

De la responsabilidad penal y civil en los delitos económicos y societarios y de las diferencias respecto del mecanismo causal, las presunciones de culpabilidad y las personas afectadas por la pieza sexta de calificación del proceso concursal

① La figura del autor y del cómplice en la esfera del derecho penal frente a la autoría y complicidad afecta a la calificación del concurso como culpable, y de las consecuencias que para aquellos se derivan en uno y otro orden jurisdiccional

(A) El artículo 166 de la Ley Concursal establece que... podrán ser declarados **Autores**, por razón de su intervención en los hechos que han dado lugar a la declaración de culpabilidad...

- a) Los administradores o liquidadores de derecho
- b) Los administradores o liquidadores de hecho
- c) Los apoderados generales

...cuando la insolvencia de la concursada haya sido generada o agravada con dolo o culpa grave en virtud de acción u omisión imputable a cualquiera de ellos y se pruebe la relación de causalidad entre dicha actuación y el resultado ya se conforme el mecanismo causal al amparo del **artículo 164.1** o, en su defecto, en aplicación del sistema legal de presunciones reguladas en los **artículos 164.2 y 165**.

Por tanto la autoría culpabilísima concursal...

a) Exige la concurrencia de **culpa grave**... sólo sanciona aquellas **conductas dolosas o gravemente negligentes**... la negligencia leve o simple no determina la calificación del concurso como culpable... no cabe la autoría imprudente.

b) Exige no sólo la concurrencia de un **elemento intencional**... sino también de un **resultado que conlleve consecuencias patrimoniales** toda vez... **cuando el deudor incurra en negligencia grave que no haya tenido consecuencias patrimoniales para la concursada, no podrá declararse su culpabilidad a efectos de la pieza sexta de calificación**... por lo que **no se sanciona la mera actividad ni la autoría en grado de tentativa**.

c) Se rige por el **principio de preclusión limitativa del partícipe**, de manera que la sólo pueden condenados como autores **los administradores o liquidadores**, de hecho o de derecho, de la concursada o sus **apoderados generales**.

(B) El **Código Penal**, refiere a la figura del **Autor** en su **artículo 28.1**, partiendo de una previa distinción entre **autoría** y **participación**... **de manera que autor no es todo el que contribuye causalmente al hecho**... sino... **sólo aquél que ostenta una posición preeminente que permite afirmar que el hecho le es propio**, distinguiendo el legislador a tales efectos entre...

a) **Autoría Directa**. Cuando un sujeto realiza el hecho típico en su totalidad por sí mismo
b) **Autoría Mediata**. Cuando lo hace por medio de otro del que se sirve como instrumento
c) **Coautoría**. Cuando lo hace conjuntamente con otro u otros mediante el reparto de las funciones del proceso ejecutivo

A diferencia de la **autoría culpabilísima concursal**, la **autoría sujeta al rituario penal punitivo**...

a) No sólo castiga la **culpa grave**, el **dolo** y/o la **negligencia grave** sino que... **conforme lo estipulado en el artículo 12 CP... las acciones u omisiones imprudentes serán castigadas cuando expresamente así lo disponga la ley**

b) No exige necesariamente la **producción del resultado**... ya que, existen **delitos dolosos de mera actividad**, que no exigen un resultado y, a su vez por cuanto conforme al artículo 16 CP... **cabe la condena en grado de tentativa cuando el sujeto activo lleve a**

cabo todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produzca por causas ajenas e independientes a la voluntad del autor

c) No se rige por el principio de preclusión limitativa del partícipe, por lo que **pueden ser declarados autores**, en virtud de su grado de participación en los hechos delictivos, quienes realicen el hecho por sí, por medio de otro del que se sirven como instrumento, o conjuntamente, sean o no estos **administradores, liquidadores o apoderados de la persona jurídica**

(C) Veamos ahora cómo se resuelve procesalmente el silogismo claramente diferenciador de la autoría civil que plebiscita la Ley Concursal, frente a la demarcación participativa de un hecho delictivo al amparo de rituario de la norma penal...

...para ello partiremos del siguiente supuesto práctico... El administrador de una sociedad mercantil que, ante la eventual solicitud de concurso voluntario de su empresa sujeto a liquidación, modifica su régimen económico matrimonial, transmitiendo todos sus activos a su cónyuge para prevenir las consecuencias de una eventual sentencia de culpabilidad que le condenase a responder de la cobertura de déficit

1. Conforme el artículo 164.2 de la LC, podríamos pensar que nos encontramos ante la presunción de un alzamiento de bienes que no admite prueba en contrario, del que sería autor el administrador de la concursada, al concurrir en su conducta el dolo que exige el artículo 164.1 LC y que, a mayor razón, presupone de forma absoluta el artículo 164.2 LC. A su vez, huelga decirlo, también cabe inferirse, y con igual carácter absoluto se presume, la concurrencia del elemento intencional...sin embargo... en **este caso no concurre un perjuicio efectivo (TS 04-05-07, EDJ 15947)** ya que dicha transmisión no puede perjudicar a los derechos ya adquiridos por los acreedores; todo ello a tenor del artículo 1317 del Código Civil (*La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*)... de manera como quiera que la esposa pasaría a ser considerada adquirente de mala fe y, a la postre, quedaría anulado el negocio jurídico en que se hubiese documentado la operación transmisiva... no se habrían derivado consecuencias patrimoniales en perjuicio de los acreedores.

Pero imaginemos por un momento que cupiese declarar la autoría del administrador... y, bajo esta hipótesis, evaluemos cómo se resolvería en el concurso la participación de la esposa de aquél en cuanto a beneficiaria de sus activos... y es obvio... que aquélla sólo podría ser condenada como cómplice y, por tanto, la

responsabilidad por el déficit concursal no llegaría a poder alcanzarla nunca, siendo aquél, de darse el caso, al único al que alcanzaría tal gravamen, a criterio discrecional en todo caso del juez de lo mercantil.

2. Por contra, si cualquier acreedor interpusiera, por estos hechos, querrela criminal al amparo del artículo 257 del Código Penal, al ser el alzamiento de bienes un delito de simple actividad y no exigir la producción de un efectivo resultado y/o perjuicio económico cierto, bastando la mera intención del autor de tratar de frustrar el legítimo derecho de sus acreedores... el **administrador** podría ser considerado **autor de un delito de alzamiento de bienes** y condenado a la pena prevista por la ley...a la par que su **esposa**, confabulada con éste para la adquisición de la totalidad de activos antes consorciales, respondería como **cooperador necesario**; esto es, como autora al equipararse la cooperación a la autoría y, por tanto, sería directa y solidariamente junto a su esposo, civilmente responsable de los daños y perjuicios derivados del delito.

Con idéntico resultado al anticipado en la hipótesis contemplada ex ante, quedarán asimismo anuladas las escrituras en que se documentase entre los esposos la operación transmisiva y como tal puede y debe declararlo la sentencia penal.

(D) En cuanto a la figura del **Cómplice**, la LC en su **art. 166**, se refiere a éste como aquél que... **actuando con dolo o culpa grave, coopera con el deudor en la ejecución de aquellos actos que hayan determinado la calificación del concurso como culpable...**

No debe caerse en el error de considerar - al conteste del tenor literal de aquél - que la LC pudiere estar equiparando la figura del cómplice - a los efectos culpabilísimos de la pieza sexta de calificación del concurso - con la del cooperador necesario, ya que ésta es una figura que no existe en el actuario concursal. El **concepto de complicidad** que plebiscita la LC es por tanto **meramente civil** y no le resultan aplicables los presupuestos del orden penal (AP Asturias 07-01-98)

(E) Por el contrario, el **Código Penal**, sí que distingue afinadamente entre la figura del **Cooperador Necesario** del **artículo 28 párrafo 2.b**, y la de partícipe como **Cómplice** del **artículo 29**... a resultas de lo cual...

a) El **Cooperador Necesario** se equipara a la figura del autor, aunque en sentido estricto no lo sea ya que - a diferencia de aquél, o del inductor, que tienen el control del hecho desde su génesis - el cooperador lo tiene sólo a partir de un determinado momento de su ejecución, pero con la suficiente relevancia en el resultado toda vez, sin su participación, no podría haberse llevado a cabo.

b) El **Cómplice**, sin ser autor, inductor o cooperador necesario, participa en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, sin que en su mano descansa, en modo o momento alguno, la decisión sobre el hecho, ya que ni lo promueve, ni aporta una condición necesaria para su ejecución y resultado

(F) Resuelta a estas alturas cualquier atisbo de duda respecto a quienes pueden ser considerados partícipes de un concreto hecho en uno y otro orden jurisdiccional, así como el grado de intervención que, respectivamente, pudiere llegar a inferirse de aquellos, nos quedaría tan sólo para concluir el presente iter introductorio, abordar el **alcance diferenciador** de los efectos congénitos al fallo de una eventual **sentencia condenatoria...**

1. La primera y más obvia diferencia entre ambos órdenes - huelga decirlo - se asienta en la **naturaleza esencialmente punitiva del derecho penal**, en cuanto al concierto e imposición a los condenados como autores o cómplices de penas privativas de libertad... frente a la **naturaleza exclusivamente resarcitoria y patrimonial** de la sentencia dimanante de la sección sexta de calificación del concurso de acreedores; **derecho resarcitorio** que igualmente encuentra cobijo en el ágora penal, al concurso de la responsabilidad civil que de todo delito o falta dimana.

2. La segunda - y no menos importante - enraíza en la **carga de la prueba**; así, mientras **que el derecho penal es vasallo por mandato constitucional de la presunción de inocencia y del principio indubio pro reo** y se anuda al **principio acusatorio**, a cuyo tenor corresponde siempre al Ministerio Fiscal y/o, en su caso, a la Acusación Particular, **la dirección de las pruebas que, con suficiencia, resulten hábiles o idóneas para su enervación...** la **legislación concursal** sí permite anudar la sentencia de culpabilidad de la pieza incidental de la sección sexta a todo un conjunto de presunciones algunas de las cuales, con carácter absolutorio, no admiten prueba en contrario mientras que otras, que sí la admiten, imponen al demandado el gravamen de

tener que soportar la carga de la prueba en cuanto resulta ésta invertida por ministerio e imperio de ley.

3. La tercera - y última - dimana de la **reparación del daño**; así, mientras la **legislación concursal** otorga al juez una facultad absolutamente discrecional que le permite aplicar o no a su criterio la responsabilidad por deudas respecto de la cobertura del déficit, así como determinar su **extensión subjetiva (a qué administradores condena)** y **alcance objetivo (a todo o parte del pasivo no cubierto)**... en el **derecho penal** la reparación del daño es concausal a la condena del autor, y no existe facultad discrecional del juzgador a quo que en cuanto a su extensión subjetiva o en cuanto a su alcance objetivo en sentido estricto... sin perjuicio de la posible fijación de las cuotas de las que deban responder los partícipes condenados, en función de su grado de participación en los hechos.

En cuanto a las consecuencias que para los partícipes del hecho se derivan, la **Ley Concursal** prevé, **por un lado**, los de resultancia común tanto para el autor como para el cómplice...

1. La pérdida de cualquier derecho que pudieran ostentar como acreedor concursal o acreedor de la masa
2. La obligación de devolver a la masa activa lo que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa
3. La indemnización de los daños y perjuicios causados

...y **por otro**, un gravamen al que exclusivamente aquieta al considerado autor, y que no afecta - por tanto - a la figura del cómplice...

1. La **inhabilitación para administrar bienes propios o ajenos y para actuar en representación de personas o entidades de dos a quince años**
2. La **Responsabilidad por Deudas (LC art. 172.bis)**, también conocida como **cobertura del déficit**, cuyo alcance es potestativo del juez de lo mercantil que goza de la más plena discrecionalidad para su concierto.

Por su parte, el **Código Penal** el regular las consecuencias que para los partícipes del hecho habrán de derivarse, distingue entre el alcance resultante de las privativas de libertad y las concernientes a la responsabilidad civil...

1. Al autor o al cooperador necesario, por aplicación respectivamente de los artículos 28 párrafo 1º y 29 párrafo 2º.b, les impone la pena que la ley prevea para el hecho delictivo enjuiciado, atendiendo en su caso a la concurrencia de circunstancias que pudieren agravar o atenuar la pena; mientras que a los cómplices, por aplicación de los artículos 29 y 63 del Código Penal, les otorga el beneficio de la imposita de la pena inmediatamente inferior en grado. A ambos puede serles impuesta, a su vez, una pena de inhabilitación de las previstas en el artículo 45 del Código Penal que, a tenor del plebiscito del artículo 41 del dicho cuerpo legal, puede alcanzar un plazo máximo de 20 años cuando actúa como pena accesoria y de 25 cuando se impone como penal principal

2. En cuanto a la responsabilidad civil, al conteste de los artículos 116 y 117 del Código Penal, el partícipe como autor o como cooperador necesario resultará directamente responsable de los daños y perjuicios que deriven del hecho delictivo, mientras que la responsabilidad civil de los cómplices es de carácter subsidiario por lo que sólo responderá en caso de insolvencia total o parcial del responsable directo

② El delito societario del artículo 290 del Código Penal frente a la simulación de situación patrimonial del artículo 164.2.6ª de la Ley Concursal

① **Código Penal. Artículo 290.** Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.

• **Delito de mera actividad.** El literal del **artículo 290 del Código Penal** nos ofrece ya - al conforme de la lectura de su último párrafo - la primera gran diferencia entre la falsedad societaria penal y la simulación patrimonial presunta del **artículo 164.2.6ª de la Ley Concursal**; en tanto en cuanto mientras el **artículo 290** sanciona un tipo de delito

de los considerados de simple actividad que no exige la causación de perjuicio económico alguno al **artículo 164.2.6^a** no le basta con la mera intencionalidad del agente para poder declarar su responsabilidad sino que exige la concurrencia de un perjuicio cierto que debe haberse revelado efectivo.

- **Sujeto Activo.** Son sujetos activos del tipo los administradores de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación si bien, no puede olvidarse, como se ha puesto de relieve en acontecimientos muy recientes que han tenido una trascendencia informativa universal, que no se debe descartar la posibilidad de la participación, por cooperación necesaria, de las entidades auditoras que al realizar la fiscalización externa de la contabilidad, **colaboran y se prestan a la formación de unas cuentas anuales o balances falseados**" (STS de 29 de julio de 2002).

- **Objeto Material.** Son el balance, las cuentas de pérdidas y ganancias, la memoria y los libros de comercio - libro de inventarios, libro diario y libro de actas -

- **Actividad Punible.** Estamos ante un delito doloso que no requiere resultado, salvo en el último inciso del tipo, para configurar el subtipo agravado. La actividad punible abarca las falsedades del art. 390 CP, adaptadas al ámbito empresarial, lo que incluye "los artificios contables", las "contabilidades paralelas" y, en general, todas las prácticas que encubran la verdadera solvencia o realidad de la empresa, pero no las meras irregularidades, versiones resumidas e incompletas de datos y demás errores o incumplimientos contables o técnicos, si no implican un ocultamiento voluntario de la realidad empresarial.

Puede entrar en concurso con la estafa el delito fiscal, falsedad documental o administración desleal, resolviéndose como concurso de delitos, salvo con la falsedad documental que sería de normas.

- **Principio acusatorio.** La acusación por falsedad documental prevista en el art. 390 CP impide la condena por el delito de falsedad contable, específicamente regulado en el art. 290 CP, por vedarlo el principio acusatorio [STS de 25 de junio de 2010 (rec. 226/2010)].

No integra el tipo de este delito, el balance conteniendo datos falsos presentado por los administradores de una sociedad acogida a la solicitud voluntaria de concurso, por estar específicamente incluida tal conducta en el art. 261 CP (**STS 1458/2003, de 7 de noviembre**).

- **Bien jurídico.** El bien jurídico protegido por el artículo 290 del Código Penal, es el derecho de los destinatarios de la información social que, pueden ser, no sólo los socio sino también los terceros, a obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la sociedad [**STS de 25 de junio de 2010 (rec. 226/2010)**].

El bien jurídico protegido por la norma (...) no es el privativo de persona alguna, ni tampoco, de modo inmediato, al menos, del Estado, sino de la sociedad o comunidad, cuya fe en el tráfico y en la actividad empresarial se perturba (...) los balances de entidades financieras, cuya repercusión en la economía nacional, es de tal intensidad que, sus crisis pueden afectar seriamente a la estabilidad económica del sistema (**STS de 29 de julio de 2002**).

- **Conducta punible.** La conducta típica debe recaer sobre «las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad», definición legal ejemplo de «numerus apertus», que indudablemente incluye el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Y también «los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la CNMV, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen

fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado».

El delito societario tipificado en el artículo 290 del Código Penal viene a tutelar la transparencia externa de la administración social y la conducta delictiva consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad, es decir, en el falseamiento de las cuentas que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, a sus socios o a un tercero. En esta mención a las cuentas anuales debe considerarse incluido el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria, el informe de gestión así como los informes que deben elaborar los administradores para la adopción de determinados acuerdos (aumento de capital, modificación de estatutos, etc.).

Y como delito doloso requiere el conocimiento por parte del autor de la idoneidad lesiva de la acción. Caso de que se llegare a causar el perjuicio económico se aplicará el subtipo agravado que también viene incorporado al mencionado artículo 290 del Código Penal (**STS 863/2009, de 16 de julio**).

- **Balances falsos.** No cabe incluir en el art. 290 CP una falsedad ideológica del art. 261, cuando los datos no coincidentes entre el balance de los administradores sociales y el de los interventores se debe a que no se dispuso de igual documentación y se manejaron "distintos criterios de contabilidad", lo cual está bastante lejos de la conducta delictiva exigida por el tipo, que habla de "*falsear las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad* (**STS 1458/2003, de 7 de noviembre**).

En cambio, sí integra el tipo si se contabiliza la compra de un inmueble en fecha e importe incorrectos. Pues si la adquisición de un bien inmueble tiene lugar mediante la posesión efectiva y material o mediante la tradición instrumental a través de la escritura pública, es en ese momento cuando debe incluirse la compra, aunque falten cantidades pendientes de abono. Y, por otro lado, hay que reflejar el precio del valor de adquisición,

sin que quepa "inflarlo", añadiendo indebidamente, "gastos derivados de las numerosas gestiones", porque ello altera y distorsiona la realidad financiera de la empresa, respecto a un dato cierto e inamovible como es el valor de adquisición de un inmueble (**STS 734/2004, de 12 de junio**).

- **Dolo.** Al tratarse de un tipo doloso, se precisa la intención de producir un perjuicio económico a la sociedad, sancionándose como subtipo agravado si dicho perjuicio llega a causarse, realmente.

Ⓢ **Ley Concursal. Artículo 164.2.6ª.** En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos... **6.º** Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

- **Conducta punible.** Castiga con la declaración de culpabilidad al deudor que trata de aparentar una situación patrimonial ficticia o distinta a la real y **realiza antes de la declaración del concurso cualquier acto jurídico dirigido a simular aquélla...** bien manipulando gravemente la contabilidad de la empresa, bien cometiendo irregularidades contables graves.

Se incluyen "los artificios contables", las "contabilidades paralelas" y, en general, todas las prácticas que encubran la verdadera solvencia o realidad de la empresa, pero no las meras irregularidades, versiones resumidas e incompletas de datos y demás errores o incumplimientos contables o técnicos; esto es, se excluye la mera inexactitud derivada de una diferente valoración jurídica (**JM Barcelona 3 18-02-08**).

- **Objeto Material.** Son el balance, las cuentas de pérdidas y ganancias, la memoria y los libros de comercio - libro de inventarios, libro diario y libro de actas -

- **Actividad Punible.** Estamos ante una acción que exige la concurrencia de culpa grave o dolo y un resultado cierto consistente en un perjuicio económico efectivamente causado.

③ El delito societario del artículo 295 del Código Penal frente a la desaparición fraudulenta de bienes del artículo 164.2.5ª de la Ley Concursal

① **Código Penal. Artículo 295.** Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

- **Administración desleal.** Se trata de un derecho sancionador punitivo de las actividades de gestión fraudulenta en el seno de una sociedad por quienes tienen capacidad de disponer o contraer gasto, y lo hacen de modo abusivo, esto es, quebrantando sus deberes de administración (fiel y diligente) y produciendo un perjuicio a la sociedad, socios o a quienes tienen bienes valores o capitales a cargo de aquélla.

Las conductas punibles imaginables son numerosas... concesión de créditos sin garantías, descuento de letras sin operación real detrás, compras a precios más elevados que los del mercado, autopréstamos, asumir obligaciones imposibles.

El lucro que ha de animar al autor no requiere una apropiación, pues se sanciona una gestión de abuso, incluso por dolo eventual, pero no el quedarse con bienes sociales o de terceros, conducta incardinable en el art. 250 CP, por aplicación de la regla normativa del art. 8.4 CP.

- **Concurso del tipo.** El tipo puede entrar en concurso con la insolvencia punible o la falsedad - concursos reales y/o mediales - con malversación cuando se trate de administradores o depositarios judiciales - el art. 435 será de preferente aplicación - y con los demás delitos sociales, a resolver mediante el concurso real/medial o el de normas, en atención a la especificidad de la conducta realmente producida.

• **Diferencia con apropiación indebida.** Cuando se habla de gestión desleal se hace referencia al incumplimiento de los deberes de lealtad que puede presentarse en dos casos diferentes...

a) **De un lado**, el administrador puede realizar determinadas conductas, propias de su condición y en el marco de sus atribuciones, en las que abusando, sin embargo, de las funciones propias de su cargo, actúa fraudulentamente causando un perjuicio, entre otros al titular de los bienes administrados. Cuando se trata de administradores de sociedades, tal conducta se encuentra prevista en el artículo 295 del Código Penal, siempre que se ejecuten los comportamientos típicos.

b) **De otro**, el administrador puede aprovechar su cargo para realizar acciones en las que, disponiendo del patrimonio de su principal, que administra por encargo de éste, lo incorpora de modo definitivo, en todo o en parte, a su patrimonio particular, excediendo de las facultades que le han sido conferidas.

También aquí actúa con deslealtad, pero alcanza un grado superior, pues no sólo violenta los deberes de lealtad que le imponen una administración respetuosa con la *lex artis*, sino que además, abusa de su posición para actuar fuera de las facultades conferidas e incorporar a su patrimonio lo que pertenece al de su principal.

Cuando se trata de dinero o cosas fungibles, tal clase de conducta es identificada como «distracción» en la terminología empleada por el Código Penal en el artículo 252.

Esta forma de entender ambas conductas encaja con lo que se decía en la **STS n.º 1114/2006**, de **11 de abril**, en la que se afirmaba que «la expresión 'distracción de dinero' debe ser entendida en el sentido tradicional de la noción de abuso de poderes otorgados por Ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno. La Ley requiere de esta manera que el administrador haya excedido los límites de su

poder de disposición». En sentido similar se pronuncia la **STS n.º STS 915/2005**, de **11 de julio**.

En consecuencia, el administrador que, infringiendo los deberes de lealtad impuestos por su cargo «administra» mal en perjuicio de su principal o de quienes se mencionan en el artículo 295, mediante las conductas descritas en ese tipo, cometerá un **delito societario**.

Mientras que el administrador, sea de una sociedad o de un particular, que abusando de sus funciones va más allá de las facultades que le han sido conferidas y hace suyo el patrimonio de su principal, causándole así un perjuicio, **cometerá un delito del artículo 252 en la modalidad de distracción de dinero**" (STS 47/2010, de 2 de febrero).

Podría decirse, en este sentido, que en el primer caso, administración desleal del **artículo 295**, se **infringe un deber de fidelidad del administrador hacia el titular del patrimonio administrado**, causando un perjuicio como consecuencia de actos de administración (actos de disposición sobre bienes de la sociedad o suscripción de obligaciones a su cargo) fraudulentamente adoptados, mientras que en el caso de la distracción de dinero, (**artículo 252**), **lo característico es el abuso de las facultades del administrador, que aprovecha su posición para ir más allá de aquello a lo que está autorizado**, causando también un perjuicio al titular del patrimonio administrado, pero no como consecuencia de la adopción de actos auténticos de la administración encomendada, sino a causa del desvío del dinero recibido hacia un objeto o finalidad distintos de los prefijados en el título de recepción, y consiguientemente, fuera de los límites establecidos por su competencia como administrador" (STS 623/2009, de 19 de mayo).

- **Conducta típica.** El tipo se dirige a sancionar conductas que, no siendo susceptibles de calificarse como delitos de apropiación indebida, consisten sin embargo en

actos de administración desarrollados en el ámbito propio de la sociedad, que impliquen disposición fraudulenta de bienes o asunción de obligaciones a cargo de la sociedad que supongan un beneficio propio o de tercero y, al mismo tiempo, un perjuicio económicamente evaluable para los titulares del patrimonio administrado (**STS de 3 de febrero de 2003**).

Constituye este delito la creación e instalación de una empresa con igual objeto, en los mismos locales y con el empleo de bienes materiales y personales de otra, en la que el acusado era *general manager* (administrador de hecho), al suponer una infracción manifiesta de la prohibición de competencia que se estableció por contrato para dicho administrador general. El carácter fraudulento de su proceder se ve corroborado en la no confección de una contabilidad regular y en la no presentación de las cuentas anuales de la nueva empresa, en el Registro Mercantil. Todo ello genera un perjuicio evidente a la primera empresa, al producirse un desplazamiento de sus bienes y personal, en beneficio de otra sociedad, y de este modo se favorece una reducción de sus posibilidades en participar lícitamente en el mercado, disminuyendo las posibilidades de obtener beneficios (**STS 949/2004, de 26 de julio**).

- **Diferencia con la estafa.** No cabe condenar por estafa a la administradora de una sociedad que vende por 4.500.000 ptas. una finca cuyo valor era superior a 45 millones porque no existió engaño, sino una actividad desleal para el patrimonio de la sociedad y, por ende, para el de los otros accionistas de la misma (**STS 1476/2004, de 21 de diciembre**), debiendo su conducta ser incardinada en el tipo del artículo 295.

- **Consumación.** El delito se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado (STS de 29 de julio de 2002), aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, pues la gestión fraudulenta en que la acción típica consiste implica la concurrencia del dolo genérico, que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona o, por decirlo con una conocida expresión

sumamente plástica, que consiste en "*saber lo que se hace y querer lo que se sabe*" (STS de 26 de febrero de 1998).

② **Ley Concursal. Artículo 164.2.5^a.** En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos... 5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

- **Conducta punible.** Se sanciona con la calificación culpable aquél concurso en el que dentro de los dos años anteriores a su declaración, hubieren salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

- **Diferencia con la administración desleal.** La legislación concursal no sanciona aquellas actividades de gestión fraudulenta en las que el quebranto nazca del incumplimiento por el administrador de sus deberes de administración fiel y diligente frente a sus socios o a quienes tienen bienes valores o capitales a cargo de aquélla, cuando el perjuicio ocasionado afectare sólo a estos, sino que el **elemento objetivo de la presunción** del **artículo 164.2.5^a LC** sólo cabe ser entendido como una especial disposición de ánimo orientada no ya al fin de hacer desaparecer bienes, sino de causar con ello un perjuicio a los acreedores de la empresa.

En definitiva la ley concursal que no resulta hábil para transgredir la esfera del derecho penal y, por ello, no puede, ni pretende, sancionar aquellos actos en los que el administrador infiel hace suyo el patrimonio de su principal, causando con ello un perjuicio exclusivamente a éste, pero sin afección o resultado que grave o perjudique el derecho de los acreedores.

Así, veíamos como resultaba típica y sancionable a tenor del artículo 295 del Código Penal la creación e instalación por el administrador de una empresa de otra con igual objeto, en los mismos locales y con el empleo de bienes materiales y personales de aquélla, en la que el acusado era *general manager* (administrador de hecho) de esta

segunda, al producirse un desplazamiento de los bienes y personal de su administrada, en beneficio de la otra sociedad bajo su disposición fáctica, disminuyendo las posibilidades de la primera de obtener beneficios (**STS 949/2004, de 26 de julio**), siempre que con ello no se perjudique el ratio de solvencia de ésta causando un perjuicio cierto a los acreedores de la misma.

Esta conducta típica para el derecho penal es irrelevante por contra para la legislación concursal.

Distinto sería el caso de un administrador de un **grupo de sociedades que asigna discrecionalmente la producción a sus participadas de manera que el volumen de negocio de cada una de aquéllas se haga depender de la asignación de la matriz, por atribución de cargas de trabajo, siguiendo un criterio irracional que beneficie a unas, mientras lastra la solvencia de las otras, despatrimonializando el beneficio empresarial de éstas últimas hasta provocar su insolvencia en perjuicio del derecho de sus acreedores (JM Bilbao 12-07-07)**

④ El delito de alzamiento del artículo 257 del Código Penal frente al alzamiento de bienes del artículo 164.2.4ª de la Ley Concursal

① Código Penal. 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. 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. 3. 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, la pena a imponer será de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.

- **Conducta punible.** Sanciona toda maniobra dolosa del deudor, que se coloca en una posición que haga imposible el cobro de lo adeudado al acreedor. Es una criminalización de la obligación que pesa sobre cualquier deudor, de responder con todo su patrimonio, del cumplimiento de sus obligaciones (**art. 1.911 CC**).

- **Delito de simple actividad.** Como delito de simple actividad, no requiere conseguir perjudicar económicamente al acreedor, sino sólo frustrar los legítimos derechos de éste.

La maniobra defraudatoria ha de ser posterior al nacimiento de la deuda y puede suponer una insolvencia total o parcial. Lo fundamental no es tener o no patrimonio, sino ponerlo "a buen recaudo", impidiendo que los acreedores puedan cobrar... de ahí que quepa la consideración como sujeto activo del delito, además de la figura propia del deudor, la de quién en el negocio jurídico hubiese actuado como avalista, garante o fiador de las obligaciones contraídas por aquél frente a estos.

Un tercero que se confabula con el deudor, para poner los bienes a su nombre, responderá como cooperador necesario.

En cuanto a concursos, suele concurrir con el delito de falsedad documental, al que absorbe por ser, normalmente, un elemento integrante de la conducta penal global. Los adquirentes de buena fe mantendrán sus derechos, los de mala fe, verán anuladas las escrituras en que se documentó la operación transmisiva.

- **Elementos del tipo.** Los elementos del tipo se descomponen así: a) existencia de un derecho de crédito por parte de un acreedor y en consecuencia unas obligaciones dinerarias por parte del deudor, generalmente vencidas, líquidas y exigibles; b) ocultación, enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes, simulación fraudulenta de créditos o cualquier actividad que sustraiga los bienes citados al destino solutorio a que se hallan afectos; c) situación de insolvencia total o parcial, real o aparente, del deudor

como consecuencia de la actividad dinámica antes mencionada; y d) concurrencia de un elemento subjetivo específico, tendencial, consistente en la intención de causar perjuicio al acreedor, **bien entendido no obstante que el alzamiento es un delito de mera actividad, de riesgo, de resultado cortado, con lo cual basta con que se lleve a cabo la ocultación de bienes, como resultado exigido por el tipo en relación a la simple intención de perjudicar, pues el perjuicio real pertenece no a la fase de perfección sino a la de su agotamiento** (cfr., por todas, SSTS 668/1996, 8 de octubre y 113/1995, de 31 de enero, SSTS 462/2009, de 12 de mayo y 2068/2001, de 08 de noviembre).

- **Bien jurídico.** El alzamiento de bienes no es un delito de insolvencia, sino de frustración de la ejecución de las obligaciones por parte del deudor, cuyo bien jurídico protegido por el delito de alzamiento de bienes es "*el derecho del acreedor a la satisfacción de sus créditos y viene a ser la contrapartida a la responsabilidad patrimonial universal establecida en el art. 1.911 CC*" (STS 1690/1999, de 29 de noviembre).

- **Ocultación o sustracción.** Caben modalidades muy diversas, pues "puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore donde se encuentra, o de modo más sofisticado, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa a favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen que impide o dificulta la posibilidad de realización ejecutiva, **bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho real que obstaculiza la vía de apremio**" (STS 732/2000, de 27 de abril).

- **En perjuicio de sus acreedores.** La mencionada expresión que utiliza el art. 257.1.1 CP no equivale a un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o de un tercero allegado, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores. La existencia de un "perjuicio real" no pertenece, pues, a la fase de perfección del delito, sino de su agotamiento (STS 732/2000, de 27 de abril).

Tal expresión supone tres consecuencias:

1.^a Ha de haber uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produce, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2.^a La intención de perjudicar al acreedor o acreedores constituye un elemento subjetivo del tipo.

3.^a Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento" (STS 1101/2007, de 27 de diciembre).

- **Resultado.** El resultado del delito no exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Insolvencia que puede ser total o parcial, real o ficticia, que exige como resultado "*una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultados positivos suficientes*" (STS 732/2000, de 27 de abril). Íd. al modificar el régimen ganancial por el de separación de bienes (STS 165/2004, de 10 de febrero).

Constituye el delito del art. 257.1 CP "*la descapitalización y abandono de una empresa endeudada procediendo a constituir otra con el mismo objeto, los mismos responsables y el mismo personal, al menos en parte, con la finalidad de no satisfacer las deudas pendientes*", sin que obste a lo anterior que el desahucio se produjera a consecuencia del impago de dos meses de renta, "*lo que revela una cierta voluntad por parte del arrendatario orientada a la finalización del arriendo, máxime cuando al mismo tiempo se contrata otro similar a escasa distancia del anterior*" (STS 902/2003, de 17 de junio).

El hecho de que unos "testaferros" adquieran la titularidad de todas las participaciones sociales de una sociedad sin contraprestación alguna, así como la adquisición de cinco inmuebles de una de las deudoras, sin satisfacer nada a cambio, revela que la intención de los recurrentes era sustraer del patrimonio del deudor y su esposa todos sus activos, con objeto de entorpecer las reclamaciones de sus acreedores (STS 989/2003, de 4 de julio).

No es necesario que se provoque una verdadera situación de insolvencia, basta un acto que conlleve la producción de un riesgo valorable para que aquélla se produzca, o al que pueda atribuirse un incremento sensible de éste, o que aporte un plus de dificultad al ejercicio de la legítima pretensión del acreedor o acreedores. Pero el resultado exigible por el delito no se da si, a pesar de todo, existen bienes o activos que, en una apreciación razonable, permiten considerar viable el apremio, y con él la satisfacción de la deuda (STS 909/2004, de 14 de julio).

Tampoco resulta imprescindible un perjuicio real, pues "*no se está en un delito de resultado sino de tendencia*", existiendo un adelantamiento de las barreras de protección, por lo que si al tiempo de dictarse la sentencia la deuda seguía impagada, el delito no sólo está consumado, sino agotado (STS 922/2004, de 13 de julio).

"(...) Para que el precepto que se invoca resulte aplicable no hace falta provocar una verdadera situación de insolvencia. Basta con la interposición de un acto generador del riesgo valorable de que la misma se produzca, o al que pueda atribuirse un incremento sensible de éste, o que aporte un plus de dificultad al ejercicio de la legítima pretensión del acreedor o acreedores.

Así sucede, cuando se procede a la separación de bienes (...) pues el fin perseguido como resultado del comportamiento que se examina fue, pura y simplemente, introducir un factor de complejidad jurídica en la situación de los bienes de la pareja y, con ello, hacer más difícil la eventual ejecución de créditos que, sabidamente, podrían afectarlos (por todas, STS 1717/2002, de 18 de octubre)" (STS 457/2009, de 5 de mayo).

- **Supuestos de inexistencia del delito.** No existe alzamiento de bienes, cuando la venta de los bienes embargados se realiza por los liquidadores del patrimonio social, sin que aparezca probado que los acusados hayan tenido intervención en las operaciones concretas adjudicatarias (STS 1716/2003, de 17 de diciembre).

Tampoco es constitutivo del delito en cuestión suscribir 400 participaciones de una sociedad, aportando en pago dos fincas embargadas en autos de juicio ejecutivo seguido como consecuencia del impago de la deuda avalada, ya que las dos fincas han sido sustituidas por otro activo -las participaciones en una nueva sociedad- y no se ha acreditado que tal sustitución haya significado la imposibilidad o seria dificultad en la satisfacción del crédito al no haberse demostrado que tal activo pudiera resultar insuficiente (STS 1347/2003, de 15 de octubre).

"La jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente declarado que no concurre el delito de alzamiento de bienes cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente en determinados, ya que

esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos, que se regirán por las disposiciones del derecho privado cuya inobservancia no constituye el objeto de delito ahora examinado" (STS 984/2009, de 8 de octubre).

- **Coautoría.** *"Resulta plenamente razonable también la atribución de la autoría del delito enjuiciado que le dirige la Sentencia recurrida, al ser él el único propietario del 50% de la empresa cuya insolvencia se ocasiona, desde el fallecimiento de su hermano que ostentaba el otro 50%, teniendo en cuenta que, mediante la comisión del ilícito que supone la descapitalización de la sociedad como consecuencia de las operaciones llevadas a cabo por su Administrador, en ningún momento por él denunciadas, dicha compañía eludiría responsabilidades frente a los legítimos acreedores. Por lo que de nuevo ha de reiterarse la solidez del criterio de la Audiencia en cuanto a la existencia de un concierto en la actuación de ambos acusados, más aún cuando esa participación como autor de David no requiere ninguna actuación positiva, bastando con la mera omisión de actos impeditivos de que el alzamiento se llevase a cabo" (STS 149/2008, de 11 de abril).*

- **Cooperación necesaria.** Los acusados, al prestarse a figurar como compradores de determinados bienes inmuebles, contribuyeron conscientemente y de modo esencial a la realización de los hechos constitutivos del delito de alzamiento de bienes, ya que sin esa aportación "difícilmente reemplazable" en las circunstancias concretas de la ejecución, no se hubieran realizado los hechos -compraventas-determinantes de la sustracción del patrimonio del deudor de importantes bienes inmuebles en fraude de sus acreedores (STS 1716/2001, de 25 de septiembre, íd. STS 516/2002, de 23 de marzo).

Se responde como "cooperador necesario" cuando se participa en las maniobras fraudulentas diseñadas por el administrador de una sociedad, mediante las cuales se descuentan letras y se concede un crédito a favor de quien, con tal participación, coadyuva a dificultar y dilatar la ejecución del crédito de los acreedores contra la empresa vaciada, de este modo, de contenido patrimonial (STS 1235/2003, de 1 de octubre).

Se admite la participación del cónyuge en el delito de alzamiento de bienes como cooperador necesario, cuando colabora en la modificación de las capitulaciones matrimoniales a sabiendas de la finalidad defraudatoria que se persigue. Lo cual es deducible de la intervención directa de la esposa en un negocio jurídico poco frecuente en la vida de un matrimonio que, por sus características incluso formales, lógicamente exige una explicación sobre las causas de su otorgamiento (STS 8/2003, de 14 de enero).

Quien presta actividades escasas de trascendencia causal en el alzamiento y que implican -necesariamente- dominio del acto, como es el director de una sucursal bancaria, allegado, sin cuyo concurso no hubiera podido tener realidad formal la actividad defraudatoria de los acreedores, puede ser calificado como cooperador necesario de los autores juzgados y condenados (STS 289/2009, de 17 de marzo).

- **Unidad delictiva compatible con la realización de varios actos dispositivos.** El empleo de la palabra "bienes", en plural, tal como hace el art. 257.1.1 CP, permite comprender que varios bienes sean objeto de disposición mediante actos concretos realizados en diferentes momentos, pero con la misma finalidad de alzarse en perjuicio de los acreedores, porque *"la estructura de tal delito se refiere a una actuación global que absorbe datos aislados pero realizados todos con una común finalidad defraudatoria lo que excluye también la posibilidad de aplicar la figura del delito continuado"*. Por eso, se comete un único delito de alzamiento de bienes aunque se haga mediante dos distintos actos diferenciados en el tiempo, pero animados con la misma finalidad de defraudar a unos mismos acreedores (STS 440/2002, de 13 de marzo).

- **Consecuencias civiles.** En un delito como el de alzamiento de bienes, cuya estructura no prevé ni la sustracción de objetos ni la producción de daños materiales, *"sólo cabe la posibilidad de la indemnización de perjuicios materiales y morales, que sean consecuencia del delito"*, pues los daños objeto de reparación civil, conforme al art. 109 CP, son los causados por el delito. En consecuencia, no entra en este capítulo el impago de

los créditos anteriores al delito, pues al no ser causados por éste, no son imputables al comportamiento delictivo (STS 944/2004, de 23 de julio).

La venta de una finca, adquirida legalmente por un tercero, la hace irreivindicable en cuanto los adquirentes gozan de la protección que la fe pública registral les otorga. En los casos, pues, en que no sea posible declarar la nulidad de la compraventa y devolver el objeto de la misma al patrimonio del deudor a fin de que responda de las correspondientes deudas, procede determinar una indemnización pecuniaria (STS de 15 de octubre de 2002).

En cambio, cuando los negocios celebrados por el deudor están impulsados por la decisión de dar cobertura lícita a un propósito delictivo que no es otro que defraudar las legítimas aspiraciones de los acreedores de hacerse pago con la totalidad de los bienes en virtud del principio de responsabilidad universal proclamado en el Código Civil, procede declarar la nulidad de dichos negocios. Solución que es una consecuencia de la aplicación de lo previsto en los arts. 1.261 y 1.275 CC, al tratarse de contratos fraudulentos por estar afectados de una causa ilícita. Por ello, la restauración del orden jurídico en estos casos implica: la nulidad de las escrituras públicas de compraventa de las fincas y la cancelación de las respectivas inscripciones en el Registro de la Propiedad, reponiendo las fincas vendidas al patrimonio del deudor, sin perjuicio de que los acreedores puedan ejercitar las acciones correspondientes para la efectividad de su crédito (STS 1716/2001, de 25 de septiembre).

"El principio de rogación impide establecer consecuencias jurídicas no solicitadas por quien ejercita la acción civil, (además) nada le impediría intentar la satisfacción de su singular pedimento en el orden civil, vía que no le cierra en modo alguno este proceso que aquí acaba con el rechazo del último de sus motivos" (STS 654/2007, de 3 de julio).

- **Concursos delictivos.** La generación de la insolvencia producida al realizar los acusados una serie de actos que no persiguen otro fin que el de alzarse con los bienes de

la empresa, siendo los únicos perjudicados los trabajadores de la empresa, supone un delito de alzamiento de bienes y otro contra los derechos de los trabajadores, debiendo estarse a lo previsto en el art. 68 CP, al tratarse de un supuesto de concurso de normas, que no de delitos (STS 1405/2003, de 27 de octubre).

② **Ley Concursal. Artículo 164.2.4ª.** En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos... 4.º 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.

- **Conducta punible.** Sanciona como culpable el concurso en el que **el deudor se haya alzado con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o haya realizado cualquier acto que pudiere retrasar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución, ya iniciada, o de previsible iniciación.**

La redacción de la LC resulta desafortunadamente similar al art. 257 del CP, siendo que **el concepto de alzamiento mercantil es puramente civil...** y ello por cuanto **requiere un perjuicio efectivo que no guarda relación con la intención del deudor (AP Murcia 30-07-09).**

- **Resultado.** La presunción del artículo 164.2.4ª LC exige un resultado de insolvencia real y efectiva, no bastando la mera ficción, **pues sin perjuicio real no queda perfeccionada la acción dolosa o culposa del deudor no pudiendo ser castigada la intencionalidad a los efectos culpabilísimos del concurso.**

⑤ **El delito concursal del artículo 260 del Código Penal**

① **Código Penal. Artículo 260.** 1. 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. 2. Se tendrá

en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica. **3.** 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 proceso civil 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. **4.** En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal.

- **El elemento intencional.** Se considera correctamente aplicado el art. 260 1 CP, con base en los siguientes datos: "*La creación sucesiva de sociedades sin justificación aparente, la aportación a las mismas de fincas (bienes inmuebles) a precios escandalosamente bajos, la venta a los hijos de bienes que no acreditan medios económicos para comprar, igualmente valoradas las fincas a precios irrisorios, la rapidez y momento en que se realizan las operaciones, la designación de administradores de paja, que desconocían la identidad de los socios y que no realizaran actos de administración, el disfrute de los bienes enajenados por parte del matrimonio como si la enajenación no se hubiera producido, etc., son elementos que incontestablemente descubren el ánimo tendencial de los acusados, de sustraer su patrimonio al cumplimiento de sus obligaciones patrimoniales*" (STS 690/2003, de 14 de mayo).

El art. 260.1 del Código Penal no condiciona su aplicación a posteriores maniobras fraudulentas del concursado. "*La Ley exige simplemente una declaración de concurso ahora o de suspensión de pagos, entonces, antes de la entrada en vigor de la Ley concursal y la comprobación, después de esta declaración y mediante los mecanismos de control e investigación, de que la situación de insolvencia o crisis económica había sido causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre*".

"*No se trata tanto de situarse en situación de suspensión de pagos de una manera dolosa y previa a la declaración judicial, sino de constatar esa intención dolosa por actos posteriores que revelan que la petición judicial de suspensión era el designio trazado desde el principio de sus operaciones fraudulentas*" (STS 392/2009, de 24 de abril).

"El dolo en la insolvencia punible tipificada en el art. 260 CP es un dolo directo, concretado en actos que reflejen una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores. La sentencia impugnada, partiendo de este presupuesto, declara la concurrencia en ambos acusados de este requisito típico, que infiere (de que) fue Francisco S. Ll. quien hizo nacer, mediante el convencimiento (y por tanto por medios psicológicos) y de modo directo, en la coacusada Bribian C. la decisión de ejecutar el delito, delito entendido como injusto típico y culpable que llevó a cabo, concurriendo en el mismo el doble dolo, a saber, el dolo de defraudar las legítimas expectativas de las acreedores mediante la sustracción del crédito a la masa y el dolo de impeler psicológicamente al delito a la coacusada" (STS 432/2007, de 24 de mayo).

- **La insolvencia punible absorbe al alzamiento de bienes.** El delito de insolvencia punible del art. 260.1 CP absorbe al de alzamiento de bienes -art. 519 CP 1973- *"no sólo por suponer una mayor progresión en el propósito ilícito de hacer inefectivos los créditos de terceros, sino por hallarse castigado con mayor pena (art. 8.4 CP)".*

Lo cual sucede cuando la insolvencia es provocada mediante el procedimiento de crear una nueva sociedad, a la que se traspasan los bienes de la sociedad anterior, deudora frente a terceros, a fin de burlar los créditos de los acreedores (STS de 14 de mayo de 2003).

- **El tipo de insolvencia punible del art. 260.1 CP.** No es suficiente la simple insolvencia, sino una *"insolvencia con contenido criminal"* que ha de provenir de *"negocios cuya reprobación jurídica sea claramente establecida"*. No bastando para configurar el tipo objetivo del delito una *"arriesgada gestión"* basada en un cálculo económico-financiero erróneo.

Se requiere "dolo directo", exteriorizado en actos que exterioricen una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores. Por tanto, un plan empresarial concebido para

incrementar el patrimonio propio mediante el desarrollo de su empresa no tiene el propósito de perjudicar a sus acreedores (STS 452/2002, de 15 de marzo).

Aunque en el precepto no aparece expresamente citado que se haya causado algún perjuicio a los acreedores, *"la Jurisprudencia sí incluye dicho elemento teniendo en cuenta que éste es un delito de resultado, pues requiere la causación de una crisis económica o una situación de insolvencia generalizada, como se deriva del propio concepto del concurso, que implica que el pasivo sea mayor que el activo, y, por otra parte, por lo que señalamos más arriba en relación con el apartado segundo, cuando se refiere al perjuicio inferido a los acreedores para graduar la pena, lo que significa dar por supuesta la existencia de perjuicio a los acreedores (SSTS 1757/02 o más recientemente 1018/06). Se trata por tanto de un quebranto patrimonial que produce un resultado de lesión que conlleva un perjuicio a los acreedores, pues ello es una consecuencia necesaria de la existencia del concurso. Ahora bien, cuestión distinta es la exigencia de una determinación o concreción exhaustiva de cada uno de los créditos o deudas, no siendo necesaria la individualización de los mismos, es decir, trasladar al juicio penal las relaciones del procedimiento civil del concurso, bastando estar justificada la causación o agravamiento doloso, dolo directo, del deudor de aquella situación patrimonial"* (STS 116/2009, de 4 de febrero).

- **Agravar la situación.** Una de las conductas del art. 260 CP es la de agravar dolosamente la situación de insolvencia, la cual concurre cuando un administrador solidario, una semana antes de presentar declaración voluntaria de quiebra, distrae 2.295.000 ptas., un ordenador, maquinaria y otros efectos *"con la evidente finalidad de dejar fuera de dicho procedimiento de ejecución colectiva a dichos bienes y efectos, reduciendo así consciente y voluntariamente la futura masa de la quiebra"* (STS 87/2003, de 23 de enero).

- **Necesidad de pronunciamiento sobre responsabilidades civiles.** El hecho de que se deje sin efecto una declaración de quiebra (al acordarse su sobreseimiento) por la falta de interés de los acreedores al haber dispuesto el condenado de la totalidad del

efectivo y créditos realizables, lo que determinó que no llegara siquiera a nombrarse a los síndicos, no exime de la responsabilidad civil, debiendo el Tribunal penal fijar en sentencia dicha responsabilidad, ya que no existe renuncia de los perjudicados a la reparación y está acreditado el perjuicio (STS 1013/2003, de 11 de julio).

- **Supuestos absolutorios.** No es posible -art. 260.4 CP- condenar a una persona sin haberse acreditado debidamente, en vía penal, la realización de conductas típicas, por el solo hecho de que exista un pronunciamiento firme en el orden civil o laboral que declare fraudulenta una quiebra (STS 948/2003, de 24 de junio).

- **El art. 260.4.** "*(...) De este precepto se infiere con meridiana claridad que, a los efectos de la eventual persecución penal de un quebrado, lo determinante no es el dato jurídico-formal del resultado del juicio que su gestión empresarial mereciera al juez civil, sino la efectiva calidad de ésta, evaluada de manera autónoma en el marco de la causa que se hubiera abierto al respecto.*

Naturalmente, esto no quiere decir que el contenido de las actuaciones seguidas en aquella jurisdicción y su resultado sean inútiles o indiferente (...). Pero, es obvio que el juicio acerca de ésta en el orden penal, tanto en la sentencia definitiva, como en las demás resoluciones que se dicten, deberá ser autónomo y versar directamente sobre la acción denunciada o perseguida" (STS 682/2004, de 28 de mayo).

- **Efectos del proceso civil.** "*Si bien la jurisdicción penal no queda sujeta a prueba de los hechos ni a la calificación que de la quiebra haya hecho la civil, sin embargo no puede prescindir de los hechos que ésta haya tenido en cuenta para realizar dicha calificación y para mandar proceder, pues su autonomía o desvinculación respecto de aquélla se centra precisamente en la posibilidad de valorar de modo independiente la prueba sobre los hechos realizada en el juicio penal, sin que quede obligada por las declaraciones fácticas de la jurisdicción civil, y además en la determinación*

de la concurrencia de los demás elementos propios del delito, lo que conducirá, en su caso, a una calificación penal autónoma.

(...) en la STS de 19 de febrero de 1981, se insiste nuevamente en que «pese a la autonomía entre las jurisdicciones civil y penal, en virtud de la cual la penal no encuentra límite alguno para declarar, previas las correspondientes valoraciones, que se ha cometido un delito doloso o culposo, o que no procede apreciar se haya cometido delito alguno, es lo cierto, que lo que sí existe es una interdependencia entre la legislación penal y mercantil que el Tribunal de lo penal, necesariamente, ha de tener en cuenta, (...) de manera que a la jurisdicción penal compete comprobar si además de alguno de los comportamientos o conductas previstas en los mencionados preceptos del Código de Comercio concurren los otros elementos que configuran el delito de que se trate" (STS 146/2008, de 18 de febrero).

⑥ El delito concursal del artículo 261 del Código Penal frente a la manipulación y/o falsificación de documentos del artículo 164.2.2ª de la Ley Concursal

① **Código Penal. 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.

• **Conducta punible.** La LO 15/2003, de 25 de noviembre, se vio en la necesidad de modificar el tipo penal de este delito ante la nueva Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que derogaba, entre otras normas, la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y los arts. 878 y 879 CCom.

Es una norma punitiva que sanciona las insolvencias derivadas de los clásicos procedimientos de ejecución universales (quiebra, suspensiones de pagos y concursos de acreedores), ahora contemplados de modo unitario en la Ley 22/2003, cuando son utilizados de modo delictivo.

Protege por tanto la buena ordenación del procedimiento judicial concursal dirigido a dar cumplimiento, en la medida de lo posible, a las exigencias derivadas del art. 1.911 CC.

Por eso castiga tres conductas de indudable relevancia: las maniobras para favorecer a unos acreedores en detrimento de otros (art. 259); el que la persona declarada en concurso cause o agrave su insolvencia (art. 260) y la presentación de datos falsos sobre la contabilidad, a fin de ser declarado en concurso (art 261).

Se trata de conductas dolosas en las que pueden participar terceros, como cooperadores.

Se plantean problemas ciertos en materia de responsabilidad civil, para cuya resolución deben tenerse en cuenta estos criterios: flexibilidad, que conduce a tener en cuenta lo sucedido en la jurisdicción civil; no vinculación de lo resuelto allí, de modo automático, y, consecuentemente, proceder de modo minucioso en cada caso (art. 260.3 y 4).

- **Jurisprudencia.** *"De donde se puede concluir, por un lado, el acierto de la sentencia recurrida al calificar los hechos en la modalidad típica «de agravar dolosamente la situación de insolvencia o crisis económica que presentaba la entidad (...) (que) ha presentado una documentación que no coincide con las deudas reclamadas, se presenta de forma extemporánea, no se encontraba en las oficinas de la empresa en el momento de la declaración de quiebra y de su estudio no ha sido posible determinar la verdadera situación de la quebrada. A partir de septiembre de 1994, la quebrada se encontraba en una situación de grave crisis económica, se produce el impago generalizado de todos los créditos y no se formula solicitud de quiebra voluntaria o suspensión de pagos. Todo ello, conduce a calificar la quiebra como fraudulenta" (STS 146/2008, de 18 de febrero).*

② **Ley Concursal. Artículo 164.2.2^a.** En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos... 2.º 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

- **Conducta punible.** La legislación concursal sanciona como culpable el concurso en el que el deudor haya cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos unidos al rector de su solicitud, o bien cuando se hubiese valido para ello de documentos falsos, incompletos o manipulados.

La **gravedad** que, en cada caso habrá de ser valorada por el juez, se convierte en la piedra angular de esta presunción y, como tal... ha sido declarado de forma casi unánime por la jurisprudencia que cuando el criterio documental empleado por el deudor sea razonable, aún siendo inexacto, y derive de una diferente valoración jurídica sobre la que no quepa establecer falsedad, manipulación o sesgo, no podrá declararse la culpabilidad de aquél (JM Barcelona 3 18-02-08)

Debe señalarse, por su importancia y relevancia a los términos de esta doble ponencia en cuanto a los efectos mercantiles y penales, que la falsedad que aquí se analiza no es un concepto penal, sino civil, sin que su pronunciamiento no vincula por tanto a la jurisdicción criminal.

⑦ El delito de falsedad documental del artículo 392.1 y el delito de utilización en juicio de documentos falsos del artículo 393 del Código Penal frente a la manipulación y/o falsificación de documentos del artículo 164.2.2^a de la Ley Concursal y su concurso respecto de otras infracciones penales

① **Código Penal. Artículos 392.1 y 393. Art. 392.1** El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. **Art. 393** El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere

uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores.

② **Ley Concursal. Artículo 164.2.2ª.** En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos... 2.º 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

- **El desarraigo entre la jurisdicción penal y proceso civil.** Ya hemos visto cómo la jurisdicción penal no queda sujeta a prueba de los hechos ni a la calificación que del concurso haya hecho el juez de lo mercantil y, al margen de las razones anteriormente expuestas, la calificación penal es autónoma frente a aquella por cuanto la ley concursal no prevé el concurso de presunciones ni, en su caso, el de normas entre sí... por lo que la sentencia declarativa de culpabilidad podrá acoger la concurrencia del mecanismo causal del artículo 164.1 o de una o varias presunciones de entre las previstas en los artículos 164.2 y 165, en la actuación del deudor sin necesidad de concursar las mismas y sin que, por tanto, la presencia de unas pudiere afectar a la exclusión de otras.

- **El concurso de infracciones penales y la integración del tipo en la jurisdicción penal.** En la esfera del derecho penal, y muy especialmente en los supuestos de delitos económicos, es frecuente que el sujeto activo lleve a cabo una o varias acciones que infrinjan simultáneamente más de un precepto penal, o el mismo varias veces, dando lugar a la concurrencia de una pluralidad de delitos o faltas.

Asimismo, con frecuencia, un solo hecho delictivo que constituye un único delito puede subsumirse en varias leyes penales en la que, una sola de ellas capta por completo el contenido de desvalor del hecho, de manera que si se aplicasen todas las normas punitivas, se incurriría en una doble valoración que quebrantaría el principio non bis in idem.

De ahí que el legislador haya exigido de los jueces de lo penal distinguir entre uno y otro supuesto y, en aplicación de la teoría del delito, resolver la pena según se esté ante un concurso de delitos o ante un concurso de leyes.

- **La falsedad documental del artículo 392.1 y el delito de falsedad contable del artículo 290.** La acusación por falsedad documental prevista en el art. 390 CP impide la condena por el delito de falsedad contable, específicamente regulado en el art. 290 CP, por vedarlo el principio acusatorio [STS de 25 de junio de 2010 (rec. 226/2010)].

El delito societario del **artículo 290** del Código Penal puede entrar en concurso con la estafa, el delito fiscal, la administración desleal y la falsedad documental, **resolviéndose como concurso de delitos en todos los casos, salvo con la falsedad documental que sería de normas.**

No integra el tipo de este delito, el balance conteniendo datos falsos presentado por los administradores de una sociedad acogida a la solicitud voluntaria de concurso, por estar específicamente incluida tal conducta en el art. 261 CP (STS 1458/2003, de 7 de noviembre).

- **La utilización en juicio de documentos falsos del artículo 393 y el delito de presentación de documentos falsos o manipulados del artículo 261.** La acusación por prevista en el art. 393 CP impide la condena por el delito servil a la presentación de documentos falsos o manipulados junto a la solicitud de acogimiento a un proceso concursal, específicamente regulado en el art. 261 CP, por vedarlo el principio acusatorio [STS de 25 de junio de 2010 (rec. 226/2010)].



MIGUEL ANGEL ROCA DEL RIO
ABOGADO. COLEGIADO 3968 REICAZ

C/ La Paz, Núm. 6, 5ª A. 50.008, Zaragoza

Tlfo. 976 484 788 / Fax. 976 484 789

Mail: mroca@sudespachojuridico.com

Web: www.sudespachojuridico.com