



FACULTAD DE DERECHO

LA (DES)VINCULACIÓN DE LOS DELITOS DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN Y LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES

Autor: Francisco de Asís Serrano Hernández

5º E-3 D

Derecho Penal

Tutor: Antonio Obregón García

Madrid
Abril 2018

La (des)vinculación de los delitos de frustración de la ejecución y las insolvencias punibles

Francisco de Asís Serrano Hernández

Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

RESUMEN

En este trabajo de investigación se estudia en qué medida el legislador ha logrado su pretensión de desvincular los delitos de frustración de la ejecución y las insolvencias punibles como consecuencia de las modificaciones tanto sistemáticas como de configuración típica introducidas en éstos a raíz de la LO 1/2015. La separación en Capítulos diferentes de las tradicionales figuras del alzamiento y el concurso punible, la incorporación, en cada uno de ellos, de novedosos delitos, así como el cambio de técnica legislativa para la descripción típica del delito de bancarrota, que incluye la modificación de su condición objetiva de perseguibilidad, hacen necesario preguntarse por la relación que se establece entre ellos tras la reforma y por la necesidad de la misma al estar, o no, exigida por su diferente naturaleza y bien jurídico tutelado.

Palabras clave: Reforma LO 1/2015, frustración de la ejecución, alzamiento de bienes, insolvencias punibles, Derecho penal.

ABSTRACT

This paper studies if the legislator has achieved its objective to delink the criminal offences of foiled executive proceeding and criminal insolvency as a result of the systematic and material amendments set forth in the LO 1 / 2015. The separation into different chapters of the traditional offences of concealment of assets and the fraudulent bankruptcy, the incorporation on each of new incriminated behaviors, as well as the shift of the legislative technique for the typical offences description of bankruptcy, which includes the modification of their persecution condition, make it necessary to study the relationship established between them after the reform and the need for it to be, or not, required by its different legal nature and legal interest protected.

Key words: Amendment of LO 1/2015, foiled executive proceeding, concealment of assets, criminal insolvency offences, Criminal Law

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN	5
2. NOVEDADES REGULATORIAS INTRODUCIDAS POR LA LO 1/2015	8
2.1 Regulación de los delitos de frustración de la ejecución tras la reforma de Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo	8
2.2 Regulación de las insolvencias punibles tras la Ley Orgánica 1/2015	13
3. NOVEDADES EN LA TÉCNICA LEGISLATIVA Y ELEMENTOS TÍPICOS RELEVANTES DE LOS DELITOS DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN E INSOLVENCIAS PUNIBLES	14
3.1 Novedades de técnica legislativa y elementos típicos relevantes de los delitos de frustración de la ejecución	15
3.1.1 Tipo básico del alzamiento de bienes (art.257.1.1º)	15
3.1.2 Tipo específico del alzamiento de bienes (art. 257.1.2º)	24
3.1.3 Tipo específico del alzamiento de bienes (art. 257.2)	26
3.1.4 Tipos cualificados de alzamiento de bienes	28
3.1.5 Nuevas figuras penales introducidas por la reforma de 2015	29
3.1.6 Previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	32
3.2. Novedades de técnica legislativa y elementos típicos relevantes de las insolvencias punibles	33
3.2.1 Delito de concurso punible o bancarrota (no causal)	33
3.2.2 Conducta típica del concurso punible no causal	37
3.2.3 Delito de concurso punible o bancarrota (causal)	39
3.2.4 Delito imprudente de concurso punible o bancarrota	41
3.2.5 Condición objetiva de perseguibilidad	43
3.2.6 Tipos agravado del delito de concurso punible	46
3.2.7 Delito de favorecimiento ilícito de acreedores	47
3.2.8 Delito de falsedad contable en procedimiento concursal	49
3.2.9 Previsión de responsabilidad para las personas jurídicas	50
4. CONCURSOS PENALES	51
5. CONCLUSIONES	60
ANEXO	64
I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN ANTES DE LA REFORMA DE 2015	64
Regulación clásica del delito de alzamiento de bienes	64
Reformas introducidas a raíz del Código Penal de 1995	64
II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE INSOLVENCIAS PUNIBLES ANTES DE LA REFORMA DE 2015	67
Regulación de las insolvencias punibles hasta el Código Penal de 1973	67
Regulación de las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995	69
La Regulación de las insolvencias punibles tras la reforma del Código Penal de 2003 ..	71
III. CONFLICTOS JURISDICCIONALES	73
BIBLIOGRAFÍA	77

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.: Artículo

CC: Código Civil

CCom.: Código de Comercio

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

CP: Código Penal

L.O.: Ley Orgánica

LC. Ley Concursal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LGT: Ley General Tributaria

s.: Siglo

ss.: Siguietes

1. INTRODUCCIÓN

La reforma operada por la LO 1/2015 en materia de alzamiento de bienes e insolvencias punibles abre una nueva etapa en su “desdichada y atormentada¹” regulación penal. Desde que fueran tipificadas, sistemáticamente unidas, en el s. XIX como accesorios penales a conductas que constituían ilícitos mercantiles y civiles, ambas figuras delictivas han presentado dificultades relativas tanto a su armonización procesal como de imprecisión en su configuración típica, los cuales han redundado en problemas para la fijación de su ámbito punible y su delimitación.

En materia de coordinación procesal, la tipificación inicial del concurso punible mediante leyes penales en blanco, remitiéndose a la normativa mercantil, provocó su configuración como “hechos de bancarrota”, coincidentes con los criterios que el art. 888 y ss. del Ccom. señalaba para calificar el concurso como culpable y entre los cuales se encontraba el propio alzamiento de bienes. Sin embargo, el texto punitivo nunca ha recogido de forma expresa la consideración del alzamiento como causa de la insolvencia patrimonial, al configurarlos siempre como delitos autónomos.

Este hecho ha provocado un tradicional solapamiento de sus acciones típicas, que ni siquiera el cambio de técnica legislativa en materia de insolvencias del CP de 1995 consiguió paliar. Mayoritaria, pero no unánimemente, se entendía con MUÑOZ CONDE² a la cabeza, que el criterio formal diferenciador de ambos residía en la exigencia de la declaración civil del concurso como requisito de perseguibilidad penal del delito concursal, condición que no se establecía para el alzamiento.

Las mismas deficiencias de técnica legislativa y la posterior ambigüedad del legislador también son el origen de las dificultades con respecto a la configuración típica de estas figuras penales, reflejándose en la falta de consenso en la doctrina y la jurisprudencia acerca de la misma.

¹ [non vidi. cit., Vives Antón-González Cussac, “Comentarios al Capítulo VII del Título XIII del Libro II” en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, (Dir. Vives Antón), Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996 pág. 1273] en Obregón García, A. “La reforma concursal y las insolvencias punibles: La comisión por omisión de un error”, *La reforma de la legislación concursal: estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003* (Coord. Martín, A.J.), Madrid, Dykinson, 2004, pp. 415-448; p. 421.

² Muñoz Conde, F., “Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm.2, 1977, pp.87 y ss.; p.97

Las discrepancias se extendieron a la propia naturaleza de los delitos, asentada o no sobre la base de la insolvencia, sobre el bien jurídico tutelado, individual (patrimonial) o supraindividual (económico) o acerca de su clasificación en función de la intensidad del ataque hacia éste como delitos de peligro o de lesión, llegándose a apuntar que lo que subyacía es una “falta de claridad de objetivos”³ de la regulación.

En medio de este complejo panorama regulatorio, la reforma de 2015 ha pretendido paliar las carencias apuntadas incidiendo en la clarificación de los elementos típicos integrantes de ambos delitos para su mejor diferenciación. Para ello ha introducido modificaciones sistemáticas que, quebrando la unidad que había presidido la regulación histórica de estas figuras penales, suponen la remodelación del Capítulo VII que pasa a denominarse “Frustración de la ejecución” y en el que se engloba el alzamiento y la creación de un Capítulo VII bis rubricado como “De las insolvencias punibles” en el que se mantendrá el concurso punible.

También ha introducido profundos cambios materiales destacando la nueva descripción típica de los concursos punibles, que incluye una polémica modalidad imprudente y la modificación de su condición objetiva de perseguibilidad que deja de ser exclusivamente formal. Además, dicha configuración típica recupera los supuestos de bancarrota análogos a los que el actual art.164.2 LC prescribe para la calificación culpable del concurso y entre los que se sigue encontrando el alzamiento.

El objetivo de este trabajo de investigación consiste, por tanto, en la comprobación de la eficacia de los nuevos criterios aportados por la reforma para entender lograda, o no, la pretendida desvinculación de los delitos de frustración de la ejecución e insolvencias punibles. Para ello, adquiere importancia contestar a la pregunta de si la reforma operada en esta materia se limita a un mero cambio sistemático o si por el contrario queda justificada por entender que estamos ante delitos de naturaleza dispar. Instrumentalmente, se ha de proceder a la aclaración de los elementos configuradores de estos delitos, así como su objeto de protección.

³ Obregón García, A. “La reforma concursal... cit. pág. 433

Para la consecución de tales propósitos, el trabajo de investigación utiliza principalmente dos técnicas metodológicas. Por un lado, el método exegético de las fuentes legales y, por otro, la revisión de la literatura precedente focalizado en el estudio de la doctrina científica y la jurisprudencia. Adquieren relevancia en este sentido, para la comprensión de la vinculación entre estos delitos, tanto el análisis de la evolución histórica de la regulación de las figuras penales como los conflictos jurisdiccionales que se han derivado de la misma, ambos explicados en mayor detalle en el anexo.

2. NOVEDADES REGULATORIAS INTRODUCIDAS POR LA LO 1/2015

2.1 Regulación de los delitos de frustración de la ejecución tras la reforma de Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

La LO 1/2015, de 30 de marzo supone una reforma de calado en la dimensión sistemática y material de los delitos de alzamiento de bienes⁴. En aras a la finalidad de separar claramente las conductas de obstaculización de la ejecución y los delitos de bancarrota se produce una ruptura de la unidad formal con la división del Capítulo VII en dos, a saber, un Capítulo VII que pasa a titularse “Frustración de la ejecución” y un nuevo Capítulo VII bis cuya rubrica es “De las insolvencias punibles”.

Entre las cuestiones objeto de debate de esta nueva regulación se encuentra la propia rúbrica del Capítulo VII ya que, aunque parte de la doctrina⁵ venía utilizando la expresión de “delitos de frustración de la ejecución”⁶, es el propio CGPJ quien califica el título de impreciso alegando que “la consumación de ciertas modalidades no requiere, siquiera, el inicio de un procedimiento de ejecución”.⁷

Ante estas discrepancias, se propone una interpretación expansiva del término “ejecución” no limitado a un delito cometido en el marco de un procedimiento de ejecución sino entendido como sinónimo de “realización”.⁸ De esta manera; “en tanto que voluntariamente el deudor no ha satisfecho su deuda o no pretende hacerlo, el acreedor sólo puede obtener satisfacción de su crédito “realizándolo” sobre los bienes del deudor, lo cual por la actividad previa de éste, deviene en difícil o imposible. Ante ello el acreedor se ve privado de lo que esperaba: frustrado de poder realizar su crédito”.⁹ Desde mi punto de vista, esta es la única interpretación posible para entender comprendidos en la nueva rúbrica los delitos que se encuentran bajo el paraguas del Capítulo VII que analizamos.

⁴ Faraldo Cabana, P., “Capítulo VII Frustración de la Ejecución”, *Comentarios Prácticos al Código Penal: Tomo III Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos* (Dir. Gómez Tomillo, M.), Cizur Menor (Navarra) Thomson Reuter Aranzadi, 2015, pp.253-281, p.256

⁵ Entre ellos QUINTERO OLIVARES, BACIGALUPO ZAPATER, MARTÍNEZ PEREDA o GARCÍA-CALVO

⁶ Cfr., Luzón Cánovas, M. “La nueva regulación del alzamiento de bienes”, *Ponencia del Curso: La reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015*, 2015, pp. 1-23, p.7

⁷ Informe al anteproyecto de Ley Orgánica del CGPJ

⁸ Cfr., Luzón Cánovas, M. “La nueva regulación... *op.cit.* p.7

⁹ *Ibidem*, p.7

La reforma de 2015 también formula modificaciones materiales relativas al propio articulado de los tipos y formales por la incorporación de novedosas figuras penales. Sin embargo, tanto el tipo genérico (art.257.1.1º) como el tipo específico de alzamiento de bienes (art.257.1.2º) no han sufrido modificación alguna ni su localización ni en su redacción.¹⁰

Aunque, en lo que atañe al segundo, el precepto vigente dista de aquel que se presentó en el Anteproyecto de reforma del CP¹¹ por el que se pretendía su división en dos subapartados rubricados alfabéticamente. En la letra a) se sancionaba a “quien con el mismo fin del número anterior ocultare sus bienes” y en la letra b) se incorporaba, literalmente, el precepto actual.¹²

Ahora bien, la diferencia entre los términos “alzamiento” y “ocultación”, de haberse explicitado, habría producido una superposición de conductas con el tipo básico del alzamiento en el que doctrina y la jurisprudencia siempre han integrado implícitamente la conducta comisiva de la ocultación¹³. Por eso, en sede de tramitación parlamentaria el Anteproyecto fue enmendado a petición del Grupo Parlamentario Socialista resultando en la eliminación del apartado a).¹⁴

El tipo específico de alzamiento de bienes relativo a la responsabilidad civil *ex delicto*, ha encontrado nuevo acomodo en el art.257.2. La única consecuencia que se deduce de dicha reubicación es que ahora es posible aplicarle los tipos agravados establecidos en los art.257.3 y 257.4¹⁵ Su redacción, en cambio, introduce sustanciosas modificaciones. Para empezar, se ha añadido en la descripción de la acción típica la expresión “u oculte”.

¹⁰ Roig Torres., M. “La Frustración de la ejecución; el modelo alemán y la nueva regulación del Código Penal español, *Revista General de Derecho Penal* vol. 25, 2016, pp.1-55, p.18

¹¹ Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 11 de octubre de 2012.

¹² Roig Torres., M. “La Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 19

¹³ [*non vidi*, Quintero Olivares, G.- Morales Prats, F., “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, p. 717] en Roig Torres., M. “La Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 20.

¹⁴ Enmienda nº 704 del grupo parlamentario socialista. Boletín oficial de las cortes generales, congreso de los diputados, X legislatura, 10 de diciembre de 2014, nº 66-2, pág. 457.

¹⁵ *Cfr.*, Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (Capítulo VII y VII bis del Título XIII: art. 257 a 261 bis)”, *Derecho penal y económico de la empresa*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 53-173, p.95

Esta aclaración de la conducta punible paradójicamente distorsiona la interpretación sistemática con el subtipo de alzamiento del art.257.1.2^o¹⁶ con el que, en principio, comparte naturaleza pues, a pesar de que “ocultar” es el paradigma de la acción típica del alzamiento en sentido estricto, el verbo ocultar no se incluyó en éste explícitamente como hemos explicado *supra*.

En segundo lugar, se elimina la condición por la que este delito se entendía cometido si, como consecuencia de los actos del sujeto activo, éste llegaba a ser “total o parcialmente insolvente” en el marco de la obstaculización de la ejecución de créditos derivados de la responsabilidad civil. Es una supresión coherente con la línea de la reforma apuntada¹⁷ que intenta desligar los delitos de frustración de los de insolvencia punible, siendo la única remisión dentro de los nuevos delitos de frustración de la ejecución en la que se aludía el criterio clásico de la insolvencia.

Se modifica la mención que se hace del sujeto activo diciendo que éste es “quien hubiere cometido un delito o del que debiera responder” en contraposición a la expresión anterior, menos precisa, de “responsable de cualquier hecho delictivo”. Se cierra así la polémica doctrinal acerca de si el sujeto activo únicamente debía ser el responsable penal, o si por el contrario la expresión abarca a alzamientos realizados por responsables civiles derivados de delito ajeno. El debate se solventa integrado a todos los responsables penales y civiles, independientemente del grado de participación, en la órbita de sujetos activos del tipo¹⁸. Por último, se abandona la expresión de que la conducta típica se debiera hacer “con posterioridad” a la comisión del hecho delictivo.¹⁹

En lo referente al art.257.4, la reforma de 2015 cambia los numerales a que se refería por los actuales 5º y 6º del art.250.1. El tipo especial vigente, mantiene la agravación en caso de cuantía superior a 50.000€ o perjuicio a un elevado número de personas y se incluye la cualificación para alzamientos “cometidos con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador o en que se aproveche éste de su credibilidad empresarial o profesional”.

¹⁶ Cfr., Luzón Cánovas, M. “La nueva regulación... *op.cit.* p.9

¹⁷ *Ibidem.*, p.9

¹⁸ *Ibidem.*, p.10

¹⁹ *Ibidem.*, p.10

Por una parte, la modificación elimina la agravación basada en la importancia de los bienes con que el sujeto activo se alzaba, difícilmente sostenible, más aun cuando dichos bienes de primera necesidad eran eludidos por el propio deudor.²⁰ La eliminación del supuesto de gravedad especial es coherente con la línea de la reforma al orientar al alzamiento como un delito de mera actividad²¹ que no necesita de la producción de ningún resultado para su comisión, aunque veremos que ésta no es una cuestión pacífica en la doctrina, sería un argumento a su favor.

Es criticable que, *caeteris paribus*, la agravación por razón de la cuantía no haya sido igualmente eliminada. La explicación de esta incoherencia sistemática se achaca a la modificación parlamentaria que sufrió el art.250.1 a raíz de una enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista²² con la que se redujeron de ocho a siete a los supuestos de agravación del mismo, pero sin modificar a su vez la remisión del art.257.4.²³

Lo que constituye una auténtica novedad para la regulación en esta materia e intenta justificar la nueva rúbrica del Capítulo VII, es la introducción de una serie heterogénea de delitos cuyo denominador común es el de asegurar el buen fin de la ejecución de los derechos de créditos ante actuaciones elusivas del deudor.²⁴

De hecho, la inclusión de estos nuevos tipos viene a “confirmar el distanciamiento de los delitos de “Frustración de la ejecución” del concepto de insolvencia”²⁵ pero dicha diferencia, lejos de ser apreciada unánimemente, ha llevado a la doctrina a preguntarse por el grado de acierto del legislador al ubicar en este Capítulo dichos tipos.

²⁰ [*non vidi*, Altares Medina. P. J. “Los delitos contra el patrimonio en la reforma del Código Penal producida por la LO 5/2010, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº42, 2012, p.16 en Roig Torres., M. “La Frustración de la ejecución...*op.cit.* p38

²¹ *Cfr.*, Luzón Cánovas, M. “La nueva regulación... *op.cit.* p.15

²² Boletín oficial de las cortes Generales de 10 -12-2014.Enmienda e índice de enmiendas al articulado 121/00065. Enmienda nº 696)

²³ *Cfr.*, Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución.. *op.cit.* p. 104

²⁴ *Ibidem*, p.108

²⁵ *Cfr.*, Luzón Cánovas, M. “La nueva regulación... *op.cit.* p.17

En la Exposición de motivos de la LO 1/2015 se señala que “estas figuras están llamadas a completar la tutela de los procedimientos de ejecución y con ello del crédito”, sin embargo, tanto el Consejo Fiscal como el Consejo de Estado propugnan su inclusión “entre los delitos contra la Administración de Justicia o en su caso, de un supuesto especial de falsedad documental en el que se falta a la verdad en la narración de los hechos”²⁶. La ulterior crítica que subyace es que con la tipificación de estas nuevas figuras se quiebra la tradicional homogeneidad de bienes jurídicos protegidos por los delitos de insolvencias punibles²⁷, cuestión que más tarde estudiaremos.

Finalmente el art.258 ter recoge la regulación que, con respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas puede derivarse por los delitos enunciados en este Capítulo VII, la cual al hallarse en el anterior art.261 bis, tras la división del Capítulo VII ha sido necesaria su duplicación.

2.2 Regulación de las insolvencias punibles tras la Ley Orgánica 1/2015

La reforma de 2015 representa un “cambio revolucionario”²⁸ del delito de concurso punible, pues el legislador abandona la técnica legislativa por la que había optado en el CP de 1995 y revitaliza la tipificación de los hechos que daban lugar a la calificación de la quiebra como culpable o fraudulenta anteriores a la LC, denominados en la doctrina como “hechos de bancarrota”.²⁹ Este cambio prueba en buena medida la “oscilación político-criminal que presenta este sector”³⁰ pues, la tipificación orientada a la autonomía de las insolvencias punibles con el derecho concursal vuelve a la superposición del concurso punible con las causas que la LC determina para calificar los procedimientos de ejecución universal como culpables.³¹

²⁶ [non vidi, Sánchez Dafaue, M., “Frustración de la ejecución” en *Comentario a la reforma penal del 2015* (Dir. Quintero Olivares, G.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p.495] en Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución.. *op.cit.* p. 108

²⁷ Muñoz Conde, F., “Alzamiento de bienes y frustración de la ejecución. Insolvencias punibles y figuras afines”, *Derecho Penal: Parte especial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 401.

²⁸ Cfr., Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la ejecución” *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp.692-708, p. 712

²⁹ Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos de la bancarrota: El delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 23, 2015, pp. 55-70, p.61

³⁰ Gómez Lanz, J. “Las insolvencias punibles en el Código Penal” *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 26º, 2017, pp. 1-19; p.6.

³¹ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos... *op.cit.* p.57

En lo que respecta a su ubicación sistemática, los delitos de insolvencia punible pasan a regularse en un Capítulo distinto del alzamiento como consecuencia del propósito del legislador de:

“Lleva(r) a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota.”

(Preámbulo XVI de la LO 1/2015)

El capítulo VII bis, donde se hallan tipificados éstos, se estructura ahora en torno a tres figuras penales; el delito de concurso punible o bancarrota (art.259) dentro del cual diferenciamos, ateniendo a la clasificación efectuada por GÓMEZ LANZ³², el concurso punible no causal (art.259.1) del causal (art.259.2). Junto a éstos, encontramos dos figuras asociadas a los concursos como son; el favorecimiento ilícito de acreedores, tanto en concurso, antes tipificado en el art.259 y hoy en el art.260.2, como extraconcursal (art.260.2) y el delito de falsedad documental que mantiene su ubicación en el art.261 CP.

³² Cfr., Gómez Lanz, J. “Las insolvencias punibles... *op. cit.* p.7

3. NOVEDADES EN LA TÉCNICA LEGISLATIVA Y ELEMENTOS TÍPICOS RELEVANTES DE LOS DELITOS DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN E INSOLVENCIAS PUNIBLES

El objetivo de los siguientes apartados de la investigación, más allá de la exposición del contenido y la estructura de los delitos frustración de la ejecución e insolvencia punibles, es el de constituir un estudio del cambio de técnica legislativa que para tales figuras penales ha supuesto la reforma del CP en 2015. El análisis propuesto, se centrará en aquellos elementos típicos más controvertidos y donde se manifieste, en mayor medida, el cambio de modelo regulatorio así como en aquellos que sean de utilidad para el posterior tratamiento de la vinculación entre ambas esferas de figuras penales.

3.1 Novedades de técnica legislativa y elementos típicos relevantes de los delitos de frustración de la ejecución

3.1.1 Tipo básico del alzamiento de bienes (art.257.1.1º)

El art.257.1.1º es el heredero de la regulación tradicional del tipo básico del alzamiento de bienes, también denominado alzamiento “propriadamente dicho” o “genérico”³³, el cual dispone que es castigado “el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores” con una pena de privativa de libertad de 1 a 4 años de prisión y multa de 12 a 24 meses.

Uno de los puntos neurálgicos de la configuración típica del alzamiento es su calificación atendiendo a la intensidad del ataque que exige sobre el bien jurídico tutelado, que a efectos de este análisis y en atención a la tesis doctrinal mayoritaria, encabezada por MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, diremos que es el derecho que asiste a los acreedores a la satisfacción de sus créditos³⁴, pues ha sido, y es, un aspecto controvertido en la doctrina. Por ejemplo, apartándose del criterio mayoritario, QUERALT JIMÉNEZ señala que el bien jurídico tutelado en el alzamiento, al igual que en las insolvencias punibles, es de naturaleza supraindividual y consiste en el correcto funcionamiento del sistema crediticio.³⁵

³³ Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución.. *op.cit.* p. 53

³⁴ *Cfr.*, Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 47

³⁵ Queralt Jiménez, J.J., “Delitos contra el sistema Socio-Económico” *Derecho Penal Español: Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp.787-817, p. 791

Partiendo de la primera premisa, QUINTERO OLIVARES³⁶, así como los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales, entienden que nos encontramos ante un delito de peligro, en concreto, de “riesgo abstracto o de peligro potencial”³⁷. Frente a esta tesis, otro grupo minoritario de autores, como BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO ZAPATER³⁸, defienden que el alzamiento es un delito de lesión, aunque con discrepancias acerca del momento en que se entiende dañado el bien jurídico protegido.

Entre los seguidores de la primera línea doctrinal no hay conformidad en la clasificación del tipo de peligro requerido. Para autores como FARALDO CABANA³⁹, GONZÁLEZ CUSSAC y VIVES ANTÓN⁴⁰ se trata de un delito de peligro concreto por la inmediatez de la lesión con respecto a un patrimonio particular. Para otros, como QUINTERO OLIVARES,⁴¹ estaríamos ante un delito de peligro abstracto en que toda maniobra de distracción de elementos patrimoniales es peligrosa *per se*.

Creo defendible su consideración como tipo de peligro potencial o hipotético, al tener la conducta típica aptitud genérica para lesionar el bien jurídico, mas ésta necesita ser probada en el caso concreto, ya que no es cierto que toda conducta elusiva de bienes implique un peligro para la realización de los crédito, por ejemplo, cuando el deudor dispone de otros bienes embargables.⁴²

Independientemente de ello, pero en coherencia con la reforma operada en 2015, los partidarios de la primera tesis no entienden condicionado el perfeccionamiento del tipo a la lesión del bien jurídico, ni siquiera a través del resultado jurídico de la insolvencia del deudor.

³⁶ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la..”, *op.cit.*, p. 698

³⁷ STS 30-11-2011, [RJ 2012\1817]: “(...) que tal delito, conceptualizado como de riesgo abstracto o de peligro potencial, tiene como bien jurídico protegido salvaguardar la intangibilidad del patrimonio del deudor, vía art. 1.911 del Código Civil”

³⁸ [*non vidi*, Bajo Fernández, M.-Bacigalupo Saggese, S., “Derecho Penal Económico”, Editorial Universitaria Ramón Areces p. 386] en Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 57

³⁹ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Capítulo VII Frustración... *op. cit.* p. 257

⁴⁰ González Cussac, J.L., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): frustración de la ejecución e insolvencias punibles”, *Derecho penal parte especial*, Valencia Tirant lo Blanch., 2016 pp.433-453, p.436.

⁴¹ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la..”, *op.cit.*, p. 698

⁴² STS 15- 10-2003 [RJ 2003\7756]: “No existirá delito aunque exista disposición de bienes si permanece en poder del deudor patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente los derechos de los acreedores”.

Se inclinan por pensar que el legislador ha configurado un tipo de peligro con el que es suficiente una conducta del deudor que suponga una amenaza al derecho del acreedor a realizar de manera satisfactoria el cobro de sus créditos.⁴³

La consecuencia práctica derivada de esta premisa es que da lugar a una anticipación de la acción penal pues el tipo se perfecciona con la realización por parte del deudor de cualquier conducta elusiva de sus bienes con la intención de impedir la satisfacción y cobro por parte de sus acreedores de las obligaciones que estos titulan contra él.⁴⁴ Además, siguiendo esta tesis, ni la insolvencia ni cualquier otro resultado posterior sería un elemento típico, lo cual reafirmaría al legislador en su idea de haber deslindando formalmente los delitos de frustración de la ejecución de los de insolvencias punibles, las cuales razonablemente sí exigen ésta como elemento del tipo.⁴⁵

Entre los partidarios de la tesis del alzamiento como delito de lesión no hay unanimidad en la concreción del desvalor del tipo. Para algunos, con MARTÍNEZ-BUJÁN⁴⁶ al frente, es necesario que se produzca un perjuicio patrimonial efectivo para los acreedores por el cual no puedan cobrar sus créditos.

Otros autores como BACIGALUPO ZAPATER y BAJO FERNÁNDEZ postulan que, no bastando con sólo poner en peligro el derecho a la satisfacción del crédito, por ejemplo con el mero incumplimiento de la obligación, pero sin llegar al perjuicio efectivo de su imposibilidad de cobro, la lesión al bien jurídico consistiría en la colocación dolosa del deudor en una situación de insolvencia impeditiva de la satisfacción del crédito.⁴⁷

Para poder tomar una postura en esta cuestión cobra relevancia delimitar la noción de insolvencia y la relación que ésta guarda con la expresión en “perjuicio” para el patrimonio del acreedor inserta en la descripción del tipo de alzamiento.

⁴³ Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la..”, *op.cit.*, p. 698

⁴⁴ *Cfr.*, Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p.66

⁴⁵ *Cfr.* Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la..”, *op.cit.*, p. 698

⁴⁶ *Cfr.*, Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 68

⁴⁷ [*non vidi*, Bajo Fernández, M.-Bacigalupo Saggese, S., “Derecho Penal Económico”, Editorial Universitaria Ramón Areces p. 386] en Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución... *op.cit.* p. 57

Ante la falta de una definición penal autónoma de insolvencia autores como QUINTERO OLIVARES han optado por formular su noción como el “sobreseimiento generalizado de todas las obligaciones del deudor.”⁴⁸Otro, razonablemente la conciben en los mismos términos que el art.2.2 LC como la situación por la que el deudor “no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”.

El foco de la discusión entre ambas posturas no reside en las situaciones de insolvencia “real” en las que el importe del pasivo del deudor es objetivamente superior a los activos que tiene para satisfacerlos, sino en la consideración de la insolvencia “aparente” como verdadera situación de insolvencia o no derivada de la ocultación de patrimonio como modalidad típica paradigmática del alzamiento.

En este sentido, autores como VIVES ANTÓN o BAJO FERNÁNDEZ entienden que los efectos de la insolvencia aparente para con el acreedor son análogos a los de la insolvencia real pues “responde efectivamente a un déficit del patrimonio que de permanecer íntegro hubiera bastado para satisfacer obligaciones exigibles”.

En el otro extremo, partiendo de la noción de insolvencia que proporciona la LC, la insolvencia “aparente” no constituye en sentido jurídico insolvencia porque, aunque oculto, el deudor tiene suficiente patrimonio como hacer frente a sus obligaciones. De esta manera, se afirma por BACIGALUPO ZAPATER que “si la realidad de la insolvencia es indiferente, ello significa que la insolvencia, en sí misma no es un elemento objetivo del tipo”⁴⁹ y añade que el alzamiento no requiere la producción de una insolvencia total y real, pues “el perjuicio a los acreedores pertenece no a la fase de ejecución sino a la de agotamiento del delito”⁵⁰.

La falta de consenso en cuanto a la concepción de la insolvencia se ha de poner en conexión con la interpretación de la expresión “en perjuicio”. El único punto en común de todas las tesis es señalar que no hace referencia a la cuantía de la deuda cuya obstrucción del pago se pretende.

⁴⁸ Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la.., *op.cit.*, p. 713

⁴⁹ STS 19-12-2001, [RJ 2002\3240]

⁵⁰ STS 3-10-2005 [RJ 2005\7198]

Fuera de esta pacífica afirmación, los autores proclives a calificar el alzamiento como delito de peligro dan a la expresión una interpretación que atañe al elemento subjetivo del injusto referenciándolo al *animus fraudi*.⁵¹

Destaca, GÓMEZ LANZ, que en el estudio de su exégesis concluye que la expresión en comentario indica que “la tipicidad de la conducta depende de que el sujeto activo obre con la finalidad de perjudicar a los acreedores.”⁵² A esta opinión se suscribe también los pronunciamientos judiciales más recientes⁵³. Se entiende, además como argumento a favor de esta consideración, que es imposible lesionar el derecho de los acreedores cuando éste no desaparece por más que el deudor efectuó maniobras de ocultación y se insolvente⁵⁴. La objeción que se puede hacer a esta tesis es la de asimilar la lesión del crédito con su inexistencia.

En el otro extremo, se postulan las corrientes doctrinales que conciben al alzamiento como delito de lesión al interpretar la expresión en comentario como la exigencia de “la frustración efectiva de las expectativas del acreedor de satisfacer su crédito sobre el patrimonio del deudor, no quedándole otra alternativa para lograrlo que acudir al procedimiento judicial”⁵⁵. Éstas tienen en común el contemplar la insolvencia como elemento configurador del tipo.

La divergencia, entre ellas radica en que, mientras para parte de la doctrina como MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, la frustración efectiva se produce desde el momento en que, siendo la obligación vencida y exigible, ésta no es pagada, en opinión de los segundos como VIVES ANTÓN o GONZÁLEZ CUSSAC, independientemente de cuándo sean exigibles las obligaciones, la frustración se produce desde el momento en que el deudor deviene insolvente.

⁵¹ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 67

⁵² Gómez Lanz, J. “La interpretación de la expresión en perjuicio en el Código Penal” Madrid, Dykinson, 2006, p.326

⁵³ SAP de Alicante de 9-5.2002 [JUR 2002\187425] “La expresión “en perjuicio de sus acreedores”, ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores.”

⁵⁴ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la.., *op.cit.*, p. 698

⁵⁵ [non *vidi*] Huerta Tocildo, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes” *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Prof. Doc. Torío López*, Granada, Ed. Comares, 1999, p. 803] en Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 65

La discusión que subyace entre estas corrientes doctrinales es determinar si es requisito del tipo el que la obligación crediticia haya de tener la concepción de vencida y exigible o no. En referencia a esta cuestión, existe una tendencia doctrinal, con un marcado reflejo jurisprudencial, que ha evolucionado desde una tesis tradicional, en la que se exigía de manera férrea que las obligaciones fueran vencidas líquidas y exigibles⁵⁶, a una concepción doctrinal mayoritaria mucho más laxa que acepta la consumación del tipo sin necesidad del requisito de la exigibilidad y vencimiento de la deuda.⁵⁷ Por tanto ni el Tribunal Supremo ha sido coherente con su propia línea jurisprudencial, aunque anticipamos que ésta es una línea que ya ha abandonado.

Por ello, a la luz de la evolución jurisprudencial, en paralelo con el sector doctrinal mayoritario, y siendo consciente de la pretensión, lograda o no, del legislador de deslindar los delitos frustración de la ejecución, entiendo necesario considerar el tipo de alzamiento como delito de peligro en aras a su diferenciación con los delito de concurso punible.

En este sentido si “producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia de este delito”⁵⁸, y bajo el entendimiento de que un efectivo daño al crédito de los acreedores sería, cuanto menos, una situación de insolvencia del deudor que no es exigida como elemento del tipo, podemos afirmar su calificación como tipo de peligro.

Ello lleva a afirmar que el núcleo del alzamiento es la falta de insolvencia y por tanto que la insolvencia real del deudor impide la apreciación del tipo de alzamiento.⁵⁹ Por tanto, el núcleo del alzamiento sería una conducta obstaculizadora para la realización de los créditos de los acreedores sin ser relevante su frustración efectiva.

⁵⁶ STS 28-2-2002 [RJ 2002\3913]: “Es doctrina reiterada de esta Sala que el delito de alzamiento requiere (...) a) la existencia de un derecho de crédito por parte del acreedor y, en consecuencia, de unas obligaciones dinerarias por parte del deudor, generalmente vencidas, líquidas y exigibles.”

⁵⁷ STS 3-10-2005 [RJ 2005\7198]: “Los elementos de este delito (alzamiento) son: 1º) existencia previa de crédito que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad.”

⁵⁸ STS 30-10-2012 [RJ 2012\181]

⁵⁹ [non vidi, Sánchez Dafaue, M., “Frustración de la ejecución” en *Comentario a la reforma penal del 2015* (Dir. Quintero Olivares, G.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2015,] en Luzón Cánovas, M. “La nueva regulación... *op.cit.* p.6

Además, de los argumentos apuntados se derivan lógicamente dos concepciones acerca de la clasificación del alzamiento en atención a la afectación que la conducta típica ocasiona al bien jurídico protegido. QUINTERO OLIVARES, como cabeza de la tesis mayoritaria, propugna que estamos ante un delito de mera actividad que se consuma desde el mismo momento en que el sujeto activo realiza cualquier conducta de ocultación o distracción de sus bienes apta para burlar al acreedor con el ánimo de situarlo en una circunstancia de insolvencia real o aparente, sin que, por supuesto, sea necesario que lo logre.⁶⁰

De la opinión contraria, lógicamente, se concibe al alzamiento como delito de resultado comisivo. Bien entendiendo, como GONZÁLEZ CUSSAC,⁶¹ que la insolvencia es ya un resultado material suficiente como para que el delito se perfeccione o bien, como explica MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, que la insolvencia del deudor es un resultado “intermedio” o “primer resultado” y suficiente como para entender cometido el delito en grado de tentativa, pero su plena consumación requiere de un resultado ulterior consistente en el efectivo perjuicio patrimonial real al acreedor que verá frustrado su derecho al cobro.⁶²

Los sujetos activos son las personas que ocupan la posición crediticia de deudores en una relación jurídica obligacional, pudiendo calificar al alzamiento como de delito especial propio.⁶³ En cambio los sujetos pasivos son los acreedores como titulares de los derechos de crédito que se pretenden frustrar. Su objeto material comprende cualquier bien con el que pudiese hacer frente a la responsabilidad patrimonial universal en los términos en que se dispone en el art.1911 del CC.⁶⁴

En lo que atañe a la conducta típica, existe el presupuesto indispensable de la existencia de una previa relación crediticia, legítima y real, entre un sujeto deudor y un sujeto acreedor, cuyo perfeccionamiento ha de ser previo a la acción de distracción de los bienes por parte del sujeto activo.⁶⁵

⁶⁰ Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...”, *op.cit.*, p. 698

⁶¹ González Cussac, J.L., “Delitos contra el patrimonio...”, p. 437

⁶² *Cfr.*, Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...”, *op.cit.* p.57

⁶³ *Cfr.* Faraldo Cabana, P., “Capítulo VII Frustración...”, *op. cit.* p.259

⁶⁴ *Ibidem*, p.260

⁶⁵ *Cfr.*, Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...”, *op.cit.* p. 58

El legislador penal describe la conducta típica de esta figura penal con la “arcaica” expresión de “alzarse con los bienes”, sin consignar en el CP ningún parámetro delimitador de la conducta. Esta tarea ha sido abordada por jurisprudencia y doctrina no sin destacables discrepancias.

PACHECO en su Código Penal Concordado y Comentado de 1850⁶⁶ escribe que “el alzamiento no está definido en nuestras leyes modernas; pero es una expresión tan clara que no ha menester definición” y concluye que “alzarse es huir, llevándose lo que pertenece a los acreedores; o por lo menos, ocultar universalmente los bienes, para que aquellos no lo puedan haber (...).”

En disentimiento con PACHECO, los operadores jurídicos no han entendido de manera unívoca a la expresión que nos ocupa aunque sí se puede decir que doctrinalmente se ha alcanzado unos mínimos de consenso. Englobando a todas ellas, QUINTERO OLIVARES citando a QUINTANO RIPOLLÉS lo concibe como “el acto de disposición sobre los propios bienes orientada a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar sus créditos, que hubieran podido satisfacerse sobre esos bienes”⁶⁷ definición ésta que hace suya la jurisprudencia.⁶⁸

En definitiva la conducta típica se integra por cualquier acto de disposición sobre bienes propios del deudor ya sea de índole material (ocultándolos) o jurídica (poniéndolos en poder y disposición de otras personas), por medio de la cual se alejan los bienes del deudor del pago de las obligaciones de las que es titular pasivo.

Es por ello por lo que la mayoría de los autores conciben al tipo como de estructura abierta, pues en su ejecución tiene cabida, a *priori*, todo tipo de comportamientos tendentes a la ocultación o distracción de bienes del sujeto activo.⁶⁹

⁶⁶ [*non vidi*, Joaquín Francisco Pacheco, el Código Penal Concordado y comentado, Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, 1856] en Luzón Cánovas, M. “La nueva regulación... *op.cit.* p.4

⁶⁷ Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la.., *op.cit.* p.697

⁶⁸ STS 3-10-2005, [RJ 2005\7198]

⁶⁹ *Cfr.*, Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución.. *op.cit.* p. 62

Carecen de tipicidad las conductas activas de preterición de los acreedores en tanto en cuanto esta posibilidad no implica que el deudor haya retenido sus bienes distrayéndolos u ocultándolos ni que haya agravado su situación de insolvencia, independientemente del ánimo defraudatorio específico. Se trata más bien una cuestión de anulabilidad del acto jurídico. Ahora bien, dicha conducta sí puede dar lugar a la comisión de las figuras penales recogidas en el art.260 apartados 1 y 2.⁷⁰

El elemento subjetivo se integraría, para los defensores del alzamiento como delito de peligro, por un “dolo de peligro” con respecto al bien jurídico, pues el sujeto conoce los elementos del tipo y su significación antijurídica y quiere actuar de manera idónea para intentar trabar sus bienes a la satisfacción de los créditos de su acreedor y situarse así una situación que haría peligrar su cobro.

La propia jurisprudencia aclara la ausencia de necesidad de actuar con un “dolo de resultado” pues es una “intención que excede del resultado típico, ya que el alzamiento es un delito de mera actividad, perteneciendo el perjuicio real a la fase de agotamiento del delito.”⁷¹ Aun así, la tesis del delito de alzamiento como tipo de lesión abarcaría, en sus elementos intelectivos y volitivos, la voluntad y el conocimiento de mostrarse en insolvencia real o aparente ante el deudor.

Para entender realizado el tipo, además de lo expuesto, se ha de dar un elemento subjetivo del injusto calificado como “dolo específico”, caracterizado por un específico animo defraudatorio (“*animus fraudi*”) que encontraría su base normativa en la expresión “en perjuicio”⁷².

Sin embargo, los autores de la tesis de lesión, postulan que carece de sentido exigir el ánimo de causar un perjuicio a los acreedores como elemento subjetivo del injusto no abarcado ya por el dolo de realizar dicha conducta de hacerse insolvente o agravar la insolvencia, pues ésta ya es generadora de un perjuicio económico en sentido jurídico para los acreedores.⁷³

⁷⁰ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 63

⁷¹ STS 28-2-2002, [RJ 2002\3913]

⁷² Cfr. Faraldo Cabana, P., “Capítulo VII Frustración... *op. cit.* p.261

⁷³ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 72

La expresión “cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación” hace que podamos englobar entre los tipos de obligaciones potencialmente generadoras de alzamiento de bienes deudas tales como; las costas de un litigio , las obligaciones *ex lege* y *ex delicto*, los derechos de crédito de los trabajadores (salario, cotizaciones a la Seguridad Social, indemnizaciones)⁷⁴ o la deuda tributaria, en el sentido del art.57 de la LGT, comprendiendo la obligación tributaria principal, los intereses de demora, recargos y posibles sanciones.⁷⁵ Desde el punto de vista de la técnica legislativa es criticable la falta de armonización con la defraudación tributaria pues el primero no exige límite cuantitativo para su apreciación

3.1.2 Tipo específico del alzamiento de bienes (art. 257.1.2º)

Aunque las opiniones doctrinales acerca de la necesidad del mismo han sido de lo mas heterogéneas⁷⁶, parece que es unánime la consideración de este tipo como una ampliación del alzamiento genérico para los casos en que el sujeto pasivo obstaculiza el buen fin y por tanto el cobro de la deuda, estando incurso en un procedimiento de ejecución o que éste sea de “previsible iniciación”, esto es inminente.

Cambia el presupuesto típico con respecto al alzamiento genérico al exigir que el deudor se halle en un procedimiento de ejecución individual ya sea embargo, ejecutivo o de apremio, iniciado o cuya iniciación sea previsible.⁷⁷ Pero es notable por contraposición la falta de delimitación por el CP a que la conducta típica se ejecute una vez iniciado dicho procedimiento o no. Es más, el legislador pare inclinarse expresamente por anticipar la posibilidad de la conducta típica antes de que se inicie cualquier actividad judicial ejecutiva únicamente limitándolo a que sea de previsible iniciación.

⁷⁴ Es lo que se conoce como alzamiento laboral

⁷⁵ *Cfr.*, Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución... *op.cit.* p. 52

⁷⁶ Totalmente en contra Muñoz Conde, F., “Alzamiento de bienes y frustración...*op.cit.* p. 402

⁷⁷ *Cfr.*, Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 91

Este es precisamente el origen de las discrepancias por la necesidad o no del tipo. Para los defensores de que este subtipo podría integrarse en el genérico subyace el considerar que o ambos se tratan de delitos de resultado que exigen cuanto menos la insolvencia o *a fortiori* que las deudas estén vencidas y líquidas, por cuanto éstas son las únicas que pueden ser objeto de un procedimiento de ejecución o de previsible ejecución, o bien que ambos son delitos de actividad, y no requieren ninguno de los dos que se dé la situación de insolvencia si no la obstaculización del pago de los créditos, siendo indiferente la situación procesal del deudor⁷⁸. La jurisprudencia se inclina por esta segunda opción.⁷⁹

La técnica legislativa utilizada en la descripción de la conducta típica se aleja de la descripción del tipo genérico de alzamiento, siendo ésta mucho más amplia. Ello hace preguntarse a la doctrina tres cuestiones. En primer término, en lo referente a la acción típica la postura doctrinal dominante, en boca de MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, opina que es la misma que la del alzamiento genérico⁸⁰, y aunque no se diga expresamente, incluiría toda acción del sujeto activo que implica una ocultación de su patrimonio ya sea a través de actos materiales o jurídicos tal como antes se explicó.

En relación con la comprensión del resultado exigido por el tipo, el sector doctrinal que entendía que el alzamiento es un delito de resultado exige, igual que en éste, la generación del estado de insolvencia del deudor. Sus detractores, fundamentalmente apoyados en la idea de que el delito de alzamiento no es una figura de insolvencia y que el tipo específico se orienta a salvaguardar el procedimiento ejecutivo, concluyen que no se requiere la causación de dicho estado de insolvencia.

⁷⁸ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 93

⁷⁹ STS 28-2-2002 [RJ 2002\3913] : “Cuando el acto generador de la deuda ya se había producido, está implícito en el texto derogado, como ha sido recogido en reiteradas sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo y el legislador del Código de 1995 ha venido a incluir expresamente en el tipo lo que la doctrina de esta Sala venía entendiendo igualmente abarcado por el delito de alzamiento de bienes tipificado en el artículo 519 del Código Penal de 1973 , es decir, todos aquellos supuestos en los que se ha producido el hecho generador de la deuda aunque ésta aún no se haya ejercitado y el deudor provoca una situación perjudicial para los derechos económicos del acreedor.”.

⁸⁰ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 93

Estos argumentos pivotan sobre la exegesis de la expresión “con el mismo fin” que antes se puso de manifiesto, pues mientras que para los primeros es equiparable a “un mismo resultado” para los segundos lo sería con respecto “a una misma intención fraudulenta”.⁸¹

Por último, el momento consumativo de este tipo específico de alzamiento se produce, para los defensores de su naturaleza de peligro, cuando el sujeto activo realiza maniobras de distracción de sus bienes que son susceptibles de demorar u obstaculizar el procedimiento ejecutivo en que se sustanciará el cobro de las mismas. Otra parte de la doctrina, proclive a confeccionar el delito como de resultado, exige para su consumación que el procedimiento ejecutivo se demore de manera efectiva.⁸²

3.1.3 Tipo específico del alzamiento de bienes (art.257.2)

El legislador penal construye un tipo de alzamiento de bienes que castiga la elusión de la responsabilidad civil derivada de un delito (*ex delicto* o postdelictual)⁸³. En éste, el sujeto activo, entendiendo que el delito es especial propio, es el responsable civil de un ilícito penal en los términos expresado en el art.116 y ss. del CP, pudiendo ser bien autor de delito culposo o doloso, o partícipe de delitos dolosos, o responsables civiles solidarios y subsidiarios.⁸⁴ El sujeto pasivo es aquel afectado por el delito por el que ha de ser indemnizando mediante la responsabilidad civil *ex delicto*.

En cuanto a la conducta típica, es novedosa la adición de la modalidad de la ocultación de bienes por la que podemos entender ésta coincidente con la descrita para el tipo básico de alzamiento. La acción típica se desarrolla una vez cometido un ilícito penal y siempre antes de que sobre el mismo recaiga sentencia condenatoria, ya que si los actos de ejecución se desarrollasen posteriormente a ésta sólo podríamos apreciar el subtipo de alzamiento del art. 257.1.2º.

⁸¹ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 93

⁸² *Ibidem*, p. 94

⁸³ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la.., *op.cit.*, p. 704

⁸⁴ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Capítulo VII Frustración... *op. cit.* p.265

En lo que atañe al elemento subjetivo del injusto, éste requiere además del dolo un elemento subjetivo específico consistente en el ánimo de eludir “el pago de las responsabilidades civiles” derivadas del ilícito penal base.⁸⁵

La técnica legislativa sigue sembrando dudas acerca de la secuencia lógica del tipo que supondría; realizar un delito susceptible de generar responsabilidad civil, realizar actos de distracción de los bienes propios orientados a sustraerse del cumplimiento de las responsabilidades civiles por tal ilícito penal, ambos reconocidos pacíficamente por la doctrina, y finalmente se discrepa sobre si es necesario que recaiga la sentencia condenatoria declarando al sujeto activo responsable civil del delito o no.⁸⁶ La duda surge en la consideración del momento en que nace la obligación, la cual se agrava debido al cambio operado en 2015 que transforma la expresión de “el responsable de cualquier delito” por el de “un delito que (el autor) hubiere cometido o del que debiere responder”.

Para autores como SÁNCHEZ DAFAUCE⁸⁷ surge la duda de si nace en el momento de la comisión del delito y no cuando se declara. En ese caso, éste precepto es innecesario ya que es indiferente la sentencia sobre la responsabilidad civil por el delito que no vincula al juez que conoce del alzamiento. Ésta es de hecho la opinión mayoritaria en la jurisprudencia que interpreta que el texto punitivo recoge aquí el “alzamiento a prevención” castigando toda conducta de disposición fraudulenta de bienes anterior a la declaración de la responsabilidad civil *ex delicto*. La consecuencia es aceptar que este subtipo es aplicable también al declarado responsable civil y no penal.

A su favor, se argumenta que la realización de un hecho delictivo no implica su imputación penal, por ejemplo en supuestos de ausencia de dolo o apreciación de causas de justificación, incluso se puede decir que la expresión “el que debiera responder” cobra sentido si en ella incardinamos a los responsables civiles pero no criminales de un delito⁸⁸.

⁸⁵ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 104

⁸⁶ *Ibidem*, p. 96

⁸⁷ [*non vidi*, Sánchez Dafaue, M., “Frustración de...*op.cit.* p.493] en Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 97

⁸⁸ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la., *op.cit.*, p. 704

En contra, MARTÍNEZ-BUJÁN concluye que, requiriendo el precepto de un “responsable civil por un hecho delictivo previo,” nadie puede entender responsable ni surge ningún tipo de obligación mientras no recaiga una sentencia que así lo declare por un juez penal competente a este efecto.⁸⁹

De esta forma la exigencia de recaer una sentencia penal condenatoria sobre el delito puede ser considerada una condición objetiva de perseguibilidad⁹⁰, cuestión que me parece discutible teniendo en cuenta que se trata de una circunstancia que, en conexión con el injusto, afecta la propia existencia del alzamiento. Más razonable es pensar que pueda tratarse de una condición objetiva de punibilidad⁹¹ pues no sólo de ello depende la existencia del tipo sino que no es algo que dependa causalmente el deudor, al estar sólo en manos del juez el apreciarlo.

Hay simplemente quienes, como MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ lo consideran un elemento típico pues identifica el sujeto activo idóneo y lo circunscribe a quienes por sentencia firme se declaran responsables civiles de un ilícito penal.⁹² Me inclino por considerar esta una circunstancia anudada a la acción típica, más no integrante de la misma, que se completa en el momento en que se ocultan los bienes. Si la punibilidad se subordina al hecho incierto y ajeno a la voluntad del deudor de que el juez penal le declare responsable por el delito base y no forma parte de los elementos típicos ha de considerarse una condición objetiva de punibilidad.

3.1.4 Tipos cualificados de alzamiento de bienes

Expuesta antes la crítica de sector doctrinal que ve injustificada la técnica legislativa de “hiperprotección del crédito público”⁹³, es menester señalar dos presupuestos para la aplicación del art. 257.3: que el acreedor ha de ser una persona jurídico-pública y que la obligación ha de tener la naturaleza de “derecho público”.⁹⁴

⁸⁹ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 97

⁹⁰ González Cussac, J.L., “Delitos contra el patrimonio... *op.cit.* p. 438

⁹¹ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la.., *op.cit.* p. 705

⁹² Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución.. *op.cit.* p. 99

⁹³[*non vidi*, Souto García, E.M. “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles” *Comentarios la Reforma del Código Penal de 2015* (Dir. J.L. González. Cussac) Valencia, Tirano lo Blanch, 2015] en Luzón Cánovas, M. “La nueva regulación... *op.cit.* p.12

⁹⁴ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la.., *op.cit.* p. 699

El legislador, a mi juicio es incoherente al señalar que este delito es de aplicación cualquiera que sea la naturaleza de las obligaciones de que se traten, cuando con este otro precepto pergeña un régimen especial para estas obligaciones de derecho público.

La consecuencia práctica derivada de esta agravación es que la prescripción del delito pase de ser de 5 a 10 años, pudiendo ser la razón subyacente a esta elevación de la pena y no por una necesidad mayor de la intervención penal.⁹⁵ En relación a los delitos contra Hacienda Pública o la Seguridad Social, aclarar que no deben interpretarse como elusión de pago fiscal en fase de recaudación, que ya se encontraría englobado por los tipos de este precepto, sino por las responsabilidades pecuniarias fruto de la comisión de un delito contra estos organismos públicos.

En lo que respecta al art.257.4 me remito a los comentarios antes efectuados, donde se ponía de manifiesto la incongruencia de las agravantes con respecto a la configuración del tipo como de peligro.⁹⁶ A ello se suma la no existencia de una agravación equivalente en el delito concursal del art.259 y su penalidad asociada desproporcionada.

3.1.5 Nuevas figuras penales introducidas por la reforma de 2015

El art. 258 pasa a contener un delito que castiga la ocultación de bienes en el seno de un procedimiento judicial o administrativo con carácter ejecutivo. En el apartado primero del mismo se recoge la falsedad ideológica, por la que se tipifica la conducta consistente en la presentación de datos falaces en relación con los bienes del deudor de manera análoga al dispuesto en el art.261 en materia de insolvencias punibles.

En lo que respecta a la justificación político-criminal de la introducción de este tipo, es necesario apuntar a las diferencias con el art.261 partiendo de que éste tiene lugar en un procedimiento concursal y, el delito que nos atañe, en la sustanciación de un procedimiento de ejecución judicial o administrativo.⁹⁷

⁹⁵ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 105

⁹⁶ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la.., *op.cit.*, p. 702

⁹⁷ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución... *op.cit.* p. 107

Se ha de señalar que el art.589.1 de la LEC sí prescribe para el procedimiento ejecutivo judicial en deber específico de colaboración por el que el deudor debe presentar una relación de sus bienes con los que satisfacer el derecho de crédito del acreedor pero en el caso del procedimiento administrativo ejecutivo no existe ninguna previsión similar, tan sólo se preceptúa un deber de colaboración con la Administración en términos generales.⁹⁸

Desde el prisma de la técnica legislativa empleada, queda claro que no se trata de un delito especial de alzamiento por su penalidad asociada mucho menor, sino de un delito contra la Administración de Justicia, pues a *sensu* contrario el legislador estaría injustificadamente privilegiando las declaraciones mendaces que supusieran un acto ejecutivo de alzamiento⁹⁹. Sin embargo, rompe la uniformidad de configuración de delitos de peligro del Capítulo VII por requerir de un resultado material consistente en la obstaculización del procedimiento ejecutivo.¹⁰⁰

Es de aplaudir que en la acción típica se clarifique lo que ha de entenderse por relación de bienes incompleta consistiendo en el disfrute de bienes por parte del deudor ejecutado que sean de titularidad de terceros y de los que no se aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute. Aunque esta primera modalidad penal no se puede realizar por omisión el art.258.2 tipifica como modalidad penal omisiva al sancionar con la misma pena al “deudor, (que) requerido para ello, deje de facilitar la relación de bienes o patrimonio a que se refiere el apartado anterior.”

Una gran novedad técnica es la inclusión de una causa de anulación de la pena fundamentada en el arrepentimiento activo del deudor con una doble condición; una temporal exigiendo que sea antes de que el Funcionario o Autoridad sea consciente del carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada y otra material por presentar de nuevo una declaración de bienes, esta vez, veraz y completa. Lo que es criticable es el uso de la expresión “perseguable” pues no se trata de una clausula de exoneración de perseguibilidad sino de exoneración de la punibilidad.¹⁰¹

⁹⁸ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Capítulo VII Frustración... *op. cit.* p.270

⁹⁹ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 108

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 109

¹⁰¹ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Capítulo VII Frustración... *op. cit.* p.273

Otro defecto de su configuración es que se omite decir que esta rectificación se tenga que dar antes o después de que la presentación incompleta primera hubiera dificultado o impedido la eficacia del procedimiento ejecutivo ya que, de no haberse dado ésta, el delito no se hubiera consumado en los términos antes expuestos y únicamente sería de aplicación el desistimiento voluntario genérico. Además, la “excusa absolutoria por arrepentimiento” cobraría más sentido si se vinculase a que se produjera cuando aun se puede utilizar para el buen fin de la ejecución.

La segunda figura introducida *ex novo* por la reforma en el art.258 bis es el tipo por el uso no autorizado por el depositario de bienes objeto de embargo judicial. Para defender su necesidad se alude que su conducta típica no quedaba recogida ni por el delito específico de alzamiento (art.257.1.2º) ni por el delito de malversación impropia (art.435.3º) referido este último a “administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares”.

La mayor novedad de técnica legislativa es quizás la existencia de una “cláusula de subsidiariedad”¹⁰² por medio de la cual no se impone castigo a quienes usen bienes embargados si “ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código”. Por tanto, si a través de este tipo el autor consuma un tipo castigado con mayor pena ya sea alzamiento de bienes o las actuaciones de malversación, se aplicarán estos.

La descripción típica es muy pobre en su referencia a los sujetos activos del delito, dando lugar a numerosas hipótesis doctrinales. Hay quienes argumentan como QUINTERO OLIVARES¹⁰³ que han de ser los depositarios de los bienes los que hacen un uso no autorizado aduciendo la referencia que en la Exposición de Motivos se hace en relación con los mismos.¹⁰⁴

¹⁰² Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 111

¹⁰³ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la.., *op.cit.* p. 707

¹⁰⁴ Exposición de motivos: “la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad judicial”

Otro sector doctrinal, con ROCA AGAPITO al frente, entiende que el sujeto activo no puede ser el depositario y esa sería la diferencia principal con el delito de malversación impropia. Incluso una tercera opinión, encarnada en MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ,¹⁰⁵ alega que además de depositarios deben ser deudores entendiendo que los actos de malversación de bienes embargados por sujetos no deudores están comprendidas en el tipo del art.435.3º.

En lo referente a la acción típica, el empleo fraudulento de bienes embargados ha de ser de suficiente relevancia como para poner en peligro el bien jurídico.¹⁰⁶ Por un lado, se respeta así la configuración de estas figuras penales como delitos de peligro que de ellas hace el legislador pero la técnica legislativa es disruptiva al no referir este tipo al riesgo de obstaculizar el procedimiento de ejecución, lo cual plantea más dudas acerca de que este sea el criterio unificador de las nuevas figuras de frustración de la ejecución y por ende de su deslinde con las de insolvencias punibles.

También es achacable que “no exige expresamente la concurrencia del elemento subjetivo teleológico de que el uso de los bienes se realice con la finalidad de perjudicar la efectividad del crédito del acreedor, por lo que queda un tanto desdibujado el bien jurídico protegido”¹⁰⁷.

3.1.6 Previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Su contenido es análogo al del art.261 bis y se circunscribe a señalar las penas asociadas a la comisión por parte de personas jurídicas de las figuras penales de frustración de la ejecución. A este respecto, señalar que las multas de dos a cinco años únicamente se impondrán cuando el ilícito penal cometido sea el de alzamiento de bienes con la agravante de que la obligación frustrada sea de derecho público y tenga el acreedor naturaleza jurídico-pública.

¹⁰⁵ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 111

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 113

¹⁰⁷ Luzón Cánovas, M. “La nueva regulación... *op.cit.* p.22

Para las restantes tipicidades complementarias del alzamiento se impondrá una pena de multa de uno a tres años. En caso de que una persona jurídica cometa alguno de las dos nuevas figuras del art.258 y 258 bis serán castigadas con penas de multa de seis meses a dos años.¹⁰⁸

Desde la óptica de los criterios de política criminal, es criticable que se impongan penas pecuniarias de multa a personas jurídicas que, al menos a priori, han de recurrir a estas figuras penales por atravesar una mala situación patrimonial y eludir el pago a sus acreedores, aunque como decimos, no tiene porque suceder esto en todos los casos. Esta objeción se fundamenta en que el art.33.7 CP dispone de penas más coherentes con su situación económica, pues la imposición de pena de multa lo que supondrá será no sólo el empeoramiento de una coyuntura empresarial difícil sino la práctica imposibilidad del cobro de la multa por insuficiencia patrimonial del sujeto activo.¹⁰⁹

3.2. Novedades de técnica legislativa y elementos típicos relevantes de las insolvencias punibles

3.2.1 Delito de concurso punible o bancarrota (no causal)

La reforma de que son objeto los delitos de insolvencias punibles es justificada por el legislador penal, en la Sección XVI del Preámbulo de la LO 1/2015, al cumplir una doble necesidad; “facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos” y “ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles”.

En opinión de QUINTERO OLIVARES¹¹⁰, son tres los pilares que orientan al legislador de para operar semejante cambio regulatorio, a saber; la pretensión de confeccionar una mejor delimitación de las conductas punibles, la búsqueda de un cambio en la configuración del delito de bancarrota, desde un punto de vista formal, mediante el empleo de una distinta, pero ya familiar, técnica legislativa y materialmente el pretender configurarlo como un delito de peligro, paradójica y no pacíficamente, en conexión con “una situación de insolvencia actual o inminente”.

¹⁰⁸ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Capítulo VII Frustración... *op. cit.* p. 276

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 277

¹¹⁰ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...*op.cit.* p. 711

Por último, se pretende garantizar los principios de seguridad y *lex certa* que exige el principio de legalidad. De esta manera, se señala con profusión de detalle una multitud de conductas contrarias al deber de diligencia adecuado para la gestión de asuntos económicos, hasta tal punto que se critica la nueva configuración por abusar de un “casuismo extremo”.¹¹¹

La reforma de 2015, confecciona la regulación de las insolvencias punibles a través de un modelo “europeo”¹¹² basado esencialmente en la legislación penal alemana lo cual, supone un cambio en el criterio de técnica legislativa y político-criminal que ha despertado las loas y las críticas de la doctrina a partes iguales.

El sistema anterior caracterizaba el concurso punible a través de tres elementos; la relación de causalidad entre la conducta del deudor y el estado de insolvencia, el propósito del sujeto pasivo de causar dicho estado de crisis económica y el presupuesto de que tales conductas habían de ser realizadas una vez que se dictase el auto de apertura del concurso.¹¹³ La técnica legislativa que subyacía en los delitos de bancarrota era la exigencia de una relación causa-efecto entre la conducta típica y la causación o agravación del estado de insolvencia.

Las objeciones que se podían hacer al modelo anterior a la reforma se concretan principalmente en dos: de un lado, era problemático la fijación por parte del juez penal de la conexión causal a la que antes nos hemos referido. Era labor del juez la concreción de la contribución que una determinada conducta del deudor concursado tenía sobre su insolvencia, cosa harto complicada. La segunda crítica versaba sobre sus deficiencias en el ámbito del principio de taxatividad y concreción del derecho penal pues esta técnica legislativa permitía que no se concretara la conducta típica¹¹⁴ del concurso punible y configurándolo como tipo abierto.

¹¹¹ Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos... *op.cit* p.59

¹¹² *Cfr.* Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la.., *op.cit*, p. 712

¹¹³ Rodríguez Celada, E. “La criminalización del fracaso empresarial: Análisis crítico de la reforma del Código Penal de 2015 en relación con el delito concursado” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Vol I, núm. 20, Barcelona, 2017, pp.1-40; p.4

¹¹⁴ *Cfr.* Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la.., *op.cit*, p. 712

Con la reforma se abandona el modelo de técnica legislativa heredado de la redacción original de CP de 1995 para delimitar una serie de conductas del sujeto activo que no se pueden considerar admisibles en relación con el deber de diligencia que ha de ser observado por quien tiene obligaciones pecuniarias pendientes. Se confeccionan como “criterios a tener en cuenta por los jueces como fuente de posible delictuosidad de la insolvencia”¹¹⁵ Ahora bien, las conductas que describe el legislador coinciden, casi exactamente, con los criterios recogidos por el art.164.1 LC para la calificación culpable del concurso.

Para autores como QUINTERO OLIVARES¹¹⁶, la nueva configuración típica del concurso punible no implica el retorno a la etapa anterior a 1995 por la equiparación del delito de bancarrota con las sanciones concursales, precisamente por la previsión tanto en materia penal como mercantil de la no vinculación de la calificación concursal para la jurisdicción penal. Para otra parte de la doctrina, con FARALDO CABANA a la cabeza, sí supone volver a los hechos de la bancarrota al producirse de nuevo el solapamiento entre las causas determinantes del delito de concurso punible y la ilicitud mercantil.¹¹⁷

Esta técnica basada en la descripción casuística de la conducta típica tiene como ventaja la superación de algunos de los problemas ya apuntados del modelo anterior. El juez penal ya no debe verificar la conexión de causalidad entre la conducta del deudor y el resultado de la situación de insolvencia, otorgándose así preponderancia al componente del injusto consistente en la trasgresión de las pautas de diligencia que guían al ordenado empresario.¹¹⁸

Además, se consigue una mejor armonización con el derecho concursal por evitar la desvinculación mayor que implicaba el sistema anterior. También, es un modelo que conjuga mejor los requisitos del principio de taxatividad, certeza y tipicidad ya que la alusión anterior a la “insolvencia dolosamente causada” podía atender contra éste.

¹¹⁵ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...*op.cit.*, p. 713

¹¹⁶ *Ibidem*, p.714

¹¹⁷ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos... *op.cit.* p.57

¹¹⁸ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...*op.cit.*, p. 713

Sin embargo, se ha denunciado que lejos de procurar un mejor cumplimiento del principio de legalidad, el amplio catálogo de conductas que recoge, a pesar de su prodigalidad descriptiva, multiplican las referencias a elementos de “difícil valoración” impidiendo la correcta delimitación de la conducta punible y se critica la incoherencia que supone que tras la enumeración *ad exemplum* del art.259 se recoja una clausula general a modo de cierre demasiado abierta.¹¹⁹

Otra crítica que se hace de la regulación actual es la incongruencia que supone la tipificación conjunta del delito de bancarrota para empresarios y para particulares. Entre los motivos para ello se encuentra que la práctica totalidad de las conductas típicas sólo pueden ser perfeccionadas por empresario¹²⁰, y el suficiente castigo que supone la quiebra de un particular si entra dentro del ámbito de aplicación del alzamiento ya que estos tiene un poder de incidencia en el bien jurídico supraindividual que se supone tutelado¹²¹mucho menor¹²². También el hecho de que el tipo pivote en torno a un deber de diligencia que la legislación no prevé en ningún sitio para los deudores civiles.¹²³

Lo que es indudable es que el nuevo modelo implica una expansión considerable del ámbito de incriminación de las insolvencias punibles a raíz de la incorporación del tipo imprudente (art.259.3), la sustitución de la tradicional condición objetiva de perseguibilidad formal y la tipificación de acciones que entrañan un peligro abstracto para la satisfacción de los créditos de los acreedores y que paradójicamente no necesariamente ocasionan una situación de insolvencia¹²⁴.

El art.259.1 señala como presupuesto de la acción típica que ha de anteceder a la conducta del sujeto pasivo, el “encontrarse en situación de insolvencia actual o inminente”. Este presupuesto ha de ponerse en conexión con lo dispuesto en el art. 259.4 siendo objeto de explicación posterior.

¹¹⁹ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos... *op.cit* .p.61

¹²⁰ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la... *op.cit*, p. 725

¹²¹ En el Preámbulo de la LO 1/2015 el legislador señala como bien jurídico tutelado por estos delito: “los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico,”

¹²² Cfr., Gómez Lanz, J. “Las insolvencias punibles... *op. cit.* p.6

¹²³ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos... *op.cit* .p.61

¹²⁴ Cfr., Gómez Lanz, J. “Las insolvencias punibles... *op. cit.* p.6

3.2.2 Conducta típica del concurso punible no causal

La acción típica se integra por hasta ocho modalidades comisivas concretas y una novena modalidad abierta o cláusula de cierre conformando un tipo mixto alternativo, por ser suficiente la comisión de una para su consumación y apreciándose el mismo delito aunque se cometan todas las modalidades cumulativa o simultáneamente.¹²⁵ Además, le castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses.

La doctrina no es unánime en la clasificación de las mismas ya que se su heterogeneidad “evidencia que lo único que tienen en común es que el deudor no puede ni debe hacer eso, y por otra parte, que merman gravemente su patrimonio”¹²⁶ Siguiendo la más completa sistematización del profesor GÓMEZ LANZ, las cuatro primeras conductas tienen como denominador común el provocar un decremento patrimonial, los apartados 6º, 7º y 8º son delitos relativos a infracciones contables tendentes a dificultar el buen fin de futuros procedimientos concursales y los supuestos de los apartados 5º y 9º se podrían englobar en casos de pérdida patrimonial por causa de una gestión irregular.¹²⁷ Estas conductas tipificadas son:

1º Destrucción, daño u ocultamiento de elementos patrimoniales que hubieran integrado la masa activa del concurso: el problema derivan del solapamiento de esta modalidad típica con el alzamiento de bienes produciéndose una “superposición de incriminación de la ocultación”.¹²⁸

Las diferencias propuestas de la doctrina para su correcta delimitación consisten, para aquellos que consideran que el alzamiento es un tipo de lesión, en establecer que el concurso punible requiere de una insolvencia real mientras que la del alzamiento sería aparente. También sea razonable pensar que al delito de bancarrota le caracteriza una “crisis generalizada” requisito no exigido en el alzamiento de bienes.

¹²⁵ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 123

¹²⁶ Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...”, *op.cit.*, p. 715

¹²⁷ Cfr., Gómez Lanz, J. “Las insolvencias punibles... *op. cit.* p.6

¹²⁸ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...”, *op.cit.*, p. 716

2º Perfección de actos de disposición o asunción de deudas por parte del deudor que no sean razonables en atención a su situación patrimonial: se trata de una conducta idéntica a la establecida en el art.164.5 LC con la diferencia de que el CP no recoge un plazo temporal en el que se haya de retrotraer la conducta típica (similar al plazo de ejercicio de las acciones rescisorias). Por otro lado, debido a la falta de precisión del significado de la expresión “que carezca de justificación económica o empresarial”, algunos autores postulan que se use el art.71 LC como parámetro.¹²⁹

3º Realización de ventas o prestaciones de servicios por un precio que no cubra el coste de su producción siempre que no haya justificación económica para ello.

4º Aumentar ficticiamente el pasivo, mediante la simulación o reconocimiento de créditos ficticios: surge el problema de que también describe una modalidad típica del alzamiento.

5º Participación en negocios especulativos que carezcan de la debida justificación económica: se trata de conducta importada del art.283.2 del CP alemán con la diferencia de que en España no hay una jurisprudencia consolidada en torno al concepto de “negocio especulativo”. El problema, de la descripción típica es referente a la vinculación entre el negocio especulativo y su justificación económica.

Si dicha justificación es la realización de una actividad económica productiva sería imposible la conciliación de ambos términos y si se concibe la especulación como la realización de operaciones “que no garanticen el beneficio esperado para la inversión realizada”¹³⁰ o “un alto riesgo de producción de pérdidas”¹³¹ lo que justifica económicamente ésta es la obtención de beneficio lo que llevaría a examinar la actividad económica teniendo presente el riesgo implícito de la misma lo cual es difícil de establecer. Por ello algunos autores creen este precepto “contrario a un mínimo nivel de taxatividad”¹³²

¹²⁹ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos... *op.cit* 65

¹³⁰ González Cussac, J.L., “Delitos contra el patrimonio...*op. cit.* p.448.

¹³¹ Cfr., Gómez Lanz, J. “Las insolvencias punibles... *op. cit.* p.7

¹³² *Ibidem*, p.7

6º-8º Son conductas que suponen un incumplimiento de la diligencia y deberes contables procurando entorpecer la recuperación o comprensión de los estados financieros del deudor, y por tanto de su situación económica. Entre ellos destaca, la no llevanza de contabilidad, llevar doble contabilidad, la destrucción de estados financieros que el deudor tenga obligación de conservar o la de falsear la contabilidad.

9º Cláusula general que castiga cualquiera otra conducta que infringiendo el deber de diligencia necesaria en los asuntos económicos redunde en una disminución del patrimonio del deudor: Se puede decir, a su favor, que utiliza como criterio de cierre el que es el denominador común del resto de las actuaciones descritas, la falta de la diligencia debida, pero es incoherente al exigir además un resultado pues ambos requisitos no están en planos iguales y el criterio legislativo inspirador de la reforma se orienta a la eliminación de la relación entre conducta y resultado de insolvencia como antes se puso de manifiesto.

3.2.3 Delito de concurso punible o bancarrota (causal)

El art.259.2 castiga a quienes causen su insolvencia mediante la realización de las acciones contempladas para el delito de concurso punible no causal. Lo primero que llama la atención es la aparente contradicción con el delito contemplado en el párrafo anterior ya que el presupuesto de la acción típica del concurso punible del art.259.1 es precisamente el encontrarse en una situación de insolvencia actual o inminente y por ende es incompatible exigir como resultado del tipo un elemento que es presupuesto del mismo.

Por otra parte, al preverse en el art.259.4 de nuevo el requisito de la insolvencia, autores como SOUTO¹³³ entienden que la causación de la misma se produce en el momento en que una insolvencia inminente pasa a ser actual. Mas entendiendo que estamos ante una condición objetiva de procedibilidad penal, la insolvencia no debe ser previa a la perfección de la acción típica “solamente supedita a ésta (la insolvencia) la exigencia procesal de la responsabilidad penal”.¹³⁴

¹³³ [*non vidi*, Souto García, E.M. “Frustración de la ejecución...op.cit. p.818] en Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución.. op.cit. p. 125

¹³⁴Cfr., Gómez Lanz, J. “Las insolvencias punibles... op. cit. p.9

Entiendo más razonable para la comprensión del precepto que las acciones a que se refiere el art.259.2 “son las relativas a los apartados 1º-9º sin que en ellas se integre la insolvencia como presupuesto.”¹³⁵ De esta forma, este tipo difiere del anterior en que mientras que el primero requiere que un deudor en insolvencia (actual o inminente) lleve a cabo las conductas descritas, en este segundo el deudor primero realiza tales actuaciones y el resultado de las mismas ha de ser su insolvencia.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, es observable que el legislador ha pretendido salvaguardar la descripción típica del ilícito penal de la bancarrota anterior a la reforma, lo cual no deja de ser incoherente al establecer con ella un “doble criterio incriminador”¹³⁶ en los delitos de concurso punible y configurar un tipo de peligro (art.259.1) y otro de lesión (art.259.2).

Se podría decir que es incluso contrario criterio inspirador de la reforma por el cual se pretendía suprimir la conexión entre conductas que suponían una falta de diligencia en los asuntos económicos y la crisis económica. Tampoco es coherente la descripción del tipo en relación con la propia exposición de motivos que califica éste como “delito de peligro” e incluso es achacable porque algunas de las conductas descritas en sí son inidóneas para la producción de la insolvencia por ejemplo “no llevar bien la contabilidad.”¹³⁷.

Desde el prisma de la sistematicidad del CP, es igualmente criticable el hecho de que impone el mismo castigo que el tipo anterior con la diferencia, no menor, de que en este último es más grave por requerir una conexión directa y además dolosa entre la conducta del deudor y el resultado de la situación de insolvencia.¹³⁸

¹³⁵ Cfr., Gómez Lanz, J. “Las insolvencias punibles... *op. cit.* p.9

¹³⁶ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la.., *op.cit.* p. 721

¹³⁷ *Ibidem*, p. 721

¹³⁸ *Ibidem*, p. 721

3.2.4 Delito imprudente de concurso punible o bancarrota

Si atendemos al elemento subjetivo de las figuras penales de concurso punible analizadas, queda patente que ambas son dolosas. El legislador de 2015, rompiendo con esta idiosincrasia, ha introducido una de las novedades más criticables de su remodelación mediante la previsión de un tipo imprudente de concurso punible recogido en el art.259.3.

Tradicionalmente, siempre se han regulado el delito concursal en su versión dolosa siendo significativo al respecto el art.762 de nuestro CP de 1822 que rezaba; “el quebrado por contratiempo o revés de la fortuna, o por cualquier accidente, que no estuvo en su mano evitar, sin incurrir en fraude ni culpa por su parte, no sufrirá pena alguna”, y sentencia “las empresas arriesgadas, no siendo temerarias, no deben reputarse culpables”.

La doctrina, por todos ellos QUINTERO OLIVARES, critica abiertamente esta modalidad imprudente argumentando su falta de justificación desde el punto de vista jurídico-criminal. Se señala que la modalidad comisiva de la imprudencia se concibe, con carácter general, para los tipos de lesión por eso carece de sentido referir la misma a las conductas descritas para el delito de concurso punible no causal cuando el mismo legislador lo ha configurado como un delito de peligro¹³⁹.

Resulta además criticable por la falta de determinación del carácter de la imprudencia, que la mayoría de la doctrina entiende presumiblemente grave debido a que la imprudencia leve “parece quedar extramuros del CP tras la reforma”¹⁴⁰, pero aun así técnicamente nada impide su apreciación con la redacción actual.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, no parece acertada esta descripción del tipo que deja a la jurisprudencia la fijación de las normas elementales de cuidado de la gestión empresarial que han de verse trasgredidas para entender consumado el tipo.

¹³⁹ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...*op.cit.* p. 721

¹⁴⁰ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 128

En cuanto a la sistemática de las penas, no son pocos autores los que aprecian una cierta descoordinación entre el castigo del delito de bancarrota dolosa y el tipo imprudente ya que prescriben la misma pena de multa, de ocho a veinticuatro meses.

Hay autores, con los cuales coincido, que yendo un paso más allá señalan que la técnica legislativa empleada “vulnera principios esenciales del derecho penal como el de subsidiariedad, fragmentariedad y última ratio”¹⁴¹. El derecho penal ha de limitarse a proteger las agresiones de mayor importancia a determinados bienes jurídicos. El perseguir la insolvencia de “buena fe,”¹⁴² conociendo que es inherente a la actividad empresarial la toma de riesgos, parece negar la justificación de intervención penal.

Más aun, es posible afirmar que la supresión al elemento subjetivo del dolo “conduce de facto a la criminalización del fracaso empresarial, a la penalización de la gestión desafortunada del patrimonio propio o ajeno”¹⁴³ con la consiguiente desincentivación del emprendimiento empresarial.

Contra el principio de subsidiariedad atenta el hecho de que el delito de concurso, no sólo castigue acciones idénticas a las que ya tiene en cuenta el Derecho Concursal para establecer sus ilícitos, sino que, con la introducción de la imprudencia, castiga conductas menos graves y más expansivas que el propio ilícito concursal.¹⁴⁴ De hecho, es unánime en la doctrina el considerar que, habida cuenta de la expansión jurisprudencial que se hace del dolo eventual, sería suficiente este hecho y la respuesta del Derecho Concursal para castigar conductas imprudentes vinculadas con una negligente gestión de los asuntos económicos.¹⁴⁵

Para terminar no se puede pasar por alto que el tipo de bancarrota imprudente podría estar restaurando la prisión por deudas en nuestro ordenamiento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴⁶ no distingue a tal efecto, de entre los deudores que han obrado sin dolo, aquellos que actuaron de forma diligente o negligente.

¹⁴¹ Cfr., Rodríguez Celada, E., “La criminalización...*op.cit.* p.7

¹⁴² *Ibidem*, p. 7

¹⁴³ *Ibidem*, .p. 8

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 12

¹⁴⁵ Cfr., Gómez Lanz, J. “Las insolvencias punibles... *op. cit.* p.8

¹⁴⁶ STS 6-6-2006 [RJ 2006\5355]

3.2.5 Condición objetiva de perseguibilidad

La técnica legislativa empleada para la nueva redacción del art.259.4 no deja de ser también disruptiva al establece una doble condición alternativa de perseguibilidad penal añadiendo, al ya existente criterio formal de la declaración del deudor en concurso, una condición material económica consistente en que “el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”.

El sistema anterior de criterio único tenía como principal punto a favor el de procurar una mayor seguridad jurídica, en cambio, la objeción que podía hacerse a dicha condición de procedibilidad es que era incoherente con un “sistema de responsabilidad construido a partir de criterios materiales económicos”.¹⁴⁷ Por otro lado, no había sido pacífico en la doctrina la calificación de esta clausula respecto a su naturaleza y, mientras una parte se decantaba por señalar, que constituía una condición objetiva de procedibilidad, otro prefería entender que se trataba de una condición objetiva de punibilidad.

Los partidarios de esta última tesis, preferible a mi juicio, justificaban esta calificación en que la apertura del procedimiento concursal no formaba parte de los elementos del tipo pero se ligaba a la acción típica para entender que existía el delito de concurso punible.¹⁴⁸ Se aducía como otro argumento a favor que la condición de la apertura del concurso había de anteceder a la situación de insolvencia causada o agravada por el sujeto pasivo aunque, como circunstancia previa a la acción típica, este argumento le acerca a la clasificación como presupuesto de la conducta típica.

Más razonable era justificarlo en que la apertura del concurso no debía ser abarcada por el dolo del deudor ni depender causalmente de éste¹⁴⁹. La consecuencia práctica era que se restringía la punibilidad de los delitos de bancarrota, que era castigada con penas mayores que los supuestos en que se producía la insolvencia fuera del concurso.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...*op.cit.*, p.722

¹⁴⁸ Obregón García, A - Gómez Lanz, J, “La tipicidad”, *Derecho penal. Parte especial: elementos básicos de teoría del delito*, Madrid, Tecnos, 2015 pp. 59-107, p.74

¹⁴⁹ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos... *op.cit.* p. 68

¹⁵⁰ *Ibidem*, p.69

En lo que coincide la doctrina es que esta condición, independientemente de su naturaleza, era la que confería sentido interno al texto punitivo y “permitía la correcta delimitación entre los delitos de bancarrota y los de alzamiento de bienes.”¹⁵¹ Delimitación que con la nueva redacción queda difuminada por la falta de concreción del alcance de la exigencia material económica con la exigencia de la insolvencia que habíamos dicho era presupuesto del concurso punible no causal y resultado típico del delito causal.

El silencio del CP sobre la delimitación de la “insolvencia actual o inminente” de los tipos de los art.259.1 y 259.2 provoca que cada autor ofrezca su noción sobre la misma. Para QUINTERO OLIVARES habría que reformularse como “el sobreseimiento general de todas las obligaciones”¹⁵², en cambio, para MUÑOZ CONDE se concibe como “algo más que la momentánea o incluso reiterada cesación de pagos que puede darse en un momento de crisis económica del deudor (...) sino como la creencia generalizada de que el deudor no puede responder con su patrimonio por el incumplimiento de sus obligaciones”¹⁵³

Para otros autores, más acertada es la remisión a la definición que se hace en el art.2.2 de la LC por virtud del cual se considera en estado de insolvencia al deudor que “no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles” sin embargo, carece de sentido el hecho de establecer un presupuesto típico que sea idéntico a la condición de procedibilidad. Ahora bien, la LC matiza en el apartado siguiente el concepto de insolvencia inminente estableciendo que es aquella por la que el deudor “prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”.

De esta forma un sector doctrinal encabeza por SOUTO estima más acertado definir la insolvencia inminente en términos de previsibilidad objetiva¹⁵⁴. La conclusión que subyace es que el deudor que se encuentra en insolvencia inminente, como por definición no ha dejado de cumplir con sus obligaciones exigibles, únicamente podrá ser perseguido penalmente si cumple con el requisito de procedibilidad formal.

¹⁵¹ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos... *op.cit.* p. 58

¹⁵² Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...”, *op.cit.* p. 725

¹⁵³ Muñoz Conde, F., “Alzamiento de bienes y frustración...*op. cit.* p.411.

¹⁵⁴ Cfr., Gómez Lanz, J. “Las insolvencias punibles... *op. cit.* p.9

Desde la perspectiva de la naturaleza de esta exigencia, el cambio de redacción viene a confirmar, que estamos ante una condición objetiva de perseguibilidad penal, en tanto en cuanto se erige como circunstancia determinante, no para la existencia del delito sino para que se pueda dar inicio al procedimiento penal. El factor determinante de este cambio de criterio es que la apertura del concurso no tiene que ser necesariamente anterior a la perfección de la conducta típica, tanto para las conductas que tipifica el art.259.1 como necesariamente para las del art.259.2 ya que en este el resultado típico es la insolvencia y no es viable la apertura del procedimiento concursal anterior a la insolvencia.

Además ambas condiciones no se tratan de elementos adicionales del tipo que hayan de ser abarcados por el dolo del sujeto, ni dependen causalmente de la voluntad del deudor. El problema es en relación a la condición material económica de la cesación en el cumplimiento de las obligaciones que sigue siendo una circunstancia, que es presupuesto del delito de bancarrota no causal al menos en su modalidad de insolvencia actual, como antes apuntamos.

En ese caso, o bien es exigida para la apreciación de la existencia del tipo en el caso de la bancarrota casual y por tanto son anteriores o simultaneas pero no posteriores a la comisión de la conducta típica, por eso hay autores que mantiene que la exigencia material del art.259.4 sigue funcionando de facto como una condición objetiva de punibilidad.¹⁵⁵

El art.259.5 supone la reafirmación, de la eliminación de la condición de perseguibilidad del CP anterior, e incluye una clausula relativa a la responsabilidad civil *ex delicto* estableciendo que dicho importe en caso “deberá incorporarse, en su caso, a la masa pasiva”. De esta forma algunos autores han acuñado la expresión de “intangibilidad del patrimonio del concursado en la jurisdicción civil”¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...*op.cit.*, p. 721

¹⁵⁶ [*non vidi*, Cugat Mauri, M.”Impacto de la nueva ley concursal en el delito de quiebra” en LL, núm. 5932, 2004 p.2] en Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p.144

3.2.6 Tipos agravado del delito de concurso punible

Como novedad en la reforma de 2015 se tipifican unos tipos cualificados del delito de bancarrota que elevan la pena al fijar un marco penal abstracto de dos a seis años, aunque algunos de los parámetros que ahora conforman los tipos agravados antes estaban incluidos en las normas de determinación de la pena¹⁵⁷.

La técnica legislativa coherente con el modelo adoptado, diverge de la anterior en que transforma la antigua disposición del art.260.2 en la que se incluían los criterios de cuantía del perjuicio, número de acreedores y su condición económica en orden a graduar la pena, para confeccionar un art.259 bis en la que tales circunstancias se delimitan y sirven para integrar tipos agravados. La configuración típica por la que se ha optado hace posible, desde el punto de vista técnico, que las agravaciones se refieran a todas las figuras penales del art.259 incluyendo a la modalidad imprudente, lo cual implica imponer sin fundamento de peso alguno las mismas agravantes a las conductas dolosas e imprudentes.

Dichas circunstancias agravantes son alternativas y no cumulativas, la producción de varias de ellas de manera simultánea sólo tiene el resultado de que el juez penal pueda a su libre arbitrio fijar en el marco penal un castigo mayor. Todos estos tipos agravados son dolosos de tal manera que su comisión imprudente nos reconduce a la apreciación de los tipos básicos del art.259. Las conductas que han sido calificadas por la doctrina de “innecesarias” y “perturbadoras”¹⁵⁸ son:

1º La afectación de la bancarrota del deudor afecte a una “generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica”: Es criticable de un lado, por el fundamento numérico de la agravación pues, por regla general, los concursos de acreedores afectan necesariamente a múltiples acreedores. Por otro lado se equipara la causación de efectivo perjuicio patrimonial y la potencialidad de causarlo, cuando su gravedad por el ataque que supone al bien jurídico protegido es, a todas, luces distinta.

¹⁵⁷ Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p.132

¹⁵⁸ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...*op.cit.* p. 726

2º Causar a alguno de los acreedores un perjuicio superior a los 600.000€: difiere técnicamente del modelo anterior por cuanto prevé un límite cuantitativo que ha de alcanzarse con cada acreedor de manera individual pero no es consistente con la confección anterior de la figura en comentario como tipo de peligro.

3º En caso de que la mitad de la cuantía de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social: es muestra de la “hipervaloración” del crédito público, injustificada por que tales acreedores cuentan ya con la tutela específica de los delitos contra la Hacienda Pública y el mencionado privilegio en sede de alzamiento de bienes. Subyace la “absurda idea de que perjudicar a los ciudadanos es menos grave que perjudicar a la Hacienda Pública o la Seguridad Social.”¹⁵⁹

3.2.7 Delito de favorecimiento ilícito de acreedores

El legislador de 2015 opta por construir un doble tipo de favorecimiento de acreedores en contraposición con la regulación precedente, que únicamente albergaba a la modalidad clásica de favorecimiento post-concursal. El criterio diferenciador por tanto del tipo presente en el art.260.1 con respecto al que se contiene en el apartado siguiente, es que éste primero no exige la apertura del concurso de acreedores y se trata, por tanto, de un favorecimiento de acreedores extra concursal.

El presupuesto de esta figura penal, es el mismo que el del art.259 y es que el deudor se encuentre “en una situación de insolvencia actual o inminente”. La conducta típica la integra todo acto dispositivo efectuado por el deudor destinado a satisfacer un crédito no exigible o a facilitar una garantía a la que no tenía derecho, siempre y cuando “se trate de una operación que carezca de justificación económica”.

En lo referente a la técnica legislativa empleada, por un lado es acertada al castigar conductas que entrañan mayor gravedad que la mera preterición de acreedores, actuación por otro lado atípica como ya pusimos de manifiesto.

¹⁵⁹Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la..”, *op.cit.*, p. 727

Sin embargo no está exenta de deficiencias en relación con las potenciales formas de participación, llegando a la paradójica situación por la cual habría que considerar “cooperador necesario a aquel acreedor que cobra lo que es debido (aunque no sea de modo preferente en un momento en que propiamente, no rige la *pars conditio creditorum*.”¹⁶⁰

Por otro lado, es patente el solapamiento de la conducta típica con la ya contemplada en los numerales 1º y 9º del art.259 aunque, sin duda, lo más discutible es la falta de armonía del precepto con las leyes concursales. Previamente al concurso, no hay una ordenación de los acreedores pues no existe una prelación legal de los créditos a pagar, quedando enmarcado el acto del pago a un acreedor dentro de la libre disposición del deudor aun no constreñida por no estar en concurso.¹⁶¹

En el art.260 se regula el delito de favorecimiento de acreedores post-concursal sobre el que no se efectúa cambio alguno. A grandes rasgos, requiere de tres caracteres principales: unos presupuestos de la conducta típica que son la apertura del procedimiento concursal, y la falta de autorización legal y judicial por el juez del concurso para la perfección de la acción típica consistente en toda conducta que resulte un pago a uno o varios acreedores, independientemente de su calificación en el concurso, de manera preferente.

Es de destacar que el bien jurídico tutelado por esta figura no es la protección de los créditos de manera individualizada sino el “derecho de los acreedores a la ordenada satisfacción del crédito”¹⁶² de tal forma que, al no pender de la voluntad del deudor el incumplir el orden de prelación de crédito, se respeta la denominada *pars conditio creditorum* que rige y ordena el proceso concursal.¹⁶³

¹⁶⁰ Cfr., Gómez Lanz, J. “Las insolvencias punibles... *op. cit.* p.9

¹⁶¹ ¹⁶¹[*non vidi*, Souto García, E.M. “Frustración de la ejecución...*op. cit.* p. 822] en Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 147

¹⁶² Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución... *op.cit.* p. 148

¹⁶³ González Cussac, J.L., “Delitos contra el patrimonio...*op. cit.* p. 126

Desde un punto de vista de nuestra análisis, ambas figuras, se tratan de delitos “a caballo” entre la figura del alzamiento de bienes y el delito concursal, cuya similitud se ha acentuado tras la reforma de 2015 habida cuenta de la modificación de la condición objetiva de perseguibilidad, fundamentalmente para aquellos partidarios de considerar el delito de alzamiento como tipo de lesión.

3.2.8 Delito de falsedad contable en procedimiento concursal

Desde el prisma de la sistematicidad, resulta llamativa la inclusión en este Capítulo de una figura no relacionada necesariamente con la insolvencia y construida, por tanto, desde criterios puramente penales. Constatéase que no exige acto alguno de enajenación o de contracción de obligaciones por parte del sujeto activo sino que su acción típica se integra por una “conducta falsaria” realizada en un proceso concursal y orientada a “lograr indebidamente la declaración de aquel (del concurso)”. Este es el motivo principal por el cual hace razonable su acomodo entre los delitos de falsedades documentales o los delitos contra la administración de justicia.¹⁶⁴

La conducta típica es una falsedad “ideológica” consistente en presentar (que no contabilizar) datos de los estados financieros del deudor faltando a la verdad, lo cual constituye un elemento disruptivo por contradecir la regla general de despenalización de falsedades ideológicas. Aun así, la justificación del tipo es razonable por la importancia de los documentos presentados, la circunstancia en que se ha de presentar los mismos, que es en el seno del concurso por los importantes efectos que ello tiene en el deudor y acreedores y por último por la finalidad a que se orienta su presentación¹⁶⁵

Se trata de un tipo doloso refrendado en la expresión “a sabiendas”, que integra como elementos subjetivos del tipo el conocimiento del deudor de la calidad falsaria de los datos presentados así como voluntad de lograr indebidamente la declaración de concurso.

¹⁶⁴ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...*op.cit.* p. 728

¹⁶⁵ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 160

Se configura como un delito de mera actividad y de peligro hipotético ya que la presentación de datos falaces en el concurso posee la capacidad genérica necesaria para lesionar al bien jurídico tutelado, teniendo que demostrarse *ad casum* que las falsedades introducidas en los estados financieros presentados son de suficiente entidad como para causar dicha lesión. Para ello las falsedades han de recaer sobre datos objetivos siempre que no puedan ser susceptibles de ulterior valoración por el acreedor ni de comprobación *prima facie* por este.¹⁶⁶

3.2.9 Previsión de responsabilidad para las personas jurídicas

A pesar de la importancia de la delictuosidad penal que en este campo tienen las personas jurídicas, asombra el catálogo de penas que el legislador penal opta por imponer a las mismas para tales delitos. El legislador se decanta por un criterio de sanción pecuniario sin percatarse de la situación de crisis patrimonial del sujeto activo, lo que resulta en la práctica en una gran dificultad del cumplimiento de tales penas por insuficiencia patrimonial de los sujetos activos y también en un perjuicio añadido al resto de acreedores de este.

Esto es así pues la multa impuesta antes de la apertura del concurso tendrá la condición de crédito subordinado en virtud del art.92.4º LC, y por tanto incobrable la mayoría de ocasiones, y si se impone con posterioridad se calificará como un crédito contra la masa que se hará efectivo contra cualquier bien del deudor no afecto a la satisfacción de un crédito privilegiado especial perjudicando al resto de acreedores concursales que se ven relegados sin merecerlo por actos del propio deudor.¹⁶⁷ La doctrina es unánime al considerar que el art.33.7 CP engloba penas más adecuadas para estos delitos pero no se ha apreciado cambio alguno en el criterio del legislador tras la reforma.

¹⁶⁶ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la..”, *op.cit.* p. 732

¹⁶⁷ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos...”, *op.cit.* 69

4. CONCURSOS PENALES

Lo delitos objeto de análisis, fundamentalmente el alzamiento de bienes, son algunos de los tipos penales “que más relaciones de conflicto presentan con otras figuras delictivas con las que guardan cierta afinidad”¹⁶⁸. Por ello, el objetivo del apartado, no es la configuración exhaustiva de toda circunstancia concursal que puede entablarse con tales delitos, sino el análisis de las situaciones concursales existentes entre los delitos que integran los Capítulos VII y VII bis, haciendo hincapié en el concurso entre el delito de bancarrota y el alzamiento de bienes.

Para ello, es relevante precisar el sentido de los art.257.5 y art.259.5. En cuanto al primero, la reforma de 2015 viene a desdibujar más su delimitación por describir las conductas típicas del delito de concurso punible no causal (numerales 1º-4º), de forma coincidente y subsumible con la modalidad comisivas del delito de alzamiento de bienes.

Se entiende, en cambio, como razonable que el alcance de este precepto sea el de “impedir que la incoación de un proceso concursal paralice o suspenda el delito penal por alzamiento de bienes.”¹⁶⁹ A *sensu* contrario, una conducta susceptible de ser enjuiciada como alzamiento, si consiste también en alguna modalidad típica de insolvencias punibles, y se cumple la condición objetiva de procedibilidad penal, debería poder ser perseguida como tal.

El precepto análogo para el delito concursal es el art.259.5, con la diferencia que esta previsión se hace expansiva a los “delitos singularmente relacionados” sin especificar cuáles son, mas la interpretación jurisprudencial del concepto permite señalar como tal al alzamiento de bienes.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p.79

¹⁶⁹ Cfr., Gómez Lanz, J. “Las insolvencias punibles... *op. cit.* p.10

¹⁷⁰ SAP Madrid 14-10-2005[ARP 2005\612] “Relación que no cabe negar a ciertos delitos que hubiere podido cometer el deudor, por ejemplo, y especialmente, el alzamiento de bienes, que son por sí solos la causa y expresión total de la intencionalidad de la insolvencia o de su agravamiento.”

Por tanto, no hay impedimento para que unas mismas conductas puedan ser calificadas con arreglo al art.257 como alzamiento y según el art.259 como delito concursal, haciendo necesario el estudio de los concursos a los que da lugar su apreciación penal simultánea o sucesiva.

Las diversas soluciones concursales que se han aportado por la doctrina científica derivan de la distinta consideración de los elementos y caracterización típica que se predicen de tales delitos. Sus conclusiones han justificado el ámbito de aplicación de uno u otro atendiendo a los criterios diferenciales de estos delitos.

Con la regulación anterior, MUÑOZ CONDE defendía, en la creencia de que ambos tipos estaban contruidos sobre la base común de la insolvencia y que todo delito concursal incluía necesariamente un alzamiento de bienes, que el criterio de distinción era puramente formal. Se afirma que “el alzamiento es preferente en todo caso en el que la actuación de la jurisdicción penal surja independientemente del procedimiento que se lleve a cabo en el correspondiente procedimiento concursal”¹⁷¹. Se reservaba la apreciación del delito de concurso punible al cumplimiento efectivo de la condición de perseguibilidad.

Este razonamiento que era válido antes de 2015 se puede poner en duda desde el momento en que desaparecen los dos argumentos sobre los que se justificaba. Por un lado el legislador hace pivotar la distinción, no desde un criterio formal, sino de insolvencia (independientemente de que lo consiga o no) y, por otro, deja de ser verdad que necesariamente el delito de concurso punible se haya de realizar a través de una conducta típica coincidente con el alzamiento premisa que sólo se sostiene para los numerales 1º-4º del art.259.1.¹⁷²

¹⁷¹ Muñoz Conde, F., “Alzamiento de bienes... *op. cit.* p. 403

¹⁷² *Cfr.*, Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p. 135

Otros autores, como QUINTERO OLIVARES, centran el foco de las diferencias en la clasificación de los tipos según el comportamiento desvalorado. Concebían el alzamiento como un delito de mera actividad y al concurso punible como un delito de resultado, concluyendo que la aplicación de uno u otro depende de la causación efectiva o no de un perjuicio real materializado en la situación de insolvencia. Si existe tal perjuicio económico se aplicaría el delito de bancarrota, si no existe se aplicaría el alzamiento de bienes.¹⁷³

VIVES ANTÓN, antes de la reforma de 2015, proponía como criterio diferenciador la clasificación de los tipos de acuerdo con la intensidad de su ataque al bien jurídico protegido. Al ser partidario de calificar el alzamiento como tipo de peligro y al concurso como tipo de lesión, optaba por observar uno u otro en función de si la conducta típica daba lugar a la producción efectiva de un daño para la satisfacción del crédito de los acreedores o por el contrario entrañaba sólo un peligro para la misma.¹⁷⁴

El mismo elementos diferenciador es aducido por MARTÍNEZ-BUJÁN, con la diferencia sustancial que, para él, el delito de alzamiento ha de ser considerado un tipo de lesión, de tal forma que no existiendo un crédito vencido y exigible, y no dándose la condición de perseguibilidad penal, estaremos ante un único delito de tentativa de alzamiento, y cumpliéndose dicha condición objetiva la tentativa de alzamiento sería desplazada por el delito de concurso punible.¹⁷⁵

Por último, FARALDO CABANA, para efectuar la distinción, actualiza el criterio de desvinculación con la nueva condición objetiva de perseguibilidad, propugnando que si un deudor solvente o en insolvencia inminente, que no ha sido causa de apertura de proceso concursar, realiza la conducta típica por la cual se sitúa en situación de insolvencia actual, habría de aplicarse el delito de alzamiento. Si el deudor ya se encuentra en situación de insolvencia ya sea actual o inminente (siempre que se haya dictado auto de apertura del concurso), habría de aplicarse el delito concursal.¹⁷⁶

¹⁷³ Rosal Blasco, B., “Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, 1994, pp.5-32, p.27

¹⁷⁴ Rosal Blasco, B., “Las insolvencias punibles...op. cit. p. 27

¹⁷⁵ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución... op.cit. p.139

¹⁷⁶ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Capítulo VII Frustración... op. cit. p.261

Considero que este criterio, es contrario al espíritu de la reforma pues, salvando el no menor obstáculo de considerar el delito de alzamiento como delito de lesión, deja sin virtualidad de aplicación el art.259.2 que requiere la insolvencia como resultado típico y no como presupuesto.

La doctrina coincide en que, independientemente del criterio diferenciador usado para delimitar el ámbito punible de las dos órbitas de tipos, subsiste un problema de *bis in idem* de carácter procesal para los casos en que una misma conducta ha sido calificada como alzamiento o como concurso punible, sin posibilidad de modificación de la postura de la acusación.¹⁷⁷

En este caso existe una “causa única y manifestación total de la intencionalidad de la insolvencia”¹⁷⁸ y la apertura de un proceso penal en el que se pretenda juzgar el mismo hecho no ha de prosperar, por la excepción de cosa juzgada, al existir una identificación absoluta en ambas circunstancias de sujetos, elemento de hecho y fundamento¹⁷⁹. Implicaría estar castigando doblemente un acto de ocultación, aunque el origen de la sanción sea una conducta peligrosa en el alzamiento y una conducta de lesión para el concurso punible.

Por el contrario, si un deudor solvente, efectúa una conducta comisiva del alzamiento, deviene por ésta insolvente y una vez que se dan las condiciones de perseguibilidad, realiza una de las acciones tipificadas como delito de concurso punible no causal, es posible la apreciación de un concurso real de delitos. Este se justifica porque es posible que la segunda acción comisiva no sea coincidente con alguna de las conductas típicas de alzamiento, pero incluso solapándose, no se cumpliría el requisito de identidad de hecho, siendo esta segunda conducta una actuación separada e independiente totalmente de la primera.¹⁸⁰ Sería discutible esta tesis si se entiende que estamos ante un delito continuado supeditado a que las dos actuaciones formen parte de un mismo plan preconcebido, mas esta posibilidad es desechada por la jurisprudencia.¹⁸¹

¹⁷⁷ Cfr., Gómez Lanz, J. “Las insolvencias punibles... *op. cit.* p.10

¹⁷⁸ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...”, *op.cit.* p. 725

¹⁷⁹ Criterios para apreciación de *non bis in idem* según STC 30-1-1981 [RTC 1981\2]

¹⁸⁰ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...”, *op.cit.* p. 138

¹⁸¹ STS 13-03-2002 [RJ 2002\4929]

La dificultad estriba en la calificación de las situaciones concursales en las que una unidad de actuación puede ser subsumida tanto en la modalidad comisiva de alzamiento como del concurso punible y no ha recaído sentencia por ninguno de ellos. En el entendimiento de que ambas figuras penales tutelan bienes jurídicos estrechamente relacionados basados en la satisfacción de los créditos que titulan los acreedores, un concurso de delitos infringiría la prohibición de la doble valoración penal de un mismo hecho suponiendo un exceso de punición pues el desvalor del resultado materializado en el ataque al bien jurídico protegido es coincidente en su totalidad.¹⁸² Siendo esto así, es necesario acudir al concurso de normas.

En el concurso entre alzamiento y concurso punible no causal, la solución dependerá de la consideración del alzamiento en relación con la intensidad del ataque al bien jurídico protegido. Para la tesis que sostiene que es un tipo de lesión, la maniobra elusiva efectuada por un deudor que está en estado de insolvencia únicamente puede ser castigada por virtud del art.259.1. Esto es así porque la lesión del crédito de los acreedores se materializa en la insolvencia, y la conducta típica del alzamiento sería inidónea para lesionar, sólo podrá agravar la insolvencia pero no generarla. También se fundamenta en la consideración de que el concurso punible no causal se configura como un tipo mixto alternativo.¹⁸³

Para la tesis por la cual el alzamiento de bienes es un tipo de peligro, la solución a la que se llega es distinta puesto que un deudor en situación de insolvencia actual o inminente puede ocultar sus bienes restantes “para producir un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda”¹⁸⁴ y perjudicar a sus acreedores. Si la insolvencia irrelevante para la perfección del alzamiento también sería irrelevante que dicha insolvencia fuere preexistente.

¹⁸² Obregón García, A - Gómez Lanz, J, “La tipicidad”, *Derecho penal...op.cit.* p.189

¹⁸³ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución... *op.cit.* p .137

¹⁸⁴ STS 27 -4-2000 [RJ 2000\3306]

En dicho caso, doctrina y jurisprudencia entienden que nos hallaríamos en un concurso de leyes¹⁸⁵ pero discrepan cuál de los criterios del art.8 es el oportuno aplicar. Al mismo punto llegamos con el análisis del solapamiento entre el alzamiento de bienes y el concurso punible causal, pues no existe en ambos el presupuesto típico de hallarse el deudor en insolvencia.

El criterio de especialidad es difícil de sostener argumentando que el alzamiento o el concurso punible son normas especiales que añaden meras características al tipo general. La diferente configuración de los mismos, como ocurre con la bancarrota causal, así como los distintos elementos típicos, como el presupuesto de insolvencia exigido en la bancarrota no causal, a pesar de la eventual coincidencia en la acción típica, desaconseja este criterio, más acertado para situaciones concursales entre tipos básicos, privilegiados y cualificados, sin que se dé esta circunstancia entre las figuras objeto de análisis. Podríamos decir que estamos en un supuesto de “interferencia o especialidad imperfecta”¹⁸⁶.

La jurisprudencia sí ha aplicado este criterio entendiendo que el delito de bancarrota supone “una mayor progresión en el propósito ilícito de hacer inefectivos los créditos de terceros”¹⁸⁷. Expresión que ya no puede entenderse a la luz de la necesidad de perfección de la conducta típica de la bancarrota en un procedimiento concursal sino en la exigencia en ésta de un verdadero resultado material de insolvencia en contraposición del alzamiento como delito de mera actividad.

El criterio de subsidiariedad es descartable porque ni alzamiento ni el delito de bancarrota son leyes preferentes cuya aplicación implique la imposibilidad de apreciación del otro ilícito, siendo una consecuencia implícita de su autonomía mutua. Las soluciones concursales más plausibles y aducidas por la doctrina y jurisprudencia son por ende la consunción y la alternatividad. La dificultad estriba en decantarse por alguna de ellas, más aun cuando la jurisprudencia las ha venido aplicando de forma indistinta y simultáneamente.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución... *op.cit.* p.138

¹⁸⁶ Obregón García, A - Gómez Lanz, J, “La tipicidad”, *Derecho penal...op.cit.* p.189

¹⁸⁷ STS 14 -05-2003 [RJ 2003\4410]

¹⁸⁸ SAP Barcelona de 16-4-2007 [JUR 2007\271327]

Se ha de examinar primero si puede apreciarse la relación de consunción, que es por prescripción legal preferente frente al criterio de alternatividad. Usualmente se ha entendido que los tipos de lesión consumen todo el desvalor del hecho punible de los tipos de peligro, siendo uno de los criterios que pueden aducirse en nuestro caso. Sería por tanto de imposible apreciación tanto para quienes consideran a ambos delitos como tipos de lesión o de peligro. A mi juicio esto último es lo que sucedería en el concurso entre alzamiento y concurso punible no causal, configurados ambos como tipos de peligro.

Por el contrario, si sería de aplicación con el delito concursal causal, que se construye como delitos de lesión tal y como lo corrobora la jurisprudencia.¹⁸⁹ Otro criterio de su apreciación como la falta de proporción de sanción penal de ambos comportamientos no puede ser aludido por cuanto las penas impuestas son similares.

Para la situación antes apuntada de concurso entre el delito de alzamiento y concurso punible no causal, la resolución concursal que estimo más adecuada por recoger en la medida de lo posible el principio de integra valoración del hecho es aplicar el principio de alternatividad, opinión mayoritaria en la doctrina¹⁹⁰ y en la jurisprudencia:

“Ha de tenerse en cuenta la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, según la cual la conducta ilícita en que se concreta el delito de alzamiento de bienes queda consumida en el delito de concurso doloso del art. 260 del propio Código , si se hubieran materializado los elementos típicos configuradores de una y otra infracción, y ello no sólo por suponer una mayor progresión en el propósito ilícito de hacer inefectivos los créditos de terceros, sino porque en aplicación de lo dispuesto en el art 8.4ª del Código Penal , cuando los hechos son susceptibles de ser calificados con arreglo a dos preceptos punitivos, ha de aplicarse el principio de "alternatividad" (STS 22.11.04), de modo que el más grave excluye al que se castiga con pena menor”.¹⁹¹

¹⁸⁹ AAP Vizcaya Auto de 10-3-2003. [JUR 2003\238334]

¹⁹⁰ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución... *op.cit.* p139

¹⁹¹ SAP de Zaragoza 11-05-2011 [JUR 2011\239323]

Considero que éste es el criterio oportuno que recoge el máximo desvalor del hecho punible al solucionar una situación de identidad pues ambos preceptos “abarcan exhaustivamente todos los datos jurídicos penalmente relevantes”¹⁹². Seguidamente porque es un ejemplo de “paradoja penológica”¹⁹³ por la cual el delito de peligro que es el alzamiento tiene asignada una pena mayor que la del delito de lesión del concurso causal.

En este caso, la norma que prevalecerá por tener una penalidad asociada mayor no se puede determinar apriorísticamente y dependerá de los tipos que entren en colisión. Si nos hallamos ante los tipos básicos de alzamiento y de bancarrota será prevalente este último. Si en cambio son de aplicación los tipos cualificados (art.257.3 y 4 para alzamiento y 259 bis para bancarrota) el delito de concurso punible prevé una pena superior pero cedería ante los supuestos en que se aplique simultáneamente la cualificación del alzamiento y se imponga la pena en su mitad superior.¹⁹⁴

También puede ocurrir que la maniobra evasiva del patrimonio del deudor se haga de manera imprudente, en cuyo caso será sancionada por el art.259.3 pues el alzamiento solo prevé una modalidad comisiva dolosa¹⁹⁵

En lo que atañe al concurso del alzamiento con respecto a las falsedades documentales específicas que suponen las relaciones mendaces de bienes del art.258, la doctrina señala que se ha de apreciar que el alzamiento consume al art.258 pues ya recoge el desvalor de la falsedad documental específica¹⁹⁶.

Lo que no es pacífico es si debe aplicarse el principio de especialidad por cuanto el alzamiento sería ley especial con respecto a la relación mendaz, cosa posible si se encuadra ésta entre las estafas procesales, por la vasta interpretación que la jurisprudencia hace las mismas.

¹⁹² Obregón García, A - Gómez Lanz, J, “La tipicidad”, *Derecho penal...op.cit.* p.232

¹⁹³ *Ibidem*, p. 232

¹⁹⁴ *Cfr.*, Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op.cit.* p.139

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 139

¹⁹⁶ *Cfr.*, Luzón Cánovas, M. “La nueva regulación... *op.cit.* p.18

La calificación de una misma conducta como delito de concurso punible y como favorecimiento ilícito de acreedores por la que “el deudor no sólo otorga preferencia a determinados créditos, sino que además incrementa su pasivo, causando o agravando de ese modo su insolvencia”¹⁹⁷ ha de resolverse mediante un concurso de normas por el que se debe entender prevalente el concurso punible.

Entiendo que se aplica el principio de consunción su conducta típica absorbe todo el desvalor del hecho de la preferencia ilícita de acreedores pues lleva implícito la quiebra del *pars conditio creditorum* (concurso y el *sui generis* extraconcurso). Pero si la conducta del deudor no redujera su pasivo sino que únicamente afectase a la *pars conditio creditorum* se debería observar el art.260.¹⁹⁸

Los posibles solapamientos entre el delito de concurso punible y el de presentación de datos falsos en procedimiento concursal, también se han de resolver, conforme a un concurso de normas pues “el injusto del art. 261 queda absorbido por consunción por el delito del art.259.”¹⁹⁹

¹⁹⁷ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución.. *op.cit.* p. 140

¹⁹⁸ *Ibidem*, p.140

¹⁹⁹ *Ibidem*, p.140

5. CONCLUSIONES

La nueva disposición sistemática y configuración típica de los delitos objeto del estudio tras la reforma de 2015, unidas a la más reciente y consolidada línea jurisprudencial en torno a sus elementos típicos permiten afirmar que el legislador penal ha conseguido completar la separación de ambas esferas de delitos, aunque no sin importantes objeciones sobre la forma en que la ha llevado a cabo y sus consecuencias.

La constante de esta reforma, como se ha reflejado de *lege lata*, ha sido la pretensión de basar, como elemento diferenciador de los delitos en comentario, el requisito de la insolvencia actual o inminente constituyéndola como elemento típico de las insolvencias punibles pero no de los delitos de frustración de la ejecución. Es sintomática la modificación de la condición objetiva de perseguibilidad del concurso punible que deja de consistir únicamente en la apertura del concurso para prever la procedibilidad por el mismo en situación de insolvencia actual.

La tesis que propugna que estos delitos no comparten una naturaleza común vinculada a la insolvencia es preferible debido a la exégesis de la expresión “en perjuicio” en la descripción típica del alzamiento, pues no se refiere a la necesidad de ocasionar un perjuicio “real y efectivo” sino a la finalidad perseguida por el deudor y por tanto como parte integrante del elemento subjetivo del tipo. Además, es patente el esfuerzo del legislador por eliminar del Capítulo VII todo rastro del término “insolvencia” así como la introducción en éste de delitos que pacíficamente se entiende que no la exigen como son los del art.258 y 258 bis.

Ahora bien, tampoco se puede negar la artificiosidad de la distinción máxime si la insolvencia aparente produce efectos análogos a la real en relación con la imposibilidad del acreedor para satisfacer sus créditos. También es reseñable la descripción de modalidades comisivas de los delitos específicos de alzamiento que lejos de la ocultación suponen una disminución patrimonial real, la interpretación de expresión “en perjuicio” como exigencia de resultado en otros delitos patrimoniales o los pronunciamientos judiciales que no aprecian la comisión del alzamiento cuando el deudor dispone de otros bienes accesibles a los acreedores, es decir, en atención a su solvencia.

Sin embargo, si se quiere dotar de sentido a la revisión técnica operada y sobre la misma establecer una diferenciación razonable entre ambas figuras penales, es necesario concebir, como esencia de los delitos de frustración, la mera obstaculización de la realización de los créditos por los acreedores y de las insolvencias punibles la frustración de ese derecho de satisfacción en el patrimonio del deudor así como la violación del deber de diligencia en la gestión económica.

Por ello, el ámbito de lo punible del alzamiento abarca la realización de una conducta evasiva, que sin provocar la insolvencia del deudor dificulta el reembolso de sus créditos y por tanto configurándose como delito de peligro y de mera actividad. En contraposición, el del concurso punible reside en la perfección de una maniobra de distracción de bienes estando el deudor en insolvencia o que cause la insolvencia de éste y configurándose como delito de peligro en el primer caso (art.259.1) y de lesión en el segundo (art.259.2)

En el caso de que una misma conducta pudiera ser subsumible tanto en un precepto como en el otro, partiendo de la tesis de que ambas figuras penales tutelan el mismo bien jurídico, habría de apreciarse un concurso de leyes que no pudiéndose resolver por los tres primeros criterios del art.8 CP, debería reconducirse por virtud de la alternatividad, a la apreciación de aquel con una penalidad asociada mayor, al ser éste el resultado más respetuoso con el principio de la íntegra valoración del hecho punible.

La reforma no es tan clarificadora en lo que atañe al bien jurídico protegido. Para el caso concreto del alzamiento y el delito de bancarrota, partiendo en el trabajo de la tesis mayoritaria, se ha establecido que el objeto de protección sigue siendo individual y de índole patrimonial consintiendo en el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos. Es cierto que la reforma no cambia los presupuestos tradicionales por lo que se llega a ésta conclusión, a saber su ubicación sistemática como delitos patrimoniales del Título XIII antes del Capítulo X como frontera con los delitos económicos, y de otro lado la imposibilidad de ambos de afectar a un sistema crediticio a día de hoy completamente internacionalizado.

Ahora bien, tampoco se puede obviar la alusión del legislador en la exposición de motivo al “peligro para el orden socioeconómico” que entrañan los delitos de bancarrota, el excesivo marco penal abstracto de ambas figuras para proteger bienes jurídicos individuales en relación con otros delitos patrimoniales o la configuración de ambos como tipos de peligro, técnica legislativa coherente con la protección de bienes jurídicos supraindividuales. Por ello creo apreciable un bien jurídico mediato materializado en el funcionamiento del sistema crediticio que, si bien no incide en la concreción de los elementos típicos, si puede tenerse en cuenta para la determinación concreta de la pena.

La reforma de 2015 parece dejar claro que ya no es posible considerar un bien jurídico, los derechos de los acreedores a realizar sus créditos, como denominador común de todos los tipos de ambos Capítulos, como sí ocurría antes de la reforma. Las figuras de frustración de la ejecución se aglutinan ahora en torno a la tutela penal de la ejecución judicial o extrajudicial de créditos pero de una forma tan heterogénea que se puede poner en duda.

Mientras el alzamiento incide en una vertiente material de protección del crédito, el delito del art.258 se orienta en una vertiente formal de protección del proceso de ejecución, aunque configurándose como tipo de resultado, lo que hace dudar si no encontraría mejor acomodo entre los delitos contra la Administración de Justicia. En distorsión con este argumento el art.258 bis que ni siquiera alude al correcto funcionamiento del procedimiento de ejecución.

Lo mismo ocurre entre las insolvencias punibles en las que de forma genérica se colige que todos los tipos tutelan el derecho del acreedor a la satisfacción de sus créditos, pero algunos como el art.260 lo hacen de forma indirecta al proteger la ordenada satisfacción de éstos. Incluso cabe dudar que el tipo del art.261 construido sin mención a la insolvencia debiera permanecer en este Capítulo o en de falsedades documentales.

Como propuestas de política-criminal, considero que la configuración de la mayoría de los delitos de ambas esferas penales como de peligro supone un adelantamiento punitivo excesivo incompatible con el desistimiento voluntario de los deudores antes obstaculizar o perjudicar efectivamente sus obligaciones, cuando éste podría ser recomendable desde el punto de vista de la prevención general.

En segundo lugar merecería la pena examinarse la reconversión de los delitos de insolvencia punible como delito estrictamente empresariales por la dificultad de los particulares para cometer la mayoría de sus acciones típicas. Por último la tipificación de un delito concursal imprudente, además de ser disruptivo con un la nueva regulación pues ni siquiera el alzamiento sin requerir la insolvencia prescinde del dolo, supone una expansión punitiva desmesurada del ilícito penal que castiga conductas que no suponen siquiera ilícitos concursales además de suponer, mediante la criminalización del fracaso empresarial, un grave freno para el emprendimiento.

ANEXO

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN ANTES DE LA REFORMA DE 2015

Regulación clásica del delito de alzamiento de bienes

El alzamiento de bienes se tipifica por vez primera en el art.443 del CP de 1848, ubicado en su Libro II, en el Título XIV “Delitos contra la Propiedad”, dentro del Capítulo IV intitulado “Defraudaciones” y más concretamente en la Sección Primera llamada “Alzamiento, quiebra e insolvencia punibles”, configurándose como el único tipo de insolvencia fraudulenta autónomo con respecto a la existencia de un proceso concursal²⁰⁰. Tras diversas modificaciones, su contenido pasó a integrar el art.519 tanto en el texto penal de 1944 como en el de 1973.

La característica más significativa de la regulación tradicional del alzamiento es la indisoluble unidad sistemática y regulatoria que conformaba junto con las antiguas figuras de insolvencias punibles (quiebra, insolvencia y concurso), con las que compartió, desde un comienzo, Título, Capítulo y Sección²⁰¹. Por otro lado, destaca el inmovilismo formal de la descripción de su conducta típica cuya lacónica expresión; “(...) el que se alzaré con sus bienes en perjuicio de sus acreedores”, permanecerá, sin más cambios en su redacción que los referidos a la penalidad asociada al tipo, hasta 1995.²⁰²

Reformas introducidas a raíz del Código Penal de 1995

El CP de 1995 supondrá el primero de los textos penales que opere cambios significativos en relación con el tipo analizado. Efectúa una reubicación del mismo en el Título XII, del Libro II, llamado “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” dejando su consideración de delito contra la propiedad.

²⁰⁰ Cfr., Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...*op.cit.*, p. 695

²⁰¹ Cfr., Luzón Cánovas, M. “La nueva regulación...*op.cit.* p.3

²⁰² Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la.., *op.cit.* p 695

Por otro lado, el legislador penal unifica nominalmente el Capítulo VII, perdiendo su denominación tradicional para titularse únicamente “De las insolvencias punibles,” dejando así de ser un tipo penal específico de las defraudaciones para pasar a ser un subtipo de de las insolvencias punibles²⁰³.

El legislador de 1995 no introduce cambio alguno en la configuración del tipo básico del alzamiento de bienes, pero desplaza el precepto hasta el art.257.1.1^{o204}. Lo que hará es ampliar considerablemente su definición, recogiendo dos tipos específicos de alzamiento y consignando indiferente la naturaleza de las deudas que podían dar lugar a la comisión del tipo. Además, el intento de deslindar la configuración penal de esta figura del derecho privado, del que había surgido, lleva al legislador a introducir por primera vez, en el último apartado del art.257 que “este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal”²⁰⁵.

El art. 257.1.2^o pasa a albergar un subtipo de alzamiento considerado “la traslación al Código de la interpretación que al tipo básico fue dando la doctrina y la jurisprudencia”²⁰⁶, señalando como razón de ser de esta incorporación la corrección de la más importante crítica que se había hecho a la regulación anterior de la figura delictiva del alzamiento y es que el mismo donde cobra su mayor sustancialidad y es más patente la conducta típica es en las actuaciones obstaculizadoras de la realización de créditos en la frustración del juicio ejecutivo.²⁰⁷

El segundo subtipo de alzamiento se introduce, en el art. 258, para aclarar las dudas doctrinales que habían surgido acerca de la tipicidad del alzamiento de bienes en relación con la elusión de la responsabilidad civil derivada de delito.²⁰⁸

²⁰³ Cfr., Luzón Cánovas, M. “La nueva regulación...*op.cit.* p.3

²⁰⁴ Cfr., Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución...*op. cit.* p.53

²⁰⁵ Cfr., Obregón García, A.”La reforma concursal... *op.cit.* pág. 423

²⁰⁶ Luzón Cánovas, M., “La nueva regulación...*op.cit.* p. 4

²⁰⁷ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la.., *op.cit.* p 696

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 696

La esperada reforma concursal tuvo un casi inexistente reflejo en LO 15/2003, consistiendo, en materia de alzamiento, en permutar la expresión de “ejecución concursal” del art.257.3 por la de “procedimiento concursal”, poniendo al día la norma penal tan solo en lo referente a terminología concursal.²⁰⁹

Siguiendo la inercia expansiva del ámbito de lo punible del CP del 1995, la LO 5/2010, introduce en los apartados 3 y 4 del art.257 dos subtipos agravados²¹⁰. En el primero, el fundamento de la agravación es de índole subjetiva referenciado a créditos de derecho público ostentado por entidades jurídico-públicas, y otro material relativo a obligaciones surgidas de delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Esta incorporación al CP no ha estado exenta de críticas²¹¹ basadas en un injustificado privilegio para los créditos de naturaleza jurídico-pública unido a la falta de razones expuestas en el Preámbulo de LO 5/2010 para explicar su mayor penalidad.²¹²

El art.257.4 alberga la concreción de los demás tipos cualificados, prescribiendo que las la imposición de las penas del art.257 en su mitad superior cuando concurren los casos señalados en los numerales 1º, 4º y 5º del art.250, es decir, que recaiga la conducta elusiva sobre “cosas de primera necesidad” , o “revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio” o en función de la cuantía cuando la defraudación “supera los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas”.

²⁰⁹ Cfr., Obregón García, A.”La reforma concursal... *op.cit.* p. 429

²¹⁰ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...”, *op.cit.*, p 696

²¹¹ *Ibidem*, p.700

²¹² La Exposición de motivos se limita a decir: “en el delito de alzamiento de bienes se han agravado las penas en los supuestos en que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico-pública, así como cuando concurren determinadas circunstancias entre las que destaca la especial gravedad, en función de la entidad del perjuicio y de la situación económica en que deje a la víctima o a su familia”.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE INSOLVENCIAS PUNIBLES ANTES DE LA REFORMA DE 2015

Regulación de las insolvencias punibles hasta el Código Penal de 1973

El precedente más remoto de las insolvencias punibles en Derecho Penal español es la tipificación en el CP de 1822 de los delitos de quiebra fraudulenta (art.758) y quiebra culpable (art.759). Desde ese momento, el denominador común de los textos penales anteriores a 1973 fue el de regular conjuntamente las tres formas tradicionales de las insolvencias; alzamiento, quiebra y concurso de acreedores, las cuales concordaban con ilícitos ya previstos en las normas mercantiles y civiles. Se hace patente, a partir del CP de 1870, que las insolvencias punibles “se incorporaron a la legislación penal como meros complementos sancionadores de las propias conductas mercantiles ilícitas.”²¹³

El CP de 1973 tipificaba los delitos de insolvencias punibles en la Sección 1º del Capítulo IV del Título XIII intitulada: “Del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles” que abarcaba los art.519 al 527 y como técnica de tipificación empleada por el legislador se utilizó una “sucesiva creación de parejas de configuraciones típicas”²¹⁴. De esta forma, los delitos concursales se tipificaban en los art.520 y siguientes, atendiendo dentro de cada categoría, a la condición del autor como comerciante o particular.

Los tipos concursales distinguían entre el delito de quiebra (art.520 a 522) y el de concurso de acreedores (art.523 a 525) y los mismos podían, a su vez, ser calificados de “culpables” o de “fraudulentos” por lo que se pergeñaba un esquema de configuraciones típicas que abarcaba; la quiebra fraudulenta (art.520), la quiebra culpable (art.521), el concurso culpable (art.523) y el concurso fraudulento (art.524).²¹⁵

²¹³ Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...*op.cit.* p. 693

²¹⁴ Obregón García, A. “La reforma concursal... *op.cit.* p. 418.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 418

Únicamente en las insolvencias punibles fraudulentas se recogían tipos específicos en atención a la forma de participación, diferenciando la autoría y la complicidad de la quiebra (art.520 y 522) y del concurso (art.524 y 525). La regulación se completaba con la inclusión de subtipos agravados y atenuados en relación con la cuantía y el objeto en que consistiera el pasivo impagado (art.526 y 527).²¹⁶

Un primer acercamiento a la regulación tradicional de las insolvencias punibles pone de relieve, como característica de la misma, su carácter dependiente del derecho concursal y de la jurisdicción civil, llegándose a calificar esta etapa regulatoria de “absoluto sometimiento”²¹⁷ o “accesoriedad extrema”²¹⁸ manifestada en un doble aspecto; material y formal. La justificación del primero, reside en que para tipificación de los delitos de quiebra se utilizó la técnica de las leyes penales en blanco, equiparando la conducta típica de tales figuras con las causas recogidas en los arts. 888 y siguientes de la LC para calificar la quiebra como culpable o fraudulenta.²¹⁹

El aspecto formal de esta subordinación se manifestaba en la supeditación, para su perseguibilidad penal, a la declaración de la quiebra o concurso por parte del juez que conocía de tales procedimientos. Dicha dependencia se consagrada en el art.896 del Ccom, el cual establecía que: “en ningún caso, ni a instancia de parte ni de oficio, se procederá, por los delitos de quiebra, culpable o fraudulenta, sin que antes el Juez o Tribunal haya hecho la declaración de quiebra y la de haber méritos para proceder criminalmente”.

Suponía de facto relegar la eficacia penal a la calificación que realizara el juez civil en las piezas quinta y tercera de los procedimientos de quiebra y concurso de acreedores respectivamente y conllevaba el problema de constatar que “la intervención penal se había venido relevando estéril, puesto que quedaba comprometida su eficacia por la de un procedimiento civil preliminar”.²²⁰

²¹⁶ Obregón García, A.”La reforma concursal... *op.cit.* p. 418

²¹⁷ Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...*op.cit.* p.724

²¹⁸ Obregón García, A.”La reforma concursal... *op.cit.* p. 418

²¹⁹ *Ibidem*, p.419

²²⁰ *Ibidem*, p.420

Regulación de las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995

La tendencia del legislador penal de 1995 fue la de eliminar la dependencia que la legislación y jurisdicción penales padecían con respecto al derecho mercantil y concursal. En este sentido, el CP de 1995 realiza una reforma profunda, material y formal, de las insolvencias punibles justificando la necesidad de cambio de técnica legislativa por tildar a la regulación previa como “una legislación corta y confusa que ciertamente no soporta el examen del derecho comparado.”²²¹

En lo que respecta a los cambios sistemáticos, el CP de 1995 modifica la ubicación de las insolvencias punibles trasladándolas al Capítulo VII del Título XIII del Libro II, separándolas de las defraudaciones, pero manteniéndolas anejas a las mismas, y agrupándolas bajo una nueva rubrica: “De las insolvencias punibles”. Este hecho motivó que parte de la doctrina, con GONZÁLEZ RUS a la cabeza entendiese que el denominador común de los tipos que englobaba el Capítulo era, precisamente la situación de insolvencia.²²²

El CP de 1995, sin desviarse del Proyecto de Código Penal de 1992, introduce una serie de modificaciones formales entre las que destaca el intento por dotar de autonomía a los delitos de alzamientos de bienes con respecto de los delitos concursales.²²³ Para ello, se eliminó la referencia cruzada a la que antes aludíamos al Ccom. en la regulación de la quiebra punible y se señala en el art.257.3 CP que el alzamiento es perseguible penalmente aun cuando se inicie, después de su comisión, una ejecución concursal.²²⁴

Por lo tanto, bajo esta regulación, la diferencia fundamental entre el delito concursal y el de alzamiento versaba en que, mientras la conducta típica del primero había de realizarse en el seno del procedimiento concursal, la segunda había de efectuarse fuera de éste.²²⁵

²²¹ Exposición de motivos del Proyecto de CP de 1992

²²² Obregón García, A. “La reforma concursal... *op.cit.* p. 422

²²³ *Ibidem*, p. 423

²²⁴ *Ibidem*, p. 423

²²⁵ Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos de ...*op.cit.* p.56

Por otro lado, se abandona la distinción de conductas típicas derivada de la condición de comerciante o particular, entre quiebra culpable y fraudulenta y los subtipos que se recogían por motivo del grado de participación.

Materialmente, el esfuerzo por suprimir la remisión mediante leyes penales en blanco a la legislación mercantil, provocó el empleo de una técnica legislativa distinta a la tradicional cuyo modelo pivota entorno a la conexión causal de las acciones típicas y el estado de insolvencia.²²⁶ Esta pretensión se plasmó con una nueva redacción del delito de insolvencia fraudulenta (art.260), la inclusión de un tipo de favorecimiento ilícito de acreedores (art.259) y otro que castigaba la utilización de documentos contables falsos para lograr la declaración de la situación concursal (art.261).

El mérito de la reforma estriba en la recuperación de la autonomía de la regulación y jurisdicción penal con respecto a la civil²²⁷ positivada en el art. 260.3 por el cual se disponía que el delito concursal y tipicidades complementarias son perseguibles sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de este. Así como por lo establecido en el art.260.4 por virtud del cual: “en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal”. Se elimina pues la condición de perseguibilidad consistente en la terminación del concurso, y se sustituye por la nueva condición objetiva de procedibilidad de la apertura del mismo.

Sin embargo, se ha de advertir que no era pacífica en la doctrina la calificación de esta exigencia como condición objetiva de punibilidad o como presupuesto de procedibilidad.²²⁸ Lo que si se podía era el comienzo de la calificada como fase regulatoria de “accesoriedad limitada”²²⁹.

²²⁶ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...”, *op.cit.* p.712

²²⁷ [*non vidi*, González Rus, J.J., “Curso de Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo I (Dir. Cobo del Rosal, M.), Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 724] en Obregón García, A.”La reforma concursal... *op.cit.* p. 425.

²²⁸ Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos... *op.cit.* p. 68

²²⁹ Cfr., Obregón García, A.”La reforma concursal... *op.cit.* p. 425

Regulación de las insolvencias punibles tras la reforma del Código Penal de 2003

Pese a las novedades que anunciaba la propuesta del Anteproyecto de LC, los cambios a los que daría lugar en la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del CP fueron puramente formales y dirigidos a la coordinación de la regulación penal con la nueva normativa concursal.²³⁰

La novedad mayor incorporada al Anteproyecto de la LC y de la LO para la Reforma Concursal era la eliminación del art.260, es decir, la despenalización del concurso punible.²³¹ Las razones aducidas para ello reflejadas en la Exposición de Motivos se limitaron a la voluntad del legislador para culminar la “separación de ilícitos civiles y penales en esta materia” e incoherentemente proclamó la necesidad de despenalizar el concurso punible manteniendo otros delitos ubicados en el mismos Capítulo tales como el alzamiento de bienes, así como otras actuaciones merecedoras del reproche penal en el procedimiento concursal.²³²

La pretensión de supresión del art.260, puso en evidencia que el concurso punible no era prescindible por el mero hecho de afirmar que, para su comisión, se debían perfeccionar otros delitos instrumentales o mediales y por tanto suponía una duplicidad de castigo. Lejos de ello, suponía dejar impunes determinadas situaciones de insolvencias dolosas que, al no poder ser subsumidas en otros delitos patrimoniales quedarían impunes, o si ello fuera posible, la penalidad asociada a las mismas disminuiría considerablemente,²³³ y por ello fue retirada.

Por ello, la LO 8/2003 de 9 de julio, para la reforma concursal no introdujo ninguna novedad en el CP y la ley 22/ 2003 de 9 de julio concursal, las únicas modificaciones que introdujo, en la materia de nuestro análisis, fueron la nueva calificación del concurso como fortuito o culpable (art.163.2 LC), añadiendo que dicha calificación no vincula a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de las actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito.

²³⁰ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos... *op.cit* p.57

²³¹ Cfr., Obregón García, A.”La reforma concursal... *op.cit.* p. 425

²³² *Ibidem*, p.426

²³³ *Ibidem*, p.426

De este modo, culmina la labor de desligar los procesos concursal y penal, dando paso a una “etapa de accesoriadad mínima”²³⁴.

La LO 15/2003, únicamente introduce cambios formales derivados de la consagración de la unidad de procedimiento que introducía la LC. De esta forma, se limita a intercambiar las expresiones de “quiebra, concurso o suspensión de pagos” por la moderna terminología adoptada por la ley concursal esto es por “concurso” y sus variantes.²³⁵ Por su parte, la LO 5/2010 de modificación del CP introdujo, en materia de insolvencias punibles, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, regulándose la misma en el art.261 bis.²³⁶

²³⁴ Cfr., Obregón García, A. “La reforma concursal... *op.cit.* p. 425

²³⁵ *Ibidem* p. 429

²³⁶ Cfr. Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos... *op.cit* p. 57

III. CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Se examina, de acuerdo con la importancia para la correcta delimitación del ámbito punible con respecto a los ilícitos concursales, la relación entre ambas esferas de delitos y el procedimiento y normativa concursales. La vinculación entre los delitos de frustración de la ejecución e insolvencias punibles con los ilícitos civiles y mercantiles atiende al origen mismo de estas figuras en conexión con el objeto primario de su protección, la tutela del derecho de crédito,²³⁷ y el contexto en el que estos nacen, es decir, en relación con el procedimiento concursal. Por eso, tanto en sede de Derecho Civil como, sobre todo, Concursal se prescriben acciones que tienen a la protección del crédito. Este último incluye conductas y presupuestos orientadores para la calificación del concurso como culpable, cuyos criterios sirven de base para la descripción de conductas típicas que integran los delitos examinados, manifestándose de manera más patente tras la reforma por la vuelta a la tipificación de los “hechos de bancarrota”.

La consecuencia de esta conexión es que “una sola acción (...) puede dar lugar a dos respuestas del derecho”²³⁸, una de índole mercantil si se llega a la calificación culpable del concurso y otra penal. Sin pretender pronunciarme acerca de la necesidad del derecho penal por sancionar semejantes conductas, el innegable hecho de su correlación ha llevado al legislador penal y concursal a articular un sistema basado en la independencia, en lugar de en la búsqueda de una necesaria coordinación jurisdiccional, influida por la técnica legislativa de remisión al Ccom. que el texto penal utilizó desde sus orígenes para la regulación de las insolvencias punibles.

La autonomía de los delitos de alzamiento (art.257.5) y del concurso punible (art.259.5 y 6) con respecto a la jurisdicción mercantil, consagradas tanto en la normativa penal como en la concursal (art.163.2 LC), sirve para desterrar la práctica judicial anterior al CP de 1995 por la cual la apertura de un proceso concursal “absorbía” las insolvencias punibles incluida el alzamiento, incluso aunque éstas estuvieran siendo encausadas, práctica que por otra parte carecía de refrendo legal penal.²³⁹

²³⁷ Sin que ello implique este sea el bien jurídico protegido por ambas constelaciones de delitos

²³⁸ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la..”, *op.cit.*, p. 724

²³⁹ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la..”, *op.cit.*, p. 728

La consecuencia de ello era el disfrute por parte del deudor quebrado “de la impunidad habitual con la que concluyen los largos y complejos procesos de quiebra, por muy delictiva que sea la manera en esta se ha gestado”,²⁴⁰ hecho que en la doctrina se llamo “derecho de asilo en la jurisdicción civil” o “prejudicialdad civil”.

Tras la inclusión de estas previsiones en el CP de 1995 se consigue la ansiada independencia de jurisdicciones solucionando el problema de la preponderancia de una jurisdicción sobre la otra, pero subyace el problema de su vinculación. El juez de lo mercantil sigue teniendo que calificar situaciones de insolvencia sin poder inaplicar la LC alegando indicio de actuación delictiva y el juez penal tiene que examinar unas conductas típicas, independientemente del inicio o fase procesal del concurso, teniendo ambos jueces que enjuiciar unas conductas que casi se dirían idénticas.

La operativa de dos jurisdicciones sobre una misma actuación suscita, *per se*, una serie de problemas para todos los sujetos involucrados. Los deudores, tiene derecho a que las pretensiones patrimoniales que existan contra ellos se sustancien a un mismo tiempo y no en la circunstancia y jurisdicción que le imponga las acciones de sus acreedores.

Más conflictivo es la cuestión desde el prisma de los acreedores, pues es probable que se produzca la ausencia de alguno de ellos en los proceso penales iniciados a instancia de otros, bien por desconocimiento de la existencia de este proceso, que carece como ocurre en el concursal de un llamamiento (aunque sea genérico) al resto de acreedores e interesados, o bien porque juzguen improductivo acudir al procedimiento penal siendo el concursal en el que se debe procurar el pago de las obligaciones que titulan.

También que el deudor inste el concurso necesario cuando es consciente de posibles querellas podría considerarse un fraude de ley en tanto en cuanto la sustanciación simultánea de ambos procedimientos “entorpece materialmente la utilidad del proceso por alzamiento, por más que el Código proclame su independencia del proceso concursal”.²⁴¹

²⁴⁰ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...”, *op.cit.*, p.728

²⁴¹ *Ibidem*, p. 695

Un problema latente de la “dualidad jurisdiccional”²⁴² es que de una misma conducta se generen potencialmente dos consecuencias sancionadoras. Ya sea porque, sustanciado el concurso y calificado de culpable, el juez penal otorga a la misma conducta una consecuencia penal adicional, o porque, antes de que opere el concurso, se imponga una pena y después se utilicen los mismos hechos para efectuar la calificación del concurso y asignar la consecuencia sancionadora respectiva (art.172 LC), el poder sancionar dos veces por un mismo hecho, o bien es contrario al principio de *non bis in idem* o cuanto menos podría ser contrario a principios jurídicos generales²⁴³.

La objeción de vulneración del principio de *non bis in idem* es superable si se tiene en cuenta tanto el objetivo de cada orden jurisdiccional como el fundamento punitivo inspirador de cada sanción. La jurisdicción mercantil, procura la ordenada satisfacción de los créditos cuando un deudor está en situación de crisis patrimonial, por tanto, la sanción que impone despacha la “responsabilidad civil ex delicto” con la particularidad de que para ello atiende a su normativa y se impone en un orden jurisdiccional independiente del penal. La jurisdicción penal, buscando la protección de una serie de bienes jurídicos relacionados con el crédito de los acreedores, estableciendo la responsabilidad penal por tales actuaciones.²⁴⁴

Afirmada la independencia y validez de actuación de ambas jurisdicciones, el problema que se plantea es la eventual discrepancia de las resoluciones de las mismas. Cuesta imaginar la situación en que, habiendo recaído sentencia penal sobre una determinada conducta de un deudor, no se produzca la correlativa sentencia de calificación concursal o viceversa si se dicta sentencia de calificación culpable.

Sin embargo, es posible que “una de las dos jurisdicciones afirme tajantemente que ningún bien o derecho ha salido o se ha desviado del patrimonio del deudor y la otra sostenga lo contrario,”²⁴⁵ llegando a pronunciamientos judiciales diferentes frente a un mismo hecho.

²⁴² Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...”, *op.cit.*, p.722

²⁴³ *Ibidem*, p. 722

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 722

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 723

La solución legislativa que se ofrece es satisfactoria sólo a efectos técnicos consistiendo en la no vinculación para la jurisdicción penal de la eventual calificación que el juez de lo mercantil haya efectuado. Pero esta solución práctica no elimina los problemas derivados de los pronunciamientos judiciales opuestos ya que siempre serán, en algún término, contradictorios. La propia doctrina científica considera este un problema, por el momento sin solución, debido a la imposibilidad de establecer competencias mixtas bien para los juzgados de lo mercantil bien para los penales²⁴⁶ y a falta de una mejor armonización.

²⁴⁶ Cfr. Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la...”, *op.cit.*, p.722

BIBLIOGRAFÍA

-Legislación consultada y citada

Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 11 de octubre de 2012.

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre

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

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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

Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

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

-Jurisprudencia consultada y citada

Resolución	Órgano	Fecha	Referencia
Sentencia	Tribunal Constitucional (Sala Primera)	30-1-1981	RTC 1981\2
Sentencia	Tribunal Supremo (Sala de lo Penal)	27-4-2000	RJ 2000\3306
Sentencia	Tribunal Supremo (Sala de lo Penal)	19-12-2001	RJ 2002\3240
Sentencia	Tribunal Supremo (Sala de lo Penal)	28-2-2002	RJ 2002\3913
Sentencia	Tribunal Supremo (Sala de lo Penal)	13-03-2002	RJ 2002\4929
Sentencia	Audiencia Provincial de Alicante (Sección 7ª)	9-5-2002	JUR 2002\187425
Auto	Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª)	10-3-2003	JUR 2003\238334
	Tribunal Supremo (Sala de lo Penal)	14 -05-2003	RJ 2003\4410
Sentencia	Tribunal Supremo (Sala de lo Penal)	15-10-2003	RJ 2003\7756
Sentencia	Tribunal Supremo (Sala de lo Penal)	3-10-2005	RJ 2005\7198
Sentencia	Tribunal Supremo (Sala de lo Penal)	6-6-2006	RJ 2006\5355
Sentencia	Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª)	16 -4-2007	JUR 2007\271327
Sentencia	Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 6ª)	11-05-2011	JUR 2011\239323
Sentencia	Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª)	30-11-2011	RJ 2012\1817
Sentencia	Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª)	30-10-2012	RJ 2012\181

-Bibliografía consultada citada

Altares Medina. P. J. “Los delitos contra el patrimonio en la reforma del Código Penal producida por la LO 5/2010, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº42, 2012, p.16

Bajo Fernández, M.-Bacigalupo Saggese, S., “Derecho Penal Económico”, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010

Cugat Mauri, M.”Impacto de la nueva ley concursal en el delito de quiebra” en L.L., núm. 5932, 2004, p.2

Faraldo Cabana, P., “Capítulo VII Frustración de la Ejecución”, *Comentarios Prácticos al Código Penal: Tomo III Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos* (Dir. Gómez Tomillo, M.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuter Aranzadi, 2015

Faraldo Cabana, P., “Vuelta a los Hechos de la bancarrota: El delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 23, 2015

Gómez Lanz, J. “La interpretación de la expresión en perjuicio en el Código Penal” Madrid, Dykinson, 2006

Gómez Lanz, J. “Las insolvencias punibles en el Código Penal” *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 26º, 2017, pp. 1-19

González Cussac, J.L., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): frustración de la ejecución e insolvencias punibles”, *Derecho penal parte especial*, Valencia Tirant lo Blanch, 2016

González Rus, J.J., “Curso de Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo I (Dir. Cobo del Rosal, M.), Madrid, Marcial Pons, 1996

Huerta Tocildo, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes” *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Prof. Doc. Torío López*, Granada, Ed. Comares, 1999

Luzón Cánovas, M. “La nueva regulación del alzamiento de bienes”, *Ponencia del Curso: La reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015*, 2015, pp. 1-23

Martínez-Buján Pérez, C., “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (Capítulo VII y VII bis del Título XIII: art. 257 a 261 bis)”, *Derecho penal y económico de la empresa*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2016

Muñoz Conde, F., “Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm.2, 1977, pp.87 y ss.

Muñoz Conde, F., “Alzamiento de bienes y frustración de la ejecución. Insolvencias punibles y figuras afines”, *Derecho Penal: Parte especial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017

Obregón García, A.- Gómez Lanz, J, “*Derecho penal. Parte especial: elementos básicos de teoría del delito*”, Madrid, Tecnos, 2015

Obregón García, A.”La reforma concursal y las insolvencias punibles: La comisión por omisión de un error”, *La reforma de la legislación concursal: estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003* (Coord. Martín, A.J.), Madrid, Dykinson, 2004

Queralt Jiménez, J.J, “Delitos contra el sistema Socio-Económico” *Derecho Penal Español: Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015

Quintero Olivares, G. *et al.*, “Frustración de la ejecución” *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016

Quintero Olivares, G.- Morales Prats, F., “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2011

Rodríguez Celada, E. “La criminalización del fracaso empresarial: Análisis crítico de la reforma del Código Penal de 2015 en relación con el delito concursal” *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Vol I, núm. 20, Barcelona, 2017, pp.1-40

Roig Torres., M. “La Frustración de la ejecución; el modelo alemán y la nueva regulación del Código Penal español, *Revista General de Derecho Penal* vol. 25, 2016,

Rosal Blasco, B., “Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47,1994, pp.5-32.

Sánchez Dafaúce, M., “Frustración de la ejecución” en *Comentario a la reforma penal del 2015* (Dir. Quintero Olivares, G.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2015,

Vives Antón-González Cussac, “Comentarios al Capítulo VII del Título XIII del Libro II” en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, (Dir. Vives Antón), Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996