

# LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES EN EL NUEVO CODIGO PENAL

*Prendes Carril, Pedro*

*Abogado*

## **Resumen**

*En la presente obra trataré de abordar los aspectos más destacados con que el nuevo Código Penal, LO. 10/1995, de 23 de noviembre, regula una materia de indudable interés, tan apasionante como compleja, enmarcando bajo una misma rúbrica “De las insolvencias punibles”, una serie de figuras delictivas muy enraizadas con el ámbito empresarial. Nos movemos en el marco de las defraudaciones, si bien, no ostentando este carácter un papel preponderante en la acción típica, de ahí su encuadramiento separado y bajo una rúbrica independiente y autónoma. La nueva regulación de las insolvencias punibles introduce novedades dignas de elogio, conformando un marco normativo que habrá de ser “vestido” por una Jurisprudencia coherente y uniforme que sea capaz de integrar las múltiples situaciones que en el tráfico civil y mercantil puedan darse.*

## **Introducción**

El nuevo Código Penal (CPn.), contempla bajo la rúbrica “*De las insolvencias punibles*” dos figuras delictivas, el alzamiento de bienes (arts. 257 y 258 cp), y las ejecuciones universales punibles -quiebra, concurso y suspensión de pagos- (arts. 259 a 261 cp). En todas ellas se da un componente defraudatorio, si bien, no es éste preeminente en la configuración de la conducta típica, de ahí su diferenciación con los tipos propiamente defraudatorios, del que es máximo esponente la estafa,

preponderando la protección de un bien o bienes jurídicos supraindividuales, que ha llevado a algún autor<sup>1</sup> a hablar de “*delitos pluriofensivos*”, siendo objeto de protección no sólo el patrimonio individual de la víctima, sino algo más, el mismo “*orden socioeconómico*”, sistema crediticio o economía nacional.

Acaso, esta vocación multiprotectora justifica su ubicación dentro del Título denominado “*De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*”, frente a la rúbrica del precedente Código Penal “*Delitos contra la propiedad*”. Este matiz diferencial, lejos de ser anecdótico o puramente terminológico, nos orienta hacia el cambio de criterio en cuanto al bien o bienes jurídicos objeto de protección, como queda dicho.

Por otra parte, resulta elogiable la nueva rúbrica del Capítulo VII, “*De las insolvencias punibles*”, dotada de mejor técnica legislativa que la del anterior código punitivo, “*Del alzamiento, quiebra concurso e insolvencias punibles*”, como si los otros supuestos relacionados no constituyeran verdaderas insolvencias punibles.

Previamente al análisis de cada una de las figuras delictivas que componen el capítulo en cuestión, y a la exposición separada de todas y cada una de las novedades introducidas por el nuevo texto normativo, abordaré la problemática de “*El actuar por otro*”<sup>2</sup>, dada la constante presencia que en estos tipos penales tiene la figura del administrador societario, como sujeto activo del mismo, y la aplicación del art. 31 CPn, lo que ayudará a tener una visión más completa de la materia objeto de estudio.

---

<sup>1</sup> JORDANO DE POZAS.- Comentario al Capítulo VI, del Título XIII, Libro II, “De las Insolvencias punibles”, Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. En obra dirigida por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, Madrid, 1997.- “... por cuanto el fiel cumplimiento de las obligaciones interesa no sólo a los acreedores, sino al sistema socioeconómico en general”.

<sup>2</sup> La problemática referente a “*El actuar por otro*”, ya fue tratada y desarrollada en mi trabajo: “*Los delitos Societarios en el nuevo Código Penal*”, Ed. Entemu, nº X, 1998.

En todo caso, debemos tener presente la necesaria interpretación estricta de los preceptos penales, pues, si bien el Código Penal tutela los valores y principios básicos de la convivencia social, al mismo tiempo dicha tutela ha de compatibilizarse sin sufrir menoscabo con un principio de intervención mínima, que a todas luces debe presidir un derecho sancionador como el Derecho Penal, principio que la nueva LO. 10/95 se encarga de resaltar ya en su Exposición de Motivos. El Código Penal no cabe duda que debe ser una "**última ratio**" dentro del Estado de Derecho, la protección que el Código Penal dispensa a determinados bienes jurídicos debe tener carácter subsidiario, esto es, allí donde los restantes instrumentos jurídicos se muestran inadecuados o insuficientes para tutelar los intereses en conflicto. Como bien apunta D. Luis Fernández de la Gándara<sup>3</sup>, debemos hacer frente a la "*fácil huida hacia el derecho penal*", asumiendo una **interpretación estricta** de sus preceptos, a fin de garantizar que la ley penal se aplique exclusivamente a los supuestos contemplados en ella de forma expresa, (art. 4.1 CP). Esto es, que se castiguen penalmente exclusivamente aquellas conductas sujetas a una rigurosa tipicidad y que no puedan sancionarse por otras vías.

## El actuar por otro

a) Desde largo tiempo se viene ya planteando en la **doctrina y tratadistas** del Derecho Penal, si solamente el hombre individual puede ser sujeto del delito, o también el hombre cuando reunido con otros constituye una persona social o jurídica. La doctrina dominante en España se viene manifestando contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entiendo, como así lo hace la Jurisprudencia que, "**solo la persona individual puede ser sujeto del delito**", pues, sólo en ella se da la unidad de conciencia y

---

<sup>3</sup>FERNANDEZ DE LA GANDARA, LUIS.- Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado. "Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos, art. 291 CP". ev. Actualidad Jurídica Aranzadi, Madrid, marzo 1996.

voluntad que es la base de la imputabilidad<sup>4</sup>. En este sentido, ya se pronunciaba el propio Derecho Romano, "Societas non potest", y también, Savigny en su teoría de la ficción, ("la persona jurídica es una pura ficción jurídica"), y como tal no puede servir de soporte sustancial a una auténtica responsabilidad punitiva, la cual, solo ha de recaer en los únicos responsables **reales** del delito, a saber, los hombres que se hallan tras la persona jurídica<sup>5</sup>.

Otro argumento esgrimido en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es que **no es posible castigar por el hecho de otro**, esto es, al penar a una persona jurídica, social, se castiga a todos los que la componen, a los que intervinieron en el acto criminal, como a los que no participaron en el mismo, siendo ello contrario a todo principio de justicia. Castigar juntamente a culpables e inocentes es negar por completo la idea de justicia, tan arraigada en la conciencia colectiva. Pero, el verdadero fundamento que lleva a la doctrina a atribuir la responsabilidad penal sólo a la persona individual, radica en el elemento de la **culpabilidad**, sólo la persona individual puede ser responsable porque **no hay responsabilidad sin culpabilidad** y ésta sólo es posible en la persona individual<sup>6</sup>.

Otros argumentos esgrimidos son la imposibilidad de castigar a las personas jurídicas a **penas privativas de libertad**. Así como que la **pena** no puede dirigirse en sentido estricto a las personas jurídicas, por carecer de órganos

---

<sup>4</sup>CUELLO CALON, EUGENIO.- "Derecho Penal", Parte General, Vol. I, 18ª ed., ed. Bosch, Barcelona, 1980; PESSINA.- "Elementos del Derecho Penal"; MANZINI.- "Trattato", 1º.- para Savigny las personas jurídicas están fuera del campo del Derecho Penal porque su voluntad descansa sobre una ficción.

<sup>5</sup>En esta línea: RODRIGUEZ DEVESA, P.G.; VON LISZT, "Tratado", II; ANTON ONECA, P.G.

<sup>6</sup>JESCHECK, H.H.- Catedrático de Derecho Penal y Dtor. del Instituto Max Planck de derecho penal de Friburgo en Brisgovia.- "Tratado de Derecho Penal", P.G., Vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1981.- Relativiza, en este sentido, la importancia para el Derecho Penal de las teorías civilistas del siglo XIX sobre la persona jurídica.

sensitivos necesarios para sufrir la pena, esto es, no cabe dicha posibilidad porque la pena, conceptualmente, implica una **amenaza psicológica** de imposición de un mal para el caso de que se delinca, y no cabe imaginar que las personas jurídicas puedan sentir el efecto de conminación psicológica alguna<sup>7</sup>.

FEUERBACH<sup>8</sup>, basado en que la personalidad del grupo no es universal como la de los individuos, sino, limitada para el fin para el que se constituyó, entiende que la persona moral sólo existe para su fin peculiar, por tanto, sus miembros no obran como sociedad cuando despliegan su actividad no para este fin, sino para otro diverso.

En definitiva, suele fundarse esta opinión en los **principios de culpabilidad** y de **personalidad de las penas**, que impiden que el castigo recaiga sobre todos los miembros de la persona jurídica, (como sucedería inevitablemente si se impusiese una pena a la misma), y obliga a que únicamente respondan de los hechos las personas físicas que efectivamente los hubieren realizado<sup>9</sup>.

No obstante, frente a esta opinión, existe, aunque minoritariamente, cierta doctrina que se opone, y que propugna la responsabilidad de las personas jurídicas o morales. Creo interesante exponer unas pinceladas sobre las mismas para tener así una completa referencia sobre el tema que nos ocupa en la presente obra.

---

<sup>7</sup>SANTIAGO MIR PUIG.- Catedrático de Derecho Penal de la universidad de Barcelona.- "Derecho Penal", Parte General, (Fundamentos y Teoría del delito), PPU., 2ª ed., 1985.

<sup>8</sup>En CUELLO CALON, (ob. cit.).

<sup>9</sup>CUELLO CALON, EUGENIO.- (Ob. cit.); RODRIGUEZ DEVESA.- Parte General; ANTON ONECA.- Parte General; CORDOBA RODA.- "Comentarios, I". Funda la irresponsabilidad penal de la persona jurídica en su incapacidad de acción. En este último sentido, también: RODRIGUEZ MOURULLO.- Parte General; MUÑOZ CONDE.- "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas...", en CPC; BAJO FERNANDEZ.- "Derecho Penal Económico". Argumenta tanto con los principios de personalidad y culpabilidad como en base a la incapacidad de acción.

Así, en la segunda mitad del siglo XIX, Gierke<sup>10</sup>, con su **teoría de la realidad**, concebía la persona jurídica como un auténtico **organismo** de existencia real, no son ya seres ficticios, (Savigny), sino, personas reales, dotadas de conciencia y voluntad propias, distintas e independientes de la conciencia y voluntad de los miembros que la componen, con derechos y deberes distintos de los de éstos, en suma, con una voluntad distinta a la de sus miembros particulares, cuya voluntad pudo no coincidir con la de la persona jurídica. Por ello, solo la persona jurídica debía responder de sus actos, y lo que sería una ficción sería aplicar la sanción a sus miembros, distintos al verdadero sujeto del delito.

Por su parte, Mestre<sup>11</sup>, llega a las conclusiones de Gierke pero, sosteniendo, a diferencia, que la pena corporativa no repudia la pena contra cada uno de los individuos responsables.

Asimismo, Von Liszt<sup>12</sup>, basado en sus ideas de la **peligrosidad**, ("la persona jurídica es un instrumento especialmente peligroso de enmascaramiento de quienes se sirvan de ella para delinquir"), afirma la necesidad de castigar de forma especial a la misma persona jurídica; célebre fue su frase: "Quienes pueden concluir contratos pueden concluir también contratos fraudulentos o usurarios...".

Se ha considerado, justamente, para evitar ese peligro que supone la impunidad de quienes cometen delitos al amparo de la fachada ofrecida por la persona jurídica, que junto a la punición de los responsables, la aplicación a la persona jurídica de **medidas de seguridad** desprovistas de carácter represivo, pues, éstas a diferencia de la pena, requieren únicamente una **peligrosidad** que sí puede proceder de la utilización de una persona

---

<sup>10</sup>GIERKE.- "Die Genossenschaftslehre", Berlín, 1874.

<sup>11</sup>MESTRE.- "Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale". París, 1889.

<sup>12</sup>VON LISZT.- "Lehrbuch".

jurídica<sup>13</sup>. Medidas de seguridad tales, que podían llegar incluso a la disolución de la sociedad, supresión de las actividades, etc.

**b) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo**, ha coincidido igualmente con la doctrina mayoritaria, en considerar que **la responsabilidad es sólo individual**, y afirmar que en lugar de las personas jurídicas quienes deben responder son los individuos responsables de la decisión de las mismas, (Sentencias 18/1/1909; 13 y 27/12/1913; 20/2/1914; 8/5/1928; 1/12/1969; 2/6/1973; 19/1/1974, etc.), exigiéndose, en todo caso, como elemento esencial, presupuesto para la responsabilidad de los directivos, la existencia de **conocimiento** del hecho típico. Este **presupuesto de conocimiento** deriva de la **posición de garante** en los representantes de la sociedad que no han causado positivamente la voluntad delictiva de la persona jurídica, pero, que han **omitido** impedir su adopción y realización; es decir, sería reprochable y sancionable no sólo los que han actuado positivamente el hecho típico, sino también, los que por no haberlo impedido, **pudiendo y debiendo** hacerlo en "posición de garante", configuraron en su conducta un verdadero tipo de "**comisión por omisión**"<sup>14</sup>.

Así pues, la Jurisprudencia venía esbozando toda una teoría de la responsabilidad encaminada a no dejar impunes las conductas delictivas por cuenta y en nombre de las personas jurídicas, a fin de evitar la indeseable laguna de impunidad, (Sentencias del T.S. 4/4/1931; 1/12/1969 y 14/7/1986). Por tanto, aun antes de la introducción tras la reforma del 83, del art. 15 bis del código penal, ya venía imputando a las personas físicas dichas conductas delictivas.

c) Por lo que se refiere a nuestra **EVOLUCION LEGISLATIVA** en el tratamiento del tema objeto de la presente obra, significar que, hasta el proyecto de código penal de 1980, ningún precepto en nuestra legislación hace declaración expresa con carácter general sobre este punto. Esta **laguna legal** fue cubierta por la **Jurisprudencia**, (acaso, sobrepasando una analogía

---

<sup>13</sup>SANTIAGO MIR PUIG.- ob cit.; ANTON ONECA.- PG.

<sup>14</sup>SANTIAGO MIR PUIG.- (ob. cit.); también en "Traducción y adiciones de Derecho español", en la obra de Jescheck "Tratado de Derecho Penal".

en perjuicio del reo), como vimos, el régimen de responsabilidad penal de sus administradores en ciertas condiciones.

Se echó en falta en nuestra legislación, un precepto que con carácter general diera solución al problema, al igual que lo hacía el art. 14 STGB alemán, según el cual, quien actúa en representación de una persona jurídica será responsable en lugar de ésta por los delitos especiales que le haga cometer.

No obstante, esta ausencia de un precepto general, sin embargo, sí existieron en nuestro código penal **preceptos concretos**, referidos a cierto casos de delitos cometidos por asociaciones, sociedades, empresas u otras entidades donde se impone concretamente las penas comunicadas a determinadas personas que expresamente señala. Así:

- 1.- En los delitos de desobediencia a las órdenes del Gobierno, (art. 238 cp.).
- 2.- En los delitos de depósitos de armas, municiones o explosivos habidos en el domicilio de una asociación, (art. 265 cp.).
- 3.- En los delitos de abastecimiento, (art. 4 & 2º RDL 30 de agosto de 1946).
- 4.- En los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, cuando éstos fueren realizados por personas jurídicas, (art. 499 bis).

En definitiva, la única solución deseable al problema era la introducción de un precepto paralelo al & 14 STBG alemán relativo al "actuar por otro", solución que propuso el **proyecto de código penal de 1980**, (art. 35), donde resuelve acertadamente trasladar la responsabilidad penal de las personas morales a sus representantes; y que siguió la **reforma de 25 de junio de 1983**, introduciendo, por vez primera en nuestro Derecho, un precepto que con **carácter general** daba solución a la materia, concretamente su art. 15 bis cp.



## **ART. 15 bis CP.(REFORMA 25/6/83) Y ACTUAL CODIGO PENAL.**

El art. 15 bis, introducido por la LO. 8/83, de 25 de junio tantas veces aludida, sitúa al administrador como verdadero responsable penal de los delitos cometidos por la empresa<sup>15</sup>.

Su **constitucionalidad** está reconocida por la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sección 1ª, de 20/7/93, en aquellos supuestos de hecho tipificados en el código penal como **delito especial propio**, es decir, que requieren una serie de condiciones personales de autoría que en el caso que nos ocupa solamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros<sup>16</sup>.

No obstante, del precepto no cabe deducir por el mero hecho de ser administrador o directivo, vaya a asumir una **responsabilidad automática y objetiva**<sup>17</sup>, sino que en todo caso, deberán concurrir los demás requisitos

---

<sup>15</sup>SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ENERO DE 1998.- "El art. 15 bis del Código Penal, extiende la responsabilidad penal proveniente de la comisión de un delito especial propio a los sujetos no cualificados, siempre que hayan obrado en representación de una persona jurídica que poseyera dicha cualificación".

<sup>16</sup>EJEMPLO.- Piénsese en el gerente de una sociedad que impide una ejecución forzosa que amenaza a la misma apartando bienes de su patrimonio; no podría ser condenado el directivo o el administrador, pues, en ningún caso concurriría en él la condición de ser deudor, sino, en la propia sociedad. Igualmente, el delito de quiebra, ésta solamente puede recaer en una sociedad mercantil, sin embargo, quien ha realizado los actos que han conducido a la quiebra es el administrador, gerente o directivo, en quien ni concurre aquella condición, ni la de deudor o acreedor, que lo es únicamente la sociedad.

<sup>17</sup>SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 253/93, DE 20 DE JULIO.- No cabe aplicar el art. 15 bis con desprecio del principio de la presunción de inocencia. No cabe una responsabilidad objetiva del

penalmente exigidos para la imputación de responsabilidad, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos, al imponerlo así el art. 1 del código penal, (ahora art. 5 CPN.), cuando dispone que **no hay pena sin dolo o culpa**.

Este art. 15 bis viene a reproducirse en sus líneas básicas en el **Art. 31** del nuevo Código Penal, LO. 10/95, si bien, con **alguna modificación**:

1.- Ya no se habla de directivo u órgano, sino de "administrador", atribuyendo responsabilidad tanto al que actúa como "administrador de hecho" como al que lo sea "de derecho".

En definitiva, va a asumir responsabilidad penal todo aquél que dentro de la sociedad tenga verdadero **poder de decisión**, que no necesariamente tiene que ser un administrador. Por tanto, si ya en el anterior art. 15 bis, se ampliaba la responsabilidad no solo a los administradores que configuraran el órgano social, sino también a los gerentes, directivos, etc.; el nuevo código penal en su art. 31, igualmente, no limita la responsabilidad tan solo a aquellos que ostentan la representación orgánica de la sociedad, (administradores), sino también a los representantes voluntarios, sean por delegación o como apoderados particulares, a los directivos, gerentes, etc., en definitiva, a todos aquellos que gobiernen, impulsen la sociedad, esto es, a todos aquellos que tengan verdadero **poder de decisión** en la misma, sea como administrador de hecho o de derecho, por lo que no será excusa ya, alegar la inexistencia de nombramiento<sup>18</sup>.

---

representante, pues, en todo caso, habrá que probar su participación en los hechos.

<sup>18</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala 2ª, DE 19/01/1998.- Actuación en nombre de otro. "Se alega también que el art. 31 del nuevo Código Penal beneficia a los recurrentes sobre el art. 15 bis Código Penal de 1973. Sin embargo, no cabe aceptar tal alegación como jurídicamente fundada. La única diferencia sensible es la de la inclusión en el art. 31 del nuevo Código Penal del supuesto del administrador de hecho, pero en cuanto al administrador de derecho tal figura sigue siendo igual a la de directivo u órgano de la persona jurídica a que se refería el citado art. 15 bis". SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16/07/1999.- "La

2.- Se diferencia entre actuar "en nombre" y actuar "en representación".

3.- La actuación por otro abarca no solo a las personas jurídicas, sino también a las físicas.

4.- A diferencia del art. 15 bis, en el nuevo código penal se exige responsabilidad tanto por la comisión de delitos como de faltas.

No obstante, destacar que en ningún caso este precepto puede suponer la existencia de una **responsabilidad objetiva**<sup>19</sup>, (por el mero hecho de ser administrador, de hecho o de derecho de la persona jurídica sujeto activo del delito o falta), (Sentencia del T.S. 10/11/93), dado que **no hay pena sin dolo o imprudencia**, (art. 5 CPN., antiguo art. 1). Esta evidencia, ha hecho que se rechazara por innecesaria la enmienda presentada por el Grupo Catalán solicitando la inclusión en el precepto de la expresión "siempre que actuase con dolo o imprudencia".

En definitiva, la responsabilidad de la persona jurídica habrá que imputarla a la persona que **efectivamente** haya tomado la decisión, realizado el acto u omitido la actuación, que haya dado lugar al ilícito penal; persona en la cual, deberán además concurrir los demás requisitos exigidos para la imputación de la responsabilidad penal, como son la tipicidad de la acción u omisión, su autoría o participación, su culpabilidad, por haber realizado la conducta típica con expreso conocimiento y voluntad o, al menos, no haya mostrado la prudencia, la pericia exigible al realizar la acción u omisión constitutiva de un ilícito penal. Es decir, han de concurrir en él, las condiciones, cualidades o relaciones que la figura delictiva requiere para poder ser sujeto activo del mismo.

---

*inclusión en el texto legal del art. 31 cp del administrador de hecho no excluye la del que administre de derecho la entidad jurídica".*

<sup>19</sup>No estamos en presencia de un denominado "delito colegial" aplicable a las personas constituidas en órgano de administración que, sin ser asociación para delinquir, sin embargo, un día delinquen, pues, será contrario al principio de personalidad de la pena. Se responderá en la medida en que se haya intervenido en la ejecución y comisión del delito.

## De las insolvencias punibles.

**REGULACION.-** Capítulo VII ("De las insolvencias punibles"), dentro del Título XIII, ("Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico"), Libro II. (Arts. 257 a 261 CPN.).

**NOVEDADES.-** El nuevo Código Penal contempla este supuesto bajo una rúbrica que reviste una mejor técnica legislativa que el anterior, el cual hablaba "Del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencias punibles", lo que parecía dar a entender que había un delito de insolvencia punible distinto de los otros mencionados, siendo así, que al ser todos supuestos concretos que tienen como denominador común una insolvencia punible, la rúbrica es a todas luces más acertada en el actual código punitivo.

Destacan los siguientes aspectos novedosos, a saber:

.- En primer lugar, mencionar la ya apuntada novedad, consistente en la denominación más precisa y certera del Título XIII, "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", dentro del Libro II, frente a la anterior rúbrica, "Delitos contra la propiedad", orientando hacia un bien o bienes jurídicos objeto de protección de carácter más supraindividual. Asimismo, se separan en capítulos diferentes dentro del citado Título XIII, los capítulos relativos a las "Insolvencias punibles" (Capítulo VII), de los referentes a "Las defraudaciones" (capítulo VI), a diferencia del común tratamiento contemplado en la legislación precedente.

.- En el delito de alzamiento de bienes, a la declaración genérica contenida ya en el anterior código penal, se añade un párrafo 2º, dentro del número 1 del art. 257 que, aunque aparenta ser una especificación de la generalidad del nº 1, sin embargo, su interpretación podría llegar e extender desmesuradamente el tipo penal, como veremos.

.- La extensión de estos delitos no solo afecta a la conducta típica, sino también, al ámbito que abarcan, es decir, quedarán comprendidos en la modalidad típica, no sólo cuando los créditos impagados traigan origen en una relación jurídico-privada, sino también, y esta es la novedad, cuando procedan de una relación jurídico-pública.

.- Asimismo, y dentro de esta figura de delito, no se distingue ya, a los efectos de la extensión de la pena, a diferencia del anterior código, según que el sujeto activo del mismo sea o no comerciante.

.- Dentro ya de los preceptos dedicados a las ejecuciones universales punibles, tenemos como uno de los puntos más novedosos, la inclusión como delito juntamente con la quiebra y concurso de acreedores, también las SUSPENSIONES DE PAGOS, en clara concordancia con la legislación mercantil, (Ley de Suspensión de Pagos de 1922), que permite el seguimiento de dichos procedimientos no solo para los supuestos de insolvencia provisional o mera iliquidez, sino también, en los de insolvencia definitiva, toda vez que el deudor afiance o garantice la diferencia, y aun sin dicho afianzamiento, cuando ni el deudor, ni ningún acreedor que represente al menos los 2/5 del pasivo del suspenso, soliciten la quiebra o el sobreseimiento.

.- Asimismo, resulta novedoso en este tipo de delitos de ejecución universal, la despenalización de la IMPRUDENCIA, es decir, a diferencia del anterior art. 520 ss. del cp. ya derogado, ahora no constituyen delito ni la quiebra, ni el concurso de acreedores, ni por supuesto, la suspensión de pagos imprudente, sólo se castigan dichos delitos cuando son dolosos.

.- En el aspecto procedimental, se ha simplificado sobremanera la PERSEGUIBILIDAD de estos delitos, pues, se ha superado la ahora ya vieja dependencia del Juez penal al Juez civil, esto es, el Juez penal ahora deja de estar vinculado por la calificación que de la quiebra - fortuita, culpable o fraudulenta - haga el Juez civil, e incluso puede iniciarse el procedimiento penal con independencia del civil, y discurrir ambos paralelamente.

.- En el orden punitivo, se ha producido una unificación de penas en las distintas figuras delictivas a excepción, de los supuestos comprendidos en el art. 260 cp que se elevan sensiblemente, lo que incide directamente en la competencia para su enjuiciamiento, recayendo ésta en las Audiencias Provinciales (art. 14 LEC.), (D.F. 1ª CPn.), mediante los trámites de Procedimiento Abreviado (arts. 779 ss. LECr.)

# Tipos penales

## **ALZAMIENTO DE BIENES**

Consiste esta figura delictiva en sustraer los bienes propios a la acción de los acreedores, burlando las expectativas de éstos a cobrar sus créditos y al principio de responsabilidad universal consagrado en el art. 1911 CC. Los elementos o requisitos necesarios del tipo de injusto, vienen reiteradamente expresados por una constante Jurisprudencia<sup>20</sup>, del siguiente modo:

La existencia de un derecho de crédito por parte del acreedor y, en consecuencia, unas obligaciones dinerarias por parte del deudor, generalmente vencidas, líquidas y exigibles, (si bien, como veremos, con el CPn estos requisitos no son ya presupuesto necesario).

Ocultación, enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes, simulación fraudulenta de créditos o cualquier actividad que sustraiga los bienes citados al destino solutorio al que se hallan afectos.

Situación de insolvencia total o parcial, real o aparente del deudor, consecuencia de la actividad dinámica mencionada.

Y concurrencia de un elemento subjetivo específico, tendencial, consistente en la intención de causar perjuicio al acreedor, intención que excede del resultado típico, al ser el alzamiento de bienes un delito de mera actividad, como veremos.

El delito de alzamiento de bienes encuentra su regulación en el CPN. en dos preceptos: arts. 257 y 258. El primero de los cuales en su número uno, que podríamos denominar impropiaemente “*tipo básico*” del alzamiento de bienes, contiene una declaración semejante a la del antiguo art. 519 CPV,

---

<sup>20</sup> SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21/10/1998, 23/09/1998, 31/01/1998, 8/10/1996. SENTENCIAS AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO, Sección 2ª, DE 11/11/1999, AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA DE 24/06/1999, AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA DE 13/05/1998 y AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA DE 4/04/1998. AUDIENCIA PROVINCIAL DE AVILA DE 15/02/1997.

indicando, de modo genérico, que *"será castigado con las penas de (...): 1.- El que se **alce** con sus bienes en perjuicio de sus acreedores"*.

En el número 2º de este art. 257.1, sin embargo, contiene una redacción cuya interpretación en todos sus términos podría extender desmesuradamente los supuestos que pueden encuadrarse en este tipo penal; así, señala que también *"Será castigado (...): 1, 2º.- Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación"*. Por tanto, vemos que a más de cualquier disposición patrimonial o asunción de obligaciones que **impidan** un embargo, también estarán comprendidos aquellos supuestos en que simplemente lo **dificulten** o incluso, lo **dilaten**; además, no será necesario que el procedimiento ejecutivo o de apremio, sea judicial o extrajudicial o administrativo, estuviera ya iniciado, sino, que basta con que lo sea de **previsible** iniciación<sup>21</sup>.

Una interpretación literal de este precepto, a mi juicio a todas luces desmesurado, nos llevaría a considerar como delito de alzamiento de bienes supuestos en los que no habiendo insolvencia, ni siquiera aparente, sin embargo, suponga la realización de alguna de las conductas típicas respecto de alguno de los bienes del patrimonio del deudor, como dilatar un previsible embargo, etcétera. El supuesto típico contemplado en el número 2º de este art. 257.1 cp, no es sino desarrollo específico del número 1º, por lo que ambos supuestos configuran el típo básico del delito de alzamiento de bienes extendiendo éste desmesuradamente. A mi juicio, para estar en presencia de un delito de alzamiento de bienes en cualquiera de sus modalidades o extensión típica, es siempre necesario que el deudor se hubiera colocado en una situación de insolvencia, aun cuando ésta no sea real, sino solo aparente. No obstante, considero que este párrafo habrá de someterse a una

---

<sup>21</sup> Nótese que el nuevo tipo de alzamiento de bienes amplía su ámbito incriminando expresamente la perturbación de los procedimientos ejecutivos o de apremio, de cualquier naturaleza – sea Judicial, extrajudicial o administrativo – iniciado o incluso de previsible iniciación. (SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA DE 13/05/1998).

interpretación acorde con el principio de intervención mínima del derecho penal, y no cobijar en él conductas que no deben ser merecedoras del reproche penal.

El concepto de INSOLVENCIA consiste precisamente en la insuficiencia de patrimonio en el deudor para la satisfacción de sus responsabilidades, esto es, en términos contables, que el pasivo sea superior al activo, lo que la distingue de la mera iliquidez o insolvencia provisional. Pero no es imprescindible que el cobro del crédito por el acreedor o acreedores se vea frustrado definitivamente, sino que basta con que dicho acreedor en su búsqueda de bienes no los encuentre, por haber sido colocados en lugar seguro, en definitiva, que aun no siendo la insolvencia real, sin embargo, lo sea aparente.

El art. 257.2 CPN. rompe con el criterio mantenido por el ya viejo código penal, al sancionar como delito de alzamiento de bienes cualquiera que sea el acreedor, persona física o jurídica, incluso **pública**, por lo que si el crédito lo es con la Hacienda Pública o la Seguridad Social, también cabe la comisión de este delito. En el Código Penal ya derogado, se consideraba que la Administración Pública no necesitaba de protección penal, bastándole con sus prerrogativas encontrando en éstas suficiente cobijo y amparo, por lo que se entendía el delito de alzamiento de bienes como un delito derivado exclusivamente de las relaciones jurídico privadas, siendo ésta una de las principales novedades del CPn.

Se ha considerado tradicionalmente que, a los efectos del delito de alzamiento de bienes, la deuda había de haber **nacido, ser líquida y exigible**, sin embargo, el único requisito imprescindible es el **nacimiento de la deuda**, esto es, la deuda ha de haber nacido antes de la comisión por el deudor de las conductas que dan lugar a dicha figura delictiva, sin embargo, no es necesario que la misma hubiera ya **vencido**, pues, no se puede condenar al acreedor a que tenga que esperar a su vencimiento para exigir la protección penal por las maniobras que en su perjuicio estuviera ya



realizando el deudor<sup>22</sup>. Tampoco es necesario el requisito de la **liquidez** con tal, obviamente, que de dicha iliquidez no resulte imposible ponderar el alcance de la deuda y la medición de los bienes existentes en el patrimonio del deudor, a los efectos de su satisfacción.

**Bien Jurídico protegido.**- Puede concebirse como el derecho que tiene todo acreedor a la satisfacción de su crédito, por virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal, (art. 1911 cc), si bien, tras la nueva redacción dada al Título XIII, “*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*”, en el que se encuadra el tipo delictivo, su protección parece extenderse en un orden supraindividual, más allá del mero patrimonio individual, como queda dicho.

### **Elementos del tipo de injusto.**

**Sujeto Activo.**- El sujeto activo del delito es, en todo caso, el deudor, sea éste principal o subsidiario, abarcando al fiador, avalista, etc. Se trata, por tanto, de un **delito especial, propio**, solo pueden cometerlo quienes ostenten tal carácter.

Es muy común en la práctica que la condición de “*deudor*” recaiga en una **persona jurídica**, por lo que será su administrador quien asuma la responsabilidad delictual (art. 31 cp), siempre y cuando concurren en él, obviamente, los restantes elementos de imputación penal, como la culpabilidad. A estos efectos, me remito al apartado de esta misma obra relativo a “*El actual por otro*”.

**Sujeto Pasivo.**- Lo será el titular del bien jurídico protegido. En este sentido lo será el acreedor, que habrá de ser un **acreedor legítimo**, por lo que no se comete este delito cuando se trata de acreedores por deudas ilícitas.

---

<sup>22</sup> Sobre esta materia puede verse, MORENO VERDEJO, JAIME: Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado. “*El tratamiento de las Insolvencias en el nuevo Código Penal*”. Ed. Releto Cía Editorial, S.A.; (Expansión), 1996. MAZA MARTIN, JOSE MANUEL: Magistrado. “*Las Insolvencias punibles*”. Consejo General del Poder Judicial, (CGPJ), Madrid, 1999.

**Conducta típica.**- La **conducta** que puede dar lugar al delito de alzamiento de bienes, puede ser muy amplia, en definitiva cualquier maniobra hecha por el deudor para provocar su insolvencia, sea ésta real o aparente, es decir, desde la enajenación de sus bienes, hasta su ocultación, destrucción, constitución de gravámenes, etc, obviamente, siempre que dichos actos se hubieran cometido en fraude, a través de negocios simulados, cuya prueba incumbe al acreedor<sup>23</sup>. Las conductas omisivas, no constituyen delito de alzamiento de bienes, sin perjuicio de que como tales, puedan implicar una renuncia de derechos en perjuicio de acreedores perseguibles en vía civil.

Estamos ante un **delito de peligro** o **de mera actividad** o **riesgo**, para su consumación **no precisa de resultado alguno**, bastando con la ocultación de bienes o simulación de deudas (*alzar, dilatar, dificultar o impedir*) con intención de defraudar las expectativas de los acreedores en el cobro de sus créditos, con infracción por el sujeto activo, del deber de mantener íntegro su patrimonio, toda vez que responde ante aquéllos con la totalidad de sus bienes presentes o futuros, (art. 1911 cc)<sup>24</sup>. Cuando la conducta típica consista en

---

<sup>23</sup> SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, Sección 7ª, DE 9/02/2000.- *“Es sabido que el destino del activo para atender unos créditos, aún en descuido de otros, impide el nacimiento de este delito de alzamiento de bienes, pues, no se reprocha en este delito la alteración de un determinado orden de prelación crediticia, sino, **la burla del interés de los acreedores genéricamente considerados**, que en el caso de autos no consta debidamente acreditada”*.

<sup>24</sup> SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21/10/1998, 23/09/1998, 1/01/1997, 8/10/1996, 26/06/1992, 4/11/1981, 30/06/1975. SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE DE 22/02/1999, AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEGOVIA DE 4/05/1999, AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA DE 24/06/1999, AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA DE 13/05/1998. La SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA DE 4/04/1998, indica que dentro de los elementos o requisitos necesarios del tipo de injusto del alzamiento de bienes destacan, entre otros, *“el elemento subjetivo específico, tendencial, consistente en la intención de causar perjuicio al acreedor, intención que excede del resultado típico, ya que el alzamiento es un delito de mera actividad”*.

“*impedir*”, es decir, hacer imposible la realización del crédito, la intensidad del ataque al bien jurídico nos situaría ante un delito de resultado, pues, es necesaria tal imposibilidad para consumar la acción típica. Sin embargo, aún en este caso, la consumación delictual vendría dada por otra de las acciones típicas, a saber, podrá no haberse “*impedido*”, pero sí habrá “*dificultado*” o “*dilatado*”.

**Culpabilidad.**- Se trata de un delito de necesaria comisión **dolosa**, al no estar prevista su punición imprudente, tal y como exige el CPn, al implantar un sistema de “*números cláusus*” para las conductas imprudentes y, fundamentalmente, dada la existencia en el tipo de un elemento subjetivo del injusto, como es el ánimo o propósito defraudatorio<sup>25</sup>.

**Formas Imperfectas de Ejecución.**- Al ser un delito de mera actividad, como vimos, no caben las formas imperfectas de ejecución. Cuando la acción típica consista en “*impedir*”, el resultado viene salvaguardado por la acción también típica de “*dilatar*” o “*dificultar*”.

**Autoría y Participación.**- Se trata de un delito especial, de propia mano, lo que no impide la posibilidad de contemplar **otros posibles partícipes** en la comisión delictiva, bien como **cómplices**, **inductores** o **cooperadores necesarios**, en función del grado o intensidad que en la comisión del delito hayan tenido con su colaboración directa. Es reiterada la Jurisprudencia que condena como cooperador necesario al tercero a cuyo nombre se ponen los bienes del deudor en connivencia defraudatoria. A estos efectos es de tener en cuenta la **excusa absolutoria** contemplada en el art. 268 cp, para el caso de comisión de delitos patrimoniales (entre los que se sitúa el que nos ocupa), entre parientes próximos en grado.

---

<sup>25</sup> SENTENCIAS AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA DE 24/06/1999. AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEGOVIA DE 4/05/1999. AUDIENCIA PROVINCIAL DE AVILA DE 15/02/1997. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15/07/1999.- Absolvió a un administrador social del delito de insolvencia punible, (siendo orientadores sus argumentos a *sensu contrario*), al considerar que: “*Harto, cansado de resolver los problemas de sus socios, vendió sus acciones y abandonó la administración para llevar su propia empresa, pero sin llevarse nada de la anterior, ni descapitalizarla*”.

**Aspectos procedimentales.-** Es de destacar igualmente, el **número 3, del art. 257 CP**, cuando afirma que, *"este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal"*. Por lo que no se excluye la tramitación paralela de ambos procedimientos, en lo que supone una clara **separación de procesos**, civil y penal.

**Responsabilidad Civil.- La Responsabilidad Civil** derivada del delito de alzamiento de bienes, no comprende el importe de la obligación, de la deuda, como no podía ser de otro modo, pues, estamos diciendo que para la comisión de este delito es preciso que la deuda ya hubiera nacido, y por tanto, ésta no deriva del delito, sino que éste sobreviene a la deuda. No obstante, ello no impide a que se restituya el orden jurídico alterado, declarando la nulidad de las escrituras de compraventa, donaciones, etc, ordenando las cancelaciones registrales pertinentes, (arts. 110 ss. CPn.), obviamente, sin perjuicio de los terceros adquirentes cuyas adquisiciones sean irrevocables por concurrir los requisitos exigidos por las normas protectoras del tráfico jurídico, (art. 464 CC. para los bienes muebles, art. 34 LH. para los inmuebles, protección del tercero hipotecario en virtud de la fe pública registral, arts. 85, 86, 324 y 545 CCo., etc.). Además, todos aquellos a los que les pudiera afectar la Sentencia, habrán de ser llamados al proceso a fin de ser oídos.

### **MODALIDAD ESPECIAL DEL ALZAMIENTO DE BIENES, (ART. 258 CP).**

Aparece como una novedad en el CPn, y viene a tipificar la conducta de quien habiendo sido sujeto activo de un hecho delictivo, y con la finalidad de eludir sus responsabilidades civiles demandadas del mismo, realice actos de disposición o contraer obligaciones que disminuyan su patrimonio, insolventándose total o parcialmente.

Se trata de una modalidad del delito de alzamiento de bienes, por lo que le son de aplicación las consideraciones anteriormente expuestas para el mismo, si bien, es de tener en cuenta alguna especialidad.

**Sujeto Activo.-** Lo será el sujeto activo de un hecho delictivo.

**Conducta típica.**- La conducta típica, actos de disposición patrimonial, ha de producirse una vez **ocurrida la comisión del hecho delictivo**, es decir, la conducta penalmente responsable ha de ser anterior a las maniobras dispositivas, no siendo necesaria una previa Sentencia de condena por el delito del que deriva la consiguiente responsabilidad civil cuyo cumplimiento se pretende eludir.

Maza Martín, José Manuel (ob cit.), considera que la comisión del alzamiento de bienes, una vez ocurrido el hecho delictivo, no obsta a la necesidad de una condena por el delito origen de la deuda, lo que operaría como una verdadera **condición objetiva de punibilidad**; con cita expresa de Nieto.

Evidentemente, si decimos que en todo alzamiento de bienes, la deuda ha de haber nacido, bastando en esta modalidad con que el nacimiento derive de la comisión de un hecho delictivo, es presupuesto necesario que tal hecho resulte condenado penalmente a través de la correspondiente Sentencia, pues, solo así podríamos hablar de hecho delictivo y de responsabilidad civil derivada del delito.

Se ha planteado el citado autor<sup>26</sup>, a diferencia de lo que ocurre en el resto de las modalidades de alzamiento de bienes, la necesidad de la producción de un resultado, fundamentado en la expresión “... *haciéndose total o parcialmente insolvente ...*” que emplea el precepto.

No comparto este criterio, más allá de considerar, como en cualquier otro supuesto delictivo de alzamiento de bienes, como un delito de resultado cortado, es decir, bastando la disposición patrimonial – que sí ha de producirse – con la finalidad de defraudar las expectativas de los acreedores, con independencia de que el resultado perseguido se consiga o no, es decir, con independencia de que efectivamente exista perjuicio para el acreedor<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> MAZA MARTIN, JOSE MANUEL, (ob cit.).

<sup>27</sup> SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE DE 22/02/1999.- Con relación a un delito de alzamiento de bienes contemplado en el art. 258 cp, afirma: “*El delito de Insolvencia punible es un delito de tendencia, de resultado cortado, cifrándose su consumación en el simple*

**Culpabilidad.**- Delito de necesaria **comisión dolosa**, lo que no obsta a su comisión mediante **dolo eventual**, caso de disposición patrimonial con total desprecio a la posibilidad de resultar imputado y condenado por el delito origen.

## **QUIEBRA, CONCURSO Y SUSPENSION DE PAGOS PUNIBLES.**

Regulación y Novedades.-

Regulados en los arts. 259 a 261 CPN. Las características más novedosas de la nueva regulación que, aunque ya apuntadas, conviene reproducirlas sucintamente para su mejor comprensión y constancia<sup>28</sup>, son:

- .- Se tipifica juntamente con la quiebra y el concurso de acreedores, la suspensión de pagos.
- .- Se despenaliza la comisión imprudente de estos delitos, por lo que únicamente quedan penalizados los delitos dolosos.
- .- No tiene incidencia en la determinación de la pena la condición o no de comerciante del sujeto activo del delito.
- .- Se suprime la anterior remisión expresa a preceptos del Código de Comercio.

---

*acto de disposición sobre el propio patrimonio, con el designio de hacer ineficaz o entorpecer gravemente el crédito que se pretende ejecutar sobre los bienes del deudor. La caracterización penal del delito se fundamenta, de una parte, en el elemento objetivo consistente en la ocultación, enajenación o desaparición de los bienes o en el hecho de contraer obligaciones que disminuyan el patrimonio; y de otro, el subjetivo, intención de lograr o aparentar una insolvencia real o ficticia, total o parcial – impeditiva y obstativa de la movilizadora acción del titular del crédito; el delito se consume anticipadamente, al margen de que la conducta desemboque o no en un resultado real de perjuicio”.*

<sup>28</sup> Sobre esta materia puede verse, MORENO VERDEJO, JAIME (ob cit.). MAZA MARTIN, JOSE MANUEL (ob cit.).

.- Se sancionan únicamente las insolvencias definitivas, no estando tipificado como delito el procedimiento de quita y espera, (procedimiento de iliquidez civil), por lo que tampoco lo estará, como veremos, la mera iliquidez o insolvencia provisional en el procedimiento de suspensión de pagos, (iliquidez mercantil).

.- Se introduce una específica “estafa procesal”, como figura delictiva aplicable a los procedimientos concursales, (art. 261 cp.).

.- Se simplifica notablemente el régimen de perseguibilidad de estos delitos, pues, el Juez penal ya no está vinculado por el Juez civil, y la tramitación del proceso penal es independiente, incluso puede discurrir paralelamente, de la del proceso civil. Ya no queda excluida la vía penal caso de que el Juez civil calificara la quiebra de fortuita, ni hace falta esperar a que calificada como culpable o fraudulenta, dictare Providencia dando testimonio al Juez penal para iniciar el procedimiento penal al efecto.

La nueva tipificación del delito de suspensión de pagos es a todas luces acertada, pues, resultaba de la anterior legislación una evidente distorsión entre la norma penal y las normas mercantiles, así, con la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, se introduce por vez primera, la posibilidad de cobijar bajo dicho procedimiento situaciones de verdadera insolencia definitiva, y no ya de mera iliquidez o insolvencia provisional, con tal de que el suspenso afianzare o garantizare ese déficit patrimonial e incluso sin ese requisito cuando ni el propio suspenso ni los acreedores que representen al menos los 2/5 del total pasivo no instaren la quiebra o solicitaren el sobreseimiento del expediente. Ante esta situación, se hace posible que nos encontremos ante verdaderas insolvencias definitivas, equiparables a auténticas quiebras, tramitadas por el procedimiento de suspensión de pagos que, al no estar tipificado como delito, suponía una injusta válvula de escape al que se sumaban no pocos empresarios a fin de burlar posibles responsabilidades penales. Esta distorsión ha sido resuelta con la nueva regulación dada por el Código Penal.

### ***TIPOS PENALES.-***

Protección de la “Pars Conditio Creditorum” en procedimientos concursales.

Art. 259.- Sanciona al que después de la admisión a trámite de la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos, y sin autorización, realiza pagos a

algún acreedor con posposición del resto. Es decir, realiza sin estar autorizado, (Judicialmente, ni por los órganos concursales), fuera de los casos permitidos por la Ley, actos dispositivos que atentan a la "pars conditio creditorum", razón de ser de los procedimientos concursales, y a la misma responsabilidad patrimonial universal en el cumplimiento de las obligaciones, art. 1911 cc.

Maza Martín, José Manuel (ob cit.), estudia este tipo delictivo encuadrándolo entre los de alzamiento de bienes, sin embargo, considero que sin menoscabar las similitudes con tal figura delictiva, (especialmente, el propósito defraudatorio en las expectativas de cobro de los acreedores), su encuadramiento se acerca más al de los correspondientes delitos de quiebra, concurso y suspensión de pagos, de ahí que aborde su estudio en este lugar.

**Bien Jurídico protegido.-** Con carácter general o amplio, el patrimonio y orden socioeconómico, pero, con carácter más específico, la "pars conditio creditorum", o más exactamente, el pleno respeto a las normas sobre preferencias y prelación de créditos que para su satisfacción dan fundamento a los enumerados procedimientos concursales, que en realidad, no son sino una excepción al principio general invocado.

#### **Elementos del tipo.-**

**Sujeto Activo.-** El deudor incurso en un expediente, ya iniciado y admitido, de quiebra, concurso o suspensión de pagos.

**Sujeto Pasivo.-** Los acreedores, que ven frustradas sus expectativas de cobro conforme a las preferencias determinadas legalmente.

**Conducta típica.-** "Cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones" destinado a pagar a unos acreedores con posposición del resto. Sin someterse, por tanto, a las normas sobre prelación de créditos, y siempre que no estemos ante casos permitidos por la Ley, ni se realicen con autorización Judicial ni de los órganos concursales.

Se trata de un **delito de mera actividad** o **de resultado cortado**, pues, no se precisa para su comisión la existencia de un perjuicio efectivo, bastando con que el "acto de disposición patrimonial" o "generador de obligaciones", que



sí se ha de dar, (“resultado cortado”), esté “**destinado**” a dicha posposición ilegítima, con independencia de los resultados.

Asimismo, dicha actividad dispositiva o generadora de obligaciones ha de darse “una vez admitida a trámite la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos”<sup>29</sup>. Conviene precisar que el momento debe circunscribirse más exactamente a aquél en que el sujeto activo tiene conocimiento de dicha admisión a trámite, pues, como acertadamente destaca Moreno Verdejo, Jaime (ob cit.), si la quiebra o concurso son voluntarios (instados por el propio deudor), lo serán desde la admisión a trámite de la solicitud; pero si la quiebra o concurso es necesaria (instada por un acreedor), entonces, lo será desde que el deudor sea **notificado** de su declaración. En el caso de suspensión de pagos, dado que sólo puede ser instada por el deudor, el momento coincidirá con el conocimiento por parte

---

<sup>29</sup> Un aspecto que es de destacar, es que en el tipo del art. 259 CPn., se sanciona penalmente dichas conductas, UNA VEZ ADMITIDA A TRAMITE la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos, por tanto, se reprueban penalmente conductas posteriores a ese estadio, pero, ¿qué pasa con aquellas conductas, no poco frecuentes en la práctica, en que el deudor llega a acuerdos con ciertos acreedores a su antojo, dotando a determinados créditos ordinarios, un carácter de privilegiados, por ejemplo, aglutinándolos y asegurando su cumplimiento con una hipoteca, y acto seguido insta el pertinente procedimiento concursal, procedimiento al que dichos créditos en su origen irían como ordinarios o comunes, y que sin embargo, acudirán como privilegiados, burlando la "pars conditio creditorum" con posposición del resto de los acreedores?. Obviamente, no cabe duda que dichas conductas merecen semejante reproche penal, sin embargo, si tales conductas no se entiende que *causen* o *agraven* el procedimiento concursal (art. 260 CPn.), no parece que encajen en ninguno de los preceptos aquí analizados, pues, se trata de conductas que han tenido lugar con anterioridad a la admisión a trámite del procedimiento de ejecución universal y de otra, los créditos ya eran preexistentes, sin que se pueda decir que en sí mismo la conducta cause o agrave la situación de crisis. Únicamente si consideráramos dicho actos como preparatorios cuyos efectos se producen dentro del procedimiento concursal, quizá podríamos atribuirles la cobertura penal deseada, pero me parece que será estirar demasiado el tipo, y contravendría los principios que inspiran el orden penal.

del mismo, de la providencia Judicial teniendo por solicitada la suspensión de pagos, (art. 4 LSP)<sup>30</sup>.

**Elemento subjetivo del tipo de injusto.-** La acción típica ha de estar “destinada” al pago de unos acreedores con posposición del resto y, por tanto, tendencialmente orientada a defraudar las expectativas de una liquidación ordenada en el pago de los créditos. Con lo que estamos ante un delito de mera actividad o de resultado cortado, como queda dicho.

**Culpabilidad.-** Al no estar prevista su punición imprudente, y dada la existencia del elemento intencional o subjetivo del injusto, su comisión ha de ser necesariamente **dolosa**.

**Formas imperfectas de ejecución.-** Al ser un delito de mera actividad, no caben las formas imperfectas de ejecución. Si bien, dada su condición de “delito de resultado cortado” – necesidad de un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones – podría plantearse si cabrían las formas imperfectas de ejecución cuando este resultado no se consuma. Considero que, en todo caso, el acto de disposición o generador de obligaciones tiene necesariamente que producirse, resultando destipificadas las conductas preparatorias o tendentes a la realización de tales actos.

**Autoría y Participación.-** Se trata de un **delito especial**, propio, cuya comisión únicamente puede tener lugar por el deudor incurso en un procedimiento concursal, sin perjuicio de las normas generales existentes sobre participación en el delito.

Delito de quiebra, concurso o suspensión de pagos, propiamente.

Art. 260.- Sanciona a quien haya causado o agravado dolosamente la situación de crisis económica o insolvencia en los casos de declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos. La conducta delictiva consiste en

---

<sup>30</sup> MAZA MARTIN, JOSE MANUEL (ob cit.).- Considera que el momento de comisión de la acción habrá de llevarse a cabo tras la “ocupación de papeles” prevista en el procedimiento concursal; obviamente, posterior a la admisión a trámite de la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos.

causar o agravar la situación crítica de la empresa, buscada de propósito.

Parece haberse abandonado la remisión que para la calificación de la conducta se hacía a los artículos 888 a 892 del CCo., lo que se denomina como técnica de la Ley en blanco utilizada por el anterior art. 520 ss. del CP, lo que supone una desconexión entre la infracción penal y las conductas descritas como presuntivas de fraude en la normativa mercantil, (SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, Sección 7ª, DE 9/02/2000).

Pero ello no quiere decir que tales conductas, a las que remitía el art. 520 CP derogado, hayan quedado despenalizadas en el nuevo tipo penal (art. 260 cp), no ha modificado el alcance de aquél, pues, éste sólo ha explicitado lo que la doctrina y la Jurisprudencia venían entendiendo respecto de la conducta típica, (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala 2ª, DE 12/02/1997). Es decir, comprende los supuestos de “causación” o “agravación” dolosa de la insolvencia concursal. El propio Tribunal Supremo, en SENTENCIA TS. DE 24/01/1997, ha llegado a puntualizar que antes y ahora, nos hallamos ante una “norma en blanco”, si bien, en la nueva regulación se ha dulcificado ese carácter en una limitada medida – ahora se sanciona que la situación de crisis económica, que ha adquirido estado a través de la formalización de un procedimiento universal civil o mercantil, sea “causada” o “agravada” “dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”; frente a la genérica mención anterior al “quebrado que fuera declarado en insolvencia fraudulenta con arreglo al Código de Comercio”.

En definitiva, considero que el nuevo texto punitivo ha huído acertadamente de una genérica remisión “en blanco” a conductas contenidas en la normativa mercantil, si bien, ha descrito un tipo de injusto excesivamente amplio y abierto, “causado” o “agravado”, lo que en la práctica permite incluir en su cobertura aquéllas conductas, eso sí, contempladas individualizadamente, en cada caso concreto, y evitando en todo caso, el automatismo – a que invitaba el precedente art. 520 cp – sobre la base de que un pronunciamiento civil del carácter fraudulento de la quiebra equivaliera a la tipicidad penal de la conducta del quebrado, exigiéndose, en consecuencia, para que la conducta pertreche el tipo de injusto del art. 260 cp, la concurrencia del resto de los elementos integradores del tipo y de imputación

penal, (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala 2ª, DE 17/05/1997).

En otro orden de cosas, se tiene en cuenta el perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica para graduar la pena, (art. 260.2 CPn.).

Se plantea en la doctrina el debate, de no fácil solución, sobre si la declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos, ha de referirse, en todo caso, a supuestos de auténtica insolvencia – lo que no ofrecerá dudas en los dos primeros casos – o si quedan comprendidos en el injusto penal situaciones de mera iliquidez o insolvencia provisional – lo que podrá tener lugar en supuestos de suspensión de pagos. El nuevo Código Penal ha dejado fuera de todo reproche penal situaciones de “iliquidez civil”, pues, no comprendido en su ámbito los procedimientos de quita y espera, sin embargo, no ocurre lo mismo con su homónimo mercantil, las suspensiones de pagos, que según su ley reguladora pueden albergar supuestos de auténtica insolvencia, pero que también por autonomasia, supuestos de insolvencia provisional o mera “iliquidez mercantil”. Si admitiéramos la extensión típica a estos caso estaríamos dando relevancia a efectos penales a un elemento que parecía haber desechado el nuevo texto punitivo, a saber, la condición o no de comerciante en el deudor, pues, si no ostenta tal condición, su iliquidez se resolvería en un procedimiento civil de quita y espera, ajeno a todo reproche penal, por el contrario, si de un comerciante se tratara su iliquidez se encuadraría en el procedimiento mercantil de suspensión de pagos y como tal, sujeto al posible reproche penal.

Moreno Verdejo, Jaime, (ob cit.), parece decantarse a favor de la no inclusión de tales supuestos en el injusto típico, precisamente, dada la equiparación que a efectos penales ha hecho, entre los comerciantes y no comerciantes, en nuevo Código Penal. En mi opinión, pese a lo excesivamente gravoso que pudiera resultar una respuesta penal ante supuestos que no son más que insolvencias provisionales o meramente transitorias, lo cierto es que la insolvencia provisional intencionada operada en procedimiento concursal de suspensión de pagos debe entenderse comprendida en el ámbito típico del injusto penal, pues, por una parte, el art. 260 cp se refiere no sólo a situaciones de “insolvencia”, sino también, de

“crisis económica” – que por ende, en la práctica usual mercantil se equipara dicho término como comprensivo de supuestos de iliquidez propiamente, o al menos, configuradores de las dos situaciones, insolvencia provisional y definitiva -, y de otra parte, el texto penal se refiere junto a la quiebra y concurso de acreedores, a la suspensión de pagos, sin distinción, y donde la Ley no distingue no debemos distinguir. No obstante, será prudente esperar a que sean los pronunciamientos Judiciales los que nos aclaren la cuestión.

### **Elementos del tipo.-**

**Sujeto Activo.-** Estamos en presencia de un **delito especial, de propia mano**, que sólo pueden cometerlo quienes ostenten la condición de deudor, incursos en un procedimiento de ejecución universal declarado, quiebra, concurso o suspensión de pagos. “El que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos, ...”, (art. 260 cp.).

**Sujeto Pasivo.-** Los acreedores que se ven inmersos en un procedimiento concursal, (quiebra, concurso o suspensión de pagos), “causado” o “agravado” por la acción defraudatoria del sujeto activo del delito.

**Conducta típica.-** La dicción del texto punitivo nos indica como acción típica la consistente en “causar” o “agravar” dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia de la empresa. Por tanto, dos son las conductas que definen el tipo penal, y que aparecen claramente diferenciadas:

.“Causar”: cuando la conducta del deudor provoca la situación de crisis o insolvencia empresarial.

.“Agravar”: cuando la conducta del sujeto activo no es causa de la situación de crisis o insolvencia, pues, ésta ya preexistía, pero la agrava, es decir, provoca un perjuicio injustificado en la masa de acreedores, (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala 2ª, DE 12/02/1997).

Sobre este doble ámbito de acción penal, la Jurisprudencia ha incardinado numerosos supuestos descritos en el Código de Comercio, pese al abandono de la “Ley penal en blanco” producida, sobre la base de que si bien no estamos ante conductas causantes de la insolvencia o crisis empresarial, sí en cambio, la agravan. El TRIBUNAL SUPREMO en SENTENCIA DE

16/07/1999<sup>31</sup>, condena penalmente por el art. 260 cp, un supuesto de quiebra fraudulenta en el que se habían endosado créditos que la sociedad tenía contra sus deudores a otra empresa, sin que tales endosos correspondieran a reales operaciones entre ambas sociedades, y pese a la ya derogada remisión mercantil, sobre la base de considerar que la acción típica descrita en el CPn no sólo consiste en “causar” sino, también en “agravar” la situación de crisis o insolvencia en la quiebra.

En definitiva, en el delito de quiebra fraudulenta, el tipo está constituido por la causación de la insolvencia que la motiva o por la agravación de la misma, dado que sólo éstos son los elementos del tipo objetivo, (SENTENCIA TS., Sala 2ª, DE 12/02/1997).

Un supuesto comunmente abordado por la Jurisprudencia, que adquiere especial consideración tras la supresión de la denominada “Ley penal en blanco” operada tras la LO. 10/1995, consiste en la INEXISTENCIA DE LIBROS DE CONTABILIDAD del quebrado. A este respecto, podemos afirmar que la carencia de libros contables y, por ende, la imposibilidad de conocer la verdadera situación económica de la empresa, no supone, en sí misma, una conducta punible penalmente, pues, pese a que la misma motivará su calificación jurídico/mercantil para estimar culpable o fraudulenta la quiebra (art. 889.1 Cco.), (reputada quiebra fraudulenta en el

---

<sup>31</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16/07/1999.- *“Los hechos (...) encajan, aún más adecuadamente si cabe, en la nueva dicción del art. 260 cp, cuando exige que la situación de crisis o de insolvencia en la quiebra sea causada o agravada dolosamente. Esa es precisamente la conducta que en los hechos probados de la Sentencia se atribuye al recurrente, por lo cual el motivo ha de decaer”*. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala 2ª, DE 12/02/1997.- Ante un supuesto de transferencia patrimonial sin causa de la empresa a los socios en forma particular, y de simulación de créditos, afirma: *“Su tipicidad dependerá de si puede ser considerada como causa o, al menos, como agravación del estado de insolvencia de la empresa. (...), el tipo penal no solo se da cuando las operaciones dolosas han causado la quiebra, sino también, cuando las mismas han agravado la situación crítica de la entidad mercantil. Por agravación de ésta se debe entender el perjuicio injustificado de la masa de acreedores”*.

art. 890.3º Cco.), sin embargo, para alcanzar su reproche penal precisa ser complementado por otros elementos acreditativos de que tal carencia de libros fue realizada con la conciencia e intencionalidad de situarse en estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores, (SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA DE 26/01/1998)<sup>32</sup>.

Evidentemente, la ausencia de libros y/o documentación contable, supone un indicio de fraude orientado a la comisión punitiva, pero un mero indicio insuficiente, por sí mismo, si no va acompañado de otra prueba complementaria demostrativa de la acción típica, a saber, “causar” o “agravar” la insolvencia empresarial<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA, Sección 3ª, DE 16/10/1998.- *“Sabemos que esa inexistencia de contabilidad, no sirve por sí sola para fundar la imputación de un delito doloso de insolvencia punible en relación con un procedimiento universal, pero constituye –de ello no cabe duda- un **poderoso indicio**”*. SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA DE 28/07/1998. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16/07/1999.

<sup>33</sup> SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA DE 28/07/1998.- *“En el supuesto de autos únicamente consta que la quiebra fue declarada fraudulenta por falta de los libros contables, hecho que en la actualidad se muestra insuficiente para conformar el tipo penal”*. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala 2ª, DE 19/01/1998.- *Respecto de la supuesta despenalización de la falta de contabilidad, afirma: “... si bien falta la enumeración que efectuaba el Código de Comercio y que era aplicable en el ámbito penal por remisión de las normas correspondientes del Código de 1973, no es menos cierto que la no llevanza de contabilidad en la anterior legislación era una simple presunción (reprobable siempre e incardinable en el ámbito penal), aunque constituía un supuesto autónomo para estimar culpable o fraudulenta la quiebra, como se deduce del art. 889.1 Cco. Pero todos los supuestos de los arts. citados de dicho cuerpo legal están incluidos también, obviamente, en el art. 260 del nuevo Código Penal. Por consiguiente, esta primera alegación debe ser desestimada”*.

Se discute en la doctrina, si estamos ante un **delito de mera actividad o de resultado**, por exigir un perjuicio efectivo para el sujeto pasivo del delito. En mi opinión, estamos ante un “delito de resultado cortado”, pues, se exige un resultado inmediato como es la causación o agravación de la insolvencia o crisis empresarial, pero que no requiere para su consumación un perjuicio efectivo en los acreedores, como consecuencia de ese resultado típico. Acierta Maza Martín, José Manuel (ob cit.), cuando afirma “que la acción delictiva propiamente dicha, es la ejecución de las operaciones que llevan a esa insolvencia y no la insolvencia misma”, y al inclinarse a favor de la postura del profesor Bajo Fernández al negar la exigencia de un perjuicio concreto para la integración típica del delito, y considerar que “con la sola causación o agravación de la situación de insolvencia se cumple la descripción típica, sin necesidad de producción del perjuicio concreto al acreedor”.

En este mismo sentido, podemos citar la SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala 2ª, DE 12/02/1997, al considerar que la norma penal **no requiere un mínimo perjuicio patrimonial**. El hecho de que en el nº 2 del art. 260 cp, se acuda al perjuicio inferido a los acreedores como uno de los elementos o aspectos a tener en cuenta para graduar la pena, no contraviene las precedentes consideraciones, pues, su alcance no va más allá de los meros efectos de “dosificación punitiva” o graduatorios de la pena, respecto a un hecho plenamente típico por concurrir todos los elementos exigidos para su definición contemplados en el nº 1 de dicho precepto<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, Sección 7ª, DE 9/02/2000.- *“Más dudas ofrece la necesidad de que de las conductas defraudatorias configuradoras del ilícito haya de seguirse perjuicio real para los acreedores, pues, si bien de la descripción del tipo penal que se hace en el apartado 1º del art. 260 del nuevo Código Penal no resulta tal exigencia, del párrafo 2º del referido precepto sí parece exigirse el perjuicio como condición de punibilidad de la conducta típica, pues, si hemos de valorar el mismo a la hora de determinar la pena concreta a imponer, de no existir el perjuicio parece evidente que tampoco podría existir la pena y, por consiguiente, tampoco delito. (...) Ninguna duda ofrece, por el contrario, el*



Por tanto, y dada la consideración de un resultado inmediato, como es la causación o agravación de la situación de crisis o insolvencia empresarial, es necesaria la existencia de una **relación causal** entre la conducta del agente y dicha insolvencia o su agravación, pero sin que tal nexo causal tenga que alcanzar, como queda dicho, a hipotéticos perjuicios como consecuencia de la insolvencia producida o agravada, aunque de ordinario lo uno conllevará lo otro.

La Jurisprudencia se ha cuidado de resaltar que aunque muchas conductas no sean causa de la crisis (por su escasa entidad o porque ya estaba previamente insolventada), sin embargo, sí han podido agravarla, mereciendo por ello reproche penal<sup>35</sup>. A este respecto, entiendo que la relación de causalidad cuando de mera agravación se trate hay que interpretarla íntimamente conexas con el principio de intervención mínima del orden penal, y excluir de su ámbito conductas que dada su escasa entidad con relación al todo, deban solventarse en otro orden Jurisdiccional.

**Culpabilidad.-** La necesaria **comisión dolosa** de este tipo delictivo resulta indudable por la propia exigencia del tipo de injusto, "... causada o agravada dolosamente por el deudor ..."<sup>36</sup>. No cabe la punición imprudente, por lo que cuando la insolvencia se alcance por conducta meramente negligente, no será merecedora de sanción penal, a menos que obedezca a un total desprecio y descuido de las normas de prudencia y diligencia empresarial, lo que nos

---

*hecho de que el tipo penal objeto de análisis, no precise para su perfección de ánimo alguno de enriquecimiento por parte de los quebrados".*

<sup>35</sup> SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala 2ª, DE 16/07/1999, 12/02/1997. SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, Sección 7ª, DE 9/02/2000.

<sup>36</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala 2ª, DE 17/05/1997.- "Que ese requisito subjetivo del dolo se infiere con total claridad del dato objetivo de que, sin razón justificativa de clase alguna, se descapitalice la sociedad quebrada empleando para ello el mecanismo de constituir una nueva a la que se transfirieron todos los elementos existentes y propiedad de aquéllas, tanto humanos como mecánicos, e incluso de clientela, con la simple sustitución del nombre comercial y el traslado del domicilio social".

situaría ante supuestos incardinables en el **dolo eventual** y, por tanto, reprochables; o en palabras del propio TRIBUNAL SUPREMO en SENTENCIA TS, Sala 2ª, DE 12/02/1997, el dolo se debe apreciar cuando el autor, al menos, **sabe que la realización del tipo por su acción no es improbable**.

Es por tanto, necesaria la acreditación de que a tal estado de insolvencia se hubiere llegado a partir de una actividad tendenciosa del acusado, **encaminada a situar a la mercantil en tal estado o bien, a agravar tal situación en perjuicio de los acreedores**, (SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, Sección 7ª, DE 9/02/2000)<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, Sección 7ª, DE 9/02/2000.- *“Tal **atendimiento selectivo de deudas sociales no son suficientes** para atribuir al acusado un ánimo especial de producir o agravar la situación de insolvencia en que ya venía encontrándose desde fechas anteriores a la instancia de la quiebra formal. Tampoco podemos inferir este propósito específico del hecho constatado de que el acusado no hubiese instado tal declaración Judicial dentro de los plazos dispuestos por la Ley procesal a tales fines, desde el conocimiento de la situación real de insolvencia, pues, tan sólo elemento temporal no viene en absoluto a provocar, ni tampoco a agravar (...). La única actividad en la que podría residenciarse un propósito real de perjudicar la insolvencia vendría determinada por la **inclusión de partidas**, tanto en el activo como en el pasivo social, que no se corresponden con la realidad”.* SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala 2ª, DE 15/12/1997.- Tras un reconocimiento de deuda y su garantía real mediante constitución de hipoteca, declara: *“Las actuaciones realizadas en la póliza a favor de Bodegas R.A., SA y su cobertura hipotecaria e inmobiliaria sin justificación a deudas anteriores y con ausencia de asientos contables al respecto, agravaron intencional, maliciosa y voluntariamente la crisis económica de la empresa”.* SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 6/07/2000.- Aunque en el proceso civil se calificó la quiebra como fraudulenta, sin embargo, absuelve al acusado sobre la base de la ausencia de prueba acreditativa de que la efectiva disminución del activo patrimonial de la empresa del imputado, se debiera a una fraudulenta liquidación del activo

Por otra parte, la declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos, necesaria para la aplicación del precepto penal, (“*El que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos ...*”), no forma parte del tipo objetivo, sino que constituye una condición objetiva de punibilidad, y consecuentemente, no requiere haber sido alcanzada por el dolo del autor en el momento de realizar la acción típica, (SENTENCIA TS, Sala 2ª, DE 12/02/1997)<sup>38</sup>.

**Formas imperfectas de ejecución.**- Dado que estamos en presencia de un delito de resultado cortado, es necesaria la causación o agravación de la insolvencia o crisis empresarial, conexas directamente con la conducta del sujeto activo del delito, sin que se precise de ningún otro resultado ni perjuicio. Por ello, no caben las formas imperfectas de ejecución.

**Autoría y Participación.**- Delito especial, de propia mano, cuya comisión sólo puede tener lugar por el deudor que es declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos. Lo que no excluye la aplicación de las normas generales sobre participación en el delito, para los restantes responsables por su colaboración en el mismo.

**Perseguibilidad.**- Como ya he apuntado al referirme a las novedades legislativas de este tipo de delitos, se produce, a diferencia de lo contemplado en el Código Penal anterior, una liberalización de los requisitos de procedibilidad o perseguibilidad, pues, si bien es necesario que el sujeto activo del delito haya sido declarado en quiebra, concurso o suspensión de

---

de la empresa; en definitiva, no se han probado actos de disposición fraudulentos tendentes a la descapitalización de la empresa.

<sup>38</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala 2ª, DE 12/02/1997.- Casa y revoca una Sentencia de la Audiencia Provincial, en los siguientes términos: “*La Audiencia al excluir el dolo, sin embargo, ha razonado considerando implícitamente, que la declaración de quiebra y de las circunstancias mercantiles que la generaron son un elemento del tipo penal y por ello, ha atribuido importancia al hecho que cuando se realizaron las acciones de detrimento injustificado del activo social nada hacía presagiar la bancarrota en la que finalmente se caería*”.

pagos –(condición objetiva de punibilidad)<sup>39</sup> - sin embargo, ocurrida ésta la causa penal podrá tener lugar con total independencia de la civil. Es decir, se produce la desvinculación de las Jurisdicciones civil y penal, que podrán discurrir paralelamente, por lo que ya no será condición necesaria de procedibilidad la previa calificación de la quiebra por el Juez civil, (culpable o fraudulenta), ni a la consiguiente Providencia dando testimonio al Juez penal para iniciar el procedimiento al efecto. Así resulta del art. 260.3 cp: *“Este delito y los delitos singulares relacionados con él, (...) podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste”*.

Por otra parte, se produce una total independencia de Jurisdicciones no vinculando la calificación de la insolvencia en el proceso civil a la Jurisdicción penal. (Art. 260.4 cp): *“En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la Jurisdicción penal”*.

**Competencia, procedimiento y prescripción.**- Atendiendo a la pena contemplada en el art. 260 cp, (dos a seis años de prisión y multa de ocho a veinticuatro meses), nos sitúa ante un delito grave, conforme determina el art. 13.1 cp en relación con el art. 33.2, a) cp. Por lo que el trámite procedimental para su enjuiciamiento será el establecido para el **Procedimiento Abreviado**, (arts. 779 ss. LECr.). La competencia, conforme al art. 14 LECr corresponde a la **Audiencia Provincial**. La prescripción del delito, atendida la gravedad de la pena (dos a seis años de prisión), superior a la contemplada para los precedentes tipos penales antes vistos (uno a cuatro años de prisión), hace que no le sea de aplicación el párrafo 4º del art. 131.1

---

<sup>39</sup> MAZA MARTIN, JOSE MANUEL (ob cit.).- *“Habrá de entenderse declarada la quiebra, concurso o suspensión de pagos, en el sentido del art. 260, con las Resoluciones previstas al efecto en los arts. 1325 LEC y 1160 cc, respecto de los dos primeros, y art. 4 de la LSP de 1922, para la tercera. Aunque, respecto de ésta Narvaez Bermejo considera que debería atenderse, mejor, a la admisión a trámite del art. 8 de la expresada Ley”*. Sobre esta materia puede verse, NARVAEZ BERMEJO, (Magistrado), *“La autonomía del Derecho Penal y del Derecho Mercantil en el nuevo delito de insolvencia punible del art. 260 del nuevo Código Penal”*. (Revista de Actualidad Penal, nº 29, julio de 1997).

cp, (cinco años, para los restantes delitos graves), sino, el párrafo 3º del citado precepto, que fija en **diez años** la prescripción de los delitos cuando la pena máxima señalada por la Ley sea (...) o prisión por más de cinco y menos de diez años, como es el caso que nos ocupa, (SENTENCIA TS., Sala 2ª, DE 19/01/1998).

**Responsabilidad Civil.**- El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa, (art. 260.3 in fine CPn.). Lo que planteará numerosos problemas de colisión dados los diferentes criterios que sobre dicha responsabilidad pueden ostentar el Juez civil y el penal.

#### Delito de “estafa procesal” concursal.

Art. 261 CPN.- Consiste en la presentación de datos falsos relativos al estado contable para conseguir una indebida declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos.

Maza Martín, José Manuel (ob cit.), lo denomina como verdadero supuesto de “*estafa procesal*” y “*falsedad de uso*”, pues, la conducta típica – nos dice – no consiste en la alteración de la verdad, sino en el uso que se hace del documento falseado. Entiende el citado autor, que esta novedad típica trae causa de la despenalización de las falsedades ideológicas cometidas por particulares, operada en el nuevo Código Penal, que de otro modo podría resultar problemática su sanción penal.

#### **Elementos del tipo.**

**Sujeto Activo.**- El sujeto activo del delito será el deudor que mediante la acción falsaria pretende lograr la indebida declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos.

**Sujeto Pasivo.**- Deben serlo los acreedores defraudados por la indebida declaración concursal.

**Conducta típica.**- Consiste en la presentación de datos falsos relativos al estado contable. Dada su estrecha relación con el delito de falsedad documental, sólo separado por el principio de especialidad (art. 8 cp), debe

participar de los requisitos exigidos por las mismas, como que se trate de una falsedad idónea para el fin pretendido, con entidad suficiente; relativa a documentos o datos contables, por lo que solo tendría idoneidad suficiente la actuación falsaria en los **Balances** (fundamentalmente, de situación), o en la **Cuenta de Pérdidas y Ganancias**, dada su influencia directa en el resultado del ejercicio económico y del Balance de situación correspondiente, a través de la cuenta de pérdidas y ganancias, pero no la que tenga lugar en la Memoria u otros documentos contables de menor trascendencia a los efectos que nos ocupan.

La actuación típica habrá de producirse en procedimiento de quiebra, concurso o suspensión de pagos, y en todo caso, antes de la declaración de la situación concursal como tal, pues, precisamente esa es su finalidad<sup>40</sup>.

**Elemento subjetivo del tipo de injusto.**- El tipo de injusto requiere un **ánimo o intención**, la acción típica ha de realizarse “... *con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquéllos* ...”. Se trata de un **delito de mera actividad o riesgo**, sin que exija la producción de un resultado o perjuicio efectivo.

La intención ha de alcanzar la obtención indebida de la declaración del estado concursal o de ejecución universal, no siendo suficiente, por excederse del tipo, la mera admisión a trámite<sup>41</sup>.

**Culpabilidad.**- Por las mismas razones expuestas al comentar los anteriores tipos, solo cabe su **comisión dolosa**. Además, del elemento subjetivo del injusto consistente en la intención o finalidad reseñada, el propio tipo penal expresa la necesidad de que su comisión se produzca “... *a sabiendas* ...”, y por tanto, con plena conciencia y dolo delictual.

---

<sup>40</sup> MAZA MARTIN, JOSE MANUEL (ob cit.).- “*La aportación de datos falsos posterior a este momento – declaración de la situación de ejecución colectiva – quedará fuera de la descripción del artículo comentado*”.

<sup>41</sup> MAZA MARTIN, JOSE MANUEL (ob cit.).- Pone como ejemplo más frecuente del tipo delictivo, la declaración de suspensión de pagos, haciendo pasar por esta situación verdaderos casos de quiebra, dadas las ventajas que ello reporta al deudor.

En este sentido, y dada la necesaria intención o dolo en su comisión, no comprendería la infracción típica cuando estemos en presencia de meras discrepancias contables, con tal que las mismas no resulten temerarias e incardinables en un posible **dolo eventual**.

**Formas imperfectas de ejecución.**- Al ser un delito de mera actividad o tendencia, no caben las formas imperfectas de ejecución.

**Autoría y Participación.**- Del mismo modo que los anteriores tipos penales, se trata de un delito especial, de propia mano, cuya comisión únicamente puede tener lugar por el deudor incurso en un procedimiento de ejecución colectiva, cuya declaración pretenda, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales existentes sobre participación en el delito.

**Relación con otras figuras delictivas.**- El tipo penal que nos ocupa puede concurrir con otros delitos como el contemplado en el art. 260 cp, caso de inclusión de créditos inexistentes, pues, podría suponer la causación dolosa o agravación de la insolvencia mediante el aumento ficticio del pasivo<sup>42</sup>. Siguiendo a Maza Martín, José Manuel, (*ob cit.*), podemos relacionarlo con otras figuras delictuales como la “estafa procesal” (art. 250.2ª); la presentación de documento falso en juicio (art. 393 cp), si consideramos el procedimiento concursal como verdadero “*Juicio*”, los diferentes delitos por falsedades y falsedades de uso (art. 461 cp), etcétera, cuya concurrencia habría de resolverse por el principio de especialidad (art. 8 cp), a favor del art.261cp.

---

<sup>42</sup> MORENO VERDEJO, JAIME (*ob cit.*). MAZA MARTIN, JOSE MANUEL (*ob cit.*).