

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HIS PRÆVIDE ET PRO

Revista

Julio 2021

48

Revista Penal

Penal

Julio 2021



tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 48

Sumario

Doctrina:

- Aporofobia y delito: la criminalización del top manta, por *Demelsa Benito Sánchez*..... 5
- Exclusión social y criminalidad: un análisis de las instituciones aporóforas a través de los delitos patrimoniales, por *Isabel García Domínguez*..... 33
- El elemento subjetivo del delito de autocapacitación terrorista (art. 575,2 CP): una nueva interpretación, por *Carmen González Vaz*..... 58
- La representación de la violencia filio-parental en *Quién te cantará* (Vermut, 2018), por *Jorge Gracia Ibáñez y Ana L. Cuervo García*..... 74
- Pertinencia de la formación universitaria en Criminología y Criminalística, por *Wael Sarwat Hikal Carreón* 85
- La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida, por *Cristina Isabel López López*..... 94
- Abogados y profesores en los juicios de Núremberg, por *Francisco Muñoz Conde* 110
- The Ayotzinapa case as an example of how corruption, impunity and core crimes intertwine, por *Francisco Muñoz-Conde y Tania Ixchel Atilano* 121
- Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social, por *José Manuel Paredes Castañón* 132
- La ocupación de un inmueble sin violencia o intimidación: un delito innecesario, por *Ana Isabel Pérez Cepeda* 143
- Incumplimiento de las obligaciones exigibles y concepto penal de insolvencia, por *Mario Sánchez Dafauce* 163
- Franz Exner (1881-1947), por *Sebastian Scheerer y Dors Lorenz* 190
- El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable, por *José Luis Serrano González de Muriello* 205

Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal 2018-2021. (*Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2018-2021*)..... 216

Bibliografía:

- **Recensión:** “La contracción del Derecho procesal penal” de Juan- Luis Gómez Colomer (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020), por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 285

Fe de erratas 287

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Jiajia Yu (China)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Ana Cecilia Morun y Francisco Álvarez Martínez (República Dominicana)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Fabio Nicolichia y Francesco Rossi (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Incumplimiento de las obligaciones exigibles y concepto penal de insolvencia

Mario Sánchez Dafaucé

Revista Penal, n.º 48. - Julio 2021

Ficha técnica

Autor: Mario Sánchez Dafaucé

Adscripción institucional: Profesor Visitante de Derecho Penal, Universidad Carlos III de Madrid

Title: Breach of enforceable obligations and criminal concept of insolvency

Sumario: I. CONCEPTO DE INSOLVENCIA. 1. Insolvencias penales y mercantiles. 2. Incumplimiento de las obligaciones exigibles. 3. Insolvencia inminente. 4. Sobreendeudamiento. 5. Reinsolvencia. II. CAUSACIÓN O AGRAVACIÓN DE LA INSOLVENCIA. 1. Presunciones de concurso culpable. 2. Acción de cobertura del déficit concursal. 3. Causación de la insolvencia (art. 259.2 CP). 4. Disminución del patrimonio del deudor u ocultación de su situación económica real o de su actividad empresarial (art. 259.1.9.ª CP). III. DELITO CONCURSAL SIN DECLARACIÓN DE CONCURSO. 1. Institutos preconcursales y persecución penal. 2. Solicitud del concurso por el deudor. IV. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTAS NORMATIVAS.

Summary: I. CONCEPT OF INSOLVENCY. 1. Criminal and commercial insolvencies. 2. Breach of the required obligations. 3. Imminent insolvency. 4. Over-indebtedness. 5. Reinsolvency. II. CAUSATION OR AGGRAVATION OF INSOLVENCY. 1. Presumptions of guilty bankruptcy. 2. Action to cover the bankruptcy deficit. 3. Causation of insolvency (art. 259.2 CP). 4. Decrease in the debtor's assets or concealment of their real economic situation or business activity (art. 259.1.9.ª CP). III. BANKRUPTCY CRIME WITHOUT DECLARATION OF BANKRUPTCY. 1. Pre-bankruptcy institutes and criminal prosecution. 2. Request for the contest by the debtor. IV. RECAPITULATION AND NORMATIVE PROPOSALS.

Resumen: La reforma penal de 2015 (LO 1/2015, de 30 de marzo) introdujo el incumplimiento de las obligaciones exigibles como requisito alternativo a la declaración de concurso para la punición del delito concursal. Ello ha planteado, entre otros, los dos problemas que se abordan en este trabajo: 1. La relación entre el incumplimiento de las obligaciones exigibles y el concepto típico de insolvencia. 2. La condena por delito concursal sin declaración de concurso.

Palabras clave: Artículo 259 del Código Penal, concepto penal de insolvencia, incumplimiento de las obligaciones exigibles, declaración de concurso, deber de solicitud del concurso de acreedores, insolvencia inminente, solicitud voluntaria del concurso.

Abstract: The 2015 penal reform (LO 1/2015, of March 30) introduced the breach of the enforceable obligations as an alternative requirement to the declaration of bankruptcy for the punishment of the bankruptcy offense. This has raised, among others, the two problems that are addressed in this work: 1. The relationship between the breach of enforceable obligations and the typical concept of insolvency. 2. Conviction for bankruptcy crime without a declaration of bankruptcy.

Key words: Article 259 of the Penal Code, criminal concept of insolvency, breach of the enforceable obligations, declaration of bankruptcy, duty to request bankruptcy, imminent insolvency, voluntary request for bankruptcy.

Rec.: 14-11-2020 **Fav.:** 30-01-2021

I. CONCEPTO DE INSOLVENCIA

1. Insolvencias penales y mercantiles

El art. 259 del Código Penal (CP) nos obliga a definir y separar las siguientes nociones: insolvencia actual (259.1 CP), insolvencia inminente (259.1 CP) e incumplimiento de las obligaciones exigibles (259.4 CP)¹.

De acuerdo con la vigente Ley Concursal (TRLC), se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.3 TRLC).

El estado de insolvencia mercantil se compone de tres elementos. En primer lugar, es insolvente el que no puede cumplir (y no el que ya ha incumplido o no quiere cumplir): la Ley ha prescindido de la concepción *patrimonial* de la insolvencia y ha seguido una concepción *funcional* en la que el centro de gravedad se sitúa en el hecho objetivo de la incapacidad de cumplir, cualquiera que sea la causa de esa incapacidad, incluidas la insuficiencia patrimonial o la simple iliquidez².

No es insolvente quien tiene problemas de liquidez pero acceso recurrente al crédito³.

En segundo lugar, debe tratarse de una imposibilidad de cumplimiento regular, con lo que la ley acoge un concepto de estado de insolvencia que coincide con su significado literal: se encuentra en estado de insolvencia aquel deudor que sólo consigue pagar actuando de forma irregular, es decir, sin seguir las reglas del tráfico⁴.

Por último, la Ley exige que la incapacidad de cumplir regularmente se refiera a las obligaciones exigibles, algo que permitirá concretar el momento exacto en que un deudor se encontrará en estado de insolvencia⁵.

De acuerdo con lo anterior, se puede pensar que la diferencia entre la definición concursal de insolvencia, basada en la circunstancia de *no poder cumplir* las obligaciones exigibles (art. 2.3 TRLC), y la condición de punibilidad recogida en el art. 259.4 CP, que reposa en el hecho de *haber dejado de cumplir* las obligaciones exigibles, viene a representar la incorporación en el tipo penal de la simple iliquidez: la mera iliquidez sería

típica, quedando equiparados los conceptos mercantil y penal de insolvencia, *pero no punible sin impago o declaración de concurso*.

Esta solución, no obstante, no es afortunada, pues la insolvencia debe distinguirse de la falta de liquidez (el deudor no puede cumplir sus obligaciones porque una parte de su patrimonio no puede realizarse a tiempo, pero el activo, en su conjunto, es superior al pasivo) y de la simple insuficiencia (el pasivo es superior al activo presente: pero las posibles expectativas generan crédito que permite ir afrontando las obligaciones exigibles)⁶. “Como estado de hecho, puede hablarse de insolvencia allí donde el importe de las obligaciones exigibles supera al de los bienes y derechos. Pero en cualquier caso, la insolvencia debe distinguirse de la *falta de liquidez*: existente cuando el deudor no puede cumplir sus obligaciones porque una parte de su patrimonio no puede realizarse a tiempo, pero donde el activo, en su conjunto, es superior al pasivo. E igualmente debe diferenciarse de la *simple insuficiencia*, en la que aunque el pasivo es superior al activo presente, las posibles expectativas generan crédito que permite ir afrontando las obligaciones exigibles. Junto a esta diferencia básica, también ha de apuntarse la referida a la *cesación en los pagos*, que aunque será el medio normal de manifestación de la insolvencia, no se identifica con ella, desde el momento en que un deudor solvente puede dejar de pagar sus obligaciones vencidas. Si bien, también ha de advertirse, que a la inversa, pudiera existir una verdadera insolvencia aunque no se haya producido una cesación de pagos”⁷.

Entre los hechos presuntos reveladores de la insolvencia, la Ley Concursal incluye el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones (art. 2.4.4.º TRLC), si bien, aunque el acreedor pruebe la concurrencia de este hecho, el deudor podrá basar la oposición a la solicitud de declaración de concurso en que, aun habiéndose producido tal sobreseimiento generalizado, no se encontraba en estado de insolvencia (art. 20.1, en relación con el art. 14.2.1.º y 2.º TRLC)⁸. Esto revela que la insolvencia mercantil no es sinónimo de impago, sino de incapacidad de pago. Como señala

1 La dicción literal del art. 259.4 CP se refiere al hecho de que “el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”.

2 SÁNCHEZ PAREDES, M.L., FLORES SEGURA, M., *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen II*, MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (Dirs.), 18ª edición, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 555; BELTRÁN, E., ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen II*, MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (Dirs.), 17ª edición, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 496-497.

3 PULGAR EZQUERRA, J., *Comentario a la Ley Concursal*, PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 136-137.

4 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 555; BELTRÁN, ROJO, 2019, p. 497.

5 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 555; BELTRÁN, ROJO, 2019, p. 497.

6 VIVES ANTÓN, T.S., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 14.

7 GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Ley Concursal e insolvencia punible”, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 1442.

8 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, pp. 555-556; BELTRÁN, ROJO, 2019, pp. 497-498.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, es cierto que la cesación de pagos será el medio habitual de manifestación de la insolvencia, pero ello no autoriza a identificar ambos conceptos, dado que es perfectamente posible que un deudor solvente deje de pagar sus obligaciones vencidas, así como también es imaginable la hipótesis inversa, a saber, que exista una auténtica insolvencia sin que se haya llegado a una situación de cesación de pagos⁹.

En el ámbito mercantil, aunque existe una tendencia a contemplar como hechos que generan o agravan una insolvencia exclusivamente aquellos que generan o agravan un desbalance, es indiscutible que el art. 442 TRLC recoge actos u omisiones que generan o agravan insolvencias circunscritas a la iliquidez sin insuficiencia patrimonial¹⁰. No obstante, y respecto de la condena a la cobertura del déficit concursal recogida en el art. 456 TRLC, “es ilógico condenar a la cobertura de un déficit que en el informe definitivo no existe”¹¹. A diferencia del anterior art. 172 bis LC, el art. 456.2 TRLC recoge la definición de déficit concursal: “Se considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores”.

El concepto típico de insolvencia penal debe ser un concepto patrimonial, no solamente funcional y, en consecuencia, quedar circunscrito a la *incapacidad de cumplimiento de las obligaciones exigibles por insuficiencia de bienes y derechos realizables sin expectativas jurídicas garantizadas*; es en el tipo penal donde han de hacerse operativos los principales factores que inciden en la selección de las conductas más lesivas¹². En consecuencia, un impago generalizado por iliquidez

(insolvencia mercantil) es penalmente *atípico*, pues no hay insolvencia patrimonial actual o inminente, e *impune* aunque se declare el concurso de acreedores.

2. Incumplimiento de las obligaciones exigibles

El problema central que aquí se plantea es el de si la noción penal de insolvencia actual debe incluir —necesariamente— el sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de las obligaciones exigibles, con el añadido, ya visto, de que este último se deba a la incapacidad de pago (art. 2.3 TRLC). Desde luego, sí cabe con certeza la punición de la insolvencia sin sobreseimiento generalizado: una insolvencia inminente con declaración de concurso. Lo que se necesita investigar es si pertenecen al tipo penal otros casos de insolvencia actual sin sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de las obligaciones exigibles¹³.

La solución de este punto es importante. Si el sobreseimiento generalizado es condición del tipo —como requisito necesario de la noción de insolvencia actual—, el incumplimiento regular de las obligaciones exigibles, como condición de la pena (art. 259.4 CP), solo afectaría a la insolvencia inminente. *La incapacidad de pago actual por insuficiencia patrimonial sin sobreseimiento generalizado sería atípica y, por lo tanto, impune aunque se declarase el concurso*.

Por el contrario, si caben en el tipo penal otros casos de insolvencia actual —de incapacidad de pago por insuficiencia patrimonial— sin sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de las obligaciones exigibles, este impago generalizado convertiría en punible la incapacidad de pago —típica pero, como tal, impune—, *aunque también lo podría hacer la declaración de concurso sin sobreseimiento*.

9 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 57. De otra opinión, BACIGALUPO ZAPATER, para quien “si la insolvencia se caracteriza por la imposibilidad del deudor de cumplir regularmente sus obligaciones, la primera parte de esta disposición [art. 259.4 CP: “cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”] es superflua, porque el estado de insolvencia ya presupone que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Y si la insolvencia es un presupuesto objetivo de la declaración de concurso (art. 2 LC), la declaración de concurso sólo significa que dicha insolvencia ya ha sido considerada en la declaración del mismo”, “Insolvencia y delito en el Proyecto de Reformas del Código Penal de 2013”, *Diario La Ley*, nº 8303, 2014, pp. 4-5 (formato digital). En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ estima que “atendiendo a la dicción legal del artículo 259 apartado 4, donde se alude al incumplimiento regular de las obligaciones exigibles del deudor, ha de interpretarse que para proceder a la persecución de este delito el deudor deberá encontrarse en una situación de **insolvencia actual**, que es aquella referida a las obligaciones exigibles”, MONGE FERNÁNDEZ, A., *El Delito Concursal punible tras la reforma penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 171-172.

10 ALCOVER GARAU, G., “La calificación culpable por generación o agravación del estado de insolvencia con dolo o culpa grave (artículo 164.1 de la Ley Concursal)”, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, ROJO, A., CAMPUZANO, A.B., (Dirs.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 143-145.

11 ALCOVER GARAU, 2013, p. 143.

12 “Aunque algunos autores (fundamentalmente no penalistas) hayan sugerido la tesis de que en los delitos de alzamiento y quiebra el presupuesto típico concurre ya con la mera falta de liquidez o la simple insuficiencia, tal conclusión debe ser descartada por vulnerar abiertamente el principio de intervención mínima”, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 57.

13 Para la doctrina mercantilista, *vid.*, BLANCO BUITRAGO, R., *Los presupuestos de la declaración del concurso de acreedores de las personas jurídicas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 153 y ss.

En todo caso, ya sea para ambas insolvencias o solo para la inminente, la condición de punibilidad debe entenderse así, es decir, como sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de las obligaciones exigibles, “a fin de impedir que una situación de insolvencia frente a parte de los acreedores solo en parte del territorio nacional pudiera propiciar la acción penal sin tratarse de una real situación de insolvencia”¹⁴.

3. Insolvencia inminente

El estado de insolvencia no tiene por qué ser actual, sino que puede ser también inminente. Si la solicitud de concurso de acreedores la presenta el propio deudor (*concurso voluntario*, art. 6 TRLC), el estado de insolvencia puede ser también *inminente*, entendiéndose que se encuentra en ese estado de insolvencia inminente el deudor *que prevea* que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (aunque todavía no sean exigibles), algo que, por definición, excluye toda exteriorización de la insolvencia¹⁵.

Como es obvio, el concepto penal de insolvencia inminente no puede basarse en la previsión del deudor, sino en la previsibilidad de la insolvencia. “[L]a incapacidad de pago es inminente cuando es previsible que el deudor no vaya a ser capaz de cumplir con sus obligaciones de pago a su vencimiento. Para afirmar este hecho debe realizarse (...) una *prognosis* que, para el Derecho penal, debe alcanzar un alto grado de probabilidad. Así, sólo puede apreciarse la incapacidad de pago cuando su aparición es altamente probable en atención a las circunstancias concurrentes”¹⁶. “Que la previsión de dicho incumplimiento se base en el juicio del propio deudor es algo que se corresponde con la limitación de este concepto [insolvencia inminente] a los supuestos de concurso voluntario (...). Pero esta limitación carece de sentido en el ámbito del Derecho penal, donde se debe proceder a un juicio en el que la previsión del deudor se convierta en previsibilidad, y ello de acuerdo con

el correspondiente criterio metodológico (p. ej., profesional medio con la información específica que posea el autor). Para ello sirven los hechos que permiten la declaración de concurso necesario sin sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones (...), pero también cualquier otro que acredite la situación de riesgo (en correspondencia con las fuentes de las que, según el art. 14 LC [10.2 TRLC], el juez puede deducir la situación de insolvencia alegada por el deudor)”¹⁷.

La doctrina mercantilista también advierte de la necesidad de dotar de objetividad a la insolvencia inminente: “La tipificación en la Directiva de los deberes de los administradores en relación con la insolvencia inminente plantea, en nuestra opinión, serios problemas. La redacción, entre otras cuestiones, por escasa, puede provocar cierta confusión, pero lo más censurable es que estos deberes sean exigibles desde el momento en que se prevea la insolvencia posterior, cuando lo conveniente en términos jurídico-técnicos habría sido construir esta franquicia de responsabilidad desde el momento en que ‘debieron preverla’; es decir, con base en la insolvencia inminente objetivamente previsible, aislada necesariamente de la conducta subjetiva del administrador”¹⁸.

La Directiva mencionada es la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Su plazo para la transposición termina, con carácter general, el 17 de julio de 2021, y sus principales pretensiones son que “las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un perio-

14 QUINTERO OLIVARES, G., “Insolvencias punibles”, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 750; este autor considera que es ya la insolvencia como presupuesto del tipo la que debería clarificarse como “sobreseimiento general de todas las obligaciones”, 2013, p. 750.

15 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, pp. 555; BELTRÁN, ROJO, 2019, p. 497. Según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “para que pueda hablarse, jurídicamente, de una insolvencia inminente, el deudor debe haber solicitado la declaración de concurso”, 2019, p. 145. Pero esto no es exactamente así: la insolvencia inminente es un presupuesto del concurso y, por lo tanto, como noción jurídica, debe ser previa a él.

16 TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 410.

17 SÁNCHEZ DAFUACE, M., “Insolvencias punibles”, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 p. 758. De la misma opinión, BACIGALUPO ZAPATER: “La definición de la insolvencia inminente de la LC no es adecuada a los fines del derecho penal. Se apoya en la *previsión* del deudor, es decir en su subjetividad, cuando, en realidad, lo que importa es la caracterización de la insolvencia en el tipo objetivo y para ello es preciso un juicio sobre la situación *objetiva* de los negocios del deudor. Este juicio debe ser hecho desde la perspectiva de un observador objetivo y razonable”, 2014, p. 4 (formato digital).

18 SALA SANJUÁN, A.J., *La acción de cobertura del déficit concursal (Art. 172 bis LC). Configuración y naturaleza jurídica*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 49.

do de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración”¹⁹.

Se considera que la Directiva promueve la oferta de incentivos para la pronta reacción ante una insolvencia inminente en aras de la continuidad de la empresa²⁰.

Regula para ello los denominados marcos de reestructuración temprana, tomando como presupuesto objetivo de la reestructuración el riesgo o la probabilidad de insolvencia (*likelihood of insolvency*), conceptos no definidos que plantean, en consecuencia, la cuestión de su relación con el presupuesto de la insolvencia inminente del procedimiento concursal²¹.

Al menos a efectos penales, quizás se haga necesario distinguir entre una previsibilidad objetiva de insolvencia, la insolvencia inminente, y otra previsibilidad objetiva de insolvencia inminente, a la que puede ir referida la expresión citada, *likelihood of insolvency*, concepto este último que “el legislador comunitario omite, quizás deliberadamente, definir”²², y que sería penalmente atípica. Se trata de un debate muy complejo e interesante que acaso protagonice parte del decurso del nuevo derecho de la insolvencia. Pero, a efectos penales, esta ampliación civil de los contornos del concepto de insolvencia, en tanto está basada en una actuación temprana que permite potenciar la función regeneradora del concurso y el paraconcurso, no debe traducirse en un adelantamiento de la barrera punitiva, solamente represora, debiendo quedar la insolvencia inminente firmemente adherida a la insolvencia actual, como su previsibilidad objetiva, y *sin confundir, por lo tanto, insolvencia inminente con previsibilidad objetiva de insolvencia inminente*.

Para terminar este apartado, es importante mencionar que si la noción penal de insolvencia actual se reserva para la incapacidad patrimonial, quedando fuera del tipo la simple iliquidez, *la insolvencia inminente típica solo será previsibilidad objetiva de incapacidad patrimonial, y en ningún caso previsibilidad objetiva de mera iliquidez*.

4. Sobreendeudamiento

El sobreendeudamiento no forma parte del concepto legal de insolvencia ni aparece enumerado entre las manifestaciones externas de la insolvencia actual²³.

No obstante lo anterior, hay que distinguir dos diferentes supuestos.

El sobreendeudamiento del consumidor puede ser activo (asunción voluntaria e incontrolada de deudas) o pasivo (contingencias inesperadas: enfermedad, separación matrimonial, elevación de tipos de interés hipotecario)²⁴. “El sobreendeudamiento puede conducir — en ocasiones, pero no en todo caso— a la imposibilidad actual de cumplimiento de las obligaciones, no siendo por tanto identificable a priori con la insolvencia actual (...), modulando de nuevo el elemento del crédito las relaciones entre sobreendeudamiento e insolvencia”²⁵. En cualquier caso, el carácter activo o pasivo del sobreendeudamiento no resulta relevante a efectos de la declaración de concurso, aun cuando pueda serlo en relación con su calificación como culpable o fortuito (art. 441 TRLC)²⁶.

Respecto de las sociedades de capital, QUINTERO OLIVARES propone incluir en el tipo penal la consideración del endeudamiento por encima del capital de la empresa, “pues uno de los problemas del sistema español es, precisamente, el *volumen de riesgo que asumen sociedades cuyo capital es desproporcionadamente inferior al riesgo*. Es cierto que el criterio no podría ser exclusivamente, a efectos penales, el formalista del capital social, pero sí es precisa una valoración de la capacidad de responder y eso comienza por contemplar el capital social, además del valor comercial que tenga la empresa que puede estar por encima del capital, pero si se ha producido la insolvencia, el endeudamiento por encima del valor del capital debiera ser un dato a tener en cuenta”²⁷.

La consideración precedente de QUINTERO OLIVARES podría encontrar acomodo en la infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos recogida en el art. 259.1.9.ª CP. En tanto el capital social tiene también como finalidad la pro-

19 Directiva (UE) 2019/1023, Preámbulo (1).

20 SALA SANJUÁN, 2019, p. 48.

21 BLANCO BUITRAGO, 2019, p. 25. La traducción legal ha sido precisamente la de insolvencia inminente: Documento DOUE-L-2019-81090, núm. 172, de 26 de junio de 2019, páginas 18 a 55.

22 ZABALETA DÍAZ, M., “Prólogo al libro de BLANCO BUITRAGO, R., *Los presupuestos de la declaración del concurso de acreedores de las personas jurídicas*”, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 18.

23 PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 137.

24 PULGAR EZQUERRA, 2016, pp. 137-138.

25 PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 138. Sobre el principio de gestión continuada o *going concern* para determinar la existencia de sobreendeudamiento, véase NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 169, nota 14.

26 PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 138.

27 QUINTERO OLIVARES, G., “El delito de concurso o bancarrota”, *Comentario a la reforma penal de 2015*, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 508.

tección de los acreedores, nos encontramos ante “una conducta contraria al principio de gestión ordenada o, dicho de otro modo, ante un comportamiento que genera un riesgo no permitido en el delito de quiebra”²⁸. Y esto en la medida en que “la situación patrimonial de la empresa es uno de los ingredientes más importantes que componen el juicio de ponderación que lleva a determinar el riesgo permitido”²⁹.

Este criterio, como hemos visto que apunta QUINTERO OLIVARES, no puede ser exclusivamente formalista, pues “el concepto de capital adecuado es, en cualquier caso, sumamente relativo y habrá que estar para determinarlo al tipo de actividad que se piensa realizar”³⁰. Además, “la Ley no exige en ningún caso que el capital sea adecuado o suficiente en atención al nivel de riesgo de las actividades económicas que la sociedad pretenda acometer”³¹. De ahí que en la práctica sean frecuentes las sociedades “infracapitalizadas”, ya sea por carecer de fondos suficientes para el desarrollo de su objeto social (“infracapitalización material”), ya sea por disponer de medios financieros aportados por los socios pero a título de crédito y no de capital propio (“infracapitalización nominal”)³².

La práctica empresarial constata el ejercicio de una actividad sin fondos o sin cumplimiento de los requisitos mínimos de capital como una de las causas más frecuentes de insolvencia³³. No obstante, “los principios de fragmentariedad, determinación y culpabilidad exigen que sólo sean castigados los supuestos en los que desde un punto de vista ex ante el capital puede considerarse absolutamente insuficiente para realizar la actividad de la empresa”³⁴.

En las sociedades de capital, en atención al art. 363.1.e) LSC, es causa legal de disolución la reducción del patrimonio neto por pérdidas a una cantidad inferior a la mitad de la cifra del capital social, salvo aumento o reducción de capital en la medida suficiente, y siempre que las pérdidas no hayan conducido a la sociedad a una situación de insolvencia, pues entonces debería solicitarse la declaración de concurso³⁵. Las pérdidas societarias no son constitutivas por sí mismas de un estado de insolvencia actual, ni determinan necesariamente el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso, ni siquiera cuando dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social³⁶. Solo cuando tras las pérdidas sociales cualificadas concorra una situación de insolvencia actual será obligatoria la solicitud del concurso³⁷.

Pese a lo expuesto, la reducción del capital por pérdidas tiene carácter forzoso en la sociedad anónima cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital social y transcurra un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto (art. 327 LSC). De esta forma, la Ley trata de evitar que las sociedades con pérdidas acumuladas puedan mantener cifras de capital carentes de una suficiente cobertura patrimonial y que podrían inducir a error a los acreedores respecto de la solvencia de la sociedad³⁸. No hay una obligación equivalente en la sociedad limitada³⁹.

El incumplimiento del citado deber de los administradores de la sociedad anónima de solicitar el concurso puede orientarnos en este ámbito hacia la referida in-

28 NIETO MARTÍN, 2000, p. 148.

29 NIETO MARTÍN, 2000, p. 148.

30 NIETO MARTÍN, 2000, p. 149.

31 GARCÍA DE ENTERRÍA, J., IGLESIAS PRADA, J.L., *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I*, MENÉNDEZ, A., ROJO, A. (Dirs.), 18ª edición, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 456. De lo anterior se exceptúan los supuestos especiales en los que se imponen capitales mínimos notablemente superiores al general: bancos, sociedades de seguros o sociedades de capital riesgo, entre otros. “En estos casos, y a diferencia del régimen general, la elevación del capital mínimo sí que busca garantizar en gran medida la existencia de una dotación patrimonial mínima o suficiente en este tipo de sociedades, en atención a las peculiares características de las actividades empresariales que desarrollan”, GARCÍA DE ENTERRÍA, IGLESIAS PRADA, 2020, p. 456.

32 GARCÍA DE ENTERRÍA, IGLESIAS PRADA, 2020, p. 456.

33 NIETO MARTÍN, 2000, p. 147.

34 NIETO MARTÍN, 2000, p. 149. Véase TIEDEMANN, para quien, en caso de sobreendeudamiento, el Derecho penal debe partir de la hipótesis de la continuidad de la empresa cuando no sea completamente inverosímil. “Por consiguiente, la prueba del sobreendeudamiento no tiene necesariamente la misma lectura desde el punto de vista del Derecho penal de la insolvencia, que del Derecho de la insolvencia. En el Derecho penal la prueba del sobreendeudamiento debe valorarse ‘pro deudor’”, TIEDEMANN, 2010, pp. 408-409.

35 GARCÍA DE ENTERRÍA, IGLESIAS PRADA, 2020, p. 657. De forma excepcional, en atención a la crisis sanitaria y económica derivada del Covid-19, el RD Ley 16/2020 ha previsto que no se tengan en cuenta las pérdidas del ejercicio 2020 a los efectos de esta causa de disolución (art. 18), GARCÍA DE ENTERRÍA, IGLESIAS PRADA, 2020, p. 657. Con detalle, véase SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, pp. 711-721.

36 PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 138, con referencia a la STS, Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2013.

37 PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 138.

38 GARCÍA DE ENTERRÍA, IGLESIAS PRADA, 2020, pp. 616-617.

39 GARCÍA DE ENTERRÍA, IGLESIAS PRADA, 2020, p. 617.

fracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

5. Reinsolvencia

El incumplimiento del convenio en sentido estricto no debe confundirse conceptualmente con la insolvencia sobrevinida o reinsolvencia, que se refiere a la posibilidad de que algún acreedor solicite la liquidación durante la vigencia del convenio cuando acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso necesario (art. 407.2 TRLC)⁴⁰.

Pese a la distinción anterior, el art. 407 TRLC (petición de liquidación obligatoria para el concursado) “comprende tanto los pagos y obligaciones comprometidos en el convenio, como los pagos y obligaciones contraídos con posterioridad. La idea es muy clara: si está vigente un convenio, pero el concursado advierte que no va a poderlo cumplir, debe pedir cuanto antes la liquidación para así evitar un endeudamiento mayor, o un empeoramiento de su situación económica. El incumplimiento del convenio es causa de apertura de oficio de la liquidación [art. 409.1.5.º TRLC], pero antes de llegar a eso la Ley obliga al deudor que conozca que no puede cumplir a pedir la liquidación”⁴¹. En la mayoría de los casos, un hecho del art. 2.4 TRLC (concurso necesario) servirá como muestra de que el convenio va a ser de imposible cumplimiento, “pero conceptualmente lo que justifica el deber de pedir la liquidación por el deudor no es lo mismo que legitima la petición del acreedor. Hay que recordar que si el convenio se ha incumplido lo que puede hacer el acreedor es pedir la declaración de incumplimiento, la cual, a su vez, genera de oficio la apertura de la liquidación [arts. 402 y 409.1.5.º TRLC]”⁴².

En cualquier caso, el deudor y sus administradores deberán velar, además de por el cumplimiento del convenio en sentido estricto, “por el cumplimiento de las obligaciones contraídas durante la vigencia de dicho convenio”⁴³.

Con lo anterior, parece claro que el estricto incumplimiento del convenio no es una nueva insolvencia, de modo que no puede abrir, en su caso, una secuencia

típica separada; pero queda la duda de si cabe un delito concursal en un segundo momento sin delito previo.

A este respecto, no hay ningún obstáculo para que las conductas subsumibles en el supuesto de hecho del art. 442 TRLC puedan producirse después de la declaración de concurso. Por ejemplo, un concurso solicitado por insolvencia inminente que por dolo o culpa grave de los representantes del deudor devenga en insolvencia actual⁴⁴. A efectos penales, tendremos aquí una única insolvencia de generación atípica, pero probablemente agravada por una disminución del patrimonio imputable al sujeto activo (259.1.9.ª CP). Y si el incumplimiento del convenio agrava una insolvencia actual típica, habrá, dados sus requisitos, un único delito, en tanto los apartados 1 y 2 del art. 259 CP contienen tipos alternativos.

Más complicada es la relación entre insolvencia y reinsolvencia. Si las obligaciones contraídas durante la vigencia del convenio no modifican el número ni la relación entre los acreedores precedentes, es correcto el recurso al concurso de normas, pues no hay una nueva lesión sustantiva del bien jurídico. En otro caso, se puede pensar en un concurso de delitos. El art. 456.4 TRLC garantiza el ejercicio de la función sancionadora del concurso de acreedores, en caso de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio respecto de un concurso ya calificado como culpable, al señalar que el juez atenderá, para fijar la condena al déficit concursal, tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura (v. STS de 11 de marzo de 2015)⁴⁵.

No obstante, la punibilidad de esta segunda insolvencia es discutible y habrá de ser analizada caso por caso —en atención a un incumplimiento de las obligaciones exigibles a ella imputable—, pues lo que se solicita es la apertura de la fase de liquidación de acuerdo con los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso y *no una declaración de concurso independiente*. Además, ha de observarse que “[m]ientras la protección de los acreedores anteriores solamente se puede lograr con un plan claro, exhaustivo, transparente y avalado en lo relativo a la viabilidad por un

40 SALA SANJUÁN, 2019, p. 70.

41 VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentario a la Ley Concursal*, PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 1548.

42 VALPUESTA GASTAMINZA, 2016, p. 1551.

43 SALA SANJUÁN, 2019, p. 70.

44 SALA SANJUÁN, 2019, p. 87.

45 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 675; BELTRÁN, ROJO, 2019, p. 590. Cuando la sección de calificación se hubiera formado o reabierto como consecuencia de la liquidación concursal, los administradores de la sociedad, entre otros, podrán ser condenados a la cobertura total o parcial del déficit en la medida en que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia (arts. 456 y 702 TRLC); *vid.* SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, pp. 674-675, con referencias, entre otras, a las SSTs de 6 de marzo y de 22 de mayo de 2019.

profesional independiente respecto al deudor y a los acreedores que certifique la veracidad de los datos de la empresa, la de los ‘nuevos acreedores’ que apoyen la operación (apostando por su éxito), no puede realizarse sino con medidas incentivadoras como la prededucción, cuyo reconocimiento se debe llevar a cabo de manera inmediata (*ora per domani*), y con la eliminación de todo el espectro de sanciones penales⁴⁶.

II. CAUSACIÓN O AGRAVACIÓN DE LA INSOLVENCIA

1. Presunciones de concurso culpable

Las presunciones de culpabilidad concursal representan una materia de gran interés para la doctrina penal. El art. 442 TRLC fija la cláusula general de culpabilidad; los arts. 443 (supuestos especiales) y 444 (presunciones de culpabilidad) TRLC recogen diversos presupuestos de hecho que el legislador ha concretado como presunciones de culpabilidad —*iuris et de iure* las primeras y *iuris tantum* las segundas— por razones de orden público vinculadas al tráfico jurídico⁴⁷. Respecto de algunos de estos presupuestos, es necesaria la generación o agravación de la insolvencia, mientras que en otros “solamente se tiene en cuenta la desatención de determinados deberes legales de los representantes legales de la persona jurídica, aunque esta conducta no tenga vinculación alguna con la insolvencia o su empeoramiento⁴⁸. No hay que olvidar que la calificación culpable del concurso es un presupuesto ineludible para el ejercicio efectivo de la acción de cobertura del déficit concursal. Por ello, es imprescindible analizar la incidencia particular de estas presunciones sobre la responsabilidad por el déficit concursal del art. 456 TRLC. Así, en tanto la antijuridicidad determinante de tal responsabilidad es la generación o agravación de la insolvencia, parece obvio que cualquier conducta subsumible en la cláusula general de culpabilidad (art.

442 TRLC) será, a su vez, habilitante para la condena por el déficit concursal⁴⁹. Distinto será el caso de las presunciones contenidas en los arts. 443 y 444 TRLC, pues no presuponen siempre y en todo caso la generación o agravación de la situación de insolvencia; una circunstancia especialmente marcada en el caso de las presunciones del art. 444 TRLC por tratarse de incumplimientos de deberes formales a cargo del administrador, ajenos, en abstracto, a la generación o agravación de la insolvencia⁵⁰.

Como regla general, “en la calificación concursal influirá de manera decisiva la observancia por el deudor de sus deberes preconcursoales y concursales. Tales deberes se proyectan sobre los actos desplegados en la fase previa a la iniciación del concurso y, de manera particular, sobre si la iniciación del procedimiento tuvo lugar tan pronto como el deudor conoció su estado de insolvencia. Junto a ello, la calificación culpable recae sobre aquel deudor en concurso con una conducta contraria a los principios de la buena fe⁵¹.”

Gran parte de la doctrina especializada ha calificado los supuestos incluidos en el anterior art. 164.2 LC (actual 443 TRLC) como constitutivos de presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad⁵². Sin embargo, se debe considerar que no todos los supuestos del art. 443 TRLC suponen la generación o agravación de la insolvencia, aunque propicien siempre un concurso culpable⁵³. Algunos de estos casos se pueden entender como auténticas presunciones probatorias, pero no otros, pues no guardan relación con la circunstancia que se pretende acreditar para la cobertura del déficit concursal, esto es, con la causación o agravación de la insolvencia. Así ocurre, por ejemplo, con el incumplimiento de los deberes contables. Hay que hablar, por lo tanto, de “supuestos de declaración de concurso culpable⁵⁴”; sin que, por otro lado, se den “grandes diferencias entre el sistema actual de calificación concursal y el anterior regulado en el Código de Comercio, ya que en este también se establecían supuestos en los que, de

46 PACCHI, S., “La función sancionadora del concurso de acreedores”, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, ROJO, A., CAMPUZANO, A.B., (Dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 74-75.

47 SALA SANJUÁN, 2019, p. 80. *Vid.* SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, pp. 669-671.

48 SALA SANJUÁN, 2019, pp. 80-81.

49 SALA SANJUÁN, 2019, p. 83. *Vid.*, CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “La condena a la cobertura del déficit concursal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 597/2018, Civil, de 31 de octubre (Roj: STS 3679/2018)”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 36, 2020, pp. 403-422.

50 SALA SANJUÁN, 2019, p. 83.

51 SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen II*, 37ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, capítulo 65, V, A (formato digital).

52 SALA SANJUÁN, 2019, p. 94.

53 SALA SANJUÁN, 2019, p. 94.

54 BENAVIDES VELASCO, P., GUERRERO PALOMARES, S., “La calificación jurídica de las previsiones de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y sus relaciones con el concurso culpable”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley, Madrid, nº 13, 2010, pp. 184-186.

forma automática, la quiebra debía ser calificada como fraudulenta o culpable, con independencia de que estos supuestos tuvieran relación con el estado de insolvencia o su producción⁵⁵. El art. 443 TRLC no constituye una forma de probar la generación o agravación de la insolvencia, sino un supuesto de hecho de la existencia de concurso culpable⁵⁶.

Para el ámbito penal, resulta muy ilustrativa la terminología empleada por el TS: el art. 164.1 LC (442 TRLC) encierra un tipo de resultado, mientras que el art. 164.2 LC (443 TRLC) recoge tipos de mera actividad que determinan *per se* la calificación culpable del concurso⁵⁷. Así, conforme a lo previsto en el art. 164.1 LC (442 TRLC), “la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado” (STS 644/2011, Sala de lo Civil, de 6 de octubre). Por el contrario, según lo previsto en el art. 164.2 LC (443 TRLC), “la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma. Este mandato de que el concurso se califique como culpable [en los supuestos que se mencionan en la norma], evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola —esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada—” (STS 644/2011, Sala de lo Civil, de 6 de octubre). De modo que, “recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno —varios— de mera actividad, respecto de aquella consecuencia” (STS 644/2011, Sala de lo Civil, de 6 de octubre).

Estos últimos nos supuestos que, “al margen de la concurrencia o no de los elementos que configuran la cláusula general de culpabilidad [art. 442 TRLC], determinan automáticamente la calificación culpable del

concurso”⁵⁸. El TS llega incluso a afirmar que la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada, ya que, cuando menos, constituye una negligencia grave del administrador (STS, Sala de lo Civil, 583/2017, de 27 de octubre).

La doctrina mercantil discute, sin embargo, si el art. 443 TRLC está presumiendo o no los dos elementos necesarios para la calificación del concurso como culpable según el art. 442, tanto el dolo o la culpa grave como la generación o agravación de la insolvencia⁵⁹. A partir de la reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, el art. 165 LC (actual 444 TRLC) pasa de presumir —en los supuestos en él reflejados y salvo prueba en contrario— la existencia de dolo o culpa grave a presumir, sencillamente, el concurso como culpable. La jurisprudencia del TS, incluso antes de la reforma de 2015 de la Ley Concursal (LC), concebía que el art. 165 LC contenía una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establecía así una presunción *iuris tantum* extendida tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia (STS, Sala de lo Civil, 122/2014, de 1 de abril). Sentencias posteriores han confirmado esta orientación. Así, SSTS, Sala de lo Civil, 327/2015, de 1 de junio, o 656/2017, de 1 de diciembre, según la cual “el art. 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de los dos contenidos en los dos apartados del art. 164, sino que es una norma complementaria de la norma contenida en el artículo 164.1, todos ellos de la Ley Concursal. Contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia y, en caso de concurrencia de la conducta descrita, establece una presunción *iuris tantum* [que permite prueba en contrario] que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la provocación o agravamiento de la insolvencia”.

Pese a lo anterior, parece dominante la opinión doctrinal que concibe que *el art. 443 TRLC no integra una presunción de generación o agravamiento de la insolvencia*, pues “para emitir tal juicio de valor es preciso analizar las circunstancias particulares del caso”⁶⁰. El

55 BENAVIDES VELASCO, GUERRERO PALOMARES, 2010, p. 186.

56 *Vid.*, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Los presupuestos del embargo trabado como cautela de la responsabilidad por déficit concursal del art. 48 ter 1 de la Ley Concursal”, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, ROJO, A., CAMPUZANO, A.B., (Dir.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 114.

57 SALA SANJUÁN, 2019, pp. 94-95.

58 SALA SANJUÁN, 2019, p. 94.

59 *Vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad concursal”, *Insolvencia y responsabilidad*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., (Dir.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 241.

60 SALA SANJUÁN, 2019, p. 97. Véase ALONSO UREBA, A., *Comentario a la Ley Concursal*, PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 1842-1849; MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *Comentario a la Ley Concursal*, PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 1784-1786.

art. 443 TRLC contiene normas de conducta objetivadas sin atender a si la correspondiente actuación ha generado o agravado la insolvencia o no⁶¹.

2. Acción de cobertura del déficit concursal

Como consecuencia práctica de la concepción mencionada del art. 443 TRLC, la acción de cobertura del déficit concursal no deviene inexcusable una vez apreciado el concurso culpable *ex art.* 443 TRLC, sino que se requiere de una justificación añadida respecto de la generación o agravación de la insolvencia. “[L]a acción de cobertura del déficit concursal, como figura sustancialmente nueva en el panorama de nuestro Derecho [la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, creó *ex novo* en nuestro ordenamiento esta acción de cobertura del déficit contenida ahora en el art. 456 TRLC], representa un instrumento singular para la satisfacción de los intereses principales afectados por la situación de insolvencia; gracias a su vigencia (...) se pretende transferir a los sujetos responsables de la generación o agravamiento de la situación de insolvencia las consecuencias patrimoniales derivadas de tales extremos”⁶².

La satisfacción de los acreedores agraviados por la falta de patrimonio liquidable es solo el resultado material de aplicar la finalidad general perseguida por la norma, que consiste en disuadir a los administradores —y al resto de sujetos potencialmente responsables—, mediante la imposición de esta rigurosa sanción, de llevar a cabo conductas que puedan causar o agravar la insolvencia de la sociedad que administran⁶³. La cobertura, parcial o total, de los créditos de los acreedores no satisfechos en la liquidación por insuficiencia patrimonial, calificado el concurso como culpable tras la apertura de la fase de liquidación, es un resultado indirecto de la imposición de la condena pecuniaria⁶⁴.

Hay que advertir que esta responsabilidad —que no es la única responsabilidad concursal, pues cohabita con la responsabilidad por daños y perjuicios derivada del concurso culpable (art. 455.2.5.º TRLC)—, *no afecta al concursado y se circunscribe a la gestión de personas jurídicas*. Y solamente es de aplicación en tanto la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia (art. 456.1

TRLC). Este último inciso fue añadido al texto precedente, que *únicamente exigía la calificación como culpable del concurso tras la apertura de la fase de liquidación*, por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, convalidado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre⁶⁵. Por lo tanto, *justo antes de que la reforma del CP extendiese la tipicidad penal, al menos en una primera interpretación, a conductas que no generan ni agravan la insolvencia*. “El Supremo [STS, Sala de lo Civil, 259/2015, de 21 de mayo] aclara que la calificación del concurso como culpable no lleva consigo, automáticamente, la responsabilidad de los administradores por el déficit concursal y que tal atribución de responsabilidad ha de justificarse específicamente. El Supremo considera que la Audiencia justificó ambas, es decir, calificó correctamente el concurso como culpable sobre la base del retraso en solicitar la declaración del concurso y justificó por qué ese retraso había *agravado* la insolvencia”⁶⁶.

Este interesantísimo debate mantenido por la doctrina mercantilista no ha de ser desatendido por la ciencia penal, *pues nos encontramos con unos requisitos menos estrictos para la apreciación del delito concursal que para la cobertura del déficit concursal*. “Las presunciones del artículo 165 LC [444 TRLC], como las del artículo 164.2 LC [443 TRLC], sólo alcanzan a la declaración de culpabilidad del concurso. Nada más. Por tanto, la posible imposición de la condena a la cobertura del déficit en los términos del artículo 172 bis.1 LC [456 TRLC] habrá de hacerse en atención a los principios generales sobre distribución de la carga de la prueba. Ello significa que corresponderá a la administración concursal y al Ministerio Fiscal alegar y, lo que es más importante, acreditar que el comportamiento determinante de la calificación de culpabilidad ha comportado de forma efectiva y real la generación de la situación de insolvencia o su agravación. Y no sólo eso. Deberán además probar la medida de esa incidencia en la situación de insolvencia, pues ese y no otro es el parámetro establecido por el artículo 172 bis.1 LC [456 TRLC] para la cuantificación de una eventual condena a la cobertura del déficit entre el activo y el pasivo”⁶⁷.

61 SALA SANJUÁN, 2019, p. 98.

62 EMBID IRUJO, J.M., “Prólogo al libro de SALA SANJUÁN, A.J., *La acción de cobertura del déficit concursal (Art. 172 bis LC). Configuración y naturaleza jurídica*”, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 27-28.

63 SALA SANJUÁN, 2019, p. 36.

64 SALA SANJUÁN, 2019, p. 54. Sobre la naturaleza de la condena a la cobertura del déficit concursal, *vid.*, CAMPUZANO LAGUILLO, 2020, pp. 411-417.

65 SALA SANJUÁN, 2019, p. 55 (cursivas añadidas).

66 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Concurso culpable y responsabilidad por el déficit concursal”, *Almacén de Derecho*, 1 de junio de 2015 (cursivas añadidas).

67 GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “El incumplimiento de los deberes contables en la calificación del concurso”, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, nº 67, 2018.

Como es sabido, el art. 462 TRLC determina que la calificación realizada por el juez del concurso no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito. La doctrina mercantilista cifra esta autonomía de órdenes jurisdiccionales en la sensata comprensión de que “el reproche penal debe quedar reservado para salvaguardar el orden público general de aquellas conductas que revisten una extrema gravedad”, mientras que la calificación civil llevada a cabo en el seno del concurso de acreedores pretende “mantener la seguridad del tráfico económico”⁶⁸.

Con el art. 259 CP en la mano, resulta difícil defender lo anterior. Hay concursos real y efectivamente culpables que no dan lugar a la formación de la sección de calificación (convenios no gravosos); en tal circunstancia podría quizás basarse la independencia del orden penal. Así, por ejemplo, los administradores sociales pueden respaldar un convenio no gravoso, a pesar de conocer su inviabilidad, con el fin de ganar tiempo frente a una condena por el art. 456 TRLC⁶⁹.

Pero, en primer lugar, esto no significa que el Derecho penal pueda ir más allá y reprimir conductas que no den lugar a los mencionados “concursos real y efectivamente culpables” sin formación de la sección de calificación.

Ni tampoco que las “conductas de extrema gravedad” deban ser todas las que permiten la calificación como culpable del concurso⁷⁰. “[L]a exigencia de la creación de un riesgo no permitido implica que la conducta del deudor debe ser incorrecta desde la perspectiva de la LC”; así, “una interpretación que prescinda de las decisiones valorativas del orden primario resulta enormemente disfuncional. Ello no significa que el concurso sólo sea típico cuando haya sido declarado como culpable en el procedimiento concursal, sino que los comportamientos definidos en la LC como concurso culpable deben operar como indicios (que no anticonstitucionales presunciones) del comportamiento fraudulento”⁷¹.

Si consideramos que solamente el dolo o la culpa grave son tomados en cuenta por el TRLC (art. 442) a

los efectos de la calificación culpable del concurso por causación o agravamiento de la insolvencia, de acuerdo con la dicción literal de los arts. 259.1.9ª y 259.3 CP no parece posible que un concurso culpable no sea también un delito. ¿Qué elemento del tipo penal permite frenar esta doble calificación?

Restringido el delito concursal a la gestión irregular de un patrimonio —sin, como requisito necesario, un alzamiento de bienes—, inculminado el tipo imprudente e incluidas conductas que no generan o agravan la situación de insolvencia, el Código Penal viene a reproducir parte de la normativa mercantil sin que ninguna relación de sujeción especial fundamente la doble sanción. Si a las acciones que contribuyen a la calificación como culpable del concurso se les da una calificación penal adicional, se produce “una segunda consecuencia jurídica desde el mismo hecho, lo cual aunque no se trate de un caso de infracción del principio *non bis in idem*, es contrario a principios jurídicos generales, y si la acción penal ha sido anterior a la calificación del concurso no parece tampoco proporcionado que aquello que ya puede generar consecuencias sancionadoras graves (la pena) vuelva a ser utilizado para calificar el concurso como culpable, si con ello se da paso a la adopción de medidas materialmente sancionadoras”⁷².

El respeto del principio de intervención mínima se predica ya en el propio orden civil. El carácter sancionador de la calificación se manifiesta en el respeto de los principios de intervención mínima y tipicidad (SSAP Barcelona, de 27 de mayo de 2013 y de 7 de noviembre de 2013). Es patente que “el legislador ha querido (...) reservar la sección de calificación para aquellas situaciones en las que, al menos en hipótesis, el interés de los acreedores sufre mayor perjuicio. Hablamos del riesgo de insuficiencia del activo en caso de liquidación, o las concesiones que hacen los acreedores en el convenio ‘gravoso’ como única perspectiva de cobro, por ejemplo”⁷³.

Si el bien jurídico protegido por el art. 259 CP es el patrimonio de los acreedores, habrá que respetar una progresión de la gravedad del hecho que se corresponda con la gravedad de la sanción⁷⁴. No resulta nada sencilla una ordenación cualitativa entre la calificación

68 SALA SANJUÁN, 2019, p. 63; *vid.* RODRÍGUEZ CELADA, para quien el Derecho penal no ha de permanecer ajeno a las situaciones de insolvencia, sino que “simplemente deberá reaccionar ante conductas especialmente graves que merezcan una especial represión”, 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 Penal*, Barcelona, 1/2017, p. 14.

69 SALA SANJUÁN, 2019, pp. 67-68.

70 No se puede transformar en delictivo lo culpable en derecho concursal, relegando al derecho penal a la condición de brazo represor, QUINTERO OLIVARES, 2015, p. 513.

71 FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Crisis económica y concursos punibles”, *Diario La Ley*, nº 7178, 2009, 2009, p. 19 (formato digital).

72 QUINTERO OLIVARES, 2015, p. 504.

73 SALA SANJUÁN, 2019, p. 65.

74 “En lo que atañe al bien jurídico protegido, cabe seguir sosteniendo que reside en el derecho de crédito (sea público, sea privado) de los acreedores”, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Los delitos de insolvencias punibles tras la reforma realizada por la LO 1/2015”,

culpable del concurso y el delito concursal. En el art. 443 TRLC se configuran supuestos de presunción *iuris et de iure*, “si bien la delimitación de los mismos (incumplimiento sustancial del deber de contabilidad, doble contabilidad o irregularidad relevante en la misma, la inexactitud o falsedad grave en los documentos que acompañan la solicitud de convenio, el alzamiento de bienes, el entorpecimiento de embargos, el incumplimiento del convenio, la distracción de bienes o derechos, la simulación patrimonial) incluye elementos definitorios que exigen de una valoración en cada caso (incumplimiento ‘sustancial’, inexactitud ‘grave’, irregularidades ‘relevantes’,...) que limita la finalidad de aligeramiento de la prueba perseguida por la presunción para facilitar la decisión judicial sobre la calificación del concurso, pues la actuación judicial no se puede limitar a constatar unos hechos objetivos sino que deberá valorar aspectos cualitativos respecto de la actuación del deudor (gravedad, relevancia, sustantividad), todo lo cual matiza el que pueda hablarse de hechos que automáticamente conlleven la calificación culpable del concurso”⁷⁵.

No se debe pasar por alto la finalidad de aligeramiento de la prueba de estas presunciones. Se trata, a fin de cuentas, de simplificar la prueba del concurso culpable⁷⁶. Sin olvidar, además, que las presunciones *iuris et de iure* de concurso culpable integran “un sistema de *numerus clausus* dirigido a facilitar (...) la labor judicial, permitiendo prescindir de los elementos probatorios requeridos por la cláusula general de culpabilidad”⁷⁷.

El art. 259.1.9.ª CP —lejos de las presunciones inderogables pero también del sistema de *numerus clausus*— incluye una cláusula general que permite construir un delito si una infracción grave del deber de di-

ligencia en la gestión ordenada de asuntos económicos provoca una ocultación de la situación económica real del deudor; pero ello nada menos que como alternativa explícita a la disminución del patrimonio del deudor y sin apelación ninguna al agravamiento de la situación de insolvencia.

La citada técnica de derecho privado, cuya constitucionalidad fue avalada por el TS respecto de las presunciones de quiebra culpable y fraudulenta de la antigua regulación de la insolvencia del Código de Comercio (STSS, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 1985, RJ 1985\6432, y de 22 de noviembre de 1985, RJ 1985\5627), ha sido convertida por el legislador penal en el adelantamiento de la barrera punitiva propio de la construcción de tipos de peligro⁷⁸.

Pero la disonancia que provoca el actual 259 CP en su relación con los arts. 442, 443 y 456 TRLC es tal que *cabe incluso preguntarse si el legislador penal no ha confundido presunciones de concurso culpable con presunciones de causación o agravación de la insolvencia*. “No resulta convincente la decisión del legislador de castigar en el CP art. 259.1 con la misma pena, conductas adecuadas para generar una **disminución patrimonial**, por una parte, y, por otra, conductas que constituyen una **obstaculización** no idónea para generar tal disminución patrimonial”⁷⁹.

Tampoco hay que desatender la anomalía que supone la incriminación imprudente de tipos de peligro⁸⁰. Las presunciones de concurso culpable no afectan a la adveración de la existencia o imputabilidad subjetiva de los supuestos de hecho señalados en el precepto, de modo que el deudor y los demás afectados por la calificación culpable del concurso podrán alegar y proponer prueba tendente a acreditar que los hechos base no existieron o que no les son imputables⁸¹. Merece especial aten-

Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo, BACIGALUPO SAGGESE, S., FEIJOO SÁNCHEZ, B., ECHANO BASALDUA, J.I., (Coords.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 1066. La referencia de la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 al peligro para el orden socioeconómico, junto al peligro para los intereses de los acreedores, “debe ser interpretada como una alusión al bien jurídico mediato o *ratio legis*, que opera en el momento de determinar el merecimiento de pena en abstracto de estas conductas”, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, p. 1068.

75 ALONSO UREBA, 2016, p. 1845 (cursivas añadidas).

76 SALA SANJUÁN, 2019, p. 80.

77 SALA SANJUÁN, 2019, p. 98.

78 El propio PREÁMBULO de la LO 1/2015 explicita que “[e]l nuevo delito de concurso punible o bancarrota se configura como un delito de peligro” (XVI, 4º párrafo). En opinión de BACIGALUPO SAGGESE, el legislador ha configurado de forma acertada el delito de insolvencia concursal como un delito de peligro vinculado a la situación de crisis; así, por ejemplo, una administración inadecuada al fin económico que sea calificada como de arriesgada gestión es suficiente para configurar el tipo objetivo (STS 1316/2005, de 9 de noviembre y STS 1105/2006, de 20 de noviembre), BACIGALUPO SAGGESE, S., “La reforma de los delitos de insolvencia y la responsabilidad penal de los administradores concursales”, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, ROJO, A., CAMPUZANO, A.B., (Dirs.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 624.

79 PASTOR MUÑOZ, N., “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles”, *Memento Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, AYALA GÓMEZ, I., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coords.), Lefebvre, Madrid, 2016, marginal 4249.

80 Al respecto, véase QUINTERO OLIVARES, 2015, p. 509; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 136.

81 SALA SANJUÁN, 2019, p. 99.

ción la salvedad mencionada por el TS, que habla de conductas —las propias de las presunciones *iuris et de iure* de concurso culpable— a las que no cabe exigir el elemento intencional, menos en lo que “corresponde a la propia conducta” (STS, Sala de lo Civil, 343/2015, de 5 de junio). El legislador penal apunta más lejos, pues, con la incriminación imprudente —sin distinción entre imprudencia consciente e inconsciente— de tipos de peligro, parece querer sortear esta exigencia de un elemento intencional respecto de la propia conducta.

En cualquier caso, como parece claro que el art. 443 TRLC recoge conductas que no encajan con la cláusula general de culpabilidad —sin que en tales supuestos “resulte necesario entrar a valorar la concurrencia del nexo lógico de causalidad entre el hecho ilícito tipificado y la generación o agravación de la insolvencia”—, junto con otras perfectamente subsumibles en la cláusula general de calificación culpable⁸², es muy importante subrayar que no se deben confundir a efectos penales presunciones de concurso culpable con presunciones de causación o agravación de la insolvencia⁸³.

Tampoco cabe apoyar la amplitud del tipo penal en una hipotética necesidad de pena del delito sin concurso, pues, en tal caso, estamos —no solo, pero principalmente— ante una insolvencia inminente que deviene actual: una primera insolvencia inminente con posterior sobreseimiento de pagos y sin declaración de concurso (para cuya punibilidad, curiosamente, y dada la naturaleza sistemática de esta suspensión de pagos, habrá que discutir si se exige causalidad respecto de las

conductas típicas o si son punibles la suspensiones de pagos ajenas a ellas)⁸⁴.

El fundamento de la intervención penal, olvidado por el legislador de 2015, es la extrema gravedad de la conducta penada. Frente a esto, el art. 456 TRLC, además de la sancionadora, cumple también una función *solutoria*, por completo *ajena al Derecho penal*.

3. Causación de la insolvencia (art. 259.2 CP)

El art. 259 CP incrimina tipos de peligro y tipos de resultado —o lesión— respecto del agravamiento de la insolvencia (259.1), y solamente tipos de resultado respecto de su causación (259.2)⁸⁵.

Es recomendable recordar que, en el ámbito de la cláusula general del art. 442 TRLC, para la calificación del concurso como culpable deberá acreditarse la conexión causal objetiva entre la actuación dolosa o culpable grave del deudor y la generación o agravación de la insolvencia⁸⁶. “No parece haber duda acerca de la necesidad de una relación de causalidad como presupuesto objetivo de la calificación del concurso por la vía de la cláusula general, que conduce a la necesidad de probar una relación de causalidad entre la conducta dolosa o gravemente culpable y la insolvencia”⁸⁷. “[L]a calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culpable, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo:

82 SALA SANJUÁN, 2019, pp. 101-102.

83 “Un Derecho Penal Concursal que en vez de complementar la legislación concursal resultara perturbador para cumplir los fines de dicha legislación no puede tener otro horizonte que la desaparición. Si bien es evidente que las sentencias relativas al delito concursal insisten con razón en que el Derecho Penal tiene plena autonomía (en un sector del ordenamiento punitivo que tradicionalmente ha pecado de accesoriadad extrema), un delito que se caracteriza por estar relacionado con una insolvencia sometida a la LC no puede estar ciego a las decisiones de dicha ley”, FEIJOO SÁNCHEZ, 2009, pp. 2-3 (formato digital).

84 Resulta de gran interés la apreciación de FEIJOO SÁNCHEZ, quien incluye en el tipo de causación de la insolvencia criterios de imputación objetiva: “Si, a pesar de existir una conducta típica, la insolvencia es consecuencia exclusiva de otros factores, resultando irrelevante el comportamiento fraudulento, sólo se podrá castigar por tentativa, si bien es cierto que existe un sector doctrinal que niega la punición de la tentativa en este ámbito. En mi opinión, no hay ninguna razón para que, existiendo la condición objetiva de punibilidad de la declaración de concurso, la no imputación de la insolvencia cuando el sujeto ha creado un riesgo no permitido de forma dolosa tenga que conducir a la irrelevancia penal absoluta si el hecho no se puede calificar como alzamiento de bienes. Resulta difícil pensar en supuestos en los que la insolvencia reconocida judicialmente no sea una concreción del comportamiento fraudulento sino que ésta se haya producido casualmente con ocasión de dicho comportamiento o que el comportamiento típico no agrave la situación de insolvencia, pero ello no significa que sea una posibilidad descartable teóricamente o *a priori*. Sobre todo hay que tener en cuenta que puede que las dudas impidan entender la insolvencia como concreción del riesgo típico. En este punto es de aplicación la doctrina de la ‘concreción o realización del riesgo’ o de la ‘concurrencia de riesgos’ que la doctrina viene desarrollando para delitos de resultado como el homicidio o las lesiones”, FEIJOO SÁNCHEZ, 2009, p. 23. Las normas de calificación cumplen una función de demarcación entre la libertad de empresa y la protección de los acreedores; el fundamento del concurso culpable lo da la superación del riesgo permitido en la administración de empresas en crisis, MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Responsabilidad concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 28, 2013, p. 113.

85 No cabe duda de que las modalidades de los números 6, 7 y 8 del art. 259.1 CP constituyen tipos de peligro, pero otras modalidades (1, 2, 3 y 4) implican ya la lesión del bien jurídico, siempre que exista una obligación crediticia vencida y exigible, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 126.

86 ALONSO UREBA, 2016, pp. 1845-1846.

87 DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Calificación del concurso. Doctrina y jurisprudencia*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 74.

la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado” (STS 644/2011, Sala de lo Civil, de 6 de octubre).

En el ámbito penal, y de acuerdo con la calificación del incumplimiento regular de las obligaciones exigibles como condición de punibilidad, resulta comprensible, en una primera aproximación, que se conciba como innecesaria la verificación de la relación de causalidad entre las conductas de bancarrota y la quiebra empresarial, bastando, en especial en los delitos contables, con una conexión “de hecho” o “externa” entre unas y otra⁸⁸. No obstante, como acertadamente señala BACIGALUPO ZAPATER para el art. 259.2 CP, “[e]ste tipo tiene una estructura completamente distinta de la de los previstos en el art. 259.1, pues la insolvencia (o su agravación) *no es un presupuesto de la prohibición, sino el resultado causal de las conductas allí mismo previstas*. Consecuentemente requiere relación de causalidad entre las conductas a las que se refiere el art. 259.1 del Proyecto y la situación de insolvencia”⁸⁹. Ahora bien, del análisis de los supuestos de hecho del art. 259.1 surge que no todos ellos pueden operar como un factor causal de una insolvencia real, sea actual o inminente. “En realidad, esa aptitud causal sólo se da en los supuestos en los que el deudor provoca una disminución efectiva del patrimonio (núms. 1, 2, 3, 4 y 5)”⁹⁰. Asimismo, GONZÁLEZ CUSSAC considera con acierto que “siempre ha de mediar una relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto activo (el hecho de bancarrota) y la situación en que el importe de las obligaciones exigibles supere al de los bienes y derechos realizables (insolvencia). De la exigencia de causación de una situación de insolvencia se infiere lógicamente la necesidad de producir un perjuicio en los acreedores”⁹¹.

Pero la estructura típica del art. 259 CP es en extremo compleja.

En primer lugar, hay que distinguir entre tipos de agravamiento de la insolvencia (en principio, los incluidos, aunque no todos, en el art. 259.1 CP) y tipos de causación de la insolvencia (art. 259.2 CP). En segundo lugar, se deben diferenciar tipos de peligro (algunos de los incluidos en el art. 259.1 CP) y tipos de resultado (algunos de los incluidos en el art. 259.1 CP y todos los incluidos en el art. 259.2 CP). A esto hay que añadirle la incriminación imprudente de los hechos incluidos en los apartados 1 y 2 del art. 259 (art. 259.3 CP), así como la ubicación como condición de punibilidad de

un elemento, el incumplimiento regular de las obligaciones exigibles, en ocasiones concebido como factor necesario de la noción de insolvencia actual (259.4 CP). Por último, algún tipo de agravamiento o causación de la insolvencia puede constituir por sí mismo otro tipo penal crediticio independiente (por ejemplo, el art. 259.1.1.^a: ocultación de bienes).

Para avanzar por este intrincado camino es conveniente aclarar, o al menos plantear, algunas cuestiones dudosas:

1. En tanto el tipo del art. 259.2 CP se refiere a la causación de la insolvencia, el sujeto activo de este tipo no se ha de encontrar, cuando realiza la conducta típica —cualquiera de las incluidas en el art. 259.1 CP—, en estado de insolvencia.

Aquí se plantea, principalmente, la duda de si cabe incorporar en este apartado 2 del art. 259 CP la causación de una situación de insolvencia inminente o si este tipo incluye, nada más, la causación de una insolvencia actual. “No se aclara si esta pena alcanza también a la situación de insolvencia inminente, pero al estar el texto referido sólo a la insolvencia, sin más, parece que el Proyecto ha querido limitar el alcance de esta disposición a la insolvencia actual”⁹².

De acuerdo con el rechazo —ya expuesto— al adelantamiento de la barrera punitiva a fases anteriores a la insolvencia inminente, considero apropiado interpretar la situación de insolvencia mencionada en el art. 259.2 CP de forma restrictiva, es decir, solo como insolvencia actual.

Quien, por cualquier causa —salvo, como es obvio, que esa vía constituya ya un tipo penal independiente—, llega a una situación de insolvencia inminente, ha de tener la posibilidad de eludir aún la intervención penal en atención a la acentuación de la función regeneradora del concurso auspiciada por la normativa concursal. Lo anterior no obsta para afirmar la tipicidad de determinadas conductas previas al estado de insolvencia: las que, desde una situación que no es de insolvencia actual ni inminente, generan un estado de insolvencia actual; pues no parece apropiado entender que el art. 259.2 se ha creado solamente para incluir en él la conversión de la insolvencia inminente en actual, conclusión necesaria si exigiésemos para su aplicación el estado de insolvencia inminente del deudor.

En opinión de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, con la nueva condición de punibilidad, “solo se podrá aplicar el art. 259 si existe una insolvencia actual, dado que,

88 TIEDEMANN, 2010, p. 407.

89 BACIGALUPO ZAPATER, 2014, p. 6 (formato digital).

90 BACIGALUPO ZAPATER, 2014, p. 6 (formato digital).

91 GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal. Parte Especial*, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 465 (formato digital).

92 BACIGALUPO ZAPATER, 2014, p. 6 (formato digital).

como es obvio, la insolvencia inminente no implica todavía necesariamente ‘haber dejado de cumplir regularmente las obligaciones exigibles’⁹³. No obstante lo anterior, y en tanto el legislador penal ha separado sistemáticamente las nociones de incapacidad de pago y sobreseimiento generalizado, se puede pensar en el excepcional caso de una insolvencia inminente —que no es actual porque todavía no hay una incapacidad de pago sino solo una previsión de la misma— acompañada de un impago generalizado provocado por una causa distinta de la incapacidad actual de pago, siendo de aplicación en consecuencia los apartados 1 y 4 del art. 259 CP.

2. En estrecha relación con la anterior se halla la cuestión de si la conversión de la insolvencia inminente en actual se ha de acoger al art. 259.2 CP o al art. 259.4 CP. De admitirse lo primero, en el art. 259.2 CP quedarían incluidas la causación de la insolvencia actual y la conversión de una insolvencia inminente en actual. Este asunto es importante, pues para el 259.4 CP, en tanto condición de punibilidad, no es necesario el nexo causal entre las conductas del 259.1 CP y el incumplimiento regular de las obligaciones exigibles; conexión causal absolutamente imprescindible si incardinamos estos supuestos en el art. 259.2 CP.

Parece pertinente que la respuesta a esta pregunta se corresponda con la solución dada a la relación entre insolvencia actual como elemento del tipo e incumplimiento regular de las obligaciones exigibles como condición de punibilidad.

Si trasladamos al art. 259.2 CP la conversión de la insolvencia inminente en actual, *hemos de construir un concepto de insolvencia actual no vinculado necesariamente al incumplimiento regular de las obligaciones exigibles*, pues, de lo contrario, incurrimos en una *interpretatio abrogans* de esta condición mencionada por el art. 259.4 CP. Esto se produce porque si el incumplimiento regular de las obligaciones exigibles se comprende como parte constitutiva necesaria del concepto penal de insolvencia actual, el art. 259.4 CP, en lo que hace a este incumplimiento, nunca podría aplicarse, por definición, ni a las conductas del art. 259.1 CP que parten de una insolvencia actual, ni a las del art. 259.2 CP que la generan. Solamente se podría aplicar a las conductas del art. 259.2 CP que generan un estado de insolvencia inminente —en mi opinión, y por las razones antes apuntadas, ya atípicas— y a las conductas del art. 259.1 CP que convierten una insolvencia

inminente en actual, conversión que, precisamente, nos estamos llevando ahora al art. 259.2 CP.

Si, por el contrario, mantenemos la conversión de la insolvencia inminente en actual en los apartados primero y cuarto del art. 259 CP, entonces sí puede concebirse el incumplimiento regular de las obligaciones exigibles como sinónimo o, al menos, como parte necesaria del concepto penal de insolvencia actual, pues, como mínimo, esta nueva condición del art. 259.4 CP será útil para resolver estos supuestos, siendo impunes las conductas del art. 259.1 CP realizadas en estado de insolvencia inminente sin que *acaezca* el incumplimiento regular de las obligaciones exigibles y sin declaración de concurso.

Personalmente, por coherencia sistemática, considero apropiado exigir la causalidad requerida por el art. 259.2 CP para cualquier causación de una insolvencia actual, incluida la conversión de la insolvencia inminente en actual; siendo de aplicación el art. 259.1 CP —al margen de la posterior punibilidad— cuando cualquier conducta de las descritas en él se realice en situación de insolvencia inminente sin provocación de una insolvencia actual (lo cual obliga a separar conceptualmente la conversión de una insolvencia inminente en actual de la agravación de una insolvencia inminente). Por supuesto, si la insolvencia actual, en el caso concreto, está fundada en el sobreseimiento generalizado de pagos, la relación de causalidad habrá de exigirse respecto de este último (viniendo dada con ella —y con la imputación objetiva— la punibilidad).

3. Por último, no se debe desatender que el art. 259.1 CP incluye tipos de peligro y de resultado, en coordinación con el tenor literal de su cláusula general: disminución del patrimonio del deudor u ocultación de su situación económica real o de su actividad empresarial (259.1.9.^a). Pero esto contrasta con la dicción del art. 259.2 CP, que exige la causación de la situación de insolvencia. Por lo tanto, de acuerdo con estos dos apartados del art. 259 CP, encontramos: tipos de agravación o de peligro concreto de agravación de la insolvencia (259.1. 1.^a a 5.^a), tipos de causación de la insolvencia (259.2) y tipos de peligro abstracto de agravación de la insolvencia (259.1. 6.^a a 8.^a)⁹⁴. *No hay tipos de peligro de causación de la insolvencia para el deudor que no se halla en estado de insolvencia actual o inminente.*

A efectos prácticos, esto tiene la importante consecuencia de que se considerará atípica cualquiera de las conductas recogidas en el art. 259.1 CP si se trata de los tipos de peligro abstracto y si el deudor no se ha-

93 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 128.

94 Los denominados delitos contables son delitos de peligro abstracto, TIEDEMANN, 2010, p. 406. Sobre los tipos de peligro abstracto, FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Espacios de riesgo permitido en la actuación del administrador de la entidad deudora a la luz de la nueva regulación de las insolvencias punibles”, *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016, pp. 153-154.

lla en estado de insolvencia actual o inminente; a este respecto, ni siquiera se puede hablar de una tentativa de causación de la insolvencia respecto de conductas como las irregularidades contables o las documentales.

4. Disminución del patrimonio del deudor u ocultación de su situación económica real o de su actividad empresarial (art. 259.1.9.ª CP)

El art. 259.1.9.ª CP suele ser tomado como una cláusula de ampliación de las conductas típicas incluidas en los ordinales precedentes, lo cual resulta indiscutible a la luz de su mero tenor literal. Pero puede tener otros efectos interpretativos de mayor alcance. En primer lugar, la infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos sirve, entre otras cosas, para dotar de cierta sustantividad al contenido material de cada una de las respectivas conductas incriminadas. Pero, en lo que ahora importa, a la imputación a esa infracción de una disminución del patrimonio del deudor y a su definición como medio por el que se oculta su situación económica se le puede dar un valor interpretativo de gran significado.

Como veíamos en el epígrafe anterior, el art. 259.2 CP exige la causación de la situación de insolvencia. En él no hay tipos de aptitud ni tipos estrictos de peligro abstracto⁹⁵. “Los criterios de imputación del resultado son los mismos que los de cualquier otro tipo puro de resultado como el homicidio o las lesiones: creación no permitida de un riesgo para los intereses de la masa de acreedores, que se realiza en el resultado. Para determinar la permisibilidad del riesgo es preciso tener en cuenta las modalidades de conducta del art. 259.1”⁹⁶. Se tiene que constatar que el resultado es una realización del

riesgo creado con la conducta penalmente desvalorada⁹⁷.

Al haber quedado fuera del tipo del art. 259.2 CP la ocultación de la situación económica real del deudor (que no es una causación de la insolvencia), las conductas del art. 259.1 CP referidas a irregularidades contables o documentales (259.1.6.ª a 8.ª) son atípicas en lo que hace al art. 259.2, pues no es imaginable una situación de insolvencia actual provocada por ninguna de ellas. Podrán dar lugar a tipos crediticios independientes, como la falsedad concursal del art. 261 CP o, sobre todo, el alzamiento de bienes, en tanto que vías de ocultación patrimonial, y en la comprensión de que, en las relaciones entre alzamiento de bienes y bancarrota punible, la distinción entre incumplimiento contractual y alzamiento de bienes da el fraude: el deudor puede hacer frente a sus obligaciones pero no lo hace, ocultando su patrimonio, con lo que se enriquece ilícitamente a costa del crédito del acreedor; los delitos concursales son tipos de disminución o destrucción de un patrimonio a consecuencia de una gestión irregular, de modo que en ellos el problema central es precisamente la insolvencia del deudor, y no su carácter aparente, como ocurre en los alzamientos de bienes⁹⁸.

Pero tales conductas nunca provocarán por sí solas un delito concursal del art. 259.2 CP, pues lo más lejos a donde pueden llevar es a una imposibilidad de comprensión de la situación real del deudor, lo cual, a efectos penales, jamás puede ser considerado una situación real de insolvencia actual sin inversión de la carga de la prueba y vulneración del principio *in dubio pro reo*. Por lo tanto, *para quien no se encuentra en estado de insolvencia actual o inminente, a efectos del delito concursal del art. 259.2 CP, no hay ningún específico deber penal contable o documental*. Debe considerarse,

95 Para los delitos de aptitud, véase MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 210-213.

96 FEIJOO SÁNCHEZ, 2016, pp. 127-128.

97 FEIJOO SÁNCHEZ, 2016, p. 128.

98 SÁNCHEZ DAFUACE, 2015, pp. 488-489; acoge esta opinión MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, p. 1067, con la correcta advertencia de que el art. 259 contiene también modalidades de ocultación de bienes, de modo que se produce un solapamiento parcial con el delito de alzamiento. “En los alzamientos, la frustración del crédito del acreedor se corresponde con un enriquecimiento patrimonial ilícito del deudor. Se puede decir que el deudor se enriquece con sus propios bienes (se trata de un factor que permite comprender la criminalización de un incumplimiento contractual civil)”, SÁNCHEZ DAFUACE, 2013, p. 757; *vid.* PEÑARANDA RAMOS E., “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles”, *Diccionario de Derecho Penal Económico*, BOIX REIG, J. (Dir.), 2ª edición, Lustel, Madrid, 2017, pp. 550-571. De otra opinión, NAVAS, para quien entre el delito de alzamiento de bienes y el delito concursal solo existe una diferencia de carácter formal que consiste en la declaración civil o mercantil del concurso, NAVAS, I., *Insolvencias punibles. Fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 28. En el mismo sentido, BACIGALUPO SAGGESE, S.: “No existe, en puridad, ninguna diferencia sustancial entre alzamiento de bienes y delito de insolvencia punible. En ambos se trata de la causación (o agravación) de la situación de insolvencia en perjuicio de acreedores. Tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, se castigan ambos delitos con la misma pena de prisión de 1 a 4 años y solo se establece la distinción en el límite mínimo de la pena de multa, en 8 meses para la insolvencia punible, mientras que en el alzamiento es de 12 meses”, “Frustración de la ejecución e Insolvencias punibles”, *Memento Penal 2019*, MOLINA FERNÁNDEZ, F., (Coord.), Lefebvre, Madrid, 2018, marginal 1125. Sobre las relaciones entre insolvencia punible y alzamiento de bienes, CUELLO CONTRERAS, J., “La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil”, *InDret Penal*, Barcelona, 2/2019, pp. 24-31.

además, y con carácter general, que si el deudor no se encuentra en crisis la mayoría de los riesgos están permitidos⁹⁹. Esto significa que las conductas prohibidas son más numerosas en relación a la alternativa consistente en agravar la insolvencia o la crisis que en la de causarla¹⁰⁰.

Más compleja es la incidencia del art. 259.1.9.ª CP en la interpretación de los tipos de agravamiento de la insolvencia u ocultación de la situación económica del deudor (259.1 CP). En tanto el art. 259.1 CP solo menciona la realización de las conductas posteriormente descritas, la calificación habitual de estos supuestos es la de tipos de peligro concreto, o de aptitud, respecto de los relacionados con la disminución de bienes, y tipos de peligro abstracto respecto de los que incorporan irregularidades contables o documentales. Pero en este art. 259 CP es seguro que, como mínimo, hay un delito de resultado: la disminución del patrimonio del deudor imputable a una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos (art. 259.1.9.ª CP). Este tipo no solo da el fundamento de la incriminación de los tipos recogidos en el art. 259.1.ª a 5.ª CP y, con él, las pautas para su interpretación, sino que construye un tipo de agravamiento de la insolvencia por disminución del patrimonio del deudor.

No puede verse de otra manera si su análisis se conecta con el de la responsabilidad concursal. En primer lugar, la cobertura del déficit concursal exige que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia (art. 456 TRLC). En segundo lugar, la cláusula general de culpabilidad se refiere a la generación o agravación del estado de insolvencia (art. 442 TRLC). Y, en tercer lugar, el art. 443 TRLC no incorpora ninguna cláusula general de cierre en la descripción de las presunciones *iusuris et de iure* de culpabilidad. El Derecho Penal no

puede incluir una cláusula general de disminución del patrimonio del deudor sin agravamiento de la insolvencia referida nada menos que a “cualquier otra conducta activa u omisiva”. Como esto supondría un obstáculo insuperable en la ordenación de la progresión en grado de la gravedad de las conductas recogidas por ambos sectores jurídicos, solo es posible entender que la cláusula general penal está inspirada en la cláusula general de concurso culpable, respecto de la que, como ya se ha advertido, es necesario determinar el nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia (entre otras, STS 664/2011, Sala de lo Civil, de 6 de octubre). Por lo tanto, el tipo de disminución del patrimonio imputable a una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos (259.1.9.ª CP) es un tipo de resultado. *Y el resultado de este tipo es el agravamiento de la insolvencia.*

A partir de aquí se pueden coger dos caminos. El primero, cercano a la interpretación literal, nos lleva a concebir los tipos 1º a 5º del art. 259.1 CP como tipos de peligro respecto del agravamiento de la insolvencia, no necesariamente de resultado, y cuya forma de tipificación, no su completo contenido, se inspira en las presunciones *iusuris et de iure* de concurso culpable (art. 443 TRLC).

El segundo, apoyado en una interpretación restrictiva del tipo penal derivada del principio de fragmentariedad, así como en una interpretación sistemática conforme con el contenido del art. 259.1.9.ª CP, nos lleva a concebir los tipos del art. 259.1.1.ª a 5.ª CP como tipos de agravación de la insolvencia (resultado) a consecuencia de una disminución patrimonial imputable a la concreta infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que cada uno de estos tipos (1º a 5º) explicita¹⁰¹.

99 NIETO MARTÍN, 2000, p. 107; la diferencia esencial entre el apartado primero y el segundo del art. 259 CP es que lo que puede ser económicamente correcto en una situación de solvencia puede no serlo en situación de insolvencia real o inminente; el deudor o el administrador no tienen que ser tan cuidadosos o diligentes con la capacidad de pago cuando se encuentran en una situación de solvencia, FEIJOO SÁNCHEZ, 2016, pp. 126-127. La referencia tradicional a “criterios subjetivos como los *animi* de defraudar o perjudicar a los acreedores, o la presencia de un dolo directo y específico de lesionar a los acreedores resulta claramente insuficiente como criterio decisivo de delimitación, ya que se debe atender en primer lugar a reglas o criterios objetivos”, FEIJOO SÁNCHEZ, 2016, p. 145. “[E]l riesgo permitido está relacionado con el objeto y situación de la empresa y, en particular, con la aparición o no de una situación de crisis; la forma jurídica y financiera de la empresa; el tamaño y probabilidad del peligro de pérdidas y las posibilidades de control del mismo”, TIEDEMANN, 2010, p. 411. “En cuanto a lo que constituye una gestión ordenada, sobre todo en supuestos en los que la crisis ya se ha declarado o es inminente, deberá tenerse en consideración *la visión de conjunto y la planificación del negocio*, de modo que, como mínimo en situaciones de crisis, la ausencia de cualquier plan adecuado constituye una forma de economía a ciegas, absolutamente contraria a la racionalidad económica”, TIEDEMANN, 2010, p. 411.

100 NIETO MARTÍN, 2000, p. 107.

101 Considero inobjetable la opinión de PAVÍA CARDELL: “La lectura de esta cláusula 9.ª —fijándonos ahora solo en su inciso final primero: la disminución del patrimonio del deudor— plantea algunos interrogantes. De entrada no parece que el precepto formule en el ordinal 9.º una nueva conducta totalmente independiente de las anteriores, sino que la referencia a ‘cualquier otra conducta’ que suponga una infracción grave del deber de diligencia funciona como una cláusula de cierre que toma como antecedente el catálogo de conductas que la preceden. La duda se plantea entonces en el orden inverso de la enumeración: ¿considerado el tenor de la cláusula 9.ª, se comunican a todas las conductas precedentes las exigencias típicas de esta última conducta general? Téngase en cuenta que la cláusula 9.ª exige

Por lo expuesto, la opinión de FARALDO CABANA resulta la más acertada: “¿Son esos elementos, la infracción grave del deber de diligencia y sus consecuencias, aplicables a todas las conductas típicas recogidas en los números anteriores? El hecho de que para equipar cualquier otra conducta a las anteriores se exijan estos elementos es claro indicio de que las conductas anteriores han de reunir también ese mínimo contenido de injusto”¹⁰².

Lo dicho para este subtipo del art. 259.1.9.^a CP se puede trasladar al otro. Muy sucintamente, como el subtipo de ocultación del 259.1.9.^a CP exige eso, una ocultación, cabe requerir lo mismo respecto de las irregularidades contables y documentales recogidas en los apartados precedentes, de forma que el tipo completo de cada uno de estos apartados solo se realice si se consigue ocultar la situación económica real del deudor o su actividad empresarial. “El principal problema que plantean en la práctica estas tres modalidades de cara a su alcance es determinar si efectivamente se ha dificultado o imposibilitado el examen o valoración de la situación económica real del deudor. Éste es el criterio material decisivo, como se puede apreciar en la cláusula

abierta del art. 259.1.9.^{ab}¹⁰³. Cabe llegar, incluso, y en correspondencia con las primeras modalidades de conducta del art. 259.1 CP, a exigir en estos casos una repercusión real de esta ocultación en las posibilidades de cobro del acreedor¹⁰⁴. Esta última interpretación es, en mi opinión, la mejor desde todos los puntos de vista, pero quizás se acerque en demasía a una propuesta de *lege ferenda*.

En resumen, la estructura típica del actual delito concursal del art. 259.1 CP puede ser la siguiente: o disminución del patrimonio del deudor (agravamiento material de la situación de insolvencia) u ocultación de la situación real del deudor (algo análogo a un agravamiento *formal* de la situación de insolvencia)¹⁰⁵. En ambos casos, la *ratio legis* del precepto es la misma: el incremento del riesgo de impago de los créditos del acreedor. Sin disminución del patrimonio del deudor o sin ocultación de la situación real del deudor no hay delito consumado.

Como dos últimas notas de este apartado, cabe mencionar, en primer lugar, que la mera frustración de un acuerdo preconcursal no parece recogida en el tipo penal. No mejorar el estado de insolvencia del deudor,

acumulativamente que la conducta a punir constituya una infracción grave del deber de diligencia y que con ella se produzca una disminución del patrimonio del deudor. La primera de esas limitaciones —la gravedad de la infracción— no aparece expresada en las conductas 1.^a a 5.^a, y la segunda exigencia —la disminución patrimonial— tampoco resulta inherente a todas ellas. No parece lógico que la conducta 9.^a pueda dar lugar a un tipo residual de captación o recogida y al mismo tiempo ese tipo penal resulte más exigente —más restrictivo— que los tipos antecedentes a causa de los dos condicionantes que añade. Por tanto, debe admitirse que esas dos exigencias típicas —la gravedad de la infracción del deber y la disminución patrimonial— resultan también inherentes a las conductas precedentes —1.^a a 5.^a— por lo que deben constatar para afirmar la tipicidad”, PAVÍA CARDELL, J., “Los delitos de insolvencia punible”, *Tratado de Derecho Penal Económico*, CAMACHO VIZCAÍNO, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 820. Otra interpretación es ofrecida por QUINTERO OLIVARES: “Como cierre de las indicaciones se incluye una que se puede calificar como genérica o síntesis de todas: el que realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial. En relación con ella hay que señalar una virtud y un defecto: a) En positivo se ha de valorar la mención a la infracción de los deberes de diligencia de un empresario honesto, pues todas las indicaciones se podrían resumir en esa. Añadirle como cláusula de cierre, por si hubiera quedado fuera de alcance algún otro comportamiento, no puede ser censurado. b) No sucede así con la segunda parte de la indicación, pues añade la exigencia de que a esa eventual falta de diligencia le sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial. Son dos dimensiones que no tienen nada que ver entre ellas. La imputación de la disminución del patrimonio no se ha exigido en ninguna de las otras indicaciones de delictuosidad —y como prueba basta leer lo dispuesto en el número 2 del artículo que se refiere precisamente a la causación directa—, y no hay razón para hacerlo en este caso, máxime si se tiene en cuenta que las indicaciones no se configuran como parte de una relación acción-resultado. El actual delito de bancarrota se presenta con especial estructura, que el legislador califica de ‘peligro’ y que prefiero valorar como actos ilícitos cuya persecución se vincula a la realidad de una situación de crisis, lo cual podría tratarse como una condición objetiva de punibilidad. Por lo tanto, exigir un vínculo causal entre falta de diligencia y disminución del patrimonio es incoherente con el sentido de las indicaciones, QUINTERO OLIVARES, G., “De las insolvencias punibles”, *Comentarios al Código Penal Español. Tomos I y II*, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), 7.^a edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, artículo 259, comentario 4.^oH (formato digital).

102 FARALDO CABANA, P., “Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 23, 2015, p. 65.

103 FEIJOO SÁNCHEZ, 2016, p. 154.

104 En opinión de FRANCÉS LECUMBERRI, “solo cuando las conductas falsarias del art. 259.1, 6.^a a 8.^a CP pongan o hayan puesto en peligro el derecho de crédito de los acreedores estaremos en el ámbito penal”, FRANCÉS LECUMBERRI, P., “El delito de insolvencia punible documental (art. 259.1 aps. 6.^a a 8.^a CP). Críticas y claves para su interpretación”, *InDret Penal*, Barcelona, 2/2019, p. 27.

105 Podría decirse que la razón que ha llevado a esta discutible tipificación penal de meras conductas de ocultación es la misma que fundamenta las presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad concursal. Así, y en concreto, la aplicación por el legislador mercantil de determinadas máximas de experiencia para garantizar el comportamiento ético en el tráfico económico (SAP Madrid 17/2009, de 30 de enero).

impidiendo, por ejemplo, un acuerdo de refinanciación, no agrava la insolvencia, sino que obstaculiza la atenuación de sus efectos. No obstante, si a esa frustración le es imputable una *nueva* disminución del patrimonio del deudor que provoque a su vez un agravamiento de la insolvencia, entonces sí es de aplicación, dada una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos, el art. 259.1.9.ª CP.

Por otro lado, pese a una orientación restrictiva, propuesta muy acertadamente por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en la interpretación del art. 259.1.9.ª CP¹⁰⁶, esta cláusula general puede servir, circunstancialmente, para subsanar omisiones flagrantes del legislador en el listado de conductas típicas que la antecede. Así, entre las conductas que infringen el deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos en situación de insolvencia actual o inminente se debe incluir todo incremento de sueldos y remuneraciones directas o indirectas de administradores y directivos por su incongruencia con la más mínima racionalidad económica, y siempre que, en atención al tipo, le sea imputable a dicho incremento una disminución del patrimonio del deudor¹⁰⁷.

III. DELITO CONCURSAL SIN DECLARACIÓN DE CONCURSO

1. Institutos preconcursales y persecución penal

Con el nombre de Derecho preconcursal se suele hacer referencia a institutos heterogéneos, regulados a partir de concepciones muy distintas en las legislaciones europeas, dirigidos bien a evitar la insolvencia y, por consiguiente, el concurso de acreedores, bien a eludir el concurso de acreedores a pesar de la existencia de insolvencia¹⁰⁸. Con arreglo a las concepciones de la Ley 22/2003, de 9 de julio, la insolvencia, actual o inminente, no tenía más solución que el concurso de acreedo-

res: todo dentro del concurso, nada fuera de él¹⁰⁹. La realidad no tardó en poner de manifiesto la ineficiencia de este sistema diseñado por la Ley Concursal; y así, a través de sucesivas reformas, se introdujeron en ella dos institutos preconcursales cuyo denominador común es evitar el concurso de acreedores: los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos¹¹⁰. Con una simple comunicación al juzgado competente del inicio de negociaciones con los acreedores, el deudor consigue un *periodo de tranquilidad*, uno de cuyos principales efectos, si el deudor se encuentra en estado de insolvencia actual, es “la posposición del cumplimiento del deber legal de solicitar el concurso voluntario y la paralela supresión de la posibilidad de que, durante ese periodo, los acreedores puedan obtener la declaración de concurso necesario”¹¹¹. El deudor se ha de encontrar en estado de insolvencia, sea actual o inminente, de modo que “se veta a los deudores no insolventes la posibilidad de efectuar la comunicación para intentar pactar con los acreedores una reestructuración del pasivo que, en el supuesto de fracasar, podría generar el estado de insolvencia”¹¹². Si el deudor estuviera en estado de insolvencia actual, la comunicación del inicio de negociaciones para un acuerdo de refinanciación o para un acuerdo extrajudicial de pagos solo podrá realizarse antes del vencimiento del plazo legalmente establecido para el cumplimiento del deber de solicitar el concurso (art. 584 TRLC). Por supuesto, no se podrá formular esa comunicación si el concurso hubiera sido ya declarado¹¹³.

La comunicación del inicio de negociaciones no afecta a la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor¹¹⁴. Respecto de los acuerdos colectivos de refinanciación, la Ley exige que el acuerdo responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo¹¹⁵. Los acuerdos de refinanciación, en determinados casos, pueden llegar

106 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, pp. 130-131.

107 Para la retribución de los administradores, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, IGLESIAS PRADA, 2019, pp. 510-513. “La Ley establece (...) unos principios generales en relación con la remuneración de los administradores, al exigir que guarde una proporción razonable con la importancia de la sociedad y su situación económica y que se oriente a promover la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad a largo plazo (art. 217.4 LSC). Se trata de un conjunto de criterios de carácter esencialmente programático e incierto contenido jurídico, que sin embargo podrían servir en casos extremos para impugnar y anular retribuciones excesivas que no guarden la debida proporción con la situación de la empresa o con los beneficios obtenidos por los socios”, GARCÍA DE ENTERRÍA, IGLESIAS PRADA, 2019, pp. 511-512.

108 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 691; ROJO, *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen II*, MENÉNDEZ, A., ROJO, A., (Dirs.), 17ª edición, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 605.

109 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 691-692; ROJO, 2019, p. 605.

110 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 692; ROJO, 2019, p. 606.

111 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 692; ROJO, 2019, p. 606.

112 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 694.

113 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 694; ROJO, 2019, p. 608.

114 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 695; ROJO, 2019, p. 609.

115 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 698; ROJO, 2019, p. 612.

a vincular, dada una homologación judicial, incluso a acreedores que no los hayan suscrito¹¹⁶.

Debemos preguntarnos si “en torno a los acuerdos preconcursales de reestructuración en situaciones de previsión o probabilidad de insolvencia se está configurando un nuevo derecho en el que frente a la prioridad de satisfacción de los acreedores conforme a la *par conditio creditorum* cobra ahora especial significación y primacía el principio de conservación de la empresa sobre la base de su viabilidad pese a su situación de crisis”¹¹⁷. Las reformas en sede de calificación y responsabilidad concursal han de ponerse en conexión con la introducción en Derecho español de los acuerdos preconcursales de reestructuración de empresas en crisis, que se sitúan en sede de legislación concursal pero que en realidad responden a nuevos principios de política y técnica jurídica en gran medida ajenos a las bases sobre las que se elaboró la LC en 2003¹¹⁸.

Entre otros factores, la alta tasa de liquidación de empresas concursadas ha incidido en esta progresiva renovación del Derecho concursal. Respecto de los institutos preconcursales, es importante recordar que la obligación de solicitar el concurso que recae sobre el deudor que se encuentre en estado actual de insolvencia decae y se sustituye por la facultad de comunicar el inicio de las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 583.1 TRLC)¹¹⁹.

En frontal contradicción con el horizonte que ha guiado la incorporación en nuestro de Derecho de los

institutos preconcursales, es técnicamente posible la punibilidad de una insolvencia actual sin declaración de concurso nada menos que durante el periodo de tranquilidad abierto por una comunicación del inicio de negociaciones para un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos. En tanto la insolvencia actual, aunque no necesariamente, sí suele incorporar un sobreseimiento generalizado de pagos, con el elemento típico tenemos, en tales supuestos, la punibilidad, sin necesidad de esperar a la declaración de concurso, y sin necesidad, por lo tanto, de que fracase el acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos. Esto solamente se puede evitar con una reforma legislativa o con una interpretación restrictiva —y muy arriesgada— del vigente art. 259 CP que vincule necesariamente la insolvencia actual típica con la declaración de concurso como condición de perseguibilidad. No hay que olvidar que una hipotética laguna de punibilidad de la insolvencia actual sin concurso queda satisfecha con el alzamiento de bienes si hay ocultación y con la administración desleal si hay incumplimiento grave del deber de lealtad del administrador social respecto de la gestión del patrimonio social¹²⁰. Parece, en cualquier caso, que hay una clara descoordinación entre, por un lado, el impulso de los institutos preconcursales y la promoción de la segunda oportunidad y, por otro, la criminalización de la insolvencia (incluso imprudente) sin concurso¹²¹.

Los principios de la normativa concursal (*par conditio creditorum*, interés del concurso o mantenimiento

116 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, pp. 700-703; ROJO, 2019, p. 613-615. Para el Derecho concursal de emergencia relativo a los institutos preconcursales, *vid.* SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, pp. 720-721.

117 ALONSO UREBA, 2016, p. 1838. “Y lo que diferencia a los sistemas concursales más modernos de los más anticuados es la existencia de un procedimiento de reestructuración que ‘puede ser iniciado antes de declarar el concurso’”, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Administradores frente a accionistas y acreedores: ‘deberes de lealtad para los accionistas y obligaciones pactadas o legales para los acreedores’”, *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, BERMEJO GUTIÉRREZ, N., MARTÍNEZ FLOREZ, A., RECALDE CASTELLS, A. (Dirs.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 95.

118 ALONSO UREBA, 2016, p. 1838. Sobre la doble dirección de la Ley Concursal y la reforma penal de 2015, véase BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “Frustración en la ejecución e insolvencias punibles”, *Estudios sobre el Código Penal reformado*, MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 592-593.

119 Véase BLANCO BUITRAGO, 2019, p. 24.

120 Desde la perspectiva italiana, resulta de interés la nueva orientación del derecho concursal, marcada, entre otros aspectos, por “el definitivo golpe infligido a la caracterización infamante y sancionadora de la quiebra, acompañado por el apoyo hacia nuevos proyectos de solución de la crisis”; y ello en relación “con la acogida de la cultura de la segunda oportunidad, producida a partir de la lectura de la crisis en términos fisiológicos, que no puede obstruir, también teniendo en cuenta el interés del mercado, el retorno fresco del empresario a la escena económica”, PACCHI, 2013, p. 84, con un detallado análisis de la evolución legislativa. Entre nosotros, “[e]s lamentable que la mayor parte de los concursos concluyan con la liquidación de la empresa, luego con el cese de su actividad y el despido de los trabajadores. Habría que reorientar la reforma concursal para intentar cambiar esta realidad y lograr, por razones de interés público, la supervivencia de los negocios y las empresas; que el concurso no acabe siempre con la liquidación, sino que el negocio pueda continuar. Para ello habría que articular, a través de la mediación, negociación en definitiva, mecanismos de liberación de los deudores, que favorezcan la renegociación de la deuda, con quitas y esperas, que no asfixien aún más a la empresa y permitan su viabilidad”, JAÉN VALLEJO, M., “Confluencia del Derecho Concursal y el Derecho Penal. Responsabilidad de los administradores concursales”, *La aplicación práctica de la nueva Ley Concursal tras un año de vida*, MARTÍN MOLINA, P. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2013, p. 147.

121 De gran interés resulta el acuerdo de reestructuración en tanto la medida concreta pudiera llevar al socio o grupo minoritario a votar en contra para, por ejemplo, evitar la dilución de su posición en la sociedad en un aumento del capital por conversión de créditos. “Para saber qué impacto puede tener la reestructuración forzosa en nuestro ordenamiento habría que averiguar, no obstante, en qué ca-

de la empresa viable) orientan “el procedimiento concursal hacia el triple propósito del concurso: (i) la conservación de la empresa viable —y con ello, el mantenimiento de los puestos de trabajo—, (ii) la protección de los acreedores —y, en su caso, su satisfacción— y (iii), con carácter residual, el castigo para quienes hayan actuado censurablemente en el desempeño de sus funciones, generando o agravando el estado de insolvencia del concursado”¹²².

El Derecho penal recoge y apuntala esta función residual, en ejecución del principio de intervención mínima, pero ha de hacerlo sin desbaratar la jerarquía funcional mencionada, es decir, sin incriminar conductas no sancionables en el ámbito mercantil. No debe olvidarse, por ejemplo, que la *condena* a la cobertura del déficit concursal no se aplica nunca al deudor o concursado (art. 456 TRLC)¹²³.

2. Solicitud del concurso por el deudor

La insolvencia inminente está asociada al concurso voluntario: “La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones” (art. 2.3 TRLC).

El deber de solicitud de concurso voluntario se limita a los supuestos en que el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual (art. 5.1 TRLC), constituyendo una facultad en supuestos de insolvencia inminente (art. 6.1 TRLC). El tenor literal del art. 5.1 TRLC, a diferencia de lo que ocurría con la Ley 22/2003, lo hace expreso: el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia *actual*. Aunque la Ley 22/2003 no limitaba expresamente dicho deber a los supuestos de insolvencia actual, ello se desprendía de su misma Exposición

de Motivos, en la que se afirmaba que “el deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiere debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste” (II-8)¹²⁴.

Era pacífica la interpretación que propugnaba que el estado de insolvencia había de ser actual, pues con la insolvencia inminente no se daba —ni se da— un deber legal de solicitar el concurso¹²⁵. De un posible deber moral del deudor en orden a solicitar su propio concurso frente a sus acreedores en caso de insolvencia inminente “no se infiere un ‘deber legal’, pues al deudor se le puede obligar a solicitar el concurso cuando el actual deterioro de su situación económica justifique que la mejor vía para proteger a los acreedores en la satisfacción ordenada de sus créditos sea la solicitud de concurso, pero no así cuando dicho deterioro sea una mera probabilidad, pues ello contravendría la libertad de empresa constitucionalmente reconocida (art. 38 CE), pues en dicho contexto al deudor le queda reservada la libertad de prevenir su crisis por la vía de la solicitud de concurso o por otros medios que el ordenamiento pone a su alcance (cambio de políticas comerciales, sustitución de administradores, recurso al crédito, aumento o reducción de capital,...)”¹²⁶.

El Derecho mercantil establece el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso cuando hubiera debido conocer su estado de insolvencia actual: “El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual” (art. 5.1 TRLC). “Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido que se encuentra en estado de insolvencia cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado” (art. 5.2 TRLC). El incumplimiento de este deber puede conducir, eventualmente, a la calificación del concurso como culpable (art. 444.1.º TRLC)¹²⁷.

sos el voto de la minoría será determinante de la aprobación de la medida de reestructuración”, MELERO BOSCH, L.V., “Algunas reflexiones en torno al deber de fidelidad del socio en la reestructuración preventiva de las sociedades de capital”, *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, BERMEJO GUTIÉRREZ, N., MARTÍNEZ FLÓREZ, A., RECALDE CASTELLS, A. (Dirs.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 225. Sobre el interesante debate en torno a si la falta de apoyo de los socios minoritarios puede considerarse contraria al interés social y, en consecuencia, desleal, o si, por el contrario, la reestructuración forzosa convierte el derecho de propiedad en una potestad pública instrumentalizada al fin social y sin contraprestación, véase MELERO BOSCH, 2019, pp. 225-229.

122 SALA SANJUÁN, 2019, p. 50.

123 El TRLC, de forma apropiada, prescinde de la expresión *responsabilidad concursal* y emplea el término más contundente de *condena*, SALA SANJUÁN, 2019, p. 55.

124 Véase PULGAR EZQUERRA, 2016, pp. 196-197.

125 MARTÍNEZ RUIZ, L., “El incumplimiento del deber de solicitar el concurso en las resoluciones de los tribunales”, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, ROJO, A., CAMPUZANO, A.B., (Dirs.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 239.

126 PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 197.

127 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 546; BELTRÁN, ROJO, 2019, p. 491.

La presunción *iuris tantum* contenida en el apartado 2 del art. 5 TRLC —de conocimiento por el deudor de su estado de insolvencia cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado— circunscribe el ámbito del deber a la insolvencia actual, pues los hechos del art. 2.4 TRLC que legitiman a un acreedor para solicitar el concurso constituyen manifestaciones externas de un estado de insolvencia actual y no de un estado de insolvencia inminente. Esta última solo legitima al deudor y no a los acreedores para solicitar el concurso¹²⁸.

Las actuales relaciones entre tipo penal y punibilidad, configuradas por el legislador de 2015, permiten la punición de la insolvencia inminente no convertida en actual sin sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de las obligaciones exigibles, precisamente cuando, como consecuencia del cumplimiento de ese posible deber moral, el deudor solicita el concurso y este es declarado. Estamos hablando de una insolvencia inminente sin incumplimiento regular de las obligaciones exigibles; requisito este último, como se vio, quizás inherente a la propia noción típica de insolvencia actual, pero, en ningún caso, presupuesto necesario de la insolvencia inminente.

La extensión del ámbito de intervención penal a estos supuestos no puede ser más desafortunada: en ellos ni siquiera cabe el concurso necesario.

Como es sabido, las condiciones de punibilidad del art. 259.4 CP son criterios alternativos: con uno de ellos basta para la persecución penal de la conducta típica. Esto significa que cabe la pena aunque no haya incumplimiento regular de las obligaciones exigibles: es punible una insolvencia inminente si se declara el concurso¹²⁹.

Como se señala en las páginas precedentes, la solicitud del concurso de acreedores es una facultad del deudor en estado de insolvencia inminente, nunca un deber, pues el ordenamiento le otorga la libertad de prevenir su insolvencia actual por otras vías, como el cambio de políticas comerciales, la sustitución de los administradores, el recurso al crédito, o un aumento o reducción de capital¹³⁰. No cabe duda, sin embargo, de que el Derecho concursal incentiva al deudor para que solicite oportunamente el concurso, al establecer como

regla general —sujeta, no obstante a excepciones— la intervención y no la suspensión en caso de concurso voluntario¹³¹. La intervención permite que el deudor mantenga sus facultades de administración y disposición sobre la masa activa, sometidas a autorización o control de la administración concursal, a diferencia de lo que ocurre con la suspensión, en la que el deudor pierde estas facultades y es sustituido por el administrador concursal (art. 106 TRLC)¹³².

La insolvencia actual comparte con la inminente la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones, habiendo de referirse dicha imposibilidad, en la insolvencia inminente, a un futuro próximo que no se delimita legalmente, y excluyéndose de este ámbito al deudor que prevé que no pagará no porque no puede sino porque no quiere; la insolvencia inminente es un pronóstico y, en consecuencia, una cuestión de hecho que debe ser apreciada por los tribunales caso por caso¹³³. A su vez, y a diferencia de lo que ocurre con el concurso necesario, en supuestos de concurso voluntario no están tasadas legalmente las manifestaciones externas de la insolvencia, actual o inminente, pues el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el art. 2.4 TRLC (concurso necesario) u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor (art. 2.2 TRLC: “La solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor deberá fundarse en que se encuentra en estado de insolvencia”) ¹³⁴. Los hechos de concurso voluntario, en consecuencia, configuran un sistema de *numerus apertus*¹³⁵.

Para lo que aquí interesa, el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (insolvencia inminente), aunque la calificación que haga de su insolvencia en la solicitud no vincule al juez, es el único legitimado para instar el concurso por esta causa¹³⁶. De esta característica parece que se desentiende el legislador penal de 2015 al incriminar al deudor en insolvencia inminente que solicita con éxito la declaración de concurso.

Resulta extraño, en términos generales, que el cumplimiento de un deber (la solicitud de concurso es un deber del deudor que se halla en estado de insolvencia actual, art. 5.1 TRLC) pueda convertirse en la condi-

128 *Vid.*, PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 197.

129 *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 128.

130 PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 197.

131 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 547; BELTRÁN, ROJO, 2019, p. 491.

132 *Vid.* SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 547; BELTRÁN, ROJO, 2019, p. 491.

133 PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 153.

134 *Vid.* PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 155.

135 PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 155.

136 PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 153.

ción determinante de la persecución penal de la insolvencia¹³⁷. A efectos penales, en tanto la punibilidad de la insolvencia puede depender de esa solicitud de concurso (no es posible su declaración de oficio por el juez)¹³⁸, el cumplimiento de ese deber se convierte en una autoinculpación.

Esto contrasta con el hecho de que, en el ámbito mercantil, es precisamente el incumplimiento de ese deber lo que resulta oneroso para el deudor, pues, en caso de que llegue a formarse la sección de calificación, conlleva una presunción *iuris tantum* de concurso culpable (art. 444.1.º TRLC); además, en el supuesto de sociedades de capital, podrá llegar a determinar la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales posteriores a la concurrencia de una causa de disolución, cuando concurrieran además pérdidas de la mitad del capital social y los administradores incumplieran los deberes específicamente impuestos por la norma (art. 367 LSC)¹³⁹.

Esta presunción *iuris tantum* de concurso culpable por incumplimiento por el deudor que se halla incurrido en una situación de insolvencia actual de su deber de solicitar el concurso, puede ser desmontada probando por ejemplo que la ausencia o el retraso en la solicitud de concurso se acompañó de un intento de arreglo extrajudicial (por ejemplo, por medio de un acuerdo de refinanciación en supuestos en que concurriese una mera crisis operativa de ajuste entre pagos e ingresos, aunque después ello desembocase en un estado de insolvencia irreversible)¹⁴⁰. Esto no obsta para que, en atención a la extrema gravedad que puede revestir la sanción para el administrador por el concurso culpable, se conciba que la normativa concursal busca disuadir del incumplimiento del deber de solicitar el concurso con lo que se ha denominado un incentivo negativo¹⁴¹. Como regla general, la declaración de concurso a instancias de tercero, aunque no conlleva por sí misma la calificación del concurso como culpable, suele caer en la órbita calificadora culpable propiciada por el art.

444.1.º TRLC en caso de incumplimiento por el deudor del deber de solicitud del concurso¹⁴². Y ello “salvo que justifique el incumplimiento, por ejemplo, con fundamento en estar negociando con sus acreedores una solución a su situación de insolvencia al tiempo de serle impetrado el concurso necesario, o la aplicación del principio de prudencia empresarial que, en determinadas circunstancias, aconseja agotar todas las vías para asegurar, en base a criterios y estrategias racionales, la continuidad de la actividad empresarial antes de iniciar la senda concursal”¹⁴³.

En lo que se refiere a la insolvencia inminente, se debe recordar que nuestro CP reserva para la punibilidad el ejercicio con éxito de una facultad del deudor *promovida* por la legislación mercantil¹⁴⁴.

IV. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTAS NORMATIVAS

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ considera que la insolvencia inminente únicamente tendrá relevancia penal cuando haya desembocado en la declaración judicial de concurso, pues, si no ha tenido lugar la declaración del concurso, solo se podrá aplicar el art. 259 CP si existe una insolvencia actual, dado que, como es obvio, la insolvencia inminente no implica aún el incumplimiento regular de las obligaciones exigibles¹⁴⁵. Aunque este será, sin duda, el escenario habitual, cabe pensar, no obstante, en una insolvencia inminente que conduzca al incumplimiento de las obligaciones exigibles sin declaración de concurso. Por un lado, el sobreseimiento generalizado de pagos, en tanto ha sido elegido por el legislador penal como condición de punibilidad, es discutible que pueda ser considerado un elemento necesario de la noción penal de insolvencia actual. Por otro, el deudor en estado de insolvencia inminente no tiene el deber de solicitar el concurso. Además, el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones es un hecho presunto que puede ser desmontado por el deudor, de modo que

137 Para los efectos sobre la declaración de concurso de acreedores de las medidas de emergencia provocadas por el Covid-19, véase SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 715.

138 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 556; BELTRÁN, ROJO, 2019, p. 498.

139 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 557, con referencia a la STS de 5 de noviembre de 2019; BELTRÁN, ROJO, 2019, p. 498.

140 PULGAR EZQUERRA, 2016, pp. 206-207, con cita de la sentencia de la AP Barcelona, sección decimoquinta, de 29 de abril de 2016, en la que se destruye la presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave (ahora, de concurso culpable), ex art. 165.1.º LC (444.1.º TRLC), en un supuesto en el que los administradores sociales no optaron por solicitar en plazo el concurso en la pretensión de encontrar otra solución que diera viabilidad a la compañía, pues la Audiencia consideró que la actuación de los administradores fue diligente dado que su preferencia por intentar encontrar un socio industrial era mejor solución para la sociedad y los acreedores que la solicitud de concurso.

141 PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 206.

142 AZNAR GINER, E., *El concurso necesario de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 369.

143 AZNAR GINER, 2020, p. 369.

144 La Ley Concursal incentiva al deudor para que solicite oportunamente el concurso, SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 547; BELTRÁN, ROJO, 2019, p. 491.

145 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 128.

tampoco se corresponde en el ámbito mercantil con la noción de insolvencia actual. Si a todo esto le añadimos que, en caso de insolvencia inminente, la declaración de concurso solo puede ser solicitada por el deudor, podemos recordar que es posible aplicar el 259 CP a una insolvencia inminente sin declaración de concurso: se puede pensar en una insolvencia inminente —que no es actual porque todavía no hay una incapacidad de pago sino solo una previsión de la misma— acompañada de un impago generalizado provocado por una causa distinta de la incapacidad actual de pago, siendo de aplicación los apartados 1 y 4 del art. 259 CP.

Pero lo que sí se puede admitir como una certeza es que el incumplimiento de las obligaciones exigibles (art. 259.4 CP) se corresponde con el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor (art. 2.4.4.º TRLC). Sobreseer el pago de las obligaciones corrientes significa dejar de pagarlas¹⁴⁶.

El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones es uno de los hechos externos recogidos en el art. 2.4 TRLC en los que puede fundarse la solicitud de concurso necesario. El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor (art. 29.1 TRLC); si bien, se considerará necesario el concurso cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado aunque este hubiera desistido, no hubiera comparecido en la vista o no se hubiese ratificado en la solicitud (art. 29.2 TRLC). No obstante esto último, queda por saber si el art. 29.2 TRLC es aplicable en sus términos literales en los supuestos en los que la solicitud previa de concurso necesario sea, no desistida, sino denegada por el juez¹⁴⁷. Parece que el deber del deudor de solicitar el concurso se mantiene, “pero no está tan claro que la solicitud posterior del deudor deba ser considerada como de concurso necesario”¹⁴⁸.

Si el acreedor no fundamenta su solicitud en alguno de los hechos externos del art. 2.4 TRLC, aun cuando pudiera probar la insolvencia por otra vía, no podrá declararse ni admitirse la solicitud de concurso necesario, resultando irrelevantes en este ámbito, entre otras, las

consideraciones del acreedor sobre el deslizamiento del deudor hacia la insolvencia, su viabilidad o su situación de fondo¹⁴⁹.

Entre otros supuestos, el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones, en caso de admisión a trámite de la solicitud de concurso, permite la oposición del deudor, bien basada en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o bien en que, *aun existiendo, no se encontraba o ya no se encuentra en estado de insolvencia* (art. 20 TRLC)¹⁵⁰. Así, “si el instante del concurso ha acreditado la concurrencia del hecho externo revelador de la insolvencia, el deudor siempre puede evitar el concurso acreditando que, pese a ello, no es insolvente, que no concurre el presupuesto objetivo de la insolvencia”¹⁵¹.

El sobreseimiento ha de ser actual y no pretérito, habiendo de concurrir para ser considerado actual y determinar en su caso la declaración de concurso no solo en el momento de la solicitud sino también en el de la declaración del concurso¹⁵². Resulta ilógico declarar el concurso de una persona en base a una insolvencia concurrente al tiempo de su solicitud pero que ha desaparecido durante la sustanciación del procedimiento, siendo inexistente al tiempo de declararse el mismo¹⁵³. El art. 20.1 TRLC ha hecho explícita la posibilidad, admitida doctrinal y jurisprudencialmente para el anterior art. 18 LC¹⁵⁴, de que el deudor base su oposición a la solicitud de admisión del concurso en la eliminación, con posterioridad a la presentación de la solicitud y la admisión a trámite, de su situación de insolvencia subyacente: “El deudor podrá basar la oposición a la solicitud de declaración de concurso en la falta de legitimación del solicitante; en la inexistencia del hecho externo revelador del estado de insolvencia en que se fundamente la solicitud, o en que, aun habiéndose producido ese hecho, no se encontraba en estado de insolvencia o ya no se encuentra en ese estado” (art. 20.1 TRLC). “Si el deudor alegase que no se encuentra en estado de insolvencia, le incumbirá la prueba de su solvencia. Si el deudor estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho” (art. 20.2 TRLC). No obstante lo anterior, la existencia de defectos u omisiones en la

146 ROJO, A., “Presupuesto objetivo”, *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, BELTRÁN, E., CAMPUZANO, A.B., ALAMEDA, M.T., ROJO, A., (Coords.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004 (reimpresión 2006), p. 187.

147 GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., *Comentario a la Ley Concursal*, PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 413.

148 GONZÁLEZ GARCÍA, 2016, p. 413.

149 PULGAR EZQUERRA, 2016, pp. 157-158.

150 SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 559 (cursivas añadidas).

151 AZNAR GINER, 2020, p. 313.

152 PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 160.

153 AZNAR GINER, 2020, p. 334.

154 Al respecto, PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 379.

contabilidad no supone necesariamente su invalidación como medio probatorio de la solvencia del deudor; esta invalidación no se da si, pese a tales defectos u omisiones, la contabilidad ofrece imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa¹⁵⁵.

A efectos penales, el sobreseimiento como tal no es punible. *Para que lo sea ha de darse una situación de insolvencia, es decir, un elemento del tipo*. Los conceptos penales de sobreseimiento e insolvencia no pueden ser sinónimos; si lo fueran, la referencia al incumplimiento regular de las obligaciones exigibles quedaría vacía de contenido —desde su mismo nacimiento— para la insolvencia actual, y es deber del intérprete presumir la racionalidad normativa.

En un primer momento, cabe pensar que el sobreseimiento queda reservado a la insolvencia inminente. Esta, como vimos, es una interpretación posible pero muy arriesgada: la insolvencia actual requeriría de la declaración de concurso y la insolvencia inminente del incumplimiento regular de las obligaciones exigibles. Pero la estructura del art. 259 CP complica esta interpretación. De hecho, el mero agravamiento de la insolvencia inminente es típico (art. 259.1 CP) y punible si se declara el concurso (259.4 CP). Aquí volvemos a la disfuncional punibilidad de la insolvencia inminente cuando el deudor hace uso con éxito de su facultad de solicitar el concurso (para evitar, quizás, el propio sobreseimiento).

Sobreseimiento es impago e insolvencia es incapacidad de pago (art. 2.3 TRLC). La incapacidad de pago es un elemento del tipo y el impago una condición de punibilidad, lo cual no obsta, como es obvio, para que ambos puedan coincidir en los hechos enjuiciados.

En tanto incapacidad de pago e impago son conceptos jurídicos separados, la insolvencia actual no implica necesariamente un sobreseimiento, pudiendo este último concebirse como una condición independiente de punibilidad también para la insolvencia actual.

La insolvencia inminente es una previsible incapacidad de pago. Hay que ponderar, de *lege ferenda* si, fuera del concurso, el sobreseimiento en caso de previsible incapacidad de pago es punible sin más o si requiere de una conversión de la previsible incapacidad de pago en incapacidad de pago actual. No hay que olvidar que quien no paga porque no quiere no es un insolvente actual; puede ocurrir que el deudor en insolvencia inminente decida suspender pagos sin verse forzado a ello,

es decir, sin encontrarse en una situación de insolvencia actual.

Llegados aquí, cabe preguntarse por qué la declaración de concurso sigue siendo una condición de punibilidad declarada una independencia casi total de ambos órdenes jurisdiccionales, mercantil y penal. Parece que no hay ninguna razón para que la persecución penal de la insolvencia, en bien del procedimiento concursal, haya de esperar a la declaración de concurso. Y si no se trata de un principio de coordinación procesal, es decir, si la declaración de concurso fundamenta la pena en el sometimiento de los acreedores ordinarios a los principios de paridad de trato y comunidad de pérdidas propios de la *par conditio creditorum*, entonces su lugar es el tipo. No se debe pasar por alto que si declaración de concurso y sobreseimiento operan como condiciones alternativas de punibilidad, la concurrencia de cualquiera de ellas conduce a la pena. Pero si, debido a su núcleo de lesividad material, fuesen elementos típicos, la realización del tipo completo necesitaría de ambas condiciones.

La declaración de concurso abre un procedimiento concursal, pues el concurso es en esencia un procedimiento judicial. No hay razón ninguna para que la intervención penal se haga depender del inicio de un proceso de orden civil, pronunciada además la total independencia de jurisdicciones. La confusión de la ley penal es manifiesta: por un lado se declara la total independencia de los dos órdenes jurisdiccionales y, por el otro, con la calificación de la declaración de concurso como una condición objetiva de punibilidad, se afirma la primacía de las finalidades penales sobre las civiles justo en el preciso momento en que la jurisdicción mercantil comienza a actuar. Es bien sabido que, para buena parte de la doctrina penal, lo característico de una cuarta categoría del delito ubicada más allá del injusto y la culpabilidad radica en que incorpora supuestos en los que las finalidades extrapenales tienen prioridad frente a la necesidad de pena¹⁵⁶. ROXIN emplea como ejemplos de condiciones objetivas de punibilidad las condiciones del delito de bancarrota, entre las que se encuentran la suspensión de pagos o la apertura del procedimiento concursal; en estos casos, la prioridad extrapenal consiste en evitar la inmediata ruina económica del deudor que podría provocar el procedimiento penal¹⁵⁷.

La subordinación temporal del proceso penal al concursal intenta resolver una de las cuestiones más complejas de los delitos de quiebra: encontrar el equilibrio entre la necesidad de castigar los comportamientos de

155 AZNAR GINER, 2020, p. 314.

156 ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2006, 23/21, pp. 1042-1043.

157 ROXIN, 2006, 23/23, p. 1043. Para la difícil distinción entre condiciones de punibilidad y de perseguibilidad penal, ROXIN, 2006, 23/41-60, pp. 1050-1057.

bancarrota y el criterio de oportunidad de no provocar la insolvencia de la empresa a través del inicio del proceso penal¹⁵⁸.

La opinión doctrinal mayoritaria concibe la declaración de concurso como una condición objetiva de punibilidad, con el fin de conseguir una mejor coordinación entre el Derecho penal y el Derecho concursal¹⁵⁹. “[P]arece más ajustada la calificación de este requisito legal como condición objetiva de punibilidad, la cual no debe entenderse como institución vulneradora del principio de culpabilidad sino como restricción político-criminal que condiciona el castigo a intereses que el legislador considera prevalentes”¹⁶⁰. “Se trataría de no agravar más la situación del deudor con la apertura de un proceso penal, porque podría ser que la intervención penal causase más costes que beneficios para el bien jurídico protegido”¹⁶¹.

Resulta difícil, no obstante, defender la separación de órdenes jurisdiccionales *cuando la declaración de concurso se convierte en un factor que decide por sí mismo la preeminencia de las finalidades penales sobre las extrapenales*; en otras palabras: cuando la necesidad de pena se impone en el mismo momento (a salvo el sobreseimiento de pagos) en que se declara el concurso, con todos sus importantes objetivos particulares. Habida cuenta de esta subordinación *in status nascendi* del concurso a la necesidad de pena, la independencia de ambas jurisdicciones es pura retórica¹⁶².

El presupuesto del delito es la insolvencia; un elemento más racional de punibilidad es el mencionado incumplimiento del deber de solicitar el concurso: en primer lugar, porque depende en exclusiva del autor del delito y, en segundo lugar, por las razones expuestas

por TIEDEMANN¹⁶³. Todo ello confirmado por el hecho de que la función represiva civil del concurso se excepciona en caso de solicitud tempestiva del concurso por los acreedores.

Con la incorporación del incumplimiento regular de las obligaciones exigibles en la redacción del actual art. 259.4 CP, la realidad es que la declaración de concurso ha perdido peso como núcleo de la insolvencia actual punible, pues lo habitual es que a la incapacidad de pago le acompañe un impago generalizado. Los hechos del art. 2.4 TRLC que legitiman a un acreedor para solicitar el concurso constituyen manifestaciones externas de un estado de insolvencia actual, nunca de insolvencia inminente; insolvencia inminente que solo legitima al deudor —sin obligarle a ello— y no a los acreedores a la solicitud del concurso¹⁶⁴.

En conclusión, quizás se podría reflexionar sobre la conveniencia de sustituir la declaración de concurso por el *incumplimiento por el deudor en insolvencia actual de su deber de solicitar el concurso*; es también pertinente encontrar alguna fórmula que evite la irrupción del Derecho penal en sede preconcursal en caso de insolvencia actual.

Por otro lado, siempre que se integre el tipo con una conexión causal, entre acción y resultado habrán de exigirse los criterios de imputación objetiva¹⁶⁵.

Para terminar este apartado, debemos recordar que el concepto penal de insolvencia es patrimonial —incapacidad de pago patrimonial—, y no funcional, como el mercantil, que incluye la incapacidad de pago por mera iliquidez¹⁶⁶. Esto significa que si la insolvencia penal actual es incapacidad de pago patrimonial, la insolven-

158 NIETO MARTÍN, 2000, p. 56.

159 ROCA DE AGAPITO, L. “Problemas centrales del delito de concurso punible (art. 260.1 CP)”, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, ROJO, A., CAMPUZANO, A.B., (Dir.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 585.

160 GARCÍA RIVAS, N., “Insolvencias punibles”, *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 380.

161 ROCA DE AGAPITO, 2013, p. 585. Para la declaración de concurso como requisito de perseguibilidad, véase GONZÁLEZ CUS-SAC, 2005, pp. 1453-1454; también ROCA DE AGAPITO, 2013, pp. 585-586.

162 No obstante, resulta acertada la reflexión de GONZÁLEZ CUS-SAC, para quien sólo al Derecho privado corresponde determinar las conductas desaprobadas desde la perspectiva de una gestión ordenada. “La idea de insolvencia es normativa, luego normativamente ha de estar delimitada. El Derecho Penal no puede intervenir directamente, al margen de la normativa mercantil, porque entonces el ciudadano no podría saber a qué atenerse”, 2005, p. 1467. De acuerdo con lo anterior, considero que la noción clave para la intervención penal es la de insolvencia *culpable*. Lo más importante es que la norma penal seleccione la tipicidad dentro del campo de culpabilidad acotado por la normativa concursal, con independencia de la coordinación que ello exija entre los distintos órdenes jurisdiccionales, pues es en fase de conminación penal donde el ciudadano debe “saber a qué atenerse”.

163 De conformidad con las reglas de la experiencia, una puntual solicitud del concurso permite una mejor conservación de la masa concursal y, en definitiva, una mejor satisfacción de los acreedores, lo cual se orienta a la protección de los *intereses patrimoniales de los acreedores*, de la Sociedad misma y, en definitiva, también de los socios, TIEDEMANN, 2010, p. 422.

164 PULGAR EZQUERRA, 2016, p. 197.

165 FEIJOO SÁNCHEZ, 2009, p. 23.

166 La doctrina mercantilista diferencia el concurso con déficit del concurso con superávit, pues el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (presupuesto objetivo del concurso), “tanto si se encuentra en situación de déficit o desbalance patrimonial, cuanto si, disponiendo de activo suficiente, carece de liquidez que le permita pagar las obligaciones a la fecha de los respectivos vencimientos”, SÁNCHEZ PAREDES, FLORES SEGURA, 2020, p. 548.

cia inminente será la previsión de una incapacidad de pago patrimonial. *La previsión de incapacidad de pago por iliquidez no es una insolvencia inminente a efectos penales; en consecuencia, está fuera del tipo del art. 259.1 CP.* Por supuesto, y dada la correspondiente

conducta del art. 259.1 CP, sí es típica la agravación de la insolvencia penal, como lo es la causación de una insolvencia penal actual desde cualquier punto de partida (259.2 CP).