

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ DE ELCHE

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

Grado en Derecho



UNIVERSITAS
Miguel Hernández

LA CALIFICACIÓN CONCURSAL Y EL CONCURSO PUNIBLE:

ELEMENTOS DIFERENCIALES

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Autora:

Teresa Martín Sánchez

Tutor:

José Carlos Espigares Huete

Curso académico:

2023-2024

INDICE

I- RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEYWORDS

II- ABREVIATURAS

III- INTRODUCCION

IV- EVOLUCION DE LA CALIFICACION CONCURSAL:

- A.** La calificación concursal antes de la legislación concursal.
- B.** La calificación concursal en la ley 22/2003, de 9 de julio
- C.** La calificación concursal en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- D.** La calificación concursal en el Texto Refundido de la Ley Concursal 1/2020, de 5 de mayo, tras la ley de reforma del mismo en 2022.
 - 1) Triplicidad instrumental.
 - 2) Novedades introducidas por la ley 16/ 2022 TRLC, en atención a la calificación concursal.

V- LA CALIFICACION DEL CONCURSO Y SUS CLASES

- A.** Objetivo de la calificación concursal. Introducción.
- B.** El concurso fortuito.
- C.** El concurso culpable.
 - 1) Clausula general del concurso culpable. Requisitos para que la calificación sea culpable.
 - 2) Las presunciones legales del concurso culpable.
 - a) Presunciones iuris et de iure de concurso culpable. Presunciones absolutas de culpabilidad.
 - b) Presunciones iuris tantum del concurso culpable. Presunciones relativas de culpabilidad.

VI- TRAMITACION DE LA SECCION DE CALIFICACION

A. Iniciación y tramitación de la sección de calificación de oficio por el juez del concurso poniendo fin a la fase común.

- 1) Formación de la sección de calificación.
- 2) Las alegaciones y el informe de los acreedores.
- 3) La importancia del informe del administrador concursal.
- 4) Emplazamiento de las personas afectadas por la calificación. El Archivo de las actuaciones. Oposición a la calificación culpable del concurso.
- 5) La participación del coadyuvante.

B. Iniciación y tramitación de la sección de calificación por incumplimiento del convenio. Especialidades de la formación de la sección de calificación en caso de incumplimiento del convenio.

VII- LA SENTENCIA DE LA CALIFICACION CONCURSAL. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE CALIFICACION EN CASO DE CONSIDERAR EL CONCURSO COMO CULPABLE.

- A. La sentencia de calificación.
- B. Ámbito subjetivo de la sentencia de calificación concursal culpable. Sujetos afectados por la sentencia de calificación concursal culpable.
- C. Efectos personales de la calificación del concurso culpable
- D. Efectos patrimoniales de la calificación del concurso culpable.
- E. La condena a la cobertura del déficit.

VIII- LA CALIFICACION ABREVIADA EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE MICROEMPRESAS.

IX- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO: EL CONCEPTO DE INSOLVENCIA Y EL DELITO DE INSOLVENCIA PUNIBLE.

- A. El concepto de insolvencia en el ámbito penal.
- B. El delito de alzamiento de bienes.
 - 1) Normativa reguladora del delito de insolvencia punible.
 - 2) Insolvencia exigida para que concurra el delito de alzamiento de bienes.
 - 3) Conductas/actos/acciones tipificadas por el Código penal que suponen la incurrancia en un delito de insolvencia punible.

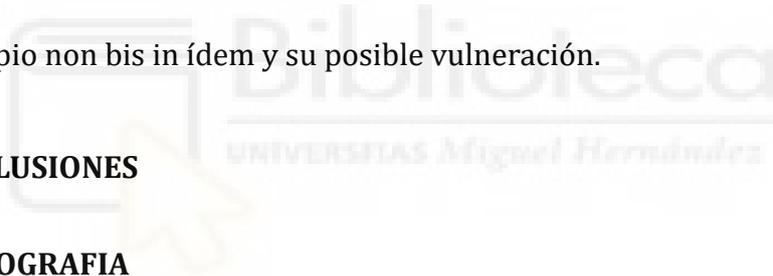
- C. El delito de insolvencia punible.
- 1) Normativa reguladora del delito de insolvencia punible.
 - 2) Insolvencia exigida para que concurra el delito de insolvencia punible.
 - 3) Conductas/actos/acciones tipificadas por el Código penal que suponen la incurrancia en un delito de insolvencia punible.

X- ELEMENTOS DIFERENCIALES ENTRE EL CONCURSO CULPABLE Y EL MAL DENOMINADO CONCURSO PUNIBLE.

- A. La insolvencia como presupuesto objetivo. diferencias entre el ámbito mercantil y el ámbito penal.
- B. Las conductas realizadas por el deudor como presupuesto subjetivo. Criterios delimitadores entre ambos ordenamientos jurídicos.
- C. Dependencia o independencia entre el orden jurisdiccional concursal y el ordenamiento jurisdiccional penal ¿Existe vinculación entre ambos ordenamientos jurídicos?
- D. Principio non bis in ídem y su posible vulneración.

XI- CONCLUSIONES

XII- BIBLIOGRAFIA



I- RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEYWORDS

RESUMEN

A través de este Trabajo de Fin de Grado, se pretende dar una correcta perspectiva respecto de la Sección de calificación del concurso de acreedores, poniendo especial énfasis en la calificación culpable del concurso, para proceder a su contraposición con las figuras delictivas de alzamiento de bienes e insolvencia punible, siendo necesario para ello el análisis previo de las mismas.

ABSTRACT

The aim of this Final Project Grade is to offer a correct perspective on the Section of qualification bankruptcy, placing special emphasis on the criminal bankruptcy. The intention is to proceed to contrast it with the criminal offences of concealment of assets and punishable insolvency, with prior analysis of these being necessary.

PALABRAS CLAVE

Sección de Calificación, calificación culpable, concurso punible, insolvencia punible, alzamiento de bienes, contraposición, ámbito concursal, ordenamiento jurídico penal.

KEYWORDS

Qualification bankruptcy, guilty bankruptcy, punishable insolvency, punishable insolvency, criminal insolvency, counteraction, bankruptcy, criminal law.

II- ABREVIATURAS

Art./ art./ arts.	Artículos.
Cap.	Capítulo.
Cco	Código de Comercio.
CE	Constitución Española de 1978.
Civ	Código Civil.
CP	Código Penal.
FJ	Fundamento jurídico.
JM	Juzgado de lo Mercantil.
LAJ	Letrado de la Administración de justicia.
LC	Ley Concursal.
LO	Ley Orgánica.
MF	Ministerio Fiscal.
Núm. /N.º.	Número.
Pág./Pp./ pp.	Página.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TRLC	Texto Refundido de la Ley Concursal.
UE	Unión Europea.

III- INTRODUCCION

El deudor insolvente puede cometer una serie de conductas y acciones frente a sus acreedores que pueden tener cabida en dos ámbitos jurisdiccionales. Mi objetivo en el presente trabajo es discernir dos figuras que pueden llevar a confusión pues, aun compartiendo nombre y ciertas situaciones o supuestos de hecho, ambas pertenecen a dos procesos jurisdiccionales totalmente distintos. Dichas figuras a las que hago referencia son: “la calificación concursal en el concurso de acreedores”, perteneciente a la jurisdicción mercantil y “el concurso punible”, que corresponde al ámbito de la jurisdicción penal.

Para la correcta comprensión de la calificación concursal, comenzaré con la evolución de la misma: cómo se actuaba antes de la legislación concursal, cual ha sido el papel de la calificación del concurso desde la primera ley concursal, pasando por las reformas principales hasta la actualidad.

Proseguiré con calificación del concurso y sus clases, donde me focalizaré especialmente en la calificación culpable del concurso de acreedores, pues de ella se derivan una serie de comportamientos y consecuencias que pueden confundirse con las contempladas en el concurso punible de la jurisdicción penal. Si bien, me anticipo y pongo de manifiesto que, aun pudiéndose percibir cierto paralelismo entre ellas, el propio artículo 462 del Texto Refundido de la Ley concursal expresa que: “la calificación (del concurso de acreedores) no vincula a los jueces del orden penal que deban conocer de eventuales actuaciones del concursado que pudieran ser constitutivas de delito”.

En atención a la tramitación de la sección de calificación, me centraré en cómo se inicia y desarrolla el procedimiento de la misma, según proceda, ya que se contemplan dos formas de inicio y tramitación de la sección de calificación. Puesto que el concurso de acreedores se trata de un procedimiento judicial, corresponde una sentencia de la que se derivan una serie de consecuencias que recaerán sobre el deudor concursado, especialmente si el concurso es calificado como culpable. Una de las principales novedades destacables de la Ley 16/2022 del TRLC, ha sido introducir un procedimiento especial para la situación de insolvencia de las microempresas, que contiene su propio procedimiento de calificación (denominada como calificación abreviada) y que presenta importantes diferencias con el inicio y trámite contemplado para la calificación concursal propiamente dicha.

En lo que respecta al concurso punible, es necesario definir el concepto de insolvencia en el ámbito penal. Y, como delitos que pueden confundirse con las conductas o comportamientos del deudor concursado, procederé a explicar el delito de alzamiento de bienes, así como los delitos de insolvencia punible, ambos regulados dentro de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico del Código Penal.

A modo de broche, como tema principal de esta investigación, explicaré cuales son los principales elementos diferenciadores entre la calificación concursal culpable y, desde mi punto de vista, el mal denominado concurso punible. De la contraposición de ambas figuras, cabe destacar:

- a) El presupuesto objetivo de ambas figuras, ya que el elemento principal es la insolvencia del deudor.
- b) El presupuesto subjetivo de ambas figuras. Aun siendo explicado en sus respectivos apartados (tanto en la calificación concursal y sus clases, así como en el delito de alzamiento de bienes y delitos de insolvencia punible), el deudor realiza una serie de conductas que son perseguidas civil y penalmente, cuya finalidad es evitar que el deudor se deshaga de su patrimonio para perjudicar a sus acreedores.
- c) Si es vinculante una calificación respecto de la otra. Es decir, si es precedente (o no) la calificación concursal culpable de la jurisdicción mercantil para acudir a la vía penal.
- d) Si se produce una vulneración sobre el principio ne bis in ídem que rige en nuestro ordenamiento jurídico.

IV- EVOLUCION DE LA CALIFICACION CONCURSAL

A. La calificación concursal antes de la legislación concursal

Para poder ponernos en contexto y antes de introducirnos en materia, cabe decir que siempre ha existido la figura jurídica de la insolvencia (más bien, la situación de insolvencia) en nuestro ordenamiento jurídico. Antes de la primera normativa concursal propiamente dicha (Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio), había una gran dispersión normativa, donde se distinguían una multiplicidad de procedimientos concursales, produciéndose una dicotomía según se fuese o no empresario¹.

En atención al tema que me ocupa, la calificación concursal siempre ha tenido como objetivo valorar la conducta del deudor concursado.

El Cco de 1885 (vigente actualmente) contempla tres clases de quiebra: fortuita, culpable y fraudulenta (arts. 887, 888 y 889 Cco). Mientras que la quiebra fortuita se entiende como en la que el comerciante se ve implicado en una serie de infortunios casuales y que a pesar de haber realizado todo lo posible para evitarlos ("dentro del orden regular y prudente de una buena administración"²), ve reducido su capital de forma extrema y no puede satisfacer en todo o parte sus deudas. Para las clases de quiebra culpable y fraudulenta se sigue un sistema de presunciones iuris et de iure e iuris tantum para su calificación.

Es necesario destacar que la calificación civil de la quiebra era **conditio sine qua non**³ para la apertura de un procedimiento criminal. Aunque el juez del orden jurisdiccional civil impusiera las sanciones civiles correspondientes, únicamente el juez de lo penal era competente para interponer una sanción de carácter penal. Es decir, el delito de quiebra únicamente podría perseguirse cuando el juez del orden jurisdiccional civil había calificado la quiebra como culpable o fraudulenta, además de declarar que concurrían

¹ Prof. Dr. José Carlos Espigares Huete. Profesor Titular de Universidad Miguel Hernández. Apuntes de Derecho Concursal.

² Art. 887 Cco de 1885.

³ Conditio sine qua non: Condición necesaria. Locución latina que significa literalmente 'sin la cual no'. Se emplea con el sentido de '[condición] que resulta indispensable para algo'. RAE. "Diccionario prehispánico". 2ª ED.

motivos suficientes para proceder ante la jurisdicción penal (condición de procedibilidad)⁴.

Por lo tanto, las consecuencias de la calificación eran las siguientes:

- a) Si la quiebra era calificada como fortuita, no se depuraba responsabilidad penal al concursado y, únicamente, se exigían responsabilidades civiles sobre el patrimonio del deudor, sin que fuese posible que el tribunal penal le impusiera una sanción penal.
- b) Si la quiebra era calificada como culpable o fraudulenta, tenía trascendencia penal. Se establecía una relación entre ambos órdenes jurisdiccionales civil- penal.

Es importante remarcar que, **aún continuando vigente el Cco de 1885**, actualmente existe una normativa específica que regula el Derecho Concursal de forma exhaustiva⁵, **no resultando aplicable dicho Cco**, el cual tiene un alcance general y no aborda de forma específica las cuestiones relacionadas con la insolvencia concursal.

B. La calificación concursal en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio:

En atención a la literalidad de la exposición de motivos de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, en su apartado VIII, **se limitaba la apertura de la Sección de calificación a dos supuestos tasados**⁶:

- 1) *“Cuando habiéndose aprobado un convenio en el mismo se establezca una quita, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, no superior a un tercio del importe de sus créditos, o una espera superior a tres años”*. Es decir, cabía la apertura de la fase de calificación cuando el convenio propuesto entre deudor y sus acreedores fuese especialmente gravoso.
- 2) *“En todos los supuestos de apertura de la fase de calificación”*. En esos casos, el concurso se calificaría como fortuito o como culpable, donde la calificación culpable: *“se reservaba a los a aquellos casos en los que en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor, o de sus representantes legales,*

⁴ Carlos Romero Sanz de Madrid. La calificación en el concurso de acreedores. Presupuestos, tramitación y efectos. Ed. Bosch. 2022. Pp. 31.

⁵ Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

⁶ Art. 167.1, inciso 2º, LC de 2003.

*administradores o liquidadores*⁷. Por lo tanto, **no todo concurso sería objeto de calificación**. Además, sólo la calificación culpable tenía consecuencias personales y patrimoniales para el concursado y, en el caso de que el deudor se tratase de una persona jurídica, la responsabilidad mencionada recaería sobre sus administradores o liquidadores (importante novedad introducida en dicha ley).

Continuando con la Exposición de Motivos de LC de 2003, se procedió a una clara separación entre los efectos civiles y los efectos penales de la calificación culpable del concurso de acreedores, a excepción de la prejudicialidad penal: *“los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia”*⁸. Es decir, el objetivo era que no se vinculase la calificación civil en los jueces y tribunales del orden penal (sistema de independencia entre jurisdicciones⁹). Si el concurso era calificado como culpable, se preveían las siguientes consecuencias¹⁰:

- a) La inhabilitación
- b) La pérdida de cualquiera derecho como acreedor concursal o de la masa, devolución de bienes e indemnización de daños y perjuicios.
- c) La responsabilidad concursal, consistente en para el déficit patrimonial, que aparezca en la liquidación con los propios bienes del concursado o, en caso de persona jurídica, de sus administradores y liquidadores.

C. La calificación concursal en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

La LC de 2011, modificó el régimen de calificación concursal previsto por la LC de 2003, siendo lo más destacable: que pasó de formarse la sección de calificación en supuestos tasados, **a formar la sección de calificación siempre** (en la misma resolución judicial por la que se aprobaba el convenio o el plan de liquidación, o se ordenaba la liquidación

⁷ Art. 163.1 LC de 2003.

⁸ Exposición de motivos VIII, párrafo 6º, LC 2003.

⁹ María Angustias Díaz Gómez. Carlos Miguelez del Río. “La calificación del concurso tras la reforma introducida en la Ley Concursal por la Ley 38/ 2011”. Pecvnía, núm. 14. (enero-junio 2012), pp. 145-168.

¹⁰ Art. 172 LC de 2003.

conforme a la regulación supletoria), **excepto** que se aprobara un convenio en el que se estableciera: “*para todos los créditos o para los de una o varias clases o subclases, una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos o una espera inferior a tres años*”¹¹.

D. La calificación concursal en el Texto Refundido de la Ley Concursal 1/2020, de 5 de mayo, tras la ley de reforma del mismo en 2022.

Con el fin de poder comprender la sección de calificación del procedimiento concursal vigente, es preciso que realice un breve pero necesario inciso respecto de las novedades introducidas en el Derecho Concursal por la ley 16/2022, de 5 de septiembre, de la reforma del TRLC de 2020, a raíz de la transposición de la Directiva (UE) 2019/ 1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019¹²:

1) *Triplicidad instrumental*¹³:

Se produce un gran cambio que se justifica a través de un triple instrumental para poder buscar las oportunas soluciones al estado de insolvencia del deudor:

a) *Los Planes de Reestructuración*: se encuentran regulados en el Título III del Libro Segundo del TRLC. Se trata de los anteriores instrumentos preconcursales o “*acuerdos de refinanciación*” “*con unos efectos más amplios que sus antecesores*”¹⁴, los cuales han quedado derogados. Es una importante novedad en el TRLC vigente, pues los planes de reestructuración son procedimientos ágiles, con una participación reducida de la Administración de Justicia y que busca salvar al deudor en situación de insolvencia actual, inminente o en probabilidad de insolvencia, sin necesidad de acudir al procedimiento concursal, “*siempre que tengan perspectivas razonables de poder solventar dicha situación de insolvencia*”¹⁵. Anticipo que, en los planes de

¹¹ Art. 446.2 TRLC de 2011.

¹² Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio del 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

¹³ Prof. Dr. José Carlos Espigares Huete... Apuntes de Derecho Concursal. Cit.

¹⁴ Geli Fernández-Peñaflor, Eduardo; Arlabán Gabeiras, Blanca (2022). Los planes de reestructuración. *Actualidad Jurídica. Uría Menéndez*, 59, pp. 30-70.

¹⁵ Geli Fernández-Peñaflor, ... (2022). Los planes de reestructuración... cit. pp. 32.

reestructuración, no se contempla una Sección de calificación, quedando la misma reservada al procedimiento concursal y al procedimiento especial de microempresas.

b) El Procedimiento concursal: Antes de la reforma de 2022, en atención a la complejidad del concurso, dicho procedimiento era abreviado u ordinario. Actualmente, sólo hay un único procedimiento concursal, que es el procedimiento judicial del concurso, suprimiendo el de carácter abreviado. Su explicación reside en que el propio concurso: *“desde la apertura de la sección primera hasta el cierre de la sección quinta tiene una duración máxima de 12 meses, salvo que el juez del concurso determine un plazo más amplio por la complejidad del concurso, o por otras circunstancias justificadas”* (art. 508 bis TRLC).

De la exposición de Motivos del TRLC, se desprende que: *“el procedimiento concursal sea un mecanismo flexible y ágil, donde se pretende favorecer los procedimientos preconcursales (actuales planes de reestructuración) para facilitar la reestructuración de empresas viables, de aquellas que no lo son y proceder a su rápida liquidación”*.

El deudor insolvente puede acudir al procedimiento concursal siempre que se encuentre en situación de insolvencia inminente o actual. Por lo tanto, si se encuentra en situación de probabilidad de insolvencia, no podrá acudir a dicho procedimiento.

El procedimiento concursal se regula en el Libro Primero del TRLC, denominado “Del concurso de acreedores”, el cual se divide en seis secciones (art. 508 TRLC). El juez del concurso va a organizar el procedimiento a través de esas seis secciones. Podemos observar que estamos ante un procedimiento ingente. Cada sección se divide a su vez en piezas separadas, sean necesarias o convenientes:

- 1) Sección primera: relativa a la declaración del concurso, medidas cautelares, conclusión y, en su caso, reapertura del concurso.
- 2) Sección segunda: comprende lo relativo a la administración concursal.
- 3) Sección tercera: determinación de la masa activa; derechos y bienes del deudor.
- 4) Sección cuarta: determinación de la masa pasiva; comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos.
- 5) Sección quinta: abarca lo relativo al convenio, o en su caso, a la liquidación.
- 6) Sección sexta: la calificación del concurso y sus efectos.

No obstante, en atención a los concursos conexos: “se abrirán tantas secciones como concursos se hubieran declarado conjuntamente o se hubieran acumulado, salvo las secciones tercera y cuarta (determinación de la masa activa y pasiva) que serán comunes cuando el juez hubiera acordado la acumulación de masas”¹⁶.

c) *Procedimiento especial para microempresas*: dicho procedimiento supone otra de las principales novedades introducidas en la reforma del TRLC. En atención al procedimiento especial para microempresas, vigente desde el 1 de enero de 2023 y regulado en el Libro Tercero del TRLC, se puede estar en los tres estadios de insolvencia (inminente, actual o probabilidad de insolvencia). Es un procedimiento aplicable a deudores, sean personas naturales o jurídicas, que llevan a cabo una actividad empresarial y se encuentren en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual. Sin embargo, en atención a lo dispuesto por el art. 685.1 TRLC, únicamente podrán acudir al procedimiento especial para microempresas, aquellas empresas que:

a) *“Hayan empleado durante el año anterior a la solicitud de concurso especial para microempresas, a una media de menos de diez trabajadores”.*

b) *“Hayan tenido un volumen de negocio actual inferior a 700.000 € (setecientos mil euros) o un pasivo inferior a 350.000 € (trescientos cincuenta mil euros), según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de dicha solicitud”.*

Por lo tanto, quien tenga atribuida la condición de microempresa, no podrá acudir ni al procedimiento concursal ordinario (art. 1.2 TRLC), ni tampoco a los instrumentos preconcursales del Libro II (art. 583.4 TRLC). Es decir, tampoco podrán acudir a los planes de reestructuración.

Según el apartado V del preámbulo del TRLC, el procedimiento especial es único: *“las microempresas no tienen acceso al concurso ni a los acuerdos de reestructuración”.*

Dicho procedimiento concursal especial contempla una sección de calificación propia, donde no se extrapola lo establecido en el procedimiento concursal ordinario.

2) *Novedades introducidas por la ley 16/ 2022 TRLC, en atención a la calificación concursal:*

Los cambios más notorios respecto de la calificación concursal han sido los siguientes:

¹⁶ Art 508 TRLC 16/2022. TÍTULO XII De las normas procesales generales, del procedimiento abreviado, del incidente concursal y del sistema de recursos. CAPÍTULO I: *“De la tramitación del procedimiento”.*

- a)** La Sección de calificación: *“se formará en todos los concursos, concretamente, en el momento en que el juez pone fin a la fase común, sin perjuicio de los concursos sin masa y aquellos en que constate insuficiencia de la masa activa”* (art. 446.1 TRLC). Es decir, la pieza de calificación se tramitará en todo caso, suprimiéndose la excepción que contemplaba la redacción del hasta ahora vigente art. 446 TRLC, que permitía eludir la apertura de la sección si se aprobaba un convenio de los denominados no gravosos¹⁷.
- b)** Reapertura de la pieza de calificación ya tramitada (arts. 452 y ss. TRLC): en un mismo concurso es posible reabrir la pieza de calificación ya tramitada al finalizar la fase común. Ello sucede cuando se abre la liquidación por no haberse cumplido el convenio que hubiera sido aprobado. En el caso de que no hubiera recaído todavía solución en el primer expediente, la Ley ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación ya abierta. Se trata del Régimen especial de apertura de la sección de calificación en caso de incumplimiento del convenio.
- c)** Intervención notoria de los acreedores cualificados en la Sección de calificación: la reforma del TRLC confiere a los acreedores una representación más notable en la Sección de calificación. Ello se desprende de lo dispuesto por los arts. 447 y 449 TRLC: *“los acreedores o cualquier personado con representación en el concurso durante el plazo de la comunicación de créditos podrá remitir por correo electrónico a la administración concursal, lo que considere relevante para fundamentar la calificación del concurso como culpable...”* Y *“...si representan al menos un 5 % del pasivo, o son titulares de créditos por importe superior a un millón de euros, podrán presentar también un informe de calificación y perseguir, por sí mismos, la declaración de culpabilidad del concurso”*.
- d)** Admisión de la transacción en la pieza de calificación: se hace referencia a la posibilidad de la transacción de los efectos económicos de la calificación. No sólo la Administración Concursal, sino también los acreedores que hubieran presentado un informe con propuesta de calificación culpable. Dicha transacción está condicionada a la aprobación por el juez del concurso, previo traslado a los personados en la sección (art. 441 bis TRLC).
- e)** Posibilidad de apertura de la Sección de calificación sin declaración del concurso (arts. 463 y 464 TRLC): se trata del supuesto de intervención administrativa. Dicha

¹⁷ Gómez-Acebo & Pombo. “Análisis de las principales novedades de la reforma de la Ley Concursal que entrará en vigor el próximo 26 de septiembre de 2022 en el desarrollo del procedimiento concursal”. Septiembre de 2022. pp.3.

apertura es de carácter excepcional, ya que se forma la sección de calificación, cuando todavía no se ha declarado el concurso, en el caso de liquidación administrativa. Es decir, se trata de adoptar medidas administrativas que conlleven a la disolución y liquidación de una entidad. La autoridad supervisora que las haya acordado, comunicará la resolución de forma inmediata al juez que fuera competente para la declaración del concurso. El informe de calificación lo emite la autoridad administrativa supervisora que ha acordado la medida. El juez competente realiza la calificación utilizando los mismos criterios que la calificación concursal judicial.

f) Supresión del dictamen del Ministerio Fiscal: dicho dictamen desaparece de la Sección de calificación, siendo sustituido por el informe de calificación de los acreedores que alcancen un determinado porcentaje del pasivo (porcentaje del 5%). En todo caso, si en cualquiera de los informes de calificación se pone de manifiesto la posible existencia de un delito no perseguible a instancia de la persona perjudicada, el juez lo pondrá en conocimiento del Fiscal por si fuera posible el ejercicio de la acción penal (arts. 450 bis TRLC).

g) Importancia del órgano de la administración concursal (art 448 TRLC): si bien lo desarrollaré más en profundidad en el apartado de la tramitación de la Sección de calificación, quiero destacar que, una de las funciones principales de la Administración Concursal es elaborar el informe que aportará al juez, respecto de si el concurso debe ser calificado como fortuito o como culpable.

h) Modificación de la Regla de la no vinculación de los jueces de lo penal ni de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, del art. 462 TRLC: se extiende la regla de no vinculación de la calificación no sólo a los jueces de lo penal, sino también a los órganos de la jurisdicción contencioso- administrativa.

i) La calificación abreviada en el procedimiento especial de insolvencia de microempresas: Se trata de un régimen de calificación especial, únicamente aplicable al deudor insolvente que reúna los requisitos exigidos legalmente (y anteriormente expuestos) para poder acudir a dicho procedimiento. Es acertado comparar y desarrollar dicha calificación, una vez analizados los requisitos y la tramitación de la calificación en el procedimiento concursal.

V- LA CALIFICACION DEL CONCURSO Y SUS CLASES

A. Objetivo de la calificación concursal. Introducción.

La Sección Sexta regulada en el Título X del Libro Primero del TRLC (arts. 441 a 464 TRLC), atiende a la calificación del concurso y los efectos de la misma. Dicha Sección tiene por objeto analizar cuáles han sido las causas que han llevado al deudor en insolvencia actual o inminente a dicho estado de insolvencia y, por ende, cual ha sido su grado de participación o grado de causalidad (o de sus representantes legales, ya que el insolvente puede ser persona física o jurídica), en que se haya producido dicha situación de insolvencia¹⁸. Como ya anticipé en el apartado IV de esta investigación, en atención a la formación de Sección de calificación (la cual desarrollaré en el apartado VI), dicha pieza *“se formará en todos los concursos, en concreto, en el momento en que el juez conocedor del concurso pone fin a la fase común ...”* (art. 446.1 TRLC). Y también procede la apertura de la Sección de calificación por incumplimiento del convenio (art. 452 TRLC)¹⁹.

Tras la apertura de la fase de calificación se debe proceder a la valoración de la conducta del concursado respecto de su grado de responsabilidad/participación en la situación de insolvencia en la que se halla. Dispone el art. 441 TRLC que: *“el concurso se calificará como fortuito o como culpable”*.

B. El concurso fortuito.

El TRLC no realiza una definición concreta de lo que se considera como concurso fortuito. Más bien se centra en un concepto por exclusión, ya que únicamente se define cuando procede el concurso culpable. A modo de ejemplo, se observa en la SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 12 de noviembre de 2007, n.º Resolución 2337/2007, ROJ: 1078/2007, en su FJ TERCERO: *“... La LC no define qué entiende por concurso fortuito, puesto que limita a determinar cuando el concurso es culpable. Por tanto, procederá la calificación del concurso*

¹⁸ Manuel Broseta Pont. Fernando Martínez Sanz. Manual de Derecho Mercantil. Vol. II. Tecnos. Madrid, 2022. Pp. 688.

¹⁹ Art. 452 TRLC. Especialidades de la formación de la sección de calificación en caso de incumplimiento del convenio.

como fortuito cuando no sea culpable ...". Entiendo que procede concurso fortuito cuando la situación de insolvencia se produce por causas ajenas a la voluntad del concursado²⁰.

C. El concurso culpable.

1) Clausula general del concurso culpable. Requisitos para que la calificación sea resuelta como culpable.

Procede concurso 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"* (art. 442 TRLC).

La cláusula general de culpabilidad precisa que se den tres requisitos legales de carácter cumulativo para que el concurso sea calificado como culpable y que son los siguientes:

- a) El dolo o la culpa grave: se trata del elemento subjetivo del supuesto de hecho. La conducta se considera que es dolosa cuando hay intención de defraudar a la masa pasiva del concurso (a todos los acreedores del deudor), aunque el fin del deudor no sea obtener un beneficio (para sí o para sus allegados). La finalidad del deudor es perjudicar a sus acreedores, lo que supone una actitud negligente y que incumple con el deber de conservar su patrimonio de forma adecuada.
- b) El daño por la generación de la insolvencia: es el elemento objetivo del supuesto de hecho. El presupuesto objetivo del concurso es *"la situación de insolvencia actual o inminente del deudor insolvente"* (art. 2.3 TRLC).

Es importante que realice un inciso respecto del concepto de insolvencia en el concurso de acreedores. El TRLC entiende que el deudor se encuentra en estado de insolvencia actual "el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. Y el deudor se encuentra en situación de insolvencia inminente cuando éste prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones exigibles (art. 2.3 TRLC inciso primero y segundo). La insolvencia del deudor puede ser provisional (insolvencia financiera) o definitiva (insolvencia patrimonial), pero actual o inminente.

²⁰ Carlos Romero Sanz de Madrid. La calificación en el concurso de acreedores ... Cit. Pp. 47.

En lo que respecta a la insolvencia actual, se centra en una insolvencia material que se sustenta en la incapacidad de pago. Es decir, al margen de que la causa que le impida regularmente sus obligaciones exigibles sea de carácter patrimonial o financiera. En atención al término “regularidad”, no hace referencia al momento de cumplimiento de las obligaciones, sino si los medios empleados para cumplir con las deudas son los idóneos. Son idóneos todos aquellos medios que se emplean normalmente en el tráfico mercantil, como el dinero. Se entiende por cumplimiento irregular que se utilicen medios distintos a los que habitualmente se utilizan en el tráfico mercantil como sustitutivos del dinero, como la enajenación de los bienes propios de la actividad empresarial, pagos *in natura* (en especie) o cesión de bienes a los acreedores²¹. Por otra parte, las obligaciones son exigibles desde el momento en que sean reclamadas por vía judicial. Aunque habrá que atender al tipo de deuda en concreto y a la circunstancias a las que la misma esté sometida.

En atención a la insolvencia inminente, el deudor prevé que no va a poder cumplir con sus obligaciones exigibles de forma puntual y regular, dentro de los tres meses siguientes. Cabe decir que, únicamente puede proceder el concurso voluntario si el deudor se encuentra en situación de insolvencia inminente. Entiendo que esto es así, porque es el deudor quien verdaderamente sabe su capacidad de respuesta ante las deudas, y los acreedores no saben si dicho deudor ha solicitado ampliaciones de capital, ha solicitado créditos con entidades bancarias u otros acreedores, etc.

c) La relación de causalidad entre la conducta que se imputa al deudor o a sus representantes legales ... y la generación o agravamiento del estado de insolvencia. Las personas citadas en el art. 442 TRLC deberán haber dado origen (más bien, provocado) al agravamiento de la insolvencia con su mal proceder.

Sin embargo, aplicar dicha cláusula general a cada caso concreto puede ser complicado. Por ello, el TRLC enumera una serie de presunciones legales del concurso culpable, las cuales si concurren, supondrá calificar dicho concurso (aunque suene un tanto

²¹ Elena Gutiérrez Pérez. Alzamiento de bienes e insolvencias punibles. Bases para una teoría general. Tesis doctoral. Universidad de Alicante. Alicante, 2017-2019. Pp. 303.

redundante) como culpable. En todo caso, *“la cláusula general amplia la discrecionalidad del juez para incluir conductas no contempladas en la enumeración de las presunciones”*²².

2) Las presunciones legales del concurso culpable.

Dichas presunciones tienen como finalidad facilitar al juez concursal el análisis de la conducta del deudor insolvente. Si únicamente existiese la cláusula general de culpabilidad, el juez del concurso tendría que analizar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos legales (dolo, culpa grave y nexo causal). En todo caso, quien alegue dichas presunciones, ya sea el administrador concursal o los acreedores del deudor concursado, tendrán que probar el hecho presunto de que se da dicha circunstancia que daría lugar a la calificación culpable del concurso.

Se distinguen dos tipos de presunciones legales para la calificación del concurso culpable: presunciones iuris et de iure y presunciones iuris tantum.

a) Presunciones iuris et de iure de concurso culpable/ Presunciones absolutas de culpabilidad:

Aunque se dé alguno de los supuesto de hecho de las circunstancias recogidas por el art. 443 TRLC, no quiere decir que el concurso vaya a calificarse de culpable de forma necesaria. Me explico, las presunciones absolutas de culpabilidad **no admiten prueba en contrario**, donde lo único que puede probar el deudor concursado o aquellas personas afectadas por la calificación, es su inimputabilidad o su no participación en el supuesto de hecho presunto pero no la existencia del hecho base. Por lo tanto, *“lo que no admite prueba en contra es el hecho presunto”*²³.

Se contemplan seis supuestos de presunciones absolutas, donde *“el concurso se calificará como culpable...”*²⁴:

1) *“Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación”*. El alzamiento de bienes referido no exige que una sentencia penal haya

²² Carlos Romero Sanz de Madrid. La calificación en el concurso de acreedores...Cit. Pp. 64 y ss.

²³ María Angustias Díaz Gómez... “La Calificación del concurso tras la ...”. Cit. pp. 149.

²⁴ Art. 443 TRLC. *Supuestos especiales*

declarado dicho alzamiento, porque el concepto de alzamiento en el concurso culpable no es igual que el calificado como tal en el CP. En el ámbito civil del concurso de acreedores, se está ante un alzamiento de bienes cuando *“se ha efectuado una ocultación o una enajenación de los bienes del patrimonio del deudor concursado, donde dichos bienes están sujetos a responder de las deudas contraídas por aquél”*²⁵.

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

La diferencia con el supuesto anterior es la temporalidad del acto, que aquí es durante los dos años inmediatamente anteriores a la declaración del concurso. Se trata de la salida fraudulenta de los bienes y derechos del patrimonio del deudor durante los dos años anteriores a la declaración del concurso.

3) *“Cuando antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia”*. El concursado pretende fingir una situación patrimonial que no es real. A modo de ejemplo, disminuir el valor de su patrimonio vendiendo una maquinaria por debajo del precio de mercado. O aparenta tener una situación de solvencia que no es cierta.

4) *“Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos”*. Deben suponer inexactitudes graves o notorias que provoquen una divergencia de tal magnitud entre el contenido de los documentos y la realidad contable y patrimonial del concursado. Se pretende que no se distorsione la realidad de la situación económico patrimonial y financiera desde el principio o durante la tramitación del concurso.

5) *“Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera”*. Se trata de uno de los supuestos más declarados a la hora de calificar el concurso como culpable. Cabe recordar que, es de obligado cumplimiento que todo empresario (sea persona física o jurídica) proceda a la llevanza de una contabilidad, así como la legalización de los libros contables con su presentación en

²⁵ Carlos Romero Sanz de Madrid. La calificación en el concurso de acreedores... Cit. Pp. 140.

el Registro Mercantil. Se consideran como libros contables obligatorios el Libro de Inventario y Cuentas anuales, así como el Libro Diario (art. 25 Cco). Hay incumplimiento sustancial y una irregularidad relevante cuando son de tal magnitud que impiden conocer la verdadera situación patrimonial o financiera de la empresa²⁶, en atención a su estado de insolvencia²⁷.

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

Esta presunción de culpabilidad absoluta se relaciona con lo dispuesto en el art. 445 bis del TRLC (incumplimiento culpable del convenio). El incumplimiento del convenio es culpable cuando ha mediado dolo o culpa grave del deudor. A su vez, se contemplan una serie de presunciones absolutas (salida fraudulenta de bienes durante el periodo de cumplimiento del convenio, simulación de una situación patrimonial ficticia) y relativas (falta de reclamación de las obligaciones exigibles, incumplimiento del deber de solicitar la liquidación²⁸, falta de formulación, auditoria y depósito de las cuentas anuales) de culpabilidad del incumplimiento, que completan y concretan la cláusula general regulada en el art. 445 bis TRLC²⁹.

b) Presunciones iuris tantum del concurso culpable/ Presunciones relativas de culpabilidad.

Reguladas en el art. 444 TRLC, estas presunciones **si admiten prueba en contrario**. Es decir, el concursado podrá demostrar (probar) además de su inimputabilidad o falta de participación en las conductas tasadas contempladas por dichas presunciones, la ausencia del hecho presunto. El hecho base de estas presunciones deben poder imputarse al deudor y, si así ocurre y no se prueba lo contrario, el concurso se calificará

²⁶ Carlos Romero Sanz de Madrid. La calificación en el concurso de acreedores... Cit. Pp. 77.

²⁷ María Angustias Díaz Gómez. Carlos Miguélez del Río. “La Calificación del concurso tras la reforma ...”. ...Cit. Pp. 150

²⁸ Art. 407 TRLC: *Deber de solicitar la liquidación: “Durante la vigencia del convenio, el concursado deberá pedir la liquidación desde que conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos en este y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel”.*

²⁹ Manuel Broseta Pont. Fernando Martínez Sanz. Manual de Derecho Mercantil... Cit. Pp. 692.

como culpable, salvo si concurre caso fortuito o fuerza mayor³⁰. *“El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores”*³¹:

1) *“Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso”*. Existe un deber preceptivo por parte del deudor concursado de solicitar el concurso. Entiendo que, el precepto, hace referencia a la solicitud de carácter voluntario del concurso. El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario.

Si el deudor concursado no cumple con la obligación de solicitud del concurso estando en situación de insolvencia actual o inminente, el concurso se presume culpable, salvo prueba en contra (art. 5 TRLC). Sin embargo, esta obligación puede quedar suspendida temporalmente en caso de que del deudor estuviera negociando con sus acreedores para alcanzar un plan de reestructuración, manifestándolo ante el juez que debiera conocer del concurso y, siempre y cuando, no hubiera sido admitida a trámite la solicitud de concurso necesario³².

2) *“Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso, o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio”*. En atención a los deberes generales y específicos de colaboración, comparecencia e información con los órganos del concurso (arts. 134 y 135 TRLC) el deudor concursado, ya sea persona física o jurídica, debe poner a disposición del administrador concursal los libros obligatorios, documentos y registros relativos al patrimonio de su actividad empresarial. Además, dicho concursado, así como aquellos sujetos mencionados en la ley que hayan ocupado dichos cargos durante el lapso de dos años anteriores a la declaración del concurso, deben comparecer ante el juzgado todas las veces que sean requeridos y colaborar e informar de todo lo necesario y conveniente en interés del concurso.

³⁰ Carlos Romero Sanz de Madrid. La calificación en el concurso de acreedores... Cit. Pp. 72 y 174.

³¹ Art. 444 TRLC. Presunciones de culpabilidad.

³² Arts. 583, 611 y 612 TRLC.

3) “Si, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso, el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro mercantil o en el registro correspondiente”. El deber de formulación de las cuentas anuales en caso de intervención se regula en los arts. 115 y ss. del TRLC: en caso de intervención, el concursado o los administradores de la persona jurídica concursada, tienen la obligación legal de formular y someter a auditoria las cuentas anuales, bajo supervisión del administrador concursal. en caso de suspensión de las facultades de administración y patrimonio del deudor concursado, deberá elaborar y solicitar auditoria el propio administrador. El administrador concursal puede revocar el nombramiento del auditor y solicitar a otro para la verificación de las cuentas anuales. El objetivo del deber de depositar las cuentas anuales en los Registros mencionados es que, terceros de buena fe, así como los socios de una sociedad, sean conocedores de la situación de insolvencia del deudor concursado, mediante la publicación de las mismas.



VI- TRAMITACION DE LA SECCION DE CALIFICACION

Caben dos formas de iniciar y tramitar la Sección de calificación: la que se formará en todos los concursos tras poner el juez del concurso fin a la fase común y aquella que procederá en caso de incumplimiento del convenio.

A. **Iniciación y tramitación de la sección de calificación de oficio por el juez del concurso poniendo fin a la fase común.**

Para una mejor comprensión de la tramitación de la sección de calificación, la estructuraré de la siguiente forma:

1) Formación de la sección de calificación.

Con carácter general, la sección de calificación: *“se formará en todos los concursos, concretamente, en el momento en que el juez pone fin a la fase común, sin perjuicio de los concursos sin masa y aquellos en que constate insuficiencia de la masa activa”*.

La formación de la Sección sexta se ordena por el juez conocedor del concurso en la misma resolución judicial por la que se ponga fin a la fase común (art 446.1 TRLC). En todo caso, hasta la fecha en que se dicte el auto de conclusión del concurso, los acreedores o cualquier otro legitimado podrán solicitar la continuación del concurso siempre que justifiquen indicios suficiente para considerar que pueden ejercitarse determinadas acciones de reintegración o aporten por escrito hechos relevantes que pudieran arrojar a la calificación culpable del concurso (art. 476 TRLC). Por lo tanto, **la formación de la calificación del concurso es de carácter necesario.**

La finalización de la fase común se dicta por el LAJ dentro de los 15 días siguientes al de la presentación del informe de la administración concursal (art 296 bis TRLC).

La Sección sexta, se encabezará mediante copia auténtica del auto por el que proceda su formulación y se incorporará a la misma una copia autentica de la solicitud de declaración del concurso, de la documentación aportada por el deudor, del auto de declaración del concurso y del informe de la administración concursal con los documentos anejos (art. 446.2 TRLC).

2) Las alegaciones y el informe de calificación de los acreedores cualificados.

Durante el plazo de la comunicación de los créditos, cabe la posibilidad de que los acreedores o cualquier otro personado en el concurso presente al administrador concursal (a través de correo electrónico remitido al administrador concursal), realicen las alegaciones que consideren necesarias y relevantes para fundamentar la calificación como culpable, adjuntando los documentos que consideren oportunos para fundamentar dicha calificación (art. 447 TRLC).

Con la reforma del TRLC en 2022, se ha procedido a la eliminación dictamen del Ministerio Fiscal (el cual era preceptivo) y ha sustituido por el informe de calificación de los acreedores cualificados. Dicha razón reside en que, *“las pretensiones de calificación ya no están reservadas legalmente a la administración concursal y al MF”*. Aquellos acreedores que hubieran formulado alegaciones para la calificación del concurso como culpable y siempre que representen, al menos, el 5% del pasivo o sean titulares de créditos por importe superior a un millón de euros según la lista provisional presentada por el administrador concursal, dentro del plazo de los 10 días siguientes al de la remisión del informe de dicho administrador, podrán presentar un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso como culpable (art. 449 TRLC). En todo caso, si en cualquiera de los informes de calificación se pone de manifiesto la posible existencia de un delito no perseguible a instancia de la persona perjudicada, el juez lo pondrá en conocimiento del Fiscal por si fuera posible el ejercicio de la acción penal (arts. 450 bis TRLC).

3) La importancia del informe del administrador concursal (art. 448 TRLC).

Dentro del plazo de 15 días desde la presentación del inventario y de la lista de acreedores provisionales, el administrador concursal presentará un informe razonado y documentado respecto de los hechos más importantes para la calificación con propuesta de resolución. El plazo coincide con el previsto para la formación de la sección de calificación, pues la apertura debe ordenarse junto con la resolución que pone fin a la fase común del concurso (art. 446 TRLC).

Si el administrador concursal propone la calificación culpable del concurso, el informe (estructurado como si se tratase de una demanda) expresará la identidad de las personas a las que deberá afectar la calificación y aquellas consideradas como cómplices, justificando la causa y determinando los daños y perjuicios (si proceden) provocados

por dichas personas. El mismo día de la presentación del informe, lo remitirá a través de correo electrónico de aquellas personas que hubiesen formulado alegaciones sobre la calificación.

El informe de calificación debe presentarse en el plazo fijado legalmente, pues no cabe posibilidad de prórroga. Sin embargo, si tras presentar el informe de calificación, el administrador concursal conoce de algún hecho importante para la calificación, podrá presentar una ampliación del informe.

4) Emplazamiento de las personas afectadas por la calificación. El Archivo de las actuaciones. Oposición a la calificación culpable del concurso.

Si en alguno de los informes emitidos se hubiese solicitado la calificación del concurso como culpable³³, se dará audiencia al deudor en el plazo de 10 días y se emplazará a quienes pudieran resultar afectados por la clasificación o ser cómplices³⁴, para que comparezcan ante el juez del concurso en el plazo de 5 días.

Una vez personados en la vista, se les dará cuenta de las actuaciones para que aleguen lo que consideren oportuno y que se recogerá en los correspondientes escritos de oposición, que revestirán la forma prevista para la contestación a la demanda. Si no comparecen en el plazo fijado, aunque lo hagan a posteriori, no cabe retrotraer las actuaciones, y el LAJ declarará a dichas personas en rebeldía, donde las actuaciones seguirán su curso a través de incidente concursal. Pero si el informe del administrador concursal propone la calificación como fortuito y los acreedores (pese haber realizado las alegaciones oportunas) no hubiesen presentado informe de calificación, el juez archivará las actuaciones mediante auto, contra el que no cabe recurso (art. 450 TRLC). Tanto el deudor concursado, como las personas resulten afectadas por la calificación culpable del concurso, podrán oponerse a la misma (art. 451 TRLC³⁵)

³³ Manuel Broseta Pont. Fernando Martínez Sanz. Manual de Derecho Mercantil... Cit. Pp. 695: *“recuérdese que sólo el administrador concursal puede proponer la calificación del concurso como fortuito”*.

³⁴ Art. 445 TRLC: *“Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus directores generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”*.

³⁵ Art. 451.1 TRLC: *1.” Si el concursado o alguno de los comparecidos formulase oposición deberá hacerlo en la forma prevista para un escrito de contestación a la demanda. Para los*

5) La participación del coadyuvante³⁶:

La intervención de los acreedores legitimados no queda limitada a que puedan presentar el informe de calificación. El art. 450 ter TRLC dispone que cualquier acreedor (sin ser necesario que cumpla con el requisito de cuantía de los créditos) o persona que acredite un interés legítimo, podría personarse en la sección de calificación y apoyar la calificación culpable del concurso.

B. Iniciación y tramitación de la sección de calificación por incumplimiento del convenio. Especialidades de la formación de la sección de calificación en caso de incumplimiento del convenio.

En el caso de que la Pieza de calificación se inicie tras la resolución del incumplimiento del convenio, el juez procederá de la siguiente forma (art 452.1 TRLC. Presupuestos primero y segundo):

- 1) *“Si en la sección sexta se hubiera dictado sentencia de calificación o auto de archivo de la sección, ordenará la reapertura de esa sección, con incorporación a ella de la propia resolución que ordene esa reapertura”.*
- 2) *“Si continuara en tramitación, ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación que se hallare abierta, para su tramitación de forma autónoma y conforme a las normas establecidas en ese título que le sean de aplicación”.*

Es claro que, es indiferente si ha recaído sentencia de calificación o si la misma está pendiente, porque lo que se pretende es depurar la responsabilidad por aquellas conductas que han llevado a incumplir el convenio acordado entre deudor y acreedores de éste. El enjuiciamiento respecto del convenio incumplido va a recaer sobre las causas que han propiciado ese incumplimiento y no sobre el resto de las causas de calificación, que ya habrían sido sentenciadas o todavía estarán pendientes³⁷. Si se produce la reapertura de la sección sexta, el informe o informes de calificación *“se limitarán a determinar si ha concurrido dolo o culpa grave en el cumplimiento del convenio, con*

trámites posteriores el procedimiento se sustanciará según lo previsto para el incidente concursal. De ser varias las oposiciones, se sustanciarán juntas en el mismo incidente”.

³⁶ Sansa, Raimon; García Martín, David Tagliavini. Novedades en materia de calificación concursal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm.59, 2022. Pp. 209

³⁷ Carlos Romero Sanz de Madrid. La calificación en el concurso de acreedores... Cit. Pp. 265.

propuesta de resolución” (art 454 TRLC). Ante esta situación de incumplimiento de convenio, si el informe (o informes) de calificación solicitasen la calificación del concurso como culpable, los acreedores y demás legitimados se personarán en la sección sexta o en la pieza separada, antes de la celebración de la vista, para defender dicha calificación (art. 453 TRLC).

Por último, en atención al plazo de presentación del informe o informes de clasificación, deberá iniciarse al día siguiente de la notificación de la apertura de la liquidación al administrador concursal y a los acreedores personados en el concurso (art. 452.2 TRLC).



VII- LA SENTENCIA DE LA CALIFICACION CONCURSAL. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE CALIFICACION EN CASO DE CONSIDERAR EL CONCURSO COMO CULPABLE

A. La sentencia de calificación.

La calificación del concurso de acreedores se acuerda mediante sentencia, la cual declarará el concurso como fortuito o como culpable. En el caso de que el concurso se califique como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación. Además, la sentencia de calificación del concurso culpable deberá contener una serie de pronunciamientos que justifiquen la decisión adoptada por el juez y que recaerán sobre los sujetos afectados por la calificación y sus cómplices (art 455 TRLC).

Cabe recordar que, *“los efectos producidos por la calificación culpable del concurso únicamente tienen efectos o consecuencias jurídicas en el ámbito civil, sin que trascienda al ámbito penal, ni constituya prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos”* (exposición de motivos LC 2003).

B. Ámbito subjetivo de la sentencia de calificación concursal culpable. Sujetos afectados por la sentencia de calificación concursal culpable.

El primer presupuesto jurídico (o pronunciamiento) que debe contener la sentencia de calificación del concurso es la determinación de las personas que van a resultar afectadas por la misma.

La sentencia de calificación tiene por objeto reprochar aquellas conductas que han producido ilícitos civiles. Es decir, conductas dolosas o con culpa grave que han producido la agravación de la insolvencia, o las que hayan recaído en alguno de los supuestos de hecho de las presunciones legales absolutas o relativas de culpabilidad. En el caso de que se hayan realizado dichas conductas, se producen una serie de consecuencias personales y patrimoniales que van a recaer sobre el concursado y, en el caso de las personas jurídicas, sus administradores, liquidadores, de hecho o de derecho o de hecho, directores generales y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, hubieran tenido cualquiera de esas condiciones, así como los cómplices.

En todo caso, la sentencia de calificación deberá especificar de forma motivada si alguna de las personas afectadas fuera administrador o liquidador de hecho (art. 455.1. 2º TRLC).

C. Efectos personales de la calificación del concurso culpable.

La sentencia de calificación del concurso culpable contendrá como segundo pronunciamiento la inhabilitación temporal de dos a quince años, de las personas naturales afectadas por dicha calificación, para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona (física o jurídica), atendiendo a la gravedad de los hechos, a la entidad del perjuicio causado a la masa activa y a la existencia de otras sentencias de calificación que hubieran declarado la inhabilitación de la misma persona.

La inhabilitación debe notificarse al Registro de la Propiedad y al Registro Mercantil para su constancia en la hoja de la concursada y en las demás del registro en que aparezca la persona inhabilitada, además de contar en índice único informatizado del art. 242 bis de la ley Hipotecaria³⁸.

En el caso de que la calificación culpable del concurso proceda por incumplimiento de convenio, de forma excepcional y porque así lo ha solicitado el administrador concursal en el informe de calificación, la sentencia podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada durante el tiempo de cumplimiento del convenio o por tiempo inferior. (art. 455.2. 2º TRLC)

El TRLC en su art. 458, hace referencia a los efectos la calificación en los concursos conexos, en atención a la inhabilitación temporal: *"la inhabilitación en dos o más concursos conlleva que el periodo correspondiente sea la suma correspondiente del que se fije en cada uno de ellos"*.

Como señalan diversos autores³⁹, la inhabilitación es un pronunciamiento de carácter necesario, donde el juez debe imponerla de oficio aunque no haya sido solicitada por el administrador concursal.

D. Efectos patrimoniales de la calificación del concurso culpable.

Son varias las consecuencias de carácter patrimonial que pueden recaer en el concursado culpable y sobre las que debe pronunciarse la sentencia de calificación:

³⁸ Art. 242.1 bis de la Ley hipotecaria: *"1. En el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles a que se refiere el número cuarto del artículo 2 serán objeto de asiento las resoluciones dictadas en los expedientes de declaración de ausencia y fallecimiento, las de concurso establecidas en la legislación concursal, ..."*

³⁹ Carlos Romero Sanz de Madrid. La calificación en el concurso de acreedores... Cit. Pp. 355. Manuel Broseta Pont. Fernando Martínez Sanz. Manual de Derecho Mercantil... Cit. Pp.696.

- 1) La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación pudieran tener como acreedores concursales o de la masa (art. 455.2. 3º TRLC).
- 2) La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa (art. 455.2. 4º TRLC). Deben considerarse afectados por dicha reintegración a la masa activa, tanto los bienes y derechos obtenidos de forma indebida antes y después de la declaración del concurso.
- 3) La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a indemnizar, con o sin solidaridad, a responder por los daños y perjuicios causados (art. 455.2. 5º TRLC). Dicha indemnización la fijará de forma expresa el administrador concursal y los acreedores afectados por el concurso, justificando los daños causados en el patrimonio del concursado⁴⁰.

E. La condena a la cobertura del déficit.

La condena a la cobertura del déficit es un presupuesto jurídico especial y de carácter acumulativo. Se aplica de forma independiente del resto de consecuencias personales y patrimoniales derivadas de la sentencia que califica el concurso como culpable.

Concorre la condena a la cobertura del déficit: *“Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia”*(art 456.1 TRLC). Sobre este precepto se debe puntualizar que, bajo la reforma del TRLC, la sección de calificación procede cuando se finaliza la fase común en todos los casos (independientemente de que proceda o no la fase de liquidación), o bien cuando se produce la captura de la clasificación o por reapertura de la liquidación por incumplimiento de convenio. Personalmente, considero que debería haberse modificado la redacción de dicho precepto y ser acorde a lo regulado por el art.

⁴⁰ Carlos Romero Sanz de Madrid. La calificación en el concurso de acreedores... Cit. Pp.370.

446.1 TRLC. Sin embargo, el art 456.4 TRLC si atiende a la reapertura de la sección de calificación por incumplimiento de convenio⁴¹. Dicho precepto dispone que si se produce la reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio y el concurso ya se hubiera acordado anteriormente como culpable, el juez fijará la condena del déficit atendiendo a los hechos probados declarados en la sentencia de calificación, como a los que hayan determinado la reapertura.

Se considera que se produce un déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario (aportado junto con el informe general del administrador concursal⁴²) “*sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores*” (art. 456.2 TRLC). Es decir, la condena a la cobertura del déficit es “*pagar el importe de los créditos que no se cubra con la liquidación*”⁴³. Por lo tanto, la condena a la cobertura del déficit queda sujeta a todo lo que se haya configurado anteriormente a la apertura de la sección de calificación, independientemente del resultado de la liquidación⁴⁴.

La condena a la cobertura del déficit se impondrá (en todo caso) a las personas afectadas por la sentencia de calificación (concurtido, administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales...), así como a quienes hubieran ostentado cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso⁴⁵. sobre los cómplices, no recae condena a la cobertura del déficit y sólo serán sancionados con la pérdida de derechos que pudiera tener como acreedor concursal o de la masa, a reintegrar en la masa activa aquellos bienes y derechos obtenidos de forma indebida del patrimonio del deudor concursado o recibido de la masa activa y a indemnizar por daños y perjuicios.

⁴¹ Art 452 TRLC.

⁴² ART. 293.1. 1º TRLC. *Documentos anejos al informe.*” 1. Al informe se acompañarán los documentos siguientes: 1.º El inventario de la masa activa, junto con la relación de los litigios en tramitación y la de las acciones de reintegración a ejercitar”.

⁴³ Carlos Romero Sanz de Madrid. La calificación en el concurso de acreedores... Cit. Pp.394.

⁴⁴ Manuel Broseta Pont... Manual de Derecho Mercantil... Cit. Pp. 698.

⁴⁵ Art 455.2. 1º TRLC.

VIII- LA CALIFICACION ABREVIADA EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE MICROEMPRESAS

Una de las novedades más importantes de la Ley 16/2022 del TRLC, ha sido introducir un procedimiento especial para la situación de insolvencia de las microempresas. Los requisitos para acceder a dicho procedimiento especial ya los expuse en el apartado IV, por lo que procedo a efectuar la contraposición entre la calificación abreviada del procedimiento especial para microempresas y la sección de calificación del concurso de acreedores⁴⁶:

- 1) *“La calificación únicamente es posible en caso de liquidación de la microempresa, pero no en caso del cumplimiento de un plan especial de continuación”.* A diferencia del concurso de acreedores donde procede la apertura de la Pieza sexta en todos los concursos tras el cierre de la fase común, así como en el supuesto especial de calificación por incumplimiento del convenio, en el procedimiento especial **sólo cabe procedimiento de calificación cuando se procede a la liquidación de la microempresa**, pero no en caso de convenio. El resto de las conductas antijurídicas realizadas por el deudor o por las personas afectadas por la calificación, deberán resolverse mediante la instancia más adecuada. Como no se está ante un procedimiento concursal propiamente dicho, entiendo que no procede la vía del incidente concursal.
- 2) No siempre va a proceder la apertura de una fase de calificación cuando se concluya la fase de liquidación en este procedimiento especial. Para que proceda la apertura de la sección de calificación: *“Es necesario, como regla general, que los acreedores que representen un 10% del pasivo total soliciten la apertura de la clasificación; o que lo hagan los socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad, o cualquier acreedor con independencia de su tamaño y naturaleza, cuando objetivamente se haya producido una ocultación o una falsificación de la información provista durante el procedimiento especial”*⁴⁷.

Se trata de un procedimiento de calificación abreviada, regulado en los arts. 716 a 718 TRLC. Abierta la liquidación, dentro de los 60 días naturales, **el administrador**

⁴⁶ Apartado V del Preámbulo del TRLC.

⁴⁷ Apartado V del preámbulo del TRLC.

concurzal, en el caso de que sea nombrado (otra diferencia más con el concurso ordinario de acreedores, ya que siempre se nombrará al administrador concursal en el procedimiento concursal), los acreedores que representen el 10% del pasivo y los socios personalmente responsables de las deudas podrán solicitar la apertura de calificación abreviada justificadamente. También podrá solicitar la apertura del procedimiento de calificación cualquier acreedor cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los formularios o en los documentos que los acompañen, o cuando hubiera acompañado o presentado documentos falsos (art. 716.1 TRLC).

La solicitud se realiza a través de formulario, que deberá incluir una memoria expresando los motivos de solicitar la calificación como culpable, además de aportar los documentos necesarios para probar dichos motivos.

El LAJ, en el plazo de 3 días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud, comprobará que la solicitud cumple con los requisitos legales y comunicará a las partes la apertura del procedimiento de calificación abreviada. Una vez iniciado el procedimiento, el administrador concursal debe presentar un informe razonado y documentado exponiendo los hechos más importantes para la calificación del procedimiento especial de liquidación, incluyendo su propuesta de resolución, en el plazo de 20 días hábiles desde la apertura del procedimiento, o desde su nombramiento expresamente realizado para ello. En igual plazo, los acreedores que representen un 10% del pasivo y los acreedores públicos, podrán presentar informe razonado y documentado sobre los hechos más importantes para la calificación de este procedimiento especial, con propuesta de resolución.

En función de la calificación efectuada dará lugar a dos situaciones:

- a) Si el informe de la administración concursal o de alguno de los acreedores califica el procedimiento como culpable: se identificará a las personas afectadas por la calificación (incluidos los cómplices) justificando la causa, la determinación de daños y perjuicios (si proceden). Se trasladará dicho informe a las personas afectadas por la calificación para que el plazo de 15 días hábiles, acepten o se opongan a la calificación culpable. Si se oponen, el Juez concederá una vista (en un plazo no superior a 5 días⁴⁸). Si no ha habido oposición, el juez dicta sentencia en el plazo de 3 días. Si ha dado lugar a

⁴⁸ Art. 717.5 TRLC: "...que excepcionalmente podrá ser una vista ordinaria cuando se considere necesario para la práctica de las pruebas propuestas"

oposición, el juez dictará sentencia bien en los 10 días hábiles tras la vista o, en todo caso, dentro de los 20 días siguientes a la presentación de los escritos de oposición.

b) Si el informe se califica como fortuito: el juez ordenará el archivo de la sección, salvo que alguno de los acreedores públicos presente un informe calificando el concurso como culpable. No cabe recurso contra el auto que ordene el archivo de las actuaciones (art. 713 TRLC).



**IX- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN
SOCIOECONÓMICO: EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES Y LOS
DELITOS DE INSOLVENCIA PUNIBLE.**

Tras la reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, supuso una transformación de los delitos patrimoniales, donde se encuentran regulados los delitos de alzamiento de bienes y las insolvencias punibles.

En el apartado XVI de la exposición de motivos de la LO 1/2015 del CP, expresa que la reforma llevada a cabo en lo que respecta a los delitos de insolvencia punible atiende a una revisión técnica que se basa en *“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”*. El objetivo perseguido por el legislador es doble⁴⁹:

- a) *“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 del sujeto o empresa (recaen sobre personas físicas y jurídicas) y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso”*.
- b) Proteger a los perjudicados ofreciendo certeza y seguridad en la determinación de las conductas punitivas. Es decir: *“aquellas contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos”*

Estamos ante delitos que persiguen una conducta típica concreta, que es la defraudación que realiza el deudor sobre su propio patrimonio y no sobre un patrimonio ajeno. Sin embargo, ese patrimonio está sujeto al cumplimiento de una serie de obligaciones que dicho deudor ha contraído con sus acreedores.

A) El concepto de insolvencia en el ámbito penal.

Es preciso señalar que hay un elemento común en ambos tipos penales. Me refiero al elemento de la insolvencia, concepto muy vinculado a la normativa mercantil regulada en

⁴⁹ Apartado XVI de la exposición de motivos de la LO 1/2015 del CP.

el TRLC (ya definida en apartados anteriores). En este tipo de delitos, la insolvencia se vincula al incumplimiento de las obligaciones sin declaración del concurso⁵⁰.

En el Derecho penal, en atención a lo dispuesto por la doctrina y la jurisprudencia, la insolvencia penal puede revestir un carácter total o parcial, provisional o definitivo y real o aparente⁵¹.

a) Insolvencia definitiva vs insolvencia provisional: Se está ante una insolvencia definitiva cuando el activo supera el pasivo del deudor. Sin embargo, una insolvencia provisional sucede cuando el deudor posee un activo que supera al pasivo, pero el problema es que no posee liquidez (ni inmediata, ni a largo plazo). Sin embargo, hay múltiples autores⁵² que opinan que se trata de una diferencia meramente contable y que no debería de tener cabida en el ámbito penal, “ya que no permite llevar a cabo un juicio de valor... para fundamentar el desvalor del injusto”⁵³.

b) Insolvencia total vs insolvencia parcial: se plantea la cuestión de si el deudor debe o no quedar en una insolvencia total (carencia total de su patrimonio) o, si basta con una situación de insolvencia parcial, en la que todavía existe bienes en el patrimonio del deudor que puedan satisfacer parte de las deudas contraídas. Cabe señalar que en los delitos de alzamiento de bienes y los delitos de insolvencia no protegen un derecho sobre un bien determinado. Lo que realmente importa reside en si el deudor, una vez que ha ocultado el bien, resulta insolvente para satisfacer sus créditos. En el caso de que continúen quedando bienes o expectativas de ingresos suficientes en el patrimonio del deudor, no cabe insolvencia; por ende no concurría delito alguno.

⁵⁰ Norberto Javier de la Mata Barranco “Derecho penal económico y de la empresa”. Dykinson, 2018.Pp. 288.

⁵¹ María Fernández-Cuesta Donat. El concepto de insolvencia en el ámbito concursal y penal. Revista CEF Legal, 220. Mayo 2019. pp. 49-74

⁵² Souto García, E.M. los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal. pp. 151 y 152: dicho autor distingue hasta tres escenarios posibles frente a la insolvencia definitiva y provisional.

Armando García Sánchez. “La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes”. Tesis. Jaén, 2011. pp. 232.

⁵³ Elena Gutiérrez Pérez. Profesora de Derecho penal. El Derecho penal frente a la insolvencia. Aranzadi, 2021. Cita textual en palabras de la autora: “La mera falta de liquidez no permite la declaración de concurso, por lo que la discusión entre insolvencia definitiva o provisional carece de relevancia”.

c) Insolvencia real vs insolvencia aparente: Se está ante una insolvencia real cuando no existen activos en el patrimonio del deudor. En el caso de una insolvencia aparente, el deudor ha procedido a la ocultación de los bienes para que se produzca esa circunstancia de insolvencia, por lo que concurriría en la conducta del ilícito penal regulada en el CP. Por otro lado, hay diversas situaciones que pueden confundirse con el concepto de insolvencia, pero no procede dicha confusión. El concepto de insolvencia en el ámbito penal hay que diferenciarlo del concepto de falta de liquidez y “de la simple insuficiencia”, que se define como *“la incapacidad definitiva del deudor para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles”*⁵⁴.

En el delito de alzamiento de bienes, la supuesta insolvencia viene provocada por la actuación intencionada del deudor, ya sea disponiendo de dichos bienes o contrayendo obligaciones (no pudiendo hacerlo), o impidiendo o agravando a que el acreedor o acreedores puedan ver satisfechos sus créditos. Queda claro, que para que concurra el tipo penal que se va a analizar, el deudor está ocultando su patrimonio, plasmándose la actitud fraudulenta del sujeto pasivo del delito.

En el delito de insolvencia punible, aquel deudor que realice las conductas contempladas por el CP para que se considere que se está ante este tipo de delitos, debe causar o encontrarse en una situación de insolvencia actual o inminente⁵⁵ (pero sin necesidad de declaración de concurso, como ya señalé anteriormente). Esto podría trasladarse también, entiendo yo, al delito de alzamiento de bienes.

⁵⁴ María Fernández-Cuesta Donat. El concepto de insolvencia en el ámbito concursal y penal. Cit.

⁵⁵ Eva M.^a Souto García... La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo... Cit. La autora expresa en el epígrafe 3, apartado segundo, titulado: *“Los conceptos de insolvencia actual o inminente y el impago de las obligaciones exigibles o la declaración del concurso en el marco de los nuevos delitos de insolvencia punible lo siguiente: ... al no exigirse que el procedimiento concursal se haya siquiera admitido a trámite para aplicar los tipos penales de insolvencia del art259 CP. Ello se deduce de la dicción del art 259.1, que sanciona un amplio elenco de conductas que podrán ser sancionadas siempre que el deudor se encuentre en una situación de insolvencia “actual o inminente”. Nada se dice sobre el concurso, lo que hace necesario, al menos, como se verá a continuación, cuando la insolvencia sea actual”*.

En definitiva, el deudor en cualquiera de los dos delitos debe encontrarse en una situación de insolvencia definitiva, aparente y total para que concurra el tipo penal en cuestión. Ej.: En atención al delito de alzamiento de bienes, se precisa que la insolvencia sea definitiva⁵⁶.

Se debe poner de manifiesto, que independientemente del tipo de insolvencia, lo que importa es que el acreedor no pueda satisfacer sus créditos con los bienes del deudor, como dispone el art. 1911 Civ., porque se produce una situación de hecho (de carácter intencionado o no) porque no hay bienes en el patrimonio del deudor para ello. Aunque la insolvencia se ponga de manifiesto antes o después del incumplimiento de la obligación, el CP no castiga ese incumplimiento, sino lo que realmente castiga es que la insolvencia se ha producido de forma fraudulenta, imprudente e incluso fortuita, mediante esa intencionalidad del deudor⁵⁷.

B) El delito de alzamiento de bienes.

1) Normativa reguladora del delito de alzamiento de bienes.

El delito de alzamiento de bienes se encuentra regulado en el Cap. VII del Título XIII del Libro II del CP, en concreto, en los arts. 257 y 258 (inclusive bis y ter), dentro de los delitos que denominados como “delitos de la frustración de la ejecución”.

2) Concepto, conducta típica y bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes:

Se produce una situación de alzamiento cuando los acreedores pretenden ejecutar los bienes del deudor pero dicha ejecución resulta frustrada e insatisfecha, ya que el éste se encuentra en situación de insolvencia (supuestamente/aparentemente) y no puede cumplirla porque no posee bienes suficientes para ello.

El alzamiento de bienes es una actuación del deudor sobre bienes propios o ajenos⁵⁸, destinada, mediante su ocultación, a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial

⁵⁶ Eva M.^a Souto García... La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.... Cit.

⁵⁷ Norberto Javier de la Mata Barranco... Derecho penal económico y de la empresa. Cit. pp. 289 y 290.

⁵⁸ Bienes propios y ajenos del deudor en el delito de alzamiento de bienes. **Nota propia:** el deudor puede estar en posesión de bienes de terceros y fingir ante los acreedores haciendo ver que dichos bienes son suyos cuando no es así.

o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes⁵⁹. El deudor se coloca en una situación de insolvencia aparente o simulada (que no es real) y que tiene por objetivo ocultar, disminuir o anular su patrimonio (todo o en parte) de forma ilegal e intencionada para evitar que el acreedor pueda satisfacer su crédito a través del patrimonio de dicho deudor ⁶⁰.

El delito de alzamiento de bienes, en palabras del Tribunal Supremo: *“Es un delito de mera actividad o de resultado cortado, que no exige para su consumación la insolvencia del deudor ni un perjuicio efectivo para el acreedor, perjuicio que pertenece a la fase de agotamiento. La consumación tiene lugar al realizarse el acto de enajenación u ocultación de bienes, determinante de una insolvencia real o aparente, total o parcial, con el designio de imposibilitar el cobro del crédito con cargo a bienes del deudor. El acento, precisamente, recae en el elemento subjetivo del tipo, por ser la intención del deudor más que el dato de la insolvencia en que se haya colocado, el que otorga fisionomía propia y precisa al alzamiento de bienes⁶¹”*. Desde mi perspectiva, el TS hace referencia a que se produce delito de alzamiento de bienes cuando la finalidad del deudor es perjudicar a sus acreedores a través de esa o esas conductas intencionadas (ocultando, disminuyendo el patrimonio de diversas formas...), las cuales producen la supuesta insolvencia del deudor. Lo que se pretende al fin y al cabo es proteger el patrimonio del deudor, procurando reforzar la responsabilidad patrimonial universal y garantizar el derecho de crédito de los acreedores perjudicados.

Se distinguen dos partes (deudor y acreedor) entre las cuales existe una relación jurídica con sus correspondientes obligaciones. Mientras que el deudor (sujeto activo del delito) debe hacer frente a las deudas con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC⁶²), el acreedor (sujeto pasivo del delito) puede dirigirse contra el patrimonio del deudor para satisfacer su deuda a través de todos los cauces jurídicos posibles. Cuando el deudor

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 15-10-2003, nº. 1347/2003, rec. 1566/2002.

⁶⁰ Martínez-Buján Pérez, Derecho penal económico y de la empresa. 5ª ed., 2015, Pp. 61,

⁶¹ STS 15 de junio de 2001. Sala Segunda, de lo penal. Rec. 1933/1999. FJ SEGUNDO. Ponente: García – Calvo y Montiel, Roberto.

⁶² Art. 1911 CC. *“Responsabilidad patrimonial universal”*.

procede a realizar actos de disposición sobre su patrimonio (ya sea a título oneroso o a título gratuito), o bien oculta dicho patrimonio para no satisfacer sus créditos o deudas en perjuicio de sus acreedores, es cuando el ordenamiento jurídico actúa y procede a castigar la conducta del deudor⁶³. Por ello, el bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes es la responsabilidad patrimonial universal y conseguir que el acreedor pueda ejecutar o satisfacer su crédito que se ha visto truncado por la conducta punible del deudor⁶⁴.

Aunque se requiere una acción deliberada por parte del deudor para que concurra alzamiento de bienes, no necesariamente tiene que implicar los propios bienes del deudor. También pueden afectar a alzamientos ajenos con la intención de perjudicar a terceros. Al poder afectar a terceros, el perjudicado en el delito de alzamiento de bienes puede ser cualquier parte interesada que vea que sus derechos han sido perjudicados por la ocultación o traslado del patrimonio por parte del deudor.

3) Conductas/actos/acciones tipificadas por el Código penal que suponen la incurrancia en un delito de alzamiento de bienes.

Se distinguen las siguientes modalidades de alzamiento de bienes en atención a la conducta realizada por el sujeto causante de la conducta punible: el tipo básico o genérico, el tipo específico, dos tipos agravados y el tipo atenuado.

⁶³El alzamiento de bienes.

https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDU1NLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAS9VJAjUAAAA=WKE

⁶⁴ Eva M.^a Souto García. Profesora ayudante doctora. Universidade da Coruña. “La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: los “nuevos” delitos de frustración de la ejecución y de insolvencia punible”. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 38/2015 parte Análisis Doctrinal. En el apartado 2 denominado como “El bien jurídico protegido y los sujetos activo y pasivo”, la autora se acoge a una perspectiva intermedia respecto del bien jurídico protegido, donde se protegen en primera instancia el patrimonio (bien jurídico en sentido técnico) siendo el bien jurídico que procede a ser lesionado por la conducta del deudor. En segunda instancia y de forma mediata, el delito o delitos de alzamiento de bienes tutelaría un bien jurídico supraindividual, identificado con el orden socioeconómico..., donde se clasifican los delitos que protegen el derecho de crédito.

a) El tipo genérico o básico del delito del delito de alzamiento de bienes (art. 257.1. 1º y 2º CP): *“Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: ...”*

El TS ⁶⁵considera que, para que concurra delito de alzamiento de bienes, deben darse los siguientes elementos:

- Que exista de forma previa uno o más derechos de crédito (públicos o privados) contra el deudor, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles Aunque también es frecuente que el sujeto activo del delito se anticipe en conseguir una situación de insolvencia ante el conocimiento de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad de forma inminente.
- Que el deudor se encuentre en una situación de insolvencia (parcial o total), así como real o ficticia, a consecuencia de la destrucción de bienes que ha realizado y que dificulta o imposibilita el cobro de los acreedores.
- Que exista una intención de perjudicar al acreedor por parte del deudor. Es el elemento tendencial o ánimo concreto del deudor de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos. Es el elemento subjetivo del injusto. Para que se considere que existe delito, no es necesario que se cause un perjuicio real sobre el acreedor. Es suficiente que de la conducta del deudor (la ocultación de los bienes) se desprenda la intencionalidad de perjudicar al acreedor.

b) El tipo específico del delito de alzamiento de bienes (art. 257. 2 CP): Se aplica la misma pena anterior: *2º “A Quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que ...”*

Si bien el fin perseguido por el deudor continúa siendo perjudicar a los acreedores, se atiende en este supuesto a un alzamiento procesal o de carácter procedimental, donde a través de cualquier acto de disposición patrimonial o que genere obligaciones, el deudor pretende:

- dilatar, dificultar o impedir, que se ejecute un embargo, o la eficacia de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, esté iniciado o que vaya a iniciarse.

⁶⁵ Vallejo, M. J., Fernández, E. A., & Pérez, Á. L. P. Derecho penal aplicado: Parte especial. Dykinson, S.L. 2018. Pp. 137 y 138.

- Eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito (responsabilidad civil ex delicto). Ocurre cuando de la comisión del delito se deriva una responsabilidad civil, donde el deudor realiza actos de disposición o contrae obligaciones que provocan que su patrimonio disminuya e intenta hacer creer que es total o parcialmente insolvente, para no cumplir con dicha responsabilidad civil⁶⁶.

c) El tipo agravado del delito de alzamiento de bienes (arts. 257.3 y 4 CP)⁶⁷:

El precepto comienza haciendo alusión a los individuos sobre los que recae el delito de alzamiento de bienes en sus tipos genérico/ básico o específico, siendo indiferente que la conducta sea realizada por una persona física o jurídica, pública o privada. También se menciona que el tipo se aplicará independientemente de la naturaleza de la obligación o deuda, cuyo objetivo por parte del deudor es impedir que el acreedor vea satisfecho su crédito.

Sin embargo, se considera que la conducta típica de dicho delito se agrava, cuando la deuda que pretende eludir el deudor es una obligación de Derecho público y el acreedor es una persona jurídico-pública. Por lo tanto, para que se dé el tipo agravado deben concurrir los dos requisitos (deuda contraída con un organismo público).

A su vez, se contempla otro tipo agravado en el art 257.4 CP⁶⁸: El precepto se remite a la regulación contemplada para el delito de estafa en sus tipos agravados y cuando el delito de alzamiento de bienes se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador (entre el deudor y acreedor, trasladándolo al

⁶⁶ Vallejo, M. J., Fernández... Derecho penal aplicado: Parte especial... Cit. Pp. 143.

⁶⁷ Arts. 257. 3 CP: *“Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada”.*

“No obstante lo anterior, en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico-pública, o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses”.

⁶⁸ Art. 257.4 CP: *“Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los numerales 5.º o 6.º del apartado 1 del artículo 250”.*

delito de alzamiento de bienes), o aproveche éste su credibilidad de empresario o profesional (art. 250.6 CP)⁶⁹.

d) El tipo atenuado del delito de alzamiento de bienes (art 258 CP⁷⁰): se atiende a la ocultación de los bienes por parte del deudor en los procedimientos de ejecución.

En este supuesto, la acción de alzamiento de bienes se comete en un procedimiento de ejecución judicial o administrativa, donde el deudor presenta ante la autoridad o funcionario que se encarga de la tramitación de dicho procedimiento, una relación de bienes o patrimonial incompleta o falsa, con la intención dolosa de impedir, dificultar o dilatar, que los acreedores vean satisfechos sus respectivos créditos. Se establece una presunción iuris tantum, donde se considera que del deudor ejecutado ha presentado una declaración incompleta de sus bienes o patrimonio, cuando dicho deudor utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no presente justificación suficiente del derecho que protege ese disfrute y de las condiciones a las que está sujeto. El deudor debería de justificar la posesión y el uso de esos bienes⁷¹. De todos modos, la conducta no es punible si el acreedor presenta una relación de bienes o patrimonio real y completa antes de que el juez o tribunal descubra el carácter incompleto de dicha relación.

En atención a la pena, se proponen penas alternativas, de prisión o multa con límites máximos inferiores a los contemplados anteriormente. Dichas penas no son de carácter cumulativo.

e) Autonomía del proceso penal. (art. 257.5 CP): “5. *Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciará un procedimiento concursal*”. Se refleja la autonomía del proceso penal por el delito de alzamiento de bienes, independientemente de que se inicie un procedimiento concursal. Este precepto coincide con lo dispuesto por el art. 52 TRLC, en atención al carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción. Es una cuestión que me gustaría debatir en el punto final de esta investigación, junto con la

⁶⁹ Fátima Pérez Ferrer. Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Almería. “Sobre el delito de alzamiento de bienes en los casos de crisis matrimoniales y parejas de hecho”. Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Vol. 30, diciembre de 2023. Pp. 22.

⁷⁰ Art. 258 CP: “ocultación de bienes en procedimientos de ejecución”.

⁷¹Vallejo, M. J., Fernández... Derecho penal aplicado: Parte especial... Cit. Pp. 151,152,153.

prejudicial penal y de relevancia también en el proceso concursal, además de tratar el principio non bis in ídem que impera en el sistema jurídico español.

f) *Los delitos de alzamiento de bienes provocados por las personas jurídicas. Art. 258 ter CP:* “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...”. Los delitos de alzamiento de bienes, así como todas aquellas conductas integradas en los delitos calificados por el CP como delitos de frustración de la ejecución, pueden generar responsabilidad penal a la persona jurídica.

C) Los delitos de insolvencia punible.

1) Normativa reguladora del delito de insolvencia punible.

Los delitos de insolvencia punible se regulan en el Capítulo VII bis del Título XIII del Libro II del CP, y que abarca los arts. 259 a 261 bis.

Antes de la reforma del CP en 2015, el delito de insolvencia punible se encontraba estrechamente vinculado a la previa declaración del concurso de acreedores⁷². Sin embargo, actualmente no es necesario que el deudor se halle en una situación concursal para que se puedan ejercitar acciones penales contra dicho sujeto. Es suficiente con que el deudor haya dejado de cumplir regularmente con sus obligaciones de crédito. Por lo tanto, el delito de insolvencia punible es un instrumento independiente del procedimiento concursal, para que los acreedores vean defendidos sus derechos ante estas conductas realizadas por el deudor.

Por otra parte, es importante destacar que, a raíz de la reforma operada sobre el CP de 1995 a través de LO 1/2015, en el párrafo tercero del apartado XVI del Preámbulo de la Ley, ya no aparece el término bancarrota, pasando a ser denominados únicamente como delitos de insolvencia punible.

⁷²Norberto J. de la Mata Barranco... Derecho penal económico y de la empresa. Cit. pp. 313: “Se ha señalado que es novedoso que ya no haga falta una declaración de concurso como ocurría antes de 2015”.

2) Concepto, conducta típica y bien jurídico protegido en el delito de insolvencia punible.

El párrafo primero del apartado XVI del Preámbulo de la LO 1/2015 del CP dispone que, de los delitos de insolvencia punible, derivan de las conductas de carácter defraudatorio realizadas por el deudor dirigidas a frustrar la expectativas del derecho de cobro de los acreedores que éstos poseen sobre el patrimonio del deudor. Es un delito doloso, cuyo fin principal del deudor es frustrar o perjudicar el derecho de crédito de los acreedores para obtener un beneficio propio.

Para que proceda este tipo de delitos, debe darse la intencionalidad de que el deudor tenga por fin defraudar a través de una serie de conductas tendentes a evitar el pago de sus obligaciones, las cuales también están encaminadas a perjudicar y frustrar el derecho de cobro de sus acreedores. La conducta típica es cuando el deudor adquiere de forma intencionada esa situación de insolvencia. Por lo tanto, el bien jurídico protegido es el derecho de crédito de los acreedores, sea público o privado, el cual se ve perjudicado con dicha intencionalidad y con la realización de las diferentes conductas tipificadas en el CP⁷³. Los acreedores tienen derecho a que sus créditos sean satisfechos con patrimonio del deudor, siendo un derecho de garantía legal contemplado en el art. 1911 del Civ, donde dicho patrimonio comprende los bienes presentes y futuros del deudor. Además, para poder incurrir en este tipo punitivo, el crédito debe ser vencido, líquido y exigible⁷⁴.

En atención a dichas conductas punibles, el legislador conforme al principio de legalidad tipifica aquellas que son contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos, pues el deudor bien disminuye de forma intencionada su patrimonio, el cual supone una garantía para que éste satisfaga sus obligaciones y cumpla con el derecho de crédito de los acreedores, o bien pretende dificultar o hacer imposible que el acreedor conozca la auténtica situación económica del deudor⁷⁵. Es decir, se trata de conductas

⁷³ Eva M.^a Souto García... La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada... Cit.

⁷⁴ STS 552/2016, de 22 de junio de 2016, de la Sala Segunda del TS. Recurso de núm.: 1954/2015.

⁷⁵ Párrafo tercero del apartado XVI del Preámbulo de la LO 1/2015 del CP.

contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que suponen un riesgo que no está permitido.

La exposición de motivos del CP, en su apartado XVI dispone lo siguiente: *“El delito de concurso punible es un delito de peligro, pero vinculado a la situación de crisis (a la insolvencia actual o inminente del deudor) y resulta punible cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento en los pagos, manteniéndose la tipificación expresa de la causación de insolvencia por el deudor”*⁷⁶.

Se debe distinguir entre sujeto activo y sujeto pasivo de los delitos de insolvencia punible. El sujeto activo del delito es el deudor (persona física o jurídica) que realiza determinadas conductas de carácter punible integradas dentro de los delitos de insolvencia punible. Por otro lado, el sujeto pasivo del delito es el acreedor que es quien ve perjudicado su derecho de crédito. El objeto material del delito lo componen el patrimonio del deudor (bienes y derechos del deudor) con el que debe responder respecto de los créditos contraídos, a excepción del art. 261 CP, que tiene por fin los documentos falsificados.⁷⁷

3) Conductas/actos/acciones tipificadas por el Código penal que suponen la incurrancia en un delito de insolvencia punible.

Debe quedar claro que las conductas expuestas en los siguientes artículos son contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos ya que, a través de ellas:

- El deudor reduce de forma intencionada o indebidamente su patrimonio, donde dicho patrimonio supone una garantía para los acreedores y que el deudor pueda cumplir con sus obligaciones,
- El deudor complique, dificulte o haga imposible que los acreedores conozcan su verdadera situación económico - patrimonial.

a) Subtipo básico primero. Conductas irregulares cuando el deudor se encuentra en situación de insolvencia inminente o actual. Art 259.1 CP: “Será castigado con una pena

⁷⁶ Párrafo cuarto del apartado XVI del Preámbulo de la LO 1/2015 del CP.

⁷⁷ Norberto Javier de la Mata... Derecho penal económico y de la empresa. ... Cit. Pág. 312.

de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas...”.

Al igual que sucede en el delito de alzamiento de bienes, para que proceda el ilícito penal es preciso que exista una obligación u obligaciones contraídas con los acreedores, dando igual que la misma esté o no vencida, así como el elemento de insolvencia actual o inminente, y que lleve a cabo las conductas tipificadas. Por ello, se entiende este subtipo básico como un delito de peligro⁷⁸.

En lo que respecta al catálogo de conductas contemplado en dicho artículo, para su aplicación el deudor debe estar en situación de insolvencia actual o inminente⁷⁹. Se identifican dos grupos de conductas⁸⁰, en las que únicamente se exige que concorra dolo, incluido el dolo eventual, aunque también se castiga si concurre la imprudencia. Dichas conductas son:

1- Conductas que implican actuaciones sobre el patrimonio, reguladas en el art. 259.1, apartados 1^a a 5^a. Se sanciona al deudor cuando:

1^a) *“Oculte, cause daños o destruye los bienes o elementos patrimoniales que estén o habrían estado incluidos en la masa del concurso en el momento de su apertura”.* Son conductas que en el delito de alzamiento de bienes se definen como conductas de ocultación fáctica o de hecho, de bienes que desaparecen físicamente del patrimonio del deudor.

2^a) *“Actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial”.*

⁷⁸ Norberto Javier de la Mata... Derecho penal económico y de la empresa. ... Cit. Pág. 313.

⁷⁹ Nota propia: Actualmente no es necesario que el deudor se encuentre en situación previa de concurso para acudir a la vía penal, si se cumplen los requisitos exigidos, así como si la conducta realizada por éste encaja en las conductas previstas por el art. 259.1 1^o a 9^o CP.

⁸⁰ Eva M.^a Souto García... La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada... Cit.

3ª) *“Quien realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica”*. Parecido al supuesto anterior, pero se refiere a ventas o transferencias ficticias.

4ª) *“Quien simule créditos de terceros o proceda el reconocimiento de créditos ficticios”*. Son supuestos que tienen que ver con el incremento del pasivo patrimonial del deudor.

5ª) *“Quien participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos”*. No se sanciona la especulación en sí, pues es un acto intrínseco a la actuación empresarial, que persigue el crecimiento económico donde nada está garantizado. Se refiere a la especulación absolutamente injustificada.

2- Conductas que se centran en un cumplimiento inadecuado de los deberes contables comprendidas en el art 259.1 CP apartados 6ª a 8ª. El deudor será sancionado cuando:

6ª) *“Incumpla el deber legal de llevar contabilidad o doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También se castiga la destrucción o alteración de libros contables, cuando con ello se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera”*.

7ª) *“Cuando oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende el deber legal, cuando de esa forma se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica del deudor”*. Hace referencia al deudor empresario.

8ª) *“Quien formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, para dificultar o impedir el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo”*. Se refiere al deudor en el ámbito mercantil.

9º) *“Quien realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituye 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". Se trata de una cláusula general o de cierre, que tiene por fin recoger todas las conductas (activas u omisivas) que no hayan sido tenidas en cuenta en las descritas anteriormente⁸¹.

b) Subtipo básico segundo: conductas de causación de insolvencia. Art 259.2 CP: *"las conductas descritas anteriormente se sancionan con la misma pena que el apartado anterior, si mediante ellas provocan una situación de insolvencia". Se sanciona la causación de la insolvencia como consecuencia de alguna de las conductas descritas en el apartado anterior⁸².*

c) Tipo imprudente. Art. 259.3 CP: *en atención a los arts. 259.1 y 2 CP, "cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de doce a 24 meses". En sede penal, puede interpretarse que se exige una culpa grave⁸³. De todos modos, jueces y tribunales deben valorar cuando cabe aplicar el tipo imprudente.*

d) Perseguibilidad del delito de insolvencia punible. Art. 259.4 CP: *respecto de las conductas reguladas en los arts. 259.1 y 2 CP, "este delito solamente se persigue cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado en concurso".*

e) Perseguibilidad del delito de insolvencia punible sin esperar a la resolución o a la continuación del concurso de acreedores. Art. 259.5 CP: *"Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa".*

⁸¹ Eva M.^a Souto García... La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada... Cit.

⁸² Elena Gutiérrez Pérez. Profesora Ayudante Doctora del Área de Derecho Penal de la Universidad de Alicante. "La calificación culpable del concurso y los delitos de causación y agravación de la insolvencia (arts. 259.1 y 2 CP): Un artificioso divorcio legal frente a una pareja de hecho?" Revista General de Derecho Penal 38 (2022).

⁸³ Norberto Javier de la Mata... Derecho penal económico y de la empresa. ... Cit. pp.317.

f) La autonomía del proceso penal. ART. 259.6 CP: *“En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal”.*

Al igual que sucede en el art 257.5 CP para el delito de alzamiento de bienes, se reitera en este artículo la autonomía del proceso penal. Es decir, la no vinculación entre el proceso concursal y el concurso penal. Este artículo es acorde a lo dispuesto por el art. 52 TRLC, en atención al carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción concursal.

g) Tipos agravados por el desvalor de resultado. Art. 259 bis CP: se impone una pena de prisión de 2 a 6 años y multa de 8 a 24 meses las conductas anteriores si se produce alguna de las siguientes circunstancias:

1ª) cuando se cause perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica. Este precepto suele ser aplicado cuando ocurre un procedimiento concursal, con presencia de varios acreedores. Muchos autores critican dicho agravamiento, ya que en los concursos siempre hay pluralidad de acreedores y, además, ya con la modalidad atenuada se causa un perjuicio a los acreedores, por lo que debería de entenderse aquí, que se causa un perjuicio más grave, pero el legislador no especifica nada al respecto. Es por ello, que debe ser interpretado por jueces y tribunales en cuanto a su aplicación.⁸⁴

2ª) Cuando se cause un perjuicio económico superior a 600.000 euros a alguno de los acreedores.

3ª) Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social.

h) Tipos específicos de favorecimiento ilícito de acreedores (arts. 260.1 y 2 CP): El art. 260 CP contempla dos tipos delictivos tipificados ante acciones no justificadas que favorecen a determinados acreedores. Ambas conductas son dolosas y no admiten la calificación de imprudencia.

⁸⁴ Eva M.^a Souto García... La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada... Cit.; Norberto Javier de la Mata... Derecho penal económico y de la empresa. Cit. Pág.318; Alba, Víctor España. Cuestiones Penales: A Propósito de la Reforma Penal de 2015, Dykinson, 2017. Pág. 40.

1ª) *“Se castiga con pena de 6 meses a 3 años o con multa de 8 a 24 meses, al deudor que se encuentra 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 no tenga justificación económica o empresarial”*. En este caso, nada se dice de si el deudor está inmerso o no en un procedimiento concursal o si es antes del mismo. Lo único que se exige para su ejercicio es que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente. Y es que, antes de iniciar el proceso concursal, no existe un orden de prelación de créditos propiamente dicho.

2ª) *“Se impone una pena de 1 a 4 años de prisión y multa de 12 a 24 meses, al deudor que, una vez admitida tramite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente no por los administradores concursales y fuera de los casos permitidos por la ley, realice actos de disposición patrimonial generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, posponiendo al resto”*. En este caso, además de exigirse que el deudor sea insolvente actual o inminente (pues ya está inmerso en el concurso de acreedores, ya que para acceder al mismo se exigen esos requisitos de insolvencia), la conducta que realiza sucede dentro del propio concurso que se va a iniciar o ya está iniciado, pues dicho orden de prelación de créditos ya ha sido clarificado en el seno de dicho concurso.

i) El tipo específico de presentación de documentación falsa en el seno del concurso de acreedores. Art. 261 CP: se impone una pena de prisión de 1 a 2 años y multa de 6 a 12 meses, a aquellos que en el seno de un concurso de acreedores presenten datos contables falsos con el fin de lograr indebidamente su declaración.

La intención del deudor es lograr indebidamente la declaración del concurso, ya iniciado a través de la solicitud del mismo.

Es el TRLC quien regula los documentos que deben acompañar a la solicitud de concurso, según sea el concurso voluntario o necesario. Entre esos documentos que han de adjuntarse a la solicitud del deudor, se encuentra la memoria expresiva de su historia económica y jurídica, así como el inventario de bienes y derechos (art.7 TRLC). Y en el caso de que del deudor estuviera obligado a llevar una contabilidad, también

deberá acompañar a la solicitud de concurso las cuentas anuales, informes, de gestión o informes de auditoría, correspondientes a los tres últimos ejercicios (art 6.3.1 TRLC).

j) Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Art. 261 bis CP.: cuando las conductas anteriormente citadas en los artículos 259 a 261 CP sean realizadas por una persona jurídica, se impondrán las siguientes penas:

a) "Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años".

b) "Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior". Se hace referencia al art. 259 bis CP, que contempla los tipos agravados de los delitos de insolvencia punible.

c) "Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos".



X- ELEMENTOS DIFERENCIALES ENTRE EL CONCURSO CULPABLE Y EL MAL DENOMINADO CONCURSO PUNIBLE.

Es el momento de discernir la fina línea que separa ambas figuras jurídicas, pues si bien puede parecer que hay un paralelismo entre el concurso culpable y los delitos de alzamiento de bienes e insolvencia punible (especialmente con este último), no es así, pues ya anticipo que el propio art. 462 TRLC expresa que *“la calificación del concurso no vinculará a jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito (...)”*. Y especialmente, porque son dos órdenes jurisdiccionales diferentes.

A. La insolvencia como presupuesto objetivo. Diferencias entre el ámbito mercantil y el ámbito penal.

El concepto de insolvencia en ambos órdenes jurisdiccionales es clave, pues es necesario delimitar dicho concepto para determinar que el deudor se encuentra en esa situación de insolvencia (presupuesto objetivo). De todo lo analizado previamente, se extraen las siguientes diferencias entre los conceptos de insolvencia mercantil e insolvencia penal.

Mientras que el ámbito mercantil se exige que el deudor se halle en una situación de insolvencia actual o inminente para poder instar el concurso de acreedores, en el ámbito penal se exige que la insolvencia, además de ser actual o inminente, sea definitiva/provisional, total/parcial, aparente/real. El ámbito mercantil considera superadas estos términos respecto de la insolvencia y lo único que requiere es que el deudor se halle en situación de insolvencia actual o inminente.

En el ámbito mercantil, el concepto de insolvencia viene definido los arts. 2.2 y 2.3 del TRLC, resultando un concepto de insolvencia de carácter normativo. Esto no ocurre en el Derecho Penal, donde el estado de insolvencia es un concepto jurídico indeterminado, donde doctrina y jurisprudencia únicamente aluden y definen los términos de insolvencia definitiva/provisional, total/parcial, aparente/real⁸⁵. Es difícil subsumir el término de insolvencia inminente en el ámbito penal, ya que lo que parece establecerse es una

⁸⁵ María Fernández-Cuesta Donat. El concepto de insolvencia en el ámbito concursal y penal. Cit. pp. 73.

presunción, donde todavía no se ha producido la conducta punible del deudor. Es decir, no ha incumplido con las obligaciones de pago, si no que prevé que lo haga en un futuro. Es complicado castigar una acción que todavía no ha tenido lugar. Por ello, el CP debería optar por la insolvencia actual⁸⁶.

Quiero puntualizar que, en los delitos de alzamiento de bienes y de insolvencia punible, la insolvencia se vincula al incumplimiento de las obligaciones sin declaración del concurso. Esto quiere decir, que el deudor si debe encontrarse en situación de insolvencia actual o inminente, pero no se exige que previamente se haya declarado el concurso para poder acceder a la vía penal. Y es que, tras la reforma del CP en 2015, no se exige tan siquiera que el procedimiento concursal se haya admitido a trámite para aplicar los delitos de alzamiento o los delitos de insolvencia penal. Si analizamos el art. 259.1 CP, se sancionan un amplio espectro de conductas que podrán ser sancionadas cuando el deudor se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente. Como podemos observar, el artículo no menciona en ningún momento el concurso de acreedores⁸⁷.

Si continuamos analizando el art 259 CP, en su apartado 4º se dispone que, el delito de insolvencia punible sólo se persigue cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado en concurso. Por lo tanto, se establecen dos alternativas para poder instar dicho delito. Es decir, la insolvencia inminente o actual, en caso de llevar aparejada la declaración de concurso, permite aplicar el art. 259 CP, en toda su extensión. Y en caso de que falte la declaración de concurso, solo si se constata que hay una insolvencia actual, cabría aplicar los tipos penales del art 259 CP, ya que la insolvencia inminente no presupone haber dejado de cumplir de forma regular con las obligaciones exigidas, sino que supone una previsión de que la imposibilidad de pago procederá cuando las obligaciones venzan. Únicamente se pueden desprender dos tipos penales de carácter concursal. Me refiero al delito de favorecimiento de acreedores concursal (art 260.2 CP), el cual exige la previa admisión a trámite del concurso, así como el delito de falsedad en el procedimiento concursal (art. 261 CP),

⁸⁶ Miguel Bustos Rubio. Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología Universidad Internacional de La Rioja, Artículo "*Los delitos de bancarrota: una modalidad de insolvencia punible. Cuestiones de Penal Sustantivo*". Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 50/2018 parte Análisis doctrinal.

⁸⁷ Eva M.ª Souto García... La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada... Cit.

puesto que la presentación de documentos debe producirse en el ámbito del procedimiento concursal.

En lo que respecta al concepto de insolvencia en el delito de alzamiento de bienes, el deudor está ocultando su patrimonio, plasmándose la actitud fraudulenta del sujeto pasivo del delito, ya que a través de dicho comportamiento, provoca la situación de insolvencia (ya sea actual o inminente). En ningún momento, el art. 257 CP hace referencia a la declaración previa del concurso para poder instar dicho delito.

En resumen, la insolvencia que importa al Derecho penal es aquella que se ha producido de forma fraudulenta (dolo), o de forma imprudente (art 259.3 CP), o incluso aquella que se produce de forma fortuita (en cuya situación el deudor realiza una serie de conductas que no contribuyen a facilitar el cumplimiento de sus obligación, sino que escapan del proceder del deudor)⁸⁸. Lo que pretende el legislador penal al implantar los términos de insolvencia actual o inminente en dicho orden jurisdiccional, no es por el propio concepto de insolvencia y lo que significa, sino por las conductas reprochables que la causan o agravan y que vacían de contenido la garantía patrimonial universal del art. 1911 Civ.

B. Las conductas realizadas por el deudor como presupuesto subjetivo. Criterios delimitadores entre ambos ordenamientos jurídicos.

En apartados anteriores, se han analizado previamente aquellas conductas o supuestos de hecho que sancionan una serie de comportamientos realizados por el deudor contra sus acreedores, las cuales pueden ser reprochables concursal o penalmente, cuya finalidad es evitar que el deudor oculte, disminuya o se deshaga de su patrimonio con el fin principal de perjudicar a sus acreedores. ¿Cómo podrá optar por unas acciones u otras el acreedor perjudicado, cuando en el ámbito concursal y en el orden jurisdiccional penal, las acciones resultan muy similares? Es preciso determinar si existen diferencias entre ambas a través de un análisis comparativo, resultando una cuestión un tanto compleja.

Los tres supuestos regulados por el art 443 TRLC (relativos a las presunciones iuris et de iure de concurso culpable) entrañan que el deudor haya procurado un enriquecimiento patrimonial. Si dichas causas concurren procederá la calificación culpable del deudor en

⁸⁸ Norberto Javier de la Mata... Derecho penal económico y de la empresa. ... Cit. pp. 290.

el concurso de acreedores. Esas tres causas se encuentran comprendidas, a su vez, en el delito de alzamiento de bienes (art. 257.1 CP), así como los delitos de insolvencia punible en sus arts. 259.1^a, 2 y 4 CP.

Si observamos el art. 443.1^a TRLC, la expresión “cualquier acto” referida a la conducta realizada por el deudor en lo relativo al alzamiento de bienes, se interpreta desde una perspectiva muy amplia. Sin embargo, en el orden penal, si se limita los actos que se entienden como delito de alzamiento de bienes. En concreto, el art. 257.1. 2^a CP hace referencia a actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones. Aun así, se atribuyen básicamente los mismos hechos pero con consecuencias jurídicas diferentes. el ámbito concursal es la calificación culpable del concurso y en el orden penal recaerán sobre el deudor las penas establecidas por el CP.

En atención a lo dispuesto por el art. 443.2^a TRLC, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia considera que la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor durante los dos años anteriores a la declaración del concurso como un supuesto, no debe subsumirse dentro del supuesto del alzamiento de bienes⁸⁹. Sin embargo, comparto la opinión de la autora Elena Gutiérrez Pérez⁹⁰, puesto que las acciones que contempla dicho artículo suponen una salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor y encajan dentro del tipo penal del delito de alzamiento de bienes y en algunas conductas del art. 259.1 CP. Por lo tanto, en este caso, es complicado diferenciar las conductas reguladas por ambos ordenamientos, ya que son coincidentes. Por lo tanto, la diferencia continúa siendo la misma alegada anteriormente (mismos hechos con consecuencias jurídicas diferentes).

El art. 443.3^a TRLC fundamenta que la causa de culpabilidad en la simulación del estado patrimonial podrá causar un mayor perjuicio a los acreedores, ya sea por haber simulado

⁸⁹ Shaw Morcillo L., “*Calificación concursal*, Fe de Erratas”. Madrid, 2014. pp. 90. MARTÍNEZ MUÑOZ, M.A., *La calificación del concurso de acreedores*, cit., p. 168. SAP. Barcelona 87/2009, de 13 de marzo.

⁹⁰ Elena Gutiérrez Pérez... “*La calificación culpable del concurso y los delitos de causación y agravación de la insolvencia...*”. Cit. pp. 29: “Este razonamiento considero que no es correcto, en tanto que las conductas de salida fraudulenta de bienes encajan perfectamente en el ámbito de aplicación de los delitos de alzamiento de bienes, (...)”. “Todas estas conductas se subsumen sin mayor dificultad en los delitos de alzamiento de bienes y en algunas conductas del art. 259.1 CP (...)”.

una situación de insolvencia aparente o de insolvencia agravada. Es una acción que requiere que el deudor la realice antes de la declaración del concurso. Sin embargo, en el caso de los delitos de alzamiento de bienes e insolvencia punible, se requiere que la acción del deudor se haya realizado a posteriori de la declaración del concurso. El art. 259.4 CP dispone que: *“ respecto de las conductas reguladas en los arts. 259.1 y 2 CP, este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso”*. Por lo tanto, se requiere que en el ordenamiento penal, las acciones punitivas se realicen cuando ya haya sido declarado el concurso.

El art. 443.5 TRLC hace referencia a aquel deudor que tiene la obligación de llevar una contabilidad e incumple dicha obligación, o lleva una doble contabilidad o ha cometido alguna irregularidad importante que influye en la comprensión de la situación patrimonial o financiera de aquél. Si bien la redacción formal del art. 259.1. 6ª es diferente (existe entre ambos causas identidad en la doble contabilidad, en la comisión de las irregularidades...), en lo que respecta a la redacción material, esa afinidad se intensifica. Coincide la identidad plena de la llevanza de una doble contabilidad, así como en la comisión de una irregularidad relevante para la comprensión del patrimonio del deudor. De todos modos, el precepto mercantil se refiere al incumplimiento sustancial del deber de llevar una contabilidad, mientras que en el orden penal se castiga la alteración de la contabilidad que dificulte o impida de forma relevante la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la empresa. En mi opinión, es indiferente la relevancia que se le da al término incumplimiento, puesto que en ambos supuestos se dificulta la comprensión de la situación económica del deudor.

El último inciso debe hacerse respecto del art. 444.3ª TRLC (presunción iuris tantum de culpabilidad) y los arts. 259.1 8ª y 9ª CP. Dispone el art.444.3 TRLC que, el concurso se presume culpable si, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso, aquel deudor que está obligado legalmente a llevar una contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales, las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, una vez aprobadas, no has hubiera depositado en el Registro mercantil o en el que corresponda. Hay una diferencia de este precepto con el art. 259.1. 8ª CP, y es que en el art. 444.3 TRLC no se exige que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la

situación económica real del deudor. El art. 259.1. 9ª elimina esa diferencia, puesto que es una cláusula general y castiga cualquier conducta activa u omisiva que suponga una infracción grave del deber de diligencia si se le puede imputar una disminución de activo o un aumento de pasivo, o si supone un medio para ocultar la situación patrimonial real del deudor. Además, mientras que la presunción opera cuando “no hubiera formulado las cuentas anuales”, en el ordenamiento penal la conducta es punitiva cuando el deudor “incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo”. Es decir, se sanciona penalmente algo que no constituye una infracción mercantil.

C. Dependencia o independencia entre el orden jurisdiccional concursal y el ordenamiento jurisdiccional penal ¿existe vinculación entre ambos ordenamientos jurídicos?

En este apartado procederé a indagar y a resolver si hay o no conexión entre ambas jurisdicciones. Es decir, si es precedente (o no), la calificación concursal culpable de la jurisdicción mercantil para acudir a la vía penal, o si se trata de dos ordenamientos independientes.

Ya sabemos que la calificación concursal posee un aspecto represor y sancionador con un importante componente de orden público. La finalidad de la calificación es reprochar la conducta del deudor insolvente o de las personas que hayan intervenido en dicha situación, sobre los que recaen una serie de consecuencias personales (por ejemplo, no poder actuar en el tráfico mercantil durante un largo lapso), así como consecuencias de carácter patrimonial. Al existir un claro paralelismo entre las figuras del concurso culpable y las figuras penales de alzamiento de bienes y de las insolvencias punibles, cabe cuestionarse si procede una vinculación entre ambos órdenes jurisdiccionales. La respuesta **debe ser negativa** por lo siguiente:

- a) El art. 462 TRLC dispone de forma expresa la calificación del concurso no vincula a los jueces del orden penal que deban conocer de eventuales actuaciones del concursado que pudieran ser constitutivas de delito. Tampoco afecta la calificación culpable del concurso de acreedores a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que conozcan de asuntos relacionados con la responsabilidad, en el orden administrativo de terceros relacionados con el concurso.

b) A sensu contrario, aunque exista un procedimiento penal que impliquen al deudor concursado, no tiene que suponer suspender la tramitación del concurso de acreedores, ni ninguna de las secciones en las que se divide; por ende, mucho menos la Sección de calificación (art. 519 TRLC). Por lo tanto, pese a la suspensión de los procedimientos en el caso de que exista prejudicialidad penal, como así indican el art. 40 LEC⁹¹ y el ART. 10.2 LOPJ⁹², como lo dispone el TRLC, no tiene porqué suspenderse el procedimiento concursal y, por ende la Sección de calificación⁹³. **Se trata de la excepción al principio de prejudicialidad penal.** Hay prejudicialidad penal cuando en el proceso civil, para la correcta resolución de aquello que constituye su objeto principal, se precisa la previa resolución de una cuestión que pertenece al orden jurisdiccional penal, en función de la existencia de un nexo entre ambos procesos^{94 95}.

c) Por otro lado, se debe atender al carácter exclusivo y excluyente del juez concursal (art 52 y ss. TRLC). El juez concursal es un juez dominante, es decir, tiene jurisdicción exclusiva y excluyente sobre determinadas materias. Es controlador y celoso de cualquier cosa que afecte al patrimonio del concursado, aunque sean de naturaleza del orden social, así como las de ejecución y las cautelares cualquier que sea el órgano del que hubiera dimanado.

d) En lo que respecta al ordenamiento jurídico- penal, los artículos 257.5 CP, 259.5 y 259.6 CP remarcan la autonomía en la tramitación del procedimiento penal. El art. 257.5

⁹¹ Art. 40 LEC: Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.

⁹² 10.2 LOPJ: Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

⁹³ Manuel Broseta Pont. Fernando Martínez Sanz. Manual de Derecho Mercantil... Cit. pp. 689.

⁹⁴ María Fernández-Cuesta Donat. El concepto de insolvencia en el ámbito concursal y penal. Cit. pp. 69.

⁹⁵ Los incidentes concursales. Arts. 532 y ss.: Los incidentes concursales son procedimientos dentro del procedimiento concursal principal y que debe resolver el juez del concurso. Los incidentes concursales no suspenderán la tramitación del concurso de acreedores. Sin embargo, el juez, una vez incoado un incidente podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, la suspensión de aquellas actuaciones que estime pueda verse afectadas por la resolución que se dicte en dicho incidente

CP señala que el delito de alzamiento de bienes se persigue incluso cuando tras su comisión se inicie un proceso concursal. Así continúa reforzando la independencia del proceso penal el art. 259.5 CP, pues establece que no es necesario esperar a que finalice el concurso de acreedores para perseguir las conductas presuntamente constitutivas de delito, amén de indicar que dicha persecución podrá llevarse a cabo sin perjuicio de la continuación del procedimiento concursal.

Por último, el art. 459.6 CP, en lo que respecta a la calificación de los hechos (al igual que el art. 462 TRLC) dispone que, independientemente de la calificación mercantil del concurso, los jueces y tribunales del orden penal podrán investigar si la insolvencia fue causada o agravada por el autor de los hechos, sin que ello se vea condicionado por la calificación realizada por el juez mercantil. Está refiriéndose a la autonomía en la calificación de la insolvencia, señalando que la que determine el proceso concursal no vinculará a la jurisdicción penal.

D. Principio non bis in ídem y su posible vulneración.

Si bien estamos ante dos jurisdicciones plenamente diferentes, me cuestiono si es posible la infracción del principio non bis in ídem, al juzgarse al mismo sujeto por los mismos hechos. Es decir, a pesar de esa independencia concursal-penal, ambos ordenamientos recogen las mismas conductas frente al mismo sujeto.

El principio non bis in ídem es de un derecho fundamental regulado en el art. 25.1 CE, el cual dispone lo siguiente: *“Nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituye delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*. Mediante este precepto, se proclama el principio de legalidad penal extendiéndolo al Derecho administrativo sancionador. Se manifiesta la garantía de expandir este principio a cualquier otro ámbito donde se puedan producir limitaciones de derechos⁹⁶. Por lo tanto, lo que pretende este principio es que una misma persona no sea juzgada por la misma causa punitiva más de dos veces. El FJ 4 de la STC 2/1981, de 30 de enero⁹⁷ dispone que *“dicho principio tiene*

⁹⁶ Art. 25 CE. Sinopsis extraída de la página Web del congreso de los diputados.
<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=25&tipo=2>

⁹⁷ STC 2/1981, de 30 de enero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981)

por fin que no recaiga duplicidad de sanciones (administrativa y penal) en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la administración (relación de funcionario, servicio público, etc.) que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”.

Tanto el art. 462 TRLC como el art. 259.6 CP establecen la autonomía de cada proceso. Es decir, ambos procesos resultan compatibles y no se vulnera el principio analizado.

El quid de la cuestión reside en que se desprende (aparentemente) una duplicidad de responsabilidad civil que dimana de cada procedimiento. Respecto de las causas que pueden derivar de la calificación culpable del concurso (analizadas en el apartado VII de esta investigación), los arts., 455.2. 4ª y 5ª TRLC (que atienden a los efectos patrimoniales de la calificación del concurso culpable) disponen que las personas afectadas por la calificación (o los cómplices) pueden ser castigadas:

- a) A devolver los bienes o derechos que hayan obtenido de forma indebida del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa.
- b) A indemnizar con o sin solidaridad, los daños y perjuicios causados.

Además, el art. 456.1 TRLC, propone la posibilidad de que el deudor sea condenado a la cobertura del déficit, total o parcial.

En lo que respecta al proceso penal, el art 259.5 CP dispone que el deudor puede ser condenado a suplir el importe de la responsabilidad civil derivada de los delitos de insolvencia punible, donde “dicha responsabilidad civil... deberá incorporarse, en su caso, a la masa”.

Por lo tanto, lo que se pretende en ambos procesos mediante la responsabilidad civil que recae sobre el deudor, es que los bienes que han sido decomisados no se dirigen directamente a satisfacer al acreedor o acreedores perjudicados, sino que dichos bienes se incorporan a la masa activa del concurso⁹⁸.

⁹⁸ Manuel García Villarrubia. “Las tormentosas relaciones entre la justicia penal y las competencias del juez del concurso”. Uría Menéndez, SLP. Boletín Mercantil, n.º 63, 2018. <https://www.uria.com/es/publicaciones/5739-las-tormentosas-relaciones-entre-la-justicia-penal-y-las-competencias-del-juez-d>

La STS 372/ 2012, de 11 de mayo⁹⁹¹⁰⁰, pretendió aclarar esta cuestión, considerando que la posible duplicidad entre ambos ordenamientos no es atacable por una eventual vulneración del principio non bis in ídem, como podría parecer, sino que los fundamentos legales para afrontar el problema son el art. 1156 Civ, que determina las causas de extinción de las obligaciones, y el principio general del Derecho del enriquecimiento injusto. El TS contempla como solución para no duplicar la responsabilidad civil que, en la fase de ejecución de la condena, se impida judicialmente el enriquecimiento injusto de los acreedores, si el deudor condenado ya ha cumplido previamente con la obligación como consecuencia de su condena en distinta jurisdicción. Para ello, el proceso penal debe concluir con una declaración de responsabilidad civil condicionada por el resultado del proceso concursal, donde será el juez del concurso a quien le competan las decisiones oportunas para evitar un enriquecimiento injusto de los acreedores.



⁹⁹ Rafael Abatí García-Manso Conexión penal de la insolvencia mercantil. ELDERECHO.COM. NOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD.

<https://elderecho.com/conexion-penal-de-la-insolvencia-mercantil>

¹⁰⁰ Sentencia Penal Nº 372/2012, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec. 1307/2011 de 11 de Mayo de 2012. Ponente: Manuel Marchena Gómez.

XI. CONCLUSIONES

Con el propósito de no parecer reiterativa, basaré mis conclusiones en lo que respecta al análisis de los elementos diferenciales entre el concurso culpable y el concurso punible.

Si bien las figuras que contemplan ambos ordenamientos jurídicos (mercantil-concursal / penal) presentan una clara similitud, si cabe la diferencia entre los elementos objetivos y subjetivos regulados por el concurso culpable de los propuestos por el ordenamiento jurídico penal.

En lo que respecta a la insolvencia como presupuesto objetivo, en ambos ordenamientos se parte de una insolvencia actual o inminente, pero en el orden penal también deben concurrir los términos de insolvencia total/parcial, real/aparente, definitiva o provisional. Además, en el orden penal no es necesario que siempre haya una situación previa de concurso para considerarse que el deudor se haya en situación de insolvencia actual o inminente. En palabras de Eva M.^a Souto García¹⁰¹: *“el legislador penal ha extrapolado los conceptos de la Ley Concursal pero engarzándolos de una forma confusa. Y es que el legislador concursal, a diferencia del penal, no separa el concepto de insolvencia inminente o actual de la declaración del concurso, sino que ambos son presupuestos para ella”*. Es decir, en el concurso de acreedores (perteneciente al ordenamiento mercantil), se exige para la declaración del mismo (voluntario o necesario), que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente. Esto no sucede en el ámbito penal, donde la situación de insolvencia no tiene porqué llevar aparejada la declaración de concurso. Por ello, no es posible configurar a todas las figuras penales analizadas en esta investigación como concursales¹⁰².

Desde mi punto de vista, el legislador penal se ha excedido al mencionar como concurso punible a este tipo de figuras, pues no todas ellas proceden de una situación previa de concurso de acreedores para que puedan castigarse penalmente. De ahí que considere personalmente que es un mal denominado concurso punible.

¹⁰¹ Eva M.^a Souto García... La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada... Cit.

¹⁰² María Fernández-Cuesta Donat. El concepto de insolvencia en el ámbito concursal y penal. Cit.

En atención a las conductas realizadas por el deudor como presupuesto subjetivo, es cierto que hay una notoria identidad entre las conductas sancionables, pues se subsumen los ilícitos mercantiles en los penales. Ambos órdenes jurisdiccionales protegen el mismo supuesto de hecho (salvo la gravedad de la conducta, que se castiga de diferente forma), intencionalidad del sujeto activo, ... Sucede que, se produce una contradicción con el principio de intervención mínima, puesto que no pueden defenderse los mismos hechos merezcan un reproche civil y un reproche penal a la misma vez. Sin embargo, a pesar de esa estrecha afinidad entre ambos ordenamientos, las categorías jurídico-penales no son aplicables al supuesto del concurso culpable y viceversa¹⁰³. Se puede observar que, el alzamiento de bienes desde la perspectiva concursal es menos coercitivo que en el ámbito penal, pues basta con el simple desplazamiento patrimonial sin causa o por obligaciones ficticias. Siempre que exista un delito de alzamiento de bienes concurrirá esta causa de calificación culpable, **pero a la inversa no es posible**. En mi opinión, esto último podría trasladarse al resto de artículos que se han ido contraponiendo.

Por otra parte, no existe vinculación entre ambos ordenamientos jurídicos. La desvinculación de la jurisdicción penal respecto a la jurisdicción mercantil permite que las personas que han sido declaradas en un concurso de acreedores como culpables, no se les depurará responsabilidad penal. Lo mismo sucede a la inversa; en ámbito penal puede apreciarse delito de alzamiento de bienes y delito de insolvencia punible, mientras que el orden jurisdiccional mercantil se resuelve que la insolvencia ha sido de carácter fortuito. Por lo tanto, a pesar de la similitud de las figuras jurídicas que existen en ambos ordenamientos, se remarca esa independencia mercantil-penal (concursal-penal).

De la misma forma que no hay vinculación alguna por tratarse de dos jurisdicciones absolutamente diferentes, tampoco cabe la vulneración del principio non bis in ídem. Ello se desprende de la normativa vigente que refleja la autonomía procesal de ambos procesos (arts 462 TRLC y 259.6 CP). Por otro lado, en lo que respecta a la duplicidad de la responsabilidad civil del deudor, éste puede encontrarse en la situación de ser condenado en el proceso penal por dicha responsabilidad civil (art. 259. 5 CP) y, a su vez, haya una calificación culpable en un proceso concursal donde se le castigue por la misma conducta (art. 455.2.5 TRLC), provocando (aparentemente) una vulneración del principio non bis

¹⁰³ Elena Gutiérrez Pérez... *“La calificación culpable del concurso y los delitos de causación y agravación de la insolvencia...”*. Cit. pp. 27 a 30.

in ídem. En ese caso, la jurisprudencia del TS ha resuelto que no se duplique dicha responsabilidad civil, puesto que el paralelismo entre ciertas conductas que se derivan de dos procesos en jurisdicciones diferentes y que se van a juzgar no supone la vulneración del principio en cuestión. En conclusión, no cabe vulneración del principio non bis in ídem porque no se cumple la triple autonomía exigida por el TC (identidad del sujeto, hecho y fundamento) y porque ambos procesos son autónomos.



XII. BIBLIOGRAFÍA

A. Apuntes, manuales, revistas, tesis ...

- Armando García Sánchez. *“La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes”*. Tesis. Jaén, 2011.
- Carlos Romero Sanz de Madrid. *La calificación en el concurso de acreedores. Presupuestos, tramitación y efectos*. Ed. Bosch, 2022.
- Elena Gutiérrez Pérez. *Alzamiento de bienes e insolvencias punibles. Bases para una teoría general*. Tesis doctoral. Universidad de Alicante. Alicante, 2017-2019.
- Elena Gutiérrez Pérez. Profesora Ayudante Doctora del Área de Derecho Penal de la Universidad de Alicante. *“La calificación culpable del concurso y los delitos de causación y agravación de la insolvencia (arts. 259.1 y 2 CP): Un artificioso divorcio legal frente a una pareja de hecho?”* Revista General de Derecho Penal 38 (2022).
- Elena Gutiérrez Pérez. Profesora de Derecho penal. *El Derecho penal frente a la insolvencia*. Aranzadi, 2021.
- Fátima Pérez Ferrer. Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Almería. *“Sobre el delito de alzamiento de bienes en los casos de crisis matrimoniales y parejas de hecho”*. Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Vol. 30, diciembre de 2023.
- Geli Fernández-Peñaflor, Eduardo; Arlabán Gabeiras, Blanca (2022). *Los planes de reestructuración*. *Actualidad Jurídica. Uría Menéndez*, 59.
- Gómez-Acebo & Pombo. *“Análisis de las principales novedades de la reforma de la Ley Concursal que entrará en vigor el próximo 26 de septiembre de 2022 en el desarrollo del procedimiento concursal”*. Septiembre de 2022. Manuel Broseta Pont. Fernando Martínez Sanz. *Manual de Derecho Mercantil*. Vol. II. Tecnos. Madrid, 2022.
- Manuel García Villarrubia. *“Las tormentosas relaciones entre la justicia penal y las competencias del juez del concurso”*. Uría Menéndez, SLP. *Boletín Mercantil*, n.º 63, 2018.
- María Angustias Diaz Gómez. Carlos Miguez del Río. *“La calificación del concurso tras la reforma introducida en la Ley Concursal por la Ley 38/ 2011”*. *Pecvnia*, núm. 14. (enero-junio 2012).
- María Fernández-Cuesta Donat. *El concepto de insolvencia en el ámbito concursal y penal*. *Revista CEF Legal*, 220. Mayo 2019.

- Miguel Bustos Rubio. Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología Universidad Internacional de La Rioja. Artículo “Los delitos de bancarrota: una modalidad de insolvencia punible. Cuestiones de Penal Sustantivo”. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 50/2018 parte Análisis doctrinal.
- Norberto Javier de la Mata Barranco “Derecho penal económico y de la empresa”. Dykinson, 2018.
- Prof. Dr. José Carlos Espigares Huete. Profesor Titular de Universidad UMH. Apuntes de Derecho Concursal.
- Rafael Abatí García-Manso Conexión penal de la insolvencia mercantil. ELDERECHO.COM. NOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD.
- Sansa, Raimon; García Martín, David Tagliavini. Novedades en materia de calificación concursal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm.59, 2022.
- Shaw Morcillo L., “*Calificación concursal*, Fe de Erratas”. Madrid, 2014.
- Souto García, E.M. los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal.
- Vallejo, M. J., Fernández, E. A., & Pérez, Á. L. P. Derecho penal aplicado: Parte especial. Dykinson, S.L. 2018.

B. Bases de datos.

- Dialnet. La Ley penal, revista de derecho penal, procesal y penitenciario.
- ELDERECHO. COM. Noticias jurídicas y de actualidad.
- Iberley.es.
- Instituciones Aranzadi.
- La Ley Digital.
- Tirant Prime.
- Tribunal Constitucional de España.
- Uria.com. Uria Menéndez.
- vLex España Premium.

C. Jurisprudencia.

- SAP. Barcelona 87/2009, de 13 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 15-10-2003, nº. 1347/2003, rec.1566/2002.

- Sentencia Penal Nº 372/2012, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec. 1307/2011 de 11 de Mayo de 2012. Ponente: Manuel Marchena Gómez.
- STC 2/1981, de 30 de enero (*BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981*).
- STS 15 de junio de 2001. Sala Segunda, de lo penal. Rec. 1933/1999.

D. Legislación.

- Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio del 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.