

# LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO PENAL CONCURSAL Y EL CONCEPTO DE CRISIS ECONÓMICA COMO COMPLEMENTO A LA MISMA\*

BORIS ALONSO FERRERAS\*\*

**Resumen:** El presente trabajo aborda: (A) el concepto de insolvencia determinante para la existencia de un delito de alzamiento de bienes (art. 257 CP) o de un delito concursal (art. 260 CP); (B) el estado actual de la jurisprudencia y de la doctrina española sobre estos delitos, donde resulta especialmente controvertido que la pretensión de contar exclusivamente con los recursos a las normas penales prescindiendo de la integración de fuentes extrapenales resulta enormemente disfuncional para la resolución de situaciones de crisis empresarial; (C) el examen de la regulación de los delitos de alzamiento de bienes, con especial atención a la última reforma introducida en el Código Penal en el año 2010; (D) el papel que corresponde desempeñar al Derecho Penal, especialmente a través del delito de concurso del art. 260 CP y en un contexto como el actual de crisis económica.

**Palabras clave:** Insolvencias punibles, delito de alzamiento de bienes, concepto de insolvencia, relación de los delitos de insolvencias punibles con otras figuras delictivas, concepto de crisis económica.

**Abstract:** The present work covers the following topics: (A) how the concept of insolvency is determinant in establishing the existence of the offense of fraudulent bankruptcy (art. 257 CP) or the offense of insolvency (art. 260 CP); (B) the current state of the case law of the Supreme Court of Justice of Spain and the Spanish doctrine, where it is especially evident, that in these offenses, the claim of relying exclusively within the context of criminal law without relying on the integration of extrapenal resources is enormously dysfunctional for resolving a particular business crisis situation; (C) the study of the concealment of assets crime regulation, with special attention to the last changes introduced in criminal law in 2010; (D) the role of criminal law, in particular, through the insolvency crime in the article 260 CP and in the context of the current economic crisis.

**Keywords:** Bankruptcy fraud, crime of fraudulent bankruptcy, concept of insolvency, fraudulent bankruptcy in regard to others crimes, concept of economic crisis.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE INSOLVENCIA COMO PRESUPUESTO OBJETIVO; II. CONCEPTO DE INSOLVENCIA; 1.

---

\* Fecha de recepción: 28 de mayo de 2013.

Fecha de aceptación: 13 de junio de 2013.

\*\* Estudiante de Grado de Derecho de último año. Curso académico 2012/13. Correo electrónico: borisa.ferreras@gmail.com.

Breve introducción; 2. Concepto; III. ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES TIPOS PENALES DEL CAPÍTULO VII DEL TÍTULO XIII DEL LIBRO II; 1. Breve introducción; 2. El alzamiento genérico del artículo 257.1.1º y su distinción del delito 260 CP; 3. El tipo específico de alzamiento del artículo 257.1.2º; 4. Los nuevos tipos cualificados de los artículos 257.3 y 4 (CP); 5. El tipo específico del alzamiento del artículo 258 y puesta en relación con el artículo 257.1.2º; 6. Concepto de la figura *sui generis* del artículo 259: favorecimiento ilícito de acreedores; 7. Concepto del delito concursal del artículo 260 CP; 8. Concepto de la figura del artículo 261 CP: presentación de datos contables falsos; IV. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE CRISIS ECONÓMICA EN EL DERECHO PENAL; V. CONCLUSIONES; VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN. CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE INSOLVENCIA COMO PRESUPUESTO OBJETIVO

Históricamente, las modalidades de insolvencias punibles, distintas del alzamiento de bienes (el actual Derecho Penal concursal), han tenido escasa relevancia debido a su dependencia de los procesos civiles y su accesoriedad respecto de la regulación mercantil sobre la quiebra. En opinión de FEIJOO<sup>1</sup>, el punto de inflexión en esta situación se produce con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en lo sucesivo, el “CP”) y con la aprobación de la nueva Ley 22/2003 Concursal, de 9 de julio (en lo sucesivo, la “LC”), que renovó totalmente el modelo histórico de la regulación del Derecho de quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores y convenios de quita y espera.

En efecto, desde la aprobación de la LC podemos hablar de trascendentales cambios no sólo desde el punto de vista concursal sino también penal. En el dilatado proceso de reforma de la legislación concursal española, el Derecho Penal concursal no puede permanecer impasible ante la consecución de modificaciones que se han ido produciendo en dicha legislación.

El Derecho Penal ha de tener en cuenta todas estas decisiones y modificaciones en la legislación concursal española, con las valoraciones y funciones específicas propias del orden penal; respetando que las mismas han de guardar en todo momento coherencia con las de la LC y no resultar disfuncionales. En palabras de QUINTERO OLIVARES<sup>2</sup>, en nuestra doctrina, es especialmente evidente, en el delito de alzamiento de bienes, que la pretensión de contar exclusivamente con los recursos a las normas penales prescindiendo de la integración de fuentes extrapenales resulta enormemente disfuncional. De hecho, es manifiestamente relevante tener en consideración esta interdependencia cuando se trata

<sup>1</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Crisis económica y concursos punibles”, *Revista Jurídica LA LEY*, mayo de 2009, pp. 2 y ss. con ulteriores referencias.

<sup>2</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, 3ª ed., Navarra, 2004, pp. 713 y ss.

de la intervención del Derecho Penal concursal frente a los responsables de una situación de crisis económica o insolvencia en una gran empresa. Ello no significa en absoluto que estemos ante los viejos delitos de quiebra concebidos como leyes penales en blanco ni que el Derecho Penal no sea autónomo<sup>3</sup>.

Entre los cambios efectuados en el nuevo procedimiento concursal civil, gracias a la aprobación de la LC, se encuentra el de unidad de presupuesto objetivo. De la exposición de motivos de la LC, se deduce claramente que “la Ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema”<sup>4</sup>. La unidad de procedimiento exige la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia. Dicho presupuesto objetivo, contemplado no sólo en la Exposición de Motivos de la LC sino en el seno de su art. 2, hace que la declaración de concurso proceda en caso de insolvencia del deudor común.

Con anterioridad a la LC, la regulación del concurso de acreedores estaba dispersa en el Código de Comercio de 1829 y 1885 (este último, en lo sucesivo, el “CCo”), en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y en numerosas leyes complementarias. Hoy día, existe una única LC que regula tanto los aspectos sustantivos como procesales. De manera paralela a la LC, fue aprobada la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (en lo sucesivo, “LORC”) a fin de regular las consecuencias que puede acarrear para el concursado la limitación de sus derechos fundamentales.

Para llegar a la solución de unidad, tanto legal como de procedimiento, el presupuesto objetivo de la declaración judicial de concurso ha sido objeto de grandes cambios y de gran debate. En la evolución histórica del tratamiento de la insolvencia del deudor común es posible distinguir un doble conjunto institucional, que, aunque nacido en épocas distintas, se desarrolla paralelamente a partir de la Baja Edad Media<sup>5</sup>.

El origen del Derecho Concursal se encuentra en el Derecho Romano que “conoció a lo largo de sus casi trece siglos de historia, diversos procedimientos para dar la posibilidad a una pluralidad de acreedores de obrar sobre un patrimonio, generalmente insuficiente, conforme al principio de la *par conditio creditorum*; en concreto, la venta de bienes en pública subasta (*bonorum venditio*), la cesión de bienes (*cesio bonorum*) y la *distractio bonorum*”<sup>6</sup>. Cabe decir de todas formas que, junto con estas instituciones generales de muy frecuente utilización práctica, el antecedente inmediato, proviene del Derecho estatutario

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Secundariedad de Derecho penal económico*, Madrid, 2001, pp. 23 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, L., en MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ (Coord.), *Homenaje a Hernández Gil, A., Autonomía y dependencia del Derecho*, vol. 3, Madrid, 2001, pp. 3219-3226.

<sup>4</sup> Véase Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2003, núm. 164.

<sup>5</sup> ROJO, A./BELTRÁN, E., en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dirs.)/APARICIO, M.L. (Coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 10ª ed., Madrid, 2012, pp. 403 y ss.

<sup>6</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., en ARIZA COLMENAREJO, M. J./GALÁN GONZÁLEZ, C. (Coord.), *Reflexiones para la Reforma Concursal*, Vol. 2, Madrid, 2010, pp. 115 y ss.

italiano de la Baja Edad Media<sup>7</sup>. En ese momento aparece regulado un procedimiento conocido como quiebra o bancarrota concebido para regular las relaciones de los mercaderes y, especialmente, de los banqueros. Dicho procedimiento acarrea gravísimas consecuencias para el deudor (encarcelación, incapacitación e incluso se le podía privar de todo tipo de derechos).

Este procedimiento llegó a nosotros a través de las ordenanzas francesas, se difundió por toda Europa y aparecieron los consulados de comercio que eran gremios de comerciantes que establecían sus propias normas y tenían sus propios tribunales. En la Península Ibérica llegó desde Italia primero por los territorios de la Corona de Aragón. En Cataluña existía ya por aquel entonces la Ley de las Cortes de 1299 que se refería a los comerciantes y banqueros pasando posteriormente por los de la Corona de Castilla. En el siglo XVIII son dignas de mención las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737 que no sólo fueron de aplicación nacional sino internacional (América). De hecho, el ovetense Juan de Hevia Bolaños, en el *Laberinto del Comercio terrestre y marítimo*, de 1613, ofrecía ya una exposición sistemática de este procedimiento concursal<sup>8</sup>.

El presupuesto objetivo de la quiebra fue uno de los más debatidos durante la vigencia del CCo de 1885. Entre las interpretaciones más destacadas se encuentra la *tesis de la insolvencia* en donde el presupuesto objetivo implicaba la insolvencia del deudor común dada la situación de un patrimonio impotente para satisfacer todas las deudas vencidas de su titular. Por tanto, ser insolvente era no poseer bienes suficientes para poder pagar íntegramente a los acreedores.

En segundo lugar, nos encontramos con la *tesis del sobreseimiento* donde la quiebra significaba la cesación de pagos. Generalmente, el sobreseimiento se producía por la impotencia del patrimonio del quebrado para satisfacer todas las deudas por ser el pasivo superior al activo si bien la declaración de quiebra procedía cuando el empresario cesase de un modo general en el pago corriente de sus obligaciones.

La discusión en torno al presupuesto objetivo no sólo ha sido particularmente conflictiva en sus inicios sino a lo largo de todo el proceso de reforma de la legislación concursal española. Da cuenta de ello el Anteproyecto de Ley Concursal de 1959 el cual siguió claramente la ya explicada *tesis de la insolvencia*. Por el contrario, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, en su art. 9, aboga por la expresión de *situación de crisis económica* que consiste en “un estado patrimonial que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de los créditos” y que tenía que exteriorizarse a través de cualquier “hecho revelador”, considerándose como tal en el caso de instancia por el propio deudor, su aquiescencia a realizar tal solicitud.

<sup>7</sup> ROJO, A./BELTRÁN, E., cit. p. 406.

<sup>8</sup> ROJO, A./BELTRÁN, E., cit. p. 406.

Con la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, volvemos al concepto de insolvencia del cual, el Anteproyecto de Ley Concursal de 2000 toma elementos junto con los del Anteproyecto de 1983 y otros nuevos. Así, la definición legal del estado de insolvencia se configura entendiendo que se encuentra en dicho estado el deudor que no puede hacer frente regularmente a sus obligaciones debiendo ser éstas exigibles.

## II. CONCEPTO DE INSOLVENCIA

### 1. Breve introducción

“Que mi dinero sea mío, solo mío, y con él puedo hacer lo que quiera, no es del todo cierto. Partiendo de la base de que las deudas deben ser pagadas, a nadie le gusta que, al llegar el vencimiento de las obligaciones, nos encontremos con que el deudor no tenga bienes suficientes para hacerlas frente, nos sentiríamos burlados. Pero muchísimo peor sería aún, si descubriéramos que realmente el deudor sí tiene dinero o bienes para pagar, y lo que ha hecho ha sido realizar una serie de triquiñuelas y argucias para esconderlo, además nos habría engañado. O por lo menos lo habría intentado, ya que nuestro actual Código Penal de 1995, se encarga de castigar estas artimañas, regulando la insolvencia punible en un capítulo propio, el VII, titulado, De las insolvencias punibles”<sup>9</sup>. En estas breves palabras se condensa, si bien de modo sucinto, cual es la finalidad protectora que subyace bajo el Capítulo VII, Título XIII del Libro II de nuestro texto punitivo y se evidencia de un modo claro la probabilidad de todas las conductas recién mencionadas.

El concepto de insolvencia y su determinación se vuelven indispensables a la hora de examinar las figuras delictivas conocidas como “insolvencias punibles” y que se incluyen bajo este nombre en el arriba citado Capítulo VII, Título XIII del Libro II de nuestro CP. Sin embargo, aún a día de hoy, existe un gran debate en la doctrina jurídico-penal en la determinación de qué hemos de entender por estado de insolvencia. Algunos autores consideran que se trata de un concepto autónomo más estricto y desligado de la LC, la cual considera que uno se encuentra en estado de insolvencia al no poder cumplir regularmente con las obligaciones exigibles. Otro sector de la doctrina considera que el término de insolvencia ha de ser entendido en consonancia con el empleado en el art. 2.2 de la LC. Debemos enlazar el pensamiento de esta corriente doctrinal con la disfuncionalidad ya enunciada en esta clase de delitos que supondría la desvinculación absoluta de otras ramas del derecho y la no integración de fuentes extrapenales<sup>10</sup>. Por ello, en este sentido, en páginas posteriores se

<sup>9</sup> MÉNDEZ NIETO, J./AGRAZ CASLA, D., “Insolvencias punibles”, *La Gaceta de los Negocios*, 2004, p. 1.

<sup>10</sup> Vid. *supra*, “Configuración del concepto de insolvencia como presupuesto objetivo”, postura de QUINTERO OLIVARES en: *Comentarios al nuevo Código Penal*.

tendrá ocasión de comprobar que la solución más adecuada, a mi entender, será considerar que el término de insolvencia no puede ser concebido al margen de la LC.

## 2. Concepto

A la hora de determinar qué ha de entenderse por estado de insolvencia, la doctrina especializada ha venido acotando y limitando dicho concepto diferenciándolo de situaciones similares, tales como la de falta de liquidez, la simple insuficiencia de activos o la cesación de pagos. Alguien que es insolvente, lo es por estar sumido en un estado de insolvencia y, para ello, se hace necesario cierto grado de continuidad. De ahí, que sea primordial diferenciar entre insolvencia e incumplimiento puntual de obligaciones, dado que el insolvente incumple obligaciones pero quien las incumple no es insolvente únicamente por este hecho.

Efectivamente, hemos de diferenciar lo que se ha de entender por insolvencia de conceptos tales como el de falta de liquidez en la que el deudor cuenta con un activo superior al pasivo y, sin embargo, no puede cumplir sus obligaciones en el instante de su vencimiento porque no se pueden convertir en dinero. A día de hoy existen aún autores, como BAJO FERNÁNDEZ<sup>11</sup>, que se oponen a esta postura y consideran que todas las figuras delictivas sin excepción precisan de la constatación de una insolvencia que en principio puede ser definida como aquella situación en la que el importe de las obligaciones exigibles (pasivo) supere al de los bienes y derechos realizables (activo).

BAJO FERNÁNDEZ<sup>12</sup> considera que la insolvencia se presenta como un estado de hecho y, por tanto, como una realidad previa al Derecho, desprovista de toda valoración jurídica. El concepto de insolvencia, en su opinión, no abarcaría los supuestos de falta de liquidez sino únicamente aquéllos en los que existen activos insuficientes para hacer frente a las deudas. Una consideración tan restrictiva de dicho término produciría problemas para definir el elemento típico *situación de crisis económica* del art. 260.1CP<sup>13</sup>. Además, tal y como nos aclara FEIJOO<sup>14</sup>, se usa el concepto de *crisis económica* porque mientras se elaboraba el proyecto de reforma era ésta la expresión que se usaba pero, en realidad, se pretendía hacer alusión al actual concepto de insolvencia inminente.

---

<sup>11</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, p. 153.

<sup>12</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., cit. pp. 151 y ss.

<sup>13</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Insolvencia Punible”, en BELTRÁN, E./GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo II, Navarra, 2012, pp. 1821-1841.

<sup>14</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Crisis económica y Derecho penal: responsabilidad de intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y de la conflictividad social”, en SERRANO-PIEDRECASAS, J.R./DEMETRIO CRESPO, E. (Dirs.), *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Madrid, 2010, pp. 11- 62.

A su vez, hemos de diferenciar el concepto de insolvencia de la simple insuficiencia que se da en aquellos casos en que el deudor tampoco puede cumplir sus obligaciones en el momento de vencimiento, si bien contando con una expectativa jurídicamente garantizada de bienes futuros que le permiten generar crédito para hacer frente a las obligaciones exigibles. Así concebida, “la simple insuficiencia no pasa de ser una clase o especie de falta de liquidez, puesto que dichas expectativas jurídicas ya se tienen en cuenta a la hora de determinar el activo”<sup>15</sup>.

A fin de cuentas, para que el motivo de dicha situación de dificultad económica sea punible como delito de alzamiento de bienes, en principio, debe comportar la incapacidad definitiva del deudor para afrontar el cumplimiento de sus obligaciones, no siendo punibles situaciones afines, como la falta de liquidez o la insuficiencia de activos<sup>16</sup>. Prueba de ello es que conforme a la LC, uno o varios incumplimientos aislados no son suficientes para que se dé el presupuesto objetivo de estado de insolvencia sino que se requiere la existencia de incumplimientos generalizados y definitivos<sup>17</sup> o la existencia de incumplimientos de obligaciones públicas o sociales que la ley considera especialmente significativos<sup>18</sup>.

Por otro lado, la insolvencia no ha de ser confundida con una simple cesación de pagos pese a que sea justamente ésta la manifestación más habitual de la misma. Como apunta MARTÍNEZ-BUJÁN<sup>19</sup> “es perfectamente posible que un deudor solvente (por la razón que sea) deje de pagar sus obligaciones vencidas, así como también es imaginable la hipótesis inversa, a saber, que exista una auténtica insolvencia sin que se haya llegado a una situación de cesación de pagos, porque el deudor logra obtener medios económicos de modo fraudulento”.

Por lo demás, la doctrina especializada ha aludido a diversas clases de insolvencia:

A) Desde un punto de vista eminentemente mercantil: Han sido numerosos los autores (la mayoría de ellos no penalistas) que hacen distinciones entre diferentes tipos de insolvencia. Efectivamente, vemos que conforme a su criterio, de la mera lectura de los textos legales se pone de manifiesto que la proclamada unidad<sup>20</sup> es más aparente que real, dado que la Ley establece distintos presupuestos objetivos, que de menor a mayor por razón de la gravedad de la situación, son la “insolvencia inminente”, “la insolvencia actual” y,

<sup>15</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial*, 2ª ed., Valencia, 2011, pp. 40 y ss.

<sup>16</sup> ROCA AGAPITO, L., “Los delitos de alzamiento de bienes (examen de los artículos 257 y 258 del Código Penal)”, *Anuario de derecho concursal*, 2010, p. 51.

<sup>17</sup> Véase, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2003, núm. 164, art. 2.4.1º.

<sup>18</sup> Véase Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2003, núm. 164, art. 2.4.4º.

<sup>19</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, *Estudios penales y criminológicos XXIV*, 2004, pp. 452 y ss.

<sup>20</sup> Véase Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2003, núm. 164, Exposición de motivos II, sexto párrafo.

conforme a ROJO<sup>21</sup>, también podemos apreciar “la insolvencia cualificada”, en la que al estado de insolvencia actual se añade la concurrencia de alguno de “los hechos presuntos reveladores”.

De la primera de las insolvencias hemos de concluir que no podría ser punible como delito de alzamiento de bienes y, en mi opinión, tampoco podría entrar dentro del ámbito de tipicidad del art. 260 CP. Esta última afirmación ha sido rebatida por parte de la doctrina, entre otros FARALDO CABANA, que considera que para aplicar el art. 260 CP no sería necesario que las deudas estuviesen vencidas y fuesen exigibles<sup>22</sup>. Sin embargo, como señala SOUTO, “si se considera que este delito del art. 260 CP exige para su consumación la producción de un perjuicio para los acreedores, lo cual se puede deducir de la cláusula de determinación de la pena prevista en el art. 260.2 CP, entonces las deudas tienen que estar vencidas y ser exigibles, pues sólo así podría apreciarse el perjuicio efectivo para el sujeto pasivo”. La declaración del concurso por insolvencia inminente, continúa explicando SOUTO, no permite actuar al juez de lo penal hasta que no se confirme el carácter definitivo e insubsanable de la insolvencia, lo que coincidiría con la fase de liquidación en el procedimiento concursal, por lo que tampoco sería posible condenar por el art. 260 CP si el procedimiento concursal llegase sólo a convenio<sup>23</sup>.

B) Desde un punto de vista penal, es usual que la doctrina especializada realice una contraposición entre las nociones de insolvencia real e insolvencia aparente<sup>24</sup>. Por insolvencia aparente nos referimos a supuestos de ocultación de bienes en que el deudor ha creado una apariencia de insolvencia pese a que el patrimonio es objetivamente suficiente. Generalmente, por tanto, una ficción de insolvencia en la que de modo aparente *logra ver disminuido su crédito*. El acreedor no va a poder ver satisfecho su crédito porque no hay bienes en el patrimonio del deudor<sup>25</sup>.

Cabe distinguir también y, de hecho así lo hace el propio CP en su art. 258, entre insolvencia total e insolvencia parcial. Como vimos, a efectos de la comprensión de los delitos es del todo indiferente que no pueda hacer frente a todas o a algunas de sus obligaciones dado que el estado de insolvencia hemos constatado que se produce cuando el deudor no puede

<sup>21</sup> ROJO, A., “Insolvencia”, en BELTRÁN, E./GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo II, Navarra, 2012, pp. 1795 y ss.

<sup>22</sup> Véase, entre otros, FARALDO CABANA, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal”, *Estudios penales y criminológicos XXIV*, Santiago de Compostela, 2003, pp. 296 y ss.

<sup>23</sup> En opinión de SOUTO GARCÍA, E.M., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Valencia, 2009, pp. 168-171.

<sup>24</sup> QUINTERO OLIVARES, G., cit. p. 717 y ss.

<sup>25</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., cit. p. 156; BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid, 2010, pp. 374 y ss.; VIVES ANTÓN, T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Valencia, 1998, pp. 14 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, A., “Acerca de las insolvencias punibles” en *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. II, Madrid, 2004, pp. 1160 y ss.; SOUTO GARCÍA, E.M., cit. pp. 171 y ss.



hacer frente a sus deudas con regularidad cuando estas devienen exigibles. Esta clasificación que proviene del art. 890 CCo y que aún hoy perdura en el art. 164.2.4 LC, es en realidad irrelevante, pues o se es solvente o se es insolvente, pero no se puede decir que alguien sea poco solvente<sup>26</sup>. *Tertium non datur* apreciándose que algunos autores califican la insolvencia parcial de *contradictio in terminis*<sup>27</sup>; y otros arguyen que “el concepto de insolvencia es un concepto que no cabe definir sino en términos absolutos, sin posibilidad de graduación”<sup>28</sup>.

Para BAJO FERNÁNDEZ y BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE<sup>29</sup>, dicha distinción sí que cobraría relevancia pero en materia de responsabilidad civil ya que se aprecia diferencia entre el imputado que puede cumplir alguna de sus obligaciones y aquel imputado simplemente insolvente, carente de bienes. En la línea de BAJO/SUÁREZ<sup>30</sup> y R. MOURULLO<sup>31</sup>, la insolvencia exigida por nuestro vigente texto punitivo ha de ser real, de hecho, definitiva y no poseer carácter fortuito. De ahí, que deba ser considerada como un verdadero resultado material separable espacial y temporalmente de la acción de los delitos que se tipifican en el Código Penal.

### III. ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES TIPOS PENALES DEL CAPÍTULO VII DEL TÍTULO XIII DEL LIBRO II

#### 1. Breve introducción

El Derecho privado tiene muchas disposiciones que tratan de garantizar el pago de las deudas o el logro de una satisfacción equivalente<sup>32</sup>. El Derecho Penal se suma a estas disposiciones regulando el Capítulo VII, Título XIII del Libro II del CP diversos supuestos en los que se trata de llegar a una finalidad parecida.

Los tipos penales contenidos en el Capítulo VII del Título XIII del Libro II del CP bajo la rúbrica “De las insolvencias punibles” pueden dividirse en dos grupos, dependiendo de si se ha procedido a abrir un procedimiento concursal o no. En el primero de los casos nos encontramos con los delitos concursales contenidos en los arts. 259, 260 y 261 CP y, en el

<sup>26</sup> ROCA AGAPITO, L., cit. p. 52.

<sup>27</sup> VIVES ANTÓN, T. S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., cit. pp. 14 y ss.

<sup>28</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el Código Penal”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1994, p. 11.

<sup>29</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., cit. pp. 151 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGESSE, S., cit. pp. 374 y ss.

<sup>30</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M./SUÁREZ GONZALEZ, C.J., en BAJO FERNÁNDEZ, M./PÉREZ MANZANO, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1998, pp. 563-564.

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G., cit. pp. 1160 y ss.

<sup>32</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., cit. p. 11.

otro, con los delitos de alzamiento de bienes contenido en los arts. 257 y 258 CP<sup>33</sup>. Cabe decir que, en el anterior CP, las insolvencias punibles se encontraban ubicadas entre las *defraudaciones* (junto a la estafa, los delitos contra las propiedades intelectual e industrial, la apropiación indebida y las defraudaciones de fluido eléctrico).

## 2. El alzamiento genérico del artículo 257.1.1º y su distinción del delito del 260 CP

El tipo básico del alzamiento de bienes se encuentra regulado en el art. 257.1.1º CP, que a su vez se configura como el género de otros alzamientos cometidos en específicos ámbitos y contemplados en los arts. 257.1.2º y 258 CP<sup>34</sup>. Tras la aprobación del CP de 1995 el tradicional delito de alzamiento de bienes pasa a denominarse “alzamiento genérico” con motivo de la introducción *ex novo* de dos ulteriores figuras delictivas que poseen, además de una estructura materialmente idéntica, una misma pena<sup>35</sup>. Por tanto, como señalan jurisprudencia y doctrina el alzamiento se compone de cuatro elementos: 1) El presupuesto: deuda previa; 2) La conducta: alzamiento de bienes<sup>36</sup>; 3) El resultado: insolvencia; y 4) La intención: perjudicar a los acreedores<sup>37</sup>.

Nuestro vigente texto punitivo ha mantenido una clara distinción entre las modalidades de alzamiento de bienes y las de delito concursal. Es en el art. 260 donde aparece regulado el tradicional delito de quiebra que vino a sustituir a los arts. 520, 521, 523 y 524 de nuestro anterior CP equiparando los conceptos de quiebra, concurso y suspensión de pagos. La existencia de un procedimiento concursal adquiere gran relevancia en el Derecho Penal español ya que ésta es la única condición objetiva que se mantiene en el actual delito del art. 260 sin estar sometido a condición ulterior alguna ni de punibilidad ni de perseguibilidad.

Ha sido mucha la doctrina que se ha cuestionado el motivo del mantenimiento de esta figura delictiva. Entre otros, es destacado el punto de vista de FEIJOO<sup>38</sup> que, considerando

<sup>33</sup> ROCA AGAPITO, L., cit. pp. 50 y 51.

<sup>34</sup> ROCA AGAPITO, L., cit. p. 58.

<sup>35</sup> Vid. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE de 24 de noviembre de 1995, núm. 281, arts. 257.1.2º, 258, 259 y 261.

<sup>36</sup> La fuga, en opinión de parte de la doctrina (BACIGALUPO SAGGESE, S., “Insolvencia y Derecho penal”, *Revista Jurídica LA LEY*, p. 123) carece hoy de importancia, entendiéndose la conducta de alzarse como sustracción de los propios bienes a la acción de los acreedores, de modo que se hacen ineficaces los medios de ejercitar su derecho a la satisfacción. En este sentido, véase, entre otras, STS 2212/2001, de 27 de noviembre. Así, ya la histórica STS 13 de marzo de 1882 precisaba que “deben estimarse que se alza con sus bienes conforme al sentido de esta palabra, no sólo el que se fuga con ellos, sino el que los oculta, enajena o sustrae fraudulentamente para hacer ineficaz la acción de sus acreedores”.

<sup>37</sup> VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., cit. pp. 21 y ss.; y las SSTs: de 14 de diciembre, de 15 de junio, de 1 de septiembre, entre otras.

<sup>38</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Buenos Aires, 2009, pp. 155 y ss.

que el delito concursal se configura de *lege lata* como un delito de naturaleza patrimonial individual sustancialmente equiparable al delito de alzamiento. En su opinión, no puede explicarse satisfactoriamente su supervivencia.

A nivel histórico ha sido patente la prevalencia del delito de alzamiento de bienes entre las insolvencias punibles. Esto, aclara FEIJOO<sup>39</sup>, vino motivado por el carácter accesorio del delito de quiebra (precedente del actual delito concursal) que impedía poner en marcha el procedimiento penal en tanto no finalizara el procedimiento mercantil. Con la entrada en vigor del texto punitivo del año 1995 vemos que se producen importantes modificaciones con respecto al CP anterior, según el cual la intervención de la jurisdicción penal no tiene que ir forzosamente precedida de un procedimiento ejecutivo universal en la jurisdicción civil. Como ya hemos apuntado, en nuestro vigente CP se elimina la condición de perseguibilidad separándose de la línea del CCo. Prueba de ello es el apartado tercero del art. 260 CP al establecer 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 proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste”<sup>40</sup>, sin que, conforme al 260.4 CP, la calificación de la insolvencia en el proceso civil pueda vincular a la jurisdicción penal<sup>41</sup>.

FEIJOO<sup>42</sup> afirma que “la descripción de la conducta típica del art. 257.1.1º CP, como concepto clásico y genérico de alzamiento de bienes, se ha mantenido prácticamente inalterada desde 1848: el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores”. Lo relevante a la hora de establecer si se ha llevado a cabo la conducta típica por el sujeto o no, es la procuración de éste de un estado de insolvencia. El Tribunal Supremo, en asentada jurisprudencia<sup>43</sup>, define el alzamiento de bienes como un delito especial en el que se ha de dar lugar a una situación de insolvencia que imposibilite a los acreedores la satisfacción de las deudas, al menos parcialmente. Tanto doctrina como jurisprudencia coinciden en que el hecho de que la literalidad del tipo se refiera a varios acreedores no obsta para que el delito se consume si dicho alzamiento afecta a una sola persona, a un solo acreedor.

<sup>39</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “*Insolvencia...*”, cit. pp. 1821-1841.

<sup>40</sup> BACIGALUPO SAGGESE, S., “*Insolvencia...*”, cit. p. 123: “Es importante señalar al respecto que ello no significa que el Juez penal pueda prescindir de los hechos que la jurisdicción mercantil haya tenido en cuenta para realizar la 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 realizados en el juicio penal. Sin que quede obligada por las declaraciones fácticas de la jurisdicción mercantil. Véanse también STS 17 de marzo de 1989, 11 de abril de 1991 y 30 de enero de 1991.

<sup>41</sup> BACIGALUPO SAGGESE, S., “*Insolvencia...*”, cit. p. 123: “El delito de quiebra con anterioridad quedaba supeditado a una condición de procedibilidad consistente en la calificación civil de la quiebra, hoy desaparecida como tal condición, lo que permite decir a Narváez, «*La autonomía del Derecho penal y del Derecho mercantil en el nuevo concurso punible del art. 260 del nuevo Código penal*», pág. 644, con gracia, que el delincuente deudor concursal, era una especie de privilegiado ciudadano que requería una especie de antejuicio para ser perseguido por delito de quiebra”.

<sup>42</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “*Insolvencia...*”, cit. pp. 1821-1841.

<sup>43</sup> Véanse, entre otras SSTs de 8 de febrero de 2011 y de 28 de abril de 2010.

Efectivamente, y como ya he apuntado, la jurisprudencia es clara al afirmar que es preceptivo incurrir en un estado de insolvencia para poder hablar de delito de alzamiento de bienes. En este sentido, es opinión mayoritaria de la jurisprudencia que el delito se consuma en el momento en que el sujeto se coloca en situación de insolvencia frente a sus acreedores. La jurisprudencia afirma que “el perjuicio causado, consiste precisamente en la causación de ese riesgo frente a la adecuada satisfacción de los derechos de los acreedores”<sup>44</sup>. Como nos recuerda la STS de 27 de abril de 2000, la “expresión en perjuicio de sus acreedores, que utiliza el mencionado art. 257.1.1º ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como la exigencia de un perjuicio real y efectivo de un 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 en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir los acreedores”<sup>45</sup>.

Sin embargo, la doctrina, de cara a establecer la determinación del instante consumativo del delito, se encuentra dividida. Al estudiar el *iter criminis* del presente delito vemos que la tesis de la opinión mayoritaria aboga por establecer dicho momento cuando el deudor se coloca en situación de insolvencia<sup>46</sup> y, por otro lado, la tesis minoritaria aboga por que la consumación se produzca cuando el crédito esté vencido y sea exigible<sup>47</sup>. En atención a esto, como bien exponen MUÑOZ CONDE<sup>48</sup> y DEL ROSAL BLASCO<sup>49</sup>, de decantarnos por la primera de las tesis no excluimos la apreciación de tentativa, si bien la misma no podrá cobrar una operatividad tan significativa como aquellos que abogan por la segunda en la que cabe hablar también de una mayor operatividad de cara al desistimiento voluntario de consumir el delito.

La relación del alzamiento de bienes genérico con los alzamientos específicos (arts. 257.1.2º y 258 CP) es la de un concurso aparente de leyes penales, siendo éstos preferentes por especialidad ex art. 8.1 CP. Por último, en cuanto a la conducta de alzamiento realizada mediante la comisión de determinadas falsedades, la jurisprudencia ha apreciado concurso ideal por entender que las falsedades eran medio necesario para la comisión de delito de alzamiento<sup>50</sup>. Cabe decir que, en algunas sentencias del Tribunal Supremo, se estimó que el alzamiento de bienes absorbe a las falsedades en letras y pagarés, pues éstas carecen de vida propia al no perseguir otro propósito que el de ficción propia del art. 257 CP.

<sup>44</sup> Véanse, entre otras, las SSTs 8 de octubre de 1996, de 20 de enero de 1993, de 19 de febrero de 1993 y de 10 de junio de 1999.

<sup>45</sup> Véanse, entre otras, las SSTs 13 de febrero de 1992, de 14 de febrero de 1992 y de 13 de mayo de 1992.

<sup>46</sup> En este sentido véase, VIVES ANTÓN, T. S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., cit. pp. 64 y ss.

<sup>47</sup> En este sentido véase, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN, PÉREZ, C., *Derecho penal [...] parte especial*, cit. pp. 60 y ss.

<sup>48</sup> MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed. Barcelona, 1999, pp. 166 y ss.

<sup>49</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., cit. p. 25.

<sup>50</sup> De todas formas, la jurisprudencia no mantiene un criterio unívoco (vid. MUÑOZ CONDE, F., “Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 76, Nº 2, 1977, pp. 323-352).

### 3. El tipo específico de alzamiento del artículo 257.1.2º

Esta modalidad de alzamiento para eludir la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio fue introducida por el legislador en el CP de 1995. La doctrina no ha permanecido impasible ante dicha introducción sino que la recepción en nuestro código punitivo de esta ampliación de modalidades de alzamiento ha sido objeto de evidente discusión doctrinal. Así encontramos opiniones tan dispares como la de BAJO/BACIGALUPO<sup>51</sup> que consideran que esta figura es totalmente superflua y la de SUAREZ GONZÁLEZ<sup>52</sup> que considera que es del todo necesaria por no encontrar encaje en el nº1 del art. 257 CP; pasando por otras algo más comedidas<sup>53</sup> que entienden que la previsión explícita de esta conducta viene a disipar las dudas jurisprudenciales existentes. Por mi parte, comparto la opinión de quienes sostienen la utilidad de estos preceptos ya que los mismos y, en opinión de ROCA<sup>54</sup>, han nacido con la vocación de solventar dudas aplicativas y de sensibilizar la práctica de los tribunales hacia ciertas insolvencias.

Como se deduce del propio precepto, el art. 257.1.2º CP se refiere a supuestos de embargo o procedimientos ejecutivos o de apremio tanto si ya se han iniciado como si son de previsible iniciación. Por tanto, únicamente podremos plantearnos la aplicación de este tipo a partir de la existencia de un procedimiento ejecutivo o de apremio. Sobre la interpretación del concepto *previsible*, siguiendo a MARTÍNEZ-BUJÁN<sup>55</sup>, se ha de hacer una interpretación restrictiva del término. De hecho, el legislador sanciona con la misma pena supuestos que son valorativamente diferentes y que en el caso del procedimiento ejecutivo se han iniciado ya mientras que en el otro son de previsible iniciación. La previsión legal del alzamiento para tratar de eludir la eficacia de un procedimiento ejecutivo significa que el alzamiento genérico no precisa que la deuda sea exigible en opinión de parte de la doctrina. Hecho que la jurisprudencia a veces ha requerido<sup>56</sup>.

Por otro lado, en esta figura (a diferencia de la anterior) la acción consiste en “realizar cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones” (art. 257.1.2º CP) debiendo dicho acto “dilatarse, dificultar o impedir” (art. 257.1.2º CP) la eficacia del embargo o del procedimiento ejecutivo. Si bien, de atender al *tenor litteris* del precepto, no se deduce que guarde una completa semejanza con la anterior figura, lo cierto es que la opinión dominante<sup>57</sup> considera, con razón, que la acción típica coincide exactamente con la genérica.

<sup>51</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., cit. pp. 374 y ss.

<sup>52</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 733 y ss.

<sup>53</sup> En este sentido, véase, VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., cit. pp. 107 y ss.

<sup>54</sup> ROCA AGAPITO, L., cit. p. 97.

<sup>55</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal [...] parte especial*, cit. pp. 60 y ss.

<sup>56</sup> Véase, en este sentido, ROCA AGAPITO, L., cit. pp. 95 y ss.

<sup>57</sup> Extraído de: MARTÍNEZ-BUJÁN, PÉREZ, C., *Derecho Penal [...] parte especial*, cit. pp. 60 y ss. Y, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., cit. p. 393; MUÑOZ CONDE, F., cit. pp. 70 y ss.

A su vez, la doctrina mayoritaria<sup>58</sup> considera que la correspondencia de ese resultado con los conceptos de insolvencia y de perjuicio patrimonial propios de todo alzamiento serían exactamente iguales, esto es: la provocación de una efectiva insolvencia del deudor.

Sin embargo, algunos autores<sup>59</sup> defienden la tesis de que esta figura no requiere la provocación de un estado de insolvencia, encontrando apoyo también en doctrina jurisprudencial<sup>60</sup>. De todos modos, como adelanté anteriormente, la doctrina mayoritaria<sup>61</sup> y la doctrina jurisprudencial actual<sup>62</sup> exigen la situación de insolvencia del deudor. De ahí, que ese acto que debe poseer el efecto de “dilatar, dificultar o impedir” tenga que ser interpretado como un perjuicio patrimonial del acreedor que ve postergado el cobro en el momento debido.

La inclusión del alzamiento específico para eludir la responsabilidad civil *ex delicto* obedece, como dice QUINTERO OLIVARES<sup>63</sup>, al intento por parte del legislador de llamar la atención de cierta praxis poco sensible hacia estos hechos. Esto tenía su explicación en el debate acerca de cuál era el momento de nacimiento de la condición de acreedor, si aquel en el que se realiza el hecho que ha de generar las consecuencias civiles y penales o bien aquel otro futuro en el que se pronuncia la sentencia firme declarando la obligación *ex delicto*.

#### 4. Los nuevos tipos cualificados de los artículos 257.3 y 4 (CP)

El apartado 3 del art. 257 CP dispone que “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” se agravará la pena elevándose desde los cuatro hasta los seis años. Lo que conlleva que el plazo de prescripción se eleve de los 5 a 10 años *ex art.* 131.1 CP. Con la agravación de la pena del delito de alzamiento de bienes para los supuestos en los que se trata de eludir una deuda u obligación de Derecho público y que la acreedora sea una persona jurídico pública parece que se pretende simplemente reforzar la recaudación de las mismas, lo cual, a modo de ver de parte de la doctrina<sup>64</sup>, puede plantear problemas de legitimidad de la pena. Sin embargo, la agravación de la pena para el alzamiento de bienes no encuentra justificación en una mayor necesidad de prevención de tales conductas, ni tampoco en una ampliación del plazo de prescripción.

<sup>58</sup> Extraído de: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal [...] parte especial*, cit. pp. 60 y ss.

<sup>59</sup> Entre otros NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, Valencia, 2000, pp. 191 y ss.

<sup>60</sup> Véanse, entre otras, las SSTs de 24 de enero de 1998 y 1 de julio de 1998.

<sup>61</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., cit. pp. 374 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., cit. pp. 166 y ss.; VIVES ANTÓN, T. S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., cit. pp. 64 y ss., entre otros.

<sup>62</sup> Véanse, entre otras, STS 23/07/2001 y SAP Teruel 06/09/1998.

<sup>63</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios...*, cit. p. 716.

<sup>64</sup> En este sentido, ROCA AGAPITO, L., cit. p. 61.

Siguiendo a ROCA<sup>65</sup>, cabe señalar que una cosa es ampliar el plazo de prescripción y otra bien distinta aumentar la pena prevista para dicho delito. Este aumento, por exigencia del principio de proporcionalidad, debe fundamentarse en un mayor desvalor del hecho. Pues bien, si el legislador no ha considerado oportuno elevar el límite de la pena de prisión hasta los 6 años para los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social no hay razón para que se admita en los delitos de alzamiento de bienes. La conclusión a la que hemos de llegar es que el alzamiento de bienes ya está suficientemente castigado, incluso a veces más que el fraude fiscal o a la Seguridad Social. Además en el alzamiento no existe la excusa absoluta prevista para los otros dos delitos relativa a la regularización de deuda.

Por lo que respecta al apartado 4 del art. 257 CP, el mismo ha de ser enlazado con el art. 250 CP dado que las circunstancias que sirven de presupuesto para la cualificación coinciden con las de delito de estafa. Concretamente, y como explicita el párrafo 4 del art. 257 CP “se impondrá en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1º, 4º y 5º del apartado primero del artículo 250”, esto es: “recaer sobre cosas de primera necesidad, viviendas y otros bienes de reconocida utilidad social”, “revestir especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia” y el “valor de la defraudación superior a los 50.000 euros”.

Al tratarse de tipos cualificados y de aplicación tanto a la figura delictiva genérica como al alzamiento para eludir la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, la doctrina mayoritaria considera que la correspondencia de ese resultado con los conceptos de insolvencia y de perjuicio patrimonial propios de todo alzamiento serían exactamente iguales, esto es, la provocación de una efectiva insolvencia del deudor no variará en lo que a la correspondencia con los conceptos de insolvencia y perjuicio patrimonial se refiere. De igual modo aquellos autores, los menos<sup>66</sup>, que defienden la tesis de que no requiere la provocación de un estado de insolvencia continuarán en esta línea.

## **5. El tipo específico de alzamiento del artículo 258 y puesta en relación con el artículo 257.1.2º (CP)**

Para poder considerar que nos encontramos ante este delito específico es necesario que primero exista un hecho delictivo susceptible de generar responsabilidad civil. En segundo lugar, es preceptiva la provocación de una situación de insolvencia por el propio sujeto con el *animus* de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas de dicho hecho delictivo. Por último, será necesaria la declaración de responsabilidad civil. Por tanto, la sentencia condenatoria es un elemento del delito.

<sup>65</sup> ROCA AGAPITO, L., cit. p. 61.

<sup>66</sup> NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, cit. pp. 191 y ss.

Además, dado que los dos primeros pasos de la secuencia temporal expuesta son unánimemente reconocidos por la doctrina que se ha ocupado del tema, el concepto de insolvencia es el mismo que venimos estudiando. Por último, cabe decir que el “responsable” del art. 258 ha de entenderse como el responsable civil<sup>67</sup> contemplado en los arts. 116 y ss. CP.

Tanto con respecto al alzamiento ya visto para eludir la eficacia de un procedimiento ejecutivo (*vid. supra*, 3.- *El tipo específico del alzamiento del art. 257.1.2º*) como para eludir la responsabilidad civil derivada de un delito (art. 258 CP) se ha discutido cual es la legitimidad de la intervención penal en estos ámbitos<sup>68</sup>. Un cierto sector de la doctrina tratando de dar una explicación a esta regulación específica, considera que con estos delitos se estaría protegiendo el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, en lo que se refiere a los mecanismos de compulsión al pago (art. 257.1.2º CP)<sup>69</sup> o al sistema público de protección y asistencia a la víctima de delitos (art. 258 CP). Sin embargo, en opinión de ROCA<sup>70</sup>, existen argumentos más que suficientes para seguir considerándolos auténticas insolvencias punibles y por tanto seguir considerando que el bien jurídico protegido es el derecho de crédito de los acreedores, igual que en el alzamiento genérico. Esta consideración no es baladí dado que influye de modo determinante en el modo de interpretar los tipos específicos de alzamiento.

La base de conducta típica consiste en realizar “cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones” (art. 258 CP). De esto cabe colegir, en opinión de BAJO<sup>71</sup>, que la conducta del apartado 2º del art. 257.1 CP coincide con la del primero ya que resulta equivalente a realizar cualquier acto que suponga una ocultación o destrucción de sus bienes, incluyendo tanto los actos jurídicos como los materiales.

Además, ya vimos (*vid. supra* 3.- *El tipo específico del alzamiento del art. 257.1.2º*), que dicha conducta ha de producir un resultado determinado: “que dilate, dificulte o impida la eficacia...” (art. 257.1.2º CP) siendo este resultado una obstaculización seria del procedimiento ejecutivo que ha de ser imputable objetivamente al acto del deudor<sup>72</sup>. Por último, la conducta tiene que tener como resultado la colocación del deudor en una situación de insolvencia debiendo producirse el acto de disposición patrimonial durante la tramitación “de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio” (art. 257 CP).

<sup>67</sup> LORENZO SALGADO, J.M., en BOIX, J. (Dir.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, 2008, p. 84.

<sup>68</sup> En este sentido, ROCA AGAPITO, L., cit. p. 97.

<sup>69</sup> Por ejemplo, MORENO VERDEJO, J., “El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales”, vol. II, *Diario Expansión*, Madrid, 1996, pp. 121 y ss., en particular, p. 134.

<sup>70</sup> En este sentido, ROCA AGAPITO, L., cit. p. 98.

<sup>71</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., cit. p. 393, recalcan la inclusión de los actos materiales.

<sup>72</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., cit. pp. 733 y ss.



Ya vimos como ROCA<sup>73</sup> considera que la tipificación expresa de alzamiento para eludir la responsabilidad civil derivada de la comisión de una infracción penal tuvo como razón de ser el resolver las dudas que existían acerca del momento en que nace la obligación de reparar el daño ocasionado. Ese momento es el que determinaría la existencia de un verdadero deudor y acreedor abriendo la posibilidad de cometer alzamiento de bienes. Nuestro texto punitivo de 1995 consideró dicha posibilidad desde el momento de comisión de la infracción, si bien existe jurisprudencia contradictoria en este punto<sup>74</sup>. No obstante, el art. 258 CP por respeto a la presunción de inocencia exige como requisito para poder castigar por este delito que se haya dictado una sentencia en la cual se declare la correspondiente responsabilidad civil. El art. 258 CP se refiere a la figura del responsable debiéndose entender como responsable civil, que no necesariamente penal, del daño ocasionado en el delito<sup>75</sup>. La doctrina no es unánime en lo que a la naturaleza de este requisito respecta. Algunos autores consideran que se trata de un elemento del tipo<sup>76</sup>, mientras que otros consideran que es una condición objetiva de punibilidad<sup>77</sup> o, incluso, una mera condición de procedibilidad<sup>78</sup>.

La conducta típica vemos que es la misma que en las otras clases de alzamiento del artículo 257 CP, al exigirse que el responsable realice actos de disposición o contraiga obligaciones que disminuyan su patrimonio, deviniendo insolvente y teniendo que desplegar la citada conducta “con posterioridad a la comisión del hecho delictivo” (art. 258 CP). No obstante, es discutido si ha de ser antes o después de que recaiga la sentencia condenatoria. Entre los autores que defienden que incluso antes, encontramos, entre otros, a Martínez-Buján<sup>79</sup> y los que admiten la aplicación del art. 258 CP incluso después de la sentencia que declara la responsabilidad civil, entre otros, Vives Antón /González Cussac<sup>80</sup>. Estos dos últimos autores aclaran que, a su modo de ver, “el hecho de no haberse dictado sentencia condenatoria por el delito de referencia impide sólo que se condene por el alzamiento [...], pero no necesariamente por la iniciación de un procedimiento a través del artículo 258”. De lo contrario, esgrimen: “se perdería la posibilidad de adoptar medidas cautelares, y se facilitaría la ocultación jurídica del patrimonio del deudor, creando mayores e innecesarias dificultades para su posterior restitución”<sup>81</sup>.

<sup>73</sup> ROCA AGAPITO, L., cit. pp. 102 y 103.

<sup>74</sup> STS de 31 de julio de 2006 que confirma la STSJ Cataluña de 3 de enero de 2005.

<sup>75</sup> LORENZO SALGADO, J.M., cit. p. 84.

<sup>76</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, C. “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, en *L.H. Ruiz Antón*, p. 4; SOUTO GARCÍA, E.M., cit. p. 400.

<sup>77</sup> NIETO MARTÍN, A., “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, en *AP*, nº 40, 1996, pp. 768 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios...*, cit. p. 717.

<sup>78</sup> VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., cit. p. 123.

<sup>79</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, en *L.H. Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 4 y 11.

<sup>80</sup> VIVES ANTÓN, T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., cit. p. 119.

<sup>81</sup> VIVES ANTÓN, T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., cit. p. 123.

Entre los arts. 257.1.2º y 258 CP existe una relación de especialidad o, en su defecto, de subsidiariedad tácita, siendo precepto prevalente el primero, en opinión de ROCA<sup>82</sup>, el cual, considera que no se puede aducir “el efecto bloqueador del tipo más leve, porque en realidad la especificidad del art. 258 CP no pretende atenuar la pena del alzamiento, sino que la pena es exactamente la misma que en el tipo básico de alzamiento. Si el art. 258 CP tuviese señalada una pena inferior que la del tipo básico podría justificarse la no aplicación de los tipos agravados, pero no siendo así, considero que no hay ninguna razón para no aplicarlos también a las conductas previstas en el art. 258 CP, porque el art. 257.4 CP se refiere a las penas en el presente artículo. La razón de que el precepto aplicable sea el art. 257.1.2º y no el 257.1.1º CP es porque una vez que se dicte sentencia se puede considerar que el alzamiento obstaculiza la eficacia de un procedimiento ejecutivo judicial ya iniciado o de previsible iniciación”<sup>83</sup>.

## **6. Concepto de la figura *sui generis* del artículo 259: favorecimiento ilícito de acreedores**

Las características definitorias de este delito, tras las modificaciones efectuadas por la nueva LC son: (i) la de concurrir el presupuesto de admisión a trámite de la solicitud de concurso, (ii) que el deudor haya realizado un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar a uno o varios acreedores con posposición del resto y, por último, (iii) debe acreditarse que el deudor no estaba autorizado para realizar dicho acto. Únicamente, por tanto, el presupuesto característico que permite otorgar autonomía al delito del art. 259 CP, tanto frente a la figura del art. 257 CP como frente al del art. 260 CP, viene integrado por la referida admisión a trámite.

Por un lado, la diferencia con el art. 257 CP reside en que es necesaria una determinada decisión judicial posterior a la presentación de la solicitud de declaración del estado de insolvencia. Por otro lado, la diferencia de los delitos concursales reside en el formalismo de que la admisión a trámite no presupone todavía una efectiva declaración del estado de insolvencia.

## **7. Concepto del delito concursal del artículo 260 CP**

En la redacción del art. 260 CP se castiga “al que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos [...], cuando la situación de crisis económica o insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”. La única

<sup>82</sup> ROCA AGAPITO, L., cit. pp. 101 y ss.

<sup>83</sup> ROCA AGAPITO, L., cit. pp. 102 y 103; véase también, SOUTO GARCÍA, E.M., cit. p. 406.

diferencia de este delito con el de alzamiento es la formalidad requerida de declaración civil de insolvencia.

De nuevo, aquí vemos que se exige que el deudor agrave dolosamente la insolvencia o situación de crisis económica (art. 260 CP). De modo que el delito del art. 260 CP es también un delito de resultado lesivo que requiere no sólo, siguiendo a MARTÍNEZ-BUJÁN<sup>84</sup>, un primer resultado integrado por la situación de insolvencia, sino que además exige un segundo resultado, consistente en el efectivo perjuicio patrimonial que se irroga al acreedor por haberse frustrado completamente su derecho de crédito, lo cual lleva aparejada la consecuencia de que dicho perjuicio será el elemento determinante para fijar el instante consumidor del delito. Se exige, por tanto, que el crédito sea vencido y exigible. De hecho, en el apartado 2 del art. 260 CP se incluye una norma específica relativa a la determinación de la pena, con arreglo a la cual el juez tiene en cuenta para su graduación “la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica” (art. 260 CP). El legislador del CP ha suprimido las normas específicas de determinación de la pena contenidas en los arts. 526 y 527 del anterior CP siendo sustituido por los criterios antes mencionados.

Además, hemos de tener presente que la figura del art. 260 CP, “que tiene un papel central entre los comportamientos de insolvencia punibles tras la declaración judicial del concurso, se encuentra flanqueado por el art. 259 CP, que tipifica la prelación indebida de créditos, y el art. 261 CP, que tipifica la presentación de datos falsos relativos al estado contable con el fin de lograr indebidamente la declaración judicial de insolvencia [...] la existencia de un procedimiento concursal adquiere, pues, una especial relevancia en el Derecho Penal español, provocando que la misma insolvencia fraudulenta sea castigada de forma más dura o que comportamientos como el trato privilegiado de ciertos acreedores con posposición de otros pase a ser un comportamiento típico”<sup>85</sup>.

## **8. Concepto de la figura del artículo 261 CP: presentación de datos contables falsos**

El delito del art. 261 CP, a diferencia de las restantes figuras incluidas en el Capítulo VII Título XIII del Libro II, no se construye realmente en torno a una situación de insolvencia y no requiere un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones por parte del deudor. Se trata, en puridad, de una conducta inequívocamente falsaria, que, eso sí, debe ser llevada a cabo en el seno de un “procedimiento concursal” (art. 261 CP) y que ha de ir encaminada a “lograr indebidamente la declaración de aquél” (art. 261 CP).

<sup>84</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Las nuevas figuras...*, cit. pp. 4 y 11.

<sup>85</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *Reflexiones para...*, cit. pp. 88 y 89. Véase también, sobre esta figura delictiva, la STS de 20 de abril de 2009.

#### IV. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE CRISIS ECONÓMICA EN EL DERECHO PENAL

Para realizar una aproximación adecuada al concepto de crisis económica en el Derecho Penal, considero oportuno ahondar previamente en el significado de crisis económica y lo que hemos de entender por tal. Según el Diccionario de la RAE “economía” significa, en la tercera de sus acepciones, “ciencia que estudia los métodos más eficaces para satisfacer las necesidades humanas materiales mediante el empleo de bienes escasos”. Es justamente en la esencia de este término donde logramos atisbar las graves consecuencias que se pueden derivar de un período de escasez o carestía (crisis) de los bienes ya de por sí escasos.

Una crisis económica hace referencia a los periodos de escasez en el empleo de bienes necesarios para satisfacer de un modo eficaz las necesidades humanas. El concepto de crisis económica aparece por primera vez en nuestro Código Penal en el año 1995 con motivo de su presencia en diversos textos prelegislativos relativos a la reforma del Derecho Concursal. De entre los conceptos de insolvencia ya examinados (*Vid. supra II.- Concepto de Insolvencia*) parece guardar relación con el de insolvencia inminente siendo, de entre los diferentes presupuestos objetivos contemplados en la LC, el de menor gravedad.

Tanto doctrina como jurisprudencia no son unánimes existiendo sectores que consideren que se trata de un concepto no jurídico que se referiría a un defecto de tesorería del que puede salirse acudiendo al crédito como situación meramente coyuntural<sup>86</sup>. Sin embargo, esta afirmación sacada de la STS 40/2008, de 25 de enero, que trata el art. 260 CP en recurso de casación, no puede, siguiendo la postura de FEIJOO<sup>87</sup>, ser extra jurídica porque de ser así no sería lógico que se llegase a una declaración concursal. Dicha crisis económica es un concepto jurídico en la medida en la que es objeto de una declaración concursal por parte de un Juzgado de lo Mercantil. Casos como el del ex presidente de la CEOE, Gerardo Díaz Ferrán<sup>88</sup> o la reciente declaración de concurso de PESCANOVA por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Pontevedra<sup>89</sup> dan cuenta de ello y nos sirven para concienciarnos del

<sup>86</sup> Véase la STS de 25 de enero de 2008.

<sup>87</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Insolvencias...”, cit. pp. 1821-1841.

<sup>88</sup> Véase Auto del Juzgado de lo Mercantil N°5 de Madrid de fecha de 22 de noviembre de 2010 por el que el Magistrado titular del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid, Javier García Marrero, declara en concurso necesario de acreedores al que fuera presidente de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), Gerardo Díaz Ferrán.

<sup>89</sup> Véase el artículo del Diario La Voz de Galicia de 26 de abril de 2013: “El juez aparta a Fernández de Sousa de Pescanova por el riesgo que supone: La declaración de concurso voluntario de acreedores solicitada por Pescanova ha tardado sólo diez días en llegar. El titular del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Pontevedra, Roberto de la Cruz, veinticuatro horas después de recibir la documentación complementaria requerida por la empresa, dictó ayer (25 de abril de 2013) un auto en el que, además de dar luz verde al concurso por considerar acreditada la insolvencia, toma la decisión de suspender la decisión de suspender las facultades de administrar de la compañía” (disponible en: [http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/economia/2013/04/26/juez-aparta-fernandez-sousa-pescanova-riesgo-supone/0003\\_201304G26P2991.htm](http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/economia/2013/04/26/juez-aparta-fernandez-sousa-pescanova-riesgo-supone/0003_201304G26P2991.htm)).

papel crucial que juega el Derecho Penal en la situación de crisis económica y de obligada modernización del Derecho Concursal español en la que nos vemos sumidos.

Es en estas situaciones de crisis económicas, y con mayor motivo en la que actualmente estamos atravesando, donde el cariz actual ha alcanzado verdaderas cotas preocupantes<sup>90</sup>, adquiriendo los procedimientos concursales mayor protagonismo que nunca y encontrándonos con una LC que afronta su primera gran crisis económica. Por todo ello, no es aventurado imaginar que los delitos de insolvencia (arts. 257-261 CP) vayan a experimentar una época de nuevo desarrollo doctrinal y jurisprudencial convirtiéndose en los protagonistas de la nueva década<sup>91</sup>. Términos tales como “bancarrota”, “insolvencia” o “concurso de acreedores” ocupan las páginas más destacadas de los diarios de tirada tanto nacional como internacional y se encuentran más en boga que nunca. En el análisis del concepto de crisis económica no se mencionó, y por ello considero oportuno hacerlo ahora, que la crisis económica puede ser generalizada con caída de todos los índices y afectando a prácticamente todos los sectores o incidiendo de modo especial en alguno de ellos.

En el caso de la crisis económica y financiera que llevamos viviendo desde el año 2008 encontramos sectores como el de la construcción o el de la promoción inmobiliaria especialmente afectados y que según parte de la doctrina servirán de detonante para una mayor relevancia del art. 260 CP, dado que el papel que se espera del Derecho Penal será el de castigar a los que hayan realizado las acciones contenidas en el tipo y, por tanto, hayan perturbado gravemente intereses sean estos individuales, estatales o colectivos. Detrás de la expresión “insolvencia punible”, nos dice FEIJOO, encontramos la realidad de la victimización de acreedores mediante comportamientos gravemente fraudulentos. El Derecho Penal, sin embargo, no ha de intervenir siempre que un agente económico no se haya comportado con la diligencia debida sino únicamente cuando se dé ese plus de injusticia que nos pone en la tesitura de castigar para evitar así una mayor desintegración del orden social y económico.

El concepto de crisis económica posee, por tanto, una íntima relación con el concepto de insolvencia (ya analizado líneas arriba) y con la situación en la que se encuentra el deudor que incurre en un sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de sus obligaciones, incurriendo en el delito del art. 260 CP que podría ver graduada su pena en función de la magnitud del perjuicio inferido a sus acreedores (art. 260.2 CP). MARTÍNEZ-BUJÁN<sup>92</sup> nos revela que la novedad del vigente art. 260 CP es el haber descrito el injusto penal sin reenvío alguno siendo, por tanto, el juez penal el encargado de interpretar cuándo el resultado de

<sup>90</sup> Basta con echar un vistazo a las estadísticas que viene publicando el CGPJ en estos últimos trimestres bajo el título “Efecto de la crisis en los órganos judiciales” (disponible en <http://www.poderjudicial.es>). En ellas se recogen datos sobre procedimientos tramitados por despidos ante Juzgados de lo Social, por concursos ante los de lo Mercantil y por ejecuciones hipotecarias ante los de Primera Instancia y los de Primera Instancia e Instrucción.

<sup>91</sup> BACIGALUPO SAGGESE, S., “Insolvencia...”, cit. p. 123.

<sup>92</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal [...] parte especial*, cit. pp. 95 y ss.

la insolvencia ha sido causado o agravado dolosamente por el deudor. La conducta típica se integra cuando “el deudor causa o agrava dolosamente la insolvencia o la situación de crisis económica” (art. 260 CP).

Como ya aclaramos anteriormente, nos encontramos ante un delito de resultado y, como tal, es necesario que se dé ese nexo causal entre el comportamiento y el resultado típico producido siendo éste parte integrante de la conducta típica, esto es, que se concrete en el resultado la realización de ese comportamiento desvalorado por la norma penal.

Uno de los problemas más importantes que se presenta en la práctica y que no tuvimos ocasión de analizar anteriormente al abordar el concepto de insolvencia es que el texto concursal nada dice sobre qué ha de entenderse por situación de crisis económica. Fue, como ya adelantábamos antes, nuestro texto punitivo el que de la mano del legislador en 1995 introdujo dicho concepto cuyos orígenes se encuentran en diversos textos prelegislativos relativos a la reforma del Derecho Concursal. En mi opinión, el concepto de crisis económica sólo puede ser entendido en el sentido de *insolvencia inminente*. Esto posibilita que el deudor a fin de evitar el deterioro de su estado patrimonial inste la declaración de concurso. El art. 2.3 de la LC muestra como el deudor debe solicitar la declaración de concurso cuando conociera o hubiera debido conocer su estado de insolvencia al disponer que “se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones” (art. 2.3. LC). De todo esto se deduce que la crisis económica carece prácticamente de relevancia, dado que si bien el deudor tiene la obligación de solicitar la declaración de concurso en el supuesto del art. 5 LC, de la infracción de este deber no se deriva sanción equiparable a la del art. 260 CP.

Por todo lo expuesto no es extraño que Bajo Fernández/Bacigalupo Sagasse<sup>93</sup> en el prólogo a la segunda edición de su Manual de Derecho Penal económico opinen que “si la década de los 80 marcó el comienzo de la evolución de la interpretación de los delitos contra la Hacienda Pública, la de los 90 la de los delitos societarios y, en particular, de administración desleal, el presente siglo se apunta a presentarse como la época, en la que los delitos de insolvencia punible y los delitos contra el mercado bursátil, adquirirían una trascendencia importante en su concepción dogmática y jurisprudencial”.

## V. CONCLUSIONES

- Primera: la conclusión más inmediata que podemos extraer del presente trabajo es la de que el término de insolvencia ha de ser puesto en conexión con la LC. De este modo, se encuentra “en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles” *ex* art. 2 LC (apartado 2). Además, como regla general, quien se encuentra en situación de insuficiencia patrimonial, de falta de liquidez o de cesación de

<sup>93</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., *cit.*

pagos, no se encuentra en una insolvencia que pudiese dar lugar a un delito de alzamiento de bienes. Sin embargo, nos aclara SOUTO<sup>94</sup>: “esta regla sólo es válida para las figuras de alzamiento de bienes de los art. 257.1.1º y 258 CP. Pero para el alzamiento de bienes dirigido a obstaculizar un procedimiento ejecutivo nada impide que pueda llevarse a cabo, simplemente, provocando una situación de insolvencia provisional”.

- Segunda: la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias consideran que el delito de alzamiento de bienes se consuma cuando el sujeto se coloca en situación de insolvencia frente a sus acreedores. Además, la ampliación de las modalidades de alzamiento, en mi opinión, sirve para disipar las dudas jurisprudenciales existentes y contribuye a la sensibilización de los tribunales hacia ciertas insolvencias.

- Tercera: el alzamiento de bienes, hoy denominado alzamiento genérico se compone de los siguientes elementos: presupuesto (deuda previa), conducta (alzamiento de bienes), resultado (insolvencia) e intención (perjudicar a los acreedores). Este delito se diferencia del concursal por la existencia en el segundo de un procedimiento concursal que adquiere gran relevancia en el Derecho Penal al ser la única condición objetiva que se mantiene en el actual art. 260 CP.

- Cuarta: con la entrada en vigor del texto punitivo del año 1995 la jurisdicción penal no tiene que ir forzosamente precedida de un procedimiento ejecutivo universal en la jurisdicción civil, eliminándose la condición de perseguibilidad y separándose así de la línea del CCo.

- Quinta: la agravación de la pena del delito de alzamiento de bienes para los supuestos en los que se trata de eludir una deuda u obligación de Derecho Público y que la acreedora sea una persona jurídico pública no encuentra justificación en una mayor necesidad de prevención de tales conductas, ni tampoco en una ampliación del plazo de prescripción. El único motivo plausible para tal decisión por parte del legislador es la de reforzar el cobro de las mismas si bien ello plantea serias dudas desde el punto de vista de la legitimidad de la pena.

- Sexta: la relación existente entre los arts. 257.1.2º y 258 CP es de especialidad o, en su defecto, de subsidiariedad tácita. Mientras que en el art. 257 CP nos encontramos con una relación jurídica obligacional, en el art. 258 CP en puridad no hay relación jurídica sino responsabilidad jurídica extracontractual *ex delicto*<sup>95</sup>. Este cambio introducido en el CP de 1995 revela la gran diferencia existente en el alzamiento dado que quedaban fuera del ámbito típico aquellos casos en los que la persona se insolventaba para no hacer frente a la responsabilidad desde el punto de vista civil y cabe decir que esto a día de hoy está generando serios problemas con el delito del blanqueo de capitales<sup>96</sup>. Si ante una situación

<sup>94</sup> SOUTO GARCÍA, E.M., cit. pp. 161 y ss.

<sup>95</sup> Vid. Código Civil, arts. 1902 y ss.

<sup>96</sup> Vid. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Capítulo XIV, Título XIII, del Libro II, “*De la recepción y el blanqueo de capitales*”.

derivada de delito el sujeto se coloca en situación de insolvencia, esto es, lo que viene a regular el art. 258 CP, se aprecia que ya no es que tenga deberes para con sus acreedores sino para con todas aquellas “víctimas” que hayan soportado algún tipo de agravio por dichas acciones<sup>97</sup>.

- Séptima: los delitos del Capítulo VII Título XIII del Libro II constituyen un elemento básico para el funcionamiento de un sistema capitalista. Únicamente es posible un correcto funcionamiento de una economía capitalista si “se estabilizan unas reglas básicas de comportamiento por parte de los deudores. Una clara demostración de ello no es sólo que los orígenes de las insolvencias punibles coinciden históricamente con los inicios del sistema capitalista, sino también que muchos de los países europeos que dieron el paso hacia un sistema capitalista en los años noventa del pasado siglo tuvieron que reformar sus códigos ampliándolos en este sentido”<sup>98</sup>.

- Octava: el concepto de crisis económica guarda relación con el concepto de insolvencia inminente y con la situación en la que se encuentra el que incurre en un sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de sus obligaciones. El motivo de este vínculo, siguiendo a FEIJOO, se debe a que mientras se elaboraba el proyecto de reforma era ésta la expresión que se usaba para hacer alusión al actual concepto de insolvencia inminente. A efectos prácticos, el concepto de crisis económica posee una relevancia inferior a la esperada dado que si el deudor tiene la obligación de solicitar la declaración de concurso, de la infracción de este deber, no se deriva sanción comparable a la del art. 260 CP.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO SAGGESE, S., “Insolvencia y Derecho penal”, *Revista Jurídica LA LEY*, 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978.

<sup>97</sup> En este sentido, véase la Sentencia de la AP de Barcelona de 30 de julio de 2012 cuyo fallo ha sido objeto de controversia al haber calificado a través del 257 un claro caso del 258. La Sentencia de raíz plantea un problema ya que, como el blanqueo todo lo fagocita, la misma se plantea si es factible que nos encontramos ante un caso de blanqueo y resuelve por un concurso de normas. “El delito de blanqueo de dinero y receptación, del artículo 301 del Código Penal, integra a todo aquél que adquiera, convierta o transmita bienes sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave [...] como puede verse la fórmula empleada por el legislador es amplia y abarca prácticamente casi todas las fases en que se puede desarrollarse la actividad de ocultar las ganancias procedentes de una actividad delictiva, haciéndolas emerger en los circuitos financieros como si se tratase de cualquier operación normal del tráfico comercial o empresarial”. Es una situación de insolvencia que no se corresponde con la Ley Concursal dado que ésta tiene por finalidad la protección de los deudores. A fin de cuentas, lo que hace diferente el precepto 258 y la razón por la cual se introduce en el año 1995 es que nos sirve para que se responda sin posibles lagunas de punibilidad.

<sup>98</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Reflexiones...*, cit. pp. 87 y 88.



- BAJO FERNÁNDEZ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., en BAJO FERNÁNDEZ, M./PÉREZ MANZANO, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid, 2010.
- DEL ROSAL BLASCO, B., “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el Código Penal”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1994.
- FARALDO CABANA, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal”, *Estudios penales y criminológicos XXIV*, Santiago de Compostela, 2003.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Crisis económica y concursos punibles”, *Revista Jurídica LA LEY*, mayo de 2009.
- *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Buenos Aires, 2009.
  - En ARIZA COLMENAREJO, M. J./GALÁN GONZÁLEZ, C. (Coord.), *Reflexiones para la Reforma Concursal*, Vol. 2, Madrid, 2010.
  - “Crisis económica y Derecho penal: responsabilidad de intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y de la conflictividad social”, en SERRANO-PIEDRECASAS, J. R./DEMETRIO CRESPO, E. (Dirs.), *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Madrid, 2010.
  - “Insolvencia Punible”, en BELTRÁN, E./GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo II, Navarra, 2012.
- LORENZO SALGADO, J.M., en BOIX, J. (Dir.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario de administración fraudulenta, estudios penales y criminológicos XXIV*, 1994.
- “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, *Estudios penales y criminológicos XXIV*, 2004.
  - “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, *Revista General de Derecho Penal*, en L.H. Ruiz Antón, Valencia, mayo de 2004.
  - *Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte general*, 2ª ed., Valencia, 2007.
  - *Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial*, 2ª ed., Valencia, 2011.
- MÉNDEZ NIETO, J./AGRAZ CASLA, D., “Insolvencias punibles”, *La Gaceta de los Negocios*, 2004.
- MORENO VERDEJO, J., “El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales”, Vol. II, *Diario Expansión*, Madrid, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F., “Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 76, Nº2, 1977.
- *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Barcelona, 1999.
- NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta, Praxis*, Barcelona, 1996.
- *Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal*, en AP nº 40, 1996.
  - *El delito de quiebra*, Valencia, 2000.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., en ARIZA COLMENAREJO, M. J./GALÁN GONZÁLEZ, C. (Coords.), *Reflexiones para la Reforma Concursal*, Vol. 2, Madrid, 2010.

- QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, 3ª ed., Navarra, 2004.
- *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6ª ed., Navarra, 2007.
- ROCA AGAPITO, L., “Los delitos de alzamiento de bienes (examen de los artículos 257 y 258 del Código Penal)”, *Anuario de derecho concursal*, 2010.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Acerca de las insolvencias punibles*, Vol. II, Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Secundariedad del Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001.
- En MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ (Coord.), en *Homenaje a HERNÁNDEZ GIL, A.*, *Autonomía y dependencia del Derecho*, Vol. 3, Madrid, 2001.
- ROJO, A., “Insolvencia”, en BELTRÁN, E./GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, Tomo II, Navarra, 2012.
- ROJO, A./BELTRÁN, E., en MENÉNDEZ y A./ROJO, A. (Dirs.)/APARICIO, M. L. (Coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 10ª ed., Madrid, 2012.
- SOUTO GARCÍA, E. M., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Valencia, 2009.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997.
- VIVES ANTÓN, T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Valencia, 1998.