

El delito de insolvencia punible documental (art. 259.1 aps. 6º a 8º CP)

Críticas y claves para su interpretación

Paz Francés Lecumberri

Universidad Pública de Navarra

*Abstract**

Este trabajo se circunscribe a la reforma que se ha acometido por la LO 1/2015 en materia de insolvencias punibles y más en concreto a los problemas que devienen de las modalidades de insolvencia punible documental recogidas en los arts. 259.1 aps. 6º a 8º. Es decir, se centrará en el estudio del contenido de aquellas conductas que se refieren a la insolvencia por errores e incumplimientos de la normativa contable ya que, contrariamente a lo que expresa el preámbulo de la mencionada Ley Orgánica, las dificultades en la determinación de estas conductas y su interpretación son enormes. Además, se abordarán las dificultades de desvincularlas de la normativa concursal en materia de calificación de concurso culpable y se tratará de ofrecer alguna clave interpretativa y de concreción de las conductas típicas.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der durch Gesetz 1/2015 stattgefundenen Änderung der Insolvenzstraftaten und genau mit den Problemen, die die Straftaten der sog. buchhalterischen Insolvenzen gemäß Art. 259 Abs.1 N. 6 bis 8 mit sich bringen. Dabei geht es um Verhaltensweisen, die Bezug auf die Insolvenz mit Ursprung in buchhalterischen Irrtümern bzw. in der Nichterfüllung der Buchhaltungsvorschriften nehmen. Auch wenn die Präambel des bereits erwähnten Gesetzes die Bestimmung der Tragweite dieser Verhaltensweisen für unkompliziert hält, ist die Auslegung dieser Straftaten höchstkompliziert. Darüber hinaus werden die Probleme angegangen, die aus der Auslösung dieser Verhaltensweisen von den insolvenzrechtlichen Regelungen der Insolvenzqualifikation hervorgehen, sowie Kriterien für die Auslegung und Bestimmung der strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen formuliert.

This work is confined to the reform that has been undertaken by LO 1/2015 in terms of punitive insolvencies and more specifically to the problems which result from the forms of punishable documentary insolvency collected in arts. 259.1 Rev. 6th to 8th. That is, it will focus on the study of the content of those behaviors that refer to insolvency due to errors and non-compliance with accounting regulations, since, contrary to the preamble of the aforementioned Organic Law, the difficulties in determining these Behaviors and their interpretation are enormous. In addition, the difficulties of disassociating them from insolvency rules will be dealt with in terms of the qualification of a guilty contest, and an attempt will be made to offer some interpretive and concrete keys to the typical conduct.

Titel: Die Straftat der sog. Buchhalterischen Insolvenz (gemäß Art. 259 Abs. 1 N. 6 bis 8): Kritische Betrachtung und Auslegungstützpunkte.

Title: Corporate bankruptcy due to falsifying company accounts.

Palabras clave: Insolvencia punible, falseamiento, acreedores, concurso culpable, deberes del empresario

Stichworte: Strafbare Insolvenzen, Urkundenfälschung, Gläubiger, Insolvenz, Unternehmerpflichten

Keywords: Punishable insolvency, misrepresentation, creditors, guilty contest, duties of the employer

* El presente trabajo se enmarca en el contexto del Proyecto de Investigación "Principios y garantías penales: sectores de riesgo" (MINECO, DER2016-76715-R) y en la Unidad de Investigación Consolidada (UIC) 166 de Castilla y León, dirigidos ambos por el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo.

Sumario

1. A modo de introducción
2. El bien jurídico protegido en los delitos de insolvencias punibles y otras cuestiones previas relevantes.
3. Para comenzar, una mirada a la Ley Concursal
4. La insolvencia punible documental (art. 259.1 aps. 6º a 8º). Las conductas típicas y los problemas para su determinación
 - 4.1 Las conductas del art. 259.1.6º. Incumplir el deber legal de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad, cometer en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera y 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.
 - 4.2 Las conductas del art. 259.1.7º. 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.
 - 4.3 Las conductas del art. 259.1.8º. 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 incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.
 - 4.4. Recapitulación
5. Conclusiones. El ámbito propio de la insolvencia punible falsaria. El límite con la norma concursal
6. Tabla de jurisprudencia
7. Bibliografía

1. A modo de introducción

La LO 1/2015 llevó a cabo una profundísima reforma de los delitos incluidos bajo la nomenclatura de las “insolvencias punibles” y que ahora quedan divididos en dos capítulos.¹ Un primer capítulo, el VII, compuesto por los arts. 257 a 258 ter, lo hace bajo la rúbrica de la “Frustración de la ejecución” y un segundo, el VII bis, que abarca de los arts. 259 a 261 bis bajo la denominación “De las insolvencias punibles”.

Sobre la reforma de este último capítulo específicamente, el preámbulo de la LO 1/2015 motiva la nueva regulación de los delitos de concurso o insolvencia punible en una doble necesidad. La primera, la de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica de una persona o empresa y que pudiera poner en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico. La segunda es la de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles, es decir, aquéllas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido. Sobre esta segunda finalidad, amplía el preámbulo su explicación en lo que ahora nos interesa, afirmando que “La norma delimita, con la finalidad de garantizar un grado de seguridad y certeza ajustado a las exigencias derivadas del principio de legalidad, las conductas prohibidas por medio de las cuales puede ser cometido el delito. Para ello, tipifica un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor”.

Con lo anterior, este trabajo se circunscribe exclusivamente a la reforma que se ha acometido en las conductas de insolvencia punible documental recogidas en los arts. 259.1 aps. 6º a 8º CP. Es decir, de las nuevas conductas punibles que se recogen en el art. 259. 1 CP, me centraré en el contenido de aquellas que se refieren a la insolvencia por errores e incumplimientos de la normativa contable porque contrariamente a como se expresa en el preámbulo de la reforma acerca de esta cuestión, las dificultades en la determinación de estas conductas son enormes, los solapamientos entre las conductas evidentes y los problemas de interpretación, por tanto, son numerosos.² A esta dificultad

¹ En este sentido, el preámbulo de la LO 1/2015, en el apartado XVI argumenta que: “Se lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota. Estos grupos de delitos pasan a estar regulados en capítulos diferenciados”.

² Así también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2015, p. 98; SOUTO GARCÍA, «Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (Arts. 257 y ss.)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), MATAILLÍN EVANGELIO y GÓRRIZ ROYO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, p. 808; FARALDO CABANA, «Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal* (23), 2015, p. 61; MONGE FERNÁNDEZ, *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015*, 2016, p. 27. Critica también la falta de taxatividad NAVARRO FRÍAS, «Frustración de la ejecución e insolvencias punible», en ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho penal. Parte especial: conforme a las Leyes orgánicas 1 y 2-2015, de 30 de marzo*, 2016, p. 384.

se añade otra y es que las conductas que la Ley Concursal -en adelante LC- recoge para la calificación del concurso como culposo en el ámbito del procedimiento concursal y que se encuentran contenidas en los arts. 164. 2 y 165 LC son, como se verá más adelante con detenimiento y precisión, prácticamente las mismas conductas que se recogen en este nuevo art. 259.1 6ª a 8ª CP.

Hasta ahora, en nuestra legislación penal en materia de insolvencias punibles y a diferencia de lo que sucedía en países de nuestro entorno con una tradición jurídica similar en esta materia³, no se hacía referencia expresa a los errores e incumplimientos en la normativa contable, y tampoco de forma más general, al falseamiento de los documentos del empresario, como un elemento de la conducta típica a tener en consideración en una situación de crisis de la empresa para determinar la existencia de una insolvencia punible. Los requisitos del art. 260 CP, donde se recogía la insolvencia punible antes de la reforma 1/2015, eran básicamente tres: 1º que el sujeto activo del delito fuese declarado en concurso; 2º que la situación de crisis económica o la insolvencia fuese causada o agravada dolosamente por aquél; 3º que se hubiese causado algún perjuicio a los acreedores. De hecho, nuestra regulación era la única de nuestro entorno jurídico más cercano (Alemania, Italia, Francia, Inglaterra, Suiza, Portugal...) que optaba por un modelo de tipificación *causalmente orientado*⁴ a la situación de insolvencia, en contraposición con estos otros ordenamientos que optaban por un modelo de tipo *casuístico* independiente de la relación causal con la situación de insolvencia.

Se podría afirmar que con la reforma, el legislador español, ha dado un giro en la forma de tipificar las conductas que merecen un reproche penal en el ámbito concursal, pasando de ser el paradigma del modelo causalista a abrazar el modelo casuístico que recogen otras regulaciones europeas.⁵

Un ejemplo de ese modelo casuístico en materia de insolvencias documentales son las legislaciones italiana y alemana.

En la legislación italiana se pueden diferenciar, en primer lugar, dos modalidades de insolvencia punible falsaria, una pre-concursal y otra que se lleve a cabo durante el procedimiento de concurso que coincide, en parte, con nuestro art. 261 CP. En este trabajo nos interesa por tanto la primera modalidad que a su vez se puede diferenciar en bancarrota fraudulenta y bancarrota simple.

En Italia se recoge en el art. 216.1 de la Ley Concursal (Legge Fallimentare, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267) la denominada bancarrota documental fraudulenta. Se castiga con una pena de 3 a 10 años, al emprendedor que es declarado en concurso, cuando: ha sustraído, destruido o falsificado,

³ Un estudio comparado sobre las diferentes regulaciones europeas en materia de delitos concursales se encuentra en FOFFANI, «Prospettive di armonizzazione europea del Diritto penale dell'economia: Le proposte del progetto "Eurodelitti" per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari» en DOLCINI/ PALIERO, *Studio in onore di Giorgio Marinucci. III Parte Speciale del Diritto Penale e legislazione speciale. Diritto preconcursuale penal; Diritto, storia e società*, 2006, pp. 2323 ss. El autor muestra, de forma muy clara, cómo se trata esta de una materia en la que la regulación entre los países de Europa es tremendamente heterogénea. También comparte esta idea FEIJOO SÁNCHEZ, «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*, (16) 2009, p. 39.

⁴ Expresión utilizada por FOFFANI, en DOLCINI/ PALIERO, *Studio in onore di Giorgio Marinucci*, p. 2330.

⁵ FARALDO CABANA, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, (23), 2015, p. 61. Se está de acuerdo con ella, también, con la idea de que es una vuelta a los conocidos "hechos de bancarrota".

en todo o en parte, con el objeto de procurarse a sí o a otros un injusto beneficio o de causar perjuicios a los acreedores, los libros u otras escrituras contables o los haya tenido de forma que no haga posible la reconstrucción del patrimonio o del movimiento de los negocios.

La sustracción se refiere al hecho de disponer de los documentos de forma que sean inaccesibles para los órganos del tribunal, la destrucción se refiere a una eliminación física y la falsificación a la alteración material o ideológica de los libros u otras escrituras contables. De forma aparentemente residual se castiga, también, el tener los mencionados documentos de forma que no sea posible la reconstrucción del patrimonio o el movimiento o evolución de los negocios.

Si bien las conductas típicas: sustraer, destruir y falsificar tienen una semejanza clara con el nuevo contenido del art. 259 CP español hay un elemento que los aleja totalmente y que viene de la exigencia de un elemento subjetivo específico: esas conductas han de llevarse a cabo para que la persona tenga para sí o para un tercero un injusto beneficio o que cause perjuicios a los acreedores.⁶ Además el bien jurídico se tutela a través de un delito de peligro concreto⁷ y no de peligro abstracto.

La bancarrota simple se recoge en el art. 217 y establece que se castiga con la pena privativa de libertad de 6 a 2 años, siempre que sea declarado en concurso, al emprendedor, que, fuera de los casos previstos en el art. 216 (y que se acaban de exponer), durante los 3 años anteriores a la declaración de concurso o desde el inicio de la empresa -si esta ha sido de una duración menor- no ha llevado los libros y las otras escrituras contables exigidas por la ley o las ha llevado de manera irregular o incompleta. Como se verá también ese precepto tiene un gran parecido con el apartado 7º del art. 259 CP.

En Alemania es en el § 283 apartados 5, 6 y 7 donde se recogen las distintas formas de insolvencia punible documental. El precepto castiga con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa, a quien en un estado de excesivo endeudamiento o de insolvencia inminente o actual:

5. Omite la obligación de tenencia de los libros contables, o los lleve o altere de modo tal que hace más difícil la reconstrucción de la situación patrimonial

6. Antes del plazo de consumación de los libros contables, sustraiga, oculte, destruya o dañe tales libros u otros documentos a los que está obligado a llevar el empresario según el derecho mercantil, haciendo con eso más difícil la reconstrucción de la propia situación patrimonial

7. Violando las normas de derecho mercantil realiza el balance de modo tal que sea más difícil la reconstrucción de la situación patrimonial u omite el realizar el balance o el inventario dentro de

⁶ Sobre la necesaria concurrencia de este último elemento: "que cause perjuicios a los acreedores", existe discusión en la doctrina, cfr. CONTI, *I reati fallimentari*, 1991, p. 180; PERINI/DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, 2001, p. 235; SOANA, *I reati fallimentari*, 2012, p. 180.

⁷ PEDRAZZI, «I reati Fallimentari», en PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di Diritto penale dell'impresa*, 2000, p. 143, quien afirma que la bancarrota documental debe perseguir, a través de la afectación de la transparencia contable, un resultado último consistente en una alteración de la misma que lleve a una bancarrota patrimonial.

los plazos previstos.

Los sujetos activos de la eventual bancarrota documental son exclusivamente aquellos obligados a redirigir un balance o un inventario conforme a las disposiciones del Derecho mercantil, se trata por tanto de un deber especial⁸ y se está frente a un delito especial propio.⁹ La justificación del tipo reside, para la doctrina mayoritaria, en la exigencia de que las comunicaciones sociales reflejen la máxima veracidad, claridad e integridad, como lo exigen los §§ 238, 242, 243 y 246 HGB¹⁰ puesto que de lo contrario se podría poner en peligro el patrimonio de los acreedores, bien jurídico protegido en los delitos de bancarrota.¹¹

La legislación española, como ha advertido también MONGE FERNÁNDEZ¹², parece que ha tomado como claro ejemplo de tipificación a la previsión alemana. Sin embargo, el legislador español no ha tenido en cuenta que en la legislación alemana no existe un procedimiento similar a la calificación del concurso como existe en España. Es decir, “no existe un régimen que permita atribuir el carácter culpable o fortuito de la insolvencia en función de la posible comisión de errores e incumplimientos de la normativa contable”¹³, y por tanto los problemas de solapamiento con este orden no se producen, a diferencia de lo que puede ocurrir con nuestra norma.

En este contexto comparado, el legislador, con la reforma 1/2015, no ha desperdiciado la oportunidad de introducir la conocida como insolvencia punible documental expresamente en los delitos de insolvencias punibles. Sin embargo, el modo en cómo lo ha hecho, como veremos, es muy criticable por la gran cantidad de problemas interpretativos que presenta, sobre los que se tratarán de plantear propuestas interpretativas.¹⁴

2. El bien jurídico protegido en los delitos de insolvencias punibles y otras cuestiones previas relevantes.

⁸ TIEDEMANN, «§283», *LK*, 11^a, 2006, pp. 179 ss.

⁹ RADTKE, «§283», *MK*, 2006, p. 841; TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y especial*, 2010, p. 406.

¹⁰ RADTKE, «§283», *MK*, 2006, p. 826; TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y especial*, 2010, p. 418.

¹¹ TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y especial*, 2010, pp. 421 s.

¹² MONGE FERNÁNDEZ, *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015*, 2016, p. 102, afirma que los apartados 6º a 8º son sustancialmente coincidentes a este. Es más, asegura que el solapamiento que se da con la regulación mercantil en materia de concurso culpable en la legislación española solo se explica en la importancia que el legislador alemán da a estas conductas que parecen exportadas de ese código.

¹³ GURREA MARTÍNEZ, *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, 2015, p. 36: “Esta asociación entre “deudor culpable” y “deudor fortuito” por el mero hecho de cometer irregularidades contables relevantes no se realiza en ninguna de las legislaciones concursales más avanzadas de nuestro entorno”.

¹⁴ En general, se muestran críticos por la reforma operada en los delitos de insolvencias punibles, si bien consideran que era necesaria una reforma: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2015, pp. 98 ss.; SOUTO GARCÍA en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), MATALLÍN EVANGELIO y GÓRRIZ ROYO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, pp. 791 y 807; JOSHI JUBERT, «Insolvencias punibles (arts. 259-259 bis)», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Manual de Derecho penal, económico y de la empresa. Parte General y Parte Especial*, 2016, pp. 431 ss.

Antes de analizar las conductas típicas que se pueden englobar dentro de la insolvencia punible documental conviene determinar cuál es el bien jurídico protegido en el delito de insolvencias punibles. Se puede afirmar, como así lo hace la doctrina mayoritaria, que el bien jurídico protegido se ha visto inalterado con la reforma del capítulo¹⁵, siendo que se sigue manteniendo de forma mayoritaria que el único bien jurídico protegido es el derecho de crédito de los acreedores en el sentido que les confiere el art. 1911 del Código Civil en el que se recoge que “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”. Se trata, por tanto, de un delito estrictamente patrimonial¹⁶ porque lo que se protege es que el acreedor no vea menguado su patrimonio por la comisión del hecho delictivo. Dicho de otro modo, la reducción del patrimonio del acreedor es un resultado necesario de las insolvencias punibles.¹⁷ Este era también el posicionamiento mayoritario en la doctrina antes de la reforma.¹⁸ Un sector minoritario consideraba que además de este bien jurídico patrimonial se protegía el correcto funcionamiento del sistema crediticio.¹⁹ Sin embargo, como afirma MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ²⁰ “No hay duda de que de *lege lata* la regulación del CP español se orienta en la línea apuntada por el sector doctrinal mayoritario, y que, por tanto, el único bien jurídico directamente protegido (bien jurídico en sentido técnico) viene representado por el aludido derecho de crédito. Cuestión distinta es que, sentada esta afirmación básica, se agregue que con la incriminación de los delitos de insolvencia el legislador persigue tutelar mediatamente o indirectamente la economía crediticia como pieza fundamental del sistema socio-económico. Esta última precisión es válida en la medida en que con ella se esté aludiendo meramente al bien mediato o *ratio legis*, sin repercusión, por ende, en la delimitación concreta del tipo de injusto”.

En Italia, la discusión acerca del bien jurídico protegido se ha dividido históricamente entre quienes consideran que se trata este de un bien jurídico exclusivamente patrimonial²¹, quienes considera que se protege la economía pública o el ordenado ejercicio del comercio²² y por último quienes consideran que se trata este de un bien jurídico pluriofensivo tratando de poder conjugar intereses públicos y privados. En Alemania, como se ha dicho, se protegen los intereses patrimoniales de los

¹⁵ SOUTO GARCÍA en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), MATA LLÍN EVANGELIO y GÓRRIZ ROYO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, pp. 791 y 807; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2015, pp. 99 s.

¹⁶ SOUTO GARCÍA en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), MATA LLÍN EVANGELIO y GÓRRIZ ROYO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, pp. 791 y 807; JOSHI JUBERT en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dirs.), *Manual de Derecho penal, económico y de la empresa*, p. 432; MAGDALENA CÁMARA, *Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolvencias punibles*, 2018, pp. 36 ss.

¹⁷ MAGDALENA CÁMARA, *Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolvencias punibles*, 2018, p. 38.

¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2015, pp. 99 s.

¹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, «Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra», *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*, 1990, especialmente, pp. 32 ss.; NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, 2000, o también las sentencias de los casos Afinsa y Forum Filatélico consideraron que las antiguas insolvencias punibles eran un delito pluriofensivo con un componente-socioeconómico.

²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2015, p. 99 s.

²¹ CONTI, *I reati fallimentari*, 1991, p. 62; PEDRAZZI, en PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di Diritto penale dell'impresa*, 2000, p. 101.

²² PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, 1957, p. 32. Sobre los distintos bienes jurídicos que se han mantenido y mantienen por la doctrina vid. LA MONICA, *I reati fallimentari*, 1999, p. 123; PERINI/DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, 2001, p. 12; CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, 2013, pp. 1-5.

acreedores, en primer lugar, y en segundo lugar los de los socios.²³

En conclusión, el que el preámbulo de la LO 1/2015 haga referencia expresa a la puesta en peligro del orden socioeconómico, no cambia en nada la determinación del objeto de protección en estos delitos.

Por otro lado, es también importante precisar que si bien las conductas recogidas en el art. 259.1 entre las que se encuentran las que ahora se van a analizar de los apartados 6º a 8º, se refieren a su comisión en una situación de insolvencia actual o inminente²⁴, el art. 259.4 explicita que el delito será perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce el sobreseimiento de pagos, lo que parece equivaler a una condición objetiva de punibilidad.²⁵ Pero lo que es claro es que la falta de referencia en la propia conducta del art. 259.1 a la declaración del concurso o la admisión a trámite de este, que era lo que delimitaba el ámbito de actuación de estos delitos con los de alzamientos de bienes, queda aparentemente difuminada.²⁶ La fórmula utilizada por el legislador es poco clara y desafortunada porque el art. 259.4 obliga a reinterpretar el art. 259.1, debiéndose concluir que la insolvencia inminente o actual permite aplicar el art. 259 en toda su extensión exclusivamente cuando lleve aparejada la declaración del concurso.²⁷ Además esta cuestión, que también se da en los mencionados ordenamientos italiano y alemán, evidencia a juicio de DONINI una interesante contradicción, que quisiera también traer aquí, como es que antes de la situación de concurso ciertas conductas (mientras no sean constitutivas de otros delitos comunes) no están castigadas por el Derecho penal, pero sin embargo, cómo en un específico momento, que es la “ruina” la “quiebra”, hace que esos comportamientos anteriores se convierten de pronto en punibles²⁸, sin entenderse en todos los casos por qué ha de ser así y fundamentándose en motivos que en ocasiones parecen insuficientes.

Por otro lado, el art. 259.2 prevé las mismas penas para el caso de que las conductas anteriores hubieran sido las causantes del concurso²⁹, quedando meridianamente clara la distancia con la regulación anterior, en la que la causalidad entre la conducta y la causación o agravación del concurso era un elemento fundamental.

²³ TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y especial*, 2010, p. 422.

²⁴ Es compartido por todos que se entenderá por insolvencia lo estipulado en el artículo 2.2 de la LC que señala que “se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”.

²⁵ QUINTERO OLIVARES, «El delito de concurso o bancarrota», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015, Parte especial*, 2015, p. 507; FARALDO CABANA, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, (23), 2015, p. 68; JOSHI JUBERT, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Manual de Derecho penal, económico y de la empresa*, p. 432.

²⁶ SOUTO GARCÍA, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), MATA LLÍN EVANGELIO y GÓRRIZ ROYO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, p. 810.

²⁷ SOUTO GARCÍA, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), MATA LLÍN EVANGELIO y GÓRRIZ ROYO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, p. 810.

²⁸ DONINI, «Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"», *Scienze Giuridiche*, 2011/1-2, pp. 53-54.

²⁹ También en esto la reforma está orientada a la previsión alemana que en el § 283.2 establece que las mismas penas se impondrán a quien con la realización de dichas conductas ocasionen el estado de excesivo endeudamiento o la propia insolvencia.

En cuanto al contenido de injusto el cambio introducido por la reforma ha sido importante puesto que el art. 249.1 se configura en la mayor parte de las conductas como un delito de peligro³⁰, siendo que con la redacción anterior había prácticamente un consenso a la hora de determinar que se trataba de un delito de lesión.³¹ Como se sostendrá en este trabajo será de extrema importancia determinar cómo entender esa puesta en peligro abstracto para el derecho de crédito de los acreedores si queremos diferenciar las conductas del art. 259.1 6ª a 8ª de las recogidas en la LC.

3. Para comenzar, una mirada a la Ley Concursal

La legislación mercantil en la denominada “Pieza de Calificación” o “Sección Sexta” establece que, en caso de concurrir los presupuestos legales para su apertura, el Juez Mercantil procederá a calificar el concurso del deudor como culpable. En los artículos 164.2 y 165 LC se establecen una serie de presunciones de dolo o culpa grave, conteniendo en el primero de los preceptos, como a continuación analizaremos, presunciones *iuris et de iure* y en el segundo, presunciones *iuris tantum*. Es importante conocer, al menos, mínimamente, el contenido y la forma en que operan estas presunciones en el ámbito mercantil porque su contenido, en algunas de las presunciones, es similar al del art. 259.1 CP.

La doctrina expone cómo el motivo por el que el legislador introdujo en la LC una serie de presunciones se debió a las dificultades probatorias³² que a lo largo de la historia se han dado para demostrar que estas conductas tuvieran relación con la situación de insolvencia. Por lo que se refiere, en concreto a las presunciones de tipo falsario, la doctrina aclara cómo su introducción estuvo también motivada por la presencia de las circunstancias falsarias en un número muy importante de procedimientos concursales. De este modo, considerándose además conductas lo suficientemente graves, se decidió que se estableciesen como presunciones sin necesidad de probar el dolo o la culpa grave.

El motivo más práctico por el que la Ley Concursal recoge estas presunciones, se exponía anteriormente. Pero en cuanto al fundamento de las presunciones falsarias lo encontramos en lo

³⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2015, p. 100, quien diferencia entre las conductas de los números 6 a 8 que las considera de peligro y las de los apartados 1, 2, 3 y 4 que considera pueden implicar ya una lesión del bien jurídico. Igualmente considera que algunas conductas son de peligro y otras de lesión JOSHI JUBERT, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dir.), *Manual de Derecho penal, económico y de la empresa*, p. 432. Considera que también se trata de un delito de peligro QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015, Parte especial*, 2015, p. 506. Al contrario, considera que se sigue configurando como un delito de lesión MAGDALENA CÁMARA, *Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolvencias punibles*, 2018, pp. 52-55.

³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2015, pp. 99 s.

³² Entre otros DÍAZ MARTÍNEZ, *La calificación del concurso de acreedores*, 2009, p. 49; GARCÍA-CRUCES, «Concurso culpable», en BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES, *Enciclopedia de Derecho concursal*, Vol. I, 2012, p. 557; MUÑOZ PAREDES, «La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal», en PRENDES CARRIL/MUÑOZ PAREDES, *Tratado judicial de la insolvencia*, 2012, p. 608; GURREA MARTÍNEZ, *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, 2015, p. 11: “la práctica concursal ha puesto de manifiesto que la comisión de errores e incumplimientos de la normativa contable supone uno de los supuestos más frecuentes que determina la calificación culpable del concurso”.

dispuesto en los arts. 25³³, 26³⁴, 28³⁵, 29³⁶ y 34³⁷ todos del CCom³⁸ que determinan y protegen los documentos contables como un elemento fundamental para el correcto funcionamiento de las sociedades.

En primer lugar, el art. 164.1 LC recoge que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor.³⁹ Esta es la primera vía para calificar el concurso como culpable y es imprescindible

³³ Art. 25: 1. Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario.

2. La contabilidad será llevada directamente por los empresarios o por otras personas debidamente autorizadas, sin perjuicio de la responsabilidad de aquéllos. Se presumirá concedida la autorización, salvo prueba en contrario.

³⁴ Art. 26: 1. Las sociedades mercantiles llevarán también un libro o libros de actas, en las que constarán, al menos, todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, con expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones.

2. Cualquier socio y las personas que, en su caso, hubiesen asistido a la Junta general en representación de los socios no asistentes, podrán obtener en cualquier momento certificación de los acuerdos y de las actas de las juntas generales.

3. Los administradores deberán presentar en el Registro Mercantil, dentro de los ocho días siguientes a la aprobación del acta, testimonio notarial de los acuerdos inscribibles.

³⁵ Art. 27: 1. El libro de Inventarios y Cuentas anuales se abrirá con el balance inicial detallado de la empresa. Al menos trimestralmente se transcribirán con sumas y saldos los balances de comprobación. Se transcribirán también el inventario de cierre del ejercicio y las cuentas anuales.

³⁶ Art. 28: Todos los libros y documentos contables deben ser llevados, cualquiera que sea el procedimiento utilizado, con claridad, por orden de fechas, sin espacios en blanco, interpolaciones, tachaduras ni raspaduras. Deberán salvarse a continuación, inmediatamente que se adviertan, los errores u omisiones padecidos en las anotaciones contables. No podrán utilizarse abreviaturas o símbolos cuyo significado no sea preciso con arreglo a la ley, el reglamento o la práctica mercantil de general aplicación.

³⁷ Art. 29: 1. Al cierre del ejercicio, el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la Memoria. Estos documentos forman una unidad. El estado de cambios en el patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo no serán obligatorios cuando así lo establezca una disposición legal.

2. Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.

3. Cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado.

2. El Libro Diario registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa. Será válida, sin embargo, la anotación conjunta de los totales de las operaciones por períodos no superiores al trimestre, a condición de que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que trate.

³⁸ Art. 34: 1. Todos los libros y documentos contables deben ser llevados, cualquiera que sea el procedimiento utilizado, con claridad, por orden de fechas, sin espacios en blanco, interpolaciones, tachaduras ni raspaduras. Deberán salvarse a continuación, inmediatamente que se adviertan, los errores u omisiones padecidos en las anotaciones contables. No podrán utilizarse abreviaturas o símbolos cuyo significado no sea preciso con arreglo a la ley, el reglamento o la práctica mercantil de general aplicación.

2. Las anotaciones contables deberán ser hechas expresando los valores en pesetas.

³⁹ O, si los tuviere, dice el artículo: de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2.

encontrar un nexo causal entre la conducta del deudor y la generación o agravación del estado de insolvencia.⁴⁰

En el apartado 2º del art. 164⁴¹ se recoge la denominada presunción *iuris et de iure* que estipula que, en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurren unas determinadas circunstancias y entre las que cabe destacar aquí, cuando: “el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara”.

La doctrina de forma mayoritaria⁴² considera que si bien la presunción va encaminada a no tener que demostrar la relación causal entre el hecho y el origen o agravación de la situación de insolvencia⁴³ lo que sí se deberá comprobar es que el hecho sea imputable a la persona, es decir, al deudor común o a sus administradores o liquidadores. De este mismo modo, el III Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Salamanca los días 30 de Noviembre y 1 de Diciembre de 2006, en el marco de la Tercera Mesa Redonda dedicada al Derecho Concursal y dentro del apartado B dedicado a la calificación del concurso, fue objeto de estudio esta cuestión existiendo acuerdo en admitir aquella “prueba que vaya encaminada no tanto respecto de la relación causal del hecho al que se atribuye el origen o la agravación de la situación de insolvencia sino de la imputabilidad del sujeto al que se le atribuyen. En este punto la aplicación de los principios de derecho sancionador debe consentir la posibilidad de probar que no concurre el supuesto previsto en la norma o que no se da la necesaria imputabilidad del sujeto a quien se atribuye la comisión del hecho determinante de la culpabilidad del concurso”.

⁴⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, *La calificación del concurso de acreedores*, 2009, p. 40. Sobre el art. 164.1 LC: “El concepto o noción general recoge, con claridad, todos los elementos típicos definidores de la responsabilidad por culpa, sea contractual o extracontractual: conducta censurable (acción u omisión con intervención de dolo o culpa grave), evento dañoso (generación o agravación del estado de insolvencia) y nexo causal, implícito en la expresión legal “hubiera mediado”. “La finalidad básica que se persigue con el establecimiento de un enunciado de concurso culpable consiste en dejar explicitado el criterio general al que responde el reproche legal, teniendo un valor interpretativo importante, en especial, cuando se introducen conceptos flexibles en la tipificación de los ilícitos concursales”. Igualmente, en la p. 48: “El último de los requisitos de la noción de concurso culpable hace referencia a la existencia de un nexo lógico causal entre la conducta del concursado y la generación o agravación de la insolvencia en que se encuentra. Se puede afirmar que, a los efectos de la calificación del concurso, es indiferente que el deudor haya incurrido en negligencia grave, si de la misma no se derivan consecuencia de carácter patrimonial”.

⁴¹ GARCÍA-CRUCES, en BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES, *Enciclopedia de Derecho concursal*, Vol. I, 2012, p. 558, critica las presunciones recogidas en el art. 164 por la falta de sistemática y la diferente estructura de los distintos supuestos de hecho contemplados en la norma. También GURREA MARTÍNEZ, *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, 2015, p. 13, afirma que los incisos 164.2 1 y último inciso parecen solaparse, misma crítica que se ha hecho por parte de la doctrina penalista al art. 259.1.

⁴² DÍAZ MARTÍNEZ, *La calificación del concurso de acreedores*, 2009, p. 57; ÁVILA DE LA TORRE, «La calificación del concurso como culpable: criterio de calificación y régimen de presunciones», en: GARCÍA-CRUCES (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, 2012, p. 37; GARCÍA-CRUCES, en BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES, *Enciclopedia de Derecho concursal*, Vol. I, 2012, p. 560; MUÑOZ PAREDES, en PRENDES CARRIL/MUÑOZ PAREDES, *Tratado judicial de la insolvencia*, 2012, p. 612.

⁴³ Sobre la causalidad en el art. 164.2 entre la conducta del deudor y la causación o agravación de la insolvencia ÁVILA DE LA TORRE, en GARCÍA-CRUCES (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, 2012, p. 38, dice que: “Entendemos que las conductas consideradas por la ley son suficientes para determinar por sí mismas el carácter culpable del concurso, bastando con que concorra alguna de ellas para calificar como tal al concurso”.

Seguidamente, el art. 165 LC establece que el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario -presunción *iuris tantum*- cuando el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

A diferencia de la presunción anterior, ésta en absoluto determina la culpabilidad del concurso y se deberá comprobar siempre que el dolo o culpa grave (que sí se presume) ha dado lugar a lograr la causación o agravación del concurso. Es decir, la presunción solo presume la parte subjetiva⁴⁴ “pero siempre desde la idea de que quien formula la pretensión, viene obligado a demostrar el nexo causal que permite calificar el concurso como culpable” “el dolo o la culpa grave viene referido al incumplimiento de los deberes, pero eso no es suficiente para afirmar que este incumplimiento conlleve necesariamente un nexo de causalidad en la generación o agravamiento de la insolvencia”.⁴⁵

Por tanto la doble vía que establece la normativa española es clara.⁴⁶ Por un lado, el concurso se podrá calificar como culpable cuando concurra dolo o culpa grave (que, en ocasiones, se presume: art. 165 LC) en la generación o agravación del estado de insolvencia (art. 164.1 y 165 LC). Por otro lado, el concurso será calificado como culpable cuando, con independencia de su relación con la generación o agravación del estado de insolvencia, el deudor hubiera cometido alguno de los hechos del art. 164.2 LC.

Antes de la reforma del delito de insolvencias punibles por la Ley 1/2015 todas estas presunciones se trataban de presunciones que en el ámbito penal no podían operar nunca, ni siquiera las que admitían prueba en contrario.⁴⁷ Además la jurisprudencia en distintos pronunciamientos⁴⁸ consideraba que la inexistencia de contabilidad, la omisión de llevanza de las cuentas anuales, no configuraba por sí misma el tipo penal, pudiendo ser, en todo caso, un indicio, pues *per se* no se podía afirmar que esa conducta causaba la situación de insolvencia o la agravaba.

⁴⁴ ÁVILA DE LA TORRE, en GARCÍA-CRUCES (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, 2012, p. 56; GARCÍA-CRUCES, en BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES, *Enciclopedia de Derecho concursal*, Vol. I, 2012, p. 562; MUÑOZ PAREDES, en PRENDES CARRIL/MUÑOZ PAREDES, *Tratado judicial de la insolvencia*, 2012, p. 638.

⁴⁵ ÁVILA DE LA TORRE, en GARCÍA-CRUCES (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, 2012, p. 56.

⁴⁶ GURREA MARTÍNEZ, *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, 2015, p. 29.

⁴⁷ BACIGALUPO SAGGESE, «Insolvencia y Derecho penal», *Derecho concursal y paraconcursal*, (13), 2010, p. 124. Respecto de la anterior redacción la autora afirmaba que “las presunciones civiles *iuris tantum* y *iuris et de iure* de causalidad y fraude (...) no determinarán en el ámbito jurídico penal la presencia del dolo necesario para la punibilidad de la conducta” en contraposición a la tendencia histórica de vinculación con la causación de la insolvencia. FEIJOO SÁNCHEZ, *Anuario de Derecho Concursal*, (16), 2009, p. 67, considera que pueden servir como indicios pero sin que signifiquen que el Derecho penal tenga sus propios criterios valorativos.

⁴⁸ Vid. por ejemplo STS 1166/1999 de 16 de julio; STS 771/2006, 18 de junio. BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho concursal y paraconcursal*, (13), 2010, p. 133, en relación a estas sentencias afirma: “Por eso la jurisprudencia viene manteniendo que la conducta omisiva de la llevanza de libros, mientras la misma no obedezca a un propósito dirigido de favorecer el fraude, crece de tipicidad”.

Sin embargo, frente a la circunstancia de que con la reforma las conductas contenidas en la LC y las del art. 259.1 del CP coinciden, se puede plantear que de alguna manera exista un solapamiento entre los órdenes civil y penal.⁴⁹ Por tanto, la pregunta obligada es ¿cómo diferenciamos y desvinculamos un orden del otro?

Los arts. 259. 5 y 6⁵⁰ CP y el art. 189 LC⁵¹ son muy claros afirmando que la calificación de la insolvencia no vinculará a la jurisdicción penal ni existe prejudicialidad penal.⁵² Pero la cuestión es que, a mi modo de ver, lo que ha hecho el legislador en buena medida (consciente o inconscientemente) es –si bien siguiendo la línea de otros Códigos Europeos, especialmente del alemán–, trasladar al CP lo previsto en la LC en la modalidad de insolvencia punible falsaria de forma prácticamente idéntica. En este sentido, estando de acuerdo con la afirmación general de que lo que puede tener significancia en el ámbito mercantil no tiene por qué tenerla en el penal⁵³, en este caso no hay duda de que lo que tiene relevancia en el ámbito mercantil lo puede tener en el penal, y al revés, motivo por el que esta cuestión debe ser analizada detenidamente.

En esta situación, son varias las consideraciones que quiero plantear. La primera, adelantar en este mismo momento que la diferencia entre ambos órdenes estará marcada por el bien jurídico protegido en el art. 259.1 CP y por su puesta en peligro. La segunda es que por coherencia con categorías consolidadas en el ámbito mercantil, considero que son los criterios que ampliamente se han desarrollado por la doctrina mercantilista en relación a la interpretación del sentido de doble contabilidad, omisión de deberes de llevanza de contabilidad, y otros términos que se contienen en el art. 259.1 6º a 8º, serán los que puedan servir al legislador penal para concretar qué significan

⁴⁹ Así MONGE FERNÁNDEZ, *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015*, 2016, p. 106; FARALDO CABANA, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, (23), 2015, p. 61; JUAN/MATÍN, «El delito concursal tras la reforma del Código Penal vs el concurso punible», *LL*, (4), 2015.

⁵⁰ Art. 259. 5. CP “Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa/ 6. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal”.

⁵¹ Art. 189 LC. “Prejudicialidad penal: 1. La incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste; 2. Admitida a trámite querrela o denuncia criminal sobre hechos que tengan relación o influencia en el concurso, será de competencia del juez de éste adoptar las medidas de retención de pagos a los acreedores inculpados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal, siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal”.

⁵² En este sentido JUAN/MATÍN, *LL*, (4), 2015, p. 1112, afirman contundentemente que “No vemos de qué manera un juez del concurso puede desvincularse de la conclusión a la que, en su caso, pudiera llegarse en sede penal” (...) “Resulta muy difícil que ante una sentencia condenatoria penal no se concluya la calificación culpable del concurso. De hecho, atendiendo al nuevo art. 259 del CP, la existencia de una condena por el delito de insolvencia fraudulenta, prácticamente determina la existencia de un concurso culpable habida cuenta de la similitud entre elementos objetivos y al carácter automático del art. 164.2 LC”.

⁵³ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015, Parte especial*, 2015, p. 504: “Inevitablemente el Juez penal no puede despreciar todo aquello que tiene significación en el derecho mercantil o concursal, entendiendo que lo injusto significativo para el derecho penal puede ser algo que nada tenga que ver con lo que en el derecho concursal se considere conducta correcta o incorrecta del deudor. Por lo tanto, y partiendo de esa sencilla reflexión podemos plantear la necesidad de que el CP incluya algunos criterios a tener en cuenta por los jueces como fuentes de posible delictuosidad de la insolvencia, siguiendo la línea de otros códigos europeos”.

esas conductas que carecen de la taxatividad necesaria y que en ocasiones se solapan entre sí.⁵⁴ Esto no significa que con esta opción lo que se hace es trasladar al ámbito penal lo contenido en el ámbito mercantil porque nos encontramos en el espacio de la protección de bienes jurídicos que, como se ha dicho, será quien restrinja la intervención penal en este ámbito. Simplemente, desde aquí se considera que no se puede dar contenido en el ámbito penal a ciertos conceptos fundamentales sin atender, al menos mínimamente, a categorías construidas en el Derecho privado⁵⁵, considerando que ello no significa, en absoluto, una pérdida de la independencia del orden penal que, como se decía, tendrá –así debe ser– su propio ámbito, determinado por la protección del derecho de crédito de los acreedores, bien jurídico protegido en este delito, a través de un delito de peligro.⁵⁶

Por ello, en el apartado siguiente se propone dar algunas claves para interpretar las conductas típicas del art. 259.1. 6º - 8º en algunas ocasiones mirando a lo ya construido por el ordenamiento mercantil, y en otras no, concretando también sus principales problemas.

4. La insolvencia punible documental (art. 259.1 aps. 6º a 8º). Las conductas típicas y los problemas para su determinación

4.1 Las conductas del art. 259.1.6º. Incumplir el deber legal de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad, cometer en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera y 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.

Las conductas contenidas en el apartado 6º del art. 259.1 son cinco: a.- Incumplir el deber legal de contabilidad; b.- Llevar doble contabilidad; c.- Llevar la contabilidad con irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera; d.- Destruir los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su

⁵⁴ SOUTO GARCÍA, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), MATA LLÍN EVANGELIO y GÓRRIZ ROYO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, p. 817.

⁵⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *Anuario de Derecho Concursal*, (16), 2009, p. 27. De forma parecida, pero en relación a las modificaciones en Derecho concursal acontecidas en el año 2003 y el anterior 260 CP afirmaba: “Con independencia de la naturaleza última del artículo 260 del Código Penal, el Derecho Penal Concursal no puede quedar indiferente ante una modificación de esta entidad manteniendo las soluciones tradicionales en la medida en la que representa un orden social secundario que depende de las decisiones del orden primario. Ello no significa que el orden penal carezca de autonomía o independencia con respecto a otras ramas del ordenamiento jurídico ya ha adoptado antes de hacer entrar en juego a su *ultima ratio* determinadas decisiones básicas. Dichas decisiones deben ser tenidas en cuenta de acuerdo con las valoraciones propias del Derecho penal en relación a sus funciones específicas, distintas desde luego a las que cumple el Derecho Concursal, si bien las valoraciones en el marco del Derecho Penal Concursal tienen que ser coherentes con las de la Ley Concursal y no resultar disfuncionales”.

⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015, Parte especial*, 2015, p. 504, afirma con razón que “Si esas acciones se toman en consideración para calificar el concurso como culpable es evidente que darles una calificación penal adicional produce una segunda consecuencia jurídica desde el *mismo hecho*, lo cual, aunque no se trate de un caso de infracción del principio *non bis in idem*, es contrario a principios jurídicos generales, y si la acción penal ha sido anterior a la calificación del concurso no parece tampoco proporcionado que aquello que ya puede generar consecuencias sancionadoras graves (la pena) vuelva a ser utilizado para calificar el concurso como culpable, si con ello se da paso a la adopción de medidas materialmente sancionadoras”.

situación patrimonial o financiera; e.- Alterar los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

La primera cuestión que se debe plantear es la determinación del objeto material de la conducta. Resulta que el legislador en los numerales 6 a 8 del art. 259.1 utiliza las siguientes expresiones para hacer referencia al objeto material: contabilidad (6ª), libros contables (6ª *in fine*), documentación que el empresario está obligado a conservar (7ª) y cuentas anuales o libros contables (8ª). La cuestión es que, *a priori*, se tratan todos de objetos materiales distintos. Sin embargo, por la falta de sistemática del precepto y los solapamientos, esta cuestión debe ponerse en duda e indagar como cuestión prioritaria si los objetos materiales de cada una de las conductas son distintos o no.

El Título III del Código de Comercio se denomina “De la Contabilidad de los empresarios” y dentro de él se recogen en secciones separadas la regulación de los Libros de los empresarios (sección 1ª, de los arts. 25 a 33) y las Cuentas anuales (sección 2ª, de los arts. 34 a 41).

En sí la contabilidad es una ciencia económica que realiza el complicado proceso de identificar, medir y comunicar información económica apta para emitir juicios y tomar decisiones.⁵⁷ Cuando el CCom concreta el Título III bajo el nombre de la contabilidad de los empresarios, refleja el modo en el que material y formalmente un empresario deberá realizar el mencionado proceso (conjuntamente con lo establecido en la Ley General de Contabilidad). Así se diferencia la contabilidad en sentido formal y la contabilidad en sentido material. La primera es la referida a los libros de comercio (sección primera) y es una información secreta. La segunda es la referida a las cuentas anuales (sección segunda) y se trata de una información pública.

La concreción de cuáles son los libros contables se hace en el art. 28 CCom que dispone que la sociedad debe contar con dos libros obligatorios, el primero el Libro de Inventarios y Cuentas anuales y el segundo el Libro Diario. Pero hay además un tercer libro obligatorio para las sociedades que es el que dispone el art. 26.1 CCom: el Libro de actas.

Sobre las cuentas anuales, como antes se ha hecho referencia, el art. 34 CCom concreta la obligación de que al cierre del ejercicio el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. Se advierte que estos documentos forman una unidad y que deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. Por tanto, cuando el legislador menciona las cuentas anuales se está refiriendo a los siguientes documentos y ninguno más: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria.

Lo que se plantea, por tanto, es qué debe entenderse cuando el legislador en el inciso 6º se refiere a la contabilidad, cuando en otras ocasiones, en el mismo precepto, se refiere expresamente a las

⁵⁷ WANDENBERGHE, *Contabilidad financiera. Nuevo plan general de contabilidad y de PYMES*, 2008, p. 21; RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, *Contabilidad general: Teoría y práctica*, 2008, p. 30.

cuentas anuales o a los libros contables (más ampliamente) El legislador ¿se está refiriendo a las cuentas anuales o a esa contabilidad interna que obligatoriamente debe llevar el empresario y que es secreta?

La doctrina mercantilista, en relación a la mención que la LC realiza a las irregularidades sobre la contabilidad –previsión prácticamente idéntica a la del CP, como veremos- considera que “la irregularidad ha de cometerse en la contabilidad entendida en sentido amplio, comprensiva tanto de las cuentas anuales como de los soportes contables”⁵⁸, diferenciando que cuando se trate de una irregularidad que afecte a terceros, se estará refiriendo obligatoriamente a las cuentas anuales, que son las cuentas públicas. Es decir si la falta de comprensión es de los acreedores, la irregularidad ha de tener necesariamente lugar en las cuentas anuales, pues el carácter secreto de la contabilidad (art. 32 Ccom)⁵⁹ impide que terceros accedan a su contenido.⁶⁰

Inicialmente, considero que para determinar esta cuestión se debe mirar al bien jurídico protegido. Si lo que se protege en este precepto es el derecho de crédito de los acreedores, personas ajenas a la empresa y que no tendrían por qué tener acceso a la contabilidad interna de la empresa, parece que es necesario afinar el objeto material con esa protección. Esto nos permite pensar que el legislador está mirando a una documentación pública, pero entonces ¿por qué no le ha llamado cuentas anuales? La respuesta, a mi entender, es porque ya lo ha hecho, pero en el inciso 8º del mismo artículo. Es decir, el legislador, cuando ha querido, se ha referido a las cuentas anuales y cuando ha querido que el objeto material sea otro así lo ha determinado. Igualmente sucede con otros artículos de nuestro Código penal, como por ejemplo el art. 290 o el 261. En el art. 290 el legislador ha considerado que el objeto material, además de las cuentas anuales, debían ser todos aquellos documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa. Por su parte, en el art. 261, el ámbito se restringe y no se refiere a las cuentas anuales sino a la presentación al procedimiento contable de “datos falsos relativos al estado contable”. Esto exige pensar a aquellos documentos que reflejen el estado contable, entre los que se mencionan se encuentra prioritariamente el balance, los libros de contabilidad y las cuentas de activo y pasivo, quedando fuera, por ejemplo, la memoria.⁶¹

⁵⁸ MUÑOZ PAREDES, en PRENDES CARRIL/MUÑOZ PAREDES, *Tratado judicial de la insolvencia*, 2012, p. 626.

⁵⁹ El art. 32 CCom establece que “1. La contabilidad de los empresarios es secreta, sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las Leyes”. En el apartado 2. Se dice además “La comunicación o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los empresarios, sólo podrá decretarse, de oficio o a instancia de parte, en los casos de sucesión universal, suspensión de pagos, quiebras, liquidaciones de sociedades o entidades mercantiles, expedientes de regulación de empleo, y cuando los socios o los representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo” Se establece en el apartado 3 que “En todo caso, fuera de los casos prefijados en el párrafo anterior, podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos de los empresarios a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición. El reconocimiento se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión de que se trate”.

⁶⁰ MUÑOZ PAREDES, en PRENDES CARRIL/MUÑOZ PAREDES, *Tratado judicial de la insolvencia*, 2012, p. 627. También GURREA MARTÍNEZ, *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, 2015, p. 150, advierte la cuestión de que son los *insider* los únicos que tienen acceso a esta contabilidad y que se suele mostrar en espacios no oficiales.

⁶¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2015, pp. 146-147.

Pues bien, considero que si el legislador en el art. 257.1 ha utilizado distintos objetos materiales es porque ha querido precisar distintas acciones típicas frente a distintos objetos materiales. Como se ha criticado en el trabajo, esto no hace más que complejizar la norma y generar solapamientos, pero precisamente para que estos no sean más agudos exige que se sean muy precisos con el objeto de protección. De tal modo, si se interpreta que cuando el legislador recoge como objeto material a la contabilidad se está refiriendo a las cuentas anuales, cuando posteriormente se hace referencia a ellas expresamente, se estaría incurriendo en una analogía prohibida.

Por tanto, en este punto, creo que en el ámbito penal debe haber un distanciamiento de lo planteado por la doctrina mercantilista⁶² y considerar que en el inciso 6º donde se hace referencia a la contabilidad se refiere a los documentos internos de la empresa y cuando más adelante, en el inciso 8º se refiere a las cuentas anuales, ahí sí, el objeto material son todos los documentos que las componen.

Sobre la expresión que utiliza el art. 259.1 en el 7º inciso “la documentación que el empresario está obligado a conservar” se recoge en el art. 30 CCom cuando estipula que “los empresarios conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales”.⁶³ Se trata por tanto de un concepto más amplio que el de las cuentas anuales y que afectará al objeto material del inciso 7º.

Por último, el inciso 8º, como se ha dicho, se refiere indistintamente a las cuentas anuales y a libros contables por lo que parece que se englobarán las dos categorías sin que se generen dudas al respecto sobre el objeto material (sí sobre el significado de las acciones típicas).

Determinada esta cuestión fundamental, sabiendo ya cual es el objeto material del inciso 6º del art. 259.1 CP se debe proseguir con su análisis.

La segunda cuestión que hay que abordar es la de determinar si para todas las conductas mencionadas y contenidas en el art. 259.1.6º CP es necesario que concurra un obstáculo para la comprensión de la situación patrimonial o financiera. Claramente para las tres últimas conductas esto es imprescindible pero ¿y para las dos primeras? Es decir, ¿para el incumplimiento del deber legal de contabilidad y la llevanza de doble contabilidad?

Trayendo aquí lo expuesto anteriormente acerca de la LC, esta nos muestra cómo la norma mercantil recoge cómo dos de las presunciones para considerar el concurso culpable son el incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad y la llevanza de doble

⁶² Además, se debe advertir cómo, tal vez, esa interpretación amplia del art. 164.2 LC se fundamente en el hecho de que en ningún lugar del precepto, a diferencia del art. 259.1 CP se hace referencia a las cuentas anuales.

⁶³ En el párrafo 2 se clarifica, además que “El cese del empresario en el ejercicio de sus actividades no le exime del deber a que se refiere el párrafo anterior y si hubiese fallecido recaerá sobre sus herederos. En caso de disolución de sociedades, serán sus liquidadores los obligados a cumplir lo prevenido en dicho párrafo”.

contabilidad.⁶⁴

Merece por tanto la pena conocer qué han dicho la doctrina y los tribunales acerca de la relación entre esas dos conductas y la eventual necesidad de que sea un obstáculo para la comprensión de la situación patrimonial o financiera. Sobre el incumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad, lo primero que se debe observar es que la norma mercantil precisa que este debe ser “sustancial”.⁶⁵ Por tanto, el legislador español sanciona cualquier incumplimiento formal o material del deber de llevanza de la contabilidad que resulte sustancial y que además, no sea de los contemplados en otros supuestos de errores e incumplimientos de la normativa contable sancionados en la Ley Concursal.⁶⁶ ÁVILA TORRE⁶⁷ considera que “se descartan tanto los incumplimientos puntuales, como la falta de apuntes que pueden ser superados a través de otros medios, viniendo obligado el intérprete, en consecuencia, a concretar en qué consiste la contabilidad, para comprobar si existe alguna omisión y si esta es lo suficientemente relevante para impedir conocer las causas de la insolvencia y, en consecuencia, para calificar dicho incumplimiento de sustancial”. DÍAZ MARTÍNEZ⁶⁸ entiende que en general serán irregularidades relevantes “los incumplimientos en materia contable, siempre y cuando la información que se deja de suministrar como consecuencia de dicho incumplimiento impida determinar y conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa”.

Algún autor ha considerado que sustancial debe entenderse del mismo modo que relevante y quedaría asimilado al concepto de importancia relativa⁶⁹ o importancia significativa, extensamente definido y regulado en la normativa de contabilidad y auditoría de cuentas.

Se generan dudas acerca de si la falta de legalización de los libros de la sociedad, por ejemplo, sería un cumplimiento sustancial o no. De este modo la SAP Barcelona, sección 15ª, de 12 de marzo de 2014 afirma que “es igualmente cierto que la falta de legalización de los libros, aun siendo un incumplimiento legal (artículo 27 del Código de Comercio), difícilmente cabría calificarlo, por sí solo, de “sustancial”, máxime si se comprueba que los libros no legalizados son veraces, cumplen

⁶⁴ También ve la identificación de la norma mercantil con la penal FARALDO CABANA, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, (23), 2015, p. 64.

⁶⁵ MUÑOZ PAREDES, en PRENDES CARRIL/MUÑOZ PAREDES, *Tratado judicial de la insolvencia*, 2012, pp. 612 ss., hace un recopilatorio de resoluciones de Juzgados y Audiencias tras la entrada en vigor de la LC y bajo la cobertura de esa presunción “incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad” se encuentran, por ejemplo: 1.- “Falta de constancia de que se hayan realizado los inventarios correspondientes a los ejercicios 2004 a 2006 ni los balances de comprobación trimestrales, faltando además la transcripción de cuentas anuales e inventarios en los Libros de Inventarios y Cuentas anuales de los mismos ejercicios, concurriendo apuntes de cancelación de forma masiva, indiscriminada y sin justificación de cuentas de proveedores y acreedores”; 2.- “No facilitar listado de extractos contables de las cuentas de mayor obtenidas de los ordenadores de la mercantil, falta de reflejo de movimientos de caja y bancos y carácter incompleto de los balances y sumas y saldos de un ejercicio por omisión de las cuentas del Grupo 1 y, del otro, que sólo contiene las cuentas de los Grupos 2, 4 y 6, careciendo, en suma los soportes informáticos de las garantías de veracidad, fiabilidad e integridad”.

⁶⁶ GARCÍA-CRUCES, en BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES, *Enciclopedia de Derecho concursal*, Vol. I, 2012, pp. 141 ss.; ÁVILA DE LA TORRE, en GARCÍA-CRUCES (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, 2012, p. 39.

⁶⁷ ÁVILA DE LA TORRE, en GARCÍA-CRUCES (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, 2012, p. 39.

⁶⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, *La calificación del concurso de acreedores*, 2009, p. 62.

⁶⁹ GURREA MARTÍNEZ, *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, 2015, p. 146.

las garantías intrínsecas o internas exigidas por los artículos 25 y 29 y, en definitiva, reflejan fielmente la situación patrimonial y financiera de la empresa”.

En conclusión, en todas las definiciones ofrecidas para dar contenido a la conducta se deduce la necesidad de que la contabilidad sea tal que sea un obstáculo para la comprensión de la situación financiera o patrimonial porque de otra manera no será considerada relevante. Es así como considero que también ha de ser interpretada la norma penal, a pesar de que en el tenor literal no se haga mención a esta exigencia de que el incumplimiento sea obstáculo para la comprensión. Interpretarlo distintamente sería incoherente con el propio contenido de la conducta y además atentaría al principio de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho penal.

Sobre el segundo de los supuestos que se plantea, el de la doble contabilidad y su determinación, la doctrina es unánime a la hora de considerar que sólo será sancionable cuando la doble contabilidad prive de la información suficiente a efectos de poder valorar la conducta del deudor común.⁷⁰ Lógicamente para ello las diferencias entre ambas contabilidades habrán de ser muy limitadas pero el sentido de la presunción hace que se deba plantear la cuestión en esos términos. En este sentido, sobre la presunción “doble contabilidad” nuevamente el II Congreso de Magistrados Especialistas de lo Mercantil estableció que “la doble contabilidad debe entenderse siempre verificada con ánimo defraudatorio o con intención de perjudicar a los acreedores, y debe dar lugar a la calificación de concurso culpable, incluso aunque la información de la contabilidad exterior, llevada hasta la declaración de concurso, reflejase la situación patrimonial real del concursado”.

Se debe concluir, por tanto, con que tanto el incumplimiento de los deberes contables como la llevanza de doble contabilidad en el ámbito mercantil deben perseguir el resultado de no permitir comprender la situación patrimonial o financiera.⁷¹ Esa exigencia es coherente con el sentido mismo de lo que se pretende evitar con las conductas descritas, que es precisamente que existan obstáculos para la comprensión de la situación financiera o patrimonial de la empresa. Por tanto, también en este segundo caso, así debe ser entendido en el ámbito penal.

En definitiva, frente a la pregunta que hacía al inicio de si también las dos primeras conductas típicas del art. 259.1. 6º deberán ser analizadas desde el obstaculizar dicha comprensión la respuesta debe ser afirmativa.

⁷⁰ ÁVILA DE LA TORRE, en GARCÍA-CRUCES (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, 2012, p. 41; GURREA MARTÍNEZ, *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, 2015, p. 150.

⁷¹ Así también, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2015, p. 106: “En lo que concierne a las acciones que comportan un inadecuado cumplimiento de deberes contables (conductas 6ª a 8ª), todas tienen en común el tratarse de conductas que persiguen el resultado de impedir o dificultar el examen o la comprensión de la situación económica real del deudor”. MONGE FERNÁNDEZ, *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015*, 2016, p. 104, sobre el art. 259.1.6º dice: “De una lectura del precepto se colige que no cualquier infracción de este deber legal contable deviene típica automáticamente, sino que solo lo serán las acciones relevantes que con ello supongan un obstáculo para la real comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. Evidentemente, este elemento indeterminado debe ser concretado por el juez, ya que el artículo 259 CP no contiene ninguna definición al respecto”.

La tercera de las conductas típicas es la de “cometer en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial”. Nuevamente nos encontramos con que en el art. 164.2 1º LC se utiliza la expresión “hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera” clausula, que como se observa, es prácticamente idéntica a la recogida en este art. 259.1.6ª en la tercera de las conducta que ahora se está analizando.

Al respecto de cómo se ha de interpretar esa expresión o qué conductas pueden encajar dentro de la comisión de irregularidades que causen esa falta de comprensión se han pronunciado un buen número de sentencias⁷² y también la doctrina mercantilista de forma extensa.

⁷² Entre otras muchas caben destacar las siguientes sentencias: 1) La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Lérida (Concurso 27/2007) de 5 de mayo de 2008 (Magistrado: Eduardo María Enrech Larrea) dice lo siguiente “la irregularidad relevante, tiene que ir referida a la falta de claridad de la situación patrimonial o financiera, falta de claridad que será en relación a los terceros. Y es por tanto que esa irregularidad relevante afecta a aquellos que la concursada ha presentado como su estado contable al público mediante la presentación del Registro”; 2) Sentencia de la sección 15ª de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Recurso de apelación 653/2006-2ª) de 19 de marzo de 2007 (Magistrado: Ignacio Sancho Gargallo) sobre la eventual concurrencia del art. 164.2-1º considera que hay una inexistencia de graves irregularidades contables al no considerarse como tal la inclusión, en el activo de la sociedad, de un crédito fiscal contra la Hacienda Pública derivado de las bases imponibles negativas a consecuencia de las pérdidas de los ejercicios anteriores”; 3) Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona (autos 80/2006) de 9 de mayo de 2006 (Magistrado: José María Ribelles Arellano). Considera que se da una irregularidad relevante en el siguiente supuesto: “la administración concursal denuncia que se activaron importantes gastos de explotación en el ejercicio 2002, con infracción de principios contables elementales, con la particularidad de que de haberse contabilizado correctamente, en dicho ejercicio se hubieran producido pérdidas que habrían dado como resultado unos fondos propios negativos de 23.199,20 Euros. Al cierre de dicho ejercicio la concursada ya venía obligada a promover su disolución o a dar inicio al correspondiente expediente concursal”; 4) Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid (Autos 10/2005) de 17 de julio de 2006 (Magistrado Alberto Arribas Hernández) “Respecto al hecho de que no se han asentado correctamente en la contabilidad todas y cada una de las operaciones realizadas por la sociedad, por sí solo no genera la presunción pues no consta la entidad de las omisiones ni su incidencia en la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad” “Tampoco incide en la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad el hecho de que no estuviera individualizado el saldo de cada uno de los clientes al existir una cuenta global de cobros de clientes varios, pues no tiene la menor incidencia en dicha situación, al margen de que sea incorrecta la técnica de contabilización de cobros de clientes. Por último, tampoco tiene incidencia en la situación patrimonial financiera del deudor, al margen de la incorrecta técnica contable, el hecho de que en el balance el saldo de clientes de dudoso cobro sea cero y que en las cuentas de mayor se refleje una lista de clientes de dudoso cobro por importe de 309.299,46 Euros y un único saldo acreedor que compensa al anterior por el mismo importe, porque el resultado es idéntico; 5) Cabe destacar la Sentencia del Juzgado de lo mercantil número 1 de Bilbao de 26 de abril de 2007 (Magistrado: Edmundo Rodríguez Achútegui) sobre el art. 164.2-1º dice “ciertamente la norma ha exigido que la irregularidad no sea de escasa importancia, sino relevante. Al utilizar el concepto jurídico “irregularidad relevante”, que no define legalmente, hay que utilizar algún criterio que otorgue seguridad jurídica y evite que cualquier error, omisión o irregularidad determine la grave consecuencia de calificar el concurso como culpable. Para hacerlo hay que partir de que el concepto irregularidad ya supone reproche, pues al referirse a la contabilidad denota que no es común o permisible, que no se acomoda al patrón medio que el empresario diligente aplicaría al reflejar su situación patrimonial. Irregular es lo que no es común o habitual, lo que se sale de la norma. Incluso la tercera acepción de la Real Academia Española refleja su sentido peyorativo, pues se identifica con “malversación, desfalco, cohecho u otra inmoralidad en la gestión o administración pública, o en la privada”. El concepto mismo de irregularidad contable supone, en consecuencia, que se ha incurrido en una incorrecta contabilización, cualquiera que sea su reflejo, lo que hace padecer la exigencia de claridad y precisión que debiera caracterizarla, pues el art. 25.1 del código de comercio dispone que la contabilidad ha de ser "ordenada", y el 34.2, al referirse a las cuentas anuales, establece que “deben redactarse con claridad y precisión y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa...”. Si ello se deduce de la expresión “irregularidad” al exigirse por la Ley Concursal que merezca el calificativo de “relevante” se dispone un plus que supone alguna

Para comenzar se debe hacer referencia a que las Normas Técnicas de Auditoría⁷³ consideran que las irregularidades pueden identificarse, entre otros, con los siguientes supuestos: (i) manipulación, falsificación o alteración de registros o documentos; (ii) la apropiación indebida y la utilización irregular de activos; (iii) la supresión u omisión de los efectos de transacciones en los registros o documentos; o (iv) el registro de operaciones ficticias”.

Las Normas Técnicas de Auditoria diferencian el concepto error del concepto irregularidad. *Error* serían los “actos u omisiones no intencionados” e *irregularidad* “actos u omisiones intencionados”. Parece que sea este concepto estricto de irregularidad el que se utiliza por el art. 259.1.6º ya que la modalidad imprudente que se corresponde con el concepto “error” se contiene con el art. 259.3 CP.⁷⁴

La doctrina mercantilista es unánime a la hora de considerar que por irregularidad se debe entender la infracción de los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados.⁷⁵ Es decir, se debe recordar que la contabilidad y en general las cuentas anuales deben redactarse se forma clara y comprensible, aplicando de forma sistemática principios y criterios (empresa en funcionamiento, devengo, uniformidad, prudencia, no compensación, importancia relativa) para que esta sea relevante, fiable y que transmita la imagen fiel de la empresa.⁷⁶

Pero además tanto el CP como la LC exigen que las irregularidades sean relevantes. Acerca de

gravedad. No basta que exista la incorrección, de alguna importancia, que supone la irregularidad. Es necesario además que aquella sea grave, de tal importancia que carezca de justificación, afectando directamente a las finalidades de claridad, rigor y presión que derivan de las exigencias legales. Es decir, que impida a quien examine la contabilidad hacerse una idea correcta de la situación patrimonial y financiera de la empresa, para lo cual también será importante ponderar los importes a los que afecte, pues si se trata de cantidades despreciables no pueden merecer el calificativo de “relevante”.

⁷³ Resolución de 15 de junio de 2000 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre “Errores e irregularidades”.

⁷⁴ MUÑOZ PAREDES, en PRENDES CARRIL/MUÑOZ PAREDES, *Tratado judicial de la insolvencia*, 2012, p. 623, conforme a la NTAEI podemos hablar de un concepto contable y estricto de irregularidad que requiere: “a) un elemento objetivo, concretado en una acción u omisión cometida por los administradores, la dirección, los empleados de la entidad auditada o terceras personas ajenas a ésta; b) un elemento subjetivo, presente en la intencionalidad o carácter doloso de la conducta; c) y, finalmente, un elemento finalista o resultado que cristaliza en una alteración de la información contenida en las cuentas anuales”. El autor considera sin embargo que este concepto estricto y contable no es adecuado en el ámbito concursal puesto que deja fuera a los *errores* lo cual considera inadmisibles porque podría devenir de una negligencia grave. De la misma manera, GURREA MARTÍNEZ, *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, 2015, p. 128.

⁷⁵ MUÑOZ PAREDES, en PRENDES CARRIL/MUÑOZ PAREDES, *Tratado judicial de la insolvencia*, 2012, p. 615; ÁVILA DE LA TORRE, en GARCÍA-CRUCES (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, 2012, p. 42; GURREA MARTÍNEZ, *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, 2015, p. 131; SANJUÁN Y MUÑOZ, *Guía práctica del proceso concursal*, 2016.

⁷⁶ El Plan General Contable introduce el concepto de imagen fiel como uno de los principios rectores más importantes que rigen las normas contables, hasta el punto de que el art. 34 Ccom en su apartado 4, advierte que, en casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable. Justamente, la representación fiel surge como resultado final de la aplicación de los requisitos y de los principios contables y para ellos el PGC contiene una serie de criterios, algunos más rígidos y otros más flexibles (incluso hay lagunas y vacíos), tendentes a representar justamente una imagen lo más fiel posible de la empresa. En este contexto, nace la denominada contabilidad creativa, como instrumento al alcance del empresario para una mejor representación de los hechos contables.

cómo se ha de analizar esta exigencia se expone nuevamente de manera unánime que el término relevante significa: con la suficiente entidad, cuantitativa o cualitativa, para desvirtuar la imagen que la contabilidad transmite de la empresa, es decir, cuando se impida a quien examine la contabilidad poder hacerse una idea correcta de la situación patrimonial y financiera de la empresa.⁷⁷ ÁVILA DE LA TORRE⁷⁸ va más allá y apunta que “es preciso que la irregularidad tenga tal importancia que carezca de justificación”, posición que se aproxima a la doctrina alemana en la comprensión del §283.7 StGB.⁷⁹

En definitiva, la irregularidad solo será relevante cuando desvirtúe la situación financiera o patrimonial de tal modo que en sí misma tenga la capacidad de influir en el usuario. Por tanto no concurrirá una irregularidad relevante cuando haya un incumplimiento material de las normas contables, pero este incumplimiento no afecta a la comprensión de la situación financiera o patrimonial del deudor.⁸⁰

La cuarta de las conductas del inciso 6º del art. 259.1 es la destrucción de los libros contables cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera. La quinta, la alteración de los libros contables cuando igualmente de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

La diferencia que inicialmente se aprecia entre estas dos conductas típicas y las anteriores está en el objeto material, que es más amplio. Debemos volver aquí a la cuestión que se planteaba al inicio acerca del número extenso de objetos materiales distintos que recoge el legislador.

Dicho esto, por lo demás, los términos destruir y alterar no tienen un sentido muy distinto que el de la no llevanza de la contabilidad o su llevanza con irregularidad. Estoy de acuerdo con SOUTO GARCÍA⁸¹ cuando expresa cómo “pese a emplear verbos distintos algunas conductas se solapan. En este sentido, destruir equivale a la no llevanza de contabilidad y la inclusión de irregularidades no deja de ser una alteración de la contabilidad”.

Se termina por tanto evidenciando la redundancia constante en las conductas del art. 259.1 CP que solo se salva – y solo en parte- interpretando de forma precisa el objeto material.

⁷⁷ ÁVILA DE LA TORRE, en GARCÍA-CRUCES (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, 2012, p. 42; MUÑOZ PAREDES en PRENDES CARRIL/MUÑOZ PAREDES, *Tratado judicial de la insolvencia*, 2012, pp. 625 s., considera que “Desde un punto de vista cualitativo, la irregularidad será relevante cuando por la naturaleza de las incidencias se prive al tercero de una información correcta, necesaria y suficiente (...). Cuantitativamente, será relevante cuando la magnitud monetaria de las incidencias encontradas, en relación con la dimensión de la empresa, altere de forma significativa o muy significativa la situación patrimonial o financiera que se proyecta al exterior. Cuando la variación sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere la expresión de la imagen fiel, la irregularidad quedará cubierta por el principio de importancia relativa. Así también, SANJUÁN Y MUÑOZ, *Guía práctica del proceso concursal*, 2016.

⁷⁸ ÁVILA DE LA TORRE, en GARCÍA-CRUCES (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, 2012, p. 42.

⁷⁹ RUB, «§331», *Handels-Gesetzbuch*, 2007, p. 849; TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y especial*, 2010, p. 850.

⁸⁰ GURREA MARTÍNEZ, *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, 2015, p. 131.

⁸¹ SOUTO GARCÍA, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), MATA LLÍN EVANGELIO Y GÓRRIZ ROYO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, p. 817.

4.2 Las conductas del art. 259.1.7º. 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.

En este apartado 7º se utilizan algunas acciones típicas idénticas a las empleadas en el apartado anterior como son las de destruir o alterar. En este punto se debe recordar que las Normas Técnicas de Auditoría consideran incluidas en el término irregularidad las acciones de alterar, suprimir, omitir, entre otras, lo que confirma la superposición de la previsión de llevanza de irregularidades relevantes del art. 259.1.6º con las conductas del art. 259.1 7º y también del apartado 8º que se analizará a continuación.

La diferencia se encuentra⁸², nuevamente, en el objeto material, ya que en esta ocasión la norma tutela la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo. ¿Cuáles son estos documentos? Lo veíamos antes y están recogidos en el art. 30 CCom: todos los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio. Nuevamente, por tanto, el objeto material es más amplio y esto es criticable. Ampliar el objeto material a toda la correspondencia, documentación y justificantes del negocio parece excesivo atendiendo al principio de intervención mínima del Derecho penal. No obstante, es con la segunda exigencia contenida en el precepto como se restringe el enorme número de supuestos a los que da pie la norma con un objeto material tan amplio. La exigencia está en que la ocultación, destrucción o alteración deberá dar lugar a que se “dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real deudor”, exigencia que comparten las conductas del apartado 8. De este modo, no cualquier justificación o documentación será idónea para esa finalidad.

En este punto, surge entonces una nueva pregunta. En este numeral y el siguiente ya no se utiliza por el legislador la expresión “de modo que dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera” sino “dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica del deudor”, y esto no parece que sea una cuestión baladí.

Dificultar o impedir el examen y valoración no tiene el mismo significado que dificultar o impedir la comprensión. ¿O sí?

Según el DRAE la palabra “Examen” significa, en su primera acepción: “Indagación y estudio que se hace acerca de las cualidades y circunstancias de una cosa o de un hecho”. Por su parte, “Valoración”, se define como el acto o efecto de valorar. En la primera acepción del término “valorar” encontramos: señalar el precio de algo. En la segunda: Reconocer, estimar o apreciar el valor o mérito de alguien o algo.

Se podría decir que en el ámbito y contexto en el que se está trabajando, ¿estas definiciones vienen

⁸² No considero que la diferencia se encuentre en el sujeto activo, es decir, que se limite la conducta a la figura del empresario como lo considera MONGE FERNÁNDEZ, *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015*, 2016, p. 105, quien sobre el art. 259.1.7º dice: “Esta modalidad presenta una principal diferencia con la descrita en el apartado anterior, y si bien está referida igualmente a la infracción de los deberes legales contables, el apartado 7º exige que solo sea cometido por el empresario, como se describe en el tenor literal del precepto”.

a decir lo mismo que la expresión comprensión cuyo contenido está bien definido por la doctrina mercantilista de la mano de la irregularidad relevante? Considerando que comprender significa: facultad, capacidad o perspicacia para entender y penetrar las cosas e, insisto, en el contexto en el que nos encontramos y sobre el objeto material al que se dirigen las acciones de examinar, valorar y comprender, considero que el contenido debe ser el mismo.

Es por ello que no se entiende que se hayan utilizado por el legislador verbos distintos para referirse a lo mismo.⁸³

4.3 Las conductas del art. 259.1.8º. 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 incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

La conducta típica consiste, en primer lugar, en formular las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil. Esta conducta debe ser entendida irremediamente conforme a lo definido por el concepto de llevar la contabilidad con irregularidades sustanciales ya que, como se ha dicho, las irregularidades se dan precisamente cuando se da una infracción de los principios y normas de contabilidad, es decir, cuando la contabilidad no se lleva conforme a la normativa reguladora.

Pero además esa forma de llevanza incumpliendo la normativa deberá ser tal que “dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor”. Lo apenas dicho respecto de esta expresión debe ser traído aquí.

Por último, como se ha dicho ya, el objeto material es claro y abarcará los libros contables y las cuentas anuales.

La segunda de las conductas que recoge es la de incumplimiento del deber de formular balance o el inventario dentro de plazo. Sobre esta conducta, con FARALDO CABANA⁸⁴, considero que este apartado “recoge el incumplimiento de obligaciones puramente formales, alguna de las cuales ni siquiera se considera relevante para calificar civilmente el concurso como culpable”, por lo que simplemente merece mi más absoluta crítica.

4.4. Recapitulación

Lo primero que se debe nuevamente subrayar acerca del nuevo tipo del art. 259.1 en relación a las conductas falsarias es que se evidencia cómo el legislador no ha sabido concretar la norma conforme a los más mínimos criterios sistemáticos y de coherencia interna. Como advierte MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁸⁵ “se describen acciones específicas de forma deficiente y con cierta superposición de conceptos, que podrían haberse simplificado y clarificado”. También SOUTO

⁸³ FARALDO CABANA, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, (23), 2015, p. 64.

⁸⁴ FARALDO CCABANA, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, (23), 2015, p. 65.

⁸⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2015, p. 106.

GARCÍA⁸⁶ expresa cómo pese a emplear verbos distintos algunas conductas se solapan. Y además ambos autores⁸⁷ aprecian cómo estas conductas son prácticamente idénticas a las contenidas en los arts. 390 y 290 CP. Solo con esto parece que sea imprescindible modificar la norma y clarificarla.

La segunda de las conclusiones a las que se ha llegado es que todas las conductas deben ser idóneas para dificultar o impedir de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera. Estarán orientadas hacia esta exigencia todas las conductas del numeral 6º del art. 259.1 así como las del numeral 7º y 8º considerando que la expresión “cuando de este modo dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor” aun utilizando verbos distintos al de comprender (examinar e imposibilitar) vendrán a decir lo mismo.

La tercera cuestión es que debido a las redundancias utilizadas por el legislador las conductas típicas se solapan y un buen número de veces será únicamente el objeto material quien nos ayude a dilucidar la cuestión concursal en favor de un numeral u otro.

5. Conclusiones. El ámbito propio de la insolvencia punible falsaria. El límite con la norma concursal

Ante la compleja y difusa situación en la determinación de los contornos de las conductas típicas recogidas en el art. 259.1 CP, la pregunta que se plantea como fundamental a la luz de lo expuesto es dónde están los límites en materia de insolvencia punible falsaria entre la norma penal y la norma mercantil. El adelanto de las barreras de punibilidad con respecto a la regulación anterior es clara y debe ser criticada, especialmente por la inclusión de la modalidad imprudente sobre la que se hará una reflexión al final de esta conclusión.

Desde mi punto de vista el límite se encuentra en la necesidad de una puesta en peligro abstracto del bien jurídico, esto es, un verdadero peligro para el derecho de crédito de los acreedores derivado de las conductas falsarias. Es por ello que los esfuerzos interpretativos de la norma a la luz de los principios generales del Derecho penal son fundamentales. Se sabe que en líneas generales los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin necesidad de que en el caso concreto se requiera un resultado de puesta en peligro. En estos basta que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico.⁸⁸ En los delitos de peligro abstracto no se trata de la determinación del desvalor del resultado sino del desvalor de la acción; es suficiente la mera comprobación de una peligrosidad general de la acción.⁸⁹

Siguiendo a LUZÓN PEÑA⁹⁰ “en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad puede ser expresa o

⁸⁶ SOUTO GARCÍA en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), MATALÍN EVANGELIO y GÓRRIZ ROYO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, p. 817.

⁸⁷ También MONGE FERNÁNDEZ, *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015*, 2016, pp. 103 ss.

⁸⁸ ROXIN, PG, 2003, p. 407; LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., 2016, pp. 180 ss.

⁸⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., 2015, pp. 192 s.

⁹⁰ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal*, 2016 (3ª ed.), p. 182.

tácita: Peligrosidad tácita existe en tipos que no mencionan expresamente la peligrosidad; ésta es sólo generalmente inherente a la conducta o es la *ratio legis* de la tipificación. Pero en virtud del principio de ofensividad⁹¹ (ex art. 1 CE), admiten en el caso concreto prueba en contrario, prueba de la no peligrosidad en ese caso. Por eso: contra lo que sostiene un sector, no son delitos de peligro presunto (presunción *iuris et de iure*), sino sólo contienen una presunción *iuris tantum*". Esta posición es la que yo sostengo, considerando que ha de ser así porque como advierte MANES, el principio de ofensividad no implica la prohibición de recurrir a la técnica de la anticipación de la tutela típica del peligro abstracto, o de sus gradaciones, pero exige que sea calibrada racionalmente, siendo ilegítima constitucionalmente la previsión normativa de absoluta invencibilidad de la presunción del peligro.⁹² En este sentido, solo la admisión de una prueba liberatoria centrada sobre la ausencia de peligro para el bien en el caso concreto puede salvar modelos de abstracción arbitrarios y que darían lugar a una disparidad de tratamiento para los casos en los que el sujeto actúe con plena consciencia *-ex ante-* de la no peligrosidad de la conducta que está llevando a cabo.⁹³

En el caso concreto de las insolvencias punibles falsarias es así porque como afirma GURREA MARTÍNEZ⁹⁴ "el perjuicio informativo que provoca la comisión de irregularidades contables no constituye, en todos los casos, un perjuicio real para los acreedores. En ocasiones, existen acreedores que no han ajustado las condiciones de su crédito (...) por lo que la situación financiera y patrimonial del deudor no habrá afectado, en ningún caso, a sus decisiones empresariales". El autor considera que en el ámbito del Derecho concursal "en tanto exista una imagen fiel desvirtuada y, por tanto, la posibilidad de que cualquier usuario de la información financiera pueda verse perjudicado por esta información desvirtuada, entendemos que existe un perjuicio potencial que debería ser sancionado a través de las normas de represión de errores e incumplimientos contables previstos en la Ley Concursal".

Por tanto, si bien una irregularidad contable relevante supone un perjuicio informativo, no implica que pueda existir un perjuicio patrimonial. FEIJOO SÁNCHEZ⁹⁵, en referencia a los numerales 1º y 2º del art. 164.2 LC y su relación con la norma penal, afirmaba ya antes de la reforma 1/2015 que estos "precisan un análisis más detallado de cómo la ocultación de información ha resultado idónea para lesionar los derechos patrimoniales de los acreedores. Formulado en términos tradicionales, los supuestos de infracción de deberes contables, documentales o de información tienen 'una relación más débil' con el bien jurídico protegido", es decir, con el patrimonio de los acreedores.

Evidentemente el legislador mercantil ha optado por no limitar la consideración de concurso

⁹¹ MANES, *Il principio di offensività nel Diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, 2005, p. 122: "En el fondo de una progresiva espiritualización y desmaterialización de los bienes jurídicos que desde hace tiempo ha sacrificado la ofensividad a los alteres del derecho penal preventivo (o a la anticipación de la tutela penal), cuya difusión es ya epidémica en el sector del derecho penal complementario".

⁹² MANES, *Il principio di offensività nel Diritto penale*, 2005, p. 296.

⁹³ MANES, *Il principio di offensività nel Diritto penale*, 2005, p. 295.

⁹⁴ GURREA MARTÍNEZ, *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, 2015, p. 120.

⁹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *Anuario de Derecho Concursal*, (16), 2009, p. 68.

culpable a los supuestos en los que ha existido un perjuicio patrimonial a los acreedores⁹⁶ pero sí el legislador penal ha querido que se ponga en peligro y aquí se encuentra la diferencia. Tendencialmente se considera que esas conductas son peligrosas para poner en peligro el derecho de crédito de los acreedores, por eso se introducen como conducta típica, pero si se demuestra que no ha sido así se estará fuera del ámbito de lo punible. Dicho de otro modo, solo cuando las conductas falsarias del art. 259.1, 6ª a 8ª CP pongan o haya puesto en peligro el derecho de crédito de los acreedores estaremos en el ámbito penal.

Además, como advierte GARCÍA CRUCES⁹⁷ sobre las conductas del art. 164.2 LC, una inexactitud documental de limitada trascendencia no conformará el supuesto de hecho contemplado en la presunción falsaria contenida en ese precepto, de igual modo que tampoco podrá poner en peligro el patrimonio de los acreedores.

Por otro lado, una de las críticas que se vierten sobre la reforma en relación a la insolvencia falsaria es que la redacción presupone incriminar conductas falsarias de los deudores que ya tenían encaje en los delitos de falsedad existentes⁹⁸, si bien desde hace años se ha insistido en la necesidad de la incriminación de estas conductas de concurso por no tener encaje en ningún precepto de nuestro CP.⁹⁹ Efectivamente, se ha dicho en este trabajo cómo muchas de las conductas que se recogen en los numerales 6º a 8º del art. 259.1 CP son prácticamente idénticas a las contenidas en los art. 390 y muy especialmente a las del 290 CP.¹⁰⁰ Se es consciente, además, que con la propuesta que se hace en este trabajo acerca de ser escrupuloso con la observancia de la puesta en peligro del patrimonio de los acreedores, derivado del derecho de crédito de estos, la conducta se aproxima todavía más al tipo del art. 290 CP. Nos encontramos por tanto con una línea de estudio importante, la de la determinación de las relaciones concursales entre los arts. 290 y 259.1 CP, que además abre nuevamente la puerta al cuestionamiento de la necesidad de los delitos concursales.¹⁰¹

Me gustaría hacer una última consideración para finalizar este trabajo. Todavía hoy se mantiene y

⁹⁶ GURREA MARTÍNEZ, *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, 2015, p. 121.

⁹⁷ GARCÍA-CRUCES, en BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES, *Enciclopedia de Derecho concursal*, Vol. I, 2012, p. 560.

⁹⁸ SOUTO GARCÍA, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), MATALÍN EVANGELIO y GÓRRIZ ROYO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, p. 808.

⁹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Anuario de Derecho Concursal*, (16), 2009, p. 46, "La razón político-criminal por la que sigue existiendo un delito concursal es porque no existe otra figura delictiva en el ordenamiento jurídico-penal español que permita reaccionar frente a insolvencias que, además de la lesión patrimonial, encierran una dimensión macroeconómica, careciendo el Derecho penal español de otros instrumentos para reaccionar ante crisis empresariales idóneas para afectar intereses sociales que exceden de los estrictamente patrimoniales de los acreedores". Sin embargo, por su parte, ÁVILA DE LA TORRE, en GARCÍA-CRUCES (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, 2012, p. 28, n.4, recuerda como, "Tras la promulgación del Código penal en 1995, la calificación civil de por entonces la quiebra se desgaja del enjuiciamiento penal (se acaba con la idea de que la calificación civil es un paso previo para el enjuiciamiento penal. En este sentido, cabe advertir cómo en el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma concursal se planteó incluso la desaparición de la tipificación penal por entender que 'las conductas del concursado punibles en el orden penal pueden sancionarse dentro del amplio abanico de delitos económicos y societarios que nuestro Código Penal contempla'), haciéndose, en consecuencia, necesario que la Ley concursal vuelva a dar sentido a la norma.

¹⁰⁰ Así también FARALDO CABANA, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, (23), 2015, p. 69.

¹⁰¹ Ampliamente MAGDALENA CÁMARA, *Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolvencias punibles*, 2018, pp. 127 ss.

usa el término bancarrota, referido al momento plenamente simbólico de ruptura del banco del mercante en el mercado cuando no podía pagar las deudas a sus acreedores. Desde entonces, los delitos llamados de bancarrota, de insolvencia o ahora de concurso, han pasado por muy distintos momentos y su regulación ha variado a lo largo de la historia, si bien ha estado caracterizada por una importante carga punitiva ya que la quiebra siempre ha sido considerada como un procedimiento de carácter esencialmente criminal.¹⁰² El legislador español con la reforma 1/2015 ha demostrado que todavía hoy existe la necesidad (incluso más apremiante tras ella) de establecer los límites del riesgo permitido en estos delitos a fin de que se vea reflejada en una mayor taxatividad del hecho típico.¹⁰³ Con las dificultades interpretativas que el legislador penal ha introducido en la nueva regulación del art. 259.1 LC y con la previsión de la imprudencia¹⁰⁴, se está arriesgando que se pueda calificar a la reforma acometida como una vuelta a la cárcel por deudas.¹⁰⁵ Solo una interpretación muy restrictiva mirando al bien jurídico permite diferenciar el art. 249 CP de los arts. 164-165 LC en muchas de las conductas típicas, que creo es lo mismo que afirmar que el legislador se ha acercado mucho a la idea de volver a castigar con prisión a las personas que “fracasan” en sus negocios y quedan adeudando dinero.¹⁰⁶

Por todo lo anterior considero que la norma debe ser objeto de una nueva reforma más clara y adecuada al ámbito penal.¹⁰⁷ No obstante, mientras esté en vigor la norma, es importante una interpretación restrictiva en el sentido propuesto en este trabajo si se quiere ser respetuosas con los principios de *ultima ratio* del Derecho penal.

6. Tabla de jurisprudencia

<i>Tribunal</i>	<i>Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS 1166/1999	16.07.1999	Joaquín Martín Canivell

¹⁰² Así LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, 1884, p. 318; MARTÍNEZ FLOREZ, *La inhabilitación del quebrado*, 2002, p. 39. DONINI, *Scienze Giuridiche*, (1-2), 2011, p. 38, afirma cómo los delitos concursales siempre han sido una materia especial que “históricamente viene tratado en un modo extremadamente severo por parte del derecho penal, (...) y como tal necesitado de una coordinación actualizada con los principios fundamentales, que hoy se representan por una construcción legal o por una interpretación conforme a la constitución”.

¹⁰³ DONINI, *Scienze Giuridiche*, (1-2), 2011, pp. 64 ss.

¹⁰⁴ También muy crítica FARALDO CABANA, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, (23), 2015, p. 66.

¹⁰⁵ Sobre la cárcel por deudas civiles y los escritos más importantes para llegar a su abolición vid. BONINI, *La carcere dei debitori. Linee di una vicenda settecentesca*, 1991, *passim*.

¹⁰⁶ Merece un estudio particular el análisis del art. 259.1 CP en todas sus modalidades desde la perspectiva de la persona física, como sujeto activo del delito, en un contexto de crisis económica, ya que también puede serlo en algunas de las modalidades. En relación con el estigma que supone el fracaso en los negocios, hace algunas apreciaciones parecidas a estas MAGDALENA CÁMARA, *Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolvencias punibles*, 2018, p. 155.

¹⁰⁷ Así también QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015, Parte especial*, 2015, p. 504: “La conclusión a la que aboca todo esto es clara: reconocer que el actual régimen de este delito es inadecuado precisamente por su simplismo, y que se imponía una nueva regulación de los delitos de concurso punible o bancarrota capaz de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de insolvencia de aquellos deudores cuya conducta precedente ha sido contraria al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos, plasmada en acciones que entrañan un riesgo no permitido, o son directamente causales de la situación de concurso. De ese modo se ofrece un sistema dotado de la suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles.

Juzg. de lo Mercantil nº 2 de Barcelona	09.05.2006	José María Ribelles Arellano
STS 771/2006	18.06.2006	Juan Gonzalo Martínez Micó
Juzg. de lo Mercantil nº 5 de Madrid	17.07.2006	Alberto Arribas Hernández
SAP Barcelona secc. 15ª	19.03.2007	Ignacio Sancho Gargallo
Juzg. de lo Mercantil nº 1 de Bilbao	26.04.2007	Edmundo Rodríguez Achútegui
Juzg. de lo Mercantil nº 1 de Lérida	05.05.2008	Eduardo María Enrech Larrea

7. Bibliografía

ÁVILA DE LA TORRE (2012), «La calificación del concurso como culpable: criterio de calificación y régimen de presunciones», en GARCÍA-CRUCES, *Insolvencia y responsabilidad*, Civitas, Madrid, pp. 27 ss.

BACIGALUPO SAGGESE (2010), «Insolvencia y Derecho penal», *Derecho concursal y paraconcursal*, (13), pp. 123 ss..

BONINI (1991), *La carcere dei debitori. Linee di una vicenda settecentesca*, G. Giappichelli, Turín.

BUSTOS RAMÍREZ (1990), «Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra», *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*, pp. 29 ss.

CONTI (1991), *I reati fallimentari*, Giappichelli, Turín.

CORUCCI (2013), *La bancarotta e i reati fallimentari*, Giuffrè, Milán.

DÍAZ MARTÍNEZ, (2009), *La calificación del concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DONINI (2011), «Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"», *Rivista di Scienze Giuridiche*, (1-2), pp. 35 ss.

FARALDO CABANA (2015), «Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insolvencia fraudulenta tra la reforma de 2015», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, (23), pp. 55 ss.

FEIJOO SÁNCHEZ (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*, (16), pp. 25 ss.

FOFFANI (2006), «Prospettive di armonizzazione europea del Diritto penale dell'economia: Le proposte del progetto "Eurodelitti" per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati inanziari», en DOLCINI/PALIERO, *Studio in onore di Giorgio Marinucci. III Parte Speciale del Diritto Penale e legislazione speciale. Diritto precessuale penal; Diritto, storia e società*, Giuffrè, Milán, pp. 2321 ss.

GARCÍA-CRUCES (2012), «Concurso culpable» en BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES, *Enciclopedia de Derecho concursal*, Vol. I, Aranzadi, Pamplona, pp. 551 ss.

GURREA MARTÍNEZ (2015), *La calificación culpable del concurso por errores e incumplimientos de la normativa contable*, Tesis Doctoral Universidad CEU San Pablo, Madrid.

JOSHI JUBERT (2016), «Insolvencias punibles (art. 259-259 bis)» en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN, *Manual de Derecho penal, económico y de la empresa. Parte General y Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 430 ss.

JUAN/MATÍN (2015), «El delito concursal tras la reforma del Código Penal vs el concurso punible», *La Ley*, (4), pp. 1109 ss.

LA MONICA (1999), *I reati fallimentari*, Ipsoa, Milán.

LATTES (1884), *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, U. Hoepli, Milán.

LUZÓN PEÑA (2016), *Lecciones de derecho penal*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MAGDALENA CÁMARA (2018), *Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolvencias punibles*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.

MANES (2005), *Il principio di offensività nel Diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, G. Giappichelli, Turín.

MARTÍNEZ FLOREZ (2002), *La inhabilitación del quebrado*, Aranzadi, Pamplona.

——— (1993), *Las interdicciones legales del quebrado*, Civitas, Madrid.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2016), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2015), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MONGE FERNÁNDEZ (2016), *El Delito concursal punible tras la reforma penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MUÑOZ PAREDES (2012), «La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal», en PRENDES CARRIL/MUÑOZ PAREDES, *Tratado judicial de la insolvencia*, Aranzadi, Pamplona, pp. 607 ss.

NAVARRO FRÍAS (2016), «Frustración de la ejecución e insolvencias punible», en ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/ BOLDOVA PASAMAR (Coord.), *Derecho penal. Parte especial: conforme a las Leyes orgánicas 1 y 2-2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, pp. 383 ss.

NIETO MARTÍN (2000), *El delito de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia.

NUVOLONE (1955), *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milán.

PAGLIARO (1957), *Il delitto di bancarota*, Priulla, Palermo.

PEDRAZZI (2000), «I reati Fallimentari», en PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di Diritto penale dell'impresa*, Monduzzi, Boloña.

PERINI/DAWAN (2001), *La bancarotta fraudolenta*, Cedam, Padua.

QUERALT JIMÉNEZ (2015), *Derecho penal español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Barcelona.

QUINTERO OLIVARES (2015), «El delito de concurso o bancarrota», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015. Parte especial* Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 501 ss.

RADTKE (2006), «§§283-283d», en JOECKS/MIEBACH, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Verlag C.H. Beck, Múnich, pp. 813 ss.

RODRÍGUEZ ARIZA/LÓPEZ PÉREZ (2008), *Contabilidad general: Teoría y práctica*, Pirámide, Madrid.

ROXIN (2003), *Derecho penal. Parte General, I, Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMENSAL (Trads.), Civitas, Madrid.

RUB (2007), «§331», en GLANEGGER/KIRNBERGER/KUSTERER/RUB/SELDER/STUHLFLNER, *Handels Gesetzbuch, Handelsrecht-Bilanzrecht Steuerrecht*, C.F.Müller, Heidelberg/Müncher/Landsberg/Berlin, pp. 848 ss.

SANJUÁN/MUÑOZ (2016), *Guía práctica del proceso concursal*, Sepin, Madrid.

SOANA (2012), *I reati fallimentari*, Giuffrè, Milán.

SOUTO GARCÍA (2015), «Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (Arts. 257 y ss.)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), MATALLÍN EVANGELIO/GÓRRIZ ROYO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 787 ss.

TIEDEMANN (2010), *Manual de Derecho penal Económico. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2006), «§283», en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 11^a, De Gruyter Recht, Berlín, pp. 106 ss.

WANDENBERGHE (2008), *Contabilidad financiera. Nuevo plan general de contabilidad y de PYMES*, Pirámide, Madrid.