declarado en concurso– pase a incluir en la redacción un supuesto adicional condicional, a saber: «... o cuando el deudor haya sido objeto de una intervención pública destinada a su saneamiento económico financiero». Y es que la insolvencia no se describe aquí como un resultado, sino como un suceso posterior, desligado de la voluntad y dominio del autor.

(153) Vid. FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 810.

Vemos, pues, que se reconoce a posteriori esa limitación de la libertad de actuación del deudor durante el período referido, por lo que la equiparación, a efectos de insolvencia, por parte del legislador, «no resulta inadecuada» (154), exigiéndose al deudor insolvente un deber de diligencia (155) que no ponga en riesgo la finalidad perseguida por el procedimiento concursal –iniciado o de previsible iniciación–.

Y todas estas conductas que pretendo desgranar, se regulan en el artículo 259.1 y 2 del CP –este apartado 2 se analiza con posterioridad–, que sancionan al deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia inminente o actual, deje de cumplir con sus obligaciones económicas o haya sido declarado judicialmente en situación de concurso. Las conductas (156) en concreto son las siguientes (157):

1) Ocultar, causar daños o destruir los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían de estarlo, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

(154) *Cfr.* FARALDO CABANA, P.: *Últ. op. y loc. cit.*

(155) La normativa concursal contempla acciones rescisorias de los actos perjudiciales para la masa activa dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, así como acciones de impugnación de los actos del deudor que procedan conforme a derecho (artículos 226 y ss., y 238 TRLC).

(156) La SAP Valladolid 206/2017, de 27 de junio, manifestó que «la acción consiste en la realización de cualquier comportamiento que suponga una ocultación de los bienes a los acreedores, ya se trate de actos jurídicos o materiales. Acción que ha de tener como consecuencia la provocación de una efectiva situación de insolvencia del deudor». Por su parte, la SAP Madrid 748/2015, de 11 de noviembre, apuntó que «la dinámica comisiva puede adoptar distintas formas: actos de enajenación, actos de constitución de gravamen, destrucción material del bien, su ocultación o, incluso, la ficción o simulación de actos de disposición o de gravamen»; «admite, no obstante, diversas formas de participación, siendo especialmente frecuente la participación necesaria, como contraparte en los actos de disposición o aumento del pasivo o bien colaborando a la realización de los actos que conforman el alzamiento»; «cuyos requisitos habrán de ser: a) Efectiva, real e incontrovertible situación de insolvencia; b) Situación creada deliberada y metódicamente por el acusado, poniendo en marcha los mecanismos previstos en el tipo; c) Al mismo tiempo, consecución de la declaración judicial -aunque no es necesario este acto formal- para configurar el tipo, por actividades encaminadas a realizar actos de disposición patrimonial y al mismo tiempo de generación de obligaciones; y d) Aunque el tipo se consuma por la dificultad que supone para los acreedores el cobro de su crédito, lo que simplemente generaría responsabilidades indemnizatorias, también se contempla la imposibilidad del cobro, lo que, al igual que sucede con el que se alza con los bienes e impide el cobro, pone en marcha la decisión reparadora de anular las operaciones realizadas».

(157) Las conductas señaladas entre los numerales 1 a 5 son conductas que afectan al patrimonio del deudor; en cambio, las restantes afectan a los deberes legales contables. En relación con esta serie de conductas, *Vid.*, entre otros, los estudios de PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible...», *op. cit.*, pp. 813 y ss.; GALÁN MUÑOZ, A.: «Los delitos patrimoniales de defraudación (II): Frustración de la

Se sancionan, en primer lugar, las conductas de los deudores cuando contravienen las reglas de una «gestión ordenada en los asuntos económicos» (158). Se pueden apreciar tres elementos (159): uno conductual, que obedece a la acción del autor –ocultar, dañar o destruir–; otro elemento objetivo, que exige que la acción afecte a bienes de la masa activa; y, un elemento temporal, referido al momento de la apertura del concurso.

Traigo a colación el contenido del artículo 193 de la Ley Concursal, que señala que «la masa activa del concurso está constituida por la totalidad de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración de concurso y por los que se reintegren al mismo o adquiriera hasta la conclusión del procedimiento», con excepciones como las del carácter de inembargabilidad (160) de algunos bienes y derechos. En esta modalidad, los bienes desaparecen de la masa activa del concurso, o no constan los que deberían estar integrados –ocultación–, o sufren una disminución de valor a raíz de la actuación del deudor –daño o destrucción–.

En este sentido, podría surgir el interrogante sobre qué ocurriría si se realiza por parte del deudor –actuando relativamente con buena fe–, en situaciones de crisis y atendiendo al fin de sostenibilidad de la empresa, alguna maniobra de «salvamento» que consista en la transferencia de activos patrimoniales o la satisfacción de deudas no vencidas (161). En este sentido se plantean dudas sobre la tipicidad, que pudieran hacer surgir los interrogantes acerca de si la cantidad a la que ascendían las transferencias era o no suficiente, o si con tales maniobras del deudor se consiguió o no sanear su situación deudora, con la consiguiente insatisfacción del derecho de cobro de los acreedores (162). En mi opinión, sería esencial conocer el ánimo del sujeto activo, para determinar el elemento subjetivo del posible delito, no

ejecución e insolvencias punibles», en Galán Muñoz, A./Núñez Castaño, E.: *Manual de Derecho Penal económico y de la empresa*. 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 125 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Delitos contra el patrimonio...», *op. cit.*, pp. 505 y 506; NAVARRO CARDOSO, F., MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D.: «Frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en Acale Sánchez, M. (Dir.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*. Tomo IV, Iustel, Madrid, 2023, pp. 31-50; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L.: «Frustración de la ejecución...», *op. cit.*, pp. 512-514; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Frustración de la ejecución... op. cit.*, Cap. III.II; FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, pp. 807 y ss.

(158) Cfr. MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal... op. cit.*, p. 100.

(159) Vid. ARMENTEROS LEÓN, M.: *Relaciones y conflictos entre el concurso y el derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 76.

(160) Vid., nota 147.

(161) Vid. MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal... op. cit.*, p. 101.

(162) Vid. NIETO MARTÍN, A.: *El delito de quiebra... op. cit.*, p. 116

sólo el resultado obtenido con sus actuaciones –con un claro perjuicio a alguno o algunos de los acreedores–. No obstante, en el contexto de una crisis económica y en relación con la satisfacción de deudas no vencidas, cierto sector doctrinal plantea la posible tipicidad de la conducta (163).

En cuanto a las acciones de destruir, dañar o inutilizar partes del capital, pese a que no aportan ningún beneficio al deudor, sí ocasionan un perjuicio al acreedor.

2) Realizar actos de disposición, mediante la entrega o transferencia de dinero o de 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.

En esta modalidad se castiga la entrega de dinero o bienes, y la asunción de deudas, lo que constituirían actos de reducción del activo o aumento del pasivo, que serían sancionables cuando resulten desproporcionados sobre el patrimonio o ingresos del deudor, y carezcan, así mismo, de justificación económica o empresarial. En este sentido, el artículo 227 de la Ley Concursal señala que «el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real». Y el artículo 228 apunta que «salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1.º Los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. 2.º Los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. 3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso si contasen con garantía real».

Se trata de conductas que se pueden materializar de forma activa –entrega o transferencia–, o de forma pasiva –asunción de deudas–. Obedece a una gestión económica o patrimonial del deudor, de manera malintencionada y fraudulenta, en perjuicio para los acreedores.

Su esencia consiste en realizar actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales. En este punto, para que la actuación del deudor sea constitutiva de delito

(163) Entre otros, *vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: *Crisis económica y concursos...* *op. cit.*

se exige (164) que los actos de disposición no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, y que carezcan de justificación económica. Se incluyen las acciones u omisiones que producen la disminución irracional del activo, a través de negocios de pérdidas, operaciones por diferencias con mercancías o títulos-valores o que generen un endeudamiento excesivo por medio de gastos antieconómicos, juegos o apuestas (165).

3) Realizar 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.

En esta modalidad se contemplan conductas que suponen una disminución del activo sin justificación económica, y ello sin mencionar que se trata de justificación económica empresarial (166). La única finalidad pretendida es la de defraudar a los acreedores.

Así, aquí podrían incluirse las ventas a pérdidas (167), ventas muy por debajo de precio de mercado a familiares –para favorecer al familiar o producir una alteración del titular ficticio, en perjuicio de los acreedores– (168).

Ahora bien, la venta por debajo del precio de adquisición puede carecer de sentido por la gran dificultad de establecer cuál es el precio justo y cuál es el precio posible (169). En general, se trata de criterios que pivotan sobre la falta de justificación económica, y suponen una carga valorativa de difícil aplicación práctica.

4) Simular créditos de terceros o reconocer créditos ficticios (170).

En este caso se sancionan las conductas orientadas a agravar la situación económica del deudor, incrementando el pasivo patrimonial,

(164) *Vid.* ARMENTEROS LEÓN, M.: *Relaciones y conflictos... op. cit.*, p. 78.

(165) *Vid.* MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal... op. cit.*, p. 106.

(166) En opinión de FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 814, esta modalidad se podría haber incluido en el numeral anterior.

(167) La STS 1175/2016, de 14 de marzo, condenó la conducta del recurrente consistente en despatrimonializar la sociedad a través de cesiones de hipotecas, ventas, compras, utilización de testaferos y terceras personas interpuestas, extracciones de dinero, etc., dejando a la sociedad sin activos, trasladando los activos de aquella a empresas del propio administrador o gestionadas por él.

(168) *Vid.* SOUTO GARCÍA, E.: «Frustración de la ejecución...», *op. cit.*, p. 813.

(169) *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 165.

(170) Resulta de interés, en este sentido, la STS 268/2020, de 29 de mayo, que señaló que «La sentencia recurrida calificó de simulado el contrato de factoring que suscribieron los acusados, con un argumentario que partió del reconocimiento sobre tal extremo de la parte ahora recurrente, lo que ahora ésta niega. En cualquier caso, lo relevante es que el marco contractual que surgió del mismo fue el instrumento del que sirvió al empleado de la entidad para conformar esos créditos simulados que ensam-

con la exclusiva finalidad de perjudicar a los acreedores. Esta modalidad es muy frecuente en la praxis, y constituye, en puridad, la misma clase de acción. No obstante, perfectamente esta modalidad se podría haber incluido en el numeral 2.º, no siendo necesaria su previsión en una descripción independiente.

5) Participar 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.

En esta modalidad se castiga a quien participe en negocios especulativos en los que existe un alto riesgo de pérdida –y de beneficios–, resultando contrario al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos.

Conviene señalar que, según la RAE, la especulación es «la operación comercial que se practica con mercancías, valores o efectos públicos, con ánimo de obtener lucro». Por otro lado, atisba Faraldo Cabana que, en Economía, la especulación «es el conjunto de actuaciones comerciales o financieras que tienen como fin la obtención de un beneficio financiero gracias a las fluctuaciones de los precios, es decir, un tipo de inversión que no conlleva un compromiso con la gestión de los bienes en los que se invierte, pues se limita al movimiento de capitales, habitualmente a corto o medio plazo» (171). Para esta autora, no existen argumentos de peso para criminalizar esta conducta descrita (172).

Ahora bien, el riesgo, la libertad de empresa y la disposición son variables inherentes a la actividad mercantil, por lo que cualquier generación de la insolvencia en ese sentido no será constitutiva de delito. Solamente alcanzarán el tipo penal aquellos comportamientos contrarios a una gestión regular y prudente (173). Así, en opinión de Monge Fernández, pese a que la actividad empresarial contiene una

blan la aplicación del tipo previsto en el actual artículo 259 1. 4.ª, que se aplica como sucesor del 260 vigente a la fecha de los hechos (anterior a la LO 1/2015), y que lo hizo en el ámbito de sus funciones como empleado del recurrente, que de esta manera consolidó su posición como responsable civil subsidiario que opera como garantía frente a terceros, sin perjuicio de las acciones de repetición que pueda ejercitar».

(171) Cfr. FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 814.

(172) Vid. FARALDO CABANA, P.: «Vuelta a los hechos de bancarrota», en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n.º 23, 2015, p. 63; de la misma: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 814; GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: «El delito (para) concursal como paradigma del exceso punitivo», en *Temas clave de derecho penal: Presente y futuro de la política criminal en España*. Bosch, Barcelona, 2021, p. 341; DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *Delitos de frustración...* *op. cit.*, p. 315; SOUTO GARCÍA, E.: «Frustración de la ejecución...», *op. cit.*, p. 816.

(173) Vid. MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal...* *op. cit.*, p. 111.

elevada dosis de riesgo, las acciones del deudor deberán realizarse con un cierto grado de prudencia. En este sentido, contraer créditos empresariales es siempre una actividad arriesgada, impune penalmente si se realiza una gestión empresarial ordenada, pero si no se adoptan las pertinentes cautelas podría realizarse una conducta ilícita, contraria a los riesgos normales.

Lo que hay que tener en cuenta es que los negocios especulativos comprometen el patrimonio del deudor, asumiendo un riesgo potencialmente perjudicial tan elevado que sería incompatible con una gestión diligente, pero aun así la redacción genera cierta inseguridad jurídica (174), ya que no resulta sencillo establecer cuándo estamos en presencia de una actuación diligente, ordenada o racional, en un determinado momento del mercado y en un negocio concreto (175). Y en cuanto a las fraudulencias documentales, éstas se caracterizan por afectar a la contabilidad y demás documentación empresarial, coincidiendo las conductas con las descritas en los delitos de falsedades, en los artículos 290 y 390 y ss. CP).

La gestión ordenada es considerada por cierto sector doctrinal como una causa de justificación (176). Otros han considerado que se trataría de un elemento del tipo que se aproxima a la figura del «riesgo permitido» (177), determinando la imputación objetiva del resultado (178) lesivo para el ejercicio de su derecho por los acreedores.

Puede apreciarse que el artículo 259.1 CP reproduce las conductas previstas en la Ley Concursal en relación con la calificación del concurso, sin que el tipo penal exija que la conducta del deudor produzca su estado de insolvencia. Ciertamente, será suficiente con que la insolvencia exista o resulte inminente.

(174) Vid. FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 815.

(175) Vid. GALÁN MUÑOZ, A.: *Presente y futuro de las insolvencias... op. cit.*, p. 315; GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: «El delito (para) concursal...», *op. cit.*, pp. 339 y ss.

(176) Vid. OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: *El delito de insolvencias punibles... op. cit.*, p. 72. En este sentido, apunta QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 166, que «los negocios especulativos, tan caros a nuestra sociedad, pueden tener explicación por la codicia. Pero en tanto que no son nunca actos de economía productiva, no puede plantearse nunca que los llamados “pelotazos” –ganancias que se obtienen sin haber incrementado en nada el valor de lo que se adquiere y luego se vende– puedan llegar a tener «justificación económica», pues no son propios del auténtico empresario. Cuestión diferente es que muchos lo hagan, pero si la operación fracasa y se va a la bancarrota –por esa y otras causas– nunca debiera esperar justificación de especie alguna».

(177) Sobre las situaciones del riesgo permitido en las insolvencias, Vid. GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: *Alzamiento de bienes e insolvencias punibles... op. cit.*, pp. 415 y ss.

(178) De esta opinión, Vid. NIETO MARTÍN, A.: *El delito de quiebra... op. cit.*, pp. 99 y 100.

Así, todas las conductas anteriores conforman un delito especial de mera actividad (179).

6) Incumplir el deber legal de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad, o cometer en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera; y destruir o alterar los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

Las conductas que el Código penal tipifica en su artículo 259.1.6.^a-8.^a se refieren a la denominada insolvencia punible documental (180). En este sentido, la reforma de 2015 amplió el injusto típico del delito, incluyendo diversas conductas que suponen infracciones de los deberes legales contables, siempre que estas conductas sean relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera (181).

Las conductas descritas deben suponer un obstáculo para la comprensión de la situación financiera o patrimonial del deudor. Esta obstaculización ha de ser sustancial. La falta de contabilidad puede provocar la quiebra, y al tratarse de un delito de peligro según el legislador –con los matices que puedan surgir aquí–, puede tratarse de una conducta objetiva que produzca la situación de insolvencia.

Los deberes legales contables incluyen la obligación de llevar la contabilidad, siendo castigada tanto su omisión como la doble contabilidad o la comisión de irregularidades en la misma (182). La descripción de la modalidad coincide parcialmente con los hechos que permiten la calificación del concurso como culpable (artículo 443 Ley Concursal). En cuanto al deber de llevar la contabilidad, tanto el deudor civil como el mercantil se encuentran obligados legalmente a llevar contabilidad. Así, el deudor civil lo estará cuando es obligado tributario (artículo 29.2.d) LGT), o cuando lo establezca alguna legislación sectorial. Por su parte, el empresario estará obligado a llevar la contabilidad con carácter general (artículos 25 y ss., del Código de Comercio), así como cuando establezca la legislación sectorial. Llevar una doble contabilidad comprende los supuestos en que existe doble llevanza de documentos contables, pero también aquellos en los que se refleja una situación formalmente irreal, ficticia, ocultándose la verdadera situación patrimonial. Ciertamente, en la Ley Concursal se sanciona cualquier incumplimiento formal o material del deber de lle-

(179) Vid. MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio...», *op. cit.*, p. 443.

(180) Vid. FRANCÉS LECUMBERRI, P.: «El delito de insolvencia punible documental», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2019, pp. 1-32.

(181) Vid. MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal...* *op. cit.*, p. 114.

(182) Vid. Artículos 21, 124, 443.5.º, 444.3.º, 445 bis.2.3.º de la Ley Concursal.

vanza de la contabilidad que resulte sustancial (183), y debe incluirse entre los Libros contables el Libro de Inventarios y Cuentas Anuales y el Libro Diario. La interpretación debe ser idéntica en el ámbito penal, siendo coherente con el clásico principio de intervención mínima del Derecho penal.

En cuanto a la comisión de irregularidades relevantes y la alteración de libros contables, debe interpretarse como la comisión de conductas falsarias previstas en el artículo 390.1 CP (184), incluyendo la de faltar a la verdad en la narración de los hechos, que es punible entre los particulares que se hallan en situación de insolvencia actual o inminente. Lo verdaderamente relevante será la causación de imposibilidad o dificultad para comprender la situación patrimonial del deudor. La destrucción de los libros equivale a no llevarlos, y la alteración de los mismos supone cometer falsedades en ellos (Artículo 390.1.1 CP).

7) Ocultar, destruir o alterar la documentación que el empresario está obligado a conservar, durante el tiempo en que rige esta obligación legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

Nuevamente se tipifican las acciones atinentes a destruir o alterar documentación, si bien referidas a la documentación que el empresario está obligado a conservar. Esta conducta, que en principio solo se dirige hacia el empresario, como deudor mercantil (185), no exige que suponga dificultar la comprensión de la situación económica, sino la imposibilidad de examinar o valorar dicha situación real del deudor, aunque se ha manifestado que se refieren a lo mismo (186).

De entre la documentación que está obligado el empresario a llevar, habría que excluir la contabilidad, ya que es objeto de la conducta anterior. En cambio, el Libro de socios es exigible a las entidades de responsabilidad limitada; las sociedades anónimas y comanditarias llevan un Libro registro de acciones nominativas. Ambos deben legalizarse en el Registro Mercantil. También se encuentra el Libro de actas, en el que constan los acuerdos adoptados en las juntas y los órganos colegiados de la sociedad, que también debe legalizarse en el Registro Mercantil. Y para las sociedades unipersonales, se prevé el Libro de contratos entre la empresa y el socio. De otro lado, en el

(183) Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: «Concurso culpable», en Beltrán Sánchez, E./García-Cruces, J.A. (Dir.): *Enciclopedia de Derecho concursal*, vol. I. Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 551-566.

(184) Vid., al respecto, FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, pp. 815-817.

(185) Vid. MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal... op. cit.*, p. 119.

(186) Vid. FARALDO CABANA, P.: *Vuelta a los hechos de bancarota... op. cit.*, pp. 55-70.

aspecto fiscal y tributario, también se antoja necesaria la llevanza de libros, siendo algunos obligatorios para cualquier tipo de sociedad, ya sea de empresario autónomo o entidad mercantil, como es el caso del Libro de facturas emitidas y recibidas a efectos de IVA. En este sentido, la documentación de carácter tributaria debe conservarse por un período mínimo de cuatro años. Sin embargo, la obligación de conservar los «libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados», se extiende a seis años desde el último asiento realizado en los libros (artículo 30 Código de Comercio), salvo que otras disposiciones generales o especiales establezcan un plazo distinto.

Esta modalidad delictiva constituye un tipo penal mixto alternativo, que incorpora tres conductas delictivas. Alterar la documentación «cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor» puede constituir un delito de falsedad en documento mercantil (artículo 390.1 numerales 1 a 3 CP), o delito societario de falsedad en documentos sociales (artículo 290 CP). Empero, ocultar y destruir no son modalidades típicas de las falsedades, aunque coinciden con la conducta del numeral anterior de este artículo, por lo que, en caso de concurso aparente de leyes, este precepto resultaría aplicable en armonía con el principio de especialidad (187).

8) Formular las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o la valoración de la situación económica real del deudor; o incumplir el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

El tipo penal castiga las falsedades o irregularidades contables, aunque no afecten el pago del crédito. Basta con que el deudor, encontrándose en situación de insolvencia, realice las falsedades, sin ningún requisito adicional.

Se trata de un incumplimiento de obligaciones puramente formales del empresario. El hecho de no cumplir con la normativa contable en la llevanza de la contabilidad, o no cumplir con el deber de formular balances e inventarios en el plazo previsto, tan solo tendría relevancia en el momento en el que responde a una administración deficiente, pero tales incumplimientos tendrían sentido en el caso de que impidan obtener una imagen fiel del patrimonio del deudor (188).

(187) Vid. FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 817.

(188) Vid. BUSTOS RUBIO, M.: «Los delitos de insolvencias punibles...», *op. cit.*, p. 90; MONGE FERNÁNDEZ, A.: El delito concursal...», *op. cit.*, p. 117; FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 818.

Con buen tino advierte Monge Fernández (189) que la actual tipificación del concurso punible resulta desafortunada y criticable por lo que respecta al aumento del injusto típico, habida cuenta que las modalidades constitutivas de las infracciones de los deberes contables coinciden sustancialmente con las infracciones civiles contenidas en la Ley Concursal, con lo cual la frontera entre los ilícitos civiles y penales queda difuminada, resultando incluso disfuncional.

Cabe afirmar que con relación a las conductas expuestas en los numerales 6, 7 y 8, que aluden a la ocultación de la situación económica patrimonial o financiera del deudor, se parte de la base de que éste se encuentra en una situación de insolvencia, por lo que tales conductas suponen un impedimento o dificultad del conocimiento de esta situación de insolvencia por parte de los acreedores. Estas conductas suponen una transgresión de los deberes legales enfocados en la contabilidad, con la documentación del negocio y las cuentas anuales del deudor, lo que supone que este infringe sus obligaciones, de manera que los acreedores se ven dificultados para conocer la verdadera situación económica.

Es evidente que estas conductas se dirigen particularmente al deudor como empresario –delito especial propio, como se ha expuesto–, y el deber de diligencia que se incumple, se encuentra amparado en normas extrapenales, y, en concreto, en el Código de Comercio, en sus artículos 25 a 49, y en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en sus artículos 253 a 262, y el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, entre otras, como en la Ley General Tributaria, en su artículo 29.2.d). Cumplir con esta serie de obligaciones facilitaría la identificación de la situación económica real del deudor.

Con relación al numeral séptimo, el plazo durante el que se extiende esta obligación descrita, por lo general es de 6 años, *ex artículo* 30 del Código de Comercio, si bien este plazo está expuesto a lo que estipule otra disposición normativa. En este sentido, la normativa tributaria señala, como una aplicación formal del contribuyente, conservar los libros de contabilidad, registros, programas, ficheros y archivos informáticos que sirvan de soporte, facturas y otros documentos y justificantes que tengan relación con las obligaciones tributarias, tal y como dispone el artículo 29.2.d) de la Ley General Tributaria. Este plazo de cumplimiento de la obligación es de 6 años, y es el que debe entenderse aquí, habida cuenta que es superior al

(189) Vid. MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal...* *op. cit.*, p. 119.

plazo de 4 años previstos de prescripción por parte de la Administración Tributaria.

9) Realizar 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 legislador redacta una cláusula de cierre abierta, donde se incluyen todas las conductas dolosas que constituyen una infracción del deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos y que ocasionan una disminución del patrimonio del deudor o supongan una ocultación de la verdadera situación económica (190).

El requisito acumulativo de la conducta novena prevista en el precepto estriba en que ésta produzca una disminución del patrimonio del deudor, aspecto que no se especifica en el resto de las conductas expuestas en el precepto, aunque en algunas de ellas ya podría encontrarse implícito. En este sentido, ocultar, dañar o destruir bienes, así como simular deudas, necesariamente producirá un menoscabo patrimonial en el deudor. En este sentido, si consideramos que el delito se concibe como de peligro abstracto entenderemos que lo que se sanciona no es la disminución del patrimonio, sino que las conductas se realicen sin justificación alguna emergiendo una serie de riesgos que por el mero hecho de encontrarse el deudor en una situación de insolvencia no se puede permitir. De otro lado, conforme a este apartado noveno, si se realiza una interpretación sistemática será necesaria esa constatación de la disminución patrimonial (191).

Finalmente, en cuanto al inciso final segundo de este numeral, a diferencia de las anteriores conductas, no se exige la manipulación u ocultación de ningún documento, como pudieran ser libros y registros contables, documentos de negocio o cuentas anuales, etcétera. Lo que se exige en realidad es que el deudor realice cualquier acción u omisión dirigida a ocultar su situación económica, de manera que podría interpretarse que lo que el precepto pretende sancionar no es otra cosa que el hecho de que el deudor oculte una situación ruinosa de la acti-

(190) En este sentido, sobre esta cláusula de cierre se refiere De la Mata Barranco cuando apunta que engloba, «en definitiva, cualquiera de las conductas que pueden dar lugar a los delitos de frustración de la ejecución del acreedor, abriendo la puerta a comportamientos de naturaleza claramente imprudente (a ubicar no en el artículo 257 ni en este artículo 259.1 sino en el artículo 259.4), pero en situaciones ya de insolvencia, sin que la misma haya tenido que ser causada por ellas». *Cfr. DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Delitos de frustración...», op. cit., p. 382*

(191) *Vid. PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible...», op. cit., p. 823.*

vidad empresarial o el ejercicio de una doble actividad empresarial, tal y como sostiene Pavía Cardell (192).

No debemos pasar inadvertida la opinión de Faraldo Cabana, para quien un abanico tan amplio de conductas del 259.1 no resulta adecuado ni justificado, ya que algunas de ellas pueden castigarse como falsedad, otras como alzamiento, y algunas como administración desleal. Así mismo, algunos comportamientos descritos se acompañan con cláusulas valorativas «de difícil concreción, como la participación en negocios especulativos cuando ello carezca de justificación económica (193), que no delimitan el ámbito de lo prohibido con la necesaria taxatividad» (194); y en otras conductas se alude a un deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que no encuentra amparo legal para el caso de deudores civiles, aunque sí para deudores mercantiles –diligencia de un ordenado empresario, artículos 225 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital–. Si bien se podría haber limitado a empresarios (195), ello podría confrontar con el artículo 226.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que prescribe que «en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado». Por último, se produce en la redacción una «indeseable superposición con los hechos que determinan la calificación del concurso como culpable en el procedimiento concursal, algo que se trató de evitar» en la redacción original del texto de 1995, a lo que se añade la sanción por imprudencia (196).

(192) Vid. PAVÍA CARDELL, J.: *Últ. op. cit.*, p. 827

(193) Para la autora citada, lo relevante será que no exista una justificación económica o empresarial, además de que la conducta disminuya el patrimonio del deudor, y, por ende, la garantía de cobro de los acreedores al agravarse o crearse la situación de insolvencia. En otro caso carecería de relevancia penal. Es por ello por lo que para FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 819, se antoja necesaria una revisión de la redacción. Así mismo, esta cláusula de cierre ha sido catalogada de «peligrosamente imprecisa» por BUSTOS RUBIO, M.: «Los delitos de insolvencias punibles...», *op. cit.*, p. 85.

(194) Cfr. FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 810.

(195) Al respecto, Vid. GÓMEZ LANZ, F.J.: *El nuevo régimen de la frustración de la ejecución y las insolvencias punibles...* *op. cit.*, p. 484; GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: «El delito (para) concursal...», *op. cit.*, pp. 335 y 336; SÁNCHEZ DAFAUDE, M.: «Insolvencias punibles», en *Estudio crítico...* *op. cit.*, pp. 757 y 758; FARALDO CABANA, pp. 810 y 811.

(196) Vid., las críticas minuciosas expuestas por DAFAUDE SÁNCHEZ, M.: *Estudio crítico...* *op. cit.*, pp. 77 y ss.

En definitiva, en la referida cláusula de cierre que caracteriza el presente numeral noveno, tendrían encaje aquellas conductas que supongan una reducción del activo o que impidan conocer la imagen fiel del patrimonio del deudor, pero, en todo caso, en defecto de aplicación de los anteriores numerales. Se trata de un delito que atenta al derecho de crédito, que exige que el deudor sea el causante de la situación de crisis o insolvencia, es decir, el deudor es quien ocasiona la insolvencia o la agrava si ya existía.

Como puede apreciarse, se trata de un delito mixto alternativo, en el que las nueve modalidades delictivas constituyen un delito especial, ya que el denominador común (197) del tipo exige que se

(197) Las STS 750/2018, de 20 de febrero y STS 355/2017, de 17 de mayo, han manifestado que «los elementos de esta categoría delictiva son: 1.º) Existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, porque nada impide que, ante la perspectiva de un crédito, ya nacido, pero todavía no ejercitable, el deudor realice un verdadero y propio alzamiento de bienes. 2.º) Un elemento dinámico que consiste en, una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor. Por ello ha de incidirse en la estructura totalmente abierta a la acción delictiva, ya que la norma tipifica el «realizar» cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones; 3.º) Resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido; y 4.º) Un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos. Basta para su comisión que el sujeto activo haga desaparecer de su patrimonio uno o varios bienes dificultando con ello seriamente la efectividad del derecho de los acreedores, y que actúe precisamente con esa finalidad». En términos parecidos, STS 730/2017, de 13 de noviembre, puso de manifiesto que «El tipo penal es un delito especial propio cuyos elementos esenciales son: su autoría solamente se puede predicar de un sujeto con condiciones específicas: ser deudor declarado en concurso o persona que actúe en su nombre; por ello es un presupuesto que tal quiebra, concurso o suspensión de pagos ha de ser declarada formalmente. Tal requisito desaparece ciertamente en la actual redacción del artículo 259.1, que solamente exige para los comportamientos que pasa a tipificar la Ley Orgánica 1/2015, una situación de “insolvencia actual o inminente” a tiempo de llevar a cabo la conducta típica; el resultado que ha de constatarse es una situación de crisis económica en la empresa, que implique un perjuicio para los acreedores, cuya entidad se erige en canon de referencia para determinar la pena; situación de crisis de la persona insolvente ha de tener por causa objetiva los actos del sujeto activo o, al menos, la agravación de dicha crisis; subjetivamente, esos actos causales han de ejecutarse con dolo, es decir, con la voluntad de tal efectividad de la que el sujeto ha de ser consciente cuando lleva a cabo dichos actos. Lo que hace atípica la insolvencia o agravación de ésta fruto de actuaciones imputables solamente a título de negligencia». Además, la SAP Navarra 30/2017, de 14 de febrero, de manera complementaria a lo anterior, advierte que «no debe olvidarse, por tanto, que es elemento

trate de un deudor que se encuentre en la situación de crisis económica o insolvencia, e incluso, tratándose de personas jurídicas, su administrador de hecho o de derecho. Por lo tanto, estamos ante un delito especial propio (198). El tipo no exige ningún resultado lesivo para la masa patrimonial ni similar –se consuma el delito con la mera realización de una sola de las conductas, siendo indiferente que se realicen una o varias conductas–, en el que se enumeran ocho modalidades delictivas (199) a la que se añade una cláusula general abierta, que debe ser interpretada de forma restrictiva (200), y, en concreto, cuando se produzca una efectiva disminución del patrimonio del deudor o una ocultación de su situación real y económica.

subjeto esencial en el delito de alzamiento la intencionalidad directa del agente de alzarse con sus bienes en perjuicio de un acreedor o acreedores utilizando para ello el mecanismo de desaparición simulada o aparente de los bienes que sirven de garantía para los créditos»; «ya que el alzamiento de bienes supone una acción del acreedor común que tiene como finalidad frustrar el pago de todas sus deudas de las que debe responder universalmente con su patrimonio. Solo de esta forma aparece nítidamente reflejado el elemento subjetivo del tipo, que no es otro que el propósito de defraudar a la totalidad de los acreedores».

(198) Así, la STS 725/2018, de 29 de enero, advierte que «es cierto que el artículo 260 CP es un delito especial propio en cuanto atribuye la autoría al deudor. Tratándose de una sociedad la autoría, conforme al artículo 31 del Código Penal recae sobre quien «actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro» y en este caso las pruebas e incluso la propia dinámica de los hechos acredita que el recurrente tenía un control sobre la empresa y actuaba de facto como administrador, por más que jurídicamente no tuviera la condición de administrador social». El núcleo del delito lo constituye la acción maliciosa y fraudulenta, concretada en agravar dolosamente la situación de crisis económica de la empresa (STS de 28 de abril de 2003), y requiere los siguientes requisitos, citados en la STS de 25 de octubre de 2002 y ATS de 27 de febrero de 2003: «I.- Que la quiebra, concurso o suspensión de pagos –en la actualidad tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se han suprimido los términos «quiebra» y «suspensión de pagos»– haya sido declarada sin exigir, como antes, que hubiera recaído sentencia en la pieza quinta pues sólo es preciso que se admita a trámite la solicitud de quiebra; II.- El fraude, que requiere actuación dolosa, esto es, dolo directo concretado en actos que exterioricen una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores; III.- Que esa actuación cause o agrave causalmente la situación de crisis o de insolvencia, y IV.- El perjuicio como resultado, aunque un sector doctrinal no lo considera esencial, bastando el peligro para colmar el tipo».

(199) *Vid.*, ampliamente, acerca de las mismas, SOUTO GARCÍA, E.: «Frustración de la ejecución...», *op. cit.*, pp. 812 y ss.

(200) *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 131.

Por lo tanto, se trata de delitos de mera actividad (201), aunque algún tribunal (202) los ha considerado delitos de resultado de peligro (203) o de resultado cortado (204). En cualquier caso, el propio apartado XVI del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, los cataloga como delitos de peligro (205). Debe advertirse, no obstante, que, hasta la reforma penal de 2015, el entonces delito concursal era eminentemente un delito de lesión, al requerir la efectiva producción de un perjuicio patrimonial. En cambio, en opinión del catedrático Martínez-Buján Pérez (206), desde entonces se ha producido una variación,

(201) La STS 194/2018, de 24 de abril, ha señalado que «es un delito de mera actividad o de riesgo que se consuma desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor».

(202) Ciertamente, la SAP de Guipúzcoa, de 31 de marzo de 2017, considera que este delito es de resultado, «no en cuanto produce lesión, sino peligro, en cuanto origina un riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de crisis económica o de insolvencia, estados, ambos, que llevan aparejados efectos como regulaciones de empleo, despidos, demoras en los pagos y un sin fin de consecuencias derivadas de una situación de crisis económica o de insolvencia».

(203) Ciertamente, AGUDO FÉRNANDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, Á. L.: *Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*. Dykinson, Madrid, 2018, p. 163, han manifestado que «nos encontramos ante un delito de peligro que básicamente consiste en la realización de cualquiera de las conductas relacionadas en los ordinales 1º a 9º del apartado 1º del artículo 259, parte de quienes se encuentran en una situación de insolvencia actual o inminente». En similares términos, el CUELLO CONTRERAS, J.: «La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil», en *Revista para el Análisis del Derecho, InDret*, n.º 2, 2019, p. 26, indicó que «de lo que se trata con este delito (insolvencia punible) es de prevenir estados previos o concomitantes a la situación de insolvencia que pueden generar un peligro grave de desencadenamiento de la insolvencia y/o, en su caso, de satisfacción de los créditos contraídos por los deudores», por lo que, «no es un delito de resultado».

(204) En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Valencia n.º 6, 341/2016, de 12 de septiembre, ya indicaba que «Se trata de un delito pluriofensivo que tutela, de un lado el derecho de los acreedores a que no se defraude ni se frustre la responsabilidad universal del deudor, y de otro lado protege el interés colectivo en el buen funcionamiento en el sistema económico crediticio»; «y ello porque este delito, como el alzamiento de bienes, del que no es sino una especialidad, es un delito de riesgo, de peligro, una de cuyas características lo es su resultado cortado o anticipado».

(205) En concreto, dispone 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».

(206) Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...* op. cit., p. 126.

ya que algunas de las conductas previstas en el artículo 259 (6, 7 y 8) se configuran como un delito de peligro, y otras conductas (1, 2, 3 y 4) cuando estén vinculadas con una obligación crediticia vencida y exigible, podrían ser consideradas como modalidades de lesión.

Todos estos delitos descritos se encuentran vinculados a la creación de una situación de insolvencia actual o inminente, que se conjuga como una condición objetiva de punibilidad. Es por ello por lo que no se alcanza a comprender (207) que en el numeral noveno se requiera un vínculo causal entre la falta de diligencia y una disminución del patrimonio.

Al tratarse, como se ha dicho, de modalidades que constituyen un delito especial propio, los intervinientes que no reúnan la condición de deudor tan solo podrán ser calificados como partícipes, pudiendo serles de aplicación la pena inferior en grado a la pena prevista para el autor, conforme al artículo 65.3 CP. Y quien se concierte con el deudor para realizar las conductas previstas en el artículo 259 CP, será calificado de cooperador necesario, y rara vez como cómplice (208).

La tentativa del delito dependerá de que el deudor se encuentre en una insolvencia actual o una insolvencia inminente para determinar el momento consumativo del delito (209), al constituir la insolvencia el presupuesto del delito. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que de todo el elenco de conductas que se hallan descritas en el 259.1 CP, algunas describen resultados materiales y otras constituyen tipos de omisión pura, por lo que habrá de estarse a cada situación concreta para verificar el momento idóneo de la consumación del delito en virtud de la acción u omisión producida.

Finalmente, en cuanto al sujeto pasivo, diremos que es el acreedor, que resulta perjudicado por las actuaciones del sujeto activo. La realización de una acción que perjudique a múltiples acreedores constituirá un único delito con pluralidad de sujetos pasivos, en aplicación de las reglas del concurso ideal de delitos (210).

(207) Así, *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 177.

(208) *Vid.* FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 821.

(209) Señala De la Mata Barranco que «cuando las conductas del apartado 1 sean causantes de la insolvencia del deudor se habrá ya consumado el delito de frustración de la ejecución del artículo 257 (1.1.º, 1.2.º o 2), (...) y aunque se inicie un procedimiento concursal o se produzca un impago de la obligación vencida, si la situación de insolvencia existe, debiera aplicarse el artículo 257, por principio de alternatividad, con lo que es difícil ver cuándo se aplicará el artículo 259.2». *Cfr.* DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Delitos de frustración...», *op. cit.*, p. 383.

(210) *Vid.* MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal...* *op. cit.*, p. 83; FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 819.

2. El subtipo básico del artículo 259.2 CP. La insolvencia causada por el deudor

En cuanto al artículo 259.2 CP, se otorga idéntica penalidad (211) que en el apartado primero a quien «mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia» (212).

Tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se reformó la regulación del entonces denominado delito concursal, el cual venía a confundirse con el delito de alzamiento de bienes, si no fuera por la declaración civil de insolvencia que exigía entonces el artículo 260 CP. Es por ello por lo que era necesaria una reforma importante al respecto, de manera que en el año 2015 estos delitos sufren una reformulación sustancial en su redacción, incluyendo en su contenido las modalidades de disminución o destrucción del patrimonio del deudor, además de las conductas dirigidas a la ocultación de bienes –que son las que en cierto modo se asemejan al delito de alzamiento–, como ya se ha expuesto.

Con la reforma, se crea un nuevo delito de concurso punible o bancarrota –artículo 259–, que se configura como un delito de peligro, vinculado a una situación de crisis –insolvencia actual o inminente–, que resulta perseguible solo cuando se declara efectivamente el concurso o tiene lugar un sobreseimiento de pagos. También se mantiene la previsión de la causación de la insolvencia por el propio deudor. Se abandona la pretensión de «trazar una relación causal entre acciones concretas y estado de insolvencia», y en su lugar se describe una serie de conductas que puede realizar el deudor, previas al estado de insolvencia, y que se consideran «en sí mismas inadmisibles en quien tiene obligaciones pendientes de cumplimiento» (213), sin entrar a valorar la repercusión que tales actuaciones hayan podido generar en el resultado de quiebra.

(211) De no «tener mucho sentido» se ha pronunciado MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...* *op. cit.*, p. 133, ya que una gran parte de las conductas descritas en el 259.1 ya generan de por sí una ocultación de bienes a los acreedores. Es más, entiende el catedrático que, «en efecto, el castigo penal solo está justificado cuando dichos comportamientos se llevan a cabo después de constatarse una situación de insolvencia actual o inminente, que es lo que ya se tipifica en el apartado 1 del artículo 259».

(212) Con relación a este tipo penal, *Vid.*, entre otros, los siguientes análisis: PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible...», *op. cit.*, pp. 827 y ss.; SÁNCHEZ DAFAUDE, M.: *Estudio crítico...* *op. cit.*, pp. 61 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Delitos contra el patrimonio...», *op. cit.*, p. 506.

(213) *Cfr.* QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 165.

Pues bien, civilmente el concurso puede calificarse como fortuito o culpable, lo cual no vinculará a los jueces y tribunales del orden penal, para el caso de que estos considerasen que la conducta del deudor es constitutiva de delito. No obstante, es cierto que el contexto que se haya desarrollado en el proceso concursal debe ser tenido en cuenta, aunque no resulte vinculante para el juez penal, manteniendo de esta manera cierta armonía y coherencia.

Ciertamente, tal y como apunta Quintero Olivares (214), «si la acción penal ha sido anterior a la calificación del concurso no parece tampoco desproporcionado que aquello que ya puede generar consecuencias sancionadoras graves (la pena) vuelva a ser utilizado para calificar el concurso como culpable, si con ello se da paso a la adopción de medidas materialmente sancionadoras y esas medidas sancionadoras están contempladas» en la Ley Concursal. Y es que hay conductas previstas en la norma penal y civil que coinciden prácticamente en su redacción y practicidad, y que, aunque el juez penal no tenga vinculación alguna de lo que se acuerde en el orden civil, costará imaginar que una declaración concursal o penal –o viceversa– pueda tener lugar sin que se vaya a producir o se haya producido antes la otra. En la norma concursal no se aprecia la obligación de abstenerse de declarar un concurso culpable por el hecho de que resulte de igual manera punible.

En suma, las conductas típicas del delito de quiebra o bancarrota pueden ser coincidentes con algunas de las causas de declaración del concurso como culpable, pero la «sentencia de calificación» (215) no cierra el paso a la vía penal, ni al revés (216).

Puede apreciarse que se exige la causación de insolvencia, y no la declaración del concurso; y se trata de un delito de peligro según la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, aunque en puridad se trata de un delito de resultado lesivo (217). Aquí la cuestión radica en saber si la causación de insolvencia genera una lesión a los acreedores o no, y como no puede ser de otra manera, produce la lesión.

La diferencia entre el apartado 1 y 2 del artículo 259 estriba en que en el primero se exige que el deudor se encuentre ya en una situación de insolvencia actual o inminente, y a posteriori, efectúa alguna conducta de las previstas en el precepto; en cambio, en el segundo apar-

(214) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 169.

(215) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 169.

(216) Ahora bien, si el juez civil considerase en el procedimiento que las conductas realizadas no tienen vinculación con el estado de insolvencia, y rechazase la declaración del concurso culpable, por ejemplo, sería difícil que el juez penal, con posterioridad, pueda manifestarse en sentido contrario, aunque nada lo impide.

(217) Al respecto, Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: *Orden socioeconómico...* *op. cit.*, p. 126; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...* *op. cit.*, p. 132.

tado, el deudor realiza alguna conducta de las descritas en el mismo apartado anterior pero causa su situación de insolvencia con ello –de manera que no se encontraba con anterioridad a la realización de la conducta, en una situación de insolvencia–.

Vemos, pues, que el apartado 2 del artículo 259 contiene una partida doble, a saber, la realización de las conductas anteriormente analizadas, más la causación de la insolvencia. En realidad, se están mezclando dos cosas totalmente diferentes, pues si el legislador consideraba el delito de quiebra o bancarrota como delito de peligro en la propia exposición de motivos, no sucede lo mismo cuando se requiere en el tipo la producción de un resultado, que no es otro que la causación de insolvencia. Se trata de un doble criterio incriminador, pero quizá hubiera resultado más apropiado utilizar un único sistema (218), y agravar la conducta si se demuestra que existió nexo de causalidad entre la voluntad del sujeto y el hecho consumado.

Aquí, a diferencia de las conductas descritas en el apartado 1 del artículo 259 CP, donde se exige como presupuesto del delito la situación de insolvencia actual o inminente, solo existe una referencia a la causación de una situación de insolvencia que vendrá precedida de la conducta desordenada del deudor. No obstante, para Faraldo Cabana este precepto carece de sentido, toda vez que «en los casos en que el deudor se encuentra en situación de insolvencia inminente, no actual, en el momento de realizar los hechos, y con su conducta causa la insolvencia actual, se aplica este apartado, pero si no existiera se aplicaría el primero, que prevé la misma pena; por su parte, si ya se encuentra en situación de insolvencia actual en el momento de realizar los hechos, y con su conducta la agrava, no se aplica este apartado, sino el primero, que prevé la misma pena sin exigir la causación de insolvencia. El apartado primero también se aplica en el improbable caso de que la conducta realizada ni cause ni agrave la insolvencia, suponiendo simplemente un peligro de que esto ocurra» (219).

Ciertamente, son previsibles problemas concursales con el delito de alzamiento de bienes, que se aplicará cuando el deudor, ante conductas fraudulentas descritas en el artículo 259.1, causa la situación de insolvencia, pero solo aparente, en tanto que el delito concursal del artículo 259.2 se aplica a los casos en los que el deudor, mediante las conductas del artículo 259.1, causa su propia insolvencia real (220).

En cuanto al aspecto subjetivo, «se requiere que la imputación derive del actuar doloso del sujeto, un dolo que puede mostrarse gené-

(218) *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis... *op. cit.*, p. 176.

(219) *Cfr.* FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 828.

(220) *Vid.* FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 829.

ricamente como consciencia y voluntad referidas al resultado de la crisis o insolvencia y no solamente a otro resultado inmediato del acto. La relación entre ese elemento subjetivo y el perjuicio de los acreedores no ha de manifestarse necesariamente como directamente encaminado a la acusación de éste, pues nada impide que el incremento del riesgo se deba a un dolo eventual. Pero, ya como directo, ya como eventual, el dolo ha de referirse a la producción de la insolvencia y a su consecuencia, el fracaso de las pretensiones de cobro por los acreedores. Es decir, el elemento subjetivo, doloso, ha de abarcar lo que se puede considerar un doble resultado: insolvencia del deudor y perjuicio del acreedor, sin que aparezca exigible un específico elemento subjetivo tendencial de causar perjuicio a los acreedores (STS 756/2014, de 28-10)».

Con la reforma del 2015 se introduce por primera vez un tipo imprudente (221) –artículo 259.3 CP–, vinculado sólo a las conductas del artículo 259.1 y 2, posiblemente para unificar la responsabilidad penal y concursal, ya que la Ley Concursal regula el concurso culpable (222) –tanto cuando la actuación del deudor tiene lugar mediante dolo, como cuando se aprecia culpa grave–. Ahora bien, la legislación

(221) Calificada por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...* *op. cit.*, p. 136, de «una verdadera aberración». La Exposición de Motivos de la norma establece que «el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como *última ratio*, determinan que en la esfera penal deben incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil». Así, para PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible...», *op. cit.*, p. 835, en el mejor de los casos, solo sería admisible la imprudencia inconsciente o sin previsión o representación, ya que la conciencia de la peligrosidad de la acción equivaldría prácticamente al propio dolo de peligro. Un delito de peligro procede de un delito de lesión imprudente, según el autor, en el que se castiga la conducta peligrosa sin necesidad de producción de esa lesión, exigiéndose un dolo de peligro. Para determinar la gravedad de la imprudencia lo que cuenta es la gravedad de la infracción del deber de cuidado, así como la previsión efectiva o no del resultado. En relación con la comisión imprudente, señala FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, pp. 821 y 822, que debe interpretarse, pese a que el precepto no lo indica, que debe ser grave, habida cuenta que la imprudencia menos grave tan solo está prevista en los delitos contra la vida y la salud. Además, la imprudencia grave es aquella que supone la vulneración de las más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad de los sujetos. Al respecto, *Vid.* STS 79/2013, de 8 de febrero, que señala que la gravedad de la imprudencia se determinará con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor. Sin embargo, resultará difícil encajar la imprudencia en aquellas conductas que se conciben como dolosas. *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.* pp. 150 y 151. En este sentido, si tenemos en cuenta que se exige la efectiva insolvencia o la apertura del concurso para castigar el delito, en realidad solo se podrán sancionar las conductas imprudentes que ocasionen la insolvencia o agraven su situación. Así, *Vid.* SÁNCHEZ DAFAUDE, M.: *Insolvencias punibles...* *op. cit.*, p. 769; SOUTO GARCÍA, E.: «Frustración de la ejecución...», *op. cit.*, p. 818.

(222) Artículos 442 y ss., de la Ley Concursal.

mercantil equipara el dolo y la culpa grave (223), mientras que en el ámbito penal (224), la responsabilidad del deudor tiene un tratamiento penal diferente cuando se trata de comisión dolosa o por imprudencia –en este último caso cuando expresamente lo determina la ley–. Ahora bien, el legislador no especifica el tipo de imprudencia –grave o menos grave– que debe producirse para su reproche penal. Sin embargo, la normativa concursal exige que se trate de culpa grave, por lo que no tendría sentido, en sede penal, que pudiera encajar una responsabilidad penal por imprudencia menos grave (225). Y ello sin perjuicio de que en algunas conductas descritas en el tipo penal resultará prácticamente imposible apreciar un comportamiento imprudente.

La previsión de la sanción imprudente del delito obedece a razones de política criminal, pero de manera injustificada e innecesaria. En esencia, porque la imprudencia se asocia fundamentalmente a delitos de resultado, y, más allá de la consideración particular que la doctrina pueda atisbar al respecto de la categoría idónea que le corresponda al delito, lo cierto es que el legislador lo califica de delito de peligro. Pero, más aún, será difícil imaginar la comisión culposa en situaciones directamente concebibles como acciones dolosas, y, además, sin entrar en más detalles, la propia Ley Concursal ofrece medidas suficientes para los casos de calificación de un concurso culpable.

En este sentido, procede traer a colación el contenido del artículo 443 de la Ley Concursal por su relación directa con el contenido del delito de bancarrota –artículo 259 CP–, en base a que todas las conductas que se describen en la norma mercantil para calificar la culpabilidad del deudor se encuentran relacionadas con la comisión del ilícito penal. De otro lado, y este es un aspecto relevante en la *praxis*, será difícil que el juez dicte una sentencia condenatoria en el proceso penal cuando el concurso se ha calificado como fortuito en el orden mercantil. No deja de ser un factor probatorio la calificación que proceda del concurso en el ámbito civil, sin perjuicio de que el artículo 259.6 CP disponga que «en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal». Es cierto que podrán existir otros elementos de prueba, pero se reducen si la calificación del concurso no es la de culpable –sino fortuito–.

De otro lado, en el apartado 2 del artículo 259 la tentativa del delito es posible (226), ya que al realizar alguna de las conductas pre-

(223) Artículo 442 de la Ley Concursal.

(224) *Vid.* ARMENTEROS LEÓN, M.: *Relaciones y conflictos...* *op. cit.*, p. 25.

(225) *Vid.*, al respecto, DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Delitos de frustración...», *op. cit.*, p. 383.

(226) *A priori*, la existencia de una condición objetiva de punibilidad no es incompatible con la posibilidad de tentativa del delito, ya que la condición podría ser

vistas en el apartado 1, además se produce el resultado material del delito, que consiste en causar la situación de insolvencia del deudor. Y como resultado exigible en el tipo penal, su no consecución por causas ajenas a la propia voluntad del sujeto activo podría ser punible la conducta en grado de tentativa.

Ciertamente, y en lo que respecta al sujeto activo del delito, solo puede cometer el delito el deudor, y ello a pesar de que el 259.5 establece que «Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, (...)». La previsión tiene sentido respecto de los delitos que puedan estar relacionados con el 259, pero, en efecto, si el sujeto activo de este delito solo puede serlo el deudor, debe interpretarse que no puede serlo cualquier otra persona, pese a que el legislador no haya estado muy acertado en su redacción (227). En este sentido, quien no reúna la condición de deudor sólo podrá ser partícipe, y aquí sí tiene sentido su responsabilidad penal actuando en nombre y por cuenta –o en representación– de otro, haciendo eco de lo descrito en el artículo 31 CP, en tanto que el administrador de hecho o de derecho podría asumir responsabilidad por las conductas realizadas (228). Y, en todo caso, el administrador concursal podría ser considerado autor del delito del artículo 259 al gozar de la facultad de disponer y administrar los bienes del deudor, y, en consecuencia, actuar en su lugar –sin perjuicio del posible delito de malversación impropia del artículo 432 CP–.

Este apartado 5 del artículo 259 también aísla más, si cabe, a la legislación mercantil de la penal. En este sentido, se dispone en el precepto penal que los delitos cometidos por el deudor o por la per-

anterior a la ejecución del hecho delictivo, como sucede en los delitos del artículo 259 CP. *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 138.

(227) En este sentido, lo más justo sería, en opinión de QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 179, «interpretar la idea de «delito relacionado» a partir de una condición de acreedor vinculada a los que la tengan como consecuencia de las relaciones de comercio y actividades industriales ordinarias excluyendo a los perjudicados por delitos que no tengan esa vinculación. Las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social participan también de esa vinculación. Pero los acreedores que lo sean por ser perjudicados por delitos que ni han aumentado la insolvencia ni pertenecen a la actividad mercantil deberían ser excluidos».

(228) En palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 140, no hay obstáculo alguno de que «el representante que actúa en lugar del deudor responda como verdadero autor. Y ello con independencia de que el deudor pueda ser castigado entonces como inductor del delito ejecutado por el representante o incluso como coautor, puesto que el hecho de que el representante haya actuado en su lugar no es óbice, a su vez, para poder considerar coautor al deudor representado». Además, si el deudor representado simplemente consiente que un tercero ejecute la conducta típica de insolvencia, su responsabilidad será como partícipe en comisión por omisión. *Vid.*, también, MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El delito concursal punible... op. cit.*, p. 268.

sona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar la conclusión del concurso. Ciertamente, en materia concursal, rige una regla contundente en lo que se refiere a la independencia entre el procedimiento penal y el concursal. Y es que, por imperativo del artículo 519 de la Ley Concursal (229), el proceso concursal no se suspenderá nunca por la existencia de una causa penal, incluso si lo que resuelve es absolutamente determinante respecto a lo que se decide en el concurso –no opera la suspensión del proceso por prejudicialidad penal–. Esta no vinculación de los jueces de lo penal a lo que se establezca en el procedimiento del concurso (230) –artículo 259.6 CP ya referido–, también tiene eco en la Ley Concursal (231). Esta práctica dual normativa –mercantil y penal– ofrece ventajas procedimentales –celeridad, eficacia– pero también algunas desventajas, ya que pueden darse situaciones cuya solución pudiera tener lugar en ambos procedimientos, o resolver una misma cuestión en un sentido diferente en los distintos órdenes judiciales, aunque es cierto que el objeto procesal resulta diferente en uno y otro caso.

La presente regulación pretende neutralizar aquellas situaciones –a través de la pena– en las que el deudor tome la iniciativa (232) de

(229) Artículo 519 de la Ley Concursal: «La incoación de procedimientos criminales relacionados con el deudor o por hechos que tuvieran relación o influencia en el concurso de acreedores no provocará la suspensión de la tramitación de este, ni de ninguna de las secciones en que se divide».

(230) Se deduce que a los efectos de la eventual persecución penal de un concursado, lo esencial no es ya el dato jurídico, formal del resultado del juicio que su gestión empresarial mereciera al juez civil, sino la efectiva calidad de ésta, evaluada de manera autónoma en el marco de la causa penal abierta. Esto no quiere decir, como ya precisó el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de mayo de 2004, que el contenido de las actuaciones seguidas en aquella jurisdicción y su resultado sean inútiles o indiferentes; por el contrario, podrían ser de indudable utilidad, siempre que, como es lo más normal, arrojen luz sobre las peculiaridades de la conducta a examen, es decir, 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.

(231) Artículo 462 de la Ley Concursal: «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».

(232) Por la propia naturaleza del delito, suele existir en la praxis una sucesión de actuaciones tendentes a defraudar a los acreedores. Así, la SAP de Guipúzcoa, de 31 de marzo de 2017, ha indicado que en este delito «la declaración de concurso es el hito cronológico final; es decir, es la meta del discurrir comisivo que tipifica (así STS 760/2015). De ahí que se afirme (STS 40/2008, de 25 de enero) que la progresión delictiva de actos que pueden integrar el mismo (sustancialmente actos de vaciamiento patrimonial en perjuicio de los acreedores, junto a falsedades documentales o

reducir indebidamente (233) el patrimonio que es garantía del cumplimiento de sus obligaciones económicas, o dificulte o imposibilite el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor. No obstante, debe advertirse que sólo será delictiva la conducta si, con posterioridad a la realización de la acción típica, concurre –como condición objetiva de punibilidad y no como elemento del tipo– el incumplimiento regular, por el deudor, de sus obligaciones exigibles, o la declaración judicial de concurso, tal y como dispone el artículo 259.4 CP (234). Así, si finalmente –por ausencia de denuncia

resultantes en la contabilidad), dirigido todo ello a una insolvencia generalizada del deudor, que se causa o se agrava dolosamente, concluye precisamente con la declaración de quiebra (actualmente concurso) declarado judicialmente. En el plano objetivo del injusto la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario preconcursal (STS 494/2014, de 18 de junio)». En idénticos términos, la STS 3651/2020, de 10 de noviembre, expresó que «El delito del actual artículo 259 –antiguo 260.1– puede ser cometido tanto por aquel que provoca o agrava la insolvencia que preexiste y determina la declaración del concurso, como por quien, una vez declarado el concurso, ejecuta actos en fraude de acreedores que intensifican la situación de insolvencia que está siendo objeto de tratamiento jurisdiccional en el ámbito civil. Dicho con otras palabras, la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario preconcursal. Pero también puede adquirir un carácter intraconcursal o postconcursal)».

(233) Por ejemplo, resolvió un caso la STS de 16 de julio de 1999, en el que un administrador, con el fin de que los acreedores de su sociedad no pudieran hallar fondos con los que satisfacer sus créditos, procedió a endosarlos a otra empresa, sin que correspondieran a operaciones reales, lo que posteriormente originó la declaración de quiebra. De otro lado, la STS 688/2019, de 4 de marzo de 2020, que trae a colación el famoso caso «Fórum Filatélico», apuntó que «si se tiene en cuenta que, según los hechos probados, el recurrente utilizaba empresas interpuestas para desviar dinero de Fórum basándose en simular adquisiciones de sellos a proveedores ficticios, que extraía de Fórum clandestinamente sellos previamente comprados por la misma para que esas sociedades interpuestas se los volvieran a vender, que esas cantidades se depositaban en cuentas de esas sociedades, y si se valora la forma en la que se llevaba la contabilidad, resulta con claridad que la conducta declara probada sería igualmente calificable como constitutiva de un delito de insolvencia».

(234) Se trata de una condición de punibilidad más que de perseguibilidad, que se cumple cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones o se haya declarado ya su concurso. *Vid.* GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: *El derecho penal frente a la insolvencia...* *op. cit.*, pp. 377-381; QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII...», *op. cit.*, p. 177, quien expone que la previsión del artículo 259.5, pese a que se articula como una condición de perseguibilidad, es, además, una condición objetiva de punibilidad; DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Delitos de frustración...», *op. cit.*, p. 379. Y en ello se diferencian estos delitos de los de alzamiento del artículo 257, en los que no hay un similar apartado 4. En cambio, como condición de perseguibilidad, y no de punibilidad, se han manifestado, entre otros, GÓMEZ LANZ, F.J.: «El nuevo régimen...», *op. cit.*, p. 488; SÁNCHEZ DAFUADE, M.: *Insolvencias punibles...* *op. cit.*, p. 760; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L.: «Frustración de la ejecución...», *op. cit.*, p. 514; y PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de

formal de las obligaciones exigibles o desestimarse la misma judicialmente— no se consigue acreditar alguna de estas situaciones, tales actos de causación de crisis económica o de la insolvencia resultarán atípicos en relación con las conductas del artículo 259 CP, con independencia de que pudiera ser constitutivo de alguna otra infracción penal diferente.

Para finalizar, se aprecian una serie de defectos de fondo, entre los que pueden destacarse el hecho de que no se haya regulado de manera separada la quiebra del empresario respecto de la del particular, o que no se tenga en cuenta el tamaño de la empresa, ya que los actos procedentes de una mala gestión, para que puedan considerarse relevantes (235), deberían evaluarse teniendo en cuenta el tamaño o magnitud de la sociedad (236) —no será lo mismo una sociedad anónima, limitada, unipersonal, etc.—.

insolvencia punible...», *op. cit.*, pp. 841 y ss. También, *Vid. FARALDO CABANA, P.*: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 826, quien considera que efectivamente lo es porque «la situación de insolvencia no siempre depende casualmente del autor en los casos del artículo 259.1, aunque así sea en los del artículo 259.2; por otro, la situación de insolvencia se encuentra estrechamente ligada al hecho, contribuyendo a fundamentar su antijuricidad; por último, a ello se suma que el conocimiento del agente debe abarcar la situación de insolvencia actual o inminente en que se encuentra o, alternativamente, la declaración de concurso». También son recurrentes los delitos de insolvencias punibles en el ámbito de las entidades deportivas. Así, *vid. MORILLAS CUEVA, L.*: *Respuestas Jurídicas al Fraude en el Deporte*. Dykinson, Madrid, 2017, pp. 105-130. Cada vez es más habitual el endeudamiento de las entidades deportivas originando insolvencias. Prueba de ello es que en 2011 se modificó la Ley Concursal (de 2003) —artículo único 111, de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, añadiéndole una disposición adicional segunda bis, dedicada precisamente a este ámbito: «En los concursos de entidades deportivas que participen en competiciones oficiales, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales prevea la legislación del deporte y sus normas de desarrollo. En todo caso, la sujeción a la presente ley de dichas entidades no impedirá la aplicación de la normativa reguladora de la participación en la competición»—. El propio preámbulo de la norma advertía que «Con esta reforma se trata de aclarar, ante la disparidad de criterio de los órganos jurisdiccionales en determinados concursos de entidades deportivas, que la sujeción a la Ley Concursal no impedirá la aplicación de la normativa deportiva que regula la competición, evitando que se pueda inaplicar y dejar sin efecto dicha normativa».

(235) Ciertamente, debería replantearse el legislador establecer alguna limitación relativa a la capacidad de endeudamiento de las sociedades de capital, para reducir el volumen de riesgo que asumen éstas en relación con su capital social constituido. No tiene demasiado sentido que una sociedad pueda endeudarse por un montante económico que supere en veinte veces el capital social de la misma.

(236) En este sentido, apunta QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 181, que sería interesante contemplar que en el caso concreto de las entidades financieras, y entiendo que también de entidades con mucho volumen de facturación y que coticen en el mercado continuo, cuando sean intervenidas por el Estado en aras de

3. El tipo específico de favorecimiento ilícito de acreedores

Cualquier deudor en circunstancias normales puede elegir el orden en el que paga a sus acreedores, y ello no genera ningún tipo de responsabilidad. Cosa distinta es que el deudor se halle en situación de insolvencia, ya que en ese caso el pago a los acreedores debe realizarse respetando el principio de la *par conditio creditorum*, que propugna la igualdad y el reparto equitativo entre acreedores. En este sentido, ni una demanda judicial, ni una sentencia recurrida justificarían la satisfacción, en ciertas circunstancias, de unos pagos debidos, vencidos y exigibles. Este principio goza de protección penal cuando nos encontramos ante un atentado al artículo 260 CP, referido al favorecimiento ilícito de acreedores. Este artículo contiene dos apartados, con dos modalidades delictivas diferentes. A saber: el favorecimiento preconcursal de acreedores, y el postconcursal, en sus respectivos apartados 1 y 2. Los dos delitos de favorecimiento ilícito de acreedores se caracterizan porque el deudor debe realizar un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto, cuando dicha operación carezca de justificación económica o empresarial, o cuando, en el seno de un procedimiento concursal, el deudor no se encuentre autorizado para realizar dicha actuación. En puridad, se pretende evitar que el deudor pueda actuar en connivencia con algún acreedor para «burlar la graduación de los créditos» (237), lo cual tiene lugar en el procedimiento concursal, atendiendo a un orden de prelación de los mismos, ubicando a los distintos acreedores en el orden y lugar que corresponda.

3.1 EL FAVORECIMIENTO PRECONCURSAL DEL ARTÍCULO 260.1 CP

La Exposición de Motivos de la norma de 2015 establecía que «se amplía la protección de los acreedores mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores determinados llevadas a cabo, antes de la declaración del concurso (238), pero

evitar su declaración de situación de insolvencia, y que puedan continuar con su actividad mercantil de manera que no resulten sus clientes damnificados, dicha intervención estatal debería equivaler a todos los efectos punitivos al estado de insolvencia.

(237) Cfr. FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 833.

(238) Con relación a esta modalidad de favorecimiento de acreedores, *Vid.*, entre otros, PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible...», *op. cit.*, pp. 847 y ss.; SÁNCHEZ DAFUADE, M.: *Estudio crítico... op. cit.*, pp. 119 y ss.; GALÁN MUÑOZ, A.: «Los delitos patrimoniales...», *op. cit.*, pp. 130 y ss.; GONZÁLEZ CUSAC, J. L.: «Delitos contra el patrimonio...», *op. cit.*, pp. 508 y 509; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F. L.: «Frustración de la ejecución...», *op. cit.*, p. 515; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE

cuando el deudor se encontraba ya en una situación de insolvencia actual o inminente».

Así pues, un tipo penal aislado, de menor penalidad que el tipo básico del artículo 259, aparece regulado en el artículo 260.1 CP – relativo al favorecimiento de acreedores–, sancionando al «deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial». Se trata del favorecimiento preconcursal de acreedores, en el que el legislador sanciona el pago de un crédito no exigible o la facilitación de una garantía a la que no se tiene derecho, con lo que se favorece a algún acreedor y perjudica a otros en situaciones de insolvencia actual o inminente. Y ello siempre que la operación no tenga justificación económica o empresarial (239).

Ciertamente, se prevé el favorecimiento de acreedores dirigido al deudor insolvente cuya creación se encuentra injustificada normativamente, en un escenario preconcursal o extra concursal, de manera que parece coherente su redacción (240), toda vez que, con esta regulación penal, para la comisión del delito no es necesaria la declaración del concurso (241).

Si realizamos una interpretación gramatical del precepto, el mismo expone que el crédito satisfecho por el deudor todavía no era exigible, y que el acreedor no tenía derecho a la garantía constituida en su favor, de manera que parece que existía una justificación económica o empresarial para esa operación, habida cuenta que aunque el crédito satisfecho aún no era exigible, sí existía una justificación para poder proceder al pago.

SEIJAS, F.: *Frustración de la ejecución...* *op. cit.*, Cap. III.III; BUSTOS RUBIO, M.: *El delito de favorecimiento ilícito...* *op. cit.*, pp. 189 y ss.; FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, pp. 835 y ss.

(239) Antes de la reforma acaecida en el año 2015, el deudor podía pagar a quien quisiera, aunque la obligación no estuviera vencida, y satisfacer así anticipadamente alguna de sus obligaciones. Acerca de la inexistencia de justificación económica o empresarial, *Vid.* BUSTOS RUBIO, M.: *El delito de favorecimiento ilícito...* *op. cit.*, pp. 229 y ss.

(240) En sentido contrario, aunque con coherencia y argumentación muy válida, *Vid.* PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible...», *op. cit.*, p. 849, quien señala que parece que esta previsión pretende neutralizar los actos que el deudor pueda llevar a cabo para perjudicar el principio de la par *conditio creditorum*. Siendo así, no tendría mucho sentido aludir a la referida justificación económica o empresarial para llevarlo a cabo.

(241) *Vid.* PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible...», *op. cit.*, p. 847.

En definitiva, se reprocha realizar actos de disposición patrimonial, o generadores de obligaciones, destinados a pagar un crédito no exigible, o a facilitar una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial. En otros términos, se sanciona el favorecimiento por parte del deudor de algunos acreedores de forma discrecional, ya sea antes o después de haber sido declarado el concurso, aunque la deuda sea debida y legítima (242).

La conducta descrita en el artículo 260.1 CP no puede confundirse con las enumeradas en el artículo 257.1.2.º CP, en las que el deudor realiza los actos de disposición o generador de obligaciones para crear nuevos acreedores con la finalidad de frustrar o dificultar una determinada ejecución, en tanto que en este apartado lo que persigue el deudor no es otra cosa que favorecer a un acreedor, que ya existía con anterioridad a la situación generada de insolvencia.

Vemos, pues, que no se reprocha penalmente la producción de un perjuicio patrimonial (243), sino la falta de respeto a las normas esta-

(242) En la regulación del favorecimiento de acreedores anterior a 2015 era necesaria la concurrencia de un presupuesto previo como era la admisión a trámite de la solicitud de concurso. La reforma de 2015 ha estructurado el delito en dos apartados en función de que se haya admitido o no a trámite la solicitud de concurso. Respecto al primer apartado de este artículo ahora incorporado, en la antigua regulación, esta conducta resultaba atípica, quedando ahora tipificado el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial. En el informe del Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y referente al este punto 1 del artículo 260, se indicaba que «La finalidad del precepto no es otra que la de precaver la eficacia del futuro concurso, de manera que todos los acreedores sean tratados de acuerdo con lo previsto por la normativa concursal, sin que el deudor pueda favorecer, del modo previsto en el tipo, a ninguno de aquéllos en especial. Siendo esa la principal razón de ser del precepto no parece procedente condicionar la aplicación del tipo a la ausencia de razones económicas o empresariales que puedan justificar la medida, pues lo prevalente a estos efectos deben ser los intereses generales de los acreedores, y no las posibles ventajas que pueda obtener el deudor una vez se halle en situación de insolvencia. Por tanto, se considera conveniente suprimir el último inciso del precepto o, en su caso, utilizar una fórmula que acote la excesiva amplitud de este».

(243) Con anterioridad, la STS 1536/2001, de 23 de julio, argumentaba, si bien con una normativa penal que ha mutado con el tiempo, que «se estará ante una conducta de favorecimiento de acreedores, situada extramuros del Código Penal, cuando el futuro insolvente solventa sus deudas con alguno de los acreedores, perjudicando al resto siempre que aquél no esté constreñido a satisfacer el crédito pospuesto en el pago, por el contrario, cuando exista este constreñimiento jurídico debe estimarse que no existe causa de justificación que ampare tal anticipación de pago, y que en consecuencia, en la medida que con el pago efectuado se ha constituido en una situación de

blecidas por el legislador para la solución procesal de las situaciones de crisis económica o insolvencia (244). En este sentido, una vez tiene lugar la declaración del concurso, el deudor no puede realizar actos de disposición sobre el patrimonio que es objeto del concurso, sin la debida autorización judicial o de los administradores concursales (245). Ciertamente, como apunta Mestre Delgado, la realización de cualquier acto con transcendencia económica supondría un incumplimiento de ese deber y la consiguiente alteración de las reglas de organización del sistema (246). Por lo tanto, se trata de un delito de peligro abstracto y acumulativo (247).

De otro lado, este delito ha venido a quedar desnaturalizado e inaplicable (248) prácticamente, al hallarse entre el alzamiento de bienes o delito del artículo 259. Este tipo penal exige tres condicionantes, a saber, que el deudor se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente; que se favorezca a un acreedor pagándole un crédito que no resulte exigible, o se le facilite una garantía a la que no tenía derecho; y que se trate de una operación que carezca de justifica-

insolvencia, es decir sin bienes, ante el resto de los acreedores, singularmente ante aquel acreedor que ostentaba un crédito ya realizable».

(244) *Vid.* MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio...», *op. cit.*, p. 445.

(245) Ciertamente, la STS 760/2015, de 13 de diciembre, expuso que en el delito del artículo 260, la declaración de quiebra es el hito cronológico final, es la meta del concurrir comisivo que tipifica; no el momento inicial o casilla de salida que presupone el recurrente; así la STS núm. 40/2008, de 25 de enero, expresamente refiere que «la progresión delictiva de actos que pueden integrar el mismo (sustancialmente actos de vaciamiento patrimonial en perjuicio de los acreedores, junto a falsedades documentales o resultantes en la contabilidad), dirigido todo ello a la insolvencia generalizada del deudor, que se causa o se agrava dolosamente, concluye precisamente con la declaración de quiebra (actualmente, concurso) declarado judicialmente. Más allá no se extiende el delito. Los hechos posteriores que puedan ser ilícitos penales tendrán por consiguiente otra calificación jurídica, pero ya no podrán ser objeto de consideración en el concurso o quiebra fraudulenta (por emplear la terminología anterior). De ahí que el Código penal, en el artículo 259 del Código penal, para cubrir este vacío, incremine los actos que lleven a cabo el deudor, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posesión del resto. O al que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél (artículo 261)».

(246) *Vid.* MESTRE DELGADO, E.: *Últ. op. y loc. cit.*

(247) *Vid.*, al respecto, BUSTOS RUBIO, M.: *El delito de favorecimiento ilícito...* *op. cit.*, pp. 120 y ss.

(248) *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...* *op. cit.*, p. 154.

ción económica o empresarial. Se trata de un tipo penal eminentemente doloso, en el que no se admite la comisión imprudente.

Por tanto, debe tenerse en cuenta que no se trata únicamente de un acto de favorecimiento a un acreedor frente a los demás, sino que se le da algo que no le corresponde, esto es, pagarle un crédito no exigible, o facilitarle una garantía (249) a la que no tenía derecho un acreedor. No resulta necesario que se lleve a cabo el pago total del crédito a los acreedores, ni que se facilite la garantía, sino que se haya realizado algún pago –acto de disposición patrimonial– o se haya contraído alguna obligación sin justificación económica o empresarial, que constituye un elemento negativo del tipo (250). En este sentido, son múltiples las situaciones abordadas en la *praxis* que tienden más a aproximarse al Derecho privado (251) que al Derecho penal, pero lo que en puridad se sanciona no es la preterición de acreedores, sino la generación de una situación de insolvencia de forma fraudulenta (252).

Apunta Martínez-Buján Pérez que «si un deudor que se halla en estado de insolvencia facilita a un acreedor una garantía a la que este no tenía derecho, tratándose además de una operación que carece de justificación económica o empresarial, realiza sin duda el delito del artículo 259.1, incluíble en las conductas 1.^a o 9.^a». De otro lado, si un deudor paga a un acreedor «un crédito que todavía no es exigible, con perjuicio para otros acreedores con respecto a los cuales sí tiene deudas vencidas y exigibles, (...) se estaría cometiendo el mencionado delito del artículo 259.1.1.^a o 9.^a» (253). Y aboga el catedrático por considerar que no sería constitutiva de delito la conducta de favoreci-

(249) En este sentido, podría darse la situación de que el deudor, para mejorar a un acreedor perjudicando a los demás, «regale» una garantía a aquel, cuantificable económicamente. Esta conducta supondría sin lugar a duda un acto de disposición sobre el patrimonio, ya que está reduciendo el haber del activo patrimonial existente, de manera fraudulenta.

(250) Alusión como elemento negativo que realiza FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 834.

(251) *Vid.* BUSTOS RUBIO, M.: El delito de favorecimiento ilícito... *op. cit.*, pp. 146 y ss.

(252) *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 184.

(253) *Cfr.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico... *op. cit.*, p. 154. Considera el autor que la fijación del orden de prelación en el procedimiento concursal ya otorgaría lesividad a la conducta. Téngase en cuenta que el artículo 259.1.1.^o castiga a quien «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»; y el 259.1.9.^a a quien «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».

miento del deudor en el caso de que todas las deudas, pese a no resultar exigibles, afecten a acreedores presuntamente privilegiados. Y ello en base a que la maniobra del deudor no tiene que suponer, *per se*, «una operación que carezca de justificación económica o empresarial» (254). En este sentido, albergo dudas al respecto, toda vez que si existen acreedores que vayan a resultar privilegiados frente a otros acreedores, no existirá un orden de prelación todavía establecido al no hallarse en el seno de un procedimiento concursal, pero sí se puede intuir y apreciar que unos tendrán prioridad en el cobro respecto de otros, sin perjuicio de que con posterioridad se confirme tal orden de prelación (255) para la satisfacción de los créditos.

Por su parte, el acreedor favorecido indebidamente puede ser calificado de cooperador necesario o cómplice si actuó en connivencia con el deudor, o como inductor si fue él quien dirigió la actuación delictiva, de manera que sería consciente de que recibe un pago de un crédito no exigible o que se le facilita una garantía a la que no tiene derecho, y que además carece de justificación económica o empresarial para el deudor insolvente, lo que desprende, y debe ser consciente el inductor, del ánimo del perjuicio al resto de acreedores. Téngase en cuenta, además, que el acreedor indebidamente favorecido, en caso de ser partícipe en el delito y ser inculpa por ello, responderá civilmente si del hecho se derivasen daños y perjuicios, y lo haría solidariamente con el autor material (artículo 116.2 CP). Así mismo, si el acreedor indebidamente favorecido no pudiera ser considerado partícipe, todavía podría responder civilmente a título lucrativo, a tenor del artículo 122 CP, en virtud del cual, «el que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación». Si bien es cierto, el Código Penal no se pronuncia acerca de la posible declaración de nulidad del acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones dirigido a pagar al acreedor indebidamente favorecido, cuestión ésta que se podría atender en la propia resolución judicial de carácter penal, sin perjuicio de la acción civil que se pudieran haber reservado para iniciar otro procedimiento (256).

Finalmente, en este delito, la sanción es incondicional, ya que no resultan de aplicación aquí las condiciones objetivas de punibilidad

(254) Para el caso en el que se careciese de la referida justificación económica o empresarial, podría estarse a lo dispuesto en el artículo 260.1 CP.

(255) Si bien es cierto que la opinión doctrinal mayoritaria considera que infringir el principio «*par conditio creditorum*» no consume el delito.

(256) *Vid.*, sobre esta materia relacionada con la participación del *extraneus*, FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, pp. 835 y 836.

previstas en el artículo 259.4 CP –acción de perseguibilidad cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso–.

3.2 EL FAVORECIMIENTO POSTCONCURSAL DEL ARTÍCULO 260.2 CP

Continuando con la exposición anterior, debe indicarse que las infracciones que tipifican el fraude en la generación o la tramitación de los procedimientos judiciales previstos legalmente para la solución de los casos de crisis económica o insolvencia, son las previstas en el artículo 260.2 CP, así como la relativa a la presentación de datos contables falsos en el procedimiento concursal.

En este sentido, el artículo 260.2 CP prevé una sanción penal dirigida al «deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con oposición del resto» (257).

Se trata de un favorecimiento postconcursal (258) de acreedores, radicando la diferencia fundamental entre el apartado 1 y 2 del artículo 260 en que en el 1 no se exige la admisión a trámite de la solici-

(257) Respecto a este apartado, hay que tener en cuenta que, dictado el auto en caso de concurso voluntario, el deudor conserva sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero sometidas a la intervención de la administración concursal, que las habrá de autorizar o estar conforme con ellas. Aunque también podrá el juez suspender dichas facultades (artículo 106.1 y 3 Ley Concursal). Y en caso de concurso necesario, se suspende el ejercicio de dichas facultades, que pasan a ser ejercidas por la administración concursal, aunque también podrá el juez ordenar la mera intervención (artículo 106.2 y 3 Ley Concursal). Es por ello por lo que resultará complicado consumir este delito cuando estemos ante un concurso necesario, ya que durante el mismo el deudor no podrá administrar ni disponer de sus bienes. Sanciona el Código solo aquellos actos que se realicen sin autorización judicial ni de la administración, siempre que se actúe fuera de la ley. Téngase en cuenta que la Ley Concursal garantiza la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor en los términos que establece en su artículo 111, al que hay que estar para comprobar la tipicidad penal de su conducta. *Vid.*, sobre esta cuestión, DE LA MATA BARRANCO, N. J.: «Delitos de frustración... *op. cit.*, p. 386.

(258) Con relación a esta modalidad de favorecimiento de acreedores, *Vid.*, entre otros, PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible...», *op. cit.*, pp. 850 y ss.; SÁNCHEZ DAFUADE, M.: *Estudio crítico... op. cit.*, pp. 119 y ss.; GALÁN MUÑOZ, A.: «Los delitos patrimoniales...», *op. cit.* p. 132; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Delitos contra el patrimonio...», *op. cit.*, pp. 508 y 509; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L.: «Frustración de la ejecución...», *op. cit.*, pp. 516 y 517; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Frustración de la ejecución... op. cit.*, Cap. III. IV; BUSTOS RUBIO, M.: *El delito de favorecimiento ilícito... op. cit.*, pp. 275 y ss.

tud del concurso, por lo que en ese caso se trata, en puridad, de un favorecimiento de acreedores ajeno a la esfera concursal (259).

Esta conducta constituye una modalidad más grave de favorecimiento que la expuesta en el artículo 260.1, y evidentemente también tiene asociada una pena mayor que la prevista para las conductas recogidas en el artículo 259. El primer elemento del delito lo constituye un acto procesal indispensable, que actúa como límite temporal, en virtud del cual ya no sería posible cometer el delito del apartado 1. Se trata de la admisión a trámite de una solicitud de concurso.

En este sentido, Pavía Cardell (260) plantea el interrogante relativo a la posibilidad de entender que el delito del artículo 260.2 queda limitado a los supuestos de concurso necesario, por ser este el único en el que tiene lugar una verdadera admisión a trámite de la solicitud, conforme a la literalidad de las normas concursales. Evidentemente la respuesta debe ser negativa, ya que resulta inadmisibles excluir del ámbito de la protección penal aquellos supuestos de concurso voluntario. Ciertamente, y haciendo eco de las palabras del autor, carece de justificación político criminal primar al deudor que favorece ilícitamente a otros acreedores por el mero hecho de que haya promovido su propia declaración de concurso. En consecuencia, los actos que no estén autorizados deben subsumirse en el artículo 260.2, y, por lo tanto, la declaración de concurso voluntario equivaldrá normativamente a la admisión a trámite de la solicitud. Y si bien la admisión a trámite de la solicitud supone el límite inicial del ámbito temporal del delito, es cierto que sería posible finalmente que la declaración del concurso no llegue a producirse. Es por ello por lo que será el auto de declaración del concurso el que determine el alcance y las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio.

La protección penal de este delito pretende que se respeten las reglas establecidas por el Estado para la canalización y solución procesal de las situaciones de crisis económicas o insolvencias, y no la

(259) Con anterioridad, como no se reflejaba la tipicidad objetiva, las conductas eran impunes. Así, PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: «Lo subjetivo y lo objetivo en el tipo del delito de alzamiento de bienes», en VV.AA.: *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1656 y ss., entiende que dicha atipicidad deviene de la concepción de los estadios de riesgo permitido por el sujeto, si bien con la libertad limitada de seleccionar deudas y/o acreedores a quien deba satisfacer.

(260) Vid. PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible...», *op. cit.* pp. 851 y ss.

causación de ningún perjuicio patrimonial a los acreedores (261), ni la atención equitativa a los intereses de los acreedores para la satisfacción de sus créditos –*conditio creditorum*–, sino la actuación del deudor que se atribuye funciones que no le corresponden (262) en el ámbito judicial-concursal.

En esta modalidad delictiva se castiga la ruptura del principio de la *par conditio creditorum* por parte del deudor insolvente, que se encuentra inmerso en un procedimiento concursal, prevaleciendo el principio de universalidad del concurso, en virtud del cual todos deben integrarse a la masa pasiva y en la determinación de la masa (263) activa del concurso.

Debe advertirse que lo que distingue esta modalidad delictiva respecto del delito de alzamiento genérico (artículo 257.1 CP), es la solicitud de declaración del estado de insolvencia y su admisión a trámite. La acción en sentido estricto, que no es otra que el acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones es la misma que en el delito de alzamiento, constituyendo la peculiaridad de esta figura de alzamiento, que el pago o la generación de obligaciones sean realizados a favor de uno o varios acreedores reales – no ficticios–, cuyo crédito sea previo al procedimiento concursal –y no posterior– (264). Se trata,

(261) Al respecto, la SAP Castellón 17/2017, de 19 de enero, indicó que «la expresión «en perjuicio de sus acreedores» se configura no como una exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio, o en el de alguna otra persona; bastando la intención de perjudicar a los acreedores a través de la ocultación o sustracción de los bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento».

(262) Ciertamente, con muy buen tino expone Mestre Delgado que «En efecto, la admisión a trámite de una solicitud de declaración de concurso genera, de manera inmediata, el desapoderamiento, del afectado por la misma, de todas las facultades de administración patrimonial, que el juez otorga a determinados terceros (administradores concursales). A partir de ese momento, en consecuencia, estos terceros son los únicos que pueden decidir la realización de un acto de disposición, o de contracción de obligaciones (de contenido económico, se sobreentiende), que afecten al patrimonio sujeto al expediente. El deudor queda formalmente desapoderado de la administración del patrimonio objeto del concurso, y debe abstenerse de la realización de cualquier acto con trascendencia económica. El incumplimiento de este deber, por lo que supone de alteración de las reglas de organización del sistema, deviene delictivo». Cfr. MESTRE DELGADO, E.: «La frustración de la ejecución...», *op. cit.*, p. 165.

(263) Vid. MARCOS CARDONA, M.: «El delito de alzamiento de bienes y su compatibilidad con la autotutela ejecutiva. Concurrencia de procedimientos administrativo y penal», en *Crónica Tributaria*, n.º 188, 2023, pp. 85-116.

(264) Vid., sobre esta cuestión, FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punitivas...», *op. cit.*, p. 838.

por tanto, de una figura «a caballo» (265) del delito de alzamiento y del delito del artículo 259 CP, en el que pueden deducirse tres características esenciales: 1) la admisión a trámite de la solicitud del concurso; 2) acto del deudor basado en una disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar a uno o más acreedores, sean preferentes o no, con posposición al resto; 3) falta de autorización –administrativa o judicial– para realizar el acto.

Esta modalidad delictiva se configura como un delito especial propio –que exige la previa relación crediticia entre el autor y la víctima, que les convierte en deudor y acreedor–, ya que sólo puede ser autor el deudor sujeto a un expediente judicial concursal –al precisar de autorización judicial o de los administradores concursales–. En este sentido, los acreedores que actúen en connivencia con el deudor, que resultaren favorecidos, podrán responder en calidad de inductores (266), cooperadores necesarios (267), e incluso en régimen de complicidad (268).

También se trata de un delito de mera actividad, al no exigirse la producción de ningún resultado beneficioso para el propio autor, ni un perjuicio patrimonial de terceros. Simplemente se sanciona la mera disposición patrimonial de manera activa –resultando imposible la comisión por omisión–, o de contracción de obligaciones. Por tanto,

(265) Cfr. VIVES ANTÓN, T., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Los delitos de alzamiento...* op. cit., p. 126. En idéntico sentido, Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...* op. cit., p. 157. Entiende este autor que el legislador penal de 1995, en su texto originario, en el caso de la quiebra y del concurso no existía un momento equivalente al de la admisión a trámite de la solicitud en las suspensiones de pagos, generando ello algunas interpretaciones en cuando al momento consumativo del delito, por lo que lo más razonable era concebir que el legislador se refería a los supuestos de suspensiones de pagos, donde ya existía una fase de admisión a trámite, y que se trasladaría este modelo a la regulación de la quiebra y del concurso. En efecto, esto es lo que se previó en la Ley Concursal, 22/2003, de 9 de julio, en virtud de la cual, si la solicitud del concurso era presentada por otras personas legitimadas distintas al deudor, a tenor del artículo 7, «el juez dictará auto admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184 (...)», y el dictado de este auto de admisión a trámite era el presupuesto del delito del artículo 260.2 CP. En cambio, si el concurso había sido solicitado por el deudor, a tenor del artículo 6, no se producía un auto de admisión a trámite, ya que en estos casos «el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2 (...)».

(266) Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Parte especial...* op. cit., p. 188.

(267) Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Los delitos de quiebra...* op. cit., pp. 71 y ss.; SOUTO GARCÍA, E.: «Frustración de la ejecución...», op. cit., p. 823.

(268) Vid. CUGAT MAURI, M.: «De las insolvencias punibles», en *Comentarios al Código Penal. Parte especial*. Tomo I. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004 p. 885.

para la consumación delictiva se requiere que la acción típica tenga lugar una vez se haya admitido a trámite la solicitud de declaración judicial del estado concursal; que el deudor carezca de autorización expresa por el órgano judicial o los administradores concursales; que pretenda pagar a uno o varios acreedores, con posposición del resto, y que la conducta no esté amparada por una disposición legal.

Lo que se protege penalmente es el derecho de los acreedores a que exista una ordenada satisfacción de los créditos (269), respetándose el principio de igualdad de trato de todos ellos. Y el presupuesto del delito 260.2 viene determinado por la admisión a trámite de la solicitud de la declaración del estado de insolvencia. Así, comparándolo con el delito de alzamiento, este tipo penal exige una declaración judicial del estado de insolvencia; y a diferencia del delito del artículo 259, la admisión a trámite no se identifica con el hecho de «dejar de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», ni con el «haber sido declarado en concurso», presupuestos ambos del artículo 259 referido. Desafortunadamente (270), el presupuesto del delito del artículo 260.2 se encontrará, pues, en el auto judicial que admita a trámite la solicitud del concurso. Ciertamente, puede apreciarse que la conducta es similar a la descrita en el tipo del delito de alzamiento del artículo 257.1.2.º CP, aunque en el delito del artículo 260.2 la realización del pago o la contratación de obligaciones deben ser realizados en favor de uno o varios acreedores reales (271). En cuanto a la pretensión relativa a beneficiar a algún acreedor en perjuicio de otro/s, y sin la pertinente autorización judicial o de los administradores concursales, en su caso, se ha llegado a afirmar que tal ausencia de autorización, sin duda deviene superflua (272), habida cuenta que de existir tal permiso no estaríamos en el terreno de lo prohibido, al margen de la eventual responsabilidad (273)

(269) Otros autores, como FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 837, consideran que el bien jurídico estaría integrado por el patrimonio de los acreedores, tanto en el artículo 260.2 como en el apartado 260.1 CP.

(270) Al respecto, *Vid.*, con detalle, SOUTO GARCÍA, E.: «Frustración de la ejecución...», *op. cit.*, p. 823.

(271) *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 161. Y ello porque de tratarse de un acreedor ficticio o simulado, que no existiese con anterioridad a la admisión a trámite de la solicitud de la declaración judicial del estado de insolvencia, o del pago a un acreedor que no lo era con anterioridad, el tipo penal idóneo sería el del artículo 259 como forma de insolvencia agravada, y de no declararse judicialmente el concurso, entonces se trataría de una calificación de delito de alzamiento de bienes.

(272) *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 185.

(273) Ciertamente, si el autorizante de un permiso ilícito es el propio juez, serán de aplicación las disposiciones del Título XX del Código Penal relativas a la prevaricación intencional o negligente. De otro lado, si la autorización contraria a

en que pudieran incurrir los propios administradores concursales, por autorizar algo que no deberían tolerar.

De otro lado, en el tipo de injusto no se observa ninguna exigencia de elementos subjetivos. Es por ello por lo que podemos plantearnos cuándo se entenderá consumado el delito en cuestión. En este sentido, ¿se exige realmente la generación de un efectivo perjuicio económico para el resto de los acreedores?, ¿se exige el pago efectivo a un acreedor con posposición del resto?

Pues bien, el tipo penal refiere que se «realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar (...)», pero ello no implica que efectivamente se realice el pago material o que finalmente se haya generado alguna obligación. Simplemente, se exige cualquier acto, de la índole que sea, dirigido a pagar o contraer obligaciones (274), sin perjuicio de que se haya conseguido o no, por lo que se anticipa la intervención del Derecho penal a la posible causación de un perjuicio económico. Incluso en el caso de que se realice el pago a algún acreedor, no supondría, en todos los casos, que se produzca un perjuicio económico al resto de acreedores –podría existir más volumen en la parte del activo que en la del pasivo–.

Ahora bien, no se consumará el delito cuando el deudor, sin encontrarse autorizado para ello, y fuera de los casos permitidos en la ley, pague a los acreedores siguiendo el orden previsto en la graduación de créditos (275). En este caso estaríamos ante un incumplimiento meramente formal que no lesiona al patrimonio de los acreedores, que no resultan postpuestos unos frente a otros. Y es que, como ya he mencionado, no se exige para su consumación la producción de un perjuicio patrimonial a los acreedores postpuestos, sino la creación o agravación del estado de insolvencia, pues de existir bienes suficientes para satis-

derecho procede de los administradores concursales, les resulta extensivas las previsiones sobre el delito de cohecho -artículo 423 CP-, malversación -artículo 435- o negociaciones prohibidas -artículo 440-. Este tipo de responsabilidades podrían perfectamente haberse previsto de manera específica en el tipo penal, pero el legislador no optó por este criterio.

(274) De esta opinión, entre otros, VIVES ANTÓN, T., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Los delitos de alzamiento...* *op. cit.*, p. 130, entienden que no se requiere en el tipo penal, para su consumación, la causación de un daño patrimonial. En la misma línea, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...* *op. cit.*, p. 162. Para este autor, «el delito se consuma en el instante en que se lleva a cabo el acto de disposición patrimonial o el acto generador de obligaciones, colocando al deudor en situación de insolvencia». De opinión contraria, BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico...* (2010), *op. cit.*, p. 396, al asimilar la expresión «acto de disposición a la del delito de estafa del artículo 248, lo que requiere un traslado patrimonial.

(275) *Vid.* FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 838.

facer al resto de acreedores postpuestos, no se atentaría al bien jurídico protegido y no se consumaría el delito.

No debe relegarse a un segundo plano que el acto consistente en la disposición patrimonial o generador de obligaciones debe realizarse sin que el deudor tenga autorización para ello. Y dicha autorización solo podría ser válida si procede del juez, de los administradores concursales, o por disposición legal. Por lo tanto, de existir la debida autorización (276) para disponer bienes o contraer obligaciones, devendría la conducta en atípica. Pero es que, además de carecer el deudor de autorización para los actos de disposición o contracción de obligaciones, éstos deben ser ilegales –en concreto, se indica, «fuera de los casos permitidos por la ley (277)»–. Así pues, cuando el deudor actúa con ausencia de autorización no implica automáticamente que esté cometiendo del delito del artículo 260.2, sino que se exige la ilegalidad propia del acto en sí mismo (278). Y es que la ausencia de autorización, llegado el caso, podría subsanarse o impugnarse, anulándose las operaciones o negocios jurídicos llevados a cabo, pero no constituye *per se* este delito. Además, la conducta típica ha de recaer en bienes incluidos en la masa del concurso, o que debieran estarlo –no estándolo en ese momento–.

Si posteriormente se concreta que no era autorizable (279) el acto de disposición, podría producirse la anulación de los efectos de la referida disposición de bienes y generar responsabilidad (280) en el órgano que autorizó la medida, pero la conducta del deudor no sería típica. Así, llegado el caso, el administrador concursal podría ser sancionado por administración desleal, y si fuese funcionario a efectos penales, podría ser responsable de un presunto delito de prevarica-

(276) También podría esgrimirse la concurrencia de error de tipo -y no de prohibición- en el caso de actuarse por error ante los elementos del tipo. *Vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Los delitos de quiebra... op. cit.*, pp. 117 y ss.

(277) Al tratarse de casos contemplados en la ley, el precepto nos dirige a la normativa extrapenal. Sobre las mismas y sus comentarios, *Vid.* PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible...», *op. cit.*, pp. 853-855.

(278) En este sentido, *Vid.* VIVES ANTÓN, T., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Los delitos de alzamiento... op. cit.*, p. 131; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 164.

(279) *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 165.

(280) Téngase en cuenta que el artículo 435.4º CP establece que se castigará como autor de delito de malversación impropia, y, por tanto, con una mayor penalidad que la prevista en el artículo 260.2 CP, «a los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley».

ción, cohecho o malversación (281). Finalmente, existiría concurso de delitos con la estafa si el deudor engaña a quien de buena fe contrata con él. Y en lo atinente a la responsabilidad civil, la cuantía defraudada deberá incorporarse a la masa del concurso, al margen de que pueda acordarse la nulidad (282) de escrituras notariales indebidas.

4. El tipo específico de presentación de datos falsos en el procedimiento concursal. El artículo 261 CP

El contenido del actual artículo 261 CP fue novedoso en el texto originario del Código Penal de 1995 (283), ya que el mismo no se preveía en la norma con anterioridad. Sin embargo, el precepto ha permanecido invariable desde que se modificó en el año 2003, en virtud de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (284). En concreto, castiga a quien «en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel» –procedimiento concursal–.

Aquí se sanciona penalmente aquellas conductas –en el seno del procedimiento concursal (285)– consistentes en presentar datos falsos sobre el estado contable, con la finalidad de conseguir la declaración del concurso. Esta modalidad delictiva se configura como una excepción a la regla general en virtud de la cual resulta impune la falta de veracidad de las conductas falsarias (286).

La falsedad del artículo 261 CP consiste en presentar datos como si fueran verdaderos, cuando en realidad no lo son (287), y que afecten

(281) Vid. FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 840.

(282) Vid. FARALDO CABANA, P.: *Últ. op. y loc. cit.*

(283) Por aquel entonces se describía el reproche penal para quien «en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquéllos».

(284) Se modificó la referencia a «procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos» por «procedimiento concursal», para alinearse con lo dispuesto en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

(285) En este sentido, Vid., además de los citados, los trabajos, de PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible...», *op. cit.*, pp. 855 y ss.; SÁNCHEZ DAFAUDE, M.: *Estudio crítico...* *op. cit.*, pp. 131 y ss.; GALÁN MUÑOZ, A.: «Los delitos patrimoniales...», *op. cit.*, pp. 133 y 134; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: *Frustración de la ejecución...* *op. cit.*, Cap. III.V.

(286) Vid. SOUTO GARCÍA, E.: «Problemática concursal en torno al delito de presentación de datos contables falsos del artículo 261 del Código penal», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 2005, p. 898.

(287) Al respecto, Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Los delitos de quiebra...* *op. cit.*, p. 251

al activo o al pasivo del deudor, bastando la presentación ante el juez del documento inveraz (288), siempre que concorra, eso sí, el elemento doloso en la voluntad del sujeto activo, tanto en la presentación del documento como tratar de conseguir la indebida declaración del concurso –doble intencionalidad–. No se admite la imprudencia.

Se trata de un delito especial –y en concreto, delito especial propio–, eminentemente doloso –con una finalidad concreta–, en el que sólo puede ser autor material del hecho el deudor implicado en el expediente procesal concursal –en el seno de un procedimiento concursal–. Y aunque el Tribunal Supremo ha admitido la concurrencia de dolo eventual en el presupuesto subjetivo del tipo penal, en mi opinión debe descartarse la posibilidad de dolo eventual por tratarse de un delito de consumación anticipada, en el que se exige que el sujeto activo actúe con la finalidad de que se declare su estado de insolvencia. Por tanto, este refuerzo que se prevé en el tipo penal con la expresión «a sabiendas», «con el fin de lograr la declaración de (su insolvencia)», me lleva a la convicción de que el delito solo puede consumarse a través de dolo directo.

Con esta infracción se sanciona el fraude de datos (289) para provocar error en el órgano judicial, y tratar de obtener indebidamente la declaración judicial de concurso que no procedería de no haberse presentado los datos falsos. Al respecto, la STS 606/2019, de 10 de diciembre, expuso que «En todo caso, el delito exige de la concurrencia de cuatro requisitos: a) La existencia de un procedimiento de concurso; b) la presentación de datos falsos relativos al estado contable, siempre que estos cuenten con la aptitud objetiva de condicionar la declaración del concurso y lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido; c) la existencia de un dolo directo o eventual que abarque el conocimiento de la falsedad («a sabiendas» (290), dice el Código) y d) el elemento subjetivo y tendencial de lograr indebidamente con ello la declaración de concurso y el perjuicio de la atención íntegra o puntual de los créditos».

La falsedad debe ser idónea para causar un perjuicio económico, esto es, estar dotada de aptitud lesiva para causar el perjuicio econó-

(288) *Vid.* SOUTO GARCÍA, E.: *Problemática concursal... op. cit.*, p. 900.

(289) Se considerarán datos falsos aquellos que no reflejen la verdadera situación del estado contable del afectado por el expediente, presentados por propia iniciativa del sujeto activo o a requerimiento del juez competente, y dirigidos para obtener la declaración legal de concurso.

(290) En este sentido, se requiere un dolo específico que emana de la expresión «con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel [del concurso]». Se exige, por tanto, como recuerda la STS 730/2017, de 13 de noviembre, «objetivamente, haberse expresado un dato en la contabilidad que es incorrecto y, subjetivamente, que se hizo a sabiendas y precisamente con la finalidad de obtener la declaración de suspensión de pagos solicitada».

mico típico a un acreedor. Al tratarse de un procedimiento concursal, el patrimonio que puede verse perjudicado es el de los acreedores que reclaman el pago de sus créditos impagados. El concurso presupone la existencia de obligaciones impagadas, es decir, relaciones jurídicas obligacionales en virtud de las cuales una persona –el deudor– se obliga a la realización de una prestación a favor de otra, que no llega efectivamente a materializarse. Serán los patrimonios de los acreedores los que puedan verse perjudicados por la presentación de documentos que muestren un estado contable falso.

El sujeto activo debe encontrarse en condiciones de poder presentar los documentos en el procedimiento concursal con la finalidad de que se declare su situación de insolvencia. De manera que no puede ser sujeto activo cualquier persona, sino únicamente el deudor (291), e incluso los socios (292) que resulten personalmente responsables de las deudas de la sociedad deudora –al final son deudores–, habida cuenta de que el artículo 3 de la Ley Concursal otorga a todos ellos legitimación (293) para solicitar la declaración de concurso. Y también podría el acreedor (294), puesto que la legislación concursal (artículo 27 Ley Concursal) lo permite, pero no podría cometer este delito el administrador concursal, ya que su nombramiento tiene lugar en el auto de declaración del concurso (artículo 28 Ley Concursal).

En mi opinión, se trata de un delito de mera actividad, al no exigir el tipo para su consumación ningún resultado patrimonial perjudicial, o de otro género, como tampoco conseguir la declaración judicial concursal. Por tanto, se trata de un delito de peligro abstracto, en el que no se requiere la producción de un concreto perjuicio económico –cuantificado– a los acreedores. Y tampoco que efectivamente se declare finalmente la situación de insolvencia, sino simplemente que el sujeto actúe con tal ánimo. La descripción de la acción típica exige realizar conductas exclusivamente activas (295) –presentación de datos falsos (296) en

(291) *Vid.*, por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Los delitos de quiebra... op. cit.*, p. 260.

(292) FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 845.

(293) *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 175.

(294) *Vid.* DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *Delitos de frustración... op. cit.*, p. 321; FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 846.

(295) *Vid.* MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio...», *op. cit.*, p. 446. En cambio, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Los delitos de quiebra... op. cit.*, p. 272, sí considera que pueda realizarse una contabilidad alterada fruto de una omisión de datos. También, *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 189.

(296) En este sentido, la STS 730/2017, de 13 de noviembre, señaló que «una contabilidad puede merecer la consideración de catastrófica por muchas razones diversas de la de recoger datos falsos. Una contabilidad no solamente recoge descrip-

un expediente judicial—, no siendo posible su comisión por omisión. Para la consumación del delito será indiferente si finalmente el sujeto activo llega a obtener la declaración de concurso perseguida con la conducta, ya que se entenderá consumado tras la mera presentación (297) de los datos contables falsos en el juzgado, con el objetivo de solicitar, y, por ende, que se pueda declarar su estado de insolvencia y el concurso de acreedores —voluntario, a instancia del deudor—.

Vemos, pues, que el tipo se encuentra entre los delitos de consumación anticipada, y, en concreto, presenta la estructura de los delitos de resultado cortado (298) —pero recuérdese que se trata de un delito de mera actividad— precisamente por requerirse en el tipo penal un específico elemento subjetivo del injusto adicional al dolo, que consiste en el ánimo de obtener un ulterior resultado (299), pero éste no es preciso que se produzca para la consumación delictiva. Es por esta razón por la que el delito se corta antes de la producción del resultado.

Este delito pretende evitar los obstáculos que puedan darse para que la situación económica del deudor sea lo más exacta posible. Por esta razón, el bien jurídico protegido directo es el derecho de crédito de los acreedores, y, de manera indirecta o mediata viene integrado por el correcto funcionamiento del proceso concursal, y la ordenada satisfacción (300) de los créditos a través del proceso.

Puede apreciarse que el tipo penal no exige que el sujeto activo provoque o agrave su situación de insolvencia. Además, se criminaliza la falsedad cometida por particular (301). Su estructura típica guarda cierta relación con la estafa procesal, a través de conductas que consistirán generalmente en disminuir el activo de manera ficticia o aumentando el

ciones de datos sino también juicios de valor. La falsedad solamente puede predicarse de aquellas descripciones de datos. No de los juicios de valor. En todo caso la consideración de catástrofe es en sí misma un juicio de valor. Para decidir su corrección es necesario conocer los datos empíricos a los que se refiere. Éstos se encuentran ausentes en la sentencia. En los hechos probados y en ese fundamento jurídico».

(297) Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Los delitos de quiebra... op. cit.*, p. 256; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 169.

(298) Al exigirse en el tipo la finalidad de «lograr indebidamente la declaración de aquéllos», hay quien considera, coherentemente, que se puede considerar la conducta como un delito de resultado cortado. Así, entre otros, Vid. DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *Delitos de frustración... op. cit.*, p. 321.

(299) Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 177.

(300) Vid. SOUTO GARCÍA, E.: *Problemática concursal... op. cit.*, pp. 896 y ss. Alterando el orden del bien jurídico protegido, es decir, considerando que es el correcto funcionamiento del procedimiento concursal, e indirectamente, el interés de los acreedores en la ordenada satisfacción de los créditos, Vid. FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles... op. cit., p. 843.

(301) Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Los delitos de quiebra... op. cit.*, p. 249.

pasivo para así dar una idea falsa de la situación económica del autor, y adoptar decisiones perjudiciales para los acreedores. Al tratarse de un delito de peligro, y no de resultado, como ya he indicado, se explica que sea castigado con menor penalidad que el delito de estafa.

A diferencia de las modalidades delictivas comentadas anteriormente, el artículo 261 no guarda relación con la creación de una situación de insolvencia ni con un acto de disposición patrimonial o de contracción de obligaciones por parte del deudor, sino que se basa en una conducta fraudulenta (302) que tiene lugar en el seno de un procedimiento concursal y con una finalidad concreta.

En puridad, se trata de una falsedad ideológica, basada en faltar a la verdad en la narración de los hechos, llevada a cabo por un particular, a través de la presentación de datos falsos sobre el estado contable (303). En este sentido, también se encuentran falsedades ideológicas similares en los artículos 290 (304) y 310 (305) CP. No obstante, en el delito societario serviría cualquier documento que refleje la situación jurídica o económica de la entidad, en tanto que en el delito del artículo 261, los documentos idóneos serán aquellos que reflejen el estado contable del deudor, esto es, los que alteren la situación contable –diferencias y modificaciones en el activo y el pasivo–.

(302) De hecho, QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis... *op. cit.*, p. 189, es de la opinión de que este tipo penal hubiera encajado mejor en los delitos de falsedades o en los delitos contra la Administración de Justicia.

(303) No obstante, algunos autores consideran que se tipifica el uso de documentos falsos para obtener la declaración de concurso. *Vid.* SEGRELLES DE ARENAZA, I.: «Los delitos de insolvencia punible (los delitos concursales)», en Del Rosal Blasco, B. (Coord.): *Derecho penal de sociedades mercantiles*. Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 446. Otros entienden que se trata de un delito de falsedad. *Vid.* FARALDO CABANA, P.: «Los delitos de insolvencia punible...», *op. cit.*, pp. 310 y ss.

(304) El precepto sanciona a «Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero», resultando de aplicación la modalidad agravada «si se llegare a causar el perjuicio económico».

(305) Por su parte, el delito contable del artículo 310 castiga a quien «estando obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales: a) Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias. b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa. c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas. d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias».

Pero, por encima de todos, resulta muy relevante la similitud del delito con la falsedad del artículo 393, referido a las falsedades documentales –de carácter mercantil–, ya que castiga a quien, «a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes». No obstante, debe tenerse en cuenta que este tipo penal relativo a las falsedades documentales exige que se presente un documento materialmente falso, en tanto que el documento al que se refiere el artículo 261 constituye un documento verdadero (306) en el que lo falso es el contenido del documento, pero no el documento en sí mismo. También se ha relacionado su similitud con la estafa procesal, como veremos posteriormente en relación con el concurso de normas (307).

En este sentido, los datos falsos deberán plasmarse en aquellos documentos que alteren el estado contable, como se ha dicho, pero ¿qué documentos concretos pueden resultar idóneos para que se produzcan los efectos de la consumación delictiva? Evidentemente se trata de una norma penal en blanco, por lo que debe acudir a la normativa concursal para determinar aquellos documentos que pueden constituir el objeto material del delito. En este sentido, se ha aludido al balance, los libros de contabilidad y las cuentas de activo y pasivo del deudor; e incluso, en opinión de algunos, también la memoria (308); pero no las certificaciones procedentes del Consejo de Administración –falsificación documental (309)–.

Martínez-Buján Pérez (310) plantea cuál es la justificación de que un particular quede sometido al deber de veracidad en la narración de los hechos, cuando este deber, con carácter general, solo se les presupone su exigencia a los funcionarios públicos. En este sentido, con buen criterio esgrime tres circunstancias que lo justifican, a saber, la propia clase del documento de que se trata, que altera el estado contable del deudor; el ámbito de un procedimiento concursal; la finalidad ilícita que se pretende con la presentación de los datos –declaración de insolvencia–. Ciertamente, tutelar el deber de veracidad, en estas cir-

(306) Al respecto, *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 168.

(307) *Vid.* NIETO MARTÍN, A.: «Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal», en *Actualidad Penal*, n.º 40, 1996, p. 774; BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico... (2010), op. cit.*, p. 411.

(308) Según lo dispuesto en los artículos 383 y 388 TRLSC. *Vid.*, al respecto, FARALDO CABANA, P.: *Los delitos de insolvencia fraudulenta... op. cit.* p. 314.

(309) *Vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Los delitos de quiebra... op. cit.*, p. 272.

(310) *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 168.

cunstancias y en el seno del procedimiento concursal, pretende garantizar el correcto funcionamiento de esta clase de procesos, así como la satisfacción ordenada de los créditos a los que tienen derecho de cobro los acreedores.

Debe tenerse en cuenta que no es lo mismo realizar una contabilidad falsa –se acredita que existe una contabilidad en un documento cuando en realidad no hay contabilidad alguna, cosa que resulta difícil de imaginar– o falseada –existe una contabilidad, pero en un documento se acredita una contabilidad modificada, alterada en sus ítems de activo y/o pasivo–; y otra cosa diferente es la presentación posterior del documento en el procedimiento de insolvencia. Pues bien, la calificación jurídico penal de la falsificación o falseamiento de aquellos datos incorporados en el documento, resultaría atípica penalmente conforme al artículo 261, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir el sujeto con otros tipos penales. Y es que, a efectos de este delito, lo especialmente relevante es la presentación del documento –mera presentación– con la finalidad del sujeto activo de que se declare su situación de insolvencia, a sabiendas de que no habría lugar a ello si se presentasen datos reales, en lugar de falsos (311). Es indiferente que se consiga o no la declaración de su insolvencia, en el procedimiento concursal.

Ciertamente, la conducta relativa a falsificar los documentos es atípica (312). Distinto es que, con anterioridad a la presentación de los datos contables falsos, existiese una falsedad material de los propios documentos –no solo del contenido de los mismos llevada a cabo por el propio individuo que posteriormente presenta dichos datos en el procedimiento concursal–. En este caso, es evidente que el deudor habrá consumado un delito de falsedad material tipificado en el artículo 392, y la presentación documental posterior de datos contables

(311) Ciertamente, el sector doctrinal ha considerado que es posible engañar después de la admisión a trámite de la solicitud de concurso, y que la declaración pretendida por el deudor cuando presenta los datos contables falsos podría ser la propia calificación del concurso o el dictado de la sentencia, y no la apertura del mismo o la admisión a trámite. *Vid.* VIVES ANTÓN, T.S., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *De las insolvencias punibles...* *op. cit.*, pp. 1302 y 1303. Sin embargo, me parece más coherente la tesis expuesta por FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 847, cuando afirma que la única declaración que cabe en el procedimiento concursal es la del concurso, quedando impunes por este delito que analizamos, aquellas conductas realizadas con posterioridad a la declaración del concurso.

(312) *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G.: «Capítulo VII bis...», *op. cit.*, p. 189; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...* *op. cit.*, pp. 173 y 174. En sentido contrario, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Los delitos de quiebra...* *op. cit.*, p. 268, entiende que el desvalor de la falsedad quede absorbido en el desvalor de la conducta de presentación (acto copenado impune)».

falsos en sede concursal supondrá una falsedad ideológica que genera un conflicto de normas (313).

Así, cuando es el deudor quien realiza la conducta de falsedades del artículo 392 CP, y además presenta tal documentación mendaz en el procedimiento concursal, estaría consumando no solo el tipo penal de los artículos 392 y 393, sino el delito del artículo 261 cuando su finalidad es que se declare su situación de insolvencia. Pues bien, la solución pasaría por resolver este concurso de normas por la regla del principio de consunción que establece el artículo 8 CP, en cuyo caso la pena más grave, que es la del delito del artículo 261, absorbería el tipo de injusto de los otros delitos.

No obstante, no existe una laguna de punibilidad de las falsedades documentales materiales –realizadas por el sujeto activo– habida cuenta de que los artículos 390-392 CP sancionan estas conductas, y en función de quién sea el sujeto activo (314) –particular, funcionario público–, resultará de aplicación un precepto u otro de los delitos de falsedades. En estos casos, existe un conflicto de normas, como se ha indicado en los párrafos anteriores.

Por otro lado, debe advertirse, en mi opinión, que existirá concurso de normas entre el delito de presentación de datos falsos del artículo 261 CP y los delitos de presentación en juicio de documentos falsos, de los artículos 393 y 461.2 CP, que se resuelve a favor de aquél, en virtud del principio de especialidad (artículo 8.1.º CP), ya que resulta su tipificación más específica –por el tipo de proceso, concursal, en el que se presentan los datos falsos, y la finalidad del autor que la de éstos (315). También pudiera plan-

(313) El artículo 261 CP no sanciona el uso de documentos mercantiles falsos, que se castiga expresamente en el artículo 393 CP, ni el uso de documentos privados falsos, que encontraría cobertura en el artículo 396 CP. Es la mera presentación o el uso en el procedimiento concursal, de documentos mercantiles a sabiendas de la falsedad ideológica de los datos que estos incorporan, que producen faltar a la verdad en la narración de los hechos. En materia concursal, el artículo 261 CP y el 392 CP o 394 CP entran en conflicto. Cuando la falsedad documental se refiere a los tres primeros números de lo dispuesto en el artículo 390 CP, entraría en concurso de normas. De hecho, cuando el deudor comete este delito de falsedades, realiza el delito del artículo 392, y si con posterioridad presenta el documento en el proceso concursal, entonces comete delito del artículo 393 CP.

(314) En este sentido, lo lógico será que el deudor presente un documento falso o un documento falseado, con datos contables que no se corresponden con la realidad, para presentarlos en el procedimiento concursal.

(315) Se ha afirmado, no obstante, que con relación a las conductas previstas en los artículos 290, 393, 396 y 461.2 CP, no procede un concurso aparente de leyes penales con el artículo 261 CP, habida cuenta que aquellos se refieren al particular que usa un documento que incorpora una falsedad en los tres primeros números del artículo 390.1 CP, y el artículo 261 CP sanciona al particular que presenta un docu-

tearse como concurso de normas el tipo de la estafa (316) procesal –artículos 261 (317) y 250.1.7.º CP–, que debe ser descartado, por

mento que contiene una falsedad ideológica del artículo 390.1.4 CP. Por otro lado, el artículo 290 CP se resolvería, en concurso de normas, a favor del delito concursal, en aplicación del principio de especialidad del art. 8.1 CP. *Vid.* FARALDO CABANA, P.: «XI. Insolvencias Punibles...», *op. cit.*, p. 848.

(316) En la STS 749/2017, de 21 de noviembre, que aborda el caso «AFINSA», se aprecia un concurso ideal o de normas: «2. En el caso, aunque pudiera haber sido posible, en la narración fáctica no se precisa de forma suficiente una conducta, relacionada pero independiente de la que constituye el delito de estafa, que hubiera causado la situación económica de la compañía, dando lugar al delito de insolvencia, por lo que, cumpliéndose, como se ha dicho, con las exigencias típicas de este último, es necesario concluir que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal, en el que un solo hecho constituye dos o más delitos, que debe resolverse, desde la perspectiva punitiva y de acuerdo con el criterio mantenido en la sentencia impugnada, mediante la imposición de la pena prevista para la infracción más grave, en su mitad superior. Siendo ésta el delito de estafa, (...)». De igual manera, en la STS 429/2017, de 14 de junio, se aprecia las insolvencias punibles en concurso real con la estafa, ya que «la consideración de que ambas figuras protegen un bien jurídico homogéneo (como delitos patrimoniales que son), abonaba la posibilidad de entender que nos encontramos ante un concurso de leyes. Además, en estos supuestos pueden apreciarse dos conductas diferenciadas: una que consigue el desplazamiento patrimonial mediante un engaño, generando el consiguiente empobrecimiento de la víctima; otra posterior que, para consolidar el enriquecimiento buscado (ánimo esencial a la estafa), extrae bienes del patrimonio e impide con ello que la víctima pueda resarcirse»; «las razones ya expuestas de separación temporal entre el desplazamiento patrimonial derivado del engaño característico de la estafa y el vaciamiento patrimonial propio de las insolvencias punibles, justifica la apreciación del concurso real de delitos que el motivo cuestiona, dado que la sentencia de instancia refleja que los actos de despatrimonialización, se abordaron años después de producirse muchas de las aportaciones dinerarias que se sancionan, y se hizo precisamente con ocasión de iniciarse el procedimiento concursal que buscaba ordenar el pago de las deudas».

(317) Por su parte, la STS 606/2019, de 10 de diciembre, que trae a colación un concurso de normas de un delito de alzamiento de bienes, tipificado en el artículo 257.1 CP, y otro de falsedad contable, tipificado en el artículo 261 CP: «En todo caso, pese a declararse esta responsabilidad, la sentencia de instancia considera que la previsión del artículo 261 del Código Penal converge en un concurso normativo con la tipificación del alzamiento de bienes del artículo 257.1.1.º del Código Penal, concluyendo que los hechos tienen que ser sancionados con la pena prevista para esta última infracción penal» (F. Segundo, 2). Así mismo, continúa que «hemos indicado anteriormente que el delito de alzamiento de bienes se configura como un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude sus derechos de crédito y, de otro, el interés colectivo por el buen funcionamiento del sistema económico crediticio. El bien jurídico protegido es por ello semejante al que impulsa la tipificación del artículo 261 del Código Penal, si bien, si en aquel la protección penal se despliega respecto de conductas que vacían u ocultan el patrimonio con el que hacer frente a los débitos, en el delito que ahora contemplamos la conducta típica consiste en presentar datos contables falsos en el procedimiento concursal, cuando su desviación de la realidad se orienta precisamente a engañar a los órganos correspondientes del procedimiento concursal y lograr la declaración de un concurso

su distinto ámbito de aplicación –la estafa constituye un delito de resultado basado en causar un perjuicio patrimonial a un tercero, cuestión esta que no tiene lugar en el artículo 261, al ser de mera actividad y no exigirse un resultado–. Y también se ha planteado en la jurisprudencia la posibilidad de existencia de un concurso ideal (318).

improcedente de otro modo» (F. Segundo, 3). De otro lado, la SAN 2351/2020, de 6 de octubre, que resuelve el conocido caso «Pescanova», halló un concurso de delitos bastante amplio: falsedad en documento mercantil, estafa, falseamiento de cuentas anuales, falseamiento de información económica y financiera, insolvencia punible, alzamiento de bienes o alternativamente, blanqueo de capitales, uso de información relevante e impedimento de la actuación del organismo supervisor. Así, manifestó que «en efecto, en relación al tipo de insolvencia punible del artículo 260 vigente en la época de los hechos, la idea que subyacía en el presidente ejecutivo de Pescanova y los acusados de su plantilla, a los que se ha hecho mención en los hechos probados, era conseguir financiación bancaria para seguir abonando las grandes inversiones y para afrontar los gastos normales de tesorería, pero no hay datos de cargo que permitan deducir que la situación de insolvencia a la que se vieron abocados haya sido buscada de propósito, sino una lógica consecuencia de su desacertado enfoque ante la crisis financiera» (F. Séptimo).

(318) Se trata del caso Fórum Filatélico, en que se condena al Consejero delegado y se establece el concurso ideal de la insolvencia punible con el delito de estafa. Así, en la STS 809/2020, de 4 de marzo, el Tribunal Supremo expuso que «La situación de insolvencia aparece desde el primer momento de funcionamiento del negocio, pues el planteamiento de la actividad defraudatoria conduce necesariamente a una situación en la que el pasivo de la sociedad es siempre superior al activo. Y siendo así, con su propio patrimonio no podía hacer frente a sus obligaciones. No pueden integrarse en su patrimonio las nuevas aportaciones, a las que acudía para cumplir los compromisos adquiridos, sin incluir igualmente las obligaciones de recompra a mayor valor que las acompañaban, las cuales, necesariamente, generaban pérdidas. Dicho de otra forma, las aportaciones de los clientes incorporaban deudas mediante los compromisos de recompra a mayor valor; las nuevas aportaciones, que se utilizaban para atender aquellos compromisos, generaban nuevas deudas de mayor importe. La configuración del negocio suponía que un altísimo porcentaje de clientes recuperaría lo invertido con su correspondiente incremento. Luego, desde el primer momento, el activo era inferior al pasivo. Es cierto que el tipo penal exige que la insolvencia del declarado en concurso sea causada o agravada dolosamente por el autor, y que el modelo de negocio ya estaba implantado desde el principio, cuando el recurrente no era consejero delegado. Sin embargo, es claro que en la medida en que el recurrente continuó adquiriendo nueva filatelia, y la asignó a nuevos clientes a cambio de nuevas aportaciones, incrementó el importe de los compromisos económicos adquiridos y, en esa medida, agravó dolosamente la insolvencia ya existente. (...) Si se tiene en cuenta que, según los hechos probados, el recurrente utilizaba empresas interpuestas para desviar dinero de Fórum basándose en simular adquisiciones de sellos a proveedores ficticios, que extraía de Fórum clandestinamente sellos previamente comprados por la misma para que esas sociedades interpuestas se los volvieran a vender, que esas cantidades se depositaban en cuentas de esas sociedades, y si se valora la forma en la que se llevaba la contabilidad, resulta con claridad que la conducta declarada probada sería igual-

Ahora bien, se debe interpretar que la contabilidad mendaz debe manifestar una capacidad suficiente como para producir el error de que se declare la situación de insolvencia, aunque ésta finalmente no se produzca. Debe tener cierta verosimilitud, esto es, que efectivamente tenga la entidad como para proceder al engaño. De lo contrario, no debe entrar en escena la maquinaria del Derecho penal, por falta de idoneidad de la conducta.

La tentativa, al tratarse de un delito de consumación anticipada, es difícil de apreciar en la *praxis*, ya que la mera presentación de un documento mendaz en la administración concursal, con la finalidad de que tenga lugar la declaración oficial de su estado de insolvencia, ya consume el delito. Y como se expuso con anterioridad, la incorporación de datos falsos o falseados en un soporte material, o en un documento, supondría una falsedad ideológica impune para el sujeto activo. Es por ello por lo que no siendo delictiva esta primera fase del sujeto, la tentativa de presentar un documento en el procedimiento

mente calificable como constitutiva de un delito de insolvencia. (...). Aunque en el motivo no se plantea, la conducta descrita en los hechos probados podría ser también subsumida en el artículo 259 CP, según la redacción actualmente vigente, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015. (...). La jurisprudencia ha entendido que el bien jurídico protegido por el delito de insolvencia se orienta hacia la tutela del patrimonio de la víctima, viniendo a representar un reforzamiento de la responsabilidad universal consagrado en el artículo 1911 Código Civil. Puede identificarse, pues, con el bien jurídico protegido en el delito de estafa. Pero, además de la protección que se pretende del derecho personal de crédito, se aprecia la concurrencia con un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza precisa para el desarrollo de las operaciones financieras, en aras a la consecución de un desarrollo económico adecuado a una economía de mercado libre (STS n.º 771/2006, de 17 de julio). En este sentido, el bien jurídico protegido aparecerá de forma más intensa y, por lo tanto, con mayor necesidad de protección, en algunos casos, especialmente cuando se trata de empresas de gran tamaño, en que el perjuicio no solo afectará a una gran cantidad de acreedores, con créditos importantes, sino también a un alto número de trabajadores y proveedores, e incluso al sector de la economía en el que desarrollara su actividad, ya que, junto a la conducta estrictamente típica del delito de estafa, aparecen otras actividades ajenas a la conducta delictiva, como contrataciones con terceros, o relaciones económicas o laborales, que por sus características resultan suficientemente relevantes. En esos casos, no es posible identificar íntegramente los bienes jurídicos protegidos por los delitos de estafa e insolvencia, por lo que no puede acudir al artículo 8 CP, sino que deben aplicarse las reglas que regulan el concurso de delitos». Finalmente, se indica que «es necesario concluir que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal, en el que un solo hecho constituye dos o más delitos, que debe resolverse, desde la perspectiva punitiva y de acuerdo con el criterio mantenido en la sentencia impugnada, mediante la imposición de la pena prevista para la infracción más grave, en su mitad superior».

concurral resultaría prácticamente imposible, pues se presenta o no se presenta el documento.

Por lo tanto, es indiferente conocer quién ha sido el creador de la contabilidad mendaz que se aporta en el procedimiento, ya que ésta no debe estar vinculada con el tipo penal del artículo 261.

En cuanto a los intervinientes en la confección de la mendacidad del contenido del documento –si es que este no lo ha confeccionado el propio deudor–, cabe afirmar que el mismo puede ser falso o falseado, según los casos, y que, al tratarse de un delito especial propio, donde entiendo que podría llevar a cabo este delito el propio deudor, los socios con la condición de deudores, y los acreedores, todos ellos cuando cuenten con legitimación; pero los intervinientes que no reúnan tal condición no podrán ser autores ni coautores del delito (319). Simplemente podrán ser partícipes (320) en el caso de que sean conocedores de la falsedad contable, y de que la misma se va a presentar en un procedimiento concursal. Pero nada más. E incluso en el caso de interventores judiciales (321) que se dirijan a emitir un certificado falso, avalando los datos contables presentados, ni siquiera podrían ser considerados partícipes en este delito, ya que el tipo penal exige para su consumación la mera presentación del documento mendaz, y en este caso la actuación de los interventores sería posterior, por lo que a efectos de este delito, la conducta de aquéllos sería atípica, sin perjuicio de la responsabilidad penal en la que pudieran incurrir con su conducta en relación con los delitos de falsedades.

(319) En este sentido, pese a que me he mostrado partidario de concluir que el único sujeto activo de este delito solo puede serlo el deudor, según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 178, «el administrador de hecho de una sociedad responderá penalmente por este delito, entrando en escena lo dispuesto en el artículo 31 CP, en la medida en que posea el dominio social sobre las funciones de administración de la empresa. Y (...) la mera condición de socio único o mayoritario de la empresa no es suficiente para reunir la cualidad de autor». *Vid.*, acerca de las actuaciones en nombre de otro, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Los delitos de quiebra... op. cit.*, pp. 262 y ss.

(320) *Vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Los delitos de quiebra... op. cit.*, p. 261. Así, podrían concurrir en responsabilidad penal, en su caso, por falsedad de emisión de dictámenes del artículo 459 CP, o por falsedad documental del artículo 390.4 CP.

(321) *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 178. También, *Vid.* PAVÍA CARDELL, J.: «Los delitos de insolvencia punible...», *op. cit.*, pp. 855 y ss. En este sentido, una oposición a la declaración del concurso sería la finalidad contraria a la expuesta en el tipo penal, por lo que, en tal caso, la falsedad instrumental no podrá subsumirse en el artículo 261 CP. Pero tampoco como una falsedad en documento mercantil, prevista en los artículos 392 y 393 CP, habida cuenta su naturaleza de falsedad ideológica y teniendo en cuenta que el deudor es un particular. Y ello sin perjuicio del posible delito de falsedad en que pudiera incurrir, previsto del artículo 290, para el caso de administradores de sociedades.

VI. CONCLUSIONES

1. El Código Penal actual no incluye una definición como tal de las insolvencias punibles, pero sí referencia una extensa tipificación de las conductas delictivas que se ofrecen en estos delitos. Podría afirmarse que la insolvencia punible vendrá constituida por aquella conducta delictiva que se produce cuando el deudor realiza ciertos movimientos en su patrimonio para eludir las obligaciones contraídas con sus acreedores. A estos efectos, la insolvencia debe ser intencionada, salvo lo dispuesto en el artículo 259.3 CP, que admite la comisión imprudente sorprendentemente, para las modalidades delictivas descritas en el artículo 259. Y más allá de la distinción relativa a la insolvencia total o parcial, definitiva o provisional, real o aparente, jurídica o fáctica, lo determinante será que se pueda o no se pueda cumplir en su totalidad con las obligaciones –en el caso de no poder cumplirlas, el deudor deviene insolvente–. Se ha afirmado por un sector doctrinal relevante que se es solvente o no se es; en este sentido, resultará relevante el hecho de que los acreedores puedan o no puedan encontrar bienes suficientes para garantizarse el cobro de sus créditos u obligaciones económicas.

La reforma penal de mayor calado acerca de las insolvencias punibles en las últimas décadas tuvo lugar en el año 2015, en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Por un lado, los delitos de frustración de la ejecución (artículos 257-258 ter CP), que se centran en las conductas del deudor que persiguen, fraudulentamente, dilatar, dificultar o impedir el procedimiento civil previsto para que el acreedor pueda satisfacer sus créditos; y, por otro lado, los delitos de insolvencia punible (artículos 259-261 bis), que sancionan los comportamientos de defraudación de los intereses de los acreedores. Además, se produce una separación del Título XIII en los capítulos VII y VII bis, dedicándose el primero de ellos a la «Frustración de la ejecución» e incluir en su contenido el delito de alzamiento de bienes –que había estado estrechamente ligado hasta la fecha a las insolvencias punibles–, y otras dos nuevas figuras delictivas («ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución y la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad»); y dedicándose el segundo capítulo a «las insolvencias punibles». Aquí se introduce el mal denominado «nuevo delito de concurso punible o bancarrota», que puede perseguirse se haya declarado el concurso o no, con tal de que exista una insolvencia actual o inminente; y un tipo agravado para los supuestos en los que se causan

perjuicios económicos de especial gravedad o bien deudas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

2. Conviene señalar que, ante un escenario de insolvencia del deudor, las ejecuciones individuales se sustituyen por un procedimiento colectivo que tutela los intereses de todos los acreedores, sobre la comunidad de pérdidas y del tratamiento igualitario (*par conditio creditorum*). Y este procedimiento es el concurso de acreedores, el cual puede definirse como aquel procedimiento judicial por el cual se procura que un deudor en situación de insolvencia reestructure su negocio, si hay posibilidad de salvarlo, o satisfaga ordenadamente sus deudas, si no la hay. Para ello, se limitan sus facultades de administración y se nombra una administración concursal, con facultades más o menos amplias. Para el pago de las deudas se establece un orden de prelación de créditos: tienen prioridad los créditos contra la masa, a continuación, los créditos privilegiados y, por último, los subordinados.

El estado de insolvencia puede clasificarse en hasta tres grupos diferentes en materia penal. Así, la insolvencia total y parcial; la insolvencia definitiva y la provisional; y la insolvencia real o aparente. En este sentido, considero que, atendiendo al principio de *última ratio* que impera en nuestro Derecho penal, la distinción entre insolvencia parcial o total, así como la absoluta o provisional, podrían resultar penalmente irrelevantes a efectos de los delitos de insolvencias punibles, no corriendo la misma suerte la categoría de insolvencia real o aparente, que tendría plenos efectos en la esfera penal sancionadora. En este sentido, lo que se pretende es que el Derecho penal sancione a los infractores que realizan las conductas típicas, interviniendo únicamente cuando exista un plus de antijuridicidad respecto de la ordenación civil o mercantil, esto es, cuando se aprecie una intención maliciosa o defraudadora del deudor.

Debe tenerse en cuenta que en las relaciones obligacionales también pueden asumir responsabilidad quienes se comprometen al cumplimiento de obligaciones secundarias, así como los avalistas o garantes de cualesquiera obligaciones asumidas por todos los demás comprometidos a su cumplimiento; y de la responsabilidad civil dimanante del delito responden (*ex* artículo 116 CP) todos los partícipes en el mismo. Estos delitos admiten la participación del *extraneus*, en la categoría de inductores o cooperadores necesarios, e incluso cómplices –pero no podrían ser autores de ninguna de sus modalidades al no ser deudores ni ejecutados–. Y desde el año 2010 se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es por ello por lo que, según el artículo 31 bis CP, la actuación delictiva que realicen los administradores de hecho o de derecho, empleados e incluso los liquidadores

de una persona jurídica puede generarle responsabilidad penal a ésta, en tanto que tales actuaciones se hayan realizado en nombre o por cuenta de ella, y en su beneficio directo o indirecto; o por incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control.

3. Centrándome en las distintas categorías delictivas relativas a las insolvencias punibles, el artículo 259.1 CP regula ciertas conductas irregulares que realiza el deudor siempre que se halle en un estado de insolvencia real o inminente, que configuran el delito. Además, se contempla una suerte de amplio abanico de infracciones que, con anterioridad, no eran constitutivas de delito –estaban previstas en la legislación concursal–, en tanto que eran conductas que permitían calificar el concurso de acreedores como culpable, pero no como un hecho delictivo. Estas conductas, que suponen el incumplimiento de las obligaciones exigibles al deudor, pueden considerarse una condición objetiva de punibilidad, por lo que, en caso de no producirse, no superarían el estado de la atipicidad.

Ciertamente, del análisis semántico de la redacción del artículo 259, podemos inferir que no nos hallamos ante conductas que se producen exclusivamente en el seno de un procedimiento concursal, donde la libre disposición y gestión económica del deudor se halla limitada, sino que se contemplan conductas que pueden realizarse antes de la apertura del concurso, en un escenario preconcursal, a saber, cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia, bien porque no pueda satisfacer sus obligaciones, bien porque es previsible que no podrá atenderlas en los siguientes meses –insolvencia actual o inminente–.

La redacción del artículo 259.1 CP pone de manifiesto que se trata de un delito mixto alternativo, en el que las nueve modalidades delictivas constituyen un delito especial, ya que el denominador común del tipo exige que se trate de un deudor que se encuentre en la situación de crisis económica o insolvencia, e incluso, tratándose de personas jurídicas, su administrador de hecho o de derecho. Por lo tanto, estamos ante un delito especial propio. El tipo no exige ningún resultado lesivo para la masa patrimonial ni similar –se consuma el delito con la mera realización de una sola de las conductas, siendo indiferente que se realicen una o varias conductas–, en el que se enumeran ocho modalidades delictivas a la que se añade una cláusula general abierta, que debe ser interpretada de forma restrictiva, y, en concreto, cuando se produzca una efectiva disminución del patrimonio del deudor o una ocultación de su situación real y económica.

4. Con relación al contenido del artículo 259.2 CP –referido a la insolvencia causada por el deudor–, si se realiza alguna de las conduc-

tas descritas en el artículo 259.1 CP se castiga, *ex novo*, con idéntica intensidad que en el apartado primero, a quien cause su situación de insolvencia, calificándose este tipo penal, por el propio legislador –en mi opinión de manera equivocada, siendo en realidad un delito de actuaciones irregulares del deudor insolvente– como un delito de concurso punible o bancarrota. Para su consumación, se exige la causación de insolvencia, y no la declaración del concurso. Además, pese a que la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2015 lo describe como un delito de peligro, en puridad se trata de un delito de resultado lesivo para el bien jurídico protegido.

El tipo penal contiene una partida doble, a saber, la realización de las conductas anteriormente analizadas –artículo 259.1 CP–, más la causación de la insolvencia. En realidad, se están mezclando dos cosas totalmente diferentes, pues si el legislador consideraba el delito de quiebra o bancarrota –tal y como él lo denomina– como delito de peligro en la propia exposición de motivos, no sucede lo mismo cuando se requiere en el tipo la producción de un resultado, que no es otro que la causación de insolvencia. Se trata de un doble criterio incriminador, pero quizá hubiera resultado más apropiado utilizar un único sistema, y agravar la conducta si se demuestra que existió nexo de causalidad entre la voluntad del sujeto y el hecho consumado.

La diferencia principal entre el apartado 1 y 2 del artículo 259 CP estriba en la previa existencia de una situación de insolvencia actual o inminente en el primer caso, o la creación de la situación de insolvencia en el segundo, teniendo en ambos casos como denominador común la previsión de las mismas conductas para su consumación.

5. El delito de favorecimiento ilícito de acreedores se prevé en el artículo 260 CP, tipificando un favorecimiento preconcursal, en el apartado primero, en el que se exige que el deudor se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente, y, a su vez, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial. En este caso, no se reprocha penalmente la producción de un perjuicio patrimonial, sino la falta de respeto a las normas establecidas por el legislador para la solución procesal de las situaciones de crisis económica o insolvencia. En este delito, la sanción es incondicional, ya que no resultan de aplicación las condiciones objetivas de punibilidad previstas en el artículo 259.4 CP –acción de perseguibilidad cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso–.

Debe tenerse en cuenta que no se trata únicamente de un acto de favorecimiento a un acreedor frente a los demás, sino que se le da algo que no le corresponde, esto es, pagarle un crédito no exigible, o facilitarle una garantía a la que no tenía derecho un acreedor. No resulta necesario que se lleve a cabo el pago total del crédito a los acreedores, ni que se facilite la garantía, sino que se haya realizado algún pago, acto de disposición patrimonial o se haya contraído alguna obligación sin justificación económica o empresarial, que constituye un elemento negativo del tipo.

6. El artículo 260.2 CP tipifica el delito de favorecimiento ilícito de acreedores postconcurso, dirigiendo el reproche penal al deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales –o por disposición legal–, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto. La protección penal de este delito pretende que se respeten las reglas establecidas por el Estado para la canalización y solución procesal de las situaciones de crisis económicas o insolvencias, y no la causación de un perjuicio patrimonial a los acreedores, ni la atención equitativa a los intereses de los acreedores para la satisfacción de sus créditos –*conditio creditorum*–, sino la actuación del deudor que se atribuye funciones que no le corresponden en el ámbito judicial–concurso.

Ciertamente, la realización del tipo penal no implica que efectivamente se realice el pago material o que finalmente se haya generado alguna obligación. Simplemente, cualquier acto dirigido a pagar o contraer obligaciones –ya se haya conseguido o no el objetivo– de manera que se anticipa la intervención del Derecho penal, no siendo precisa la producción de perjuicio económico alguno. En este sentido, no se consumará el delito cuando el deudor, sin encontrarse autorizado para ello, y fuera de los casos permitidos en la ley, pague a los acreedores siguiendo el orden previsto en la graduación de créditos. En este caso estaríamos ante un incumplimiento meramente formal que no lesiona al patrimonio de los acreedores, puesto que no resultan postpuestos unos frente a otros.

La diferencia fundamental entre el apartado primero y el segundo del artículo 260 CP estriba en que en el primero no se exige la admisión a trámite de la solicitud del concurso, por lo que se trata, en puridad, de un favorecimiento de acreedores ajeno a la esfera concursual.

7. Finalmente, se prevé un tipo específico en el artículo 261 CP, consistente en la presentación de datos falsos o mendaces en el proce-

dimiento concursal, siempre que la conducta se realice con conocimiento de causa, es decir, a sabiendas, y con el concreto fin de lograr indebidamente la declaración del procedimiento concursal —el elemento doloso en la voluntad del sujeto activo, tanto en la presentación del documento como en la pretensión de conseguir la indebida declaración del concurso, denota una doble intencionalidad—. La falsedad debe ser idónea para causar un perjuicio económico, esto es, estar dotada de aptitud lesiva para causar el perjuicio económico típico a un acreedor. Con esta infracción se sanciona el fraude de datos para provocar error en el órgano judicial y obtener indebidamente la declaración judicial de concurso, que no procedería de no haberse presentado los datos falsos. Este delito se cataloga como un ilícito de consumación anticipada, en el que no se exige que el sujeto activo provoque o agrave su situación de insolvencia. Además, se trata de un delito de mera actividad y un delito de peligro abstracto.

Considero que podría llevar a cabo este delito el propio deudor, los socios con la condición de deudores, y los acreedores, todos ellos cuando cuenten con legitimación pertinente, pero los intervinientes que no reúnan tal condición no podrán ser autores ni coautores del delito. Simplemente podrán ser partícipes.

Ciertamente, y a diferencia de las modalidades delictivas anteriores, el artículo 261 CP no guarda relación con la creación de una situación de insolvencia ni con un acto de disposición patrimonial o de contracción de obligaciones por parte del deudor, sino que se basa en una conducta fraudulenta que tiene lugar en el seno de un procedimiento concursal, con una finalidad concreta. Se trata de una falsedad ideológica, basada en faltar a la verdad en la narración de los hechos, llevada a cabo por un particular a través de la presentación de datos falsos sobre el estado contable. Aquí, la conducta relativa a falsificar los documentos resulta atípica. Además, es indiferente conocer quién ha sido el creador de la contabilidad mendaz que se aporta al procedimiento, ya que ésta no debe estar vinculada con el tipo penal del artículo 261 CP.