

DOBLE GRADO EN ADE Y DERECHO

2023-2024

**LOS DELITOS DE INSOLVENCIA PUNIBLE
EN RELACIÓN CON LOS DE FRUSTRACIÓN DE LA
EJECUCIÓN
Y SU DIFERENCIA CON LOS ILÍCITOS CIVILES**

TRABAJO REALIZADO POR MARIO MUGICA MARCOS

DIRIGIDO POR NORBERTO J. DE LA MATA BARRANCO

ÍNDICE:

- I. Introducción
- II. Antecedentes y redacción actual de los delitos de frustración de la ejecución e insolvencias punibles
 - a. Código Penal de 1995
 - b. Reforma de 2003
 - c. Reforma de 2015
- III. Los delitos de frustración de la ejecución
 - a. Bien jurídico protegido
 - b. Sujeto pasivo
 - c. Sujeto activo
 - d. Objeto material
 - e. Naturaleza, insolvencia e interpretación
 - i. ¿Delito de peligro o de lesión?
 - ii. La insolvencia
 - iii. Interpretación del sintagma “en perjuicio de”
 - 1) “En perjuicio de” como elemento subjetivo del tipo
 - 2) “En perjuicio de” como elemento objetivo del tipo
 - f. Carácter de la deuda
 - g. Conductas incriminadas
- IV. Los delitos de insolvencias punibles
 - a. Bien jurídico protegido, sujeto pasivo, sujeto activo y objeto material
 - b. Naturaleza: ¿Delito de lesión o de peligro?
 - c. Carácter de la deuda
 - d. Conductas incriminadas
- V. Independencia del proceso penal respecto del civil-mercantil
- VI. Distinción entre frustración de la ejecución e insolvencias punibles
 - a. Análisis de los motivos del preámbulo de la Ley 1/2015
 - b. Separación entre conductas de alzamiento de bienes e insolvencias punibles: facilitación de la respuesta penal y determinación de las conductas punibles

VII. Relaciones entre los incumplimientos civiles-mercantiles y los delitos de insolvencia punible en general

a. El alzamiento y los incumplimientos civiles

i. Acción pauliana y alzamiento de bienes

ii. Acción de nulidad por causa ilícita y acción de nulidad por simulación absoluta.

b. Las insolvencias punibles y los incumplimientos mercantiles

VIII. Conclusión

IX. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué respuesta jurídica otorga nuestro ordenamiento al caso en que un deudor no cumple con su obligación cuando lo debe hacer, alega ser insolvente frente a su acreedor y se comprueba que, en efecto, insolvente es, pero lo es por haber provocado fraudulentamente la situación¹? La respuesta jurídica a esta situación puede ser variada. En el orden penal, que será el que principalmente se examinará, encontramos los delitos de frustración de la ejecución y los de insolvencias punibles que vienen definidos en los capítulos VII y VII bis del Título XIII del Código Penal², respectivamente.

Tomando estas figuras como una posible reacción que brinda nuestro ordenamiento ante el caso planteado, en el presente trabajo hablaré sobre los componentes de estos tipos delictivos, empezando por un breve recorrido de la tipificación de las insolvencias punibles en general³ con la intención de entender cómo se ha llegado a la situación actual y las razones que motivaron la redacción de los mentados capítulos para , a continuación, seguir con un análisis exhaustivo de los elementos que los determinan. El sentido de ello es la gran similitud que guardan los diferentes componentes de ambos delitos, de ahí que intente desgranarlos en busca de sus diferencias.

Sin perjuicio de lo anterior, la conducta descrita inicialmente no merece siempre una consecuencia penal, por lo menos tras un somero vistazo al ordenamiento español, pudiendo ser paliada mediante figuras del orden civil y mercantil que brindan protección ante tales acciones fraudulentas. Es por ello que sea de recibo preguntarse cuáles son las lindes que separan la protección penal de la civil-mercantil, si es que existen.

El objeto de esta tarea, por tanto, es doble. En primer lugar, exponer los elementos comunes que ostentan ambos tipos y sus diferencias, para concluir si la regulación tras la última reforma penal de estos delitos, que data del año 2015⁴, cumple con los principios inspiradores del derecho penal y no cae en contradicciones. Entre dichos elementos

¹ Yzquierdo Tolsada, M., “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, *Revista jurídica del Notariado*, (27), 2006, p. 266.

² En concreto, los delitos de frustración de la ejecución vienen recogidos en los artículos del 257 al 258 ter y los delitos de insolvencias punibles los encontramos en los artículos del 259 al 261 bis.

³ Hago referencia a los delitos de ambos capítulos dado que, grosso modo, la conducta del sujeto activo consiste en insolventarse en perjuicio de las expectativas de cobro de sus acreedores.

⁴ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo que entró en vigor el 1 de julio de 2015 y no sólo modificó el capítulo VII del título XIII sino que constituyó un cambio de paradigma en distintos aspectos ya que se suprimieron las faltas, se reformó el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y se alteró la redacción de diversos delitos económicos, además de los antes citados.

comunes se pueden destacar componentes que son indispensables para comprender la esencia de estos tipos como pueden ser: el bien jurídico protegido, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto material, el concepto de insolvencia... nociones jurídicas no precisamente pacíficas en ciertos extremos y sobre las que conviene reflexionar a fin de comprender el problema que se plantea.

En segundo lugar, llevar a cabo un examen sobre si las conductas descritas en el artículo 257 CP pueden coincidir con las relativas a los ilícitos civiles y si las del 259 CP pueden, también, dar lugar a incumplimientos mercantiles, así como, si fuera el caso, intentar vislumbrar dónde se sitúa la frontera que separa el derecho privado del derecho penal y la acción de *ius puniendi* del Estado. Es decir, se trata de analizar si, partiendo de la tipificación de los mentados delitos, existen límites que las distinguan las acciones de Derecho Privado⁵.

En otras palabras, ¿puede una misma conducta conllevar protección civil y a su vez penal?, ¿existe algún criterio delimitador, ya sea el bien jurídico protegido, la imputación subjetiva o el contenido de injusto?, las respuestas a estas preguntas son de importancia capital ya que aquí se suscitan cuestiones propias del Derecho Penal no precisamente pacíficas que pueden dar lugar, y dan, a abundante literatura jurídica, pese a que en los últimos tiempos no se le haya prestado la atención merecida.

Adelantándome a alguna de las conclusiones, podemos ver cómo muchos autores ya advirtieron la posible vulneración del principio intervención mínima o *ultima ratio* en sus dos vertientes: tanto en el principio de subsidiariedad como en el de carácter fragmentario Derecho Penal⁶, avisando de las posibles consecuencias que podría acarrear su contravención. Bajo del principio de *ultima ratio*, por un lado, el Derecho Penal debe ser la última vía a la que se debe acudir para dar protección a determinado injusto, siendo la

⁵ Como expresa Muñoz Conde en Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes* (2ª ed.), Bosch, 1999, p. 91, el presupuesto jurídico privado debería ser el *minus* del cual se debe partir para estudiar el delito de alzamiento de bienes. Esto mismo debería ser predicable también para el delito de insolvencia punible, ¿se cumple?

⁶ En este sentido véanse: Rodríguez Celada, E., “La criminalización del fracaso empresarial”, *InDret*, (1), 2017, p. 9, Ruiz Marco, F. *La tutela penal del derecho de crédito* [Tesis doctoral], Universidad de Alicante, 1993, p. 445, Obregón García, A., “La reforma concursal y el Derecho Penal de la insolvencia: un hito más en una historia fatal”, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (61), 2004, 249-273, p. 265, Souto García, E., *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995*, 2009, p. 209 e Yzquierdo Tolsada, M., “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, *Revista jurídica del Notariado*, (27), 2006, p. 266.

vía penal subsidiaria del resto de alternativas menos lesivas que pueden solucionar el problema; y por el otro, el Derecho Penal sólo debería cubrir los ataques más graves a los bienes jurídicos que necesiten de mayor defensa, discriminando por tanto los bienes más valiosos y los atentados más gravosos contra ellos. De ahí que sea criticable, anticipándome a las páginas siguientes, que una misma conducta pueda ser penalizada sin diferenciarse en ningún aspecto del ilícito civil-mercantil, por no decir que, de la misma manera, sea difícil especificar el tipo penal en el que se subsumen los hechos, teniendo incluso que acudir al principio de alternatividad⁷. Incluso veremos cómo dichos preceptos penales castigan conductas que verdaderamente no constituyen graves ataques al crédito.

La farragosidad y contradicción en la que recae la regulación hace imperativo abordar esta materia, dado que nunca se termina de enfrentar el tema ni se consigue lograr una regulación más coherente⁸. Ello no quiere decir que no se haya tratado nunca, sino que su debate ha sido poco a poco apartado por otros.

De todo lo anterior, que primero se examine cómo se ha llegado al momento en que nos encontramos para luego reparar en las cuestiones principales del trabajo. Así pues, en las siguientes líneas se expondrá, de manera escueta, la situación previa a la regulación actual y finalizará exponiendo los últimos ajustes que han sufrido estos delitos objeto de examen.

⁷ De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 317 y Gutiérrez Pérez, E., *El derecho penal frente a la insolvencia: delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 628, entre otros.

⁸ Así lo concibe Obregón García, A., “La reforma concursal y el Derecho Penal de la insolvencia: un hito más en una historia fatal”, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (61), 2004, 249-273, p. 249 donde habla de la comisión por omisión de un error lamentable, en relación a la regulación anterior de estos delitos.

II. ANTECEDENTES Y REDACCIÓN ACTUAL DE LOS DELITOS DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN E INSOLVENCIAS PUNIBLES

a) Código Penal de 1995

La situación previa a la promulgación del Código Penal de 1995 consistía en un régimen de accesoriadad absoluta que incurría en muchísimos errores⁹, con dependencia del proceso penal del proceso mercantil, y que remitía al Código de Comercio en numerosas ocasiones para complementar los preceptos penales.

De dicha situación podría esperarse un nuevo enfoque con mayor solvencia que evitara la accesoriadad y que respetara los principios inspiradores del derecho penal. Así, la exposición de motivos del Proyecto de Código Penal de 1992¹⁰ afirmaba su intención de “acabar con la situación actual” dados los “defectos de una legislación corta y confusa que ciertamente no soporta el examen del derecho comparado, por lo cual resultaba imprescindible su revisión”. Sin embargo, la redacción no satisfizo los deseos que los penalistas proclamaban. En lo tocante al trabajo, podemos concentrar los cambios que la promulgación del Código Penal de 1995 trajo en:

1. Continuidad con la independencia –teórica- entre los delitos de alzamiento de bienes y quiebra, concurso y suspensión de pagos punible.
2. Se eliminan las diferencias penológicas según el sujeto activo sea comerciante o no.
3. Se suprime la diversidad de tipos penales según la conducta sea culpable o fraudulenta.
4. Creación de nuevos tipos específicos.
5. La intervención penal en los supuestos de quiebra, concurso o suspensión de pagos -lo que actualmente es el delito de insolvencia punible- punible se limita a los supuestos dolosos.
6. Dotación de independencia al orden penal respecto del mercantil en la calificación de la insolvencia

⁹ Quintero Olivares, G., “La polémica presencia del derecho penal en los problemas concursales, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 1998, 101-126, p.101.

¹⁰ Proyecto de Ley orgánica del Código Penal de 1992, p. 14.

b) Reforma 2003

La Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, dio paso a una nimia reforma en materia de quiebra, concurso o suspensión de pagos punible, que supuso la sustitución de dichos términos por la “declaración de concurso”, simplemente. Por lo que, en lo esencial, no se alteró ninguna característica de los delitos a tratar.

Lo importante es que no se plasmó una mejora -desde el punto de vista del Derecho Penal- respecto a la situación anterior, en lo que atañe a las insolvencias punibles en general. Y es que algunos autores clamaban la desaparición de los delitos cuyo núcleo era la insolvencia, bastando las consecuencias jurídicas que pueden traer el concurso de acreedores –calificación culpable del concurso y acciones rescisorias- o las acciones civiles –acción pauliana, acción de nulidad por simulación absoluta y de nulidad por causa ilícita-. De ello que, la propuesta de Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal directamente propusiera derogar el artículo 260 CP –artículo donde se recoge el delito de concurso punible-, para asombro de muchos.

En el texto se abogaba por “la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia” o se razonaba que “la calificación del concurso de acreedores agote su significación en el ámbito propio del concurso, sin trascender al ámbito penal”¹¹. No obstante dicha propuesta no llegó a materializarse dada la oposición del Grupo Parlamentario Socialista y el catalán Convergència i Unió¹², y que el debate parlamentario se centró en cuestiones tangenciales sin abordar lo principal –a saber, si el delito de alzamiento de bienes podría utilizarse para reprimir las conductas castigadas en el seno del delito concursal¹³ - por lo que todas las esperanzas de un regulación con mayor coherencia y eficacia cayeron en saco roto.

¹¹ Propuesta de anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal, por la que se modificaba la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal.

¹² Para mayor abundamiento véanse: BOCG, A-102-15, 10-12-2002 BOCG A-102-14,19-11-2002 y BOCG, A-102-16, 24-3-2003

¹³Gutiérrez Pérez, E., “La calificación culpable del concurso y los delitos de causación y agravación de la insolvencia”, *Revista General de Derecho Penal*, (38), 2022, p. 7.

c) **Reforma 2015**

El anterior paradigma cambió sustancialmente mediante la Reforma de 2015. En dicho año se aprobó la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificaba la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que, en apariencia, venía a solventar todos los problemas de la anterior formulación.

Dado que para analizar las redacciones y sus implicaciones utilizaré los siguientes apartados, en esta sede comentaré los cambios relevantes con respecto a la situación de 2003, que no son precisamente pocos.

En primer lugar, el Capítulo VII del Título XIII se dividió en dos capítulos nuevos, el VII bajo el nombre de “frustración de la ejecución” y el VII bis cuya rúbrica es “de las insolvencias punibles”. Por tanto, ahora tenemos dos capítulos diferentes para tratar dos delitos que también lo son, aparentemente.

En lo que concierne al capítulo de frustración de la ejecución: se aglutinaron las tres conductas clásicas de alzamiento, se incorporó un nuevo delito de presentación en un procedimiento de ejecución, judicial o administrativo, de una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz en el art. 258; se recogió el delito de uso de bienes embargados en el 258 bis -derivado de la antigua malversación impropia del art. 435 I 1º- ; se mantuvieron los tres tipos agravados de los ahora arts. 257.3 II y 257.4 y se reproduce el art. 261 bis en un art. 258 ter aplicable sólo a los delitos del Capítulo VII.¹⁴

Por otro lado, el capítulo VII bis, rompe con la anterior tipificación del concurso punible y recoge de manera casuística una lista de conductas delictivas cuando el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente -259.1-. Del mismo modo sanciona las conductas del apartado 1 cuando son las causantes de la insolvencia -259.2- ; recoge, para asombro de todos, un tipo imprudente -259.3- e introduce tres tipos agravados -259 bis- diferentes a los previstos para los delitos de frustración de la ejecución, etc.

¹⁴De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 289, y esto último además, en concordancia con el art.31 bis del Código Penal que establece el principio de taxatividad para la persecución de personas jurídicas por delitos. Esto es, solo se podrá proceder en caso de que el Código lo prevea para ese determinado delito.

En contra de cierta parte de la doctrina¹⁵, que venía reclamando la desaparición de los delitos de insolvencia punible, y la esencia de la previa reforma concursal, se realiza una suerte de diferenciación artificial y farragosa de delitos que indudablemente ostentan muchos elementos comunes y se diferencian en más bien poco, además de un planteamiento del 259.1 que dista mucho del objetivo que se perseguía.

Por ello es difícil de comprender cómo con la intención de llevar “a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota”¹⁶ la separación efectuada es solamente física dado que existen duplicidades e incongruencias¹⁷ que carecen de sentido teniendo en cuenta la intención que profesaba el legislador.

Habiendo esbozado unas breves pinceladas sobre los cambios sustantivos y estructurales de los delitos paso a continuación a analizar de forma detallada, y basándome en la legislación vigente, los delitos de frustración de la ejecución –especialmente el tradicional alzamiento de bienes- y de insolvencias punibles. El objetivo, como se ha expuesto en la introducción es el de comprender los contornos que poseen estas figuras en aras de establecer una diferenciación entre ellos y compararlos con las acciones civiles homólogas.

¹⁵ Por ejemplo, Monge Fernández, A., *El Delito Concursal Punible Tras la Reforma Penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 27. expresa que “finalmente, y pese a los logros obtenidos, la nueva regulación del delito concursal punible va a resultar altamente controvertida por la flagrante contradicción entre su carácter gravemente represivo y la *ratio legis* de la reforma concursal, favorable a una política despenalizadora”.

¹⁶ Preámbulo de la Ley 1/2015 de 30 de marzo apartado XVI

¹⁷ De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascaraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 287.

III. LOS DELITOS DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Artículo 257.

1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:

1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

2.º 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.

2. Con la misma pena será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder.

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

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

4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los numerales 5.º o 6.º del apartado 1 del artículo 250.

5. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal.

Artículo 258.

1. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses quien, en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor.

La relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto.

2. La misma pena se impondrá cuando el deudor, requerido para ello, deje de facilitar la relación de bienes o patrimonio a que se refiere el apartado anterior.

3. Los delitos a que se refiere este artículo no serán perseguibles si el autor, antes de que la autoridad o funcionario hubieran descubierto el carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, compareciera ante ellos y presentara una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa.

Artículo 258 bis.

Serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quienes hagan uso de bienes embargados por autoridad pública que hubieran sido constituidos en depósito sin estar autorizados para ello.

Artículo 258 ter.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

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

b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.

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

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.

Comienzo aquí un examen pormenorizado de los delitos de frustración de la ejecución, o de alzamiento de bienes, como se han denominado tradicionalmente pese a que en la actualidad se refiera solamente al delito contenido en el artículo 257.1.1º. Antes de comenzar, he de apuntar que lo que fundamentalmente se examinará será el llamado alzamiento de bienes. Se expondrán varias notas sobre el resto de tipos, pero no de forma minuciosa, ya que ello sería inútil, en cierta medida, como se podrá entrever en tanto se vayan leyendo las páginas.

a) **Bien jurídico protegido**

La doctrina española acepta actualmente la tesis de que el concepto de bien jurídico protegido sirve en la dogmática para esclarecer dos cuestiones: el contenido material del injusto –o puesta en peligro de un bien jurídico¹⁸- y la interpretación de cualquier tipo delictivo¹⁹. Es por eso que, en primer lugar, repararé en qué considero bien jurídico protegido en los delitos de alzamiento de bienes.

Primeramente, hemos de atender a la ubicación de los capítulos VII y VII bis en el Código Penal. Se sitúan ambos en el título XIII –del Libro II- cuyo título reza “De los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, lo que puede ayudarnos a identificar el bien jurídico que se protege mediante los delitos en cuestión. Ahora bien, ¿es este un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico? Su respuesta entraña complejidad dado que nos encontramos ante lo que algún autor ha denominado como delito bisagra²⁰. De ello que existan multitud de opiniones, pudiendo nosotros agruparlas en tres²¹:

¹⁸ Se puede tomar como ejemplo la nueva controversia surgida a raíz de la STS 3984/2023 de 28 de septiembre en la que se condena por un delito contra la salud pública. La Sala rechaza que se necesite conocer el porcentaje de THC en el cannabis, simplemente bastando el peso de la presunta droga incautada. De ahí que se critique la condena por un delito contra la salud pública cuando podría ser que esa sustancia no pudiese ser catalogada como nociva para la salud, no afectando al bien jurídico protegido en cuestión.

¹⁹ Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes* (2ª ed.), Bosch, 1999, p. 38

²⁰ Entendiendo que se tratan de delitos que están en el límite entre el patrimonio y el orden socioeconómico. Así se comenta en Quintero Olivares, G., (Dir)/ Morales Prats, F., (Coord), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 2007 p. 702.

²¹ Gutiérrez Pérez, E., *El derecho penal frente a la insolvencia: delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*. Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 43.

- a) Perspectiva socioeconómica o supraindividual
- b) Perspectiva exclusivamente patrimonial o individual
- c) Perspectiva híbrida o ecléctica

Los defensores de la primera de las posturas esgrimen que la protección pretendida se brinda para defender desde el buen funcionamiento del sistema crediticio, hasta la administración de justicia, pasando incluso por la función social de la propiedad. Sin embargo, estas consideraciones, a mi modo de ver, distan de ser precisas, alejándose de la esencia del bien jurídico protegido. De acoger dichas teorías, se podría decir que en todos los delitos recogidos en nuestro Código penal se protegen bienes jurídico penales de corte supraindividual, ya que en el mismo se castigan conductas que si se generalizaran afectarían al correcto funcionamiento de la relaciones –en todos sus ámbitos- tal y como las concebimos desde la moral.²²

Los que abogan por la segunda tesis, afirman que el bien jurídico protegido no es otro que el derecho del acreedor de satisfacer su derecho de crédito con el patrimonio –todo, presente y futuro²³- del deudor en caso de que incumpla sus obligaciones. Es importante distinguir ahora entre cumplimiento y satisfacción²⁴, dado que mientras que en el primer caso nos centraríamos en el orden civil –pudiendo instar acciones de cumplimiento o indemnización por daños y perjuicios-, en sede penal no se protege al acreedor de los incumplimientos del deudor sino que se salvaguarda su derecho a –en caso de incumplimiento o de posible/inminente incumplimiento- satisfacerse en el patrimonio sujeto a responsabilidad universal²⁵.

Por último, también existen los se decantan por una teoría ecléctica o mixta combinando la tesis supraindividual con la patrimonial/individual. Es cierto que existen diversos subgrupos en los que se dividen estas tesis –pluriofensiva, diferenciación entre bien jurídico penal mediato e inmediato y los que dan importancia al carácter de la deuda-, no obstante, no es fundamental para el objeto del trabajo ahondar en esta literatura. Por

²² En consonancia con la argumentación de Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes* (2ª ed.). Bosch, 1999, pp. 60-61.

²³ En relación al principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el art. 1911 del Código Civil.

²⁴ Gutiérrez Pérez, E., *El derecho penal frente a la insolvencia: delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*. Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p.64.

²⁵ Sin embargo esta tesis no es del todo coherente dado que existen mecanismos civiles que salvaguardan el mismo interés: acción pauliana y acciones de nulidad por simulación absoluta y causa ilícita.

consiguiente, me limitaré a afirmar que lo más coherente es adoptar la tesis patrimonialista/individual, sin olvidar que existe una dimensión colectiva²⁶, lo que tendrá cierta repercusión en los siguientes puntos.

Finalmente, en posteriores apartados convendrá acordarse de esta teoría del bien jurídico protegido del delito de alzamiento, para compararlo con el resto de herramientas de protección del crédito.

b) Sujeto pasivo

Teniendo en cuenta lo explicado en el apartado anterior, no cabe duda de que el sujeto pasivo de este delito será el acreedor perjudicado, es decir, el titular del bien jurídico afectado del delito. Esto se debe a la delimitación del bien jurídico protegido efectuada que, siendo el derecho de satisfacción que tiene el acreedor sobre el patrimonio del deudor, el establecimiento del sujeto pasivo es inherente a la base del bien jurídico. Por ello, también debemos hacer referencia a la relación obligacional que subyace en la controversia. Dicha relación es la que convierte a un sujeto en acreedor y al otro en deudor, integrando dichos elementos en el tipo. Aun cuando, posteriormente, se vaya a examinar la importancia e interpretación de la locución “en perjuicio de”²⁷, es conveniente decir que el sintagma siguiente “sus acreedores” no indica que el delito se cometa solo cuando exista una pluralidad de ellos²⁸, no debiendo acudir a una interpretación literal de la redacción. El delito se comete haya uno o varios acreedores perjudicados por el alzamiento del deudor, queriendo referirse a que aunque existe una pluralidad de perjudicados no se tratará de un concurso de delitos sino de uno solo.

c) Sujeto activo

En lo relativo al sujeto activo, este no es más que la otra cara de la moneda de la relación contractual. En su otro lado se encontraba el acreedor y, en este, el deudor. Se trata de la

²⁶ De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 291.

²⁷ Del 257.1.1º del Código Penal.

²⁸ *Ibíd.*, p. 292 y también Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes* (2ª ed.), Bosch, 1999, p.112.

persona que realiza la acción de insolventarse en contra de los intereses legítimos de sus acreedores –en el ámbito de los artículos 257 y 258 del Código Penal. Además, lo será también el deudor subsidiario, fiador, etc. Sin importar el calificativo mientras, efectivamente, sea deudor.

Será sujeto activo del delito del art. 258 bis el depositario de bienes embargados en procesos de ejecución, salvo que se entienda al sujeto activo del delito de malversación en relación con el 435 3º.

Sentado lo anterior, ya conocemos el bien que se pretende salvaguardar y los sujetos que operan en la controversia. A continuación analizaré sobre qué bien/bienes recae la acción del deudor –lo que se llama objeto material-, además de plantear determinados puntos conflictivos en cuanto a la interpretación de los delitos y seguidamente finalizar con la exposición de las conductas por las que se puede llevar a cabo la comisión de estos delitos.

d) Objeto material

Entrando en este nuevo subapartado, lo principal es comenzar afirmando que el objeto material del delito es el patrimonio del deudor que está sujeto a responsabilidad universal. Por ello, nos estamos refiriendo a bienes no inembargables²⁹ y, en el caso del art. 258 bis, a los bienes ya embargados, así como, en el del 258, a los documentos falsos. Además, como hemos mencionado en el punto anterior, la relación obligacional que da sentido a lo que venimos comentando nos hace tener que hablar también de la responsabilidad³⁰ que ella conlleva.

La responsabilidad, hasta hace no tanto, era también de tipo personal, lo que significaba que en caso de incumplimiento el deudor podía incluso llegar a ser castigado con penas corporales. Esto nos sirve ahora para explicar algo que más adelante recobrará el sentido cuando exponga una de las problemáticas vigentes con la regulación actual: la prisión por deudas.

La prisión por deudas existió en el territorio de la península ibérica incluso antes del periodo de la romanización³¹ siendo una realidad bastante frecuente durante mucho

²⁹ Arts. 605 y ss. de la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil y el art. 27.2 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre.

³⁰ Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes* (2ª ed.), Bosch, 1999, p. 130.

³¹ Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes* (2ª ed.), Bosch, 1999, p. 22.

tiempo. Al hablar de la prisión por deudas me refiero a que la insolvencia del deudor –sin incluir en el supuesto elemento intencional alguno, pudiendo ser un caso de insolvencia fortuita- podía ser castigada con la prisión del deudor, su servidumbre o incluso con penas corporales. Esta institución, si bien podía variar dependiendo de la época y del territorio en el que nos encontráramos, perduró hasta la promulgación del código civil de 1855³², aunque como afirma TOMÁS y VALIENTE ya había quedado en desuso a finales del siglo XVIII³³. Con esta breve puesta en contexto se viene a poner de manifiesto algo que algunos autores ya claman sobre la regulación actual³⁴ y es que castigando ciertas conductas del 259.1 a título de imprudencia –en virtud del 259.3- estamos regresando a la figura arcaica de la prisión por deudas. Conviene además recordar que su prohibición viene expresamente recogida en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos de las Libertades Fundamentales³⁵ y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incidiendo en que “nadie puede ser privado de su libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual”, en el primero y, que “nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”, en el segundo.

Dejando de lado el anterior apunte y volviendo al tema principal, he de hacer una pequeña observación más en lo que concierne al objeto material, similar a la del punto anterior ya que, aunque en la redacción del art. 257.1.1º se diga “sus bienes”, comete también el delito el sujeto aunque solamente exista un bien con el que alzarse³⁶.

e) Naturaleza, insolvencia e interpretación

En esta sede se tratarán tres de las cuestiones más discutidas y nucleares en relación al delito de alzamiento de bienes: la clasificación del delito como de peligro o de lesión, el concepto de insolvencia y el significado que se le debe atribuir a la locución “en perjuicio de”.

³² *Ibíd.*, p. 29.

³³ Tomás y Valiente, F. “La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés”, *Anuario de historia del derecho español*, 1960, pp. 432 y ss.

³⁴ Rodríguez Celada, E., La criminalización del fracaso empresarial, *InDret*, (1), 2017.

³⁵ Concretamente en el protocolo IV del Convenio.

³⁶ Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes* (2ª ed.), Bosch, 1999, p. 131.

i) ¿Delito de peligro o de lesión?

Es de suma importancia para el correcto análisis del delito la clasificación de la naturaleza del mismo como de lesión o de peligro, ya sea abstracto o concreto³⁷.

Partiendo de los diferentes tipos según su relación con el bien jurídico protegido se expondrá brevemente lo que propugna cada parte para posteriormente posicionarse sobre la que creo más adecuada.

¿Por qué hay quienes abogan por la naturaleza de delito de lesión?, porque estiman que desde el momento en que se da el alzamiento el derecho de crédito del acreedor sufre una lesión, se deteriora. Aunque, es cierto que no existe consenso en cuanto al momento de lesión. Unos abogan por el criterio de la exigibilidad del crédito –desde que la deuda vence- y otros, acertadamente, afirman que la lesión existe desde que se da la insolvencia³⁸. Los primeros sostienen que la insolvencia es solo un peligro para el derecho de crédito por lo que la lesión devendría en el momento de vencimiento de las obligaciones. Sin embargo, de contrario, dentro la misma línea de argumentación como delito de lesión, se puede decir que desde el mismo momento en que se causa la insolvencia mediante el alzamiento, el derecho de crédito del acreedor, que incluye el derecho a satisfacerse en el patrimonio del deudor –como ya hemos reiterado- se lesiona, puesto que pierde su valor en el mercado³⁹. Igualmente, se apoyan otros en que el artículo 1129.1 del Código Civil establece la capacidad de instar el vencimiento anticipado⁴⁰ al acreedor en caso de insolvencia del deudor, lo que reviste de mayor solidez esta tesis.

De otro lado, existe otra rama doctrinal que estima que el delito de alzamiento de bienes es de peligro. Dicha corriente se escinde en dos, igual que en el supuesto anterior: la vertiente que lo considera de peligro concreto y la que manifiesta que es de peligro abstracto. Para entender las posturas conviene resumir que en los primeros se exige la creación de una efectiva situación de peligro (*resultado* de peligro), mientras que en los

³⁷Mir Puig, S., *Derecho Penal Parte General* (5ª ed), Repertor, 1998, p. 208 y ss.

³⁸ A pesar de que más adelante se tratará expresamente el concepto de insolvencia, es preciso apuntar que es un elemento común en los delitos del capítulo VII y VII BIS, dado que el alzamiento conlleva una insolvencia del deudor.

³⁹ De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascurain Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 291: “el derecho de crédito es parte integrante del patrimonio público o privado (...) y que, como tal, es evaluable económicamente”.

⁴⁰Caballero Brun, F., *Insolvencias punibles*. Iustel, 2008, p. 199.

segundos no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo.⁴¹ Con todo ello, los partidarios de considerar el tipo de peligro concreto fundamentan su tesis en que el deudor cuando se alza con sus bienes, generando una insolvencia, pone en peligro el derecho de crédito de su acreedor; sin embargo, no consideran que se esté lesionando el bien jurídico protegido ya que este no es el derecho de crédito en sí, sino la expectativa de cobro que tiene el acreedor a través del derecho a satisfacerse en su patrimonio. Por lo que, lo que se realiza con la acción del deudor es una puesta en peligro de lo que verdaderamente constituye el bien jurídico penal.

Por último, están los que catalogan de peligro abstracto el alzamiento de bienes, descartando la devaluación del crédito del acreedor e incluso atendiendo a una concepción del bien jurídico penal supraindividual.

Tras la puesta en contexto de las posibles posiciones con respecto a la naturaleza del delito, lo más coherente, a mi juicio, es considerarlo un delito de lesión. Por el razonamiento esgrimido *supra* y porque, aunque es cierto que el bien jurídico protegido está ligado derecho de satisfacción, ese derecho es derivado de la relación obligacional inicial y por tanto, la insolvencia del deudor afecta tanto al cobro, en primer lugar, como a la expectativa del acreedor en satisfacerse en el patrimonio del deudor. Sería ingenuo pensar que, ante un deudor insolvente, el derecho de crédito del acreedor se deteriore, pero no el derivado de él -1911 CC-. Vendría a significar que el deudor insolvente no podría pagarme de manera voluntaria, pero sí acudiendo a la vía de ejecución. Y es más, la lesión se perfecciona en el mismo instante que la disposición fraudulenta de sus bienes ya que no se podría dejar a la suerte o el azar que entraran nuevos bienes para poder hacer efectiva la ejecución. Es decir, los que no lo consideran un delito de lesión no verían comportamiento típico alguno en un deudor que oculta todos sus bienes y de pronto le toca la lotería y paga a sus acreedores.

En conclusión, la lesión es igual a la insolvencia. Por ello, ¿qué es la insolvencia?

⁴¹ Mir Puig, S., *Derecho Penal Parte General* (5ª ed), Repertor, 1998, p. 208.

ii) La insolvencia

Es importante incidir ahora en una cuestión común en ambos capítulos VII y VII BIS: la insolvencia. Recordemos que en la regulación anterior ambas figuras se encuadraban bajo la misma rúbrica, “de las insolvencias punibles”. No obstante, no encontramos en la normativa penal qué hemos de entender por insolvencia, de hecho, ni siquiera aparece mentada en los delitos de frustración de la ejecución. Por lo tanto conviene ahora matizar el concepto y dar varias pinceladas acerca de esta materia.

Para acometer la tarea de conceptualizar la insolvencia, en primer lugar, hemos de remitirnos al TRLC, que establece en su artículo 2º -al hilo de que la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia- que “La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente⁴² sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”. Se centra por tanto la normativa concursal en la incapacidad del deudor de hacer frente a sus pagos, no solo en el momento actual sino también de manera inminente, además de declarar que se encontrará en dicha situación tanto el que no pueda atender las obligaciones vencidas como el que no vaya a poder hacerlo.

Existen diferentes concepciones de la insolvencia –parcial o total, definitiva o provisional, real o aparente, jurídica o fáctica- que pasamos a desmenuzar para trazar una mejor noción de lo que es.

Ya hemos comprobado que el estado de insolvencia puede ser tanto actual como inminente, siendo indiferentes sus consecuencias ya que ambos estados se consideran insolvencia. Así, adelantamos una conclusión que se va a repetir en las siguientes situaciones. Pasando a analizar la insolvencia total frente a la parcial, debemos decir que la primera alude a la imposibilidad de atender a cualquier deuda, ya que se carece completamente de bienes, mientras que, en la segunda situación, se puede satisfacer algún crédito –que no todos-. Sin embargo, esta distinción carece de valor debido a que o se

⁴²Conviene matizar que este término no constituye, según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, un elemento temporal, sino que viene a expresar lo contrario a irregularmente, en el sentido de que en la misma situación de insolvencia se encontrará el deudor que atienda los pagos por medios irregulares, como se afirma Gutiérrez Pérez, E., *El derecho penal frente a la insolvencia: delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 237.

puede cumplir con las obligaciones -todas- o no se puede⁴³. Así como quien puede seguir atendiendo a sus obligaciones no se encontrará en un estado de insolvencia, disponiendo aún el deudor de patrimonio realizable con el que satisfacer el derecho de crédito del que disponen los acreedores.

Siguiendo con la insolvencia definitiva o provisional, primero hemos de definir las ideas. La definitiva se dará cuando el pasivo sea mayor que el activo, y la segunda cuando el activo sea mayor que el pasivo pero sin embargo no se disponga de liquidez –no existe activo realizable- para atender a las obligaciones exigibles. Sin embargo, pese a que se aceptan las descripciones dadas, un deudor puede tener una partida de activo mayor que de pasivo y, pese a ello, no poder realizar su activo corriente para convertirlo en dinero – por lo que estará en situación de insolvencia-. De ahí que, se pueda predicar que la mera falta de liquidez temporal no constituya una verdadera insolvencia siempre que esta se haya debido a un desequilibrio entre cobros y pagos o se pueda solucionar acudiendo a crédito u otras alternativas viables y no responda a una patología estructural.

Otros también plantean la distinción entre insolvencia real e insolvencia aparente, ¿merecerá un tratamiento distinto cada figura? Pues en esta sede llegamos al mismo razonamiento: es irrelevante⁴⁴. Lo principal es que se dé esa frustración de las expectativas de cobro por parte del acreedor, por lo que, que los bienes existan pero estén ocultos o que realmente hayan dejado de existir será intrascendente. Así, con la misma base, concluimos que volverá a ser trivial que se uno se haya insolventado mediante negocios jurídicos en contraposición a un comportamiento físico⁴⁵ –ocultamiento, destrucción...-.

Como se ha podido ver, la clase de insolvencia, pese a que en la doctrina exista una tendencia por clasificar las formas que puede adoptar, será irrelevante. Lo imprescindible, va ser la frustración de la responsabilidad patrimonial universal de la que responde el deudor frente al acreedor. De ahí que no se pueda trazar una línea entre la protección del derecho privado frente al público en torno a la distinción de insolvencias, ocupándose ambas de la insolvencia sin calificativo alguno.

De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 289.

⁴⁴ STS 400/2014 de 15 Abril.

⁴⁵ De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 290.

iii) Interpretación del sintagma “en perjuicio de”

A la hora de delimitar el tipo subjetivo del delito de alzamiento de bienes, la cláusula “en perjuicio” ha sido la causante de las controversias surgidas en torno al elemento intencional. Dicha controversia alrededor de la locución prepositiva ha contribuido a que unos le atribuyan un valor objetivo y otros estimen un elemento subjetivo del tipo en el sintagma.

1) “En perjuicio de” como elemento subjetivo del tipo

Los que argumentan en favor de este punto de vista sostienen que el delito de alzamiento de bienes se configura como un delito de *tendencia interna trascendente*, es decir, que se requiere que el sujeto activo obre con una intención adicional -y distinta- a la de lograr la realización del tipo⁴⁶. De esta forma, como es habitual en este tipo de clasificación, la consecuencia de ello es considerar que el delito es también de resultado cortado -o mutilado de dos actos⁴⁷-. Esto significa que cuando el deudor realiza la acción típica con ese ánimo adicional distinto de la realización objetiva del tipo, el delito quedaría consumado incluso en caso de no conseguirlo finalmente. Los seguidores de esta teoría defienden que no se exige un perjuicio patrimonial objetivo por lo que la cláusula “en perjuicio de” hace referencia al fin que persigue el sujeto activo, sin que necesariamente haya de lograrlo⁴⁸. Dicho significado encuentra su mayor justificación en la redacción del 257.1.2º del Código Penal que reza “con el mismo fin” haciendo alusión a quien realiza cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación. Por ello, se asocia, erróneamente a mi parecer, ese “fin” con el propósito/ánimo de perjudicar a sus

⁴⁶ Gutiérrez Pérez, E., *El derecho penal frente a la insolvencia: delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p.118 y Mir Puig, S., *Derecho Penal Parte General* (5ª ed), Repertor, 1998, p. 263, donde expone esta situación poniendo de ejemplo el *ánimo de lucro* en los delitos de hurto.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Gutiérrez Pérez, E., *El derecho penal frente a la insolvencia: delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 120.

acreedores. Misma conclusión sacan del 257.2 cuando se refiere obrar “con la finalidad” de eludir la responsabilidad civil derivada del delito.

Es preciso apuntar que esta interpretación es la que ha sostenido de forma predominante el Tribunal Supremo⁴⁹, planteando que la locución examinada “ha de interpretarse como la exigencia de un ánimo específico de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores” o que “la intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores”. No obstante, pese a la mayoría de resoluciones en esta dirección, no se trata de un concepto pacífico afirmando algunas, a mi juicio acertadamente, que “el delito de alzamiento de bienes no requiere un elemento subjetivo diverso del dolo, es decir. Del conocimiento del peligro concreto de la realización del tipo. El tipo penal no exige un intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del mismo, es decir, el dolo, por sí mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa”.⁵⁰

Dejando medianamente zanjada la postura subjetiva respecto a la locución, podemos comentar también la interpretación que se hacía sobre el sintagma “sea causada o agravada dolosamente” que hacía referencia al antiguo delito concursal del artículo 260 del Código Penal. La lectura que se efectuaba era la de entender que se exigía un dolo directo dirigido a perjudicar a los acreedores⁵¹, impidiendo así la previamente mencionada prisión por deudas. De tal forma se exigía un elemento intencional adicional que añadía un desvalor al tipo objetivo, no castigando simplemente la causación o agravación de la insolvencia. Por último, es conveniente comentar que en el ámbito mercantil del art. 443.1 ° TRLC, en que se utiliza la misma fórmula para describir la conducta ilícita del alzamiento de bienes, tampoco existe unanimidad sobre su interpretación.

2) “En perjuicio de” como elemento objetivo del tipo

⁴⁹ STS 750/2018, de 20 de febrero; 538/2008, de 1 de septiembre; 557/2009, de 8 de abril; 667/2002, de 15 de abril, entre otras.

⁵⁰ STS 2170/2002, de 30 de diciembre.

⁵¹ Gutiérrez Pérez, E., *El derecho penal frente a la insolvencia: delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 123.

Los adeptos de esta tesis sostienen que no se le puede atribuir a la locución un carácter subjetivo anímico más allá de la realización del tipo, por lo que se correspondería con un perjuicio patrimonial efectivo⁵². Los argumentos que esgrimen, en resumidas cuentas, son dos. El primero se basa en que no se le puede asignar un componente de finalidad a la preposición “en” y el segundo, en que el resto de veces que aparece “en perjuicio de” en los delitos del Título XIII se interpreta de manera objetiva, usando “para perjudicar a otro” cuando se exige una intención añadida a la realización de la acción típica. Así, los que respaldan este punto de vista, argumentan que la cláusula lo que establece es el presupuesto objetivo de cualquier desventaja, minoración indirecta de patrimonio, costas de los procesos..., es decir de un perjuicio patrimonial para el acreedor, si bien luego en la jurisprudencia no se ha llegado a un consenso, como se ha expuesto previamente.

Por último, tras haber tratado las diferentes corrientes que analizan el tema, considero que lo más acertado sería la interpretación subjetiva en el sentido que paso a exponer. Sin entrar en concreciones lingüísticas que se pueden tratar más a fondo, a mi juicio, cuando el deudor se alza protegiendo sus bienes del derecho de los acreedores a satisfacerse, el perjuicio patrimonial es inherente a la ocultación, no se pueden desvincular, por lo que objetivamente el perjuicio ya está causado. Esto se debe a que cualquiera que oculte –por atenernos a una concepción básica de “alzar”- sus bienes conscientemente en beneficio propio o de terceros sabe que estará perjudicando -y efectivamente perjudica⁵³- a sus acreedores dado que no se puede desligar una cosa de la otra. Además, no concibo de qué manera se podría probar un ánimo de perjudicar distinto del de la salvaguarda de los bienes, por no decir que, nadie salvo casos patológicos está interesado específicamente en perjudicar a los acreedores⁵⁴. De todo ello, que lo que propugne sea la necesaria constatación de que el deudor tenía la intención de salvar su patrimonio obstaculizando la vía de ejecución de sus acreedores y de la causación de la insolvencia, que es origen

⁵²Souto García, E., *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, 2009. p. 205, donde afirma que “la doctrina mayoritaria insiste además en que el ánimo específico que debe concurrir en el sujeto es el de perjudicar a sus acreedores, esto es, la intención primera que mueve al sujeto activo se traduce en la búsqueda de la provocación del perjuicio. Ahora bien, la práctica demuestra que realmente lo que lleva al deudor a alzarse con sus bienes es la intención de quedarse con ellos”.

⁵³De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 297.

⁵⁴Ruiz Marco, F., *La tutela penal del derecho de crédito* [Tesis doctoral], Universidad de Alicante, 1993, p. 609 e Yzquierdo Tolsada, M., “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”. *Revista jurídica del Notariado*, (27), 2006, p. 285.

del perjuicio efectivo. Esto es, en el aspecto objetivo la constatación del perjuicio es la constatación de la insolvencia y en el subjetivo lo necesario es comprobar esa intención de salvaguardar los bienes de la acción del acreedor.

f) Carácter de la deuda

Adicionalmente, dado que venimos hablando de deudor, acreedor, obligación, responsabilidad, etc. es indispensable comentar de qué deuda estamos hablando. Por ello hay que matizar cuáles son las características de la deuda que corresponde al sujeto activo del delito. En primer lugar hacemos referencia a una deuda que ha nacido indiscutiblemente antes de los actos defraudatorios del deudor, puesto que si la obligación se hubiese contraído después del actor generado de la insolvencia, en todo caso nos encontraríamos en el marco del delito de estafa⁵⁵, ya que el sujeto activo habría ocultado su situación patrimonial real con el fin de recibir el activo del acreedor.

Asimismo, hemos de analizar las deudas no vencidas, ¿existe el delito de alzamiento de bienes aun cuando la deuda no ha vencido? Pues, evidentemente, cuando la deuda ha vencido y es líquida y exigible, existe delito, por supuesto. Pero además, se puede afirmar que mientras esté contraída⁵⁶, no será necesario que haya vencido para que la actuación se subsuma en tipo⁵⁷. No tendría sentido aplicarlo solamente a deudas contraídas y vencidas dado que nadie esperaríamos a su vencimiento para insolventarse. Por otro lado, el artículo 257.1.2º hace referencia a procedimientos “de previsible iniciación”, lo que significa que se sancionarían comportamientos que causen una insolvencia inminente.

Así, con base en el 257.3, queda claro que es indiferente la naturaleza u origen de la deuda, incluyendo así todas las de carácter tanto privado como público. Y, aunque el 257.2 hable solamente de las obligaciones derivadas de delito, nada impide que se aplique a cualquier tipo de deuda de conformidad con la cláusula antes mencionada.

⁵⁵ Con ánimo de lucro y mediando engaño bastante para producir error en el acreedor de una situación de solvencia que no es real y así que el “acreedor” realice cualquier disposición en su favor.

⁵⁶ Como apunte, en las obligaciones tributarias se considera que la obligación nace desde el momento en que se comete el hecho imponible, de acuerdo con la Ley General Tributaria que, en su art. 20.

⁵⁷ Véanse la STS 1088/2008 de 12 de noviembre y la STS 770/2002, de 22 de julio, entre otras.

Con todo ello, ya disponemos de todos los elementos que nos permiten evaluar el alcance de todos los elementos de este tipo delictivo, a falta de las conductas por las cuales se puede cometer este delito, que se expondrán en este último apartado.

g) Conductas incriminadas

Como ya hemos comentado la redacción de los delitos de frustración de la ejecución en el punto de Reforma 2015, adelante expondremos brevemente lo que se sanciona en cada cláusula.

En el artículo 257.1.1º tenemos el delito de alzamiento de bienes clásico, que castiga, como se ha ido advirtiendo en los párrafos anteriores, al que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. Ya se han revisado todos los elementos de cada locución o palabra controvertida a nivel de interpretación, por lo que no se precisa ahora de ulterior explicación. Se castiga así al deudor que con intención de salvaguardar sus bienes se despatrimonializa/insolventa/alza frustrando la legítima expectativa que tiene su acreedor, en virtud del derecho de crédito del que dispone, de satisfacerse en su patrimonio.

Dado que no encontramos una lista numerus clausus –lo cual carecería de sentido- las conductas consistirán , en esencia en: la ocultación material de los bienes del deudor o una ocultación mediante mecanismos jurídicos, es decir, disminución del activo, disminución del pasivo, ausencia de contabilidad, etc.⁵⁸ El segundo ordinal del mismo artículo sanciona actos para eludir un embargo. La redacción es la siguiente: “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”. Si en un primer instante no hemos reparado en la similitud con el apartado primero, pasamos exponerlo:

1º Podemos identificar el acto generador de obligaciones o acto de disposición patrimonial, con su término análogo del apartado primero “alzamiento” o, como hemos defendido en el trabajo: con la insolvencia.

⁵⁸ Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes* (2ª ed.), Bosch, 1999, pp.116-117. Nótese que puede parecer que hay coincidencia con ciertas conductas del 259.1. Luego me detendré en ello.

2º Impedir la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio iniciado o de posible iniciación significa lo mismo que frustrar el derecho que tiene el acreedor a satisfacer su crédito con todo el patrimonio del deudor.

3º No se nombra, pero de existir un procedimiento ejecutivo sobre los bienes del deudor, el sujeto activo tendrá necesariamente condición de deudor.

4º Siendo “de previsible iniciación” no será necesario que la deuda sea exigible, dado que el acto generador de insolvencia –que es precisamente lo que se castiga-, sucede antes del vencimiento de una deuda. Dicho acto igualmente dilata, impide o dificulta la eficacia del embargo. Por todo ello que se considere que este precepto no añada nada al tipo genérico de alzamiento de bienes⁵⁹.

El mismo precepto en su punto 3º II, introduce un tipo agravado en atención a la naturaleza de la deuda. Se recoge ahora un arco de pena de 1 a 6 años y multa de 12 a 24 meses⁶⁰ cuando la deuda sea de Derecho Público y la acreedora una persona jurídica pública –nombrando también la Hacienda Pública y la seguridad Social, que evidentemente son entes públicos-. Es reseñable, por un lado, que el tipo básico y el agravado compartan el arco penológico de 1-4; es decir, se podría castigar con la misma pena ambos delitos; y, por otro lado, que la pena prevista para los delitos tributarios contra Hacienda y Seguridad Social –de 1 a 5 años- sea menor que la que establece este 257.3 II⁶¹.

El siguiente ordinal incorpora un tipo agravado –las penas se impondrán en su mitad superior- para el caso de dos circunstancias que generan un mayor desvalor. Estas, relacionadas con el delito de estafa, se encuentran en el punto 5º y 6º del artículo 250:

5º El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas.

⁵⁹De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 299.

⁶⁰ Recordemos que el tipo básico castiga con prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses.

⁶¹ De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 301. De la Mata expresa que solo se puede entender a efectos de prescripción, ya que cuando la pena del delito excede de los 5 años, estos prescriben al de 10 años –art. 131.1 III CP-.

6º Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

Por último, en el 258 se castiga a la pena de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 18 meses a quien en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo presente a la autoridad encargada de la ejecución una relación de bienes incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor. No existe unanimidad, sobre la naturaleza de este delito⁶², y es de dudosa aplicación debido a que la presentación falsaria de una relación de bienes que impide satisfacer su derecho al acreedor no es sino la causación de una insolvencia aparente que perjudica las legítimas expectativas de cobro del acreedor.

Asimismo, el apartado segundo del artículo sanciona el comportamiento omisivo, es decir, la no presentación de la declaración de bienes solicitada y seguido, el tercer punto contempla un levantamiento de la pena para los casos en los que el ejecutado, antes de ser descubierto por la autoridad, presente un relación veraz. También es destacable que la declaración de bienes se considerará incompleta cuando el deudor disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho uso. De suerte que, en ausencia de justificación la relación de bienes se considerará incompleta y se incurrirá en un delito del 258.1.

No merecen, en atención al objeto de este trabajo, más análisis los tipos del 258 bis, que introduce un tipo específico de uso de bienes embargado y del 258 ter que hace referencia a la responsabilidad penal de la persona jurídica y sus consiguientes penas.

Habiendo presentado los elementos definatorios del delito de alzamiento de bienes veamos el caso de las insolvencias punibles, para después, pasar al análisis comparativo.

⁶² *Ibíd*em, p. 302, defiende que el bien jurídico protegido es el de patrimonio del acreedor. Otros, como Sánchez Dafaue, M. “Frustración de la ejecución”, en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 496, asumen que se trata de la administración de justicia.

IV. LOS DELITOS DE INSOLVENCIAS PUNIBLES

Artículo 259.

1. Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas:

1.^a Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

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

3.^a Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.

4.^a Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios.

5.^a Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

6.^a Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

7.^a Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

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

9.^a 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.

2. La misma pena se impondrá a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia.

3. Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

4. Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso.

5. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

6. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal.

Artículo 259 bis.

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

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

2.^a Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros.

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

Artículo 259 bis.

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

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

2.^a Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros.

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

Artículo 261.

El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses.

Artículo 261 bis.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

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

b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.

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

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

a) Bien jurídico protegido, sujeto pasivo, sujeto activo y objeto material

A pesar del esfuerzo del legislador es justificar el corte supraindividual⁶³ de los delitos de insolvencias punibles, aun en sede del 259, no se puede afirmar que nos encontremos con un bien jurídico protegido colectivo, no existiendo diferencias penológicas entre los tipos básicos del 257 y del 259. No obstante, reitero el carácter mediato –como bien jurídico penal- que no se le puede negar al correcto funcionamiento del sistema crediticio, valiendo así para la correcta interpretación de los tipos penales.

Además, el Tribunal Supremo también ha comentado que el bien jurídico penal en este delito se inclina “hacia la tutela del patrimonio de la víctima, viniendo a representar un reforzamiento de la responsabilidad universal consagrado en el art. 1911 CC” añadiendo que aparte de la protección del derecho personal de crédito, se aprecia la “conurrencia de un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza precisa para el desarrollo de las operaciones financieras, en aras a la consecución de un desarrollo

⁶³ Preámbulo Ley 1/2015 de 30 de marzo apartado XVII.

económico adecuado a una economía de mercado libre”⁶⁴. Por ello me reafirmo en todo lo expresado en sede del delito de alzamiento de bienes, siendo el bien a proteger el patrimonio del acreedor y, más concretamente, su derecho a satisfacerse en el patrimonio del deudor. Además, también coinciden con las características del Capítulo VII el sujeto pasivo –que será el acreedor-, el sujeto activo –que será el deudor- y el objeto material del delito –que serán los bienes con los que el deudor debería responder, sin obviar el 261 que, en su caso, serán los documentos falsos-.

b) Naturaleza: ¿Delito de lesión o de peligro?

Del mismo modo que se incidió en el carácter del alzamiento de bienes como delito de lesión, conviene reflexionar también sobre la naturaleza de los delitos de insolvencia punible en sentido estricto. Siguiendo la clasificación que la mayoría de la doctrina efectúa, se procede al examen partiendo de la distinción de insolvencias punibles patrimoniales -259.1 1º-5º- e insolvencias punibles contables -259.6º-8-. También es capital incidir en que el subtipo básico castiga las irregularidades en situación de insolvencia actual o inminente mientras que el 259.2 sanciona la causación de la insolvencia mediante alguna de las conductas descritas en el primer punto.

Abordando, en primera instancia, la causación de la insolvencia, resulta lógico que, tras establecer como premisa el patrimonio del acreedor como bien jurídico protegido, la conducta del deudor que se insolventa mediante cualquiera de los actos del 259.1 cause una lesión en el derecho del deudor a satisfacerse en su patrimonio. Por ello, lo suyo es considerar este tipo como de lesión, de la misma forma que se hizo con el alzamiento de bienes.

En segunda instancia, es de recibo evaluar si existen diferencias entre este primer delito y los del subtipo básico de irregularidades en situación de insolvencia actual o inminente⁶⁵. En cuanto a dichas conductas, a mi parecer, se las debería catalogar de delito

⁶⁴ STS 771/2006, de 18 de julio.

⁶⁵ Irregularidades que se da por hecho que suponen una agravación -fraudulenta- de la situación de insolvencia, Gutiérrez Pérez, E., *El derecho penal frente a la insolvencia: delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 173. O, se les presupone un perjuicio, como se afirma en De la Mata Barranco, N. J. “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*. Dykinson, 2018, p. 314

de lesión, debido a que partiendo de una situación de insolvencia fortuita –ya sea actual o inminente- de manera fraudulenta se lesiona la garantía patrimonial universal de los acreedores, lo que comporta un perjuicio efectivo en su derecho –siguiendo la misma línea argumental vertida para el alzamiento de bienes-.

Expuesto lo anterior, la reflexión sobre las conductas irregulares contables –en estado de insolvencia- puede ser de mayor dificultad, dadas las posturas acerca de la forma en que se lesiona el bien jurídico protegido –mediante la ocultación, destrucción, doble llevanza de contabilidad...-. No obstante, y por no alargarme en exceso, considero que la concepción de NIETO MARTÍN⁶⁶ puede resumir en buena parte mi postura –también acorde a lo que se ha ido argumentando- , y viene a expresar que la contabilidad permite a los acreedores valorar las expectativas de saneamiento o liquidación del patrimonio del deudor, por lo que su alteración o destrucción equivale a la destrucción u ocultación de activos patrimoniales, lo que supone una lesión del bien jurídico penal. Inclusive, los tribunales llegaban a considerar en el antiguo delito de concurso punible ciertas irregularidades contables sancionadas en el 259.1⁶⁷. En este tipo de insolvencia punible será importante atender a las cláusulas como: “que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera”, “de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera”, o “se dificulte o imposibilite el examen o la valoración de la situación económica real”. Con todo ello, se deberá atender por parte del juez a criterios de valoración subjetivos, y no reglados, en el momento de considerar punibles dichas irregularidades, criterios que en muchos casos coincidirán con los de los ilícitos mercantiles⁶⁸.

En conclusión, como expone DE LA MATA BARRANCO, se presupone un perjuicio en todas las conductas, aunque ninguna de ellas lo exige expresamente o, cuando menos,

⁶⁶ Nieto Martín, A., *El delito de quiebra*. Tirant lo Blanch, 2000, p.157.

⁶⁷ SSAP Huesca 201/2013 de 29 de noviembre: “esa ausencia de libros no supone, por sí misma, la comisión de un delito, sino que es un mero indicio insuficiente para fundamentar una condena penal y que precisa ser complementado por otros elementos, acreditativos de que la carencia de Libros fue realizada con la conciencia e intencionalidad de situarse en estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores, requisito subjetivo del dolo.” Nótese que bajo la redacción anterior era necesario probar que los actos se producían dolosamente para causar o agravar la insolvencia.

⁶⁸ E incluso se podrían sancionar conductas que no suponen incumplimientos mercantiles como p.e. no formular balance en plazo (que se castiga mediante el 259.1.8º CP) en contraposición al art. 444 TRLC que sanciona solamente al que no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro mercantil o en el registro correspondiente

claramente en las cinco primeras y en la novena -en realidad, las circunstancias seis a ocho son irregularidades contables penalizadas que indican falta de diligencia pero al mismo tiempo suelen ocultar operaciones de dudosa justificación-⁶⁹.

c) Carácter de la deuda

Se dan por reproducidas las precisiones sobre el carácter de la deuda dada su práctica coincidencia con los delitos de frustración de la ejecución. No obstante, conviene comentar, aunque luego se entrará más en detalle, que en virtud del 259.4 el deudor tendrá que haber dejado de cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, es decir, las deudas tendrán que haber vencido.

d) Conductas incriminadas

Partiendo de la breve explicación vertida en el apartado de Reforma 2015, de igual forma que se hizo con los delitos del capítulo VII, pasamos ahora reseñar de manera más minuciosa las conductas que se castigan en el epígrafe “de las insolvencias punibles”. Para ello, primero hablaré de ciertas características que extraemos del capítulo, para luego abordar las conductas en sí.

Recordamos que tras la Reforma, el paradigma del delito concursal cambió -formalmente- por completo, sustituyéndose el anterior art. 260⁷⁰ que, *grosso modo*, establecía:

1. La necesidad de ser declarado en concurso
2. Que la insolvencia se a causada o agravada dolosamente

Por el nuevo 259, que en su primer apartado recoge las conductas y en el resto, diferentes matices que rodean al delito de insolvencia punible.

⁶⁹ De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 314

⁷⁰ Que decía que “El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”.

Así, estos delitos se pueden dividir en dos: causación de la insolvencia o agravación de la insolvencia⁷¹. A su vez, esas mismas conductas –el 259.1 recoge todas ellas siendo el 259.2 el que indica que la misma pena se impondrá cuando mediante las mismas conductas se cause la insolvencia- se pueden subdividir en otros 3 grupos:

- Del 1º al 5º insolvencias patrimoniales.
- Del 6ª al 8ª insolvencias contables, o conductas irregulares contables.
- Y el noveno apartado que recoge un cajón de sastre para las conductas no descritas en los apartados anteriores⁷².

El 259.1 sanciona con pena de 1 a 4 años de cárcel y multa de 8 a 24 meses a quien realice cualquiera de las conductas seguidamente descritas encontrándose en situación de **insolvencia actual o inminente**. Pues bien, antes de adentrarnos en las conductas, conviene que relacionemos este párrafo con el 259.4 que dicta que “este delito solamente será perseguible cuando el deudor **haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso**”. Ahora bien, por un lado vemos que estos delitos se pueden cometer en situación de insolvencia inminente –no se ha producido aún un vencimiento de deudas- pero, por el otro, se nos dice que solo se podrá perseguir por este delito cuando se haya dejado de cumplir regularmente con sus obligaciones o se haya declarado el concurso. Por ello que debemos preguntarnos qué debemos entender por “será perseguible” ¿Se trata de una condición de punibilidad o de perseguibilidad/procedibilidad? A mi juicio se trata de una condición de punibilidad⁷³ ya que de estimar lo contrario se vaciaría parte del contenido del art. 259.1, que recoge el

⁷¹Así las nombra Gutiérrez Pérez o Faraldo Cabana, si bien considero más correcta la definición de De la Mata “conductas irregulares en situación de insolvencia” ya que no se exige que la conducta agrave la insolvencia sino que le presupone un desvalor.

⁷²Esta es la distinción mayoritariamente aceptada, véanse: 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*, (23), 2015, p. 61 y ss., Francés Lecumberri, P., “El Delito de insolvencia punible documental (art. 259.1 aps. 6º a 8º)”, *InDret*, 2019, p.14, De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”. En De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p 314 o, en un sentido similar: Rodríguez Celada, E., “La criminalización del fracaso empresarial”, *InDret*, (1), 2017, p. 6 y Gutiérrez Pérez, E., “La calificación culpable del concurso y los delitos de causación y agravación de la insolvencia”, *Revista General de Derecho Penal*, (38), 2022, p. 3, entre otros.

⁷³Como se indica en De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”. En De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 313.

delito de conductas irregulares en situación de insolvencia inminente. Es decir, no se podría perseguir por una conducta que ya es delictiva. Sin embargo, esta no es una postura unánime⁷⁴, aunque sí se considera que las condiciones de 259.4 quedan al margen del dolo del sujeto activo.

Por otro lado, y antes de pasar al listado de conductas, debemos adelantar que los comportamientos descritos en el apartado 1 están estrechamente conectados con el artículo 443 TRLC que define los casos en los que se califica el concurso de culpable, dada la vinculación de estos delitos con el ámbito mercantil. Cuando nos acerquemos a las conclusiones incidiremos en la trascendencia de esto.

Con todo ello, pasamos a comentar el listados del 259.1 que recoge las conductas delictivas en situación de insolvencia:

- En su primer ordinal se castiga al que **oculte, cause daños o destruya** los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.
- En segundo lugar, a quien **realice actos de disposición** mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que **no guarden proporción con la situación patrimonial** del deudor, ni con sus ingresos, y **que carezcan de justificación económica** o empresarial.
- En tercer lugar, a quien realice **operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción**, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.
- En quinto lugar, a quien **simule créditos** de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios.
- En sexto lugar, a quien participe en **negocios especulativos**, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de

⁷⁴ Por ejemplo, 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*, (23), 2015 p. 69.

la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

- En sexto lugar, y entrando ya en contacto con las insolvencias contables, a quien **incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades** que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.
- En séptimo lugar, a quién **oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar** antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.
- En octavo lugar, a quien **formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario** a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.
- En noveno y último lugar, a quien 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.

Tras la lectura del listado y la comprensión de lo expuesto previamente, uno se ha de preguntar ahora si este tipo no recoge el mismo contenido que el tipo de alzamiento de bienes y, en su caso, algo que se ha dejado caer en varios apartados del trabajo: ¿Qué diferencia existe entre el ilícito civil/mercantil y el penal?

A ello trataré de dar respuesta en las siguientes líneas.

V. INDEPENDENCIA DEL PROCESO PENAL RESPECTO DEL CIVIL-MERCANTIL

Antes de abordar las cuestiones principales procedo a bosquejar una cuestión de interés. Dada la conexión sustantiva entre ilícitos penales y civiles-mercantiles, también es de recibo comentar ciertos aspectos adjetivos que conectan ambos órdenes. Así, los conceptos que se desarrollarán en los siguientes párrafos son comunes a los delitos de los dos capítulos del Código Penal que venimos tratando, de ahí que se expongan ahora.

La independencia o autonomía de la jurisdicción penal se encuentra configurada, en el marco de los delitos a tratar, en diferentes ubicaciones. La primera huella de ella, se halla en el 257.5, en el capítulo de frustración de la ejecución, que dicta “este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal”. De ello, que no quepa duda de que no es óbice la iniciación de un proceso concursal para que se persiga el delito. Del mismo modo, y en sede penal también, en el artículo 259.5 se predica que “este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este”. De ambos preceptos se desprende la misma idea: no existe pendencia entre ambas jurisdicciones. Además, no sólo se puede iniciar un procedimiento penal aunque posteriormente se inicie un procedimiento concursal que perdure en el tiempo, sino que se fija –en el 259.6- que “en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal”.

Por otro lado, encontramos preceptos del orden mercantil⁷⁵ que en coherencia con el articulado penal recogen normas similares. Así, el 462 del TRLC dice “la calificación no vinculará a los jueces de lo penal que conozcan de aquellas actuaciones de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices que pudieran ser constitutivas de delito”. Asimismo, el 519 del mismo texto afirma que “la incoación de procedimientos criminales relacionados con el deudor o por hechos que tuvieran relación o influencia en el concurso de acreedores no provocará la suspensión de la tramitación de este, ni de ninguna de las secciones en que se divide”. Esta norma, en contra del régimen general de

⁷⁵ Ya en la exposición de motivos de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal se incidía en que “los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia”

la prejudicialidad penal⁷⁶, recoge que no existirá un efecto suspensivo en el procedimiento concursal en caso de incoación de uno penal.

Ahora bien, habiendo expuesto lo anterior, no obsta decir que pese a la proclamada autonomía en la tramitación e independencia entre procesos, será difícil ver plasmados estos principios en la práctica jurídica⁷⁷.

VI. DISTINCIÓN ENTRE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN E INSOLVENCIAS PUNIBLES

Una vez expuestos los elementos de los tipos penales de frustración de la ejecución y de insolvencias punibles, me adentro a partir de este momento en los apartados de crítica y conclusión. Esto es, habiendo expuesto los caracteres que se desprenden de la redacción de los delitos, ¿existe identidad entre ambos? ¿Se pueden diferenciar?

Este no ha sido un tema pacífico en la doctrina, sino que el concurso entre el delito de alzamiento de bienes y el de insolvencia punible –antes concurso punible y, antes aún, delito de quiebra- ha sido uno de los aspectos más conflictivos.⁷⁸ De ahí que algunos autores abogaran por su posible diferenciación y penalidad y otros por la derogación del delito de insolvencia punible, entendiendo que el alzamiento de bienes recogía ya la protección ante el mismo injusto. Tal es así, que de lo expuesto se puede entender mi mayor acercamiento a esta segunda postura, dados todos los elementos comunes que poseen los tipos –sujeto activo, pasivo, deuda, insolvencia, conductas...-.

Por ello que resulte extraño encontrarnos con dos tipos que recogen un injusto similar si bien castigan la conducta con distintas penas. Recordemos que el tipo básico de alzamiento castiga con pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses, mientras que el tipo básico de insolvencia punible lo hace con pena de 1 a 4 años, pero con multa de 8 a 24 meses. Ante todas estas posibles incoherencias lo que haré será analizar los motivos del preámbulo de la Ley 1/2015, de 30 de marzo, ver si las intenciones del

⁷⁶ Así se expone en Gutiérrez Pérez, E., “La calificación culpable del concurso y los delitos de causación y agravación de la insolvencia”. *Revista General de Derecho Penal*, (38), 2022, p. 31.

⁷⁷ Para mayor abundamiento véase en profundidad el trabajo anteriormente citado.

⁷⁸ Nieto Martín, A., *El delito de quiebra*. Tirant lo Blanch, 2000, p. 216 decía que uno de los puntos más conflictivos del delito de quiebra era analizar el concurso con el alzamiento de bienes.

legislador se ven satisfechas y, ante la inevitable negativa a la cuestión anterior, dirimir sobre la identidad de conductas.

a) Análisis de los motivos del preámbulo de la Ley 1/2015

Lo primero para comprender la estructura actual es centrarnos en los motivos que vertió el legislador en el preámbulo de la Reforma de 2015 ¿Cuáles fueron las motivaciones que lo llevaron a la modificación del Código Penal? Las respuestas las encontramos en el XVI apartado del citado preámbulo.

En primer lugar, se hace mención de la **“necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota”**. Como podemos leer, el legislador parte de una necesidad, según dice y, partiendo de tal necesidad, las medidas que toma –ya analizadas a lo largo del texto- son las siguientes:

- “Estos grupos de delitos pasan a estar regulados en capítulos diferenciados. Dentro de los delitos de frustración de la ejecución se incluyen, junto al alzamiento de bienes, dos nuevas figuras delictivas que están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito, y que son habituales en el Derecho comparado: de una parte, se tipifica la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; y de otra, la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad.”
- “El nuevo delito de concurso punible o bancarrota se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de crisis (a la insolvencia actual o inminente del deudor) y perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos; y se mantiene la tipificación expresa de la causación de la insolvencia por el deudor. La norma delimita, con la finalidad de garantizar un grado de seguridad y certeza ajustado a las exigencias derivadas del principio de legalidad, las conductas prohibidas por medio de las cuales puede ser cometido el delito. Para ello, tipifica un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento

de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor. La nueva regulación se completa con la previsión de un tipo agravado aplicable en los supuestos en los que se causan perjuicios económicos de especial gravedad o en los que la mayor parte del crédito defraudado corresponde a deudas frente a la Hacienda pública y la Seguridad Social. De igual forma, se amplía la protección de los acreedores mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores determinados llevadas a cabo, antes de la declaración del concurso, pero cuando el deudor se encontraba ya en una situación de insolvencia actual o inminente.”

Así pues, la afirmada necesidad a la que se refiere queda definida en tanto que el legislador estima que se precisa **“facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos** que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso; y la de **ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles**, es decir, aquéllas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido”.

Sentado lo anterior, podemos decir que la técnica legislativa llevada a cabo, principalmente la separación de los capítulos y el listado de conductas de insolvencias punibles, responde a la proclamada doble necesidad de, primero, facilitar la respuesta penal a determinadas conductas y, segundo, ofrecer certeza en la determinación ciertas conductas punibles. Además, es imperativo remarcar que dicha necesidad surge, al parecer, de falta de protección en los casos de “actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos”.

Expuestos los cambios efectuados y las razones que motivaron los mismos, pasamos a comprobar si dichos cambios cumplen con su finalidad.

**b) Separación entre conductas de alzamiento de bienes e insolvencias punibles:
facilitación de la respuesta penal y determinación de las conductas punibles**

Antes de comenzar con el desarrollo, lo cierto es que la regulación anterior no dio paso a una doctrina pacífica en relación a la distinción de delitos. Es por ello que no existía unanimidad en cuanto a las relaciones concursales entre ambos tipos. Ejemplos de ello eran los desacuerdos sobre el bien jurídico protegido, los elementos temporales, condiciones de punibilidad o perseguibilidad...

Pues bien, pese a las buenas intenciones del legislador, en este aspecto, no sólo no se ha contribuido a la separación de conductas, sino que actualmente es más complejo diferenciar una figura de otra. Veamos por qué:

En primer lugar, como se ha planteado a lo largo del escrito, existe identidad en: el bien jurídico protegido, el sujeto activo, el sujeto pasivo, la insolvencia, formas de comisión... Ahora bien, debemos preguntarnos si, la diferente redacción de los artículos lleva a la conclusión de que nos encontramos ante delitos diferentes. Partimos de algo que ya se ha dejado entrever: las conductas del capítulo de frustración de la ejecución –salvo la del 258 bis, sobre el uso de bienes embargado-, pese a su distinta penalidad, hacen referencia al mismo tipo de injusto. Esto es, la conducta por la cual el deudor se insolventa en perjuicio de la legítima expectativa del acreedor en relación al cobro de la deuda. Es por ello que no se entiende la menor penalidad que otorga el legislador en el art. 258 ante la especialidad de la forma y momento de la insolvencia.⁷⁹

Partiendo de lo anterior, debemos razonar si se puede extrapolar el mismo razonamiento a la redacción del artículo 259. En primer lugar atenderemos a la causación de la insolvencia mediando las conductas del 259.1:

1º La ocultación, causación de daño o destrucción de bienes, coincide indudablemente con el alzamiento de bienes. Ya se ha dicho que alzar se definía como ocultar, por ello

⁷⁹ Así se señala en Souto García, E.M., “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss.)”, en González Cussac, J. L., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 764 cuando dice: “al igual que en los demás delitos de alzamiento de bienes, insolvencia y perjuicio son elementos del tipo penal. Cierto es que el perjuicio no aparece expresamente recogido, pero no menos cierto es que al obstaculizarse el procedimiento o frustrarse, el acreedor se ve perjudicado”.

que la distracción material de los bienes sujetos a la acción del acreedor constituya efectivamente un alzamiento de bienes⁸⁰.

2º Realizar actos de disposición que no guarden relación con la situación patrimonial del deudor o que carezcan de justificación económica puede ser también un alzamiento de bienes en tanto que, se genera una situación de insolvencia –aumento de pasivo o disminución del activo- mediante un acto que carece de justificación económica o no guarda relación con la situación patrimonial de la empresa. Al tratarse de actos sin justificación se podría inferir que su único propósito sería el de evitar la ejecución por parte del acreedor, si fuese un acto doloso, o que se deba a una imprudencia del deudor.⁸¹

3º Las operaciones de venta por precio inferior a su coste de adquisición o producción que carezcan de justificación económica también, a la luz de lo previamente dicho, se encuadrarían en el marco del alzamiento de bienes.

4º La simulación de créditos o reconocimiento de créditos ficticios igualmente constituiría un delito de alzamiento de bienes. Ejemplo de tal postulado es la no precisamente reciente STS de 26 de diciembre de 1989⁸². En dicha ocasión la Sala afirmó que la insolvencia puede ser ficticia ya que “hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, (...) no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.” Además, también se hace mención de las numerosas formas de aparición⁸³ que puede presentar el alzamiento de bienes: “caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore donde se encuentra, o puede cometerse de modo más sofisticado, a través de algún negocio jurídico”.

5º Participar en negocios especulativos carentes de justificación económica y contrarios al deber de diligencia. Aflora aquí una de las situaciones que, al parecer, antes quedaban fuera de la acción penal. De ello que mediante este artículo que castigue una conducta contraria al deber de diligencia del empresario que, injustificadamente participa en un negocio especulativo. O poniendo un ejemplo, podría castigarse al empresario que, en

⁸⁰ De esta opinión, por ejemplo, es 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*, (23), 2015, p.62. La autora estima que existe identidad en los casos del 259.1º al 4º.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Para ilustrar que no se trata de un criterio de nueva planta.

⁸³ Muñoz Conde, igualmente, resalta las diferentes modalidades de acción en Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes* (2ª ed.). Bosch, 1999, pp. 114- 119.

una situación desesperada, dilapide su activo en dichos negocios especulativos, lo que podría equivaler a una destrucción del mismo. Aquí afloran problemas al mediar conceptos como el de especulación –inseparable de la noción de riesgo- o el de deber de diligencia. Es por eso que esta conducta conducirá en numerosas ocasiones al tipo imprudente del 259.4⁸⁴, lo que acarreará, a su vez, otra serie de desafíos que luego se comentarán.

6º Antes de incidir en el posible solapamiento con el alzamiento, se debe comentar que lo relevante en los numerales de 6 a 8 es la coincidencia con las causas de concurso culpable, rasgo que se desarrollará más adelante. Sin perjuicio de lo anterior, incumplir el deber legal de llevanza de la contabilidad, llevar doble contabilidad, cometer en su llevanza irregularidades relevantes o la destruir o alterar libros puede considerarse generar una insolvencia aparente o generar una apariencia de solvencia cuando no se es precisamente solvente.

Ejemplo de esta última situación es la sentencia de la AN 14/2020, de 6 de octubre –Caso Pescanova- donde la entidad había ocultado mediante sus cuentas anuales las deficiencias de en fondos propios y patrimonio neto. En la sentencia se precisó “dados los hechos declarados probados podrían conformar algunas de las modalidades de la actual redacción del tipo penal en el artículo 259, en particular los supuestos comprendidos en el apartado 1. circunstancias 6ª (relativa a la falta de llevar la contabilidad o cometer irregularidades relevantes), u 8ª (relativa a formular las cuentas anuales o los libros contables de modo contrario a la normativa reguladora), lo cierto es que tales circunstancias han sido ya tenidas en cuenta en otras infracciones penales también acreditadas, con lo que la punición de este nuevo delito, además de suponer una exacerbación punitiva, podría conllevar a un concurso de normas o, en su caso, de delitos que resulta de todo punto innecesario.”

Fruto de tales declaraciones, también se puede traer a colación que las conductas de 6 a 8 del 259 pueden coincidir con los delitos de falsedad de documentos sociales del 290 o de falsedad en documento mercantil del 390, es por ello que vemos como los tribunales pueden ser reticentes a aplicar los delitos contrarios al deber de diligencia contable. Además, conviene decir que, si bien podrían asemejarse con el delito de alzamiento de

⁸⁴ De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N.J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, p. 315.

bienes cuando dichos actos generen una situación de insolvencia aparente⁸⁵ o cuando se produzcan estando en dicha situación, agravándola, estas no se sancionan por la vía del alzamiento en nuestros tribunales.

7º Ocultar, destruir o alterar la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende el deber legal nos sitúa en un caso parecido al del apartado 6º, por lo que doy por reproducida la misma explicación.

8º El mismo razonamiento merecen los actos de formular cuentas anuales o libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil o incumplir el deber de formular bale o inventario dentro de plazo, sin perjuicio de que tendría más enjundia comparar este precepto con su ilícito mercantil homólogo, como más tarde se hará.

Estas tres últimas vertientes de la insolvencia punible, tienen más que ver con la declaración culpable del concurso que con el alzamiento de bienes, por ello uno de los últimos apartados se dedicará a la exposición de dicha problemática.

9º En este último lugar se recoge la cláusula de cierre en la que se engloban cualquiera otras conductas que constituyan una infracción grave al deber de diligencia y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte su situación económica real. Es decir, se castigan todos los comportamientos que partiendo de una infracción del deber de diligencia aumente el pasivo o disminuya el activo o dificulte el conocimiento de la situación real de la entidad. Por consiguiente, las conductas de disminución del patrimonio –en su vertiente de causación- coincidirían con las de alzamiento de bienes.

En resumen, podemos concluir que existe identidad en los puntos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º, mientras que las conductas de irregularidades contables guardan cierta distancia con el alzamiento⁸⁶, generando más problemas concursales con otros delitos como los de falsedad documental.

Por otro lado, también considero que llegaríamos a la misma conclusión en los caso de realización de las conductas de la 1 a la 5 –y la 9- del 259 en situación de insolvencia

⁸⁵ Como comenta Nieto Martín en Nieto Martín, A., *El delito de quiebra*. Tirant lo Blanch, 2000, p.157, pp. 157 y 158, diciendo que la destrucción o la ocultación de contabilidad equivale a la ocultación o destrucción de activos patrimoniales pertenecientes a la masa del concurso.

⁸⁶ Pese a que se pueda dar alguna coincidencia, como ya se ha expuesto.

actual o inminente en tanto en cuanto constituyen actos que imposibilitan la satisfacción del legítimo derecho del acreedor. Encontrándose el deudor en situación de insolvencia inminente, indudablemente, se genera una situación de insolvencia actual mediante comportamientos que aumentan el pasivo o aminoran el activo; por otro lado, encontrándose en situación de insolvencia actual, los mismos actos contribuyen a la agravación de la misma impidiendo que los acreedores cobren. Esto es, quedando bienes sujetos a la responsabilidad patrimonial universal el deudor impide mediante sus actos que la acción de los acreedores los alcance.

A pesar de todo lo expuesto, sí existen diferencias a destacar. La primera, creada artificiosamente y resultado de la confusión con la regulación mercantil. No es una diferencia sustantiva, sino adjetiva, y se trata del momento en que pueden ser perseguidos estos delitos: mientras los delitos de alzamiento de bienes se pueden perseguir una vez se da el acto fraudulento, en los delitos de insolvencia punible habrá que esperar a la situación de insolvencia actual o como expresa el 259.4 a “cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso”. Esta incoherencia se une a que la aplicación de un tipo privilegiado –recordemos que el delito de insolvencia punible lleva aparejado menor pena- depende de la suspensión de pagos o declaración de concurso, lo que no hace más que indicarnos que se trata de un error del legislador.⁸⁷

La segunda, mucho más controversial que la anterior, radica en el castigo de la conducta imprudente de las insolvencias punibles –art. 259.3-. Así, por alguna razón que se nos escapa, las mismas conductas de insolvencias que pueden dar lugar a delito, se pueden castigar en sede del Capítulo VII bis a título de imprudencia mientras que en el capítulo VII solo se pueden castigar delitos dolosos. Otra incoherencia más que, para mayor inri, no agota su implicación en la incongruencia planteada sino que engendra mayores problemas.

Este nuevo inconveniente tiene relación con el concepto que antes se ha explicado: la prisión por deudas. De suerte que, el castigo imprudente de conductas contrarias al deber de diligencia en la gestión comercial -259.1.6º-8º- ponen en jaque el mentado principio

⁸⁷ Así lo concluye, p.e., Gutiérrez Pérez, E., *El derecho penal frente a la insolvencia: delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*. Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 631.

por el cual la imposibilidad del pago de las deudas, sin elemento añadido, no puede acarrear una pena de prisión para el deudor de buena fe.

Conviene decir que varias de las conductas no pueden ser llevadas a cabo de manera imprudente, como la destrucción de bienes o la simulación de créditos. Así, el alcance de esta cláusula adquiere mayor relevancia en los comportamientos de irregularidad contable entrando directamente en conflicto con la regulación mercantil –arts. 443 y 444-, llegando incluso a penar actuaciones que no tendrían relevancia en el orden mercantil. Es por ello que esa segunda meta que perseguía el legislador⁸⁸ tampoco se cumpla dado que no es posible justificar que lo que no constituye un ilícito mercantil pueda subsumirse en un tipo penal, llegando incluso a castigar conductas imprudentes. No obstante, lo cierto es que este último planteamiento se discutirá más a fondo en el último epígrafe, por lo que no me extenderé en este aspecto.

La conclusión inevitable es que las conductas de alzamiento de 257 coinciden, al menos, con los ordinales del 1º al 5º del 259.1 en su modalidad de causación –aunque existan diferencias adjetivas sin razón aparente-. De ello que la separación entre la frustración de la ejecución y la insolvencia punible quede una mera distinción formal, sin que se llegue a constituir una verdadera linde. Es por eso que ante un deudor que se insolventa causando un perjuicio a sus acreedores, y sabiendo todo lo que se ha planteado, ¿qué delito aplicamos?

Analizamos ahora el último de los objetivos de la nueva redacción: la certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles. Pues bien, a la luz de la identidad de conductas plasmada, lo cierto es que, ante dichos comportamientos de insolvencia, habría que acudir a las reglas del concurso de normas del artículo 8 del Código Penal⁸⁹, donde

⁸⁸ Es cierto que se facilita la respuesta penal en determinados casos, sin embargo, la facilitación acarrea una exacerbación punitiva.

⁸⁹ Artículo 8.

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

- 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.
- 2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.
- 3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

se recogen los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad. Nótese que partiendo con la finalidad de instaurar un régimen de certeza y seguridad, se acaba teniendo que acudir a dichas reglas para conocer el precepto aplicable.

En lo relativo al principio de especialidad, las conductas básicas de alzamiento y las de causación de la insolvencia –ordinales del 1º al 5º- no se diferencian en nada, no existe un plus de injusto, ya que en esencia se castiga exactamente lo mismo. No hay en el listado del 259 elementos propios que no se subsuman en el tipo de alzamiento, por lo que no se puede determinar el delito aplicable al caso mediante esta norma.

En cuanto al principio de subsidiariedad, se esgrime lo mismo que para la regla anterior. Al tratarse del mismo contenido de injusto y no existir una subsidiariedad expresa, no nos podemos valer de esta regla.

Con base en el principio de consunción tampoco podemos sacar nada en claro. Esto se debe a que ninguno de los dos preceptos recoge mayor amplitud o complejidad en su redacción, sino que ambos ostentan los mismos elementos, tanto nucleares como tangenciales.

Llegamos así a la regla que resolverá el concurso de normas planteado: la alternatividad. Ahora es donde aflora un error ya comentado: dos delitos que recogen el mismo contenido de injusto llevan acarreada diferente pena. Así, este será el principio por el cual se habrá de determinar el delito aplicable, que será el de alzamiento de bienes, en todo caso, ya que lleva aparejada una pena de multa mayor que en el caso de la insolvencia punible –el alzamiento va de 12 a 24 meses y la insolvencia punible de 8 a 24-. Por ello se puede concluir que la conducta de insolvencia punible, en su variante de causación, es inaplicable.

Sentado todo lo anterior, se hace imperativo comentar que, la salida que toman los tribunales ante el desbarajuste legal, es la de aplicar el alzamiento cuando existe un único deudor, y en ausencia de procedimiento concursal, y la insolvencia punible cuando concorra un pluralidad de acreedores y hay un procedimiento concursal en marcha. En resumen, no se ha contribuido a la mejor determinación de las conductas sancionadas, si bien la respuesta penal se ha facilitado pero, ¿a qué precio?

4.^a En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

VII. RELACIONES ENTRE LOS INCUMPLIMIENTOS CIVILES- MERCANTILES Y LOS DELITOS DE INSOLVENCIA PUNIBLE EN GENERAL

Habida cuenta de lo tratado a lo largo del trabajo, nos queda otro tipo de conflicto por tratar, a saber, las relaciones de estos delitos con las acciones protectoras del crédito del orden civil que se ocupan de supuestos parecidos, si no idénticos. Para concluir este trabajo, se examinarán los casos de alzamiento, comparándolo con los incumplimientos civiles, y las insolvencias punibles en relación con los ilícitos mercantiles. Así, una vez comprendidos todos los contornos de las figuras penales gracias a la parte expositiva del trabajo, pasamos a este segundo, y último, apartado crítico.

a) El alzamiento y los incumplimientos civiles

MUÑOZ CONDE afirma que el ilícito penal del delito de alzamiento de bienes es, al mismo tiempo, un ilícito civil, pero este no siempre es un ilícito penal. Considerando que el ilícito civil es el *minus* del cual se debe partir para el estudio del alzamiento de bienes. Sin embargo, como podremos analizar la realidad dista de la teoría. Por ello, tomando por reproducidos los elementos del alzamiento de bienes entraré a valorar si existe como axioma lo planteado por Muñoz Conde. Para su valoración nos valdremos de los presupuestos que requieren la acción pauliana, la acción de nulidad por causa ilícita y la acción de nulidad por simulación absoluta.

Dado el carácter del trabajo no se podrá profundizar en la determinación de estas figuras civiles, bastando la exposición de lo imprescindible para mostrar los puntos conflictivos.

i) **Acción pauliana y alzamiento de bienes**

Partimos de la base de los artículos 1291. 3º y 1111, que es donde viene recogida esta acción de rescisión por fraude de acreedores. Así, el ordenamiento civil faculta al acreedor para solicitar la rescisión de los actos - actos de disposición patrimonial que generan una insolvencia - celebrados en fraude de acreedores, sin precisar ningún elemento más salvo la necesidad aparente de no encontrar otro modo de cobrar, establecida en el 1291.3º del Código Civil. Es por eso que, en ausencia de una legislación precisa, ha sido una figura matizada de forma gradual por la jurisprudencia.

En primer lugar, es evidente que el actor en este tipo de acción será un acreedor, que por lógica, lo será dada la relación obligacional que le une con el deudor. Por consiguiente, un elemento para entablar la acción pauliana será la preexistencia del crédito. ¿Qué características tendrá que tener dicho crédito? ¿Y el deudor?, las mismas que en el supuesto de alzamiento de bienes:

- Estando contraída la deuda, es indiferente si ha vencido o no.
- El deudor podrá tratarse de un fiador solidario, deudor principal... siendo irrelevante su título mientras tenga dicha condición
- Tratándose de deudas tributarias, los requisitos se dan desde la comisión del hecho imponible.

Diversas sentencias fundan estas características, por ejemplo:

En lo tocante a la exigibilidad de la deuda la STS 1088/2008 de 12 de noviembre, en relación a la exigibilidad de la deuda afirma que: “la doctrina seguida por esta Sala, que lejos de propugnar un automatismo radical en cuanto al tiempo de exigibilidad del crédito acude a criterios de razonabilidad y flexibilidad, y así, en Sentencia de 19 de junio de 2007 , declara, con cita de la sentencia de 17 de julio de 2006, que, respecto de la existencia del crédito, esta Sala ha repetido en diversas resoluciones, entre ellas, la de 5 de mayo de 1997, y reiterada en las sentencias de 11 de octubre y 28 de diciembre de 2001 y 21 de enero de 2005 , que este requisito «ha de entenderse en términos generales, y se hace preciso que se estudie cada caso en sus particularidades, especialmente cuando la intención defraudatoria resulta bien manifiesta, como en el supuesto de venir demandada por la próxima y segura existencia posterior del crédito a lo que cabe añadir cuando ocurre que se tiene pleno conocimiento de la existencia de débitos tributarios o como afirma la sentencia de 28 de diciembre de 2001 , que cabe aplicar «la acción pauliana a créditos existentes, pero no exigibles al tiempo de la enajenación fraudulenta, o incluso a los de próxima y segura o muy probable existencia», añadiendo que "es concebible la rescisión del negocio jurídico fraudulento cuando este se hace en la previsión de lo que va a suceder en el futuro, aun cuando en el momento de su celebración no exista una efectiva situación de insolvencia en el deudor".”

Sobre la condición del deudor –en este caso fiador solidario- la misma sentencia recalca que: “no puede sustentarse, sin más, que el crédito no existiese porque aún no se había producido el impago de las letras, por el contrario, la probable existencia futura de

impagos era bien conocida por el fiador solidario cuando decidió donar a favor de su hijo ambos inmuebles, para eludir, como así consiguió, que tales bienes fueran objeto de una futura traba con la que satisfacer los créditos pendientes.”

Y finalmente, sobre el nacimiento de la deuda tributaria, esto es, la facultad de instar acción revocatoria incluso cuando la deuda no se ha contraído, la STS 1268/2001, de 28 de diciembre dicta que: “por excepción, cabe la posibilidad de abarcar créditos cuya exigibilidad, e incluso nacimiento, es posterior a la enajenación, aunque de evidente previsión con anterioridad al acto dispositivo, de ahí el propósito fraudulento que generó su realización”

Con todo ello vemos que los rasgos objetivos en cuanto a sujetos y deuda⁹⁰ coinciden con los del alzamiento de bienes, no existiendo una línea divisoria y siendo estos altamente flexibles.

Además de los anteriores factores objetivos, conviene mencionar otros dos antes de pasar al elemento subjetivo de la acción pauliana: el perjuicio pauliano y la subsidiariedad de la acción.

El perjuicio pauliano se refiere a la consecuencia de la disposición patrimonial del deudor, esto es, la insolvencia⁹¹. Así, como en el alzamiento de bienes, el acto de disposición patrimonial fraudulenta genera una frustración en la expectativa de cobro del acreedor mediante la insuficiencia de activo con el que cumplir. Una vez más, coincidencia con la figura homóloga penal.

Y como última característica objetiva encontramos la subsidiariedad, que establece dos dimensiones:

1º Que el acreedor no pueda cobrar su crédito valiéndose de cualquier otro medio.

2º Que el deudor no disponga de otros bienes con los que satisfacer el crédito - lo que significa que el deudor se encuentra en situación de insolvencia, la misma que en el caso del alzamiento de bienes.-.

⁹⁰ Recuerdo que en el caso de que la deuda no estuviese contraída, sería aplicable el tipo de estafa, ya que la insolvencia sucede antes de la generación del crédito.

⁹¹ La STS 510/2012, de 7 de septiembre expresa que: “no cabe duda que la concepción moderna de la acción rescisoria por fraude de acreedores, imbricada en la tutela ordinaria del crédito bajo el fundamento general de la responsabilidad patrimonial del deudor, tiene su correlato lógico, en cuanto a su función se refiere, en la tipicidad jurídica de la insolvencia como expresión o referente de la lesión del derecho de crédito.”

La primera dimensión de la subsidiariedad puede llamarnos especialmente la atención, ya que el delito de alzamiento no requiere un componente similar, mientras que la figura civil, que debería tratar supuestos menos lesivos, sí. Sin embargo, esta condición no se interpreta literalmente por los tribunales, llegando a la flexibilización de tal requisito. De tal forma, solamente se exige acreditar una situación de indefensión ante las disposiciones fraudulentas del deudor, bastando que cualquier otro medio posible pudiese resultar insatisfactorio. Estos criterios los podemos contemplar en la STS 510/2012, de 7 de septiembre que reza: “respecto del primer aspecto indicado, conforme al desenvolvimiento doctrinal señalado, la nota de subsidiariedad no responde a una previa y rígida ordenación de los diferentes medios o acciones que, en abstracto, el acreedor deba interponer antes del ejercicio de la acción rescisoria sino, más bien, a que el acreedor deba acreditar su situación de indefensión o de riesgo patrimonial en la que se encuentra al tiempo de producirse el acto rescindible o fraudulento ; de forma que se estime, en dicho momento, la falta de utilidad de otros posibles remedios preventivos o ejecutivos en orden a la defensa de su derecho de crédito. De ahí, entre otros extremos, que no sea necesario la acreditación de la insolvencia del deudor en un juicio previo y se permita su prueba en el mismo proceso en donde se pretende la rescisión del acto o negocio fraudulento.”

Pasamos ahora a ver si esta acción civil requiere de algún elemento subjetivo en el sujeto activo, para ver si en dicha sede existen o no similitudes con el delito de alzamiento. Para ello, nos podemos valer de esta última sentencia traída a colación en la que la Sala recoge ampliamente el recorrido jurisprudencial relativo a los criterios delimitadores de la acción pauliana.

En lo tocante al elemento subjetivo del fraude el Tribunal Supremo expresa que: “la moderna configuración de la acción tiende a invertir el arquetipo tradicional recibido, delimitado en torno a una concepción extremadamente subjetiva del fraude, así como a una aplicación excepcional de su recurso, por el de un concepto operativo del mismo que tiende a objetivar la responsabilidad derivada bajo el protagonismo del *eventus damni*⁹² como presupuesto impulsor del ejercicio de la acción rescisoria”. De la lectura podemos vislumbrar ese progresivo cambio del criterio subjetivo a la objetivización del fraude, pasando del *consilium fraudis* a la *scientia fraudis*, o lo que es lo mismo, de la intención

⁹² El perjuicio causado, la lesión del derecho de crédito causada por la disposición patrimonial.

de perjudicar al conocimiento de que se causa un perjuicio. Por ello actualmente no se precisa de un elemento volitivo malicioso bastando la injustificación del acto de disposición o el conocimiento de que se causa un perjuicio.

El Tribunal acaba concluyendo en la sentencia citada que: “desde esta perspectiva, entroncada con los principios y deberes que sustentan la garantía patrimonial del derecho de crédito, el presupuesto de la actuación del deudor no es un grado de malicia o dolo considerado en sí mismo. Es un daño (la disminución de la garantía patrimonial del deudor hasta el límite de su insolvencia) en el que el plano de la culpabilidad aparece como un elemento más bien negativo: la falta de justificación de dicha disminución con arreglo a los específicos principios y deberes de tutela de la efectividad del derecho de crédito”.

Con todo ello, si comparamos esta faceta subjetiva de la acción civil con el dolo requerido en el tipo penal, nos encontramos, de nuevo, con una identidad de elementos ya que no existe diferencia subjetiva desde la perspectiva que he planteado; es decir, la intencionalidad basta que sea la de pretender salvar los bienes en beneficio propio, obstaculización así el cobro del acreedor⁹³.

Ahora bien, es de suma importancia apuntar que la acción pauliana se puede ejercer en supuestos de imprudencia⁹⁴ mientras que el alzamiento es un delito doloso; pero atención, si nos encontramos con una conducta imprudente podremos, sorprendentemente, acudir al 259.3 y aplicar los tipos de insolvencia punible que son inaplicables de encontrarnos con un caso doloso. Precisamente en este aspecto podemos volver a vislumbrar un error del legislador que sin quererlo ha duplicado un tipo penal e incluso, en contra del principio de intervención mínima, brinda ante la misma situación protección civil y penal. Esto último teniendo en cuenta que todos los elementos definitorios del alzamiento coinciden con los presupuestos de la acción pauliana.

Por último, debo mencionar los efectos civiles que produce esta acción y recordar lo que implica la condena por alzamiento de bienes. Además, hay que recalcar que la sentencia de condena penal habrá de pronunciarse sobre aspectos civiles. Así, los efectos estimatorios de la acción pauliana consistirán en la declaración de ineficacia del acto

⁹³ STS 299/2019, de 7 de junio.

⁹⁴ Así se podrá aplicar cuando el deudor no fuese diligente, debiendo conocer el perjuicio, como expresa la STS 510/2012, de 7 de septiembre.

fraudulento, lo que implicaría la restitución de los bienes al patrimonio del deudor, a no ser que el tercero adquirente lo fuese de buena fe, en cuyo caso procederá una declaración de indemnización. Lógicamente el juez penal dirimirá sobre la declaración de exactamente los mismos efectos, salvo la condena de prisión y multa, propias del orden penal. Así las cosas, volvemos a encontrarnos con incoherencias palmarias sin justificación alguna. Y es más, existiendo coincidencia en el ámbito de aplicación de ambas figuras, y tratándose el alzamiento de un delito público, ante unos hechos como los que hemos planteado en la introducción del trabajo ¿no debería el juez civil, en caso de que el actor opte por dicha vía, parar el procedimiento para que se pronuncie el órgano penal?⁹⁵

En vista de todo lo expuesto, la conclusión ha de ser la siguiente: existe identidad en todos los caracteres de ambos mecanismos: en los sujetos, en la relación que los une, en el objeto, en el elemento volitivo e incluso, a la luz del nuevo 259.3, en el título de imputabilidad. Por lo que queda constatada la pésima técnica legislativa que da pie a las numerosas contradicciones expuestas, por lo que podemos llegar a la misma conclusión a la que llegó YZQUIERDO TOLSADA hace 17 años: la querrela por alzamiento de bienes se trata de una acción pauliana revestida de amenaza.

ii) Acción de nulidad por causa ilícita y acción de nulidad por simulación absoluta.

Sobre estas dos acciones conviene decir que, si bien pueden ser medio para la protección del crédito en caso de fraude de acreedores, su fundamento no es el mismo que en el caso anterior. Así, estas acciones tienen su sustento en la causa del contrato, en virtud del artículo 1275, lo que significa que la base de las acciones es la falta de un elemento esencial del contrato, en el caso de la simulación, y la ilicitud de la causa, en el caso de la causa ilícita.

De esta forma, la STS 575/2015 de 3 noviembre dice, al hilo de estas acciones objeto de examen, que “dependiendo de la concurrencia de diferentes requisitos y de la naturaleza de ese "fraude de acreedores", podrán ejercitarse unas u otras, o hacerse alternativamente

⁹⁵ Así se concluyen en Yzquierdo Tolsada, M., “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, *Revista jurídica del Notariado*, (27), 2006, p. 286., en virtud de la prejudicialidad penal –artículos 3 y 114 LECRIM-.

para el caso de que no resultara suficientemente acreditada la concurrencia de los requisitos más estrictos exigidos en una determinada acción respecto de los exigidos en otra.”

Así, como indica la Sala, nos encontraremos protegidos por el paraguas de la acción de nulidad por simulación absoluta, cuando además de la salida fraudulenta de bienes que causa el deudor “exista una mera apariencia negocial porque las partes intentan encubrir con la celebración ficticia del negocio la persistencia de la situación anteriormente existente, de modo que tratándose de un negocio traslativo, no se produzca (ni haya propósito de que ello acontezca) la traslación patrimonial ni la realización de la contraprestación”.

Y, para que prospere la acción de nulidad por causa ilícita, se necesitará que el propósito común de ambas partes sea el fraude –a diferencia de la acción pauliana que no exige dicha concurrencia-. Sobre ese aspecto, la sentencia anterior indica que: “puede considerarse que el propósito ilícito común de defraudar al acreedor o acreedores se eleva a la categoría de causa ilícita, por contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 del Código Civil, y permite ejercitar la acción de nulidad del negocio. En estos casos, el fraude de los acreedores (o de algunos de ellos) no constituye la consecuencia de un contrato válido, sino la causa del contrato que, por su ilicitud, determina desde el inicio su ineficacia estructural”.

Conociendo lo anterior, podemos afirmar que, concurriendo los elementos descritos en esta sede, el acreedor podría optar por la querrela por alzamiento de bienes de la misma forma que por cualquiera de estas dos acciones. En caso de optar por la vía penal, el juez tendría que pronunciarse sobre los elementos del contrato, como se ha hecho ver *supra*, y las consecuencias civiles serían las mismas –no obstante las consecuencias, aunque similares, no son iguales en los casos de nulidad y de rescisión-.

Como conclusión, lo cierto es que si bien estas dos acciones exigen elementos añadidos a la disposición fraudulenta, también quedan bajo la protección del alzamiento de bienes. Por lo tanto, ante un fraude de acreedores:

Todo supuesto merecedor de protección pauliana, encaja bajo el delito de alzamiento de bienes, y viceversa.

Cuando existan otros elementos adicionales referentes a la causa del contrato, se podrán entablar las acciones de nulidad analizadas, brindando mejores consecuencias civiles para el acreedor. En el orden penal se dirimirá sobre esas consecuencias, pero siempre bajo el pretexto de que nos encontramos ante un alzamiento de bienes.

b) Las insolvencias punibles y los incumplimientos mercantiles

Habiendo dejado las anteriores incoherencias al descubierto, paso en este epígrafe a exponer otro de los puntos conflictivos generados a raíz de la última reforma, a saber, las tensiones entre el ordenamiento penal y el mercantil. En este apartado aflorarán algunas de las cuestiones mentadas a lo largo del trabajo: la prisión por deudas, el castigo de la imprudencia, la ley concursal...

Anticipándonos, tendrán especial relevancia las conductas irregulares contables del 259.1. Estas situaciones merecedoras de protección penal se compararán con las causas que permiten declarar el concurso como culpable y, además, se valorará la función de cada figura, trayendo a colación el principio de intervención mínima. Para ello, iré recorriendo cada causa de declaración, e incluso alguna presunción legal, comparándola con su correlativo delito.

El artículo 443, establece las situaciones en las que, en todo caso, el concurso se calificará de culpable.

Primera causa: “cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación”.

- No existe atisbo de duda. La redacción mezcla los ordinales 1º y 2º del 257.1 del Código Penal, atribuyendo a los mismos hechos una consecuencia jurídica diferente: la calificación culpable.

Segunda causa: “cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.”

- Entiendo como salida fraudulenta la disposición de bienes que deberían pertenecer a la masa activa del concurso, lo que viene a coincidir con el precepto anterior. Así, se vuelve a sancionar en sede mercantil el alzamiento de bienes.

Tercera causa: “cuando antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.”

- Dicha simulación ficticia puede tratarse bien de aparentar una situación de solvencia para captar financiación –lo que podría subsumirse en el tipo de estafa-, o bien de la simulación de una insolvencia o insolvencia aparente, lo que a todas luces puede constituir un delito de alzamiento, como se ha puesto de manifiesto en este trabajo. No obstante, esta causa se puede analizar, a su vez, desde el prisma de las insolvencias punibles contables⁹⁶, como se hará en los siguientes párrafos.

La conclusión es que existe identidad, una vez más, en las conductas sancionables, subsumiéndose los ilícitos mercantiles en los penales. Así, se ha puesto de relieve que dos órdenes jurisdiccionales distintos protegen la misma situación, sin discriminar gravedad en la conducta, intencionalidad del sujeto activo, etc.

Esto va radicalmente en contra del principio de intervención mínima, ya que no puede defenderse que los mismos hechos merezcan un reproche civil y penal a la vez. Es injustificable la intervención del Derecho Penal en estos casos examinados cuando ya existen mecanismos civiles y mercantiles que atienden a los mismos intereses. Y es más, la coincidencia es tal, que el orden penal recoge también el castigo a título de imprudencia.

Antes de entrar en las cuestiones finales veamos las restantes causas de declaración culpable, más ligadas a las insolvencias punibles contables –art. 259.1.6-8-.

⁹⁶Así se considera en Gutiérrez Pérez, E., “La calificación culpable del concurso y los delitos de causación y agravación de la insolvencia”, *Revista General de Derecho Penal*, (38), 2022, p. 30.

Cuarta causa: “cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.”

- Si centramos nuestra atención en la locución “inexactitud grave”, podríamos relacionarla con la expresión “irregularidades que sean relevantes” del artículo 259.1.6^a. Tal es así ya que, cómo puede no ser relevante una inexactitud grave en los documentos aportados en la declaración del concurso⁹⁷, o posterior a la misma. A mi juicio, obviando que el precepto penal abarca más conductas además de la que se establece en el artículo 443.4, se trata de “decir lo mismo utilizando diferentes palabras”. Vaya, que nos encontramos otra vez con el mismo problema: doble reproche para una misma conducta.

Quinta causa: “cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.”

- En este nuevo ordinal nos encontramos en una situación similar a la del anterior: la redacción del precepto es distinta, en lo formal, del 259.1.6. Sin embargo, en lo material podemos argumentar que la aparente línea se diluye. Existe identidad total en la llevanza de doble contabilidad y en la comisión de irregularidad relevante para la comprensión, no obstante, el precepto mercantil, en su primer inciso, hace referencia al incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad, mientras que el penal sanciona la alteración de contabilidad que dificulte o impida de forma relevante la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la empresa. De nuevo, me cuesta comprender en qué situación un incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad no suponga dificultad en la comprensión de la situación económica del deudor.

⁹⁷ Véase el Art. 7 TRLC.

Por último, tiene especial relevancia la tercera presunción de culpabilidad, *iuris tantum*, que establece el art. 444 del TRLC: “si, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso, el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro mercantil o en el registro correspondiente”.

- Esta presunción casa, de cierto modo, con lo establecido en el 259.1.8º y 9º del Código Penal, sin perjuicio de que se puedan advertir ciertas diferencias que, a la postre, no posean mucha enjundia. La más importante reside en que en el 444.3 TRLC no se exige el requisito del 259.1.8º del CP, esto es, que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor. Así, mientras que podría existir una linde entre ambos órdenes el 259.1.9º, elimina esa diferencia castigando cualquier conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia si se le puede imputar una disminución de activo o aumento de pasivo, o si es medio para ocultar la situación patrimonial real del deudor. Y por si fuera poco, mientras que la presunción opera cuando “no hubiera formulado las cuentas anuales” en sede penal se castiga cuando se “incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo”; es decir, se sanciona penalmente algo que no constituye una infracción mercantil.

Finalizada la exposición, la única conclusión posible es que las causas de calificación culpable del concurso de acreedores –y la presunción del 444.3 TRLC- y las conductas sancionadas por el 259.1 del Código Penal coinciden, en gran medida. Además, esta identidad adopta mayor relevancia en tanto que ya no es necesario que las conductas del 259.1 se cometan para causar o agravar la insolvencia, pudiendo ser punible la mera comisión de cualquiera de ellas en estado de insolvencia actual o inminente.

Algunos autores abogan por la intensidad de afección al bien jurídico⁹⁸ para establecer el umbral de la acción penal, sin embargo, las conductas del tipo de insolvencia punible ya presuponen una afección bastando que se cometa la conducta en estado de insolvencia actual o inminente para que los hechos se subsuman en el tipo. Es más, en lo que concierne a la imputación subjetiva, conviene recordar lo mencionado anteriormente: con el castigo

⁹⁸ Francés Lecumberri, P., “El Delito de insolvencia punible documental (art. 259.1 aps. 6º a 8º)”, *InDret*, 2019, p.17.

de a título de imprudencia en sede penal resurge, en cierto modo, resurge la institución de la prisión por deudas. Así se estarían castigando ilícitos cometidos imprudentemente⁹⁹ en ambas jurisdicciones, vulnerando una vez más el principio de última ratio.

Por todo lo anterior, no se alcanza a entender como no pueden bastar los efectos de la calificación culpable¹⁰⁰ para paliar los efectos de los actos ilícitos del deudor -al menos las irregularidades contables, las imprudencias o las especulaciones y negocios arriesgados con mala fortuna- siendo estos ya relativamente perjudiciales. Estas conductas deberían quedar bajo el paraguas de la protección mercantil, solamente, ya que no constituyen verdaderos ataques gravosos al bien jurídico protegido¹⁰¹. Con lo que en este epígrafe alcanzo una conclusión parecida a la que se llegó en el anterior capítulo, poniendo de manifiesto las inconsistencias legislativas y la desmesura punitiva.

⁹⁹ Por ejemplo, la STS 994/2012, rechaza la necesidad de intencionalidad en los supuestos de concurso culpable.

¹⁰⁰ La calificación culpable tendrá los siguientes efectos sobre las personas afectadas por la misma –arts. 455 y 456 TRLC-:

- La inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período.
- La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa.
- La condena a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa.
- La condena a indemnizar, con o sin solidaridad, los daños y perjuicios causados.
- Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial del déficit.

¹⁰¹ De la Mata Barranco, N. J., “Las nuevas insolvencias punibles y las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Mercantil”, *Almacén de Derecho*, 30 de junio de 2015. Disponible en: <https://almacendederecho.org/las-nuevas-insolvencias-punibles-y-las-relaciones-entre-derecho-penal-y-derecho-mercantil>

VIII. CONCLUSIÓN

Planteada la problemática inicial, después de haber delimitado los delitos y efectuado un análisis crítico entre sí, la primera de las conclusiones de este trabajo es clara: la Reforma de 2015 no contribuyó a la separación de los delitos, si bien facilitó la respuesta penal en determinadas situaciones a costa de contravenir el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Esto es así, primero, por el desmesurado ejercicio que se ha de realizar para razonar qué tipo es aplicable al caso planteado en la introducción y, segundo, por el establecimiento del castigo a título de imprudencia, sobre todo en las insolvencias punibles contables.

Esta última cuestión, además de incardinarse como problema en la facilitación de la respuesta penal adquiere una mayor relevancia en el segundo examen crítico llevado a cabo en el texto. La consecuencia de ese aligeramiento del castigo lleva a la segunda inferencia que se extrae del trabajo: las lindes entre la acción civil y la penal quedan difuminadas y, consecuentemente, la respuesta del ordenamiento queda al arbitrio del actor con una amplitud exacerbada.

En sus manos queda la decisión de que se le puedan aplicar al deudor medidas represivas como la inhabilitación para administrar bienes ajenos o para representar a cualquier persona en un ámbito patrimonial –en el orden mercantil- o la pena de multa o prisión – en el orden penal-.

Estas dos son las mayores implicaciones que se han detectado fruto de la investigación llevada a cabo, sin embargo, también se han dejado entrever otras deficiencias a lo largo del escrito, lo que demuestra la necesidad de una legislación con mayor coherencia y cohesión entre ramas del Derecho.

En conclusión, por medio de este trabajo se han puesto de manifiesto varias de las deficiencias que nuestro ordenamiento ostenta en materia de insolvencia, lo que sin duda alguna ha de constituir el primero de los pasos si se tiene como meta la mejora de la tesitura actual.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Caballero Brun, F., *Insolvencias punibles*, Iustel, 2008.

De la Mata Barranco, N. J., “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en De la Mata Barranco, N. J., Dopico Gómez-Aller, J. D., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018.

De la Mata Barranco, N. J., “Las nuevas insolvencias punibles y las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Mercantil”, *Almacén de Derecho*, 30 de junio de 2015. Disponible en: <https://almacenederecho.org/las-nuevas-insolvencias-punibles-y-las-relaciones-entre-derecho-penal-y-derecho-mercantil>

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*, (23), 2015.

Francés Lecumberri, P., “El Delito de insolvencia punible documental (art. 259.1 aps. 6º a 8º)”. *InDret*, (2), 2019.

Gutiérrez Pérez, E., *El derecho penal frente a la insolvencia: delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

Gutiérrez Pérez, E., “La calificación culpable del concurso y los delitos de causación y agravación de la insolvencia”, *Revista General de Derecho Penal*, (38), 2022.

Mir Puig, S., *Derecho Penal Parte General* (5ª ed), Repertor, 1998.

Monge Fernández, A., *El Delito Concursal Punible Tras la Reforma Penal de 2015*. Tirant Lo Blanch, 2016.

Muñoz Conde, F., *El delito de alzamiento de bienes* (2ª ed), Bosch, 1999.

Nieto Martín, A., *El delito de quiebra*. Tirant lo Blanch, 2000.

Obregón García, A., “La reforma concursal y el Derecho Penal de la insolvencia: un hito más en una historia fatal”, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (61), 249-273, 2004.

Quintero Olivares, G., (Dir)/ Morales Prats, F., (Coord), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 2007.

Quintero Olivares, G., “La polémica presencia del derecho penal en los problemas concursales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 101-126, 1998.

Rodríguez Celada, E., “La criminalización del fracaso empresarial”, *InDret*, (1), 2017.

Ruiz Marco, F. *La tutela penal del derecho de crédito* [Tesis doctoral], Universidad de Alicante, 1993.

Souto García, E., *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, 2009.

Souto García, E., “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss.)”, en González Cussac, J. L., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015.

Tomás y Valiente, F., “La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés”, *Anuario de historia del derecho español*, 1960.

Yzquierdo Tolsada, M., “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, *Revista jurídica del Notariado*, (27), 2006.

JURISPRUDENCIA

STS 1268/2001, de 28 de diciembre (ECLI:ES:TS:2001:10423)

STS 667/2002, de 15 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2643)

STS 2170/2002, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2002:8904)

STS 770/2002, de 22 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5570)

STS 771/2006, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2006:4528)

STS 538/2008, de 1 de septiembre (ECLI:ES:TS:2008:4874)

STS 1088/2008 de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:7237)

STS 557/2009, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2009:4683)

STS 510/2012, de 7 de septiembre (ECLI:ES:TS:2012:7508)

SSAP Huesca 201/2013 de 29 de noviembre (ECLI:ES:APHU:2013:435)

STS 400/2014 de 15 abril (ECLI:ES:TS:2014:2025)

STS 575/2015 de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4471)

STS 750/2018, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:593)

STS 299/2019, de 7 de junio (ECLI:ES:TS:2019:1854)

SAN 14/2020, de 6 de octubre (ECLI:ES:AN:2020:2351)

STS 715/2023 de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3984)

LEGISLACIÓN

Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre.

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

Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria.

Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal.

Propuesta de anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal, por la que se modificaba la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley Orgánica 10/1995 de del Código Penal.

Proyecto de Ley orgánica del Código Penal de 1992.

Real Decreto de 24 de junio de 1889 por el que se publica el Código Civil.