

La criminalización del fracaso empresarial. Análisis crítico de la reforma del Código Penal de 2015 en relación con el delito concursal

Enrique Rodríguez Celada

Uría Menéndez

Abstract*

En este trabajo se analizan los efectos no deseados que pueden acarrear las modificaciones introducidas por la reforma del Código penal (LO 1/2015) en relación con el delito concursal. Dicha reforma cambia por completo la configuración de este tipo delictivo, hasta el punto de que ya no se castiga únicamente la generación o agravación fraudulenta de la insolvencia, sino también la mera falta de diligencia en la gestión de asuntos económicos, lo que en la práctica puede conducir a una suerte de criminalización del fracaso empresarial. Esto plantea graves problemas de tipo teórico (en tanto que choca frontalmente con la naturaleza fragmentaria y subsidiaria del Derecho penal) pero también de tipo práctico, pues puede generar disfuncionalidades y contradicciones con la normativa mercantil al tiempo que desincentivar el emprendimiento y la innovación empresarial. A fin de que estos efectos no deseados se vean mitigados lo máximo posible, en el presente trabajo se propone una interpretación restrictiva del nuevo tipo penal, respetuosa con los principios básicos del Derecho penal y coherente con la normativa concursal y societaria.

In dieser Arbeit sollen die negativen Auswirkungen untersucht werden, die von der Reform des Strafgesetzbuchs (LO 1/2015) eingeführten Veränderungen hinsichtlich des Konkursdelikts (Insolvenzen) mit sich bringen können. Die erwähnte Reform ändert die Gestaltung dieses Straftatbestands vollständig, so dass dadurch nicht nur die Herbeiführung oder Verschlimmerung der Insolvenz mit betrügerischer Absicht, sondern sogar auch das Fehlen von Sorgfalt in der Verwaltung von wirtschaftlichen Angelegenheiten unter Strafe gestellt wird, was in der Praxis einer Kriminalisierung unternehmerischen Scheiterns entsprechen kann. Dies wirft schwerwiegende Probleme theoretischer Art auf (insofern es frontal mit der fragmentarischen und subsidiären Natur des Strafrechts kollidiert), jedoch ebenfalls praktischer Art, denn es kann zu Funktionsstörungen und Widersprüchen zu dem Handelsrecht führen und gleichzeitig Unternehmergeist und unternehmerische Innovation behindern. Mit dem Ziel, diese negativen Auswirkungen so weit wie möglich zu mildern, wird in der vorliegenden Arbeit eine restriktive Auslegung des Straftatbestands vorgeschlagen, welche die grundlegenden Prinzipien des Strafrechts respektiert und im Einklang mit den insolvenzrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ist.

This paper deals with the foreseeable negative impact of the reform of the Spanish Penal Code (LO 1/2015) with regards to criminal insolvency. Said reform has changed completely the current status of this crime, to the point that the mere lack of diligence in managing economic issues is now punished (and not only the fraudulent generation or aggravation of the insolvency). In practice, this may result in a form of criminalising corporate failure. This causes serious theoretical difficulties (clashing directly with the fragmentary and subsidiary nature of criminal law) and also practical ones: it may generate dysfunctions and contradictions with commercial law whilst discouraging entrepreneurship and corporate innovation. With a view to mitigating as much as possible those unwanted effects, this paper suggests a restrictive interpretation of the new definition of the crime, respectful with the basic principles of criminal law and coherent with corporate law and insolvency law.

* Quiero agradecer de forma especial a Jaime Alonso Gallo, por sus valiosas opiniones y por animarme a elaborar el presente artículo.

Titel: Kriminalisierung des unternehmerischen Scheiterns. Kritische Untersuchung der geplanten Reform des Konkursdelikts in 2015.

Title: Criminalization of corporate failure. A critical study of the 2015 Criminal Code amendment regarding criminal bankruptcy.

Palabras clave: Derecho penal, concurso punible, delito concursal, criminalización del fracaso empresarial, regla de buen juicio empresarial, reforma del Código penal.

Stichworte: Strafrecht, betrügerische Insolvenz, Konkursdelikt, Kriminalisierung unternehmerischen Scheiterns, unternehmerische Sorgfaltspflicht.

Keywords: criminal law, criminal bankruptcy, insolvency crime, criminalization of corporate failure, business judgment rule, Penal Code reform.

Sumario

1. Introducción
2. Características del nuevo delito concursal previsto en el art. 259 CP
3. Vulneración del principio de intervención mínima del Derecho penal
 - 3.1. En cuanto a la naturaleza *fragmentaria* del Derecho penal
 - 3.2. En cuanto a la naturaleza *subsidiaria* o *ultima ratio* del Derecho penal
4. Resurrección de la prisión por deudas
5. Dificultad de valorar la razonabilidad de las decisiones empresariales, sobre todo *ex post*. Falta de especialización del juez penal en materia económico-empresarial
6. Efectos no deseados de la Reforma del delito concursal
 - 6.1. Desincentivo al emprendimiento empresarial
 - 6.2. Desincentivo a la innovación empresarial
 - 6.3. Potenciales contradicciones entre el procedimiento penal y el concursal
7. La reforma del delito concursal es contraria a la regla de discrecionalidad empresarial (business judgment rule) prevista en la Ley de Sociedades de Capital
8. Propuesta de interpretación
9. Tabla de jurisprudencia citada
10. Bibliografía

1. Introducción

El 30 marzo de 2015 se aprobó la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015), que entró en vigor el 1 de julio de 2015 (en adelante, la “Reforma”). Esta Reforma, la vigesimonovena que sufre el citado cuerpo legal desde su aprobación en 1995, incluye cambios de enorme calado tanto en la parte general como en la parte especial del Código penal. Así, por ejemplo, elimina las faltas, instaura la tan polémica pena de prisión permanente revisable, reforma el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y modifica considerablemente algunos delitos económicos como la administración desleal o la apropiación indebida.

En el presente artículo se analizan exclusivamente las novedades relativas al *delito concursal*, tipificado en la nueva redacción del art. 259 del Código penal (en adelante, CP) dentro del capítulo de las insolvencias punibles. La reforma de este delito merece un análisis autónomo y pormenorizado habida cuenta de la relevancia de las modificaciones introducidas en él.

En efecto, la Reforma amplía de forma significativa la conducta típica objeto del delito concursal, hasta el punto de que ya no se castiga solamente al insolvente de *mala fe* (esto es, quien genera o agrava *intencionadamente* su situación de insolvencia), sino también al de *buena fe*. Es decir, se castiga, incluso con pena de prisión, a aquel deudor que deviene insolvente, o que encontrándose ya en situación de insolvencia actual o inminente disminuye su patrimonio, no necesariamente por querer eludir el pago de los créditos de sus acreedores, sino por no haber sabido gestionar correctamente su patrimonio, o en palabras de la Reforma, por no haber actuado diligentemente en la gestión de asuntos económicos.

Como explicaremos a lo largo del presente artículo, si el nuevo tipo penal no se interpreta de forma restrictiva, puede conducir en la práctica a la *criminalización del fracaso empresarial*, lo que a su vez conlleva graves problemas tanto en el plano práctico como teórico.

En concreto, la excesiva severidad en el castigo del error empresarial (máxime si ese castigo puede ser el ingreso en prisión) fomenta la conocida como cultura de *aversión al riesgo*, que según los expertos desincentiva el emprendimiento y la innovación empresarial, ambos elementos esenciales para la generación de riqueza y la creación de empleo. Asimismo, en algunos casos la aplicación de la Reforma dará lugar a situaciones ciertamente injustas, como la del deudor insolvente que, a pesar de haber sido el primer perjudicado por haber perdido su patrimonio y sin haber querido causar daño alguno a sus acreedores, tiene además que enfrentarse a una posible condena penal.

Por otro lado, la Reforma vulnera principios esenciales del Derecho penal, como el de *subsidiariedad* y *ultima ratio* al penalizar conductas que no se diferencian en nada del mero ilícito concursal. Ello, a su vez, (i) obliga al juez penal a valorar *ex post facto* decisiones empresariales sin tener la experiencia ni los conocimientos adecuados, viéndose así especialmente influenciado por los sesgos y errores cognitivos que ya de por sí suelen afectar a las decisiones jurisdiccionales; (ii) supone una invasión del ámbito propio del Derecho concursal, distorsionándolo y obstaculizando la función conservativa del concurso de acreedores al desincentivar la adopción de

acuerdos en el seno del mismo; y (iii) por último, pero quizá más importante, resucita una figura internacionalmente prohibida y contraria a los derechos humanos y libertades fundamentales: la *prisión por deudas*.

Así, la finalidad del presente artículo es advertir de los efectos perjudiciales que puede implicar la aplicación de la reforma del delito concursal, proponiendo como vía de solución una interpretación restrictiva de las nuevas conductas típicas que sirva al menos para atenuar o mitigar tales efectos. Veámoslo.

2. Características del nuevo delito concursal previsto en el art. 259 CP

Antes de la Reforma, el art. 260 CP describía así el delito concursal: “El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”. Así, tal y como se desprende del tenor literal del precepto, para la comisión del delito concursal se exigía la concurrencia de al menos tres requisitos esenciales: (i) relación de causalidad entre el acto y la agravación o generación de la insolvencia o crisis económica del deudor; (ii) la intención del autor de provocar o agravar esa insolvencia o crisis a fin de perjudicar a sus acreedores¹; y (iii) que el deudor, ya sea persona física o jurídica, hubiera sido declarado en concurso.

Pues bien, la configuración del delito concursal (que pasa a regularse en el art. 259 CP) cambia drásticamente tras la Reforma, hasta el punto de que los tres requisitos mencionados ya no son estrictamente *necesarios* para la comisión del delito.

En primer lugar, el nuevo tipo ya no exige que el deudor haya sido declarado en concurso para poder ejercitar la acción penal por este delito. Ello es así porque, según el art. 259.4 CP, el deudor también podrá ser perseguido por este delito cuando “haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. Esta condición de perseguibilidad² nueva y alternativa a la declaración del concurso del deudor coincide con la definición que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10.07.2003) (en adelante Ley Concursal) realiza en su art. 2 del estado de insolvencia

¹ Aunque el precepto no lo dice expresamente, la exigencia del dolo directo de perjudicar a los acreedores ha sido reconocida en múltiples pronunciamientos del Tribunal Supremo. Véase, por todas, la STS, 2ª, 24.05.2007 (RJ 2007, 2613; MP: Ramos Gancedo), en la cual se afirma que “[e]l dolo en la insolvencia punible tipificada en el art. 260 CP es un dolo directo, concretado en actos que reflejen una *voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores*”.

² Pese a que la doctrina mayoritaria (véase el resumen de posiciones doctrinales que hace a este respecto CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, pp. 344-357) y la jurisprudencia (entre otras, STS, 2ª, 18.07.2006 [RJ 2006, 6301; MP: Berdugo Gómez de la Torre]) consideran que la exigencia de la declaración concursal del deudor prevista en el art. 260 CP en vigor representa una condición objetiva de punibilidad, la redacción que utiliza el art. 259 CP induce a pensar que se ha querido configurar ahora como una condición de perseguibilidad, pues se dice expresamente: “Este delito solamente será *perseguible* cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso”. En contra de esta opinión y a favor del mantenimiento de la consideración de esta condición como una condición objetiva de punibilidad, a pesar del cambio expuesto, se pronuncia FARALDO CABANA, «Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015», *RCP*, (23), 2015.

y que obliga al deudor a declararse en concurso. Es decir, el delito será perseguible cuando, “o bien se declara el concurso, o bien se da el presupuesto del concurso, se haya declarado o no”³.

De esta forma, la iniciación del procedimiento penal y del concursal parten de un mismo presupuesto fáctico (que el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones), pero sin que el Juez penal dependa de la decisión que el Juez concursal adopte acerca del estado de insolvencia del deudor, garantizando así la independencia total entre ambos procedimientos, con las potenciales contradicciones que ello implica y a las que nos referiremos más adelante.

Por otro lado, como ya se ha anticipado, el nuevo delito concursal no castiga únicamente al deudor que causa o agrava su insolvencia *intencionadamente*, es decir, al insolvente de mala fe. El nuevo tipo también considera merecedor de reproche penal, incluso con pena de prisión, al deudor que, aunque no quiera causar daño alguno a sus acreedores (ni desde luego tampoco a su propio patrimonio), actúa de forma contraria al *deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos*.

Y cuando el deudor realiza esa actuación no diligente encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, no se exige siquiera que su conducta cause o agrave la insolvencia (es decir, el requisito de relación de causalidad que sí era necesario antes de la Reforma), sino que el tipo se verifica con la mera realización del acto contrario al deber de diligencia⁴.

En el apartado 1º del art. 259 CP se describen, en términos similares al § 283 del Código penal alemán (StGB), las conductas contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que podrán ser constitutivas de delito. Tales conductas podrían clasificarse, según propone BACIGALUPO ZAPATER⁵, en las siguientes categorías:

A) Acciones que determinan la *disminución efectiva del patrimonio* o que implican un *riesgo de pérdidas patrimoniales económicamente injustificado* (subapartados 1 a 5 del art. 259.1 CP):

- 1) Ocultar, causar daños o destruir “...los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura”.
- 2) Realizar actos de disposición “...mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial”.
- 3) Realizar “...operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica”.
- 4) Simular “...créditos de terceros o proceder al reconocimiento de créditos ficticios”.

³ RUIZ-GALLARDÓN JIMÉNEZ, «Un nuevo entorno jurídico para el crecimiento económico», *AJUM*, (33), 2012, p. 14.

⁴ Buena muestra de esa ausencia de relación de causalidad puede verse en el subapartado 5º del art. 259.1 CP, el cual castiga la participación no diligente en negocios especulativos con independencia del resultado que hayan podido tener dichos negocios. Lo que se tipifica en esa conducta es el mero *riesgo* de pérdida patrimonial que ésta genera y no su resultado.

⁵ BACIGALUPO ZAPATER, «Insolvencia y delito en el Proyecto de Reformas del Código Penal de 2013», *Diario La Ley*, (8303), 2014.

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

B) Acciones que *dificultan los fines del concurso futuro*, especialmente por infringir las reglas contables u ocultar o destruir documentación relativa a la situación económica real del deudor (subapartados 6 a 8 del art. 259.1 CP):

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

7) Ocultar, destruir o alterar "...la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor".

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

C) Acciones que, en general, *infringen el deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos* (subapartado 9 del art. 259.1 CP):

9) Realizar "...cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial".

Así, mientras que el tipo anterior a la Reforma definía la conducta típica de forma ciertamente amplia ("cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor"), el nuevo tipo define de forma precisa y pormenorizada las distintas conductas que pueden dar lugar a la comisión del delito. Esta mayor concreción de la conducta típica es la principal característica positiva de la Reforma en lo que se refiere a este delito. Dicha concreción era necesaria a la vista de las dificultades interpretativas que había generado el anterior art. 260 CP, dificultades que han sido señaladas como una de las causas de su escasa aplicación⁶.

Como ya hemos adelantado, las conductas señaladas serán constitutivas de delito si (i) generan la insolvencia del deudor; o (ii) se cometen cuando éste ya se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente⁷. Así, el nuevo tipo penal prevé dos tipos delictivos de diferente configuración: un tipo de *resultado*, consistente en la generación de la insolvencia como consecuencia de la

⁶ QUINTERO OLIVARES, «El delito de concurso o bancarrota», en EL MISMO (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 501; y ROCA DE AGAPITO, «Problemas centrales del delito de concurso punible (art. 260.1 CP)», en ROJO FERNÁNDEZ RÍO/CAMPUZANO LAGUILLO (coords.), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, 2013, pp. 573-609. No obstante, algún autor ha sostenido que la nueva regulación cae en un casuismo excesivo. Por ejemplo, FARALDO CABANA, *RCP*, (23), 2015.

⁷ Conforme a lo dispuesto en el art. 2 LC, el deudor se encuentra en situación de insolvencia *actual* si ya no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, y en insolvencia *inminente* cuando *prevé* que no podrá cumplir regular y puntualmente con las mismas.

comisión de alguna de esas conductas no diligentes, y un tipo de *peligro*, consistente en la comisión de tales conductas encontrándose el deudor en situación de insolvencia actual o inminente⁸.

El hecho de que parte de la conducta típica se configure como un tipo de *peligro* tiene su relevancia. Esta clase de delitos no exige necesariamente la producción de un resultado lesivo, de una lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino que el delito puede consumarse desde el momento en que la conducta genere un riesgo, un peligro, para ese bien jurídico (que en el delito que nos ocupa, según la doctrina mayoritaria⁹ y la jurisprudencia¹⁰, sería el derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos con todos los bienes del deudor conforme a lo dispuesto en el art. 1.911 CC). Por su parte, en cuanto al elemento subjetivo, lo único que se exige en este tipo de delitos es el conocimiento por parte del autor del riesgo o peligro que genera su conducta (*dolo de peligro*), y no la intención de causar un resultado lesivo. Dicho de otro modo, para que se realice el tipo subjetivo, bastaría con acreditar que el sujeto activo conocía la situación de riesgo creada con su conducta y que, pese a ello, decidió seguir adelante con su realización¹¹.

De este modo, en la práctica, el conocimiento del riesgo o peligro generado por la conducta del autor en el *dolo de peligro* no es muy distinto al exigido en la llamada culpa consciente o con representación¹², lo cual hace que tipos dolosos como el que nos ocupa encierren en realidad conductas propiamente imprudentes o negligentes¹³. De hecho, los delitos de *peligro* han llegado

⁸ Sobre la distinción entre el tipo de *peligro* y el tipo de resultado previsto en los apartados 1 y 2, respectivamente, del art. 259 CP, véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, 2015, p. 282; y BACIGALUPO ZAPATER, *Diario La Ley*, (8303), 2014.

⁹ Uno de los mayores referentes de este sector de la doctrina es MUÑOZ CONDE (véase su obra monográfica *El delito de alzamiento de bienes*, 1999, p. 64). Frente a esta posición hay una parte de la doctrina que defiende la dimensión metapatrimonialista del bien jurídico protegido en el delito concursal, como por ejemplo la *funcionalidad* del crédito (CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, p. 185) o su doble dimensión de "*delito patrimonial que puede afectar al orden socioeconómico*" [FEIJOO SÁNCHEZ, «Crisis económica y concursos punibles», *Diario La Ley*, (7168), 2009].

¹⁰ Véase, por ejemplo, la STS, 2ª, 14.05.2003 (RJ 2003, 4410; MP: Soriano Soriano): "El bien jurídico protegido es el mismo en todas las modalidades de insolvencia punible: la garantía de que goza todo acreedor de ejecutar y hacer efectivo su crédito, caso de incumplimiento, contra el patrimonio del deudor, conforme dispone el art. 1911 Código Civil". No obstante, hay algún pronunciamiento del Tribunal Supremo en el que, además del derecho que el art. 1.911 confiere al acreedor, se ha añadido al objeto de protección del delito el funcionamiento general del sistema económico crediticio (literalmente: "es conveniente destacar previamente que el bien jurídico protegido por los delitos de insolvencia punible no es otro que el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, en cuanto el deudor debe responder de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros (v. art. 1911 del CC), sin perjuicio del interés general en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio" —STS, 2ª, 29.05.2006 (RJ 2006, 3423; MP: Puerta Luis) —).

¹¹ Así lo explica la SAP Sevilla, Sección 4ª, 06.03.2006 (ARP 2006, 592; MP: Gutiérrez López): "el *dolo* respecto a un resultado de *peligro* no es equivalente al *dolo* respecto del resultado material en que se puede concretar el anterior resultado de *peligro*; de manera que, concurriendo sólo el *dolo de peligro* (*la conciencia del riesgo y la voluntad de obrar pese a ello*), falta aún el *dolo de consumación* preciso en todo caso para castigar la tentativa del delito de resultado material".

¹² Sobre el conocimiento exigido en la culpa consciente, véase la STS, 2ª, 10.10.2006 (RJ 7705/2006; MP: Berdugo Gómez de la Torre), en la cual se afirma que "en la culpa consciente no se quiere causar la lesión, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa".

¹³ De hecho, se ha llegado a afirmar que "la calificación de la misma conducta como imprudencia grave con relación a los resultados lesivos producidos no es incompatible con la existencia simultánea del *dolo de peligro* exigido por el art. 381 (380.1) CP, cuando el autor es consciente y asume los riesgos derivados de su acción" (SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 5ª, 11.04.2013 [JUR 2013, 169168; MP: Mota Bello]). A este respecto, conviene igualmente citar a MARTÍNEZ-BUJÁN, quien resalta que, incluso partiendo de un enfoque volitivo del *dolo* y no puramente cognitivo, lo cierto es que, en la práctica, la estructura de la imprudencia consciente y del *dolo de peligro* se equiparan dado que "usualmente se acaba definiendo el *dolo de peligro* con base en los mismos criterios que se utilizan para

a calificarse como “actuaciones imprudentes sin resultado lesivo”¹⁴. Y ese trasfondo de conducta negligente o imprudente resulta especialmente evidente en el art. 259 CP, pues, como ya se ha dicho, las conductas típicas descritas en él se basan en la infracción del *deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos*. Como es sabido, la falta de diligencia no es más que una conducta imprudente.

Pero es que, en todo caso, el apartado 3º del art. 259 CP prevé la posibilidad de cometer las conductas no diligentes ya mencionadas mediante imprudencia¹⁵. Así, con independencia de la redundancia que supone castigar la *imprudencia en la falta de diligencia*¹⁶, lo importante es que no hay duda de que al nuevo delito concursal no le interesa la intención del deudor. No le interesa, insisto, si éste actuó o no con el ánimo de perjudicar a sus acreedores, o incluso si actuó con el ánimo contrario (recuperarse económicamente precisamente para pagar a sus acreedores). Lo único que importa de cara a la aplicación del delito es si el deudor fue o no diligente, sin dar relevancia a otras consideraciones, como la buena fe del deudor o que éste haya sido el primer perjudicado por su actuación.

Como ya indicaba en la introducción del presente trabajo, ese desinterés por el elemento intencional del sujeto activo del nuevo delito concursal conduce *de facto* a la *criminalización del fracaso empresarial*, a la penalización de la mera *gestión desafortunada del patrimonio* propio o ajeno, lo cual plantea los graves problemas de tipo teórico y práctico ya anticipados y a los que nos referiremos con detalle a continuación.

3. Vulneración del principio de intervención mínima del Derecho penal

Señala MIR PUIG¹⁷ que el Derecho penal “deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social”.

describir la imprudencia consciente: de un lado, la conciencia del riesgo; de otro lado, la confianza mínimamente razonable en que la lesión del bien jurídico no se va a producir, con lo cual un elemento que no forma parte del tipo (el resultado lesivo) se erige en ineludible punto de referencia de la estructura subjetiva de los delitos de peligro” (MARTÍNEZ-BUJÁN, «Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial», en SERRANO-PIEDRECASAS/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, 2010, p. 107).

¹⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, p. 137. Esta autora, además, hace un repaso exhaustivo de las diversas líneas doctrinales sobre la cuestión relativa a la diferenciación o identidad del dolo de peligro y la imprudencia consciente, concluyendo que “en los supuestos de puro dolo de peligro [es decir, sin la intención de causar lesión], la estructura de ambos es idéntica: momento de representación del peligro concreto y momento de confianza fundada en la no producción del resultado lesivo”.

¹⁵ La Reforma no reproduce exactamente el modelo alemán en este extremo, pues en el § 283 StGB la modalidad imprudente únicamente se refiere a determinados aspectos del tipo y no a todas las conductas típicas en general, como sí hace el art. 259 CP. En particular, el modelo alemán no castiga la comisión imprudente de las conductas 1ª, 3ª, 4ª y 9ª descritas en el art. 259.1 CP. Véase a este respecto HEINE/SCHUSTER, «§ 283», *Sch/Sch*, 29ª ed., 2014, nm. 58.

¹⁶ Redundancia también señalada por BACIGALUPO ZAPATER, *Diario La Ley*, (8303), 2014.

¹⁷ MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 128.

Con esta afirmación, el citado autor se está refiriendo al principio de intervención mínima del Derecho penal, según el cual esta rama del Derecho (i) tiene carácter *fragmentario*, en cuanto que no protege todos los bienes jurídicos, sino aquellos más importantes para la convivencia social, limitándose además a las conductas que atenten más gravemente contra tales bienes jurídicos; y (ii) tiene carácter subsidiario, de *ultima ratio*, en tanto que opera únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal¹⁸.

Así, este principio de intervención mínima reconoce la naturaleza *fragmentaria* y *subsidiaria* del Derecho penal, de la que no puede ser despojada sin más, pues, de lo contrario, la norma jurídico-penal perdería su legitimidad¹⁹.

3.1. En cuanto a la naturaleza *fragmentaria* del Derecho penal

La ampliación del delito concursal introducida por la Reforma es contraria al carácter fragmentario del Derecho penal en tanto que las nuevas conductas típicas que ésta incorpora no son, a mi juicio, lo suficientemente graves como para justificar la intervención del Derecho penal y el alto coste que conlleva la imposición de una pena.

En efecto, creo que no merece reproche penal, y mucho menos de pena de prisión, aquel deudor que actúa de *buena fe*, que actúa en la creencia honesta de que sus decisiones son las adecuadas para mejorar su situación económico-financiera, aunque finalmente resulten ser desacertadas. Y creo que tampoco debería tener relevancia penal el daño en el patrimonio propio, es decir, el caso del deudor que no solo no quiere causar perjuicio alguno a sus acreedores, sino que además él mismo es el primer perjudicado con su actuación.

Pongamos un ejemplo. Imaginemos a una persona que, por estar desempleada y a pesar de no tener ninguna experiencia en hostelería, decide abrir un restaurante. Para ello, pide un préstamo al banco, que le exige hipotecar su casa como garantía. Su falta de experiencia hace que esta persona tome decisiones claramente erróneas para su negocio, como comprar mucha más materia prima de la que puede vender, establecer precios demasiado bajos con la intención de atraer clientes de restaurantes cercanos o contratar a demasiados camareros. Esta persona es consciente del peligro que implican sus decisiones, pero aun así las toma en la convicción de que son las adecuadas, de que son las necesarias para que su negocio funcione y siga adelante. Sin embargo, como consecuencia de esa evidente falta de diligencia en la gestión del negocio, llega un momento en que deviene insolvente, deja de pagar el préstamo y el banco ejecuta la garantía hipotecaria.

¹⁸ En estos mismos términos define el principio de intervención mínima la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Sentencia de 28.03.2006 (RJ 2006, 1848; MP: Berdugo Gómez de la Torre).

¹⁹ JAKOBS, PG, 1997, p. 60, señala la ausencia de legitimidad de un Derecho penal que no respete el principio de subsidiariedad, que como digo es una de las manifestaciones del principio de intervención mínima. Así lo explica, literalmente, el citado autor: "se suelen considerar legítimas las normas jurídico-penales sólo cuando la punición no la pueden asumir otros instrumentos de regulación del contacto ya sea mediante disuasión policial o asistencia jurídico-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de tipo social u otras: el llamado principio de subsidiariedad".

Pues bien, según el tenor literal del nuevo art. 259 CP, esta persona, que en ningún momento actuó con la intención de causar daño alguno a nadie, no solo sufrirá el fracaso personal de perder su negocio y trabajo, no solo perderá su casa, no solo tendrá que pagar el préstamo y los créditos pendientes que tenga con sus proveedores, sino que, por si eso fuera poco, además será condenada por un delito concursal con pena de prisión (!). Más aún: el deudor podría ser igualmente condenado a prisión aunque ni siquiera causara o agravara su insolvencia, pero alguna de esas erróneas decisiones empresariales fuera adoptada encontrándose ya en un estado de insolvencia actual o inminente. Todo ello, reitero, con independencia de la intención que pudiera tener esa persona, de si quería defraudar a sus acreedores o todo lo contrario: recuperarse económicamente para pagar sus créditos.

Parece evidente que ninguna de las conductas descritas en el ejemplo anterior reviste la gravedad suficiente como para justificar la puesta en marcha de la maquinaria penal y la imposición de una pena tan gravosa para el deudor como la prisión. Piénsese, además, que la mera pendencia de un procedimiento penal contra el deudor ya supone de por sí un alto coste personal y de reputación para quien está imputado (ahora denominado “investigado”) o se ve sentado en el banquillo.

Por otro lado, no debemos olvidar que la negligencia en la llevanza de los negocios y el posible impago de créditos es algo intrínseco al tráfico mercantil. Cuando un empresario entabla relaciones comerciales con otro, es consciente y asume el riesgo de que ese otro no pueda pagarle por cualquier razón, incluyendo que incurra en errores de gestión. De hecho, el mayor o menor riesgo que plantee una operación comercial o de crédito influye en el propio precio y condiciones de la operación. Siguiendo el ejemplo anterior, el emprendedor que invierte por primera vez en un restaurante tendrá que pagar un mayor tipo de interés y aportar más garantías al banco que aquel empresario que tiene ya una dilatada experiencia en hostelería y que gestiona otros restaurantes con éxito (en este último caso, el banco, al haber un menor riesgo de impago, ofrecerá un buen tipo de interés y no exigirá garantías). Por tanto, el acreedor valora *ex ante* el riesgo que supone la operación y establece mecanismos para compensar ese riesgo²⁰.

En definitiva, el impago no fraudulento de créditos, el impago motivado por la mala situación económica del deudor derivada de una gestión deficiente (pero de buena fe, es decir, sin intención de causar daño alguno a sus acreedores), constituye un *riesgo permitido*. Así, la penalización de la quiebra no fraudulenta supone una extensión excesiva del delito concursal contraria al carácter *fragmentario* del Derecho penal, el cual, como ya se ha dicho, solo debe proteger aquellos bienes jurídicos esenciales para la convivencia social e intervenir únicamente ante los ataques más graves contra esos bienes jurídicos²¹.

²⁰ Sobre la capacidad de los acreedores de calcular el riesgo que suponen las operaciones comerciales y los mecanismos de compensación de dicho riesgo, véase HARTLEY, «Director liability for insolvent trading: why a business judgment rule is appropriate», *ANU College of Law Research Paper No. 12-21*, 2011, pp. 7 s.

²¹ En palabras de QUINTERO OLIVARES, «Art. 260», en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 5ª ed., 2008, pp. 149 s.: “Siempre en el plano de lo teórico, es preciso que no haya duda alguna acerca de que lo castigado por el precepto penal constituye el ataque más injusto a ese bien jurídico, que, por la propia naturaleza del derecho penal (el llamado carácter fragmentario) no es el único de los ataques posibles. Traducido eso al caso concreto se plasma en que el legislador penal ha de ser consciente de que el derecho de crédito puede ser perjudicado de muchos modos

3.2. En cuanto a la naturaleza *subsidiaria* o *ultima ratio* del Derecho penal

Según la concepción del Derecho penal como *ultima ratio*, la vía penal debe ser el último recurso al que debe acudir cuando el resto de ordenamientos no pueden dar una respuesta satisfactoria a una determinada conducta. Pues bien, la normativa mercantil ya ofrece respuestas satisfactorias a la falta de diligencia en la gestión de asuntos económicos, a la *quiebra de buena fe*, que ahora pretende penalizarse con la Reforma.

En efecto, por su propia naturaleza, son estos ordenamientos extra penales los más indicados para regular la situación de insolvencia y los actos relacionados con ella, estableciendo mecanismos específicos para garantizar que el acreedor pueda satisfacer sus créditos con todos los bienes del deudor. Siguiendo la clasificación de CABALLERO BRUN²², tales mecanismos extrapenales pueden dividirse en las siguientes categorías: (i) *medios de defensa preventiva*, como la constitución de garantías personales o reales —por ejemplo, fianza, prenda, hipoteca, cláusula penal, estipulación de arras o señal, etc.—, pago mediante cesión de bienes²³ o derecho de retención²⁴; (ii) *medios conservativos del patrimonio*, referidos esencialmente a las acciones pauliana²⁵ y subrogatoria²⁶; y (iii) *medidas de ejecución*, tendentes a obtener el cumplimiento forzoso de la obligación mediante la intervención del órgano judicial, incluyendo el resarcimiento de daños y perjuicios que se hubieran causado al acreedor por el incumplimiento de la obligación (art. 1.101 CC).

A estas tres categorías de medidas debe añadirse, como es lógico, la normativa concursal, en la que se incluyen instrumentos sancionadores no penales tendentes a salvaguardar el derecho de crédito del acreedor y a castigar determinadas conductas no deseables desde el punto de vista de la gestión empresarial. Nos referimos, en particular, al concurso culpable regulado en los arts. 167 ss. LC, cuya existencia demuestra a todas luces lo innecesario de criminalizar la falta de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

Como ya se ha expuesto, la concepción del Derecho penal como *ultima ratio* implica que la infracción penal deba necesariamente diferenciarse del mero ilícito civil o mercantil, de modo que aquella revista un plus de gravedad que haga que el Derecho privado no sea suficiente para reprimir el hecho en cuestión. Pues bien, parte de las conductas tipificadas en el nuevo art. 259 CP coinciden de forma prácticamente exacta con los supuestos que dan lugar a la calificación culpable del concurso y por tanto a la atribución de responsabilidad concursal a las personas afectadas por dicha calificación²⁷. Esta coincidencia entre los supuestos que dan lugar a la calificación culpable

(siempre que no se pague la deuda en su totalidad y en el plazo exigido), pero que el derecho penal no va a reaccionar ante todos esos ataques. *Dejará fuera los fortuitos y los culposos, eso es evidente, pero de entre los dolosos deberá practicar una selección de los más graves*".

²² CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, 2008, p. 142.

²³ Art. 1.175 CC.

²⁴ Arts. 453 y 502 en relación con los arts. 522, 1.600, 1.730 y 1.780, todos del CC.

²⁵ Art. 1.291.3º CC.

²⁶ Art. 1.111 CC.

²⁷ Además de las personas físicas concursadas, en el caso de las personas jurídicas, según el art. 172 *bis* LC las personas afectadas por la calificación del concurso podrían ser los "los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa

del concurso y algunas de las nuevas conductas tipificadas en el nuevo delito concursal ha sido expresamente puesta de manifiesto por el Consejo General del Poder Judicial²⁸, así como por algunos autores que han tenido oportunidad de analizar el nuevo tipo, entre los que destacan BACIGALUPO ZAPATER²⁹, QUINTERO OLIVARES³⁰, ESQUINAS VALVERDE³¹ y FARALDO CABANA³².

Además, buena parte de las conductas típicas del nuevo delito concursal coinciden con los supuestos de aplicación de la acción rescisoria prevista en el art. 71 LC, pues tales conductas requieren una disminución del patrimonio del deudor económicamente injustificada. Y, como es sabido, el requisito esencial que exigen los tribunales mercantiles para estimar la rescisión de una operación es que ésta haya supuesto un “sacrificio patrimonial injustificado”³³. Por lo tanto, las conductas típicas previstas en la nueva redacción del art. 259.1 CP coinciden tanto con los supuestos que dan lugar a la declaración del concurso como con los que permiten la aplicación de la acción rescisoria del art. 71 LC.

Pero es más, podría incluso decirse que el concurso culpable es mucho más limitado que el nuevo delito concursal, es decir, que el ilícito penal (delito concursal) castigaría conductas menos graves y en más supuestos que el mero ilícito mercantil (concurso culpable). Ello es así, en primer lugar, porque la imprudencia en la gestión de asuntos económicos que da lugar a la calificación del concurso como culpable en sede mercantil debe ser *grave*, pues así lo exige expresamente el art. 164.1 LC³⁴. Sin embargo, el art. 259 CP no exige expresamente esa gravedad ya que, al referirse solo a la “imprudencia”, podría llegar a pensarse que se acepta la imprudencia leve³⁵.

Otro caso llamativo es el referido al inciso segundo del subapartado 8º del art. 259.1 CP, el cual castiga el mero hecho de incumplir “...el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo”. Y es llamativo porque en sede concursal el retraso en formular y depositar las cuentas anuales no es necesariamente considerado como causa de culpabilidad del concurso si el depósito de las cuentas anuales se ha producido al menos con anterioridad a la declaración del concurso³⁶.

razonable a la capitalización de crédito s o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el art. 165. 2, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo”. A estas personas habría que añadir, además, los cómplices (art. 166 LC).

²⁸ Véase la página 213 del informe del CGPJ de fecha 20 de diciembre de 2012.

²⁹ BACIGALUPO ZAPATER, *Diario La Ley*, (8303), 2014.

³⁰ QUINTERO OLIVARES, «Insolvencias punibles», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, 2013, p. 750.

³¹ ESQUINAS VALVERDE, «La nueva regulación de los delitos de alzamiento de bienes en el Anteproyecto de Código Penal de 2012/2013», *La Ley Penal*, (105), 2013.

³² FARALDO CABANA, *RCP*, (23), 2015.

³³ A este respecto puede verse, en otras muchas resoluciones, la STS, 1ª, 17.03.2015 (RJ 2015, 1472; MP: Sastre Papiol).

³⁴ Literalmente: “El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o *culpa grave* del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, así como sus socios conforme a lo dispuesto en el art. 165.2” (apartado 1º del art. 164 LC).

³⁵ No obstante, como expongo *infra* 8, una interpretación coherente con el resto de disposiciones del Código penal hace que la imprudencia necesaria para consumir el delito deba ser grave.

³⁶ Ello es así porque la presunción de culpabilidad del concurso prevista en el art. 165.3 LC se refiere únicamente a la falta de formulación o depósito de las cuentas anuales, por lo que si esa formulación o depósito se realiza (aunque fuera de plazo) en principio no aplicaría la presunción.

En consecuencia, ateniéndose a la literalidad del precepto, podría darse la situación de que una persona fuera condenada por un delito concursal por hechos que en abstracto ni siquiera son relevantes para el Derecho mercantil, por no merecer la calificación de concurso culpable (!).

Por otro lado, y esto es importante, el Derecho concursal solo castiga al deudor en casos muy determinados, pues no siempre se abre la sección de calificación del concurso, condición necesaria para la atribución de la responsabilidad concursal prevista en el art. 172 *bis* LC. En particular, la legislación concursal solo considera necesaria la imposición de una sanción al deudor, y por tanto solo procederá la apertura de la fase de calificación del concurso, en caso de que el concurso termine en liquidación o en un convenio *gravoso* (esto es, que establezca una quita igual o superior a un tercio del importe de los créditos o una espera igual o superior a tres años – art. 167 LC –).

Esa limitación de los casos en los que el deudor podrá ser castigado en sede mercantil responde a un intento por parte del legislador de alcanzar un equilibrio entre dos funciones esenciales del Derecho concursal³⁷: (i) la *represora*, tendente a castigar los comportamientos dolosos y gravemente culposos del deudor que hayan causado o agravado su insolvencia y, con ello, reprimir futuros comportamientos del mismo tipo que puedan dar lugar a situaciones similares; y (ii) la *conservativa*, orientada a conseguir en la medida de lo posible la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor³⁸.

Así, la normativa concursal exime de castigo al deudor en los casos ya citados que terminen en un convenio no gravoso a fin de *incentivar* al deudor y a los posibles afectados por la calificación culpable del concurso a alcanzar acuerdos con los acreedores y garantizar de esta forma la continuidad de la actividad económica del deudor (*función conservativa*). Por ejemplo, el administrador de una sociedad en insolvencia tendrá más interés en solicitar el concurso antes de que la situación de la empresa empeore tanto que no sea posible el convenio, el cual podría evitarle una sanción personal. Del mismo modo, el resto de posibles responsables concursales estarán más predispuestos a capitalizar la sociedad y pagar el máximo de créditos posibles para alcanzar ese convenio que les evite responsabilidades personales.

Sin embargo, la Reforma pasa por alto esta función conservativa del procedimiento concursal a la que nos estamos refiriendo. Castiga al deudor por conductas iguales o menos graves que las previstas para la calificación culpable del concurso *en todo caso*, es decir, sin tener en cuenta la solución que el deudor haya dado en el procedimiento concursal³⁹. Es fácil adivinar el impacto que

³⁷ Sin perjuicio de que la función principal del procedimiento concursal es la *solutoria*, esto es, “la finalidad primaria de satisfacer a los acreedores de un deudor insolvente por el medio que se considere más adecuado”, ya sea el convenio o la liquidación. Al respecto, ROJO FERNÁNDEZ RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ, «Regulación jurídica de la insolvencia. La Legislación concursal», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dir.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 3ª ed., 2005, p. 860.

³⁸ Para un análisis pormenorizado de las funciones del Derecho concursal, véase CAMPUZANO LAGUILLO, «La responsabilidad de los administradores sociales de la persona jurídica concursada», en SEBASTIÁN QUETGLAS/VEIGA COPO (dirs.) *Problemas actuales del concurso de acreedores*, 2014, pp. 397-418.

³⁹ A ello se añade, tal y como señala FOUREY GONZÁLEZ («El concurso punible: regulación actual e implicaciones del Proyecto de Reforma del Código Penal», *AJUM*, (37), 2014, pp. 133-140), que, al eliminar la declaración concursal del deudor como condición previa a la iniciación del procedimiento penal, las posibles negociaciones que el deudor esté llevando a cabo con los acreedores previas a la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en el art. 5 *bis*

esto podría tener en los procedimientos concursales: el deudor ya no tendrá el incentivo buscado por la normativa concursal de dar una solución a los acreedores pues sabrá que, haga lo que haga, especialmente si alguno de los acreedores no está de acuerdo con el convenio aprobado, podrá ser castigado en la vía penal.

Así, al penalizar conductas que no son más que meros ilícitos mercantiles, y de forma incluso más amplia que el propio ordenamiento mercantil, el Derecho penal está invadiendo el terreno del Derecho privado y desvirtuando su finalidad. Resulta inadmisibile que el Derecho penal suponga un obstáculo a los fines perseguidos por el Derecho concursal, pues al fin y al cabo es este último ordenamiento el encargado, por su propia naturaleza, de regular las situaciones de insolvencia y los actos relacionados con ella sopesando los intereses de cada parte afectada⁴⁰.

Esto no significa que el Derecho penal deba permanecer totalmente ajeno a las situaciones de insolvencia, sino que simplemente deberá reaccionar ante conductas especialmente graves que merezcan una especial represión. En este sentido, el delito concursal anterior a la Reforma se diferenciaba con claridad del ilícito puramente mercantil, esto es, del concurso culpable del art. 164 LC, por su carácter fraudulento, por la exigencia de que el autor actuara con ánimo de perjudicar a los acreedores. Evidentemente, la necesidad de reprimir los actos de quiebra de mala fe hace que tanto los fines de la normativa concursal como la función conservativa del concurso pasen a un segundo plano, dada la gravedad de la conducta.

En línea con lo anterior, conviene recordar que, con ocasión de la promulgación de la LC de 2003, el legislador llegó a plantearse la posibilidad de suprimir el delito concursal hasta el punto de que dicha supresión se incluyó inicialmente en el Proyecto de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal del Poder Judicial (BOE núm. 102-1, de 23.07.2002) y fue apoyada por algunos autores⁴¹. Tal y como se indicaba en la Exposición de Motivos del citado proyecto, la finalidad de la eliminación del delito concursal era alcanzar “la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia”⁴². Sin embargo, esa eliminación fue posteriormente desechada en el trámite parlamentario precisamente por el carácter doloso de la generación o agravación de la insolvencia que castiga el art. 260 CP, además de para mantener la armonización de las normas penales europeas⁴³. Así se

LC podrían verse obstaculizadas por la iniciación de un procedimiento penal contra el deudor a instancias de alguno de los acreedores. En el mismo sentido, PORRES ORTIZ DE URBINA, «El nuevo delito de bancarrota», *La Ley Penal*, (120), 2016.

⁴⁰ En el mismo sentido se expresa GONZÁLEZ CUSSAC, «Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003», en HERNÁNDEZ MARTÍ, *Concurso e insolvencia punible*, 2004, p. 686: “El Derecho Penal no puede intervenir directamente, y al margen de la normativa mercantil, porque entonces el ciudadano no sabría a qué atenerse”; así como FEJOO SÁNCHEZ, *Diario La Ley*, (7168), 2009: “...las valoraciones en el marco del Derecho Penal Concursal tienen que ser coherentes con las de la LC y no resultar disfuncionales. Un Derecho Penal Concursal que en vez de complementar la legislación concursal resultara perturbador para cumplir los fines de dicha legislación no puede tener otro horizonte que la desaparición”.

⁴¹ Entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN, *DPE, PE*, 2ª ed., 2005, pp. 103-107; y SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, 2009, p. 30. En contra, véanse CUGAT MAURI, «El impacto de la nueva Ley Concursal en el delito de quiebra», *La Ley*, (1), 2004, pp. 1610 ss.; y GONZÁLEZ CUSSAC, en HERNÁNDEZ MARTÍ, *Concurso e insolvencia punible*, 2004, p. 640.

⁴² Motivo IV de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal del Poder Judicial (BOE nº 102-1, de 23.07.2012).

⁴³ PORRES ORTIZ DE URBINA, *La Ley Penal*, (120), 2016.

explicaba, literalmente, en la enmienda núm. 24 planteada por los Grupos Catalán y Socialista durante el debate parlamentario correspondiente a fin de evitar la derogación del delito: “No puede admitirse el argumento de que se trata de ilícitos civiles. Se trata de insolvencias *producidas dolosamente para defraudar a los acreedores* y por ello están tipificadas en el Código penal”⁴⁴.

En consecuencia, si ya el régimen anterior a la Reforma había planteado problemas en cuanto a la distinción entre el ilícito civil y penal en materia concursal, como demuestra el hecho de que en 2003 a punto estuviera de suprimirse el art. 260 CP anterior a la Reforma, al eliminarse la exigencia del ánimo fraudulento la conducta típica pierde definitivamente el elemento distintivo que dota a la conducta de la gravedad suficiente como para que intervenga el Derecho penal; castigando así conductas que no son sino meros ilícitos civiles y que, como tales, ya tienen adecuada respuesta en el Derecho privado.

4. Resurrección de la prisión por deudas

En la Edad Media era común que una persona que incumpliera la obligación de pagar los créditos de sus acreedores no solo respondiese ante éstos con su patrimonio, sino también *personalmente*, mediante su ingreso en prisión o el sufrimiento de castigos corporales.

Me refiero a la figura conocida como *prisión por deudas*, que fue progresivamente abolida con la llegada de los sistemas constitucionales por considerarse contraria a las libertades fundamentales y los derechos humanos⁴⁵. En concreto, la prohibición de esta figura culminó en su reconocimiento expreso en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), cuyos arts. 1^o⁴⁶ y 11^o —respectivamente— establecen en términos similares que “[n]adie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”.

La prohibición de la prisión por deudas se configura así como algo imprescindible en un Estado democrático y social de Derecho, siendo su objetivo evitar que una persona pierda su libertad por el mero hecho de no poder hacer frente a los créditos de sus acreedores. Y esta prohibición no distingue, a mi juicio, entre el deudor diligente y no diligente. Debe aplicarse tanto a quien no puede pagar sus deudas por su propia imprudencia —esto es, por una defectuosa gestión de su

⁴⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, nº 102-14, 29 de noviembre de 2002. p. 42.

⁴⁵ La evolución histórica de la prisión por deudas en España es resumida así por BENITO LÓPEZ («La quiebra de la finalidad resocializadora de la pena, y la resurrección de la prisión por deudas», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 100): “Fue implantada por el Fuero de Jaca, promulgado por el rey don Sancho Ramírez el año de 1704. El incumplimiento de una obligación civil de tipo económico quedaba equiparada a una transgresión justiciable de carácter penal. Posteriormente se encuentra una detallada regulación de la prisión por deudas en la Nueva Recopilación de Felipe II (1567) y en la Novísima Recopilación de Carlos IV (1805). El desarrollo jurídico llevado a cabo durante el siglo XIX, a partir de los sistemas constitucionales, hizo que la prisión por deudas quedase abolida, siendo —como dice BERNALDO DE QUIRÓS— ‘una sanción de naturaleza penal inadecuada enteramente a una obligación que no reviste caracteres de delito’. Con su abolición quedó reducida la posibilidad del encarcelamiento a los casos de actos delictivos. La línea divisoria entre lo ilícito civil y lo ilícito penal quedaba claramente trazada”. La obra de referencia en cuanto al origen de la prisión por deudas en el Derecho español es la realizada por TOMÁS Y VALIENTE, «La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés», *AHDE*, (30), 1960, pp. 249 ss.

⁴⁶ Del Protocolo 4^o del citado Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950).

patrimonio— como a quien no puede cumplir con sus acreedores por causas ajenas a él —por ejemplo, el agricultor que, debido al mal temporal, obtiene una mala cosecha y no logra vender suficiente producto como para devolver un préstamo—. De este modo, insisto, la prohibición de la prisión por deudas se extiende a todos los deudores de buena fe, sin hacer distinción entre si actuaron o no de forma diligente.

El delito concursal anterior a la Reforma no contravenía la citada prohibición de prisión por deudas en tanto que únicamente castigaba al deudor que generaba o agravaba su insolvencia con el fin de perjudicar a sus acreedores (es decir, el insolvente de *mala fe*). Así, el ánimo de perjudicar a los acreedores se configuraba como un elemento esencial, imprescindible, del delito, pues de lo contrario se estaría resucitando la ya mencionada prisión por deudas. Esto ha sido *expresamente* declarado por el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos, entre los que cabría destacar, por su claridad, la STS 6.06.2006 (RJ 2006, 5355 ; MP: Berdugo Gómez, de la Torre):

“Respecto del elemento subjetivo, el art. 260.1 exige que la insolvencia o su agravación hayan sido causadas *dolosamente* por el autor. Como recuerda la STS núm. 237/2004, de 26 febrero, citando la STS 1799/2000, de 20 de noviembre, ‘este elemento subjetivo del tipo penal es, precisamente, el elemento caracterizador del tipo penal destinado a impedir una tipicidad basada en la prisión por deudas, caracterizando la conducta típica por su realización con el propósito de declararse en insolvencia y con ánimo de incumplir las obligaciones contraídas’. Es decir, no basta el conocimiento, y la aceptación, o al menos la indiferencia, respecto de la posibilidad de que determinadas actividades puedan conducir a la ruina económica, o a serias dificultades de esa clase, y con ello a la insolvencia, sino que es preciso el dolo directo, de forma que la conducta se dirija precisamente a provocar la situación de insolvencia y con ella al perjuicio a los acreedores mediante la imposibilidad de satisfacción de sus créditos”.

Lo expuesto nos conduce inexorablemente a afirmar que el delito concursal previsto en la nueva redacción del art. 259 CP supone una vuelta a la abolida prisión por deudas al no exigir necesariamente para su comisión el ánimo de perjudicar a los acreedores, prescindiendo así del elemento que, según ha declarado expresamente el propio Tribunal Supremo, delimita lo que es y no es prisión por deudas.

Piénsese, además, que otras figuras contenidas en el Código penal *a priori* más alejadas de la prisión por deudas, como por ejemplo la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa⁴⁷ o incluso el mero orden de pago de las responsabilidades pecuniarias previsto en el art. 111 del CP de 1973⁴⁸, generaron un extenso debate en la doctrina y en los Tribunales sobre su admisibilidad y constitucionalidad por asemejarse a la prisión por deudas. Pues bien, si dichas figuras ya han

⁴⁷ La posibilidad de que el condenado tuviera que ingresar en prisión por no poder pagar la multa establecida en sentencia (art. 91 CP 1973) fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad que tuvo que ser resuelta por el Tribunal Constitucional por medio de Sentencia de 16.02.1988 (RTC 1988, 19; MP: Díez-Picazo Ponce de León), desestimándola.

⁴⁸ La prelación establecida en el art. 111 CP 1973 para el pago de responsabilidades pecuniarias cuando el condenado no tuviera bienes suficientes para cubrir la totalidad de tales responsabilidades fue igualmente objeto de una cuestión de inconstitucionalidad por el hecho de que el pago de la multa estuviera en la última posición de la citada prelación. En concreto, se criticaba que, teniendo dinero para pagar la multa, al aplicarse ese dinero antes al pago de otras responsabilidades (como la civil derivada del delito), el condenado tuviera que ingresar en prisión por aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Esta cuestión de inconstitucionalidad fue desestimada por el Tribunal Constitucional por medio de su Sentencia 10.12.1991 (RTC 1991, 230; MP: Rodríguez Bereijo).

provocado debate, y como decimos no se acercan a la prisión por deudas tanto como el nuevo tipo del delito concursal, es de esperar que el nuevo art. 259 CP plantee graves problemas en cuanto a su aplicación a insolventes de buena fe, hasta el punto de que podría incluso defenderse su inconstitucionalidad.

5. Dificultad de valorar la razonabilidad de las decisiones empresariales, sobre todo ex post. Falta de especialización del juez penal en materia económico-empresarial

Los problemas de tipo teórico que plantea la Reforma del delito concursal no son inocuos, sino que acarrearán importantes consecuencias en el plano práctico.

La primera de las consecuencias que cabe destacar es que la nueva configuración del delito concursal obligará al juez penal a hacer una valoración *ex post facto* de las decisiones económicas adoptadas por el acusado a fin de determinar si éste actuó o no de forma diligente. Así, el juez penal ya no se limitará, como ocurría antes de la Reforma, a valorar si el acusado actuó con ánimo de perjudicar a los acreedores, sino que tendrá que hacer un verdadero análisis del fundamento y de la razonabilidad económica de la decisión objeto de investigación o enjuiciamiento.

Pues bien, resulta muy complejo determinar la razonabilidad de las decisiones que se toman en el seno de una empresa o en el marco de cualquier actividad económica. Se trata de una valoración extremadamente subjetiva y sometida a múltiples parámetros, no siempre cuantificables⁴⁹. Esa dificultad a la hora de valorar las decisiones empresariales se agudiza, además, por el hecho de que el juez deberá tener en cuenta las condiciones de incertidumbre en las que se movía el deudor *ex ante*, es decir, en el momento en que adoptó la decisión en cuestión. Dicho de otro modo, el juez penal deberá hacer el ejercicio de “ponerse en los zapatos” del acusado, pues solo de ese modo podrá determinar si, cuando adoptó la decisión y con la información disponible en ese momento, su actuación fue o no razonable.

Sin embargo, eso no es nada sencillo. Como explicaremos en las líneas que siguen, el juez parte de una posición muy distinta a la que tenía el acusado, lo cual conlleva un alto riesgo de que el primero incurra en *errores y sesgos cognitivos*⁵⁰ al valorar la actuación del segundo, riesgo que se ve acentuado por la falta de especialización del juez penal en materia económico-empresarial.

⁴⁹ Así lo explica FLEISCHER («La *'Business Judgment Rule'* a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho», *RDM*, (126), 2002, p. 1731): “no cabe abarcar todos los factores de la decisión, reflejándolos en un cálculo sobre la inversión: entre los factores imponderables se cuentan, de un lado, los objetivos de inversión no monetarios (por ejemplo, prestigio, poder, independencia) y, de otro, los efectos de la inversión no cuantificables, que, a su vez, pueden ser divididos en no monetarios (por ejemplo, simplificación del servicio) y monetarios, pero que, por falta de información suficiente, no son cuantificables (por ejemplo, medidas de desarrollo, inversiones estratégicas basadas en la intuición)”.

⁵⁰ El estudio precursor del análisis del impacto que los sesgos cognitivos tienen en el proceso de toma de decisión es el realizado por TVERSKY/KAHNEMAN, «Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases», *Science*, (185), 1974, pp. 1124-1131, que posteriormente dio lugar a otros estudios de los mismos autores como «The Framing of Decisions and the Psychology of Choice», *Science*, (211), 1981, pp. 453-458. En cuanto al impacto que tales sesgos tienen en la forma en que se toman las decisiones jurisdiccionales en el ámbito penal, destaca ALONSO GALLO, «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal», *InDret*, (4), 2011. El mismo autor analiza igualmente el

En primer lugar, lo más normal es que el acusado, al tomar la decisión empresarial en cuestión, tuviera un conocimiento limitado de las diversas alternativas de las que en realidad disponía y de las consecuencias de las mismas. Ese conocimiento limitado, denominado “racionalidad limitada” (*bounded rationality*), viene dado en muchas ocasiones por las *imposiciones ambientales* que sufría el sujeto al momento de adoptar la decisión. Un ejemplo claro de imposición ambiental en el mundo empresarial es la limitación de tiempo que generalmente se tiene para tomar decisiones y no perder oportunidades de negocio. Esa escasez de tiempo se agrava cuando la empresa se encuentra en dificultades económicas, al necesitar ingresos con rapidez para hacer frente a los pagos de acreedores (como proveedores, bancos, etc.) y poder continuar así con su actividad. A este conocimiento limitado del empresario se refiere el *Court of Chancery* de Delaware cuando, en su conocida sentencia del caso Citigroup, afirmó que: “Aquellos que toman decisiones empresariales deben actuar en el mundo real, con información imperfecta, recursos limitados y un futuro incierto”⁵¹.

Sin embargo, el juez no se ve afectado por esta racionalidad limitada que sí sufre el empresario acusado. Ello es así porque, ya en la fase de instrucción, el juez habrá podido recabar la opinión de expertos, habrá oído a múltiples testigos, habrá podido revisar con calma toda la documentación relevante y, lo que es más importante, ya conocerá cuál fue el resultado de la decisión adoptada. En otras palabras, el juez, a diferencia del acusado, tendrá un conocimiento perfecto de quien analiza la decisión desde la distancia, con tiempo, con asesoramiento de expertos y *a posteriori*. Y, como señala SUESCÚN DE ROA, “una decisión que parecía ser razonada al momento de ser adoptada, puede parecer una ‘corazonada salvaje’ años más tarde cuando se analiza en un contexto de conocimiento perfecto”⁵².

A este respecto, el elemento más relevante que el acusado no podía tener en cuenta a la hora de tomar la decisión, y que sin embargo más afecta en la valoración del Juez, es el resultado que ha tenido a la postre tal decisión.

El efecto que ese conocimiento *ex post facto* tiene en la valoración del juez ha sido denominado “sesgo retrospectivo” (*hindsight bias*) y se refiere, en concreto, al mecanismo mental por el cual “al valorar determinados hechos pasados, el sujeto no puede abstraerse de las consecuencias de los mismos, de manera que incurre en una tendencia a considerar, a partir del conocimiento de las consecuencias de la acción, que las mismas eran previsibles desde el principio”⁵³.

Trasladado al terreno de las decisiones empresariales, que es lo que aquí nos interesa, esto significa que el juez, al conocer el mal resultado que tuvo la decisión en cuestión, por haber supuesto una disminución del patrimonio del deudor o incluso su insolvencia, tenderá inconscientemente a

impacto de los sesgos y errores cognitivos en el Derecho penal en «Errores y sesgos cognitivos en la expansión del derecho penal», en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO (coord.), *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*, 2006, pp. 31-47. Es también relevante el artículo que sobre la misma materia ha escrito MUÑOZ ARANGUREN, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», *InDret*, (2), 2011.

⁵¹ IN RE Citigroup Inc. Shareholder Civil Action No. 3338-CC Derivative Litigation.

⁵² SUESCÚN DE ROA, «The Business judgment rule en los Estados Unidos: una regla de dimensión procesal y fuerza sustantiva», *Vniversitas*, (127), 2013, p. 360.

⁵³ MUÑOZ ARANGUREN, *InDret*, (2), 2011, p. 6.

considerar que ese mal resultado era probable y previsible cuando el acusado adoptó la decisión objeto de revisión (aunque realmente no lo fuera). Existen numerosos estudios empíricos que han demostrado la existencia de este mecanismo mental⁵⁴, también en el ámbito jurídico. Así, por ejemplo, JOLLS, SUNSTEIN y THALER afirman que “[e]n los estudios sobre negligencias se comprobó que los sujetos en el rol de jurados – provistos del conocimiento de que el daño había en realidad ocurrido – atribuían probabilidades significativamente más altas al resultado lesivo que los sujetos en el rol de personas que debían decidir *ex ante* – quienes no estaban informados de la producción de ningún daño –”⁵⁵.

La relevancia que este sesgo cognitivo tiene en lo que se refiere a la valoración judicial de decisiones empresariales ha sido ampliamente tratada por la doctrina estadounidense⁵⁶, pero también por la doctrina española⁵⁷. Así, por ejemplo, afirma CONTHE⁵⁸ que el sesgo retrospectivo con frecuencia “transforma en culpabilidad y negligencia lo que sólo fue infortunio”.

El sesgo retrospectivo está muy relacionado con otro mecanismo cognitivo importante y que también afecta a la valoración de las decisiones empresariales: la heurística de la representatividad (*representativeness heuristic*) y de la disponibilidad (*availability heuristic*).

Con el término heurística o procedimiento heurístico se hace referencia al proceso mental que las personas utilizan inconscientemente para simplificar la información que reciben del exterior y facilitar así su análisis y comprensión⁵⁹. Así, la heurística de la *disponibilidad* se refiere al hecho de que la valoración de la probabilidad de que suceda un evento depende en gran medida de la facilidad con la que el sujeto recuerda

⁵⁴ Entre ellos, destaca el realizado por el psicólogo Baruch FISCHOFF, recogido en su artículo «Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty», *JEPHPP*, 1975, (1-3), pp. 288 ss., cuyos experimentos, y los hallazgos obtenidos con los mismos, son resumidos así por ALONSO GALLO, *InDret*, (4), 2011, pp. 15 s.: “Para su artículo de 1975 FISCHOFF realizó diversos experimentos en los que facilitaba a cinco grupos de sujetos la misma información *ex ante* e información diferente sobre el resultado. A los cinco grupos se les facilitaban cuatro posibles resultados de los hechos descritos. A uno de los grupos no se les informaba de cuál había sido el resultado ‘verdadero’ diferente de entre los cuatro posibles. A los sujetos se les pedía entonces que valoraran la probabilidad de que se produjera cada uno de los cuatro resultados. Esta prueba se repitió además con otra información fáctica diferente y con grupos distintos de sujetos. El resultado fue que los grupos que tenían información sobre el resultado (uno de los cuatro posibles) elegían, de forma consistente, ese resultado como el más probable”.

⁵⁵ JOLLS/SUNSTEIN/THALER, «A behavioral Approach to Law and Economics», *SLR*, (50), 1998, p. 1523.

⁵⁶ Véanse, por ejemplo, JOHNSON, «Corporate Officers and the Business Judgment Rule», *Business Lawyer*, (60), 2005, p. 456; WEINBERGER, «The Business Judgment Rule and Sphere Sovereignty», *T.M. Cooley L. Rev.*, (279), 2010, p. 291; o BAINBRIDGE, *The new Corporate Governance*, 2008, p. 117, este último afirmando que “[a]un en casos en los que el deber de diligencia no es juzgado ante un jurado, como ocurre en Delaware, los jueces, que se benefician del conocimiento retrospectivo de que una decisión empresarial resultó ser mala, podrían estar sesgados e inclinarse a considerar la existencia de un incumplimiento del deber de diligencia. Por tanto, hay un riesgo significativo de que los accionistas demandantes y los jueces sean incapaces de distinguir una administración competente de una negligente, en tanto que los malos resultados serán generalmente considerados, *ex post*, previsibles y, por tanto, evitables *ex ante*”.

⁵⁷ Por ejemplo, PAZ ARES, «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret*, (4), 2003; o MÚGICA ALCORTA, «Desde el gobierno corporativo a la responsabilidad de los administradores», *EDeusto*, (57-2), 2009, p. 246.

⁵⁸ CONTHE GUTIÉRREZ (2012), «Cuando fallan las profecías», El sueño de Jardiel. Blogs Expansión, 20 febrero, disponible online en <http://www.expansion.com/blogs/conthe/2012/12/20/profecias-y-disonancia-cognitiva.html> (última consulta el 6 enero 2017).

⁵⁹ Según TVERSKY/KAHNEMAN, *Science*, (185), 1974, pp. 1124 ss., estos procedimientos permiten “reducir las tareas complejas de asignar probabilidades y predecir valores a operaciones de juicio más simples”.

o imagina ejemplos de eventos parecidos⁶⁰. Por su parte, la heurística de la *representatividad*, muy ligada a la anterior, se refiere al mecanismo mental por el que la valoración de la probabilidad de que acaezca un suceso depende de la calidad de la muestra que el sujeto tenga sobre sucesos similares que sirvan de comparación. Según este procedimiento heurístico, si los sucesos que se toman como base para la comparación no son representativos de la realidad, el margen de error será alto y viceversa⁶¹. La existencia de estos procedimientos heurísticos hace que, a la hora de valorar la probabilidad de un suceso, el conocimiento y experiencia que el sujeto tenga sobre sucesos parecidos influya enormemente en esa valoración. O, dicho de otro modo, cuanto más exacto sea el conocimiento del sujeto sobre la realidad de las cosas, más certero será su análisis de probabilidad.

Así, aunque los expertos no están exentos de sufrirlos, los sesgos y errores cognitivos mencionados tienen más influencia cuanto menor es el conocimiento y experiencia que la persona tiene sobre el hecho objeto de valoración. Y esa es precisamente la principal razón por la que conviene limitar la revisión judicial de las decisiones empresariales: la carencia de formación y experiencia de los jueces en materia de gestión empresarial⁶².

En efecto, como consecuencia de esa carencia, los sesgos y errores cognitivos mencionados se agravarán. El juez tendrá enormes dificultades para comprender las circunstancias e imposiciones ambientales en las que a veces tiene que actuar el empresario (racionalidad limitada), tendrá menos ejemplos o referentes con los que comparar y valorar la decisión del empresario (heurística de

⁶⁰ Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMANN ejemplifican en qué consiste este procedimiento heurístico del siguiente modo: si se pide a determinados sujetos que digan si, eligiendo palabras de forma aleatoria en un texto en inglés, hay más probabilidad de que las palabras escogidas empiecen por "k" o "r", o por el contrario que esas mismas letras estén en la tercera posición de la palabra, en la mayor parte de los casos la respuesta será que hay más probabilidad de que las palabras empiecen por esas letras, cuando la realidad es que en inglés existen más palabras con las letras "k" o "r" en tercera posición. Según sostienen TVERSKY y KAHNEMANN, la razón por la que la gran mayoría de personas responden así es porque es más fácil recordar palabras a partir de la letra por la que empiezan que por la letra que contienen en tercera posición [TVERSKY/KAHNEMANN, 1981, *Science*, (211), pp. 453 y ss.].

⁶¹ Para ilustrarlo, ALONSO GALLO, *InDret*, (4), 2011, p. 22, pone el siguiente ejemplo: "En un quirófano habían muerto varias personas como consecuencia de una infección de aspergilosis (una infección por el hongo aspergillus). El quirófano tenía defectos en la climatización que podrían estar relacionados con la presencia del hongo en el mismo. Estos casos son inusuales en la jurisprudencia, por lo que cualquier tribunal que analice un hecho como éste no dispondrá normalmente de una muestra de ocurrencias parecidas. Ante ello, el tribunal tomará como muestra (como clase de objeto a la que aplicar la heurística de representatividad) un conjunto de ocurrencias que se producen en la práctica judicial. En este caso, por ejemplo, la clase de 'incumplimiento de medida de seguridad + producción de un resultado lesivo', en que normalmente se considera que el resultado era previsible y se aprecia una imprudencia punible. Planteado de esa forma, es fácil entonces que se llegue a la conclusión de que la infección de aspergilosis era probable, ya que se asemeja (representatividad) a esa clase de objetos que se toma como referencia. La situación cambia si la muestra se modifica. Si, por ejemplo, se sustituye la muestra antes indicada por la de las infecciones por aspergillus documentadas en la literatura médica en hospitales de primer nivel de todo el mundo. O, ampliándola aún más, se sustituye por la de las infecciones nosocomiales (intrahospitalarias) en hospitales de todo el mundo, cuya prevalencia es de al menos el 7%. En estos casos la muestra opera en el sentido contrario al que antes hemos visto, porque se refiere a casos que es muy difícil evitar, como lo demuestra la existencia de infecciones en hospitales de todo el mundo".

⁶² PAZ ARES, *Responsabilidad de los administradores y Gobierno Corporativo*, 2007, p. 76, resalta además que esa carencia de formación de los jueces en materia económico-empresarial es más acentuada en los ordenamientos jurídicos continentales que en los del *common law*.

disponibilidad y de representatividad), viéndose así más influenciado por el resultado negativo que tuvo la decisión (sesgo retrospectivo)⁶³.

Por esa razón, parte de la doctrina mercantilista ha venido defendiendo la conveniencia de limitar el ámbito de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por incumplimiento del deber de diligencia. En concreto, se ha alegado en defensa de esa limitación que la revisión judicial de la diligencia en la toma de decisiones empresariales presenta un alto “riesgo de error”, por la complejidad que conlleva esa revisión y por la existencia de los ya citados sesgos y errores cognitivos. Así, estos autores, entre los que destaca PAZ ARES, sostienen que la revisión judicial de las decisiones de los administradores debe centrarse principalmente en los casos de incumplimiento del deber de *lealtad*, y no tanto en el deber de diligencia. El citado autor señala, entre otras razones, que “a diferencia de lo que ocurre con el juicio de negligencia –que entraña una valoración técnico-económica compleja–, el juicio de lealtad es de orden moral o deontológico, y para ello están bien preparados los jueces”⁶⁴. Esta idea culminó en la inclusión en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo (BOE núm. 293, de 04.12.2014), de una regla de origen estadounidense de la que hablaremos más adelante, la *business judgment rule*, cuyo objetivo es proteger la discrecionalidad empresarial de los administradores societarios.

Pues bien, si la capacidad de los jueces mercantiles para revisar decisiones empresariales ha sido cuestionada por su falta de conocimiento del mundo empresarial, dicha crítica será aún más severa con respecto a los jueces penales, que a diferencia de los mercantiles no están especializados en materia económica.

Como ya se ha dicho, según la nueva configuración del delito concursal, el juez penal entrará a valorar cuestiones extremadamente técnicas. Imagínese, por ejemplo, que la decisión controvertida fuera la compra de una sociedad competidora por parte de la sociedad que posteriormente es declarada en concurso. Para analizar la razonabilidad económica de esa decisión, el juez penal se verá obligado a analizar aspectos muy complejos y sujetos a múltiples variables como las necesidades estratégicas del deudor, la cuota de mercado que ganó con la adquisición objeto de revisión y, en definitiva, los costes y beneficios que la operación presentaba *ex ante*.

Además, en algunos casos el juez penal tendrá que valorar si se da o no el presupuesto fáctico para que el deudor sea declarado en concurso (esto es, si éste ha dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles), lo que en ocasiones puede ser una cuestión extremadamente técnica y compleja. Buena muestra de ello son los documentos que la LC exige al deudor presentar para justificar la solicitud de concurso (memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de su actividad y de las causas del estado en que se encuentre; inventario completo de los

⁶³ Tal y como explica MUÑOZ ARANGUREN, *InDret*, (2), 2011, p. 6, el sesgo retrospectivo está vinculado a la heurística de la disponibilidad, en la medida en que “los resultados acontecidos son más accesibles para el sujeto que juzga que los que nunca se produjeron”.

⁶⁴ PAZ ARES, *InDret*, (4), 2003, p. 9. Esta reflexión es igualmente compartida por FLEISCHER, *RDM*, (126), 2002, p. 1746: “Las acciones dolosas de los órganos de dirección, que no alcanzan el estándar mínimo de contenido son fácilmente reconocibles por los tribunales en la mayoría de los casos. El riesgo de error judicial se mueve, sí, en un marco asumible y no cabe esperar señales negativas para los administradores conscientes del riesgo y, a la vez, honrados”.

bienes del deudor, indicando su naturaleza, valor de adquisición y estimación del valor actual; cuentas anuales, etc.).

La dificultad y complejidad que entraña la valoración de las decisiones empresariales hará que, en la práctica, los jueces penales se vean altamente condicionados por la opinión de los administradores concursales, concretada en el informe que éstos realicen sobre la situación económica del deudor (arts. 74 ss. de la LC) y que con frecuencia se basa en valoraciones muy técnicas. De este modo, igual que ocurre con el informe que la Agencia Tributaria realiza en casos de delito fiscal, la valoración de la razonabilidad o no de la decisión empresarial se trasladará en gran medida a los administradores concursales, es decir, a personas ajenas al órgano judicial.

Por último, no debe olvidarse que los juzgados mercantiles fueron creados precisamente para fomentar la especialización de los jueces en la valoración de asuntos económicos, señaladamente los relacionados con la insolvencia. En particular, tal y como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2003, de 9 de julio, de reforma concursal del Poder Judicial (BOE núm. 164, 10.07.2003), que creó la categoría de los juzgados mercantiles, esa especialización se consideró necesaria, entre otras razones, para garantizar que los jueces tuvieran “el conocimiento específico y profundo de la materia” necesario para “facilitar unas resoluciones de calidad en un ámbito de indudable complejidad técnica”⁶⁵. Por consiguiente, cabe concluir que la revisión de la falta de diligencia en la gestión de asuntos económicos por parte de la jurisdicción penal que introduce la Reforma es contraria a la idea de especialización en materia económica que motivó la creación de los Juzgados de lo Mercantil⁶⁶.

En definitiva, el hecho de que el nuevo delito concursal tipifique conductas que no son sino meros ilícitos mercantiles (y que, insisto, en algunos casos ni siquiera llegan a serlo), fuerza al juez penal a valorar cuestiones y hechos que no le competen y para los que no tiene ni el conocimiento ni la experiencia necesarios, con el alto “riesgo de error” que ello implica por los sesgos y errores cognitivos ya apuntados. Con esto no quiero decir que deba vedarse al juez penal la valoración de cuestiones no estrictamente jurídicas, y en algunos casos complejas, pues es cierto que para eso existen medios probatorios como las pericias. Lo que sostengo es, sencillamente, que la actuación del juez penal debe limitarse a aquellos casos en los que, por su gravedad, su intervención esté justificada por encima de otros órdenes jurisdiccionales que por su especialización son en principio los más adecuados y los que menos “riesgo de error” ofrecen. Y esa gravedad, como ya se ha expuesto, no se da en las conductas previstas en la nueva redacción del art. 259 CP.

⁶⁵ Apartado II de la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica 3/2003, de 9 de julio, de reforma concursal del Poder Judicial. Asimismo, sobre las razones que llevaron a la creación de los juzgados mercantiles, puede verse ALBERT/CABRILLO, «Un análisis económico de la reforma concursal española», *RVEH*, (11), 2004, p. 129.

⁶⁶ De hecho, algún autor incluso ha considerado que el delito concursal anterior a la Reforma ya era de por sí contrario a esa especialización del juez mercantil. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, PAVÍA CARDELL, «Incidencia de la reforma concursal en los delitos de insolvencia punible (Notas para una nueva integración de los arts. 259, 260 y 261 CP)», en AAVV, *Estudios sobre la nueva legislación concursal*, 2006, p. 210.

6. Efectos no deseados de la Reforma del delito concursal

Sabido es que la creación de normas, especialmente si son tan significativas como la que aquí se analiza, tiene el peligro de producir efectos en la realidad no esperados ni deseados, generando a veces más problemas de los que se querían evitar. En las líneas que siguen se explican algunos de los efectos que puede acarrear la aplicación del nuevo art. 259 CP, efectos que, por su gravedad, entiendo que no han sido previstos por el legislador.

6.1. Desincentivo al emprendimiento empresarial

En los últimos años, tanto en España como en otros países de su entorno, se ha acogido con gran entusiasmo la idea del emprendimiento empresarial, ensalzando su importancia para la creación de empleo y el crecimiento económico⁶⁷.

Pues bien, una de las diversas políticas que los Estados han venido implantando para el fomento del emprendimiento ha sido precisamente la adaptación de sus respectivas normativas concursales en el sentido de aminorar los efectos que sufrirá el emprendedor en caso de fracaso empresarial. Así, por ejemplo, en España se aprobó la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE núm. 233, 28.09.2013) (en adelante LAEI), por la cual, además de otras medidas para favorecer la contratación y financiación de los emprendedores, se establecen determinadas particularidades en materia concursal a fin de suavizar el régimen de responsabilidad del emprendedor en caso de insolvencia (por ejemplo, haciendo que las deudas de las personas físicas insolventes no afecten a su vivienda habitual si se dan ciertas condiciones). Esa tendencia del legislador ha sido confirmada mediante posteriores iniciativas en el mismo sentido, entre las que destaca la aprobación de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 180, 29.07.2015), conocida con el elocuente nombre de "Ley de segunda oportunidad".

La relajación de la responsabilidad del emprendedor en caso de insolvencia persigue dos objetivos claves para el fomento del emprendimiento empresarial (i) evitar que el riesgo al fracaso empresarial desincentive a los potenciales emprendedores a la hora de lanzarse a realizar sus proyectos ("*risk aversion*"⁶⁸); y (ii) evitar que el fracaso empresarial suponga un lastre que impida al emprendedor volver a invertir en nuevos proyectos ("*fresh start*"⁶⁹).

La importancia de ambas cuestiones para favorecer el emprendimiento es evidente. Cuando una persona decide invertir su patrimonio en un negocio valora previamente el posible riesgo y

⁶⁷ Sobre la importancia del emprendimiento para la recuperación económica y la creación de empleo, véase la Comunicación de la Comisión Europea "Hacia una recuperación generadora de empleo", de 18.04.2012 (COM 2012, 173 final) de abril de 2012.

⁶⁸ Uno de los primeros estudios sobre el impacto que la aversión al riesgo tiene en la creación de empresas es el realizado por KIHLMSTROM/LAFFONT, «A General Equilibrium Entrepreneurial Theory of Firm Formation Based on Risk Aversion», *J. Polit. Econ.*, (87-41), 1979, *passim*, en el cual se concluye, a partir de modelos matemáticos, que "las personas más aversas al riesgo se convierten en empleados mientras que las menos se convierten en empresarios".

⁶⁹ Con el término "*fresh start*" se refiere la literatura anglosajona a la posibilidad de que el deudor insolvente pueda salir de su insolvencia sin deudas que le imposibiliten reintegrarse en el mundo empresarial (véase WHITE/FAN, «Personal Bankruptcy and the level of entrepreneurial activity», *J. Law Econ.*, (46), 2003, pp. 543 ss.).

beneficio que implica el proyecto. Es decir, el potencial emprendedor, antes de invertir, se pregunta qué ocurrirá, en qué situación se quedará, si su proyecto no sale bien y sufre un fracaso empresarial. Ello hace que, lógicamente, un Derecho concursal severo con el insolvente incline la balanza hacia el no emprendimiento y hacia la preferencia de opciones más estables y económicamente menos arriesgadas como trabajar por cuenta ajena. Por otro lado, es igualmente importante que el fracaso en un proyecto empresarial no impida que el emprendedor lleve a cabo otros nuevos proyectos, es decir, que sus deudas no pervivan para siempre y le impidan hacer nuevas inversiones. Ello máxime teniendo en cuenta que no siempre es fácil acertar a la primera y que la experiencia en proyectos previos, aunque hayan sido fallidos, permitirá al emprendedor aprender de sus propios errores y afrontar los nuevos proyectos con un mayor conocimiento sobre lo que debe y no debe hacer⁷⁰.

Aunque según lo ya expuesto creo que no cabe duda de que la severidad de la normativa concursal influye negativamente en el emprendimiento, existen en todo caso estudios que así lo confirman⁷¹. Entre ellos, cabe destacar el estudio realizado por los profesores John ARMOUR y Douglas CUMMING, de la Oxford University y la York University respectivamente, titulado “*Bankruptcy law and Entrepreneurship*” y publicado por *European Corporate Governance Institute*⁷². En este estudio se analizan datos sobre la normativa concursal de 15 países desarrollados⁷³, incluyendo España, sobre un periodo de 16 años (de 1990 a 2005), centrándose especialmente en el régimen de la insolvencia de la persona física. Pues bien, tras comparar tales datos con los niveles de emprendimiento de cada uno de los países, su conclusión fue la que hemos venido defendiendo hasta el momento: “El Derecho concursal tiene un pronunciado efecto en los niveles de emprendimiento. De hecho, las normas sobre insolvencia son las que generan los efectos más importantes estadística y económicamente entre los países, por encima de factores económicos como el crecimiento del PIB y los rendimientos de las bolsas MSCI. Dependiendo del parámetro concreto, mostramos cómo los cambios de la normativa concursal más favorables al emprendedor (*entrepreneur friendly*) dan lugar a importantes aumentos estadística y económicamente en el autoempleo por población”.

A la vista de lo anterior, la reforma del delito concursal puede tener una incidencia *altamente negativa* en el fomento del emprendimiento empresarial y, en última instancia, en la creación de empleo. Cuando el emprendedor se haga la pregunta que indicaba anteriormente sobre qué podrá ocurrirle si su proyecto fracasa, la respuesta será ciertamente desalentadora. El emprendedor sabrá que, aunque actúe de buena fe, si comete errores de gestión u otra actuación considerada no diligente el castigo podría ser nada más y nada menos que ir a la cárcel, además de la responsabilidad civil que corresponda. Ello hará que, razonablemente, la balanza de *riesgo* vs.

⁷⁰ Esta opinión es compartida por la Comisión Europea en su Recomendación de 12 de marzo de 2014 titulada “Sobre un Enfoque Nuevo frente a la Insolvencia y el Fracaso Empresarial”, al afirmar expresamente que: “...hay elementos que demuestran que, la segunda vez, los empresarios declarados insolventes tienen más posibilidades de éxito” (DOUE L 74/65, de 12.03.2014).

⁷¹ Véanse, entre otros, los estudios de LEE *et al.*, «How do bankruptcy laws affect entrepreneurship development around the world?», *J. Bus. Venturing*, 2011, pp. 505 ss.; WHITE/FAN, *J. Law Econ.*, (46), 2003, pp. 543 ss.; y AYOTTE, «Bankruptcy and Entrepreneurship: The Value of a Fresh Start», *J. Law. Econ. Organ.*, (23-1), 2002, pp. 161 ss.

⁷² ARMOUR/CUMMING, «Bankruptcy law and Entrepreneurship», *ECGI - Law Working Paper No. 105/2008*, 2007.

⁷³ En concreto: Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Holanda, España, Suecia, Reino Unido y Estados Unidos.

potencial beneficio se incline con mayor facilidad hacia la no asunción de riesgos, hacia el no emprendimiento, lo cual es a todas luces contrario a la política defendida en los últimos años de lograr “un cambio de mentalidad en el que la sociedad valore más la actividad emprendedora y la asunción de riesgos” (Exposición de Motivos de la citada LAEI).

Por otra parte, conviene igualmente destacar que la criminalización del fracaso empresarial prevista en el nuevo art. 259 CP acentúa la *estigmatización* que ya de por sí supone la situación de insolvencia para el empresario⁷⁴. Piénsese que la mera pendencia de un procedimiento penal, que hace que el empresario se vea declarando como investigado o sentado en el banquillo, supone por sí solo un alto coste personal y de reputación. Es decir, a la estigmatización propia del fracaso empresarial se añade la estigmatización propia de la condena penal o incluso de la mera “sospecha de delito”⁷⁵. Esto dificulta la reinserción del insolvente en el mundo empresarial y se aleja de la idea del *fresh start* que, como decimos, es uno de los factores clave para el fomento del emprendimiento y el autoempleo⁷⁶.

6.2. Desincentivo a la innovación empresarial

La ampliación del delito concursal comentada no solo tiene incidencia en el emprendimiento, es decir, en la valoración que una persona hace *ex ante* a la hora de decidir si le compensa o no crear una empresa o en general iniciar una actividad económica. La Reforma también condicionará *negativamente* a quien ya es empresario, y en el caso de personas jurídicas a sus administradores, a la hora de adoptar decisiones empresariales en el desarrollo y gestión diaria del negocio.

Efectivamente, una severidad excesiva en el régimen de responsabilidad por falta de diligencia del empresario o de los administradores de sociedades puede tener el efecto de que éstos se vuelvan demasiado contrarios al riesgo en la toma de decisiones (*risk averse*), por temor a las sanciones que se les pudiera imponer si finalmente éstas resultasen ser desacertadas. Y esto no es nada bueno. Al contrario, esa aversión al riesgo representa un claro obstáculo para la innovación empresarial pues

⁷⁴ Sobre la estigmatización que lleva aparejada la declaración de insolvencia, véase BUJIDOS/MARQUÉS/FERNÁNDEZ, «Análisis económico del concurso en España», en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ *et al.* (dirs.), *La Ley Concursal y su aplicación*, 2009, pp. 48-50: “La insolvencia genera un período de incertidumbre que conviene superar, en su caso, con la mayor celeridad posible. Esto es así por la estigmatización que se produce del deudor, y por la desconfianza que se genera en cuanto a la continuidad del negocio se refiere. [...] Como ya se ha comentado puede ser debido a motivaciones culturales o sociales, pero la realidad es que el empresario concursado es visto como un mal gestor y no como un gestor que, ante problemas de liquidez, trata de llegar a un acuerdo para salvaguardar la continuidad del negocio, los empleos y los créditos de sus acreedores”.

⁷⁵ FERRAJOLI, «El Derecho penal mínimo», en BUSTOS RAMÍREZ (dir.), *Prevención y teoría de la pena*, 1995, p. 44: “La prisión preventiva, y por otro lado el proceso, como instrumento espectacular de estigmatización pública, antes todavía que la condena, han ocupado ya el lugar de la pena como sanciones del delito o, más precisamente, de la sospecha de delito”.

⁷⁶ De hecho, tan importante es reducir la estigmatización del insolvente de buena fe y garantizarle una segunda oportunidad que la Comisión Europea emitió el 12 de marzo de 2014 una Recomendación, titulada “sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial” (DOUE L 74/65, de 14.03.2014), en la que se insta a los Estados Miembros a implementar medidas destinadas a reducir esa estigmatización. Y en dicha Recomendación, la Comisión advierte de todo lo que hemos venido comentando hasta ahora, esto es, que “las consecuencias de la insolvencia, especialmente el *estigma social*, las *consecuencias jurídicas* y la *incapacidad permanente para saldar deudas* constituyen importantes *desincentivos* para los empresarios que desean crear una empresa o aprovechar una segunda oportunidad” (Expositivo 20 de la mencionada Recomendación).

fomenta, por un lado, el *conservadurismo excesivo* en la toma de decisiones empresariales y, por otro, la creación de mecanismos de protección ineficientes como las denominadas *murallas de papel*. Por su claridad, me permito reproducir la explicación que MÚGICA ALCORTA⁷⁷ realiza sobre ambas cuestiones:

“El temor de los administradores a incurrir en responsabilidad por actos que ellos no consideraron incorrectos cuando los decidieron o realizaron puede dar lugar al problema del «*sobrecumplimiento*» u *overcompliance*. El administrador que anticipa la posibilidad de error del juez extremará el celo adoptando precauciones por encima de las legalmente exigibles.

Tratándose de la responsabilidad por falta de diligencia, una normativa muy rigurosa puede introducir graves perturbaciones en la marcha de la empresa, y ello bajo dos aspectos: «*conservadurismo*» en la gestión y «*murallas de papel*». El fenómeno del «conservadurismo», producto de la aversión al riesgo, induce a los administradores a planificar las estrategias empresariales con un nivel de riesgo inferior al que convendría a los accionistas (estos, si han diversificado sus carteras, son neutrales al riesgo). Tal inercia conservadora, que empuja a los administradores a renunciar a proyectos de inversión altamente rentables (aunque entrañen riesgo) y a promover proyectos de inversión poco rentables (aunque de reducido riesgo) puede ir en contra de los intereses de los inversores. *Y el problema se exagera si el régimen de la responsabilidad de los administradores se vuelve más riguroso. [...] “El segundo efecto indeseable [murallas de papel] consistiría en la producción de ineficiencias, pues los administradores tratarían de acorazarse contra las responsabilidades fundando sus decisiones en un tinglado de papel (certificaciones de auditores sobre estados financieros, informes de bancos industriales sobre valor de las compañías y sobre proyectos empresariales, dictámenes jurídicos, etc.) que acaso no estén justificados conforme a la lógica del análisis coste-beneficios. No es solo una suposición la de este fenómeno (paper walls), sino que se ha verificado su existencia allí donde la exigencia de las responsabilidades se ha elevado”.*

Así pues, una excesiva severidad en el castigo de la falta de diligencia en la gestión de asuntos económicos, del error empresarial, hace que los empresarios y los administradores de sociedades se vuelvan ineficientes. Éstos, ante el temor de las consecuencias que sus decisiones puedan acarrearles personalmente —máxime si son penales—, estarán pensando más en protegerse ante futuras reclamaciones (las *murallas de papel* ya mencionadas es un claro ejemplo de ello) que en tomar la decisión que objetivamente sea la más adecuada para la sociedad, aunque en ocasiones implique un riesgo. Así, a la hora de tomar decisiones empresariales, el criterio puramente económico no será el único que rijan la actuación del gestor o empresario, sino que en sus decisiones también tendrá en cuenta el riesgo que le generen a él *personalmente* (que no a la empresa). En otras palabras, una decisión objetivamente peor pero menos arriesgada predominará sobre una decisión objetivamente mejor pero más arriesgada.

Como es obvio, la asunción de riesgos no debería ser un obstáculo para el buen desarrollo de la actividad empresarial, pues es algo intrínseco a ésta. Así lo ha manifestado la Comisión Europea: “El espíritu empresarial es inherentemente arriesgado y requiere confianza en uno mismo y autonomía así como una cierta disposición para la asunción de riesgos, ya que la creación de una

⁷⁷ MÚGICA ALCORTA, *EDeusto*, (57-2), 2009, pp. 199, 231. En el mismo sentido, véase PAZ ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, 2007, p. 88.

empresa, su éxito y su fracaso son inherentes a la realidad de la economía de mercado”⁷⁸. Así, el gestor demasiado temeroso a la hora de asumir riesgos no es un buen gestor. Antes al contrario, el buen gestor debe tener la capacidad necesaria para asumir riesgos cuando sea preciso (*“l’esprit d’entreprise c’est aussi la prise de risque”*⁷⁹), sin que le paralice el miedo a ser castigado si el resultado es negativo y sin que malgaste tiempo y dinero de forma innecesaria en protegerse ante potenciales reclamaciones mediante interminables informes y opiniones de terceros externos cada vez que tenga que tomar una decisión. Piénsese, en este sentido, que la innovación y la creatividad son elementos esenciales para que una empresa mejore y sea más competitiva y que en muchos casos la rapidez y agilidad en la toma de decisiones es vital para no perder oportunidades de negocio.

Asimismo, la innovación es especialmente importante en épocas de crisis como la que hemos venido padeciendo en los últimos años, en las que las empresas se ven obligadas a adaptarse en poco tiempo al nuevo entorno económico (por ejemplo, buscando nuevos mercados, cambiando sus procesos de producción, fabricando nuevos productos, etc.) para sobrevivir. De hecho, cuando una empresa atraviesa por dificultades económicas, los intentos para salir de esa situación suelen conllevar un alto grado de incertidumbre sobre si las decisiones empresariales que se toman serán o no acertadas, por lo que la asunción de riesgos es algo casi inevitable cuando se atraviesa por épocas de crisis⁸⁰.

De este modo, el castigo penal de la mera falta de diligencia empresarial previsto en la reforma del delito concursal tendrá un efecto no deseado de gran relevancia: el fomento de una cultura de *aversión al riesgo* que desincentivará a los empresarios y administradores a adoptar decisiones innovadoras y creativas, lo cual a su vez tendrá un impacto muy negativo en la actividad económica. No en vano “una aceptación positiva del riesgo es la fuente misma de la energía que crea riqueza en una economía moderna”⁸¹.

6.3. Potenciales contradicciones entre el procedimiento penal y el concursal

La vinculación entre el procedimiento concursal y el procedimiento penal por delito concursal había sido tradicionalmente alta⁸². Tanto es así que, hasta la promulgación del vigente Código penal de 1995, el procedimiento penal por este delito solo podía iniciarse en caso de que el Juez civil calificara la quiebra como culpable y, además, ordenara deducir testimonio a los tribunales

⁷⁸ Comunicación de la Comisión Europea “Superar el estigma del fracaso empresarial – por una política que ofrezca una segunda oportunidad. Ejecución de la Asociación para el Crecimiento y el Empleo de Lisboa” de fecha 5 de octubre de 2007 (COM 2007, 587 final).

⁷⁹ TERCIER, en *Kolloquium Alain Hirsch*, 1996, pp. 33-39 [cita extraída de FLEISCHER, *RDM*, (126), 2002, p. 1731].

⁸⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, «Sociedades mercantiles en crisis y Derecho penal. Sobre la función social y el fundamento del injusto del delito concursal (art. 260 CP)», *ADCo*, (16), 2009, p. 46: “No se debe olvidar que la experiencia demuestra que los intentos de saneamiento representan un negocio de riesgo en los que las probabilidades de fracaso suelen ser superiores a las de éxito”.

⁸¹ GIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, 1999, p. 36.

⁸² Sobre la vinculación entre el procedimiento penal y concursal y el reciente proceso de “emancipación” del primero véase RODRÍGUEZ MOURULLO, «La independencia del proceso penal en materia concursal respecto al civil-mercantil. Particular estudio de los apartados 3 y 4 del art. 260 CP en su nueva redacción», en AAVV, *Estudios sobre la nueva legislación concursal*, 2006 pp. 39 ss.

penales. Ello hacía que, según QUINTANO RIPOLLÉS, el tribunal penal fuera siervo *in procedendo* pero soberano *in condenando* o *in absolviendo*⁸³.

No obstante, el Código penal de 1995 no estableció una desvinculación completa entre ambos procedimientos, al incluir como condición de punibilidad del delito que el deudor hubiera sido declarado en concurso.

El paso hacia la desvinculación total entre el procedimiento penal y el concursal ha sido dado por la Reforma, al no exigir ya necesariamente esa condición de punibilidad. Desvinculación que, en mi opinión, unida a la ampliación excesiva de la conducta típica, dará lugar a graves contradicciones e incoherencias entre ambos procedimientos.

La doctrina ya ha puesto de manifiesto que la pretensión de desconexión total entre los procedimientos penal y concursal es *vana*⁸⁴, pues ambos tienen como objeto un mismo fenómeno: la insolvencia. En concreto, se ha criticado la ausencia de mecanismos de coordinación entre ambos procedimientos – achacada a que la LC fue elaborada pensando en que el delito concursal sería derogado – y las contradicciones que ello ha generado en la valoración de los hechos en uno y otro⁸⁵. Así lo explica ALFONSO LASO: “[e]s por ello por lo que ahora, seguramente en algún supuesto práctico pueda llegarse a echar en falta líneas o pautas procesales que pudieran evitar las eventuales discordancias (no en la calificación del concurso, lo cual es posible), sino en la valoración de la prueba respecto de los hechos que den fundamento a la calificación de los mismos”⁸⁶.

Pues bien, si con el sistema anterior ya se había advertido la existencia de contradicciones entre el procedimiento concursal y el penal, la situación se agravará sustancialmente con la Reforma. Ello es así, en primer lugar, por la ya explicada razón de que el juez concursal y el juez penal tendrían que valorar un mismo hecho – la gestión económica del deudor – y desde una misma perspectiva – si esa gestión fue o no diligente –. De este modo, el juez penal entrará a valorar cuestiones que antes solo valoraba el juez concursal, lo cual incrementará lógicamente el riesgo de contradicciones que ya de por sí existía entre ambos órdenes jurisdiccionales.

Pero es que, además de lo anterior, podría darse la posibilidad de que el juez concursal considerase que el deudor no se encuentra en situación de insolvencia – por entender que no ha dejado de cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles (art. 2 LC) –, y que sin embargo el juez penal entendiera que sí se encuentra en dicha situación, por entender que sí que ha dejado de cumplir tales obligaciones, permitiendo así la persecución del delito (art. 259.4 CP). Esta contradicción sería aberrante, pues el juez penal estaría enmendando la plana al juez concursal, que como se ha dicho es el especializado y quien tiene el conocimiento y la experiencia para tratar cuestiones económicas, señaladamente las relativas a la insolvencia. Esta potencial contradicción no es tan remota como pudiera pensarse, puesto que el juez penal decidirá sobre si el deudor es o no insolvente a partir

⁸³ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. 3, 1978, p. 104.

⁸⁴ QUINTERO OLIVARES, «Art. 260», en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2008, p. 737.

⁸⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, en AAVV, *Estudios sobre la nueva legislación concursal*, 2006, pp. 44; CUGAT MAURI, *La Ley*, (1), 2004, pp. 1610 ss.; y FEIJOO SÁNCHEZ, *Diario La Ley*, (7168), 2009.

⁸⁶ ALFONSO LASO, «Las insolvencias punibles a la luz de la nueva ley concursal. Algunos problemas prácticos concretos en su aplicación», *EDJ*, (72), 2005, p. 284.

de los datos que consten en el procedimiento penal, que no serán necesariamente los mismos que consten en el procedimiento concursal.

Por lo tanto, la Reforma, en lugar de aprovechar la ocasión para minimizar en la medida de lo posible el riesgo de contradicción ya existente entre los procedimientos penal y concursal, lo que hace es incrementarlo, y ello en contra del principio de seguridad jurídica que reconoce el art. 9.3 CE como exigencia objetiva del ordenamiento jurídico.

7. La reforma del delito concursal es contraria a la regla de discrecionalidad empresarial (business judgment rule) prevista en la Ley de Sociedades de Capital

La reforma del delito concursal objeto de análisis no solo genera disfunciones con respecto a la legislación concursal, sino que además es a todas luces contraria a la evolución del Derecho societario en lo que se refiere al régimen de responsabilidad de administradores.

En efecto, precisamente para evitar los efectos negativos que supone la cultura de aversión al riesgo empresarial ya comentados, la Comisión de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo, en su informe de 14 de octubre de 2013, propuso introducir en el Derecho societario español una regla de origen estadounidense tendente a proteger la discrecionalidad empresarial de los administradores de sociedades de capital: la ya citada *business judgment rule*⁸⁷. Esta regla, como veremos, a diferencia de lo que hace la Reforma, tiende a suavizar el régimen de responsabilidad de los administradores por incumplimiento del deber de diligencia y limita considerablemente la posibilidad de revisar judicialmente sus decisiones.

La definición clásica de esta regla podemos encontrarla en la sentencia del Supreme Court of Delaware en el caso *Aronson vs. Lewis* de 1984, en la que se afirma que se trata de “una presunción según la cual se estima que los administradores de la sociedad, cuando toman una decisión empresarial, lo hacen sobre una base informada, de buena fe, y con la creencia honesta de que la acción tomada lo es en interés de la compañía”⁸⁸. Los requisitos concretos para la aplicación de la regla aparecen formulados en los *Principles of Corporate Governance* editados por el *American Law Institute*, en cuyo § 4.01 c) se establece que “[u]n administrador o directivo que toma una decisión empresarial con buena fe cumple con el deber previsto en esta sección (esto es, el deber de diligencia) si tal administrador o directivo: [1] no tiene intereses en el asunto objeto de la decisión empresarial; [2] dispone de la información que, teniendo en cuenta las circunstancias, considera apropiada en relación con el asunto objeto de la decisión empresarial; y [3] cree razonablemente que la decisión empresarial es la mejor para los intereses de la empresa”.

Si la decisión adoptada por el administrador reúne los anteriores requisitos, más uno añadido posteriormente por la jurisprudencia estadounidense (el relativo a la racionalidad de la decisión), la actuación del administrador no podrá ser revisada judicialmente *a posteriori*, ni siquiera cuando su resultado haya sido pésimo.

⁸⁷ Regla de origen estadounidense que ya ha sido incorporada en ordenamientos de nuestro entorno, como el alemán (§ 93 *Aktiengesetz*), aunque con menor intensidad que Estados Unidos, pues la legislación alemana atribuye a los administradores la carga de la prueba sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para aplicación de la regla (véase a este respecto HERNANDO MENDIVIL, «La business judgment rule», *RDM*, (299), 2016).

⁸⁸ Literalmente: “A presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the Company”.

Con requisitos similares ha sido introducida esta regla en la LSC, cuyo art. 226.1 dice así: “En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando [1] el administrador haya actuado de buena fe, [2] sin interés personal en el asunto objeto de decisión, [3] con información suficiente y [4] con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”.

Esta regla, si bien no exime a los administradores de su responsabilidad por falta de diligencia (como no podía ser de otra manera), sí limita esa responsabilidad a los casos de negligencia más extremos⁸⁹. De hecho, esta regla ha sido criticada por sus detractores por, según dicen, ampliar demasiado el margen de discrecionalidad del administrador hasta el punto de hacer muy difícil en la práctica atribuirles responsabilidad por falta de diligencia en sus decisiones⁹⁰.

El objetivo de la *business judgment rule* es proteger la discrecionalidad de los administradores a fin de que éstos adopten las decisiones que, honestamente, de buena fe⁹¹, consideren más adecuadas para el cumplimiento del fin social, sin que les paralice el temor a futuras reclamaciones de los accionistas o terceros por falta de diligencia. En otras palabras, tal y como expresamente indica la citada Comisión de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo en su estudio, la introducción de la *business judgment rule* en el Derecho societario español responde a “una exigencia necesaria para fomentar una cultura de innovación y facilitar la sana asunción y gestión de riesgos” (p. 38).

Los numerosos estudios doctrinales que han analizado esta regla han señalado igualmente su importancia para preservar la innovación empresarial y la sana asunción de riesgos, así como para limitar la revisión judicial de decisiones empresariales y el problema ya comentado de los sesgos cognitivos (especialmente el retrospectivo) que afectan a dicha revisión⁹². En palabras de MCMILLAN⁹³: “La *business judgment rule* sirve para garantizar que las decisiones tomadas de buena fe por los administradores estén protegidas aun en el caso de que, en retrospectiva, tales decisiones hayan demostrado ser injustificadas y erróneas. [...] Dado que la mayoría de las personas son aversas al riesgo, si los administradores tuvieran que preocuparse por su responsabilidad en cada decisión que adoptasen, muchos de ellos insistirían en ir a lo seguro. Esto reprimiría la innovación

⁸⁹ HERNANDO CEBRIÁ, *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del buen juicio empresarial*, 2009, p. 117: “sólo cabrá reputar irracional la decisión, y, por tanto, se exceptiona la aplicación de la Regla cuando la decisión sea ‘tan manifiestamente imprudente que resulte inexplicable, en el sentido de que no se encuentre bien motivada y que ninguna persona mínimamente informada la hubiera adoptado’”.

⁹⁰ Buen ejemplo de ello es la enmienda que los Senadores de Izquierda Unida, D. Jesús Enrique Iglesias Fernández y D. José Manuel Mariscal Cifuentes, presentaron durante la tramitación parlamentaria de la reciente Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del Gobierno Corporativo (BOE nº 293, de 04.12.2014) solicitando la no inclusión de la *business judgment rule* en el Derecho societario español: “La nueva redacción del art. 226 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital pretende importar a nuestro ordenamiento, de cualquier manera, la conocida como Business Judgment Rule, acuñada por la jurisprudencia de los tribunales de Delaware (EEUU), que como es sabido ha traído como consecuencia la *práctica irresponsabilidad de los administradores* de las sociedades de capital”.

⁹¹ En palabras de una de las múltiples resoluciones que han aplicado esta regla: “Los tribunales no revisarán la decisión empresarial honesta”, *Bodell v. Gen. Gas & Elec.*, 140 A. 264, 267, Del. 1927; cita extraída de BRANSON, «The rule that isn't a rule – The business judgment rule», *BEPress*, (36-3), 2002, p. 634.

⁹² Pueden verse, entre otros muchos, HERNANDO MENDIVIL, *RDM*, (299), 2016; GROSS BROWN, «Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el business judgement rule», *RdS*, 2011, pp. 307 ss.; MÚGICA ALCORTA, *EDeusto*, (57-2), 2009, pp. 193 ss.; BRANSON, *BEPress*, (36-3), 2002, pp. 631 ss.; HARTLEY, *ANU College of Law Research Paper No. 12-21*, 2011; HERNANDO CEBRIÁ, *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales*, 2009; FLEISCHER, *RDM*, (126), 2002, p. 1727 ss.; SUESCÚN DE ROA, *Vniversitas*, (127), 2013, p. 360; WEINBERGER, *T.M. Cooley L. Rev.*, (279), 2010, pp. 281 ss.

⁹³ «The Business Judgment Rule as an Inmunity Doctrine», *William & Mary Business Law Review*, (4-2).

por la que son conocidas las empresas americanas y haría que los beneficios se mantuvieran bajos. Hay en general una correlación entre riesgo y beneficio, y los administradores estarían demasiado preocupados por su responsabilidad personal para asumir riesgos en el desarrollo de la actividad de la sociedad”.

Pues bien, si el legislador mercantil español ha considerado que el miedo a ser objeto de sanciones civiles por falta de diligencia condiciona negativamente a los administradores a la hora de tomar las decisiones que honestamente consideran más adecuadas para la sociedad, ese condicionamiento será mucho mayor si la sanción a la que podrían enfrentarse tales administradores, o cualquier empresario, es de tipo penal. Y es lógico: todos tememos más el castigo penal (ir a la cárcel, pagar una multa y que te tachen de delincuente) que el civil (el pago de una indemnización). Este temor se agrava, además, por el hecho de que las pólizas de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos suelen cubrir las indemnizaciones a las que éstos pudieran ser condenados por actuaciones negligentes en el ejercicio de su cargo, pero con la condición de que tales actuaciones no sean constitutivas de delito.

Lo anterior nos lleva de nuevo a la conclusión de que el castigo de la mera falta de diligencia empresarial debería limitarse al ámbito civil y mercantil, siguiendo además el camino marcado por el Derecho societario con la introducción de la *business judgment rule* de limitar y suavizar dicho castigo⁹⁴.

8. Propuesta de interpretación

Ya se han expuesto los diversos problemas teóricos y prácticos que plantea la tipificación de la falta de diligencia en la gestión de asuntos económicos. Se ha explicado, en concreto, que esa tipificación supone una invasión del terreno del Derecho privado al criminalizar conductas que no son sino meros ilícitos civiles (y en algunos casos ni siquiera eso), generando graves distorsiones y disfuncionalidades, como la obstaculización de la finalidad conservativa del concurso, el fomento de una cultura de aversión al riesgo contraria al emprendimiento y la innovación empresarial o la resurrección de la internacionalmente prohibida *prisión por deudas*. A fin de minimizar lo máximo posible estos inquietantes efectos de la nueva regulación (evidentemente no deseados por el legislador), resulta a todas luces necesaria una interpretación *restrictiva* del tipo.

Recordemos que el Derecho penal no es un elemento aislado y desconectado del resto de normas que componen el ordenamiento jurídico. El Derecho penal forma parte de un todo, cumpliendo además una función muy específica: dar respuesta a los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes y solo en aquellos casos en los que el resto de ramas del Derecho no sean suficientes para abordarlos de forma adecuada.

El nuevo tipo penal que aquí se analiza debe interpretarse sin perder de vista esa función, pues de lo contrario perdería su legitimidad. Esa interpretación debe hacerse igualmente en consonancia

⁹⁴ Como señala PAZ ARES, *InDret*, (4), 2003: “Lo último que necesitan nuestras tradiciones son instituciones que fomenten el conservadurismo y la inercia; nuestro desafío es crear las condiciones más propicias para el desarrollo de una cultura de riesgo e innovación”.

con las normas extra penales que regulan la situación de insolvencia y la falta de diligencia empresarial, con el fin de evitar disfuncionalidades y contradicciones.

Así, a mi juicio, a la hora de aplicar este nuevo tipo penal deben respetarse dos premisas fundamentales: (i) no es delito aquella conducta que no reúne siquiera los elementos necesarios para ser relevante a efectos civiles; y (ii) no basta siquiera con que se den esos elementos del ilícito civil, sino que será necesario además un plus de gravedad que justifique la intervención penal. Como habrá podido apreciarse, ambas premisas están conectadas con la doble naturaleza del Derecho penal ya comentada —fragmentariedad y subsidiariedad—, derivadas de la aplicación del principio de intervención mínima del Derecho penal.

La primera de estas premisas hace que el Derecho concursal y resto de normativa mercantil y civil funcionen como un *primer filtro*. Si una conducta no es civilmente relevante, tampoco lo será penalmente. Aplicándolo a nuestro caso, si una conducta no es merecedora de reproche alguno en sede concursal (ya sea porque no reúne los requisitos para la calificación culpable del concurso o porque no cabe la aplicación de la acción rescisoria), menos aún podrá serlo de una sanción penal⁹⁵. Como ya se ha explicado, no tendría sentido, por ejemplo, que la jurisprudencia concursal considerase inocuo el depósito tardío de las cuentas anuales si éste se produce antes de la declaración del concurso y que sin embargo el retraso en formular las cuentas sí pueda castigarse en sede penal. Del mismo modo, tampoco tendría sentido que una determinada actuación del deudor no fuera considerada rescindible (por no darse la característica exigida por la jurisprudencia mercantil de que se haya causado un “sacrificio patrimonial injustificado”) y que sin embargo en sede penal sí fuera objeto de sanción.

De igual manera, tampoco sería delictiva aquella conducta que reúna los requisitos ya mencionados para la aplicación de la *business judgment rule*. Cuando esta regla aplica, la legislación mercantil considera que no ha habido infracción del deber de diligencia del administrador y que, por ende, no cabe exigírsele responsabilidad. Lo lógico es, por tanto, que si los requisitos de la *business judgment rule* excluyen la existencia de falta de diligencia del administrador en el ámbito societario, también deberán servir para excluir la existencia de la “falta de diligencia en la gestión de asuntos económicos” a la que se refiere el nuevo tipo del delito concursal. Dicho de otro modo, si el administrador está amparado por la *business judgment rule* para evitar su responsabilidad civil, también lo estará para evitar su responsabilidad penal⁹⁶.

En todo caso, como es obvio, no basta con que una conducta sea constitutiva de un ilícito civil para que ésta genere, sin más, responsabilidad penal. Aún habrá que pasar un *segundo filtro*. Ese

⁹⁵ En el mismo sentido, NAVAS MONDACA, *Insolvencias punibles Fundamentos y Límites*, 2015, pp. 203 s.: “En el caso del alzamiento de bienes y de los delitos de insolvencia, la regulación normativa extrapenal es la LC. Si se parte de que los delitos del Capítulo VII del Título XIII del CP regulan justamente la punibilidad de determinados comportamientos que dan lugar a situaciones de insolvencia fraudulenta, debe prestarse atención a la determinación de qué comportamientos son prohibidos por la LC, que es justamente el cuerpo normativo que regula las situaciones de insolvencia. Efectivamente, en dicho cuerpo normativo debería encontrarse la determinación de las actividades que se consideran peligrosas en relación con la producción de la insolvencia del deudor”.

⁹⁶ En el mismo sentido se pronuncia SANJUAN Y MUÑOZ, «La reforma penal y el proceso concursal», *Diario La Ley*, (8542), 2015.

segundo filtro consistirá en exigir que la conducta revista un plus de gravedad que la diferencia del mero ilícito civil. En el delito que aquí se analiza, la concurrencia de ese plus dependerá de si estamos ante el tipo de *peligro* previsto en el apartado 1º (la infracción del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos encontrándose el deudor en situación de insolvencia actual o inminente), el tipo de *resultado* previsto en el apartado 2º (la generación de la insolvencia como consecuencia de esa falta de diligencia) o el tipo *imprudente*, previsto en el apartado 3º del art. 259 CP.

En cuanto al tipo de *peligro*, dado que la configuración del mismo no parece permitir la exigencia de un ánimo específico en la conducta del deudor de perjudicar a sus acreedores, sí será necesario al menos acreditar que su actuación era, *ex ante*, a todas luces inexplicable y carente de ningún tipo de justificación económica. La falta de diligencia deberá ser, por tanto, grosera y, de algún modo, obvia. De esta forma, la existencia de una mínima razonabilidad o justificación económica de la actuación debería ser suficiente para excluir la aplicación del tipo.

Además, deberá exigirse que las conductas descritas en el apartado 1º del art. 259 CP generen un riesgo efectivo para el bien jurídico protegido, que en este caso sería el derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos con todos los bienes del deudor. El nuevo tipo se configuraría así como un delito de *peligro concreto* (no meramente abstracto⁹⁷), debiendo por ello cumplir los requisitos señalados por la doctrina para la comisión de este tipo de delitos, a saber (i) que la acción del sujeto activo suponga una amenaza real de lesión del bien jurídico tutelado, en tanto que el objeto material —en este caso, el patrimonio del deudor— o el sujeto activo (el deudor) entren en el radio de acción del comportamiento peligroso; y (ii) que para la determinación del resultado de puesta en peligro sea necesario realizar un juicio *ex post* y tener en cuenta todas las circunstancias del hecho⁹⁸. Aplicado al delito que nos ocupa, será preciso acreditar que la conducta del deudor supuso una amenaza real para el cobro de los créditos de los acreedores. Si la conducta del deudor es inocua o no tiene una incidencia relevante a este respecto, la conducta debería considerarse atípica.

Ello permitirá, por ejemplo, que la mera comisión de irregularidades contables que dificulten la comprensión de la situación financiera de la sociedad o el retraso en formular el balance no sean delito salvo que se pruebe la generación de un peligro concreto a los acreedores como consecuencia de dicha actuación, en el sentido de haber supuesto algún tipo de traba para el cobro de sus créditos. De no seguir esta interpretación, insisto, se estaría criminalizando la infracción de una mera obligación mercantil.

Por lo que se refiere al tipo de *resultado*, en este caso el plus de gravedad sí debería venir dado por la intencionalidad con la que actúa el autor. Es decir, debería ser necesario acreditar que el autor actuó con el ánimo de devenir insolvente y perjudicar con ello a sus acreedores, manteniendo así

⁹⁷ En contra, MANZANARES SAMANIEGO, *La reforma del Código penal de 2015 conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, 2015.

⁹⁸ ROXIN, PG, 1997, p. 404; JAKOBS, PG, 1997, pp. 206 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, p. 20; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en SERRANO-PIEDCASAS/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, 2010, pp. 87-111; VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, 2007, p. 243.

(al menos con respecto al tipo de resultado) los requisitos del elemento subjetivo que la jurisprudencia exigía para la aplicación del delito con anterioridad a la Reforma. A este respecto, conviene destacar que la eliminación del adverbio "dolosamente" de la descripción de la conducta típica⁹⁹, no excluye la posibilidad de exigir ese dolo específico de perjudicar a los acreedores. De hecho, el Tribunal Supremo ya se ha encargado de aclarar que la inclusión de dicho adverbio en la antigua redacción del art. 260 CP no equivale a que el delito sea "doloso" en el sentido que se utiliza en el Derecho penal como elemento de culpabilidad, "...pues el delito lo es, por imperativo del art. 12 del Código Penal, ya que 'las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley', y aquí no existe tipo imprudente. De modo que el concepto de este 'dolo' no es éste, sino la equiparación con el fraude, esto es, la Ley debe interpretarse en el sentido de que la conducta del deudor esté presidida por la intención de perjudicar (dolosa y fraudulentamente) a sus acreedores..." (STS 25.01.2008, RJ 1714, 2008; MP: Sánchez Melgar).

Finalmente, en cuanto a la modalidad *imprudente* prevista en el apartado 3º del art. 259 CP, su aplicación debe restringirse únicamente a aquellos casos en los que la conducta en cuestión haya causado la insolvencia del deudor, pues la comisión por imprudencia está pensada para los delitos de resultado. Además, tal y como señala QUINTERO OLIVARES, no tiene sentido que la imprudencia esté referida a unos hechos que el propio legislador anuncia como delitos de peligro, que son un *tertius genus* entre el dolo y la culpa¹⁰⁰. Por lo tanto, la modalidad imprudente prevista en el apartado 3º del art. 259 CP no debería aplicarse en ningún caso al apartado 1º del mismo precepto, pues dicho apartado 1º prevé un tipo de peligro, no de resultado.

Asimismo, la imprudencia debe ser especialmente grave, *temeraria*, que implique una omisión grosera de todo tipo de precaución. En este sentido, el hecho de que el tipo no prevea expresamente un umbral de gravedad específico no debe llevar a la conclusión de que basta la imprudencia menos grave¹⁰¹. Por varias razones: (i) porque entonces la conducta penal sería menos grave que la castigada en sede concursal (recordemos que la LC, para la aplicación del supuesto de culpabilidad del concurso previsto en el art. 164.1 LC, exige que la generación de la insolvencia sea causada al menos por culpa *grave*, no leve); (ii) porque sería el único delito (al margen de los leves) que aceptaría la imprudencia menos grave como modalidad comisiva; y (iii) porque no tiene sentido alguno que tipos penales mucho más relevantes exijan gravedad en la conducta imprudente, como por ejemplo los delitos de homicidio o de lesiones¹⁰², y que sin embargo esa gravedad no sea exigida en el delito concursal (!).

En definitiva, aunque posiblemente sigan sin solucionarse algunos de los problemas que plantea la excesiva ampliación del delito concursal introducida por la Reforma, la interpretación restrictiva del nuevo tipo que aquí se propone servirá, a mi juicio, para al menos paliarlos o mitigarlos.

⁹⁹ Recordamos que el antiguo art. 260 CP decía así: "El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada *dolosamente* por el deudor o persona que actúe en su nombre".

¹⁰⁰ QUINTERO OLIVARES, en EL MISMO (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 509. En el mismo sentido de exigir la producción de un resultado para tipificar la comisión imprudente de este delito, puede verse FARALDO CABANA, *RCP*, (23), 2015.

¹⁰¹ En el mismo sentido, FOUREY GONZÁLEZ, *AJUM*, (37), 2014, p. 139.

¹⁰² Me refiero a los tipos imprudentes de los delitos de homicidio y lesiones menos graves.

9. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 9.11.1950	1542/1950	Valledor y Suárez-Otero
STC, 16.02.1988	19/1988	Díez-Picazo Ponce de León
STC, 10.12.1991	230/1991	Rodríguez Bereijo
STS, 14.05.2003	4410/2003	Soriano Soriano
STS 14.09.2005	7053/2005	Monterde Ferrer
STS, 28.03.2006	1848/2007	Berdugo Gómez de la Torre
STS, 29.05.2006	3423/2006	Puerta Luis
STS, 6.06.2006	2006/5355	Berdugo Gómez de la Torre
STS, 18.07.2006	6301/2006	Berdugo Gómez de la Torre
STS, 10.10.2006	7705/2006	Berdugo Gómez de la Torre
STS, 24.05.2007	5613/2007	Ramos Gancedo
STS, 25.01.2008	1714/2008	Sánchez Melgar
STS 17.03.2015	1472/2015	Sastre Papiol
SAP Sevilla, 6.03.2006	592/2006	Gutiérrez López
SAP Santa Cruz Tenerife 11.04.2013	169168/2013	Mota Bello

10. Bibliografía

ALBERT/CABRILLO (2004), «Un análisis económico de la reforma concursal española», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, (11), pp. 113 ss.

ALFONSO LASO (2005), «Las insolvencias punibles a la luz de la nueva ley concursal. Algunos problemas prácticos concretos en su aplicación», *Estudios de Derecho Judicial (dedicado a: Derecho penal económico)*, (72), pp. 275 ss.

ALONSO GALLO (2011), «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (4).

————— (2006), «Errores y sesgos cognitivos en la expansión del derecho penal», en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO (coord.), *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*, Colex, Madrid, pp. 31 ss.

ARMOUR/CUMMING (2008), «Bankruptcy law and Entrepreneurship», *ECGI - Law Working Paper No. 105/2008*, disponible online en <http://ssrn.com/abstract=762144> (última visita: 23 de enero de 2015).

AYOTTE (2002), «Bankruptcy and Entrepreneurship: The Value of a Fresh Start», *The Journal of Law, Economics & Organization*, (23-1), pp. 161 ss.

BACIGALUPO ZAPATER (2014), «Insolvencia y delito en el Proyecto de Reformas del Código Penal de 2013», *Diario La Ley*, (8303).

BAINBRIDGE (2008), *The new Corporate Governance*, Oxford University Press, Nueva York.

BENITO LÓPEZ (2005), «La quiebra de la finalidad resocializadora de la pena, y la resurrección de la prisión por deudas», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Cizur Menor, pp. 83 ss.

BRANSON (2002), «The rule that isn't a rule - The business judgment rule», *The Berkeley Electronic Press*, (36-3), pp. 631 ss.

BUJIDOS/MARQUÉS/FERNÁNDEZ (2009), «Análisis económico del concurso en España», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ/SEBASTIÁN (dirs.), *La Ley Concursal y su aplicación*, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, pp. 41 ss.

CABALLERO BRUN (2008), *Insolvencias punibles*, Iustel, Madrid.

CAMPUZANO LAGUILLO (2014), «La responsabilidad de los administradores sociales de la persona jurídica concursada», en SEBASTIÁN QUETGLAS/VEIGA COPO (dirs.), *Problemas actuales del concurso de acreedores*, Civitas, Madrid, pp. 397 ss.

CONTHE GUTIÉRREZ (2012), «Cuando fallan las profecías», *El sueño de Jardiel. Blogs Expansión*, 20 febrero, disponible online en <http://www.expansion.com/blogs/conthe/2012/12/20/profecias-y-disonancia-cognitiva.html> (última consulta, 6 enero 2017).

CUGAT MAURI (2004), «El impacto de la nueva Ley Concursal en el delito de quiebra», *Diario La Ley*, (1), pp. 1610 ss.

ESQUINAS VALVERDE (2013), «La nueva regulación de los delitos de alzamiento de bienes en el Anteproyecto de Código Penal de 2012/2013», *La Ley Penal*, (105).

FARALDO CABANA (2015), «Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, (23).

FEIJOO SÁNCHEZ (2009), «Crisis económica y concursos punibles», *Diario La Ley*, (7178).

————— (2009), «Sociedades mercantiles en crisis y Derecho penal. Sobre la función social y el fundamento del injusto del delito concursal (art. 260 CP)», *Anuario de Derecho Concursal de Aranzadi*, (16), pp. 25 ss.

FERRAJOLI (1995), «El Derecho penal mínimo», en BUSTOS RAMÍREZ (dir.), *Prevención y teoría de la pena*, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, pp. 25 ss.

FLEISCHER (2002), «La 'Business Judgment Rule' a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho», *Revista de Derecho Mercantil*, (246), pp. 1727 ss.

FISCHOFF (1975), «Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty», *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, (1-3), pp. 288 ss.

FOUREY GONZÁLEZ (2014), «El concurso punible: regulación actual e implicaciones del Proyecto de Reforma del Código Penal», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, (37), pp. 133 ss.

GONZÁLEZ CUSSAC (2004), «Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003», en HERNÁNDEZ MARTÍ (Coord.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 639 ss.

GIDDENS (1999), *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid.

GROSS BROWN (2011), «Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el business judgement rule», *Revista de Derecho de Sociedades*, (37), pp. 307 ss.

HARTLEY (2011), «Director liability for insolvent trading: why a business judgment rule is appropriate», *Australian National University College of Law Research Paper No. 12-21*, disponible online en <http://ssrn.com/abstract=2100638> (última visita 8 de enero de 2016).

HERNANDO CEBRIÁ (2009), *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del buen juicio empresarial*, Marcial Pons, Madrid.

HERNANDO MENDIVIL (2016), «La business judgment rule», *Revista de Derecho Mercantil*, (299), pp. 313 ss.

JAKOBS (1997), *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo de la 2ª ed. alemana), Marcial Pons, Madrid.

JOHNSON (2005), «Corporate Officers and the Business Judgment Rule», *The Business Lawyer*, (60-2), pp. 439 ss.

JOLLS/SUNSTEIN/THALER (1998), «A behavioral Approach to Law and Economics», *Stanford Law Review*, (50), pp. 1471 ss.

KIHLSTROM/LAFFONT (1979), «A General Equilibrium Entrepreneurial Theory of Firm Formation Based on Risk Aversion», *Journal of Political Economy*, (87-41), pp. 719 ss.

LEE/YAMAKAWA/PEING/BARNEY (2011), «How do bankruptcy laws affect entrepreneurship development around the world?», *Journal of Business Venturing*, (26-5), pp. 505 ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2015), *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Civitas, Pamplona.

MANZANARES SAMANIEGO (2015), *La reforma del Código penal de 2015 conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, La Ley, Madrid.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2010), «Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial», en SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, Majadahonda, pp. 87 ss.

————— (2005), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia.

MCMILLAN (2012), «The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine», *William & Mary Business Law Review*, (4-2), pp. 521 ss.

MIR PUIG (2016), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona.

MÚGICA ALCORTA (2009), «Desde el gobierno corporativo a la responsabilidad de los administradores», *Estudios de Deusto*, (57-2), pp. 193 ss.

MUÑOZ ARANGUREN (2011), «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2).

MUÑOZ CONDE (1999), *El delito de alzamiento de bienes*, Bosch, Barcelona.

NAVAS MONDACA (2015), *Insolvencias punibles. Fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid.

PAVÍA CARDELL (2006), «Incidencia de la reforma concursal en los delitos de insolvencia punible (Notas para una nueva integración de los arts. 259, 260 y 261 CP)», en AAVV, *Estudios sobre la nueva legislación concursal*, Thomson, Cizur Menor, pp. 201 ss.

PAZ ARES (2007), *Responsabilidad de los administradores y Gobierno Corporativo*, Ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios, Madrid.

————— (2003), «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (4).

PORRES ORTIZ DE URBINA (2016), «El nuevo delito de bancarrota», *La Ley Penal*, (120).

QUINTANO RIPOLLÉS (1978), *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. 3, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

QUINTERO OLIVARES (2015), «El delito de concurso o bancarrota», en EL MISMO (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 501 ss.

————— (2013), «Insolvencias punibles», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 745 ss.

- (2008), «Artículo 260 CP», en EL MISMO (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, pp. 793 ss.
- (1978), *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Tomo III, Revista de Derecho Privado, Madrid.
- ROCA DE AGAPITO (2013), «Problemas centrales del delito de concurso punible (art. 260.1 CP)», en ROJO FERNÁNDEZ RÍO/CAMPUZANO LAGUILLO (coords.), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Civitas, Cizur Menor, pp. 573 ss.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (1994), *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia, Madrid.
- RODRÍGUEZ MOURULLO (2006), «La independencia del proceso penal en materia concursal respecto al civil-mercantil. Particular estudio de los apartados 3 y 4 del art. 260 CP en su nueva redacción», en AAVV, *Estudios sobre la nueva legislación concursal*, Thomson, Cizur Menor, pp. 39 s.
- ROJO FERNÁNDEZ RÍO/BELTRÁN SÁNCHEZ (2005), «Regulación jurídica de la insolvencia. La Legislación concursal», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dir.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 3ª ed., Civitas, Cizur Menor, pp. 857 ss.
- ROXIN (1997), *Derecho penal. Parte general*. t. I. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad. Luzón Peña *et al.* de la 2ª ed. alemana), Civitas, Madrid.
- RUIZ-GALLARDÓN JIMÉNEZ (2012), «Un nuevo entorno jurídico para el crecimiento económico», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (33), pp. 7 ss.
- HEINE/SCHUSTER (2014), «§ 283», en ESER (ed.), *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., C.H. Beck, Múnich.
- SANJUAN Y MUÑOZ (2015), «La reforma penal y el proceso concursal», *Diario La Ley*, (8542).
- SOUTO GARCÍA (2009), *Los delitos de alzamiento de bienes en el código penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- SUESCÚN DE ROA (2013), «The Business judgment rule en los Estados Unidos: una regla de dimensión procesal y fuerza sustantiva», *Vniversitas Javeriana*, (127), pp. 341 ss.
- TOMÁS Y VALIENTE (1960), «La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés», *Anuario de Historia del Derecho Español*, (30), pp. 249 ss.
- TVERSKY/KAHNEMAN (1981), «The Framing of Decisions and the Psychology of Choice», *Science*, (211), pp. 453 ss.
- (1974), «Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases», *Science*, (185), pp. 1124 ss.

VARGAS PINTO (2007), *Delitos de peligro abstracto y resultado*, Aranzadi, Cizur Menor.

WEINBERGER (2010), «The Business Judgment Rule and Sphere Sovereignty», *Thomas M. Cooley Law Review*, (279), pp. 281 ss.

WHITE/FAN (2003), «Personal Bankruptcy and the level of entrepreneurial activity», *Journal of Law and Economics*, (46), pp. 543 ss.