

Doctrina

Por Antonio Caba Tena¹, abogado y socio de Dictum Abogados.

La relativa autonomía de los procesos penal y concursal en la persecución de insolvencias punibles²

La necesidad de un correcto análisis inicial de las operaciones del deudor que puede ir a concurso de acreedores se justifica, aún más, justo por la autonomía que el legislador penal ha querido incluir al respecto.

Sobre la relación entre la Ley Concursal y los delitos de insolvencias punibles, el cambio más trascendente desde la regulación del Código Penal de 1973 al vigente texto punitivo de 1995 fue la ruptura con la dependencia que dichas figuras delictivas guardaban respecto a las normas civiles y mercantiles, puesto que actualmente lo relevante a efectos penales es la entidad de las conductas que las han determinado y no su calificación civil.

Así lo recoge la Ley Concursal, tanto en su artículo 163.2, en relación a la calificación civil del concurso como fortuito o culpable, al preceptuar que la misma no vinculará al juez penal que, en su caso, entienda de actuaciones delictivas del concursado; como en el artículo 189.1, que dispone que la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste.

Por su parte, el Código Penal, contempla dos alusiones a esta cuestión: (i) la del artículo 257.5, que ordena la persecución de los delitos de alzamiento de bienes o frustración de la ejecución, aunque tras su comisión se iniciara un

procedimiento concursal³; y (ii) la del artículo 259.5, que posibilita la iniciación o continuación de un proceso por cualquiera de los delitos de insolvencias punibles referidos en dicha norma y, también de los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o por persona que haya actuado en su nombre, sin que deba esperarse a la conclusión del concurso de acreedores y sin perjuicio de su continuación, matizando que el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos habrá de integrarse necesariamente en la masa activa del concurso⁴; y disponiendo, finalmente, el apartado 6 de dicha norma, que en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el procedimiento concursal vinculará a la jurisdicción penal. Es decir, se recoge expresamente la aplicación de tal autonomía tanto para los delitos de alzamiento, de frustración de la ejecución y de las principales insolvencias punibles, como para los delitos singulares relacionados con estas últimas. Asimismo, se precisa de un requisito de procedibilidad para la persecución de los ilícitos penales de insolvencias punibles (cuya comisión imprudente también está prevista), consistente en que solo serán perseguibles las conductas tipificadas en el artículo 259 del texto punitivo, cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso de acreedores (vid., aptdo. 5 de la norma). Esto es, la declaración de

concurso es ahora sólo otra posibilidad para perseguir penalmente estos delitos, pero no ya la única (MUÑOZ CONDE: 2015); pues basta con que el deudor esté en situación de insolvencia actual, aunque no haya sido declarado en concurso de acreedores.

Sin embargo, esta última previsión que destaco deja vacía de contenido –en ciertos casos– parte de la dicción del apartado 1 del mismo precepto, en concreto lo relativo a que el castigo penal de las conductas que enumera a continuación pueda llevarse a cabo, aunque el deudor se encuentre en situación de insolvencia inminente y no actual. Por consiguiente, las conductas cometidas en situación de insolvencia inminente, sólo serán perseguibles penalmente si, posteriormente a su comisión (en dicho estado de insolvencia inminente), el deudor dejara de cumplir regularmente (es decir al momento en que las mismas sean exigibles) con sus obligaciones o, lo que es igual, pasase a estar en situación de insolvencia actual; y ello siempre que, entre la realización de la conducta en estado de insolvencia inminente y la situación de insolvencia actual no haya transcurrido el plazo legalmente previsto para que opere el instituto de la prescripción del delito, esto es, 5 años para el tipo básico del artículo 259 y 10 años para el tipo agravado del artículo 259 bis (cfr. el art. 131.1, en relación al art. 130.6º, ambos del CP).

En definitiva, volviendo a la autonomía de los órdenes jurisdiccionales penal y civil, lo relevante a efectos penales será el análisis de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de las conductas del deudor y no la calificación concursal de las mismas en el seno de la sección sexta del procedimiento civil. Y es que la mera situación de insolvencia per se no puede ser castigada penalmente (sería reinstaurar la felizmente proscrita prisión por deudas), sino que lo que sancionan las normas penales son ciertas conductas dolosas o

imprudentes provocadoras o agravatorias de la situación de insolvencia en perjuicio de los acreedores, como sujetos pasivos de unos especiales delitos de posible comisión por el deudor⁵.

Ello no obstante, en relación a los actuales delitos de insolvencias punibles del artículo 259 del CP y pese a la autonomía anteriormente indicada y ratificada tanto por el legislador penal como por el civil, no puede olvidarse que contamos con una Ley Concursal que ha modificado sustancialmente el modelo tradicional de la regulación del derecho de la insolvencia, por lo que, con independencia de la naturaleza de última ratio del precepto punitivo, el Derecho penal no puede quedar indiferente ante una modificación de esta entidad manteniendo las soluciones tradicionales, en la medida en la que representa un orden social secundario que depende –en ciertos aspectos– de las decisiones del primario (Derecho concursal). Ello no significa que el orden penal carezca de autonomía o independencia con respecto al civil especial, sino que debe tener en cuenta –en su caso– las decisiones básicas que el sistema jurídico ya ha adoptado previamente en el seno del procedimiento concursal, si bien con las valoraciones propias del Derecho penal en relación a sus distintas funciones específicas, aunque guardando la necesaria coherencia con la Ley Concursal, a fin de evitar indeseadas disfuncionalidades (vid., antes de las reformas penales de 2010 y 2015, FEIJOO: 2009). En resumen, un delito que se caracteriza por estar relacionado con una insolvencia que esté sometida a la Ley Concursal (no se olvide que el art. 259.2 CP también castiga al que –por cualquiera de las conductas previstas en el apartado 1 anterior– “cause su situación de insolvencia”, así como que algunas de las conductas tipificadas como delito son coincidentes con las presunciones iuris et de iure de calificación de concurso culpable) no puede

desconocer que los contornos del injusto penal van a surgir precisamente de la interpretación que previamente se haga de los fines del Derecho concursal, toda vez que en dicho ámbito normativo se encuentran los fundamentos racionales de la necesidad de la intervención punitiva en esta materia (vid., también antes de las reformas penales de 2010 y 2015, BLANCO BUITRAGO: 2004 y CABALLERO BRUN: 2008, citados por FEIJOO). Y, de hecho, algunas resoluciones de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (vid., SSTS 25.1.2008, 9.11.2005 y 28.5.2004), han declarado que el juez penal debe conocer el contenido del artículo 164 LC (respecto a la calificación culpable del concurso) por recoger supuestos que pueden servir como criterios orientadores de lo que pudiera constituir una insolvencia dolosa en el ámbito penal, pues el resultado de la calificación civil no es indiferente, pudiendo ser de indudable utilidad, si arroja luz sobre las conductas sometidas a examen penal (vid. en el mismo sentido, en la denominada “jurisprudencia menor”, la SAP Barcelona, Secc. 7ª, núm. 386/2016, de 31.5, ratificada por el ATS, Sala de lo Penal –Secc. 1ª– núm. 130/2017, de 22.12⁶).

Es interesante destacar la posición sostenida al efecto en 2010 por el entonces Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo y posterior Fiscal General del Estado, MAZA MARTÍN, en el seno de un Observatorio de Derecho Penal económico, defendiendo que la Ley plantea una desvinculación entre lo mercantil y lo penal que, a su juicio, ofrece efectos negativos, por lo que proponía la necesidad de volver a vincular los procedimientos de los diferentes órdenes, basándose en ciertas ideas básicas del legislador mercantil anteriores al Código Penal de 1995. Sin embargo, coincidimos con la opinión vertida en el mismo foro por el integrante de la Fiscalía Especial contra la corrupción y la criminalidad organizada, PAVÍA CARDELL, quien precisó que esa vinculación

tenía que ser muy matizada, dado que se trata de dos procedimientos de naturaleza distinta y el juez mercantil no siempre tendrá a su alcance toda la información de la que disponga el juez penal, por lo que podrá desconocer una buena parte del caudal probatorio que le permita a éste considerar dolosa la insolvencia que aquél pudo juzgar fortuita y viceversa. Además, aparte de que el juzgador penal tiene que aplicar criterios, conceptos y un estándar de prueba de un orden distinto (v.gr., las presunciones de dolo o culpa grave del art. 165 LC no serían admisibles en el ámbito penal), no debemos perder de vista que pueden haber insolvencias causadas dolosamente que, sin embargo, no darán lugar a la formación de la sección de calificación en el seno del procedimiento concursal (supuestos de convenio no gravoso –cfr. art. 167.1-II LC–); así como casos en los que se den conductas que podrían ser calificadas de concursos culpables y que difícilmente serían perseguibles penalmente, como el caso de los entes de derecho público que, ex artículo 1.3 LC, no pueden ser declarados en concurso, con lo que complicado será acreditar su situación de insolvencia actual para que se cumpla respecto a los mismos el necesario requisito de procedibilidad del artículo 259.4 del CP.

No obstante, también es relevante plantearse el supuesto contrario, ciertamente extremo pero posible (puesto de manifiesto por DE ALONSO ya en 2009), en el que podría suceder que en sede penal se llegara a probar la relación de causalidad entre una, por ejemplo, apropiación indebida o administración desleal de un administrador de una sociedad y su posterior insolvencia punible, mientras que, más adelante, en el proceso concursal, disponiendo de otros medios y elementos probatorios, se llegara a la conclusión de que el concurso tuvo un carácter fortuito e independiente de tal apropiación indebida o desleal administración; lo que conlleva a colegir la imposibilidad de que la calificación de un concurso

como fortuito pueda ser garantía de la exclusión de la responsabilidad criminal y ello porque, uno y otro, bien pudieran haberse basado en distintos hechos evaluados. Proponiendo con acierto el autor como única solución para tales supuestos el recurso de revisión penal con aportación de la resolución civil declaratoria del concurso como fortuito (que podría constituir el supuesto previsto en el actual art. 954.1.e/ de la LECrim. en su redacción dada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre), a fin de que, si en efecto existe la contradicción entre ambas sentencias, se puedan anular una y otra (aunque no en cuanto a la aprobación indebida o a la administración desleal, sino en relación al delito de insolvencia punible), y se mande instruir de nuevo la causa al Tribunal a quien corresponda el conocimiento del delito (cfr. la vigente redacción del art. 958 LECrim).

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto “Asignaturas pendientes del sistema procesal español” (DER2017-83125-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Gobierno de España); cofinanciado con FEDER.

² Profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de Málaga y profesor de postgrado de Derecho Mercantil de la USP-CEU de Madrid y del ICAMALAGA y la UMA).

³ A pesar de que antes de la reforma operada en dicho precepto penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se aludía por el mismo a que posteriormente se iniciase una ejecución concursal, debía entenderse asimismo a que se declarase al deudor en concurso de acreedores.

⁴ *Vid. infra*, a este respecto, nota al pie núm. 6.

⁵ No debe olvidarse que con estos ilícitos penales se pretende proteger el derecho de los acreedores en caso de insolvencia del deudor (delitos de insolvencias punibles), así como la funcionalidad del procedimiento ejecutivo para conseguir la satisfacción del derecho de crédito (delitos de alzamiento de bienes y de frustración de la ejecución).

⁶ Peculiar también la afirmación de ambas resoluciones judiciales en relación a que la dicción del anterior artículo 260.3 del texto punitivo (actual art. 259.5, *in fine*, del CP), sobre que el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos debe integrarse necesariamente en la masa activa del concurso, no implica que no pueda ni deba hacerse un pronunciamiento por responsabilidad civil a favor de quien ejercita la acción particular en defensa de sus propios derechos; siendo cuestión distinta que la indemnización reconocida a su favor se ejecute conforme a las reglas que rigen el concurso, según su preferencia y prelación de créditos. Peculiar también la afirmación de ambas resoluciones judiciales en relación a que la dicción del anterior artículo 260.3 del texto punitivo (actual art. 259.5, *in fine*, del CP), sobre que el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos debe integrarse necesariamente en la masa activa del concurso, no implica que no pueda ni deba hacerse un pronunciamiento por responsabilidad civil a favor de quien ejercita la acción particular en defensa de sus propios derechos; siendo cuestión distinta que la indemnización reconocida a su favor se ejecute conforme a las reglas que rigen el concurso, según su preferencia y prelación de créditos.