

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ DE ELCHE

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

Grado en Derecho



UNIVERSITAS
Miguel Hernández

**LÍMITES ENTRE LA INSOLVENCIA CIVIL Y LA INSOLVENCIA PUNIBLE
EN EL PROCESO CONCURSAL**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Autor:

Sergio Mas Ruiz

Tutor:

José Carlos Espigares Huete

Curso Académico:

2018-2019

ELCHE, 2019

ÍNDICE

1) Abreviaturas.....	3
2) Introducción.....	4
3) La calificación del concurso.....	6
4) La insolvencia civil.....	17
5) La insolvencia punible.....	23
6) Paso de la jurisdicción civil a la penal tras Sentencia de concurso culpable.....	32
7) ¿Qué insolvencias civiles pueden tener un posible reproche penal?.....	39
8) Conclusiones.....	47
9) Bibliografía.....	49
10) Anexos.....	50

ABREVIATURAS

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
C. de c.	Código de Comercio
C.P.	Código Penal
C.C	Código Civil
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LO	Ley Orgánica
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAP CS	Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
SJM MU	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia
SJPII	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N°1
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social

INTRODUCCIÓN

Con motivo de la realización de este Trabajo de Fin de Grado lo que se pretende es que el lector tenga una visión general acerca de las posibles responsabilidades a las que se pueden enfrentar los administradores de una sociedad o las personas físicas, en el desempeño de sus cargos y en el tráfico del comercio.

Dicho trabajo se da en un momento temporal concreto, ya que no estamos en lo que se conoce como “Institución Preconcurso”, ni tampoco estamos una vez iniciado el concurso, en la “Fase Común” ni en la “Fase de Convenio”, aunque esta última hay que matizarla, lo que se hará con posterioridad.

Por lo tanto, si no estamos en ninguna de estas dos fases ni en una Institución Preconcurso... ¿Dónde estamos? Pues bien, podemos afirmar que estamos en el momento en el que una sociedad ha ido al peor escenario posible, es decir, a la “Fase de Liquidación”, lo que conllevará a su vez, y con posterioridad, la aparición de la llamada “Fase de Calificación”, que declarará el concurso como fortuito o como culpable.

Sin embargo, cabe resaltar que no sólo se abre la fase de calificación cuando una concursada ha ido a liquidación, sino que también cuando se haya aprobado un convenio gravoso para los acreedores, que implique, como mínimo, quitas superiores a un tercio del importe de los créditos o plazo de espera superiores a 3 años

Más concretamente, nos vamos a centrar en el concurso culpable y todo lo que eso conlleva en cuanto a responsabilidades de algunos de los cargos de la sociedad.

Dichas responsabilidades, como veremos, se encuentran recogidos en la Ley Concursal y, por lo tanto, se tratan de motivos tasados, lo que conlleva que los Jueces y Magistrados, en el desempeño de su potestad jurisdiccional que es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, estén sometidos a la ley, como no puede ser de otra forma en un Estado Social y Democrático de Derecho como es España.

El fin que contempla el presente Trabajo de Fin de Grado no es sólo éste, ya que vamos a ir más allá de las responsabilidades de carácter civil como consecuencia de un estado de insolvencia.

Se analizará el cómo, cuándo y porqué, de la responsabilidad del deudor o deudores concursados, y cuando estos, pueden cruzar una línea roja y no deseada, que es la responsabilidad penal como consecuencia de un estado de insolvencia, esto es, la insolvencia punible.

Todo ello teniendo presente la reforma operada en el Código Penal recientemente mediante la LO 1/2015

Una vez finalizada la lectura de éste trabajo se busca que el lector haya asimilado todos aquellos posibles escenarios que se pueden dar en el proceso concursal a partir de esa fase de calificación así como los conceptos no sólo de carácter civil sino también los de naturaleza penal y cuál es el límite entre ambas insolvencias.

LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

La calificación del concurso es un momento en el que el Juez del concurso, antes de poner fin al proceso, valora si hay que hacer un reproche añadido al deudor concursado.

Se trata de un juicio de valor extra como consecuencia del resultado del concurso, que en este caso ha sido el peor posible, ya que el concurso ha ido a fase de liquidación que, como bien sabemos, se trata de hacer dinero líquido de los bienes del deudor concursado.

También, y como se ha dicho en la introducción del presente trabajo, cuando se ha aprobado un convenio demasiado gravoso para los acreedores, que o bien implican una tardanza en el cobro de los créditos más largo de lo normal (> 3 años) o bien una quita del crédito, que como bien se ha dicho, tiene que ser superior a un tercio.

Asimismo, antes de la finalización del proceso, se valora el origen de la grave situación patrimonial en la que ha incurrido el deudor, los acreedores que se han quedado sin cobrar, etc., y si éste, ha contribuido al agravamiento de su insolvencia mediante conductas negligentes, de mala fe o que no se ajustan a derecho, o si por el contrario ha sido simplemente un empresario al que, poco a poco, se le ha ido el negocio de las manos en el tráfico mercantil.

Si ha existido esa culpa o negligencia y en definitiva ese plus de incompetencia, el concurso será declarado como culpable, todo ello con la intervención en dicha fase del Ministerio Fiscal y de la Administración Concursal, que también participan en calificar si el concurso ha sido fortuito.

Sin embargo, lo que nos interesa saber en este punto es cuando o qué criterios se siguen para calificar el concurso como culpable. Para ello hay que acudir a la Ley Concursal y al art. 164.

En dicho precepto se dice, en primer lugar, que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales.

En los casos de persona jurídica, sus administradores de hecho o de derecho y apoderados generales que hubiesen trabajado en la sociedad en los 2 años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, pudiendo alcanzar incluso a los socios¹.

La jurisprudencia, partiendo de tal disposición, viene considerando que para el éxito de la pretensión de calificación han de concurrir los siguientes requisitos: a) la existencia de un comportamiento activo u omisivo del deudor, o de lo que la ley denomina personas afectadas; b) la generación o agravación de un estado de insolvencia; c) la imputación de la conducta a título de dolo o culpa; y d) la existencia de una vinculación causal entre la conducta y el resultado dañoso.

En todo caso, la ley considera que el concurso es culpable cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias (art.164.2):

1. Cuando el deudor legamente obligado a la llevanza de la contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o, añada la ley, hubiera cometido irregularidades relevantes para la comprensión de su situación patrimonial².

En estos casos, lo que se trata de sancionar son conductas contrarias al deber de diligencia en la llevanza de la contabilidad.

Sin embargo, cabe extraer determinadas notas características de este apartado. Una de ellas es que el deber de llevar una contabilidad clara y ordenada no solo tiene un valor interno para la empresa que también, ya que permite tener una imagen fiel de la situación patrimonial de esta, sino que también tiene un valor de cara al exterior.

¹ SJM MU Nº2, Nº de resolución 320/2018. En dicha sentencia se pone de manifiesto, como hecho de generación o agravación del estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave del deudor, la aceptación pura y simple de una herencia por parte de uno de los concursados, asumiendo deudas por más de 1 millón y, además, sin consentimiento de la Administración Concursal.

² La SAP de Alicante, Sección 8ª, de 24.10.2012 [ROJ: SAP A 2961/2012], fija los elementos que conforman la irregularidad relevante, señalando cuatro: (i) uno material , referido a una información o una falta de información derivada de la contabilidad del deudor que no se corresponde con la realidad de una operación económica; (ii) uno segundo cuantitativo , por cuanto esa discordancia entre la contabilidad y la realidad económica debe traducirse en unas diferencias económicas importantes, por lo que se excluirán las diferencias de escasa cuantía atendiendo al volumen del conjunto de operaciones del concursado; (iii) uno tercero cualitativo , pues deberá afectar a elementos determinantes para conocer la verdadera situación patrimonial y financiera del concursado, por lo que se excluirán las irregularidades que no alteran de forma determinante la información sobre la verdadera situación patrimonial y financiera; y finalmente (iv) uno subjetivo , en cuanto la irregularidad debe revelar cierta intencionalidad o el incumplimiento de las más elementales reglas de la diligencia exigible al concursado.

Este valor externo ha ido adquiriendo, con el paso de los años, más importancia ya que la contabilidad refleja y protege los intereses de los acreedores, pero también el de los socios y los de terceros. Se puede decir que ese interés que se busca tutelar ha traspasado la esfera privada y afecta al interés público, que en definitiva es el interés de la colectividad.

También podríamos afirmar que afecta al interés público como consecuencia de que los libros contables deben de ser registrados y presentados en el Registro Mercantil, siendo una muestra de transparencia y de imagen fiel de la empresa que ayuda a empresarios e inversores a conocer la realidad de una sociedad en la que se quiere invertir, por lo que es necesario una seguridad jurídica en estos casos.

Sin embargo, cabe resaltar que no todo incumplimiento del deber de llevar una contabilidad ordenada hace que el concurso tenga que ser calificado como culpable, ya que la ley habla de incumplimiento sustancial, es decir de un incumplimiento grave o esencial para la comprensión de la situación patrimonial de la empresa.

2. El segundo punto hace referencia a la falsedad documental, cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos que acompañasen a la declaración del concurso, o los que se presenten durante la tramitación, para añadir a continuación una cláusula general, hacia todos los documentos falsos que hubiese presentado o acompañado.

Sobre este precepto cabe incidir en que esa falta de diligencia puede producirse a través de conductas dolosas o negligentes. ¿Cuándo estamos ante un supuesto u otro?

Estaremos ante conductas dolosas, por ejemplo, cuando el administrador, consciente de ello, introduzca falsedades en los documentos aportados, mientras que serán negligentes cuando en dichos documentos se encuentren inexactitudes u omisiones graves.

Con todo ello, el objetivo que persigue el legislador no es otro que el del buen fin del proceso concursal o del concurso, con datos útiles y relevantes, evitando que se omita cualquier tipo de información relevante³.

3. Cuando la apertura de la fase de liquidación hubiera sido acordada de oficio por incumplimiento de convenio por causa imputable al concursado.

En este apartado nos encontramos con un agravamiento de la insolvencia del deudor que ha llevado al incumplimiento del convenio. Sin embargo, la norma y a mi juicio, también busca castigar determinadas conductas del deudor concursado cuando se ha alcanzado un convenio con los acreedores, del cual no ha resultado muy satisfecho y decidiendo incumplirlo conscientemente.

Para tratar de evitar dicha apertura de la fase de liquidación por incumplimiento de convenio, resulta imprescindible como no puede ser de otra forma, la función de los administradores societarios en el seguimiento del buen fin del convenio.

Además, la LC establece un deber de información del deudor al juez, como así se refleja en su art. 138 al decir que, con periodicidad semestral, contada desde la fecha de la sentencia aprobatoria del convenio, el deudor informará al juez del concurso acerca de su cumplimiento.

³ La SAP de Barcelona Nº de resolución 972/2018 añade además, que cabría aplicar el art. 164.2.2º incluso cuando hubiesen varias inexactitudes que, apreciadas de forma de forma separada no revistan especial gravedad, pero que sumándolas si que pueden determinar una inexactitud grave. Lo que se busca proteger es que los órganos del concurso no encuentren dificultades extraordinarias en la realización de su cometido.

4. En cuarto lugar, se hace referencia a cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o lleva a cabo actos que retrasen, dificulten o impidan la eficacia de un embargo, independientemente de que estuviese iniciada o se fuese a proceder en el futuro.

El clásico concepto del " alzamiento de bienes " abarca las conductas de ocultación o desaparición de los bienes del deudor para sustraerlos a los acreedores⁴. También correspondería a esta tipificación por tanto, la enajenación clandestina de los bienes, es decir, la desaparición u ocultación de bienes de manera que los acreedores no puedan conocer su efectiva existencia⁵.

En palabras de la jurisprudencia, el alzamiento de bienes requiere que ese desplazamiento dinerario no tenga una causa económico-jurídica existente, legítima y debidamente justificada, lo que determina una disminución patrimonial, pues al tiempo que salen del activo dichos bienes, dicha cantidad no disminuye el pasivo en igual medida, con lo que el patrimonio neto social no permanece indemne.

Se requiere pues un ánimo de defraudar a los acreedores no sólo una merma al patrimonio de la sociedad⁶.

Añade el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 6/07/2015 que "en el elemento objetivo del alzamiento se encuentra implícita la reducción del valor del patrimonio del deudor. Subyace la idea de operaciones meramente aparentes para ocultar los bienes a los acreedores".

En todo caso resulta preciso que dicha conducta haya producido como resultado real o potencial, la lesión (total o parcial) del derecho de crédito de uno o varios acreedores refiriendo el perjuicio no a la masa activa del concurso, sino a los acreedores⁷, siendo igual exigencia del tipo que aquellos actos se hayan realizado con ánimo de defraudar a uno o varios acreedores⁸.

⁴ El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 17.4.2008 [JUR 2008/188168] que entendiendo el alzamiento de bienes como un acto imputable al deudor y realizado con ánimo de defraudar a sus acreedores, su ejecución determina la desaparición u ocultación de bienes o derechos.

⁵ SJM Madrid 11/2019, Nº de recurso 315/2015

⁶ [Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª, de 26.3 2013]

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 29.11.2007

⁸ Auto Juzgado Mercantil de Cádiz de 4.3.2008

5. Cuando en los 2 años anteriores a la declaración del concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor tanto bienes como derechos.

Por su parte la figura de la " salida fraudulenta " del art. 164.2.5ª LC comparte con el alzamiento la salida o minoración del patrimonio de la concursada, pero se diferencia de aquella en que exige una intención fraudulenta en la concursada que se identifica con el perjuicio a la solvencia y al crédito en los términos del art. 1291.3 C.Civil.

Dicho precepto civil hace referencia a que son rescindibles los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba

Para que se cumpla este supuesto de hecho, no basta con que el acto de disposición realizado por la concursada sea susceptible de rescisión concursal, al amparo del art. 71 LC , pues para ello sería suficiente que hubiera ocasionado perjuicio para la masa, sino que es necesario, además, acreditar la concurrencia del elemento subjetivo del fraude.

Este plus en relación con la acción rescisoria concursal, que expresamente excluye la concurrencia del fraude, supone una exigencia de malicia, entendida como intención o conocimiento y aceptación, por parte del deudor concursado, de que con dicho acto se distraen los bienes o derechos objeto de la transmisión de la futura masa del concurso.

El carácter fraudulento que exige este precepto para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes tipificado en el art. 164.1.4º de la Ley Concursal.

El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que contiene tal precepto ha de relacionarse con el exigido en el art. 1291.3 del Código Civil para la acción rescisoria por fraude⁹.

La jurisprudencia, al interpretar este último precepto legal, ha evolucionado hasta considerar que para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un "animus nocendi" [propósito de dañar o perjudicar] y sí únicamente la "scientia fraudis", esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 27.3.2014 [ROJ: STS 1228/2014]

Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo¹⁰.

Como ejemplo de aplicación de dicho precepto concursal, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, mediante Auto de 23/01/2019, se pronuncia ante un caso frecuente en España en los últimos años, que no es otro que el de pagos indemnizatorios a causa de despidos y muy por encima de lo que corresponde legalmente¹¹.

6. En sexto y último lugar, cuando antes de la fecha de la declaración del concurso, el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

Se trata de un supuesto que, como veremos más adelante a la hora de comparar delitos concursales y delitos penales, se desgrana en una serie de requisitos.

Algunos de ellos son, a modo de ejemplo: “que la actuación debe ser idónea para que la situación ficticia que se pretende crear sea erróneamente tenida por verdadera por los acreedores” o “que la situación fingida ha de tener cierta relevancia y ser apta para distorsionar el comportamiento de los acreedores”.

Como ejemplo se puede mencionar el supuesto típico de reconocimiento de deudas inexistentes que es uno de los supuestos típicos de estos delitos y que, normalmente, se suele utilizar para dar buena cuenta a la Junta del buen funcionamiento de la sociedad o beneficiarse de la inversión de particulares o empresas¹².

Junto con las presunciones iuris et de iure que se establecen en el artículo 164.2 y que no admiten prueba en contrario, el artículo 165 recoge una serie de presunciones de culpabilidad que sí que admiten prueba en contrario. Se trata de las siguientes conductas que pueden ser imputadas tanto al deudor, como a sus representantes legales, administradores o liquidadores:

¹⁰ SJM Madrid núm. 191/2009, de 25 de marzo, y núm. 406/2010, de 25 de junio

¹¹ En dicha resolución se pone énfasis en que el trabajador despedido tiene un contrato de alta dirección (director gerente) lo que supondría una indemnización de 40.200€. La realidad es que en un principio se le ofreció 93.316,95€ y, posteriormente, se acordó en un acto de conciliación el pago de 223.705€ estando dicha sociedad inmersa en un proceso de disolución.

¹² SJM Bilbao 4095/2018 Nº de Resolución 370/2018

1. Incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso.

Dicho precepto lo ha dividido la jurisprudencia en dos elementos: un elemento pasivo u omisivo, y un elemento objetivo o material.

El primero consiste en el incumplimiento o en la vulneración del art.5 LC, relativo a la obligación de solicitar el concurso en el plazo de dos meses a contar desde que la sociedad se encuentre en situación de insolvencia. El segundo, el objetivo o material, hace referencia a qué presupuestos y datos hay que atender para medir la insolvencia de una entidad mercantil¹³.

2. Incumplimiento del deber de colaborar con el juez del concurso y la administración concursal o no les hubiera facilitado la información necesaria para el interés del concurso.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que la falta de entrega de documentos tan esenciales como la contabilidad de llevanza obligatoria supone una omisión del deber de colaboración. El hecho de que la administración concursal haga requerimientos para que se aporte la documentación para el buen fin del concurso y que esta no se produzca, se produzca tardíamente o simplemente que no se conteste son elementos típicos que justifican la aplicación de tal precepto¹⁴.

¹³ -En este sentido, la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 4 de marzo de 2013, explica que “El fondo de maniobra, esto es, la diferencia entre el activo y el pasivo corriente, es uno de los criterios que en la práctica se viene aceptando como indicio muy relevante de que la concursada no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

-La SJM número 10 de Barcelona de 16 de septiembre de 2014 indica que, como ratios a tener en cuenta para medir la insolvencia de una mercantil, están las siguientes: 1) ratio deuda/pasivo concursal y deuda / pasivo exigible. 2) Ratio deuda exigible/ pagos de la sociedad o 3) Ratio pasivo exigible más pérdidas / pasivo concursal

¹⁴ La SJM Madrid 10/2019 N° de Recurso 51/2014 pone como ejemplos el desatendimiento de requerimientos judiciales incluso, negar el acceso al centro donde tiene su domicilio la concursada o incluso no llega a entregar las llaves a la administración concursal pasado 5 años desde el inicio del concurso.

3. Cuando el deudor no hubiese formulado las cuentas anuales estando obligado a ello o no las hubiera depositado en el Registro correspondiente.

Con respecto al depósito de las cuentas anuales cabe decir que no puede entenderse el incumplimiento de dicho trámite como un acto mediante el cual se agrave el estado de insolvencia.

Sin embargo, lo cierto es que el legislador así lo ha considerado, probablemente porque considere que la falta de aportación impide conocer a los terceros que contratan con una sociedad cuál es la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad concursada¹⁵.

4. Cuando socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores.

El artículo 165.2 LC incorpora una novedosa presunción de culpabilidad que se refiere al comportamiento de los socios y los administradores en relación con la consecución de un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos.

Se viene entendiendo que la negativa puede consistir en una conducta activa (voto contrario en Junta a la capitalización) u omisiva (por ejemplo, ausencia del socio mayoritario que impide la constitución de la Junta).

También se requiere como requisito adicional, la exigencia de que esa negativa haya “frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos”.

¹⁵ Así se desprende de la SAP Barcelona 12525/2018 de 20/12/2018. Nº de Resolución 972/2018

Además, dicha presunción, requiere de un informe de experto independiente, lo que ha llevado a entender que la razonabilidad o irracionalidad habrá de partir exclusivamente de consideraciones económicas y también que la razonabilidad deberá analizarse desde el punto de vista del deudor, de sus socios y gestores¹⁶.

Existen supuestos en que la negativa del socio puede considerarse razonable: por ejemplo, si “la capitalización supone la transformación en acciones o participaciones de créditos que en un hipotético concurso hubieran de ser reconocidos con el rango subordinado, cuya satisfacción quedaría así pospuesta en términos temporales al pago de los créditos de los acreedores ordinarios; y el deudor o sus administradores pudieran acreditar que contaban con el apoyo de la mayoría exigida de los acreedores ordinarios para aprobar un convenio en sede concursal”.

En cualquier caso, a la vista de lo expuesto, parece que tendría fundamento, por tanto, decir que la exigencia de un sacrificio desproporcionado (que sería causa de impugnación del acuerdo homologado judicialmente) puede también, en un estado previo (frustración del acuerdo por la negativa del socio), servir de parámetro de valoración de la conducta de ese socio a los efectos de la presunción de culpabilidad del artículo 165.2 LC.

5. Responsabilidad de los Cómplices

Finalmente y para finalizar dicho apartado, el artículo 166 LC hace referencia a los cómplices.

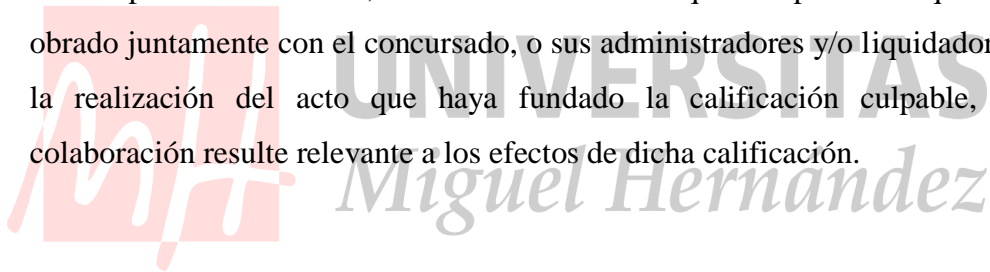
En palabras de la ley, se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

¹⁶ (Villena Cortés, F. B. y Nieto Delgado, C., op. cit., p. 5).

Sin embargo, este tenor genérico de la ley la refuerza el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de octubre de 2017 (nº 583/2017). En ella se afirma que, para que se pueda apreciar complicidad, tienen que darse dos requisitos:

- a) Que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable.
- b) La cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave.

Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación.



LA INSOLVENCIA CIVIL

Expuesto el apartado anterior, donde se ha declarado el concurso como culpable en base a los criterios expuestos, es hora de analizar las consecuencias de esa mala gestión y de depurar responsabilidades. En este apartado vamos a ver qué tipo de condena civil se enfrentan los actores que han creado tal situación de insolvencia civil. Para ello, hay que acudir a la LC, más concretamente a sus artículos 172, que hace referencia a la “Sentencia de Calificación” y 172 BIS que tiene como título la “Responsabilidad Concursal”.

Cabe destacar en este sentido que la calificación del concurso comporta una serie de sanciones, sanciones que, en todo caso, tienen una naturaleza civil.

Una vez que se ha calificado el concurso como culpable y se han fundado las causas que permiten justificar dicha calificación, la sentencia se debe de pronunciar sobre los sujetos que han incurrido en esa generación o agravamiento de dicha situación, es decir, aquellas personas a las que por su cargo o función, se les va a exigir algún tipo de responsabilidad.

Al hablar de sujetos responsables no se está haciendo referencia al deudor concursado, sino a los sujetos que, por medio de las funciones que tienen atribuidas, tanto legalmente como por parte del empresario, han desarrollado actos que han afectado al patrimonio.

En los casos de persona jurídica, un ejemplo de ello son los administradores o liquidadores, o incluso los apoderados, ya no solo los que están trabajando en dicha sociedad cuando se procede a la declaración del concurso, sino también en los dos años anteriores a la declaración de ésta.

Centrándonos en las sanciones en las que los sujetos mencionados pueden incurrir, la LC contempla dos clases de sanciones, unas que tienen naturaleza patrimonial y otras que tienen naturaleza personal.

Con respecto a las sanciones de naturaleza personal, la Ley Concursal plantea la inhabilitación de las personas que se encuentren afectadas por la calificación por un periodo de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante ese periodo de tiempo.

Esta inhabilitación en el tiempo, como no puede ser de otra forma, tiene que estar motivada por el juez teniendo en cuenta:

1. La gravedad de los hechos en los que se ha incurrido.
2. Los perjuicios creados a los acreedores.
3. Si la persona afectada en el concurso ha sido declarada culpable en otros concursos.

Asimismo, cabe decir que los administradores y liquidadores que se encuentren inhabilitados por la sentencia de calificación, cesarán en sus cargos de forma automática, siendo la junta o asamblea de socios la que decida qué persona o personas ocuparán el cargo de los inhabilitados, como así lo indica la LC en su art. 173.

Otra de las sanciones que se contemplan es la pérdida de los derechos como acreedores concursales o de la masa de las personas afectadas por el concurso (art.172.2 3º LC). Lo relevante aquí, es la gran extensión de la consecuencia jurídica ya que la ley lo amplía a “cualquier derecho” ya sea como acreedor de un título de crédito contra la masa como cualquier derecho que se posea como acreedor concursal.

También se contempla la posibilidad de que, aquellas personas afectadas por el concurso y recogidas en la sentencia de calificación, se les compele a la devolución de bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o de la masa activa. En este tipo de sanción tenemos que hacer hincapié en dos cosas a modo aclaratorio, ya que el mismo precepto recoge dos momentos temporales distintos:

- En primer lugar, cuando se hace referencia a “devolver los bienes y derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor”, esto hace referencia, lógicamente, al periodo anterior a la declaración del concurso.
- En segundo lugar, cuando hacer referencia a “los bienes o derechos recibidos indebidamente de la masa activa”, no nos encontramos en un momento previo a la declaración de concurso, sino cuando ya se ha declarado el concurso.

Finalmente, como último supuesto de responsabilidad que contempla la Ley Concursal tenemos la indemnización por los daños y perjuicios causados. Aquí, cobra especial protagonismo la administración concursal, ya que es el órgano encargado no solo de presentar al juez un informe razonado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, sino también el de expresar claramente quienes son las personas sobre las que debe recaer una consecuencia jurídica, así como la determinación de los daños y perjuicios que se hayan causado.

Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 169.1 LC al expresar que: “dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para la personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores”.

Enfocándonos en la indemnización por daños y perjuicios, se encuentra recogida en el artículo 172.2 3º LC en su parte final, teniendo conexión con la sanción de devolución de bienes y derechos obtenidos indebidamente.

El problema que se plantea puede dar lugar a distintas interpretaciones, ya que se discute si dicha indemnización es autónoma de la devolución de los bienes o derechos o no¹⁷.

Cabe recordar que el artículo 894 C. de c. de 1885, decía que “los cómplices podían ser condenados a reintegrar a la masa los bienes, derecho y acciones sobre cuya sustracción hubiere recaído la declaración de su complicidad, con intereses e indemnización de daños y perjuicios”.

¹⁷ Autores como José Machado Plazas opinan que el problema interpretativo del artículo 172.2. 3º LC es si, al referirse a la indemnización por los daños y perjuicios causados, la ley recupera el sentido y la finalidad del artículo 894 del Código de Comercio o va más allá, tipificando una sanción civil independiente de la condena de la devolución de los bienes o derechos.

La controversia surge en éste caso porque aquí, no se trata de una indemnización autónoma, sino una indemnización accesoria o complementaria a la devolución de tales bienes o derechos. En este caso, parece que dicho art. 172.2 3º LC va en esta dirección.

Junto con el artículo 172 se abre un apartado bis del mismo precepto que hace referencia a la responsabilidad concursal. En ella se pone de manifiesto, a grandes rasgos, que:

- Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o algunos de los administradores, liquidadores, de hecho o de derecho, o a apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como a los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores.

En el caso de que el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección secta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los que han provocado la reapertura.

Por otro lado, en el caso de que existan pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos de cada uno que hubieran determinado la calificación del concurso.

- Una segunda cuestión es la relativa a la legitimación. Dispone la LC, que la legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal.

Además, se pone de manifiesto que los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de ejecución, estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento.

- Finalmente, el articulado pone de manifiesto que las cantidades que se obtengan por la ejecución de la sentencia de calificación se integraran a la masa activa del concurso y que, quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia un recurso de apelación.

Una vez leído el precepto, cabe destacar la referencia a los apoderados generales, ya que el Anteproyecto de Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, los recoge por primera vez de forma taxativa, ya que con anterioridad se les podía considerar administradores de hecho.

Con esta reforma lo que se ha conseguido es facilitar el reconocimiento expreso de los responsables y que no haya ningún margen de dudas a la hora de aplicar la responsabilidad concursal procedente.

También es reseñable acerca del art. 172 bis, la figura del administrador de hecho, figura que, en muchas ocasiones, se utiliza por parte de administradores que han sido inhabilitados con motivo de una sentencia de calificación culpable, para seguir al frente de una sociedad y poder actuar en el tráfico mercantil.

Sin embargo, esta función irregular no puede servir como definición técnica para la figura del administrador de hecho.

Existen sentencias del TS que destacan por la claridad en dicha definición y funciones, pero es de destacar una sentencia de la Sala de la Audiencia Provincial de Barcelona del 17 de diciembre de 2010, estableciendo un nomenclátor de definiciones. Entre ellas destacan las siguientes:

- ❖ La falta de subordinación o autonomía con respecto a un órgano de administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen del nombramiento formal o regular, está ejerciendo en la práctica cotidiana funciones de gestión, administración y gobierno.

- ❖ Se marca como un criterio a tener en cuenta el de la habituabilidad en el ejercicio de tales funciones, excluyendo por tanto una actuación puntual o esporádica.
- ❖ Finalmente, se exige que exista una cierta “calidad” en el ejercicio de dichas funciones, entendiendo como tal que la actuación no se quede en la esfera previa a la decisión, si no que se lleve a cabo como consecuencia del requisito de la autonomía de la voluntad.

A modo de resumen acerca de lo expuesto, y antes de ir a tratar el tema de las insolvencias punibles, es necesario recordar qué tipo de responsabilidades nos podemos encontrar en el ámbito concursal, para saber, en el siguiente apartado, los cambios que existen al pasar de una jurisdicción a otra.

Son los cuatro siguientes:

- 1. La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación**
- 2. La pérdida de los derechos como acreedores concursales o de la masa**
- 3. La devolución de bienes o derechos obtenidos indebidamente**
- 4. La indemnización de daños y perjuicios causados.**

INSOLVENCIAS PUNIBLES

Nuestro Código Penal vigente, como consecuencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, ha introducido profundos cambios que, históricamente, venían siendo heredados ya no solo por el CP de 1995, sino incluso de su antecesor, el de 1973.

Históricamente, el delito de insolvencia punible que se recogía en el Capítulo VII, establecía dichos delitos, abarcando desde los artículos 257 hasta el 261 bis, pudiéndose calificar los artículos 257 y 258 como los delitos dedicados al alzamiento de bienes, siendo los restantes, del 259 al 261 bis, los dedicados a delitos concursales.

Con esta nueva reforma se modifica el título del Capítulo VII, recibiendo el nombre de “Frustración en la Ejecución”, y englobando el delito de alzamiento de bienes y otras conductas afines en sus artículos 257 a 258 ter.

Junto con ello, se crea el Capítulo VII bis, que engloba la vieja rúbrica de las insolvencias punibles y que va de los art. 259 a 261 bis. En este capítulo se pone énfasis en las conductas que el deudor puede realizar en una situación concursal de insolvencia actual o inminente, que es la que verdaderamente nos interesa por la temática del presente trabajo.

El objetivo que ha buscado el legislador con esta nueva reforma es, a mi juicio, clarificar las conductas que, con anterioridad, se recogían en el Código Penal de 1995, adaptándola a los nuevos tiempos, ya que los bienes jurídicos que se pretenden proteger son los mismos, en éste caso el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos.

Insolvencia punible dolosa (art. 259.1 CP):

Esta primera modalidad de insolvencia punible castiga las actuaciones contra el deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos, castigando con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses a “quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas:”, recogándose a continuación nueve conductas típicas que, como veremos, tiene una válvula de escape para todas aquellas conductas que no quepan en los nueve supuestos anteriores.

Sin embargo, lo primero que tenemos que conocer o de preguntarnos es: ¿Qué entendemos por insolvencia?

Pese a que se puede tener una idea general de insolvencia definiéndola como aquel deudor que no tiene dinero líquido o patrimonio suficiente para hacer frente a las deudas, o como aquel deudor que tiene un pasivo exigible mayor que los bienes y derechos realizables del deudor, es necesario abandonar el ámbito penal un momento y acudir a la Ley Concursal para conocer exactamente la definición ya no del término de “insolvencia” sino también el de “insolvencia actual o inminente.

En este sentido, la Ley Concursal en su artículo 2.2 define el estado de insolvencia como “el estado en el que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones”.

Posteriormente, el art. 2.3 proclama que “se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones”¹⁸.

Una vez sabemos el concepto de insolvencia y de insolvencia inminente, vamos a ver qué conductas se castigan en el artículo 259.1. Todas ellas se castigan con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses cuando concurren alguno de los siguientes hechos:

- Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos o que habrían estado incluidos, en el momento de su apertura, en la masa del concurso.
- Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales o mediante la asunción de deudas que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos y que carezcan de justificación económica o empresarial.

¹⁸ Así lo señala la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 22 de mayo de 2013, que indica que: “la expresión estado de insolvencia debe entenderse en un sentido flexible y no absoluto, no identificado necesariamente con la definitiva e irreversible impotencia patrimonial, sino con la situación de incapacidad actual o inminente para el cumplimiento regular de las obligaciones”, añadiendo a continuación que “lo relevante es “la capacidad del deudor para afrontar de forma regular sus obligaciones, tanto transitoria como definitivamente, y en qué momento dejó de tenerla.

- Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por un precio inferior a su coste de adquisición o producción y que, en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.
- Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios.
- Y, finalmente, que participe en negocios especulativos, cuando ello careza de justificación económica y resulte, a la vista de la actividad desarrollada y en las circunstancias del caso, contrario al deber de diligencia que se le exige al deudor en la gestión de los asuntos económicos.

Como podemos observar, estas conductas de simular créditos, hacer transferencias que no guardan relación con la situación patrimonial del deudor o realizar operaciones de venta que carecen de justificación económica, son conductas del deudor tendentes a reducir su patrimonio.

Junto con estas conductas, se incluyen tres conductas más tendentes a que no se pueda conocer la situación patrimonial del deudor o a que sea muy difícil conocerla como consecuencia de la falta de diligencia exigible al deudor insolvente. Son las siguientes:

- Incumplir el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera, siendo también punible la destrucción o alteración de los libros contables cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.
- Se altere, se oculte o se destruya la documentación que el empresario está obligado a conservar durante el plazo legalmente establecido, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor¹⁹.

¹⁹ En estos casos y salvo disposición legal o especial, el plazo establecido es el artículo 30 del Código de Comercio, siendo éste de seis años.

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

Estos tres preceptos mencionados son penados por el Código Penal pero deben de ser entendidos en un sentido que va más allá del tenor literal de la ley. No se sanciona al deudor empresario por el incumplimiento de dichos deberes de llevar una contabilidad clara y fiel a su actividad empresarial, sino que lo que se persigue es el peligro creado como consecuencia de esa falta de diligencia, perjudicando los intereses de los acreedores o de terceros interesados.

Finalmente, el artículo 259.1 establece una cláusula general en su punto nueve, castigando al que “realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial”. En este caso, y como observamos, aquí ya no tiene protagonismo los documentos mercantiles, contables, etc., si no que basta con que el deudor realice cualquier acción u omisión con la que se oculte su situación patrimonial.

Insolvencia punible: art. 259.2 CP:

El artículo 259.2 guarda relación con todos los preceptos anteriormente mencionados que engloban el art. 259.1 y sus nueve puntos, afirmando que “la misma pena se impondrá a quien, mediante alguna de las conductas a las que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia”.

Insolvencia punible art. 259.3 CP:

El presente precepto hace referencia a la insolvencia punible por imprudencia, estableciendo dicho precepto que “Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses”.

Cabe destacar de este tipo de insolvencia, que se trata de una de las novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2015²⁰. Con anterioridad a la aprobación de dicha Ley Orgánica, la jurisprudencia solo contemplaba el delito de insolvencia punible mediante dolo directo.

En la actualidad, ese abanico de posibilidades se ha ampliado, pudiendo acusar al deudor por un delito de insolvencia concursal mediante dolo eventual. A mi juicio y observando este precepto y la clausula general del artículo 259.1, creo que tendría cabida este último en el delito de imprudencia al perseguir al que “realice cualquier otra conducta activa y omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia”.

Con esta nueva reforma no solo se adapta la legislación al modelo de país que representa España donde el sector de las PYMES es una grande de nuestras bazas, si no que resuelve problemas que se han dado durante los años de grave crisis económica, donde existían muchos estados de insolvencia que quedaban sin castigo por considerarse un supuesto atípico.

Insolvencia punible art. 259 BIS CP:

El apartado BIS del artículo 259 CP, constituye también una de las grandes novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2015, y que podemos calificar como la modalidad agravada o el tipo agravado. En él se establece lo siguiente:

“Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias”:

²⁰ Dicha ley ha sido objeto de crítica por parte del Partido Socialista Obrero Español, al entender que el Código Penal se tenía que reservar para aquellos casos de quiebra dolosa, encontrando mejores respuestas en los casos de imprudencias en la Ley Concursal.

- 1) Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica.

En este caso el CP se refiere tanto al daño sobre el patrimonio como a la posibilidad de que se produzca frente a un número de personas.

El antiguo artículo 260 CP que regulaba las insolvencias punibles hablaba de “acreedores” y ahora, con el actual Código Penal, se habla de personas, por lo que cabe incluir en este apartado, por ejemplo, a los socios de la propia sociedad insolvente o incluso a los empleados que trabajan en la misma.

- 2) Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio superior a 600.000€.

Aquí, no solo se hace referencia a deudas reconocidas que no se hayan satisfecho, si no que podemos poner como ejemplo los casos en los que se ha llegado a un convenio demasiado gravoso para algún acreedor o conjunto de acreedores en el proceso concursal.

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

Se debe matizar en este apartado que no se exige la concurrencia de que existan créditos a favor de la Hacienda Pública y Seguridad Social al mismo tiempo, sino que basta con que se dé uno de los dos para que se aplique el presente precepto.

Habiendo leído los apartados dos y tres es necesario hacer una breve reflexión y preguntarse lo siguiente: ¿Es menos grave perjudicar al ciudadano que a la Administración?

Si hacemos una breve lectura, el apartado dos hace referencia a que “se cause un perjuicio”, mientras que del apartado tres se desprende que basta la simple existencia de créditos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social. Vería necesario en estos casos que ciudadano y Administración Públicas estuviesen en una situación de igualdad en cuanto a consecuencias penales derivadas de las relaciones jurídicas.

Como vemos, se trata de un artículo complementario del ya visto artículo 259 CP y que, sin duda, recoge una serie de hechos que, de producirse conjuntamente ambos, agravarían las consecuencias del deudor con penas privativas de libertad, dejando la pena de multa inalterada.

La insolvencia punible en los artículos 261 y 261 bis:

Pasando a analizar los artículos 261 y 261 bis nos encontramos con la responsabilidad penal que permite castigar actos realizados por la persona jurídica insolvente.

El primer precepto nombra lo siguiente: “El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración del concurso, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses”.

Posteriormente, su apartado bis nos dice lo siguiente:

“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:

- ✚ En primer lugar, multa de dos a cinco años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- ✚ Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años, siempre que no esté incluida en el inciso anterior.
- ✚ Y, por último, multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Finalmente dicho artículo hace referencia a que los jueces y tribunales podrán, en atención a las reglas establecidas en el artículo 66 bis, imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Las reglas establecidas en el artículo 66 bis recogen determinados supuestos, como por ejemplo:

1. El puesto que, en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.
2. Las consecuencias económicas y sociales sobre todo, en atención a los trabajadores.
3. La reincidencia de la persona jurídica
4. O que la persona jurídica utilice la sociedad como un instrumento para cometer ilícitos penales.

Teniendo en cuenta esta serie de conductas, el juez o tribunal podrá aplicar las siguientes conductas:

1. Disolución de la sociedad, perdiendo no solo la personalidad jurídica sino también la capacidad que se exige para actuar en el tráfico jurídico.
2. La suspensión de sus actividades durante un plazo que no podrá superar los cinco años.
3. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas.
4. Prohibición de realizar en el futuro las actividades que sirvieron para ocultar o favorecer el delito, pudiendo ser esta prohibición temporal o definitiva, no pudiendo superar el plazo de quince años en el caso de ser temporal.

5. Clausura de locales por un plazo inferior a los cinco años.
6. Se prevé también la posibilidad de intervención judicial por un plazo que no podrá superar los cinco años, en aquellos casos en los que se deba de salvaguardar derechos de los acreedores o de los propios trabajadores de la sociedad.

Cabe mencionar para finalizar con el apartado de la insolvencia punible que, los delitos de insolvencia concursal, no limitan la autoría al deudor de una societario ni al deudor mercantil, ya que se aplican tanto a las personas físicas como a las jurídica.

De hecho, la LC, en su artículo 1.1, admite el concurso tanto de personas físicas como jurídicas, sin embargo, lo que sí que parece claro, es que el concurso está más dirigida a las personas jurídicas²¹.



²¹ Como muestra de ello, hubo una reforma en la LOPJ por medio de la LO 7/2015 de 21 de julio, que deja fuera de la competencia del Juez de lo Mercantil, la tramitación de los concursos de las personas físicas que no sean empresarios, dejando dicha competencia en el Juez de lo civil.

PASO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL A LA PENAL TRAS LA SENTENCIA DE CONCURSO CULPABLE

En el proceso concursal, la legitimación para solicitar la declaración de concurso nos viene dado en virtud del artículo 3 de la LC, estando legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal.

En los casos en los que el deudor es una persona jurídica, pueden ser competentes tanto el órgano de administración como el de liquidación.

Del mismo modo, para solicitar dicho concurso cuando la persona sea jurídica, están legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables. Podemos poner como ejemplo a las sociedades personalistas, colectivas y comanditarias, teniendo que aclarar que, aunque pueda ser algo notorio, no cabría en este campo las Sociedades Limitadas por el simple hecho de que no caben los socios en las S.L.

Una vez hablado del terreno concursal, resulta de vital importancia saber qué ocurre en el proceso penal y de todos aquellos aspectos que se suscitan en este nuevo proceso, empezando en primer lugar, por la ley que la rige, la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el proceso penal, la legitimación penal, a diferencia por ejemplo de la civil, basada en la idea de titularidad del derecho ejercitado, es amplia en tanto que el ejercicio de la pretensión penal se fundamenta en el derecho de penar, el “Ius Puniendi”, el cual pertenece al Estado y NO a los particulares que hayan sido ofendidos o perjudicados por el delito. Las víctimas pueden participar en el proceso, ser oídas, pero no disponer de la pena, que compete al Estado.

Por ello, la pretensión penal es ejercitada por el Estado a través del Ministerio Fiscal, con o sin consentimiento de la parte ofendida. Pero igualmente, corresponde dicho ejercicio en España al ofendido o a cualquier persona física o jurídica que ostente un interés legítimo, mediante el ejercicio de la llamada acción popular, que no solo es un instrumento democrático que permite a los ofendidos por el delito instar a la acción penal sino que también es una garantía de limitación de poder.

Un ejemplo para fundamentar este instrumento, podría ser un caso de corrupción política, en la que el Ministerio Fiscal no desee instar la acción penal, con este mecanismo de la acción popular se instaría y se podría ser parte acusadora.

A modo de resumen, en España coexisten las siguientes partes acusadoras:

- 1. Ministerio Fiscal**
- 2. Acusador particular ofendido por delitos públicos**
- 3. Acusador particular ofendido por delitos semipúblicos**
- 4. Acusador particular ofendido por delitos privados**
- 5. Acusador particular no ofendido por delitos públicos. Acción popular.**

Dicho esto, y habiendo explicado a simples rasgos ambos procesos, se trata de saber si, habiendo obtenido una sentencia condenatoria en el proceso concursal, cabe iniciar un proceso penal o no, y en caso de ser afirmativo preguntar por ¿Quién?, ¿Cómo?, y ¿Por qué? Y una cuestión aún más relevante: ¿Vincula en algo la sentencia del orden jurisdiccional mercantil a la jurisdicción penal que va a conocer del asunto?

En lo que respecta a esta última cuestión, la respuesta es que no, ya que la desvinculación penal con respecto de la mercantil es total²².

En una línea paralela tenemos a su homólogo en la Ley Concursal, ya que en su artículo 163.2 sobre la calificación del concurso, se dice textualmente que “la calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito.

Haciendo una mirada a la jurisprudencia podemos destacar una Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, la nº472/2017 que resolvía sobre un recurso de apelación contra una sentencia de instancia que calificaba el concurso de la entidad CONTSA CORPORATION EMPRESARIAL S.A. como culpable.

En ella el único administrador de la sociedad D. Hernán funda su recurso en que existe prejudicialidad penal ya que contra él se estaban llevando a cabo investigaciones acerca de su posible participación en delitos de estafa, alzamiento de bienes o de apropiación indebida en otro proceso.

²² Así lo dice el Código Penal en su artículo 259.6 al hablar de las insolvencias punibles y afirmando que “en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal”.

La Audiencia Provincial se pronuncia en primer lugar poniendo de relieve que la incoación de procedimientos criminales que estén relacionados con el concurso no provocarán la suspensión de la tramitación del mismo y, posteriormente hace uso del mencionado artículo 163.2 LC, estableciendo que dicha calificación del concurso en nada vincular a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal, que entiendan de las actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito.

Con esta serie de normas lo que se busca es que no interfieran en el concurso otros procesos independientes aunque guardan relación con el litigio.

El juez del concurso se dedica a calificar si el concurso es culpable o no teniendo como referencia los artículos 163-166 LC. No tiene competencia para juzgar delitos ya que, como hemos dicho, eso es potestad de los Jueces y Magistrados del orden jurisdiccional penal.

Aunque esta sentencia hace referencia a dos procesos que se están llevando a cabo en el mismo espacio temporal, también es aplicable a aquellos procesos concursales finalizados con sentencia firme que buscan, posteriormente, un reproche penal añadido²³.

Una pregunta que nos podríamos plantear ahora es la siguiente: ¿se vulneraría el principio non bis in idem reconocido en la CE que establece la prohibición de que una persona se condenada dos o más veces por el mismo delito?

Nuestro TC se pronunció acerca de esta cuestión en la sentencia nº 2/2003 señalando que, pese a que existe tal prohibición, eso no impide que recaiga sobre el sujeto un doble reproche aflictivo.

En mi opinión, es razonable esta afirmación ya que se tratan de procesos que se dan en distintos órdenes jurisdiccionales y donde las responsabilidades son de distinta naturaleza, siendo más graves en el ámbito penal.

²³ Cabe mencionar también un auto del TC, el nº 1234/88 del 7 de noviembre en el que expresamente, ratifica la desvinculación de los aspectos civiles y penales respecto de la quiebra señalando que “aunque la calificación de una quiebra como fraudulenta tiene consecuencias tanto civiles como penales, los efectos son, sin embargo, exclusivamente civiles, debiendo determinarse en sede penal si ha existido o no tal delito”.

En el caso de que se llevasen a cabo en el mismo orden jurisdiccional, si que cabría la posibilidad de vulnerar dicho principio por el efecto de cosa juzgada que tuviese la primera sentencia que se dictó.

Expuesto todo lo anterior ¿Quién puede iniciar ese proceso penal una vez que el Juez de lo Mercantil ha dictado sentencia? O dicho de otra forma: ¿Quiénes son los legitimados para iniciar un proceso penal habiendo pasado anteriormente por sede Mercantil?

Lo primero que tenemos que decir es que los delitos pueden clasificarse en función de diversos criterios, siendo el más relevante el que hace referencia a quien debe o puede presentar la denuncia o querrela para que el supuesto de hecho delictivo pueda ser sancionado. Por ello, nos podemos encontrar con delitos públicos, semipúblicos y privados.

En los delitos privados, se requiere que la persona perjudicada y solo ésta, presente la oportuna denuncia o querrela para que la justicia pueda actuar.

En una oposición opuesta, los delitos públicos pueden ser denunciados por cualquier persona o institución que tenga conocimiento del delito, independientemente de que haya sido ofendida por el delito o no.

Finalmente, los semipúblicos hacen referencia aquellos en los que solo basta la denuncia del ofendido para que el Ministerio Fiscal pueda intervenir sosteniendo la acusación.

Centrándonos en la acusación en sí misma, hemos mencionado al inicio de este apartado que existen seis tipos de acusaciones para iniciar la vía penal en la persecución del delito. En este sentido, cabe desechar la del acusador particular ofendido por delitos privados, ya que con la reciente promulgación del C.P, se han reducido los supuestos típicos a las injurias y calumnias.

En lo que respecta al acusador particular ofendido por delitos semipúblicos, también cabe desechar esta opción, como forma de inicio del proceso penal ya que dichas conductas se refieren a delitos de descubrimiento y revelación de secretos, delitos contra el mercado o delitos societarios. Figuras en definitiva, que difícilmente encajan con los delitos de insolvencia punible.

Sin embargo, el objeto del trabajo es conocer qué instrumentos disponen los acreedores o perjudicados en sede concursal para iniciar un nuevo proceso, en este caso penal, por lo que nos centraremos, brevemente, en el Ministerio Fiscal, el acusador particular ofendido por delitos públicos, y la famosa acción popular.

En primer lugar, cabe destacar la especial importancia del Ministerio Fiscal en dicho proceso penal. Sus funciones más relevantes, recogidas en la Ley Orgánica 50/1981, son:

- Ejercer la acción penal, la cual se formulará mediante querrela en los casos de comisiones de delitos que tengan la naturaleza de públicos, se inste o no por el ofendido y en los delitos semipúblicos siempre que los ofendidos hubiesen presentado denuncia o querrela.
- Instar la realización de actos de investigación, bien instando al Juez de Instrucción o bien, en sede preprocesal, aquellos que ordene a la Policía Judicial.
- Ejercer la acusación formal, ya sea en delitos públicos o semipúblicos.
- Ordenar la detención del presunto autor.
- Solicitar la adopción de la prisión provisional, en base a la concurrencia de los supuestos del artículo 503 LeCrim (riesgo de fuga, destrucción de pruebas o reiteración delictiva).

Especial trascendencia tiene la denuncia, que obliga a toda persona que presencie la comisión de un delito, a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción, de paz, etc., más próximo al sitio en que se hallare, bajo el riesgo de sanción²⁴.

Esta obligación de denunciar adquiere mayor importancia a los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios, tuviesen noticia de la comisión de un delito público (art. 262 LeCrim).

La duda que nos podemos plantear en este caso, es la siguiente: ¿Puede el Ministerio Fiscal que ha intervenido en sede concursal y en la que se ha calificado el concurso como culpable, iniciar un proceso penal ante la sospecha de comisión de alguna conducta tipificada penalmente, poniéndolo en conocimiento de la autoridad judicial, policía judicial o fiscalía?

No resulta fácil responder dicha pregunta sobre todo porque ni el estatuto jurídico del Ministerio Fiscal ni las restantes normas del ordenamiento jurídico, como tampoco la jurisprudencia, se pronuncian sobre ello.

A mi juicio, si el concurso ha sido calificado como culpable y el Juez del concurso ha dictado sentencia conforme a los criterios de la Administración Concursal y del Ministerio Fiscal, y éste último aprecia indicios de que las conductas sancionadas pueden tener un reproche penal añadido, entiendo que sí estaría legitimado para ello, ya que, como consecuencia de la presencia de la fiscalía en ese proceso, se ha tenido conocimiento de todos los hechos que han rodeado el concurso, teniendo conocimiento de los delitos por razón del cargo u oficio.

²⁴ Art. 259 LECRIM

Todo ello independientemente de si se trata de delitos que guardan semejanza en el orden jurisdiccional penal o se trata de conductas que no pueden ser sancionadas en el proceso concursal, pero sí en el penal.

Por lo que respecta al Acusador Particular por Delitos Públicos, según dispone el art. 270 LEcrim, cualquier ofendido o no por un delito (sea español o extranjero) puede ser parte en un proceso penal, y parte acusadora mediante la deducción de la oportuna querrela. Asimismo, dispondrán de dicha acción los herederos o representantes del ofendido.

Se trata por tanto de una herramienta que disponen los acreedores del concursado para perseguir los delitos en sede penal, bien de forma individualizada o bien de forma conjunta, extendiéndose su legitimación como hemos visto, a los herederos o representantes en el caso de fallecimiento.

Finalmente, llegamos a la figura de la llamada Acción Popular que, aunque se trata de un instrumento dedicado a las personas que no han sido ofendidas por un delito público, es otra herramienta más para perseguir delitos, en estos casos, de insolvencia punible.

El ejercicio de la acción popular se encuentra reservada exclusivamente a los ciudadanos españoles y, aunque se trata de una acción que en sí misma no podrían utilizar los acreedores o perjudicados por un delito concursal, sí que es una herramienta para que cualquier persona física (incluso jurídica), en orden a hacer justicia y a que se cumpla la legislación vigente, pueda iniciar un proceso penal.

¿QUÉ INSOLVENCIAS CIVILES PUEDEN TENER UN POSIBLE REPROCHE PENAL?

Una vez hablado sobre la vinculación o no del proceso concursal en un posible proceso criminal, cabe abordar ahora un problema de trascendental importancia y preguntarnos lo siguiente: ¿Cabe la posibilidad de perseguir en el ámbito penal, conductas recogidas en la Ley Concursal?

En un primer intento de dar respuesta a esta pregunta cabe decir que, a priori, los artículos 172 y 172 bis de dicha ley, no los vamos a tener en cuenta ya que, en ellos, se hace referencia a las responsabilidades en las que incurren las personas afectadas por la calificación del concurso.

Lo que si interesa saber son las causas o los motivos que provocan que la sentencia de calificación sea declarada como culpable, y cuáles de estos, merecen un reproche añadido de naturaleza penal.

En este sentido, más que las consecuencias jurídicas de carácter civil y las penalidades a las que se pueden enfrentar administradores, apoderados, etc., nos interesa saber más los hechos que producen esa responsabilidad.

Dicho esto, el precepto que nos interesa saber es el de los artículos 164 y 165 LC, que hace referencia a los motivos por los que se calificará el concurso como culpable y donde se recogen esa serie de conductas de especial interés. En una línea contraria, por ser normas del Código Penal, cabe situar los artículos 259 y ss, que hablan sobre la insolvencia punible.

Con motivo de evitar la repetición de la totalidad de los artículos que se han visto con anterioridad, y que se encuentran disponibles en los apartados ya vistos acerca del “Concurso Culpable” y de la “Insolvencia Punible”, vamos a recoger a continuación aquellos artículos o apartados que, haciendo una lectura literal de los mismos, pueden guardar similitud y ser castigados tanto en sede concursal como en sede penal.

Para entender mejor esta relación entre ambos, se recoge en la siguiente tabla dichas conductas:

LEY CONCURSAL	CÓDIGO PENAL
<p>-Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de la contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera²⁵. (Art.164.2.1º)</p> <p>-Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de la contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el R.M. (Art. 165.1.3º)</p>	<p>-Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial. También será punible la destrucción o alteración de libros. (Art.259.1.6º)</p> <p>-Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica del deudor. (Art.259.1.8º)</p>

Como se puede apreciar, la similitud entre ambas leyes es notable. Por lo que respecta en la LC a ese incumplimiento, debe quedar referido a la llevanza de los libros contables, recogidos en el Código de Comercio en sus artículos 25 y 28, sin olvidar las formalidades y requisitos que deben contener los mismos.

²⁵ Al respecto, en el II Congreso de Magistrados especialistas en asuntos mercantiles que se celebró en diciembre de 2005, se concluyó que “desde luego, incumplimiento sustancia será la no llevanza de la contabilidad y, en general, aquellos incumplimientos en materia contable que impidan determinar y conocer la verdadera situación patrimonial del deudor, debiendo analizarse caso por caso, al ser una cuestión de hecho. En todo caso el incumplimiento debe ser sustancial de tal modo que impida conocer la verdadera situación patrimonial y económica de la empresa.

Cuando se habla de incumplimiento sustancial, ha de ser entendido como aquel que, por la relevancia de ausencias, defectos u omisiones en la llevanza de dicha contabilidad, impida un seguimiento cronológico de todas las operaciones de acuerdo con los principios de claridad y continuidad (art. 29 CCom)²⁶.

Por otro lado, mediante SJPII de Toledo, se pone énfasis en que el artículo 164.2.1º LC debe ponerse en relación con el art. 165.1.3º LC.

En relación con los mencionados preceptos penales arriba expuestos, la jurisprudencia, es escasa como consecuencia de la reforma operada por la LO 1/2015.

En lo que atañe al art. 259.1.6º CP, es reseñable la SAP SG 28/2018, en la que la única administrativa de la sociedad y querellante, alega que dos socios hacían cargos a la sociedad de gastos propios, en ocasiones sin justificar²⁷.

Muestra de ello es que ningún órgano jurisdiccional penal, a día de hoy, se ha pronunciado acerca de lo que establece el art. 259.1.8º CP, acerca de la formulación de cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa de la contabilidad mercantil (art.259.1.8º).

²⁶ Así lo refleja la SJM nº2 MU, Nº de Resolución 301/2018 con respecto a un procedimiento de incidente concursal.

²⁷ Finalmente dicha Sentencia, absuelve a los acusados ya que el asesor externo encargado de la gestoría fiscal y contable, además de demostrar que estaba todo reflejado en la contabilidad, incluyó aquellas pequeñas vicisitudes en el libro de administradores y socios como deudas de los socios a favor de la entidad.

LEY CONCURSAL	CÓDIGO PENAL
<p>-Inexactitud grave por parte del deudor, 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. (Art. 164.2.2º)</p>	<p>-El que, en procedimiento concursal presentare a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel. (Art. 261)</p>

En lo que respecta a la LC, tal precepto sanciona dos comportamientos distintos, por un parte la presentación de documentos falsos por el solicitante y de otro, la aportación de documentos conteniendo inexactitudes graves y relevantes, con discordancias entre la realidad y lo expresado documentalmente²⁸.

En el ámbito penal, el ATS, nº de resolución 198/2016, hace referencia, precisamente, a hechos y datos que bien podrían encajar en el ámbito concursal, ya que ambos articulados hacen referencia a hechos y actos contables²⁹.

²⁸ Así se refleja en la SJPII de Toledo, Nº de resolución 22/2019, en la que la AC entiende que el inventario y la lista de acreedores presentada por la sociedad al solicitar la declaración del concurso y los elaborados por ella, existen diferencias sustanciales en la cifra del pasivo, con una diferencia de unos 700.000€ aprox., y donde la cifra de deudores del inventario debería ser incrementada en 451.704,87€, conforme a los datos obrantes en la contabilidad.

²⁹ Así, en el ATS 198/2016, se pone de manifiesto en este caso que, el administrador único, no aporó inventario de mercancías, no se pusieron a disposición de la autoridad judicial los libros contables, no proporcionó información de la totalidad de las cuentas de activo. Se añade, además, que en la poca documentación que se aportó, habían inexactitudes como facturas que no se ajustaban a la realidad.

En estos casos y apreciadas ambas sentencias, se puede concluir que, el reproche concursal que pueda tener el concursado en virtud de la aplicación del art. 164.2.2º LC, podrá tener, si así se persigue, un posible reproche penal, art. 261, aunque siempre habrá que estar al caso concreto. Dicha afirmación se hace más latente con motivo de la SAP B, nº de resolución 872/2018, que pone de manifiesto numerosos ejemplos de las conductas que el recurrente llevo a cabo.³⁰

LEY CONCURSAL	CÓDIGO PENAL
<p>-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. (Art. 164.2.4º)</p>	<p>-Oculte, cause daños o destruya bienes o elementos patrimoniales que estén o que habrían estado incluidos en la masa del concurso. (Art. 259.1.1º)</p>

Cabe destacar de la lectura de ambos preceptos, la intención de que los acreedores no puedan ver satisfecha las cantidades adeudadas con motivo de los actos llevados a cabo por el deudor. Distraer activos del patrimonio suele ser la conducta tradicional que a día de hoy se siguen produciendo³¹.

³⁰ En ella, se indican una serie de inexactitudes graves como son: la de constar la existencia de derechos de cobro con la AEAT y la TGSS que no existían, así como no figurar ambos organismos en la lista de acreedores o indicar que los socios de la concursada eran hasta 5 sociedades, cuando en realidad solo existía un socio único.

³¹ Como muestra de ello, la SAP CS, nº de Resolución 22/2019, recoge un caso típico de movimiento patrimonial. En este caso el concursado, siendo conocedor de que en la documentación presentada en la declaración del concurso no hizo figurar que era titular de una mitad indivisa de una finca, éste la vende junto con su hermana, entregándole a ella su parte, distrayendo por lo tanto activos de su patrimonio y perjudicando objetivamente a los acreedores, que no pudieron satisfacer sus créditos con el importe de los mismos.

Por otro lado, el Código Penal van en la misma línea que la Ley Concursal y muestra de ello es SAP C, nº de Resolución 563/2018, que recoge una serie de irregularidades del acusado.

En ella destaca que, en un proceso recaudador ejecutivo, la Unidad de Recaudación de la Tesorería acudió al restaurante donde el acusado (Carmelo), desempeñaba el cargo de administrador, encontrándose el restaurante vacío sin ningún tipo de mobiliario, mobiliario que se habían llevado Carmelo y el nuevo administrador (nombrado por él), impidiendo así que dichos bienes hubiesen estado incluidos en la masa del concurso para que los acreedores hubiesen visto satisfecho sus derechos de cobro.

LEY CONCURSAL	CÓDIGO PENAL
<p>-Cuando, antes de la fecha de la declaración del concurso, el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia. (Art. 164.2.6º)</p>	<p>-Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios. (Art. 259.1.4º)</p>

En lo que atañe a la culpabilidad del concurso por simulación patrimonial ficticia, la norma regula un tipo abierto de perfiles borrosos que exige la concurrencia de los siguientes requisitos³²:

- a. La ejecución de actos dirigidos a crear la apariencia de una situación patrimonial ficticia.
- b. Que tales actos tengan carácter jurídico (siendo insuficiente la creación de apariencia de situación patrimonial por “vías de hecho”).
- c. Que la ejecución de los comportamientos haya tenido lugar antes de la fecha de la declaración de concurso.

³² Así se manifestó la Audiencia Provincial Sección N.3 de Valladolid, en la sentencia 669/2012, de 14 de noviembre.

Junto con estos requisitos que se pueden apreciar según la exegesis de la norma, hay que añadir unos requisitos complementarios. Son los siguientes:

1. La actuación debe ser idónea para que la situación ficticia que se pretende crear sea erróneamente tenida por verdadera por los acreedores.
2. Que dicha situación fingida tenga cierta relevancia y sea apta para distorsionar el comportamiento de los acreedores.
3. Y, finalmente, que el comportamiento simulatorio no esté previsto en ninguno de los supuestos enumerados en la propia norma.

Destaca en este caso la SAP VA 1520/2018 por ser verdaderamente esclarecedora de dicha conducta. En ella, la empresa TSK, empresa de electrodomésticos suscribió contratos de compraventa entre la fecha de comunicación de la insolvencia al juzgado y quince días antes de la solicitud de concurso.

Durante ese periodo se procedió a la captación de clientes y a la celebración de dichos contratos, en la que la concursada ofrecía garantía de devolución de las cantidades entregadas a cuenta, con el agravante de que dicha garantía se publicitaba en la web³³.

En este sentido, se cobraban anticipos de los clientes con el objetivo de engrosar artificialmente la tesorería de la sociedad, únicamente con el objetivo de presentarse ante los acreedores y entidades de crédito, con los que se estaba negociando una refinanciación, con unas cuentas más saneadas.

Además de todo lo expuesto, existían datos fácticos como para concluir que la concursada era plenamente consciente de que los contratos no iban a ser cumplidos, como sus saldos negativos del ejercicio o la dimisión de alguno de los vocales del consejo.

En lo que respecta a su posible homólogo en el Código Penal que hace referencia a la simulación de créditos de terceros o al reconocimiento de créditos ficticios, cabe decir nuevamente, que la jurisprudencia apenas se pronuncia al respecto y resulta difícil sacar unas conclusiones claras y precisas.

³³ En este caso, el acto que perseguía la simulación de una situación patrimonial ficticia sería la forma misma en que se comercializó el producto, pues se publicitó mediante ofrecimiento de unas garantías bancarias (solventía frente al consumidor), que no se correspondía con la realidad de los hechos.

Sin embargo, cabe mencionar una sentencia reciente de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº de Resolución 615/2018.

En dicho proceso, se condena a la apoderada general y al administrador de dicha mercantil, por un delito de insolvencia punible, como consecuencia de la obtención de contratos de descuento, factoring y anticipo de facturas con la complicidad del director de la oficina, valiéndose para ello de facturas que, con el ánimo de transmutar la realidad creando una apariencia autentica de la misma, no se correspondían con operaciones fidedignas, agravando de este modo la situación de insolvencia de la mercantil.

Esa operativa irregular llevo al descuento ficticio de facturas inexistentes, generando en la sociedad unas pérdidas adicionales, que rondaron los 850.000€ aproximadamente.

Como conclusiones que se pueden extraer, podemos decir que no existe la certeza absoluta de que dicha responsabilidad pueda tener un reproche penal, a pesar de que ambos articulados vayan en la misma dirección, por lo que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto. La dificultad radica en la poca información que aporta la jurisprudencia penal en torno a su art. 259.1.4º en contraste con los datos anteriormente expuestos relativos al art. 164.1.6º de la LC.

Sin embargo, a mi juicio, la simulación de créditos de terceros o el reconocimiento de créditos ficticios que es lo que propugna el Código Penal, pueden ser, con respecto a lo que establece la Ley Concursal, actos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia, ya que mediante el reconocimiento de créditos ficticios se puede simular una situación patrimonial ficticia. Por lo tanto, entiendo que sí que cabría un posible reproche en sede penal.

A la vista de lo analizado, podemos afirmar que no existirán límites entre la insolvencia civil y la insolvencia punible cuando se trate de las conductas expuestas en el presente apartado, ya que ambos procesos podrían devenir en sentencias condenatorias, llevando consigo un doble reproche.

Por el contrario, todas las conductas que no se han incluido en este apartado, constituirán un límite a dicha responsabilidad, pudiéndose condenar solo en uno de los procedimientos. ¿Por qué hechos? Por los restantes, es decir, aquellos que se han analizado en el apartado “Concurso Culpable” e “Insolvencia Punible”.

CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto a lo largo del presente Trabajo de Fin de Grado, cabe hacer hincapié en la gran responsabilidad que ostentan los administradores en el desempeño de su cargo, ya que de sus actos y de sus diligencias corresponderá que el concurso se declare como fortuito o como culpable.

En este sentido, especial atención hay que prestar al ámbito penal, que lleva consigo penas de privación de libertad ya que, como hemos visto, las responsabilidades de carácter civil son más leves pudiendo consistir entre otros, en inhabilitaciones o indemnizaciones por daños y perjuicios.

Asimismo, cabe volver a incidir en que la desvinculación de la jurisdicción penal con respecto a la mercantil es total. Los argumentos que ostentan dicha afirmación se han podido ver y observar con motivo del análisis de ambos cuerpos reguladores de cada jurisdicción.

En este sentido, y a modo de ejemplo, se pueden dar diversas posibilidades:

- Que en la jurisdicción mercantil se declare el concurso como culpable y que en vía penal se absuelva a los acusados.
- Asimismo, cabe la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que en la jurisdicción penal se condene a los investigados.

Cabría incluso la posibilidad de que el concurso se declarase como fortuito y en sede penal se condenase a los encausados ya que, como hemos podido ver a lo largo de los distintos apartados, hay actos irregulares que determinan la culpabilidad del concurso y que solo pueden ser castigados en sede Mercantil expresamente.

En el ámbito penal ocurre exactamente lo mismo, se recogen una serie de supuestos tipificados que sólo pueden ser perseguidos acudiendo a dicho proceso, estando en un punto intermedio aquellas conductas que, a la vista del tenor literal de ambas leyes y a la luz de la jurisprudencia, pueden tener sus homólogos en el Código Penal si nos encontramos en un proceso concursal.

Se trata en total de cinco delitos como hemos visto, sin embargo, cabe la posibilidad de que el paso del tiempo aumente dichos nexos causales entre los distintos delitos ya que, como se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, la LO 1/2015 es reciente y esta circunstancia unida a la lentitud de la justicia, impide el conocimiento y la lectura de más resoluciones judiciales, disponiendo en consecuencia de menos datos acerca de algunos supuestos tipificados en el Código Penal, como por ejemplo, a las normalmente clausulas abiertas donde siempre se suelen incluir delitos no contemplados en la ley.

En otro orden de cosas, me gustaría hacer hincapié acerca de lo expuesto sobre el Ministerio Fiscal.

En mi opinión, sí que cabe la posibilidad de que el Ministerio Fiscal que ha intervenido en el proceso concursal, inicie un proceso penal, independientemente de que dicho asunto lo sustente en dicho órgano jurisdiccional un fiscal distinto.

Se trata de una laguna más que tiene nuestro ordenamiento jurídico, ya que nada se dice sobre este tipo de supuestos en el estatuto que rige el funcionamiento del ministerio público, principal órgano de acusación en España y que está presente día a día en los juzgados de nuestro país velando por el cumplimiento de la legalidad.

Entiendo en este sentido, que la ley es un instrumento que lo que proporciona es seguridad jurídica al ciudadano, y que permite, además, regular nuestra conducta, aspecto éste último que en ocasiones se suele olvidar ya que una de las funciones de la ley es la de tipificar aquellos actos perjudiciales para la sociedad.

Por lo tanto, lo que interpreto es que todo aquello que no está en la ley, está permitido, lo que conllevaría la posibilidad de que el fiscal del concurso, iniciase un proceso penal como consecuencia de la apreciación de posibles indicios de delitos, infracciones que no puede ser investigadas en sede Mercantil por la naturaleza penal del delito y su carácter público, es decir, por falta de competencia que, en este caso, correspondería a otro órgano jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

-Libro “PROCESO CONCURSAL” ISBN: 978-84-9790-300-4. Editorial: BOSCH. Coordinadores: Alberto Sala Reixachs, Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol, José Machado Plazas y Pau Vila Florensa.

-Derecho Penal de la Empresa. ISBN: 84-95075-92-X. Edita: Universidad Pública de Navarra. Directora: Mirentxu Corcoy Bidasolo.

-Ponencia Pavía Cardell, Juan. Fiscal y Doctor en Derecho, acerca de la “INSOLVENCIA CONCURSAL PUNIBLE”.

-Consulta de jurisprudencia en la web del Consejo General del Poder Judicial <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

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

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

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

-Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

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

-Ley Orgánica 50/1981

-<http://www.uria.com/es/publicaciones/articulos-juridicos.html?id=4837&pub=Publicacion&tipo=>

-<https://chabaneixabogadospenalistas.es/delitos-de-insolvencia-punible/>

-<https://delitopenal.com/concepto-tipos-delitos-semipublicos/>

ANEXOS

Sentencia relativa al artículo 164.2.6º LC (situación patrimonial ficticia)

Roj: SAP VA 1520/2018 - ECLI: ES:APVA:2018:1520

Id Cendoj: 47186370032018100532

Órgano: Audiencia Provincial Sede: Valladolid

Sección: 3

Fecha: 14/12/2018

Nº de Recurso: 336/2018

Nº de Resolución: 523/2018

Procedimiento: Civil

Ponente: FRANCISCO JOSE PAÑEDA USUNARIZ

Tipo de Resolución: Sentencia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por el JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 28 de marzo de 2018 , en el procedimiento CONCURSO ORDINARIO VOLUNTARIO nº 198/17 del que dimana este recurso. Se aceptan antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO. - La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento

FALLO: "Que DEBO DECLARAR Y DECLARO CULPABLE el concurso de THE SINGULAR KITCHEN S.L por las razones plasmadas en la fundamentación jurídica de esta resolución. Se condena además como afectado por la calificación a: - La inhabilitación de don Darío para administrar bienes ajenos o para representar a cualquier persona durante un periodo de dos años. - La pérdida de don Darío de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o de la masa y la condena a responder del déficit patrimonial del concurso, incluidos los créditos contra la masa, hasta la suma de 359.002,90 €.

Se hace expresa imposición de costas a los condenados." Que ha sido recurrido por la parte concursada THE SINGULAR KITCHEN, S.L. y afectado Darío , oponiéndose la parte contraria.

TERCERO. - Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 5 de diciembre de 2018, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Motivos del recurso de apelación interpuesto por THE SINGULAR KITCHEN, S.L. y por Don Darío EL recurso de apelación interpuesto por la concursada *THE SINGULAR KITCHEN, S.L.* (en adelante, "TSK") frente a la sentencia de calificación se basa en los siguientes motivos:

1) En primer lugar, es objeto de impugnación el pronunciamiento relativo a la declaración de culpabilidad del concurso por las causas plasmadas en el fundamento jurídica. En concreto, se discute que el comportamiento llevado a cabo por la concursada desde el 22.3.2017 hasta el 24.4.2017 pueda ser considerado como apto para simular una situación patrimonial ficticia (art. 164.2.6° LC), y ello porque: a) en aquella fecha la sociedad había comunicado al juzgado el inicio de conversaciones de refinanciación del art. 5 bis LC , lo que, a su juicio, indica dificultades financieras, y no simulación de una situación de bonanza o normalidad; b) en la solicitud de concurso se pretendía la continuidad de la actividad como presupuesto de la viabilidad de la empresa, sin que se hubiera gastado el dinero recibido como anticipos de los cien consumidores; c) en cuanto a los créditos de los consumidores, se destaca el hecho de que por sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 3 de abril de 2018 , los citados créditos fueron calificados como contra la masa, y no concursales, por lo que de haber sido calificados inicialmente como tales por la administración concursal, habría sido posible la devolución de los anticipos por existir saldo de tesorería suficiente para ello; d) se insiste en que si el cese de la actividad hubiera acontecido en marzo de 2017, se hubiera afectado igualmente a los otros cien consumidores que hubieran realizado anticipos en el mes anterior a tal fecha.

2) En segundo lugar, se cuestiona el pronunciamiento relativo a la imposición de costas por estimar que no concurre una estimación sustancial de las pretensiones ejercitadas, toda vez que el Ministerio Fiscal no interesó condena de abono de cantidades a Don Darío , ni tampoco en costas a los demandados. Además, se entiende que ni por cuantía, ni por los motivos que fundamentan la calificación del concurso como culpable en la sentencia recurrida, concurre base para considerar que las pretensiones fueron acogidas sustancialmente. 2

- Por su parte, el administrador único de la sociedad concursada, *Don Darío* , interpuso recurso de apelación esgrimiendo los siguientes argumentos:

1) se discute la calificación del concurso como culpa negando la realización de acto alguno que contribuyese a generar una situación patrimonial ficticia, negando la conciencia de imposibilidad de cumplimiento de compromisos bajo el paraguas de una situación patrimonial ficticia, reiterando argumentos de la concursada vertidos en su recurso tales como que el daño se hubiera producido igualmente a otros consumidores, o que si no se hubiera continuado con la actividad se podría haber visto afectada la posibilidad de refinanciación de la deuda;

2) en cuanto a la responsabilidad por déficit patrimonial del administrador social, se cuestiona la atribución cuasiautomática que se realiza en la sentencia recurrida, al tiempo que se argumenta que el apelante delegó en profesionales el ejercicio de funciones, que las cuentas fueron en todo momento auditadas con el resultado que obra en las actuaciones, y que cuando se encontraba obligado a ello, comunicó al juzgado su situación de insolvencia comenzando negociaciones con las entidades de crédito que finalmente no fructificaron. Se insiste en que los actos imputados no pueden ser considerados como graves, lo que determinaría la absolución del afectado por la calificación; 3) finalmente, se reiteran los mismos argumentos que la concursada respecto al pronunciamiento de instancia sobre la imposición de las costas a los demandados.

SEGUNDO. - Sobre la calificación del concurso como culpable: simulación patrimonial ficticia y la cláusula general de culpabilidad del art. 164.1 LC.

El juez del concurso declara la culpabilidad del concurso en base a una doble consideración: por un lado, estima que concurre la presunción de simulación patrimonial ficticia del art. 164.2 6º LC y, por otro, también considera que los mismos hechos son incardinables en la cláusula general de culpabilidad del art. 164.1 LC , en la que, junto con la realización de una conducta gravemente negligente, es precisa una relación causal del comportamiento con la generación o agravación de la insolvencia, pretensión igualmente interesada por la administración concursal en su informe de calificación. Pasaremos a analizar por motivos de congruencia individualizadamente cada una de las calificaciones efectuadas por el juez a quo en los que se basa la culpabilidad del concurso.

I. Culpabilidad del concurso por simulación patrimonial ficticia (art. 164.2.6º LC).

El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de octubre de 2017 , al examinar el supuesto de culpabilidad de concurso contemplado en el art. 164.2.6º LC determinó que *"El artículo 164.2 de la Ley Concursal tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor [o sus administradores o liquidadores] ha incurrido en dolo o culpa grave. Así se desprende de la dicción literal del precepto, que comienza afirmando que "en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: (...)"*. Esta expresión "en todo caso" no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que -cuando menos- constituye una negligencia grave del administrador (en este sentido, sentencias de esta Sala 644/2011, de 6 de octubre ; 298/2012, de 21 de mayo ; 492/2015, de 17 de septiembre ; 492/2015, de 17 de septiembre ; y 269/2016, de 22 de abril).

2.- A su vez, el art. 164.2. 6º LC establece que el concurso se calificará como culpable cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia. La sentencia de esta sala 669/2012, de 14 de noviembre, se refirió a esta conducta en los siguientes términos: "la norma regula un tipo abierto de perfiles borrosos que exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la ejecución de actos dirigidos a crear la apariencia de una situación patrimonial ficticia; b) que tales actos tengan carácter "jurídico", de tal forma que es insuficiente la creación de apariencia de situación patrimonial por "vías de hecho"; y c) que la ejecución de los comportamientos haya tenido lugar antes de la fecha de la declaración de concurso.

A los requisitos expuestos, directamente deducibles de la exégesis de la norma, cabe añadir los siguientes: d) La actuación debe ser idónea para que la situación ficticia que se pretende crear sea erróneamente tenida por verdadera por los acreedores; e) la situación fingida ha de tener cierta relevancia y ser apta para distorsionar el comportamiento de los acreedores; y f) el comportamiento simulatorio no ha de estar previsto en ninguno de los supuestos enumerados en la propia norma".

El juez del concurso consideró en la sentencia apelada que la contratación de clientes a los que se solicitan anticipos, con conocimiento de la imposibilidad de cumplir, era un supuesto de simulación patrimonial que se incardinaba en la presunción de culpabilidad anteriormente señalada y que, además, hubo culpa grave en la actuación de los administradores que agravó el concurso.

Pues bien, en atención a la prueba obrante en las actuaciones esta Sala coincide plenamente con los razonamientos jurídicos y fácticos vertidos en la resolución recurrida para calificar el concurso como culpable, tanto por vía de la presunción del art. 164.2. 6º LC, como por aplicación de la cláusula general de culpabilidad concursal del art. 164.1 LC igualmente interesada por la administración concursal en su informe. Para alcanzar tal conclusión esta Sala ha tomado en consideración las siguientes circunstancias:

a) En primer lugar, la conducta descrita por la administración concursal encaja perfectamente en el supuesto legal en la medida en que la concursada realizó actos - varios- jurídicos tendentes a simular una situación patrimonial ficticia. Nos referimos a todos los contratos de compraventa suscritos por TSK entre el 22 de marzo (fecha de

comunicación de la insolvencia al juzgado - art. 5 bis LC -) y el 24 de abril de 2017 (quince días antes de la solicitud de concurso). En concreto, en sentido estricto, incluso se podría llegar a afirmar que realmente concurren dos clases de actos realizados por la concursada que perseguían la simulación patrimonial sancionada por la norma, a saber: por un lado, el acto mismo de captación de cliente y consumación del contrato de compraventa de muebles de cocina a medida por elementos, electrodomésticos y complementos de *The Singular Kitchen*, en el que la concursada expresamente ofrecía garantía de devolución de las cantidades entregadas a cuenta, con el agravante de que esta garantía incluida en el contrato se publicitaba en la página web bajo la forma jurídica de "garantía bancaria" (doc. 13 de los aportados por la AC).

Así, en la mencionada publicidad se rezaba: "somos la primera marca que garantiza directamente los depósitos de sus consumidores mediante certificado bancario. Entre 2007 y 2009 desaparecieron más de 4.000 tiendas de cocinas y, con ellas, los pagos de muchos consumidores, que pese a estar amparados por la Ley, han perdido provisionalmente su dinero. Para garantizar que tus sueños se cumplan sin sobresaltos, en *TheSingularKitchen* garantizamos del 100% del dinero entregado para financiar la fabricación de tu cocina en Alemania, con un certificado bancario equivalente a las cantidades entregadas por el cliente". No parece dudoso que la utilización indebida en la captación y contratación de nuevos clientes de información relativa a las garantías bancarias inexistentes para la devolución de anticipos a cuenta, constituye una simulación ficticia de la situación patrimonial de la concursada, pues generó certeza en sus clientes de que las sumas entregadas iban a ser en todo caso devueltas en caso de incumplimiento de la vendedora, pues gozaban del respaldo y solvencia que le ofrecía la entidad de crédito. En este caso, el acto que perseguía la simulación de una situación patrimonial ficticia sería la forma misma en que se comercializó el producto por la concursada, pues se publicitó mediante ofrecimiento de unas garantías bancarias (solvencia frente al consumidor) que no se correspondía con la realidad de los hechos.

En segundo lugar, también se aprecia la simulación patrimonial ficticia en el hecho mismo de cobrar los anticipos con el objetivo de engrosar "artificialmente" la tesorería de la sociedad. Siendo un hecho improbable -como posteriormente se analizará- el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas con sus clientes, resultaba absolutamente innecesario el cobro de los anticipos en las fechas que estamos examinando.

Únicamente bajo la perspectiva de presentarse ante los acreedores y entidades de crédito frente a las que se estaba negociando una refinanciación con una situación financiera más saneada, puede entenderse la operativa de la concursada en fechas próximas a la solicitud del concurso.

Así, la simulación patrimonial sería ficticia, pues dicho aumento de tesorería en ningún caso permitiría la continuación de la actividad o cumplir los pedidos, sino simplemente obtener una refinanciación de las entidades de crédito, principales acreedores de la sociedad, única solución de viabilidad contemplada por la concursada en tal fecha. b) En segundo lugar, existen elementos fácticos suficientes como para concluir que la concursada era absolutamente consciente de que los contratos suscritos no iban a ser cumplidos.

En este sentido adquiere especial relevancia el acta del consejo de administración celebrado el 20.2.2017 (doc. 15) en el que el socio y vocal del consejo ADE CAPITAL SODICAL SCR, S.A presentó su dimisión. Pues bien, uno de los motivos que llevó al vocal a la renunciar fue, según figura en el punto SEGUNDO del acta, que "a pesar de los problemas financieros y de tesorería existentes, se siguieron recibiendo cantidades a cuenta de clientes por venta de productos, aun cuando es muy probable que dichos pedidos puedan ser atendidos" .

Lo anterior debe ponerse en conexión con los resultados negativos del ejercicio 2016 analizados durante la reunión (doc. 12) en donde figura un patrimonio negativo de 303.737,25 €, y un resultado del ejercicio de -2.117.319,15 €, con deudas a corto plazo que superaban igualmente los dos millones de euros, lo que hacía prácticamente inviable el negocio. En definitiva, existió simulación patrimonial de la concursada en dos planos: por un lado, simulando solvencia frente a sus clientes al ofrecer garantías bancarias para la devolución de anticipos del precio que resultaron no ser ciertas; y, por otro, aumentando la tesorería de la sociedad mediante el cobro de anticipos, aparentando una solvencia frente a las entidades financieras con las que estaba negociando una refinanciación absolutamente imprescindible para su viabilidad, a pesar de que era improbable que se pudieran atender los pedidos. Esta distorsión entre la solvencia que se ofrecía a sus clientes consumidores y el elevado índice de tesorería que se mostraba a los terceros (entidades de crédito), y la realidad existente, encaja

perfectamente en el supuesto de simulación sancionado por la presunción iuris et de iure del art. 164.2. 6º LC .

II. Cláusula general de culpabilidad concursal (art. 164.1 LC).

Por otra parte, en la medida en que el juzgador califica el concurso como culpable por aplicación de la cláusula general del art. 164.1 LC (véase FD 3º in fine , al establecer la relación causal entre la conducta negligente y el daño), nos parece oportuno pronunciarnos sobre la posible incardinación del supuesto de hecho analizado en tal precepto.

Coincidimos con el juez del concurso que la conducta descrita, imputable al administrador apelante, fue gravemente culposa, pues era conocedor (acta del consejo de 20.2.2017) de la improbabilidad de atender los pedidos y el perjuicio a los clientes por la imposibilidad de devolver las cantidades cobradas anticipadamente. Por otra parte, como posteriormente se examinará con detenimiento al abordar la cuestión relativa a la responsabilidad por déficit concursal del art. 172 bis LC , resulta que su comportamiento agravó la insolvencia en el importe equivalente a los cobros anticipados recibidos durante el periodo en que era consciente de que no se podían atender los pedidos.

No había garantías bancarias de devolución de cantidades (doc.13), y la situación financiera hacía inviable la continuación del negocio como reconoció el vocal disidente, por lo que es directamente imputable al administrador afectado por la calificación la captación de recursos financieros con una finalidad distinta al cumplimiento de las obligaciones que contractualmente se asumían, sin que se aprecie un efecto neutro como será objeto de examen en el siguiente fundamento de derecho.

TERCERO . - Sobre la sanción de responsabilidad por déficit concursal del art. 172 bis LC.

La sentencia recurrida condena al Sr. Darío a una sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos o para representar a cualquier persona durante dos años, así como la pérdida de cualquier derecho que pudiera ostentar como acreedor concursal o contra la masa (ex art. 172.2 LC), y a la condena de la totalidad del déficit patrimonial del concurso, incluidos los créditos contra la masa, hasta la cuantía de 359.002,90 €.

Se formula apelación por el administrador condenado respecto al pronunciamiento judicial que le condena a abonar parcialmente el déficit concursal. Como es sabido, a partir de la reforma operada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, el art. 172 bis LC establece un régimen de imputación de responsabilidad concursal basado en culpa, de tal manera que únicamente responderán aquellos administradores o personas afectadas por la calificación a la cobertura del déficit "en la medida en que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia" .

Precisamente por ello, no será suficiente con que el concurso hubiera sido declarado culpable por actuaciones del administrador para la imputación de esta responsabilidad, sino que será necesario individualizar el daño y la relación causal, esto es, concretar que una determinada conducta negligente del administrador, que es causa de la declaración del concurso como culpable, a su vez contribuyó directamente a agravar el estado de insolvencia. Sin perjuicio de los razonamientos expuestos, esta Sala considera que la conducta que justifica la culpabilidad del concurso, y en la que participó activamente el Sr. Darío (véase acta del consejo de administración de 20.2.2017), ha contribuido decisivamente en la agravación de la insolvencia, pues el cobro de anticipos por parte de la sociedad a sus clientes, a sabiendas de que tales pedidos no iban a ser atendidos, constituye un comportamiento gravemente negligente que agravó la insolvencia de la concursada en la cuantía referida en el informe de calificación (359.002,90 €).

En idéntico sentido se manifestó el testigo Sr. Juan Francisco (min. 1:07 y 1:08) presente en la reunión del consejo del 20/02/2017, y en la que se informó por los asesores financieros sobre la delicada situación de la empresa.

Siendo conscientes los administradores en febrero de 2017 que la viabilidad de la compañía pasaba inexorablemente por la refinanciación bancaria, lo prudente hubiera sido que no se hubieran cobrado anticipos hasta conocer el resultado de las negociaciones habidas con sus acreedores financieros.

En relación con la generación de un daño cierto (agravación de la insolvencia) mediante los actos imputados al administrador Sr. Darío , no comparte esta Sala el posible "efecto neutro" que el cobro de anticipos tuvo en la tesorería defendido por la perito Sra. Teodora (doc. 4). Según dicha experta, el cobro de los anticipos recibidos en el periodo previo a la declaración y posterior a la comunicación de la insolvencia, sirvieron para cumplir con pedidos anteriores que, de otra manera, no hubieran podido ser atendidos.

En su opinión, la insolvencia (importe) es la misma, aunque los deudores sean distintos ("misma insolvencia, pero con distintos deudores" -sic-). Sin embargo, este planteamiento no se ve refrendado por el importe de tesorería que presentaba TSK a fecha de cierre del ejercicio 2016 (31.12.2016), que ascendía a 110.189,27 €, o el histórico de tesorería de ejercicios anteriores (22.252,86 € del ejercicio 2015 -doc. 9-), sin que se encuentre explicación razonable para un aumento tan sensible de la cifra de tesorería en los siguientes cuatro meses, no habiéndose acreditado por la perito la equivalencia entre el importe de los anticipos cobrados a sus clientes y las entregadas realizadas a otros clientes en el periodo objeto de análisis.

Al contrario, lo que verdaderamente ha resultado probado es que la concursada cobró anticipos a cuenta del precio final aún a sabiendas que tales pedidos difícilmente iban a ser atendidos, engrosó una suma exageradamente abultada de tesorería si atendemos al comportamiento y evolución de esta partida en el pasado, y no consta que tales sumas fueran destinadas efectivamente al cumplimiento de obligaciones de entrega previamente contraídas.

Así, atendiendo a la prueba obrante en las actuaciones, resulta que, por ejemplo, la obligación asumida con Don Ángel en contrato de 10.12.2016 (doc. 13), que abonó anticipadamente la cantidad de 599 € en concepto de reserva, finalmente no fue atendida, por lo que no es tan evidente la correlación que pretende la parte afectada por la calificación entre los anticipos y el cumplimiento de obligaciones asumidas con clientes anteriores, y el efecto neutro resultante de tales operaciones.

En consecuencia, procede ratificar la resolución dictada por el juez del concurso al declarar la responsabilidad por déficit concursal del administrador Sr. Darío , pues su comportamiento gravemente negligente contribuyó a aumentar la insolvencia en la cantidad equivalente a los cobros de anticipos de precio que finalmente no fueron atendidos (359.003,90 €).

CUARTO . – Costas

En cuanto a las costas de primera instancia, se discute el pronunciamiento de primera instancia que entiende que concurre una estimación sustancial de las pretensiones de la administración concursal y Ministerio Fiscal. Procede la estimación de este motivo de recurso por cuanto es cierto que varios fueron los motivos en los que se fundaba la culpabilidad del concurso, y solo uno fue estimado por el juez a quo , de la misma manera que la petición de responsabilidad concursal ascendía a 717.116,23 €, y fue objeto de una estimación parcial en absoluto sustancial en términos puramente cuantitativos (art. 394.2 LEC).

La estimación parcial del presente recurso determina que no proceda tampoco imponer las costas en esta segunda instancia.

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la concursada **THE SINGULAR KITCHEN, S.L.** y por Don Darío contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid en fecha 28 de marzo de 2018 , la cual **REVOCAMOS PARCIALMENTE** en el único sentido de acordar que no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en primera instancia al ser estimada parcialmente las pretensiones de los actores.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Sentencia relativa al artículo 259.1.4º CP (situación patrimonial ficticia)

Roj: **SAP B 13328/2018** - ECLI: **ES:APB:2018:13328**

Id Cendoj: **08019370062018100640**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona** Sección: **6** Fecha: **28/09/2018**

Nº de Recurso: **117/2017** Nº de Resolución: **615/2018**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **JOSE MANUEL DEL AMO SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa se inició en virtud de querrela interpuesta por PVC Fenster SA, que dio lugar a las diligencias previas núm. 495/2011 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Sant Boi de Llobregat.

Tras acordarse la acomodación de la causa a los trámites del procedimiento abreviado, se acordó la apertura del juicio oral a instancia del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, que ejerce PVC Fenster SA, contra Leonardo, Eugenia y Eliseo y contra Banco de Sabadell SA como responsable civil subsidiaria.

Una vez presentados los escritos de defensa, se elevó la causa a este Tribunal, en el que se registró como procedimiento abreviado núm. 117/2017.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de un delito de insolvencia punible del artículo 260 del Código Penal, en la redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, del que serían autores Leonardo , Eugenia y Eliseo , para los que solicitó la imposición de una pena de dos años y seis meses de prisión, con la accesoria de privación del

derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de diez meses con una cuota diaria de 20 euros, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y costas por partes iguales.

En concepto de responsabilidad civil, se solicitó la condena de los acusados a indemnizar, conjunta y solidariamente, a la masa del concurso de la sociedad TAYMCO SL en la cantidad de 848.001,36 euros, con responsabilidad civil subsidiaria del Banco de Sabadell SA.

TERCERO.- La acusación particular, que ejerce la mercantil PVC Fenster SA, en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de un delito de insolvencia punible del artículo 260 del Código Penal, en la redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015; y para el caso de que se estimase que esta ley es más favorable constituirían un delito de insolvencia punible del artículo 259.1.4ª; 6ª y 9ª, en relación con el artículo 259 bis. Asimismo, los calificó como constitutivos de un delito societario del artículo 290 del mismo código. Del delito de insolvencia punible serían autores Leonardo y Eugenia y cooperador necesario Eliseo. Del delito societario sería autor Leonardo y cooperadora necesaria o, en su caso, cómplice Eugenia.

Por el delito de insolvencia punible solicitó para cada uno de los acusados la imposición de una pena de cuatro años de prisión, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de dieciséis meses con una cuota diaria de 20 euros, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y costas.

Por el delito societario solicitó para Leonardo y Eugenia la imposición de una pena de dos años de prisión, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de nueve meses con una cuota diaria de 20 euros, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

En concepto de responsabilidad civil, se solicitó la condena de los acusados a indemnizar, conjunta y solidariamente, a la masa del concurso de la sociedad TAYMCO SL en la cantidad de 848.001,36 euros, con responsabilidad civil subsidiaria del Banco de Sabadell SA.

CUARTO.- Las defensas de los acusados, en sus conclusiones provisionales, calificaron los hechos como no constitutivos de delito y solicitaron la libre absolución.

QUINTO.- La responsable civil subsidiaria Banco de Sabadell SA se opuso a su declaración de responsabilidad civil.

SEXTO.- El juicio oral se ha celebrado los días 26 y 27 de septiembre de 2018.

A su inicio, como cuestión previa, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales y calificó los hechos como constitutivos de un delito de insolvencia punible del artículo **259.1.4º** del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, por estimarla más favorable, del que serían autores Leonardo y Eugenia y cooperador necesario Eliseo , y solicitó para cada uno de los acusados la imposición de una pena de un año de prisión, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de ocho meses con una cuota diaria de 2 euros, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y costas.

La acusación particular se adhirió.

SÉPTIMO.- Seguidamente, los acusados han manifestado su conformidad con los hechos, se han declarado responsables y han aceptado su responsabilidad.

La responsable civil subsidiaria Banco de Sabadell SA se ha ratificado en su posición contraria a que sea declarada su responsabilidad civil subsidiaria y se ha dado por terminada la primera sesión del juicio.

OCTAVO.- La segunda sesión del juicio, celebrada el día 27 de septiembre, ha tenido por objeto resolver sobre la responsabilidad civil subsidiaria, que se le exige a Banco Sabadell SA, como continuadora de la Caja de Ahorros del Mediterráneo. Se han practicado los medios de prueba a los que no renunció la responsable civil subsidiaria.

NOVENO.- Practicada la prueba el Ministerio Fiscal y la acusación particular han elevado de definitivas sus conclusiones provisionales en cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria.

Las defensas de los acusados se han remitido a la conformidad prestada.

La responsable civil subsidiaria Banco Sabadell SA ha elevado de definitivas sus conclusiones provisionales.

Finalmente, tras conceder el derecho a la última palabra a los acusados, el juicio ha quedado visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Con relación a los hechos objetos de la acusación y por conformidad de los acusados manifestada en el acto del juicio oral SE DECLARA PROBADO:

Los acusados Leonardo , nacional español, con DNI núm. NUM000 , nacido en Valencia el NUM001 de 1947, sin antecedentes penales, en su condición de administrador de derecho de la entidad Taymco SL, domiciliada en la Calle Cervantes núm. 5 de Sant Boi de Llobregat (Barcelona), y Eugenia , con DNI núm. NUM002 , nacida en Barcelona el NUM003 de 1974, hija de Modesto y de Josefa , sin antecedentes penales, apoderada general de la citada mercantil, puestos de común acuerdo y a sabiendas de las dificultades para hacer frente a las obligaciones económicas contraídas por la mercantil, al menos desde el mes de enero de 2010 mantuvieron y obtuvieron contratos de descuento, factoring y/o anticipo de facturas en la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM actualmente Banco Sabadell SA), con la connivencia del acusado Eliseo , nacional español, con DNI núm. NUM004 , nacido en Lleida el NUM005 de 1965, sin antecedentes penales, director de la oficina 6906 de la CAM de Vilanova i la Geltrú (Barcelona), valiéndose para ello de facturas que, con el ánimo de transmutar la realidad creando una apariencia autentica de la misma, no correspondían a operaciones fidedignas, agravando de este modo una situación de insolvencia de Taymco SL, que le impedía hacer frente a sus obligaciones derivadas de las relaciones mercantiles y que, consecuencia de ello, fue declarada en situación de concurso en virtud de Auto de fecha 13/12/2010 dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de los de Barcelona (Autos de concurso voluntario 635/2010).

En virtud de sentencia dictada por dicho Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de los de Barcelona en 20 de enero de 2014 el referido concurso fue declarado culpable, resolución en la que se declara acreditado que como consecuencia de la operativa de financiación irregular antes descrita se generaron a la sociedad unas pérdidas adicionales de 848.001,36 euros correspondientes al descuento ficticio de facturas inexistentes durante los meses de enero y febrero de 2010, y que generaron la deuda correspondiente con la entidad CAM; y cuantificándose la agravación de la insolvencia de la empresa en el importe total de 3.053.601,36 euros y condenándose de forma

expresa a los aquí acusados Leonardo y Eugenia a, entre otros particulares, cubrir con cargo a su patrimonio privativo el 38,31% del pasivo concursal no satisfecho con la liquidación. No obstante, recurrida en apelación dicha sentencia, la Sección 15ª de la Audiencia Provincial la revocó parcialmente en el único sentido de absolver a Eugenia (sentencia de 28/10/2015, dictada en el rollo de apelación 82/2015 de la Sección 15ª de la AP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La conformidad de los acusados con los hechos objeto de acusación, su calificación jurídica y con las penas solicitadas por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, manifestada en el acto del juicio oral, determina el contenido de la sentencia conforme al artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al estimar la Sala, tras efectuar el control de conformidad que le compete, que no concurre ninguna de las circunstancias a que se refieren los apartados 2, 3 y 4 de dicho precepto.

SEGUNDO.- Los hechos, según reconocimiento de los acusados, son constitutivos del delito de insolvencia punible del artículo 259.1.4ª del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, por ser más favorable que la tipificación del delito del artículo 260 del mismo código, en la redacción vigente en el momento de los hechos.

TERCERO.- Leonardo y Eugenia son autores del referido delito, del que debe responder como cooperador necesario Eliseo , conforme a los artículos 28 en su primer párrafo y en su apartado b) respectivamente.

CUARTO.- Procede imponer a los acusados las penas de un año de prisión, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de ocho meses, con una cuota diaria de 2 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, conforme al artículo 53 del Código Penal.

QUINTO.- En concepto de responsabilidad civil, y conforme al artículo 116.1 y 2 del Código Penal, los acusados Leonardo, Eugenia y Eliseo deberán, conjunta y solidariamente, reintegrar a la masa del concurso de Taymco SL la cantidad de 848.001,36 euros. Este importe corresponde a la cantidad que la administración concursal de la citada mercantil ha cuantificado como agravación de la insolvencia de la

empresa. Esta agravación es la consecuencia de la conducta de los acusados según el relato contenido en los hechos probados y que ha sido aceptado por los mismos.

Queda, por tanto, pendiente de resolver la cuestión de si Banco de Sabadell SA, como continuadora de la Caja de Ahorros del Mediterráneo (en adelante CAM), ha de responder como responsable civil subsidiaria.

Banco de Sabadell se opone y articula dos argumentos en esencia. En primer lugar, y pese a la conformidad de los acusados, cuestiona la concurrencia del tipo del artículo **259.1.4ª** del Código Penal. A continuación opone que el contrato de factoring que originó esa agravación de la insolvencia mediante el descuento o abono de facturas falsas fue un contrato simulado.

Ciertamente la oposición de la responsable civil subsidiaria suscita una cuestión compleja. La razón de esta complejidad deriva de un hecho evidente y es que, sin duda, el Banco de Sabadell es perjudicado por la conducta de los acusados. Estos urdieron un sistema por el que no sólo perjudicaron a los acreedores de Taymco SL sino que, además, causaron un evidente perjuicio a la entidad de la que obtuvieron un elevado importe, en concreto 800.000 euros, mediante la presentación de facturas inexistentes para lo que se sirvieron del contrato de factoring.

Es decir, nos tenemos que preguntar si es admisible que quien es perjudicada por el delito puede venir obligada a responder como responsable civil subsidiaria, por exigencia de la regla del artículo 120.4ª del Código Penal.

La respuesta ha de ser afirmativa ya que, sin negar como hemos dicho que Banco Sabadell SA es también perjudicada, esta condición no es obstáculo para que le sea exigida la responsabilidad subsidiaria.

Es esencial partir de un hecho indiscutible: El acusado Eliseo concertó el factoring origen de la agravación de la insolvencia en nombre de la CAM de la que era trabajador como director de la oficina de Vilanova i la Geltrú.

En este acusado se cumplen los presupuestos que la jurisprudencia exige para imponer la responsabilidad del citado artículo 120.4º. Por todas, la sentencia del **Tribunal Supremo** núm. 532/2014, de 28 de mayo, recoge la doctrina jurisprudencial y así expone: " *La doctrina de esta Sala, recogida por ejemplo, entre las sentencias más*

recientes, en la STS 343/2014, de 30 de abril , nos dice que las dos notas que vertebran la responsabilidad civil subsidiaria del art 120 4º son las siguientes:

a) *Que exista una relación de dependencia entre el autor del delito y el principal sea persona física o jurídica para quien trabaja, y*

b) *Que el autor actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque extralimitándose de ellas.*

Que debe existir una extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas es obvio, pero ello no excluye de responsabilidad subsidiaria, pues el ejercicio normal de las obligaciones o servicios encomendados a los dependientes de una empresa no incluye ordinariamente la realización de acciones delictivas, por lo que, como señala entre otras muchas la STS 1557/2002 , "extralimitaciones siempre hay cuando se cometen acciones penales".

Lo relevante es que la persona elegida para desempeñar una determinada función (en este caso la contabilidad y las relaciones con las entidades bancarias) actúe delictivamente precisamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa in eligendo), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas ordinarios de control interno de la empresa los detecte (culpa in vigilando)".

Este acusado es evidente que pudo saltarse los controles internos de la entidad y, mediante el contrato de factoring, consiguió que Taymco SL obtuviese una elevada cantidad de dinero mediante la presentación de facturas inexistentes, cuyo destino se ignora. Tan es así que, como dice el testigo Sr. Agustín , superior suyo en la entidad, fue despedido tras una auditoría interna por infringir la normativa interna del banco (folio 868).

Concurre así uno de los fundamentos en los que se apoya, según nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, la exigencia de la responsabilidad civil subsidiaria como supuesto de responsabilidad por las acciones y omisiones de otro. En relación con la conducta del acusado Eliseo la entidad para la que prestaba sus servicios, la CAM, incurrió en una evidente culpa in vigilando.

Y la prueba es que no sólo generó los perjuicios a los que se refiere esta causa sino que estos ascendieron a casi el doble, como refleja el documento de los folios 1054 y 1055, que fue elaborado por este mismo testigo Sr. Agustín.

En definitiva, no hay duda que concurren los presupuestos de la responsabilidad civil subsidiaria a partir de la conducta observada por el acusado Eliseo, que tenía el poder de dirección en la oficina en la que se concertó el factoring. Las declaraciones del Sr. Agustín, tanto en el juicio oral como en la instrucción (folios 902 y 903), ponen de manifiesto la capacidad que Eliseo tenía para obligar a la entidad CAM. Otro argumento más para concluir que tenía la relación de dependencia con la entidad que exige el precepto penal y para afirmar que esta incurrió en culpa in vigilando. Se cumplen así los presupuestos del artículo 120.4º.

No obstante, siguen pendiente de analizar los motivos opuestos por la parte civil. Hay que comenzar por señalar que esta parte puede cuestionar el fundamento de su responsabilidad pero no la tipificación de los hechos que ha quedado determinada por las acusaciones con la conformidad de los acusados.

En todo caso, los informes de la administración concursal que han sido ratificados por los dos administradores, Sres. Dionisio y Emiliano, revelan que con la actuación de los acusados se produjo una agravación de la insolvencia consecuencia de la operativa ficticia seguida mediante el factoring y el descuento de facturas.

Esta conducta antes se correspondía con el artículo 260 de la redacción anterior derogada por la Ley Orgánica 1/2015. No obstante, debe entenderse subsumible en la conducta del tipo del artículo **259.1.4ª**, ya que hubo simulación de créditos. Y en este punto se observa que hay una contradicción en las alegaciones de la responsable civil subsidiaria.

Se ha alegado que el contrato de factoring fue simulado. Pues bien, si se trató de un contrato simulado la apariencia creada provocó la simulación de créditos que exige el tipo. Hay que anotar que el tipo incorpora el verbo simular como verbo rector. Es decir, si el contrato era simulado, los créditos generados en su virtud también lo serían, con lo que quedaría colmada la exigencia típica.

La sentencia de la Sala Primera de 26 de marzo de 2012 expone: " *En torno a la simulación absoluta hemos de señalar que la STS de 25/10/2005 nos recuerda que "El negocio jurídico carente de causa es el simulado con simulación absoluta, que al estar falto de aquel elemento esencial es inexistente, aunque doctrinal y jurisprudencialmente se hable con frecuencia de nulidad, ya que los efectos de aquella y esta son coincidentes. Hay negocio aparente y acuerdo simulatorio por el que las partes coinciden en la inexistencia de aquel, lo cual difícilmente se acredita por prueba directa, siendo necesaria la prueba de presunciones. La simulación se revela por pruebas indiciarias que llevan al juzgador a la apreciación de su realidad (SSTS 24/04/1984 y 13/10/1987); que la "simulatio nuda" es una nueva apariencia engañosa, carente de causa, urdida con una finalidad ajena al negocio que se finge. Que el contrato simulado se produce cuando no existe la causa que nominalmente se expresa, por responder a otra finalidad jurídica (STS 1/07/1989). Que la simulación implica un vicio en la causa negocial (STS 18/07/1989)"*.

Tenemos así una razón más para considerar responsable civil a la entidad. En los estrictos términos de la acción civil ex-delicto, que alcanza a la responsable civil subsidiaria por aplicación del artículo 120.4, si el contrato es simulado, como la propia parte con su alegación sostiene, el fundamento de esa responsabilidad no puede cuestionarse, valorando además que fue parte del contrato en el que se produjo el perjuicio para los acreedores, a través de la conducta de su empleado desleal. Aunque la jurisprudencia civil reconoce legitimación activa para pedir la nulidad de los contratos simulados a los que fueron parte en ellos, en este caso frente a terceros debe responder la entidad que fue parte ya que hay que separar los efectos de esa conducta del empleado en la esfera interna de relación con la entidad, de los efectos frente a terceros.

Finalmente, y este es un argumento decisivo, la propia conducta de la responsable civil subsidiaria refuerza la conclusión expuesta. Al pedir el reconocimiento de su crédito, tal y como consta en los informes de la administración concursal (folios 58, 61 y 727), se sometió a los efectos inherentes a los concursos de acreedores cuando no se trata de créditos protegidos por algún tipo de privilegio, como es el caso. Es decir, se somete por su propia decisión a los efectos de la *par conditio creditorum*.

Tenemos que distinguir así dos momentos. En un primer momento la responsable civil solicita el reconocimiento de su crédito en el concurso, sin que pueda ponerse en cuestión su conocimiento de la conducta ilícita desplegada por los acusados. En un segundo momento, y dado que concurren los presupuestos de la responsabilidad del Banco de Sabadell SA, como continuadora de la CAM y por la conducta de quien fue su trabajador Eliseo y al amparo del artículo 120.4, la entidad debe ser declarada responsable civil subsidiaria.

Incluso podemos avanzar un tercer momento, puesto que el concurso no está concluido como ha manifestado el administrador concursal Sr. Dionisio. Una vez se ejecute la responsabilidad civil sobre los bienes de los acusados, si estos son insuficientes, Banco de Sabadell habrá de pagar la parte no pagada con esos bienes de los acusados y podrá percibir lo que le corresponda en la ejecución, conviene repetir, conforme a los efectos de la *par conditio creditorum*.

Hay que aclarar, no obstante, que no procedería ahora la renuncia de la responsable civil subsidiaria a su crédito pretextando, por ejemplo, que esa renuncia produciría la automática reducción del pasivo. Dos son las razones. Una primera que tal renuncia infringiría el principio general que veda la renuncia de derechos cuando infringe los derechos de los terceros, en este caso los acreedores del concurso, que viene establecido en el artículo 6.2 del Código Civil. La segunda es que tal pretensión vulneraría el principio general que prohíbe ir contra los propios actos, en este caso la petición de reconocimiento del crédito derivado del contrato de factoring en el concurso.

En definitiva, procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria de Banco Sabadell SA, como continuadora de la CA.

SEXTO.- En cuanto a las costas de esta instancia, conforme al artículo 123 del Código Penal y sus concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede imponerlas a los acusados en una tercera parte a cada uno de ellos, incluyendo las correspondientes a la acusación particular por no concurrir ninguna razón para su declaración de oficio por su posición procesal desde el inicio de la causa.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Por conformidad de los acusados en cuanto a la acusación, manifestada en el acto del juicio oral, **CONDENAMOS** a Leonardo , Eugenia y Eliseo , como autores de un delito de insolvencia punible, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de un año de prisión, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de ocho meses, con una cuota diaria de 2 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, conforme al artículo 53 del Código Penal.

En concepto de responsabilidad civil **CONDENAMOS** a Leonardo, Eugenia y Eliseo a reintegrar a la masa del concurso de Taymco SL, conjunta y solidariamente, la cantidad de 848.001,36 euros.

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de Banco Sabadell SA.

Las costas se imponen a los condenados en una tercera parte a cada uno de ellos, en las que se incluyen las correspondientes a la acusación particular.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra esta sentencia puede interponerse recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el plazo de cinco días desde su última notificación. Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al Rollo, fallamos y firmamos en el lugar y fecha indicados.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue leída y publicada en el mismo día de su fecha, por el Sr. Presidente del Tribunal, celebrando audiencia pública. Doy fe.