

**EL DELITO DE INSOLVENCIA PUNIBLE (FAVORECIMIENTO DE  
ACREEDORES) IMPUTABLE A LA EMPRESA Y A SUS  
ADMINISTRADORES**

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. CONCEPTO DE INSOLVENCIA PUNIBLE.**
- III. EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES TIPIFICADO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.**
  - A) El Derecho Penal coherente con el Derecho Concursal.
  - B) Elementos del tipo penal.
  - C) Sujeto Activo del delito.
- IV. ANÁLISIS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DEL AÑO 2003 (LO 15/2003 DE 25 DE NOVIEMBRE).**
- V. ANÁLISIS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DEL AÑO 2010 (LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO).**
- VI. ANÁLISIS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DEL 2015 (LO 1/2015, DE 30 DE MARZO).**
  - A) La frustración a la ejecución (alzamiento de bienes).
  - B) La insolvencia concursal punible.
  - C) Modalidad imprudente.
  - D) Modalidad agravada.
  - E) Favorecimiento de unos acreedores en perjuicio de otros. Comentario a la STS nº. 723/2012, de 2 de octubre (fallo y voto particular).
  - F) Presentación de datos falsos en proceso concursal.
  - G) La responsabilidad de la persona jurídica insolvente.
- VII. LA IMPUTACIÓN PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y LA DE SU ADMINISTRADOR POR LA COMISIÓN DE UN DELITO DE INSOLVENCIA PUNIBLE**
  - A) La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.
  - B) La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016.
  - C) Delitos que derivan en Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica.
  - D) Hechos que eximen la responsabilidad penal de la Persona Jurídica.

**ANEXOS**

**Cumplimiento Normativo -*Compliance*- (Checklist)**

## EL DELITO DE INSOLVENCIA PUNIBLE (FAVORECIMIENTO DE ACREEDORES) IMPUTABLE A LA EMPRESA Y A SUS ADMINISTRADORES

### I. INTRODUCCIÓN

La crisis financiera y económica más devastadora jamás conocida del siglo XXI, los resultados negativos del gobierno corporativo, los distintos delitos económicos cometidos en el seno de las empresas y la falta de vigilancia y control por parte del empresario, dieron paso a otorgar un mayor protagonismo a la responsabilidad social corporativa, a la ética en los negocios, al nacimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica “*societas delinquere potest*”, y a la implementación de las políticas de cumplimiento normativo –*compliance*<sup>1</sup>, a través de códigos éticos, programas de prevención contra la comisión de delitos y canales de denuncia en la empresa –*whistleblowing*–, siendo finalmente aceptados por gobiernos, partidos políticos, instituciones, jueces, empresarios y trabajadores.

En España, desde comienzos del siglo XXI, el legislador ha llevado a cabo un profundo estudio respecto a los delitos de alzamientos de bienes e insolvencia punible, y ello debido al aumento del número de casos conocidos desde el comienzo de la crisis financiera. Ciertos deudores, angustiados por la ausencia de medios económicos para poder continuar con la actividad empresarial, decidieron, en ocasiones con una “habilidad y destreza” poco o nada ética, incluso en ocasiones delictiva y con el propósito de evitar que sus acreedores pudieran satisfacer los derechos de crédito, ocultar y/o desviar su patrimonio, confeccionando documentos simulados con mala fe y como digo “con destreza”, logrando de esta manera, que sus acreedores dejaran de cobrar el dinero que en justicia les pertenecía.

El delito de insolvencia punible y el alzamiento de bienes han sido objeto de estudio y en consecuencia modificados en nuestro sistema penal en numerosas ocasiones. Desde el delito del deudor no comerciante (artículo 437 del código penal de 1848, los delitos concursales, artículo 542 y 543 del código penal de 1870)<sup>2</sup>, hasta la última reforma del Código Penal 1/2015 de 30 de marzo, en el que los delitos se dividen en delitos de insolvencia y el delito de frustración a la ejecución. En el presente trabajo y debido a la extensión del mismo, nos vamos a centrar fundamentalmente en el delito de favorecimiento de acreedores y su imputación en la persona jurídica, ya que el estudio de las distintas conductas delictivas que

---

1 BACIGALUPO, E.: “Compliance y Derecho Penal”, Thomson Reuters Aranzadi, 2011.

2 DEL ROSAL, B.: “Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el código penal, pág. 2. Ponencia impartida por el autor, el 7 de octubre de 1993, en el curso sobre “la Nueva delincuencia”, del Plan Estatal de formación del CGPJ”.

rodean la insolvencia punible en la empresa bien podría constituir el objeto de una tesis doctoral.

Entendemos interesante el trabajo por el análisis respecto a las diferencias existentes entre los magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, respecto al delito de favorecimiento de acreedores, buscando como fin último, minorar la preocupación de muchos empresarios que, actuando de buena fe y trabajando de manera honrada, han visto cómo una serie de deudores, en ocasiones uno solo, han llevado a cabo todo tipo de “actos engañosos y simulados” con objeto de hacer creer a los jueces que han pagado sus deudas a unos en lugar de a otros, siendo los primeros amigos, familiares, socios, incluso conocidos, logrando, de esta manera, seguir manteniendo su patrimonio y evitando tener que satisfacer los créditos de sus acreedores.

El modelo societario anglosajón y el continental, desde finales del siglo XIX hasta nuestras fechas, ha experimentado importantes cambios. Los distintos escándalos financieros del siglo XX dieron lugar en Estados Unidos y Europa, al nacimiento del movimiento denominado buen Gobierno Corporativo. Por poner un ejemplo, en el Reino Unido, el escándalo *Poly Peck* y otros escándalos en la banca (Banco BCCI) dieron lugar al primer informe de buen Gobierno Corporativo denominado *Cadbury*, en honor a su director<sup>3</sup> Sir Adrian Cadbury. En Estados Unidos, los casos de Enron y Worldcom<sup>4</sup> provocaron que el congreso y el senado con objeto de recobrar la confianza de los inversores, elaboraran en el año 2002 la conocida ley denominada *Sarbanes-Oxley Act* (SOX)<sup>5</sup>, de obligado cumplimiento para todos los actores relacionados con el mercado de valores, y que de manera imperativa, entre otras cuestiones obligaba a todas aquellas sociedades estadounidenses y extranjeras que cotizaran en el mercado de valores a dotarse de un sistema de denuncias anónima y/o confidencial que permitiera que el comité de auditoría recibiera las denuncias de carácter únicamente contable. La SOX, a su vez, obligó a las empresas cotizadas a dotarse de un código ético de conducta y de un oficial de cumplimiento normativo -*compliance officer*- que vinculara a todos los directivos y trabajadores, sancionando duramente las represalias que cualquier directivo ejerciera sobre el denunciante -*whistleblower*-.<sup>6</sup>

El desplome del banco de inversión Lehman Brothers en el año 2008 y el rescate multimillonario de numerosas entidades financieras, provocaron la reacción inmediata del presidente norteamericano Barack Obama. Nada más ser elegido Presidente, promulgó el 21 de julio del año 2010 la ley federal conocida como *Dodd Frank Wall Street Consumer Protection Act*. Su articulado supuso el mayor cambio normativo en la regulación financiera desde el crack de 1929. La norma enunciada implementó una serie de cambios respecto a la labor de

---

3 CADBURY, A.: “The company chairman”, Prentice Hall, 1995.

4 CHAMARRO, J.: “El escándalo Enron”. En *aunmas*, 20 enero 2001. RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “Enron el capitalismo funciona”. Instituto Juan de Mariana, 23 de febrero 2006.

5 COATES, J.: “The goals and promise of the Sarbanes-Oxley Act”, marzo 2007.

6 GOÑI SEIN, J.L.: “sistemas de denuncia interna de irregularidades (whistleblowing)”, en “Ética empresarial y códigos de conducta”, págs. 319-350.

vigilancia y control del regulador, el Gobierno Corporativo<sup>7</sup>, la regulación de las agencias de calificación, la remuneración de los administradores y el *whistleblowing*, todo ello con objeto de proteger al consumidor, inversor norteamericano y extranjero de los abusos llevados a cabo por parte de los administradores de las entidades financieras.

Con carácter previo a la promulgación de la SOX, el caso *Watergate* en EEUU provocó que muchas empresas implantaran en su normativa interna códigos éticos<sup>8</sup>, estableciendo los estándares, y principios elementales de conducta, integridad y ética en las empresas, intentando cumplir con el espíritu de las *Sentencing Guidelines*. *Watergate* dio lugar a la promulgación de la ley anti corrupción denominada *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA).

La crisis económica y financiera, la codicia del sistema financiero en Europa, los casos de manipulación del mercado (casos libor y euribor, etc), la información privilegiada de acciones y en general la falta de cultura de cumplimiento provocaron que la Unión Europea en el año 1988, elaborara unas Directrices recomendando a través del Comité de Ministros de Europa<sup>9</sup>, la necesidad de que las empresas pudieran llegar a ser penalmente responsables, por actos ilícitos cometidos por sus representantes legales.

No podemos dejar de mencionar la enorme preocupación por la sociedad del primer mundo, por los numerosos casos de corrupción pública y privada que los medios de comunicación se encargaron de sacar a la luz. Concretamente en España, los casos de corrupción, la deficiente organización y ausencia de control, dieron lugar a que el gobierno de la nación aprobara en el año 2013, la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, teniendo como objetivo principal reforzar la transparencia en la información, evitar fraudes a la administración pública y establecer sanciones. A su vez, el código penal español ha sido modificado desde el comienzo de la crisis en dos ocasiones, síntoma de la tremenda preocupación del legislador por prevenir y castigar ciertos comportamientos humanos delictivos.

La autorregulación empresarial, además de tener una función propia dentro de los ordenamientos jurídicos, ha generado un sistema de protección autónomo que ha contribuido a la expansión de los programas de cumplimiento normativo. Muchos códigos éticos de conducta exigen a sus proveedores que cumplan con el código ético de la empresa y organizaciones internacionales como el banco mundial o el banco europeo de inversiones exigen contar con medidas de prevención contra la corrupción para acceder a financiación.

---

7 KLIKSBER, B.: “Las fallas en el gobierno corporativo, un tema clave en la crisis económica mundial”. Publicado en la revista del Clad, reforma y democracia, n° 47, Caracas junio 2010.

8 MOBERLY, R: “Sarbanes Oxley’s Structural Model to Encourage Corporate Whistleblowers, Buy Law Review, 2006.

9 Recomendación número 88 de 20 de octubre 1988.

## II. CONCEPTO DE INSOLVENCIA PUNIBLE

La Real Academia Española define la insolvencia como la “*incapacidad de pagar una deuda*”.

Y, respecto a la insolvencia punible, en nuestro sistema penal, la prisión por deudas no existe, el no pagar a un acreedor no puede llevar a la cárcel al sujeto activo, ni tampoco sancionar a la empresa deudora. En su acepción penal, doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo que:

*“La insolvencia es la situación en que se encuentra el deudor cuyo patrimonio resulta insuficiente para afrontar los créditos acumulados en su contra. Pero el desequilibrio económico, la misma bancarrota, no resultan punibles sino cuando a esa situación se llega como consecuencia de actuaciones penalmente reprochables realizadas por el deudor, que frustra de este modo los derechos de crédito de los acreedores. El CC proclama en su art. 1911 que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes o futuros”. Así, quienes contratan o se relacionan en el tráfico jurídico, pueden confiar en que la responsabilidad con que la contraparte se presenta no se verá alterada con actuaciones dirigidas a menoscabar y reducir el crédito determinante de aquella relación negocial. Lo que el Código castiga no es el empobrecimiento del deudor, como modalidad de la proscrita “prisión por deudas”, sino la conducta dolosa de quien reduce u oculta su patrimonio para defraudar los derechos de sus acreedores que ven así frustradas las legítimas condiciones en que efectuaron la contratación”.*<sup>10</sup>

*“Es la producción de un resultado, no de lesión sino de riesgo, pues es preciso que el deudor se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo”.*<sup>11</sup>

La doctrina ha definido la insolvencia como “un estado de hecho y, por tanto, una realidad previa al Derecho, desprovista de toda valoración jurídica. Pues bien, la insolvencia como tal situación fáctica la entendemos como un estado de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles, de modo que el acreedor no cuenta con medios a su alcance para poder satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor”.<sup>12</sup>

Martínez Buján Pérez entiende que “ ..en primer lugar la insolvencia se ha venido diferenciando de la falta de liquidez (o insolvencia profesional). En una situación de falta de liquidez del deudor cuenta con un activo superior al pasivo, pero no puede cumplir sus obligaciones en el instante del vencimiento porque sus bienes (el caso paradigmático es el de los bienes inmuebles en periodos de crisis económicas) no se pueden convertir en dinero.”<sup>13</sup>

---

10 STS 163/2006, de 10 de febrero, Rec. 2369/2004.

11 STS de 3 de octubre de 2005.

12 BAJO, M., BACIGALUPO, S.: “Derecho Penal Económico”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 273, 2001.

13 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial. Tirant Lo Blanch, pág. 39, 2005.

Otros autores consideran las insolvencias punibles como “*una serie de conductas que tienen como denominador común la provocación fraudulenta de un estado de insolvencia, en cuanto que, si bien no es el engaño el elemento principal que las estructura, lo llevan no obstante aparejado de un modo indirecto al quebrantarse la confianza y la buena fe que tenía el acreedor*”.<sup>14</sup>

Como elemento del tipo del delito de insolvencia la reciente sentencia del Tribunal Supremo establece que: “*La jurisprudencia ha entendido que el bien jurídico protegido por el delito de insolvencia se orienta hacia la tutela del patrimonio de la víctima, viniendo a representar un reforzamiento de la responsabilidad universal consagrado en el art. 1911 del Código Civil*”.<sup>15</sup>

### III. EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES TIPIFICADO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

#### A) El Derecho Penal coherente con el Derecho Concursal

Con la entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003, el llamado “Derecho Penal de la quiebra” pasó a denominarse “Derecho Penal concursal”. En efecto, la aludida norma trajo consigo la reforma del modelo histórico de la regulación de la quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores y convenios de quita y espera, modificándose, por ende, los términos sobre los que versan los artículos 259, 260 y 261 del Código Penal, cuyas prescripciones han pasado a ostentar la categoría de “accesorias” respecto de las contenidas en la Ley aludida. Y es que, como con acierto señala FEIJOO SÁNCHEZ<sup>16</sup> “*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 predicar que el orden penal carezca de autonomía o independencia con respecto a otras ramas del ordenamiento jurídico, tal y como quedó establecido por el CP 1995, sino no dejar de tener en cuenta en este sector que el sistema jurídico ya ha adoptado antes de hacer entrar en juego a su última ratio determinadas decisiones básicas. Dichas decisiones deben ser tenidas en cuenta de acuerdo con las valoraciones propias del Derecho Penal con 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 LC y no resultar disfuncionales. Un Derecho Penal Concursal que en vez de complementar la legislación*

---

14 JORGE BARREIRO, A.: “El delito de alzamiento de bienes”, en Derecho Penal Económico, Cuadernos de Derecho Judicial, pág. 194, 2003.

15 STS 749/2017, de 21 de noviembre, Rec. 1841/2016 – Caso “Afinza”-.

16 FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Crisis Económica y concursos punibles” Diario La Ley, N° 7178, Sección Doctrina, 20 de Mayo de 2009, Año XXX, Ref. D-181, Editorial LA LEY.

*concurstal resultara perturbador para cumplir los fines de dicha legislación no puede tener otro horizonte que la desaparición”.*

Tal y como reza la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal<sup>17</sup> 22/2003, el nuevo Derecho Concursal pretendió caracterizarse por *“la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil”*. Así, conforme prevé el artículo 44 LC, *“la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor”*, pudiendo, incluso, tal declaración constituir la vía de *“reparación”* de mercantiles que atraviesan por dificultades financieras. Sin embargo, esta nueva *“función social”* que pretendió introducir la LC 22/2003, no ha tenido, hasta el momento, impacto relevante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual, con el debido respeto, parece seguir anclado en la doctrina jurisprudencial anterior a su entrada en vigor, siendo que, desafortunadamente y conforme evidencia la práctica, un alto porcentaje de sociedades concursadas acaban siendo liquidadas.

El hecho de que el Proyecto de LC se siguiera de forma simultánea al Proyecto de LO para la reforma concursal, por la que se modificaban la LO 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, y la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha ocasionado graves problemas de coexistencia entre los procedimientos penal y mercantil, y ello por cuanto la LC fue desarrollada en un contexto en el que el artículo 260 CP se entendía derogado, conforme proponía el citado Proyecto de LO, lo que se ha traducido en que el delito de concurso pueda perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste, dando lugar, como se ha dicho, a una inevitable convivencia procesal que genera importantes conflictos en la práctica.

El artículo 257.1. CP establece: *“Será castigado con las penas de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses:*

*1º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.*

*2º Quién con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.*

*2. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.*

*3. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal.*

---

<sup>17</sup> En adelante LC

*El artículo 258 del CP establece: “El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajera obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de uno a cuatro años y multa de 12 a 24 meses”.*

Tradicionalmente, el delito de alzamiento de bienes ha sido considerado para la sociedad civil como el delito en el que el deudor, oculta o se alza con sus bienes para lograr que su patrimonio no se vea disminuido, perjudicando al acreedor, logrando que éste vea frustrado la satisfacción de su derecho de crédito.<sup>18</sup>

La expresión «en perjuicio de sus acreedores» ha sido siempre interpretada por la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, *“no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de la intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores. Este mismo precedente jurisprudencial precisa que, como resultado de este delito no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (sentencias de 28 May. 1979, 29 Oct. 1988 y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos”.*<sup>19</sup>

El delito estudiado es un delito de mera actividad que no exige de un *“perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de la intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores”.*

Por tanto, el delito se consuma con los actos del deudor sobre su patrimonio, colocándose en una situación de insolvencia frente a los derechos de crédito de un acreedor, a través de la ocultación material de los bienes o con una, ocultación, valiéndose de medios jurídicos, contratos simulados, artificios societarios o contables, pudiendo consistir, tanto en un aumento ficticio del pasivo, como en una disminución del activo.<sup>20</sup>

---

18 MUÑOZ CONDE, F.: “Derecho Penal Especial”, Tirant Lo Blach, decimocuarta edición, págs 446 y ss. Valencia 2002.

19 STS 667/2002, de 15 de abril, Rec. 2716/2000.

20 SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: “La Responsabilidad civil en los delitos de elusión de deudas”. Diario La Ley nº 6593, pág. 3, 2006.



## B) Elementos del tipo penal

El Tribunal Supremo, establece los elementos del tipo en sus Sentencias 1117/2007 de 28 Nov. 2007, Rec. 1033/2007 y 13 de marzo 2002.

1º) *Existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad.*

2º) *Un elemento dinámico que consiste en una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor.*

3º) *resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido.*

4º) *un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos.*

*Basta para su comisión que el sujeto activo haga desaparecer su patrimonio uno o varios bienes dificultando con ello seriamente la efectividad del derecho de los acreedores, y que actúe precisamente con esa finalidad. No se cometerá el delito si se acredita la existencia de otros bienes con los que el deudor acusado pueda hacer frente a sus deudas (STS 129/2003, de 31 de enero), que resulten accesibles a los acreedores, pues en esos caso no es posible apreciar la disminución, al menos aparente, de su patrimonio ni, por lo tanto, la intención de causar perjuicio a los derechos de aquéllos. La existencia de este tipo delictivo no supone una conminación a deudor orientada a la inmovilización total de su patrimonio en tanto subsista su deuda, por lo que no existirá delito aunque exista disposición de bienes si permanece en poder del deudor patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente los derechos de los acreedores. (STS 1347/2003, de 15 de octubre). Naturalmente, esta última afirmación no puede entenderse en el sentido de que el acreedor precise demostrar de modo definitivo la inexistencia de otros bienes. Lo que importa es que en relación a los conocidos, el deudor haya realizado las conductas antes descritas y que lo haya hecho con la finalidad exigida por el tipo subjetivo".*

## C) Sujeto activo del delito

El criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo es pacífico y reiterado en resoluciones que declaran que no sólo quien ostenta la condición de deudor pueden ser autores del delito, sino también quienes colaboraren con ellos en auxilio necesario cuando haya habido confabulación (STS. de 17 de octubre de 1.981 y 16 de diciembre de 1.982).

A su vez, desde la reforma del código penal del año 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) y posterior en el año 2015 (Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo) la persona jurídica ostenta responsabilidad penal. El artículo 31 bis recoge en su artículo los requisitos para que la persona jurídica incurra en responsabilidad penal:

- **Que el delito se haya cometido:**
  - en nombre o por cuenta de la persona jurídica,
  - y en su beneficio directo o indirecto.

- **Que el delito se haya cometido por alguno de los siguientes sujetos:**
  - Los representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

Las personas jurídicas que responden penalmente son<sup>21</sup>:

- Las sociedades mercantiles (art. 297 CP) (anónimas, de responsabilidad limitada, colectivas, comanditarias, unipersonales, comanditarias por acciones, de garantía recíproca, mutuas de seguro.
- Sociedades civiles o industriales y de interés público: corporaciones, asociaciones, fundaciones, colegios profesionales, Cámaras de Comercio (vid apartado 4 de la Circular de la FGE 1/2016.
- Están exentas de responsabilidad penal:
  - El Estado.
  - Administraciones públicas territoriales.
  - Administraciones públicas institucionales.
  - Organismos reguladores.
  - Agencias públicas empresariales.
  - Entidades públicas empresariales.
  - Organizaciones públicas de Derecho Público.
- El artículo 31 quinquies 2 *in fine* CP, señala que esta exención no será de aplicación cuando el juez o Tribunal aprecie que las mencionadas formas jurídicas han sido creadas en fraude para evitar ser imputadas.

En EEUU, las “*Sentencing Guidelines*” definen a la persona jurídica *-organization-* “a cualquier otra persona diferente de la física”, incluyendo en dicho concepto a “las corporaciones, sociedades, asociaciones, sociedades anónimas, cooperativas, fideicomisas, fondos de pensiones, las organizaciones no constituidas en sociedad, los gobiernos y las subdivisiones políticas de los mismos y organizaciones sin fines de lucro”.<sup>22</sup>

---

21 VELASCO NUÑEZ, E., SAURA ALBERDI, B.: “Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 22-23, 2016.

22 GIMENO BEVIÁ, J.: “Compliance y proceso penal de las personas jurídicas”. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 97-98, 2016.

#### **IV. ANÁLISIS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DEL AÑO 2003 (LO 15/2003 de 25 de NOVIEMBRE)**

El artículo 260 fue modificado por la LO 15/2003, sustituyendo los términos “quiebra” y “suspensión de pagos” por la expresión "*el que fuere declarado en concurso*".

#### **V. ANÁLISIS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DEL AÑO 2010 (LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO)**

La reforma operada por la LO 5/2010 introdujo modificaciones sustanciales en los delitos de índole patrimonial, debiendo destacar<sup>23</sup>, en lo que concierne a los de insolvencia punible, las siguientes:

##### **1ª.- Introducción de tipo agravado por la naturaleza de la deuda o del acreedor.**

La LO 5/2010 introdujo un tipo agravado al modificar el apartado 3º del artículo 257 CP, de aplicación tanto al alzamiento genérico (artículo 257.1.1.º CP), como al alzamiento para eludir la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio (artículo 257.1.2.º CP), no así, sin embargo, al alzamiento cometido con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes de la comisión de un hecho delictivo, previsto en el art. 258 CP, cuando la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y, la acreedora, una persona jurídico-pública.

##### **2º.- Introducción de tipos agravados por remisión a la estafa.**

Introdujo la precitada reforma un 4º apartado al artículo 257 CP, por mor del que las penas previstas para todas las figuras delictivas contenidas en dicho artículo se imponen en su mitad superior cuando concurren determinadas circunstancias, que son las previstas para la estafa en el (también modificado) artículo 250.1.1º CP, a saber:

- Cuando recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.
- Cuando revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.
- Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros.

##### **3º.- Introducción de la responsabilidad civil de las personas jurídicas.**

Por medio del artículo 261 bis CP, introducen las penas a imponer a la persona jurídica responsable de la comisión de alguno de los delitos comprendidos en el Capítulo VII del

---

<sup>23</sup> FARALADO CABANA, P.: “Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010”. Editorial La Ley penal, nº 81, 2011.

Título XIII, en los términos previstos en el art. 31 bis CP, modificado al mismo tiempo para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas: pena de multa de duración variable según la pena prevista para el delito cometido por la persona física. Al respecto conviene destacar que la duración máxima, multa de dos a cinco años, sólo se impone cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años, lo que en este Capítulo sólo ocurre en dos supuestos: alzamiento de bienes en caso de que la deuda u obligación que se pretende eludir sea de Derecho público y la acreedora una persona jurídica pública (art. 257.3 y 4 CP), que han sido modificados en la misma reforma, como hemos visto) e insolvencia fraudulenta (art. 260.1 CP). La duración media de la multa, uno a tres años, se impone cuando el delito cometido por la persona física es uno cualquiera de los restantes del Capítulo, con la excepción del delito de presentación de datos falsos relativos al estado contable, pues en este supuesto se aplica la multa de duración mínima, esto es, seis meses a dos años, ya que se trata del único caso en que se prevé para la persona física una pena de prisión igual o inferior a dos años.

Resulta llamativo que se imponga una pena pecuniaria a una persona jurídica que se encuentra pasando dificultades económicas, hasta el punto de incurrir en la comisión de delitos de insolvencias punibles para tratar de evitar el pago de las deudas a los acreedores. El art. 33.7 CP también modificado en la reforma de 2010, contiene un catálogo con penas más adecuadas que la aquí prevista, pues lo más razonable es pensar que va a resultar difícil cobrar esta multa, que no hará sino agravar la situación de crisis económica en que se encuentra la empresa. En relación con la posible imposición de las penas contenidas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP y, en particular, por lo que respecta a la recogida en la letra g), «intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años», téngase en cuenta que desde un punto de vista práctico sólo es aconsejable la imposición de la pena de intervención judicial en el proceso penal si no está todavía abierto un procedimiento concursal con su respectiva administración, para evitar problemas de coordinación entre ambas jurisdicciones.

De acuerdo con lo previsto en el art. 126 sobre el orden del pago de las responsabilidades pecuniarias, y en los arts. 92.4 y 158 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, la multa penal impuesta a la persona jurídica se integra en la masa pasiva del concurso como un crédito subrogado.

## **VI. ANÁLISIS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 2015 (LO 1/2015, DE 30 DE MARZO)**

Hasta la indicada reforma, las insolvencias punibles, a las que el Código Penal dedicaba un único capítulo (Capítulo VII del Libro II), se conformaban por el binomio *alzamiento de bienes - delitos concursales*. La LO 1/2015, obedeciendo a una demanda histórica, disocia tal binomio, dedicando un capítulo al alzamiento de bienes y otras conductas afines bajo la rúbrica “Frustración a la ejecución” (Capítulo VII, artículos 257 a 258 ter CP), y otro a las conductas realizadas por el deudor concursado, bajo la ya conocida rúbrica “De las insolvencias punibles” (Capítulo VII Bis, artículos 259 a 261 bis CP). A pesar de dicha disociación, a la que el Preámbulo de la LO 1/2015 denomina “revisión técnica”, ambos tipos delictivos

continúan protegiendo un mismo bien jurídico, cual es el derecho del acreedor (o acreedores) a que sus créditos sean satisfechos.

La reforma del clásico delito de alzamiento de bienes ha sido menos profunda; principalmente, se ha centrado en especificar y añadir nuevas consideraciones (positivando lo que venía siendo la práctica jurisprudencial) a los casos en los que se hagan declaraciones de bienes, fruto de proceso judicial, incompletas o falsas (artículo 258 CP), así como clarificar aquellos supuestos agravados en que el deudor cuyo derecho de crédito se ha frustrado es una entidad de Derecho Público. Se han añadido así mismo nuevos tipos referentes al uso de bienes embargados. Con todo, la reforma del delito de alzamiento de bienes, más allá de puntualizar ciertos aspectos, no tiene una gran profundidad, ni gran relevancia a la hora de aplicar los tipos y de penar el delito de alzamiento de bienes, cuyas bases se mantienen, a grandes rasgos iguales.

También ha sido modificada la relación que tiene la prelación de unos deudores sobre otros en situaciones de insolvencia. Si, como decíamos antes, en el análisis de la sentencia, antes de la reforma del 2015, la prelación de unos acreedores sobre otros sólo era punible en los casos previstos en el antiguo artículo 259 CP (es decir, cuando ya existiera un procedimiento concursal), y así lo había establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ahora, se castiga este hecho siempre que carezca de justificación económica o empresarial y el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente. Si, además, el concurso ya ha sido declarado, la pena prevista se agrava.

Más enjundia tiene la reforma realizada respecto de los nuevos tipos de insolvencia o concurso punible. El bien jurídico protegido por estos nuevos tipos delictivos es el mismo que el de los delitos de alzamiento de bienes, esto es, el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito, y, mediante la aseguración de ese derecho, la protección del tráfico jurídico y de la confianza en la actuación empresarial. Pese a la gran similitud de ambas vertientes de la protección del bien jurídico, llevan a cabo dicha protección desde ópticas distintas. El legislador justifica la adición de los tipos de insolvencia punible en el *Preámbulo* de la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*, por la que se modifica el *Código Penal*; y lo justifica de la siguiente manera: *“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 del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso” por tanto, y 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”.*

Vemos en estas justificaciones claramente la razón de ser del delito de insolvencia punible como delito autónomo del delito de alzamiento de bienes. Así, aunque ambos protegen el derecho de crédito de los acreedores, asegurando la vigencia de la responsabilidad patrimonial de los deudores enunciada por el artículo 1911 CC, lo hacen desde ópticas distintas, que, en aras de la seguridad jurídica, deben ser tratadas de forma separada, facilitando la labor de interpretación y aplicación del Derecho Penal. Así, como dice el

mencionado Preámbulo de la ley orgánica modificadora del Código Penal, en los nuevos delitos no se pena el ocultamiento o la sustracción de bienes del propio patrimonio para evitar su apremio por los acreedores, sino las conductas que son contrarias a la obligación de diligencia en la gestión de los asuntos económicos, que pueden poner en peligro la satisfacción de los derechos de los acreedores, o el orden socioeconómico. Se configura, así, como un delito de peligro, que se da en situaciones de crisis económica, de manera que las acciones enumeradas por el nuevo artículo 259 CP serán típicas cuando se den en un contexto de *“insolvencia actual o inminente”*, y sólo serán perseguibles cuando el sujeto haya faltado a sus obligaciones de pago o haya sido declarado su concurso. El apartado 2º del mencionado artículo añade como acción típica la realización de estas acciones cuando sean la causa de la insolvencia, recogiendo el contenido del antiguo artículo 261 CP, que preveía como delito la provocación de una situación de concurso por las acciones dolosas del sujeto.

El nuevo tipo añade una consideración de enorme importancia, que es la posibilidad de la comisión a título de imprudencia del delito de insolvencia punible (artículo 259.3 CP), que no tenía sentido en el delito de alzamiento de bienes más que en su comisión dolosa.

En definitiva, la última reforma del Código Penal ha venido a clarificar los delitos relacionados con la protección de los acreedores, diferenciando (con efectos principalmente de ayuda a la interpretación, y de seguridad jurídica, pues las penas, a grandes rasgos, se mantienen muy similares) las distintas acciones que pueden vulnerar el bien jurídico protegido.

### **A) LA FRUSTRACIÓN A LA EJECUCIÓN (ALZAMIENTO DE BIENES)**

Como hemos apuntado, el delito de alzamiento de bienes ha estado ligado, desde su tipificación (en el Código Penal de 1848), a la insolvencia concursal punible. La reforma LO 1/2015 viene a dotarlo de autonomía propia.

Conforme señala acertadamente LUZÓN CÁNOVAS, Fiscal de la Secretaría Técnica de la FGE, *“la reforma no ha supuesto cambio alguno en el art. 257.1. CP (...). En realidad, podríamos decir que el tipo básico es el tipo originario, histórico, procedente del Código de 1848 y reproducido sin modificación alguna en el resto de nuestros Códigos, mientras que el que hemos denominado tipo específico no es sino la traslación al Código de la interpretación que a ese tipo básico fue dando la doctrina y la jurisprudencia”*.<sup>24</sup>

El propio CGPJ, manifestó en su informe que la denominación **“frustración a la ejecución”** no es precisa, pues la consumación de algunas figuras típicas recogidas en el Capítulo no precisa de un proceso de ejecución<sup>25</sup>. SANCHEZ DAFAUCE, entiende que lo más lógico habría sido mantener el delito clásico por excelencia, alzamiento de bienes. Nuestro parecer, es similar al del autor mencionado, si bien, entendemos al legislador, al

---

24 LUZÓN CÁNOVAS, M.: Fiscal de la Secretaría Técnica de la FGE. Escuela de verano del Ministerio Fiscal. Pazo de Mariñán, 6 a 9 de octubre de 2015 CURSO: LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR L.O. 1/2015.

25 SÁNCHEZ DAFAUCE, M.: “Frustración de la ejecución”, en Comentarios a la Reforma Penal de 2015, en Quintero Olivares, G. Dir. Thomson Aranzadi, pág. 485-486 Madrid 2015.

querer reflejar en el articulado, la conducta típica realizada durante la crisis por algunos deudores, frustrando resoluciones y desobedeciendo a los jueces con mala fe, dolo y de manera fraudulenta con miras a impedir que el acreedor cobre su crédito a cualquier precio. Por tanto, la denominación es comprensible y necesaria, si bien, el enunciado debería de haber sido el de “alzamiento de bienes”.

## **B) LA INSOLVENCIA CONCURSAL PUNIBLE**

La LO 1/2015 ha “expandido” el delito de insolvencia concursal (adicionando una modalidad imprudente, agravando determinadas conductas y “debilitando” los requisitos para su persecución) y a dotarlo, según se ha referido, de autonomía. Ahora bien, pese a lo anterior, llama la atención que la pena de prisión con la que actualmente se castiga el tipo básico de insolvencia (a saber, de uno a cuatro años), sea inferior a la pena con la que venía sancionado, con carácter previo a la reforma, el delito concursal del artículo 260 del CP (de dos a seis años), la cual queda reservada para el actual subtipo agravado previsto en el artículo 259 bis del CP, como más adelante se verá.

El actual artículo 259 CP ha venido a sustituir al anterior artículo 260 CP, configurando un tipo penal básico con dos modalidades (dolosa e imprudente) y un subtipo agravado. A su vez, el tipo básico ha quedado estructurado bajo dos formas de tipicidad objetiva: de un lado, la realización de determinadas conductas por parte del deudor insolvente -artículo 259.1 CP-; y, de otro, la situación de insolvencia *per se* como consecuencia de tales conductas -artículo 259.2 CP.

Se ha eliminado, asimismo, de la tipicidad objetiva, la expresión “crisis económica”, que albergaba el anterior artículo 260 CP, herencia del Código Penal de 1995. El Preámbulo de la LO 1/2015 equipara tal “status”, antes contrapuesto, a la propia situación de insolvencia del deudor, ya sea actual o inminente.

### **1. MODALIDAD DOLOSA**

#### ***a) Actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos (artículo 259.1 CP).***

El apartado 1º del artículo 259 CP castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses a quien, “*encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente*”, realice alguna de las conductas que más adelante se enumeran. Según el artículo 2.2. de la Ley Concursal, “*Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”; estado que la jurisprudencia ha concretado en una situación de desbalance en el que el pasivo es superior al activo (entre otras, SSTS 771/2006, de 18 de julio; 40/2008, de 25 de enero; y 116/2009, de 4 de febrero).

Como se ha adelantado, en artículo 259.1 CP enumera nueve conductas típicas que constituyen “*actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos*”, conforme reza el Preámbulo de la LO 1/2015. Las recogidas bajo los ordinales 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 5ª

constituyen conductas del deudor tendentes a disminuir su patrimonio en perjuicio de los acreedores, mientras que las 6ª, 7ª y 8ª se refieren a la ocultación de su situación económica, patrimonial o financiera. Por su parte, la cláusula 9ª se presenta como modalidad residual abierta que permite subsumir, en el tipo penal, acciones u omisiones no previstas de forma expresa. Las aludidas conductas son las siguientes:

1.ª **Ocultar, causar daños o destruir los bienes o elementos patrimoniales** que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

2.ª **Realizar actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales**, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.

3.ª **Realizar operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción**, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.

4.ª **Simular créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios**, debilitando de este modo el deudor, en perjuicio de sus acreedores, la integridad patrimonial.

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

6.ª **Incumplir el deber legal de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad o cometer en su llevanza irregularidades relevantes** para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. Asimismo, **destruir o alterar los libros contables**, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera. Las acciones descritas precisan de DOLO ESPECÍFICO, puesto que, si las irregularidades o alteraciones son consecuencia de la ineptitud del deudor o de su contable, la conducta sería atípica.

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

8.ª **Formular las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil**, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, **o incumplir el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo**. La ilicitud se circunscribe a no efectuar la contabilidad en la forma legalmente exigida.



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

### El concepto “*deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos*”

Para comprenderlo, podemos acudir a la Ley de Sociedades de Capital, cuyo artículo 225 reza según sigue:

*“1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.*

*2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.*

*3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.”*

El artículo 236.1 de la precitada Ley determina que “*Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales*”.

Hemos de puntualizar, no obstante, que el **sujeto activo** del delito de insolvencia punible no lo encarna -exclusivamente- el administrador de hecho o derecho de una mercantil, sino que viene representado por el “deudor”, ya sea persona física o jurídica, sin necesidad de que opere en el tráfico económico con figuras societarias mercantiles, conviniendo recordar, en este sentido, que “*todos aquellos que colaboren con el deudor a generar obligaciones, reales o ficticias, o a realizar actos de disposición que produzcan la finalidad del delito*”, serán partícipes del mismo, respondiendo como cooperadores necesarios o como cómplices (STS de 30 de noviembre de 2011), y ello pese a que no tengan intención de defraudar a los acreedores del deudor, ya que el simple conocimiento de los hechos los convierte en partícipes.

En el caso concreto de las conductas tipificadas bajo los números 6<sup>a</sup>, 7<sup>a</sup> y 8<sup>a</sup>, el deber de diligencia que se viola es en realidad un deber concreto formulado y desarrollado por leyes extrapenales, concretamente, por el Código de Comercio, por la Ley de Sociedades de Capital y por el Plan General de Contabilidad. Ahora bien, ha de quedar claro que el artículo 259.1 CP no sanciona al deudor por el incumplimiento de los deberes de llevar contabilidad y de formular las cuentas anuales en la forma exigida, puesto que tal incumplimiento ya se halla sancionado de forma autónoma en el ámbito administrativo. Lo que el precepto penal castiga es el peligro creado por el deudor como consecuencia de tal incumplimiento, tanto para los

intereses de sus acreedores como de otros terceros. Así, se configura el delito de insolvencia punible como un **delito de tendencia o peligro**.

### **El concepto de insolvencia “actual o inminente”**

Acudimos, una vez más, a la legislación concursal. El artículo 2.2 de la Ley Concursal reza que “*Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*” (lo que se corresponde con el estado de insolvencia “actual”), mientras que el artículo 2.3 *in fine* de dicho Cuerpo Normativo dispone que “*Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*”.

La insolvencia “inminente” tiene su precedente en artículo 18 de la *Insolvenzordnung* alemana de 1994 y, según la profesora FERNÁNDEZ TORRES, “*se compone de dos elementos: por un lado, exige una previsión (es un estado objetivamente probable) y, por otro, el juicio que contenga dicha previsión ha de ser un juicio de probabilidad y no de posibilidad, en el sentido de que hay buenas razones para creer que se verificará o sucederá*”.<sup>26</sup>

#### **b) Provocación de la situación de insolvencia (artículo 259.2 CP)**

Reza el apartado 2º del artículo 259 CP que quien “*mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia*”, será castigado, asimismo, con pena privativa de libertad de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses, no pudiendo más que inferirse, de su tener literal, que el sujeto activo únicamente puede constituirlo el propio deudor.

Así, este apartado 2º contempla la insolvencia como producto de las conductas previstas en el apartado 1º, estableciendo, por ende, relación de causalidad entre éstas y aquélla.

### **C) MODALIDAD IMPRUDENTE**

El apartado 3º del artículo 259 CP introduce una modalidad imprudente de la insolvencia punible, inexistente hasta la reforma operada por la LO 1/2015, castigando con pena privativa de libertad de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a quien cometa “por imprudencia” los hechos a que se refiere el apartado 1º y abriendo así la puerta a la posibilidad de imputar el delito de insolvencia concursal también a título de dolo eventual.

Así, lo que pretende tipificar el artículo 259.3 CP es un delito en el que el sujeto no es consciente de estar infringiendo su “deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos” ni, por ende, de que su conducta vaya a traducirse en una situación de peligro para sus acreedores.

La inexistencia de esta modalidad imprudente dejaba impunes, con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, muchos estados de insolvencia por atipicidad. Era frecuente

---

26 FERNÁNDEZ TORRES, I.: Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 11, Segundo semestre de 2009, pág. 2267, Editorial WOLTERS KLUWER.

acudir a las presunciones de los artículos 164 y 165 LC, que regulan el concurso culpable, permitiendo que al deudor se le aplicase una presunción concursal de culpa grave y no de dolo que le proporcionaba impunidad penal, precisamente, por no hallarse prevista la comisión imprudente de la insolvencia.

No obstante, la introducción de dicho tipo imprudente ha suscitado no poca controversia. En primer lugar, porque varias de las conductas a que se refiere el apartado 1º del artículo 259 únicamente admiten dolo directo; en segundo lugar, porque el precepto no especifica si la conducta del deudor imprudente es más o menos grave que la del deudor “consciente”; y, en tercer lugar, porque tampoco concreta si la infracción del tan aludido deber de diligencia requiere que la imprudencia sea grave, menos grave o leve para dotar de tipicidad a la acción.

#### **D) MODALIDAD AGRAVADA**

Como se ha indicado, otra de las novedades introducidas por la LO 1/2015 es la tipificación de una de una modalidad agravada, prevista en el artículo 259 bis CP, que castiga con una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses a quien efectúe alguna de las conductas previstas en el artículo 259 en concurrencia con alguna de las siguientes circunstancias:

***1.ª Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica.*** De su tenor literal, se advierte que alberga tanto el efectivo perjuicio patrimonial como la “posibilidad” de su causación. Con respecto a la redacción anterior a la reforma, se advierte la sustitución del término “acreedores” por el de “una generalidad de personas”, concepto este último que, según STS 492/2014, implica un gran número de individuos, no así varios, que no tienen por qué tener vínculo en común, salvo el de ser destinatarios de la actividad ilícita del deudor (cfr. STS 668/2013, de 4 de julio).

***2.ª Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros.*** Según PAVÍA CARDELL, Fiscal y Doctor en Derecho, esta circunstancia 2ª “*requiere que se acusa a alguno de los acreedores -no ya a cualquier persona- un perjuicio superior a 600.000 euros. Ello no equivale simplemente a tener reconocido un crédito por dicho importe, sino que es necesario que se frustren efectivamente expectativas económicas por encima de dicho límite, lo que puede ocurrir con motivo de las quitas que puedan acordarse con el deudor, las reducciones que deriven de la pars conditio creditorum o, en su caso, la liquidación*” (“Frustración en la ejecución e insolvencias punibles. Novedades en la Ley 1/2015”, 21 y 22 de septiembre de 2017).

Apréciase que este límite de 600.000,00.-€ es harto superior al previsto en la modalidad agravada de la frustración a la ejecución (artículo 257.4 CP), el cual, por remisión al delito de estafa, se cifra en 50.000,00.-€.

***3.ª Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social***”. Si atendemos a la redacción del párrafo 2º del artículo 257.3 CP(que

agrava la frustración a la ejecución), llama la atención que aquí se exija que el crédito concursal sea titularidad tanto de la Hacienda Pública como de la Seguridad Social (se usa aquí la conjunción “y”), mientras que el citado 257.3 CP no exige esta concomitancia (delito contra la Hacienda Pública “o” la Seguridad Social, reza).

### **E) FAVORECIMIENTO DE UNOS ACREEDORES EN PERJUICIO DE OTROS. Comentario a la STS nº. 723/2012, de 2 de octubre (fallo y voto particular)**

La LO 1/2015 amplía la protección de los acreedores a través de la tipificación de acciones no justificadas del deudor tendentes al favorecimiento de algunos de aquéllos sobre otros. Así, pasan a castigarse las siguientes conductas:

El art. 260 CP establece: *“Será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses, el deudor que encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de sus acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial.*

*2. Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto”.*

Durante la crisis financiera, una de las conductas utilizadas por el deudor para hacer imposible que los acreedores pudieran recuperar su crédito fue la conducta de favorecer a un acreedor o varios en detrimento de otros. Esta conducta que, en principio, no es típica, sí deviene reprochable penalmente cuando se realiza a través de contratos simulados, préstamos ficticios, ficción de deudas inexistentes, conductas llevadas a cabo para evitar pagar a los trabajadores, incumpliendo y, en ocasiones, desobedeciendo las sentencias impuestas por los tribunales.

Ante tales situaciones, la jurisprudencia se ha decantado por establecer que la conducta de primar una serie de acreedores sobre otros no es punible, no teniendo en consecuencia, encuadre en el tipo penal del artículo 257 CP. De este modo, descarta tal comisión delictiva cuando el deudor ante la existencia de una multiplicidad de deudas líquidas y exigibles, no existiendo procedimiento universal de acreedores destina el fruto de las ventas de sus activos a la satisfacción de tales deudas, todo ello en relación con lo dispuesto en el at. 32 del Estatuto de los Trabajadores, al percibir del Fondo de Garantía Salarial la satisfacción total o parcial de sus créditos (STS 25-10-1990), o en palabras de la sentencia de 20 de noviembre de 1998: *“sabido es cómo no existe alzamiento de bienes cuando el dinero o los bienes obtenidos a cambio del patrimonio gravaban el mismo patrimonio, pues esta figura delictiva ampara globalmente al conjunto de los acreedores y*

*no a unos con preferencia a otros; si los bienes conseguidos por la enajenación, se destinaron al pago de otras deudas del mismo sujeto, no cabe hablar de alzamiento de bienes”.* La citada sentencia de 25 de octubre de 1990, sentó la siguiente doctrina: *“No hay alzamiento de bienes cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que aquí se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura de infracción criminal no es una tipificación penal de la violación de las normas civiles o mercantiles relativas a la prelación de créditos; la determinación de la preferencia entre los acreedores para la satisfacción de sus respectivos derechos es una materia de derecho probado cuya inoperancia no constituye el objeto del delito examinado”.*

El Tribunal Supremo, por tanto, establece dos condiciones para que no podamos hablar de reproche penal: de un lado, que la deuda sea exigible y vencida; y, de otro, que el deudor no esté en curso de un procedimiento universal. (sentencia de 3 de mayo 2001, 739). Derecho penal económico.<sup>27</sup>

La Sala de lo Penal del Tribunal supremo considera que existe delito cuando el deudor salda la deuda a un acreedor con preferencia a otro, estando obligado al pago de la deuda a un acreedor concreto, cuando las normas jurídicas establecen una prelación de créditos.

De esta manera, la STS nº 1.536/2001, de 23 de Julio, establece *“que se estará ante una conducta de favorecimiento de acreedores, perjudicando al resto, siempre que aquél no esté constreñido a satisfacer el crédito propuesto en el pago; por el contrario, cuando exista este constreñimiento jurídico, debe estimarse causa de justificación que ampare tal anticipación al pago, y que en consecuencia en la medida con el pago efectuado se ha constituido en una situación de insolvencia, es decir sin bienes ante el resto de los acreedores, singularmente ante aquél acreedor que ostentaba un crédito ya realizable ha de estimarse tal acción como incurso en el supuesto contemplado en el artículo 257-1, párrafo segundo que solo exige que el crédito preterido sea ejecutivo habiéndose ya iniciado la ejecución o siendo previsible su iniciación, debiéndose deducirse el elemento subjetivo tendencial consistente en la intención de causar un perjuicio a los acreedores, como objetivo intentado, sin que se exija su efectividad, de la propia prueba indiciaria que exista al respecto en el supuesto contemplado, ya que, la acreditación de este elemento interno, como juicio de intenciones que anima la acción del culpable, se acreditará más bien por prueba indiciaria o indirecta, que por prueba directa -STS de 20 de enero 1997-.*

### **Comentario de la STS 723/2012, de 2 de octubre (fallo y voto particular)**

Destacable y muy comentada en foros de derecho penal ha sido la sentencia de la Sala Segunda del TS nº 273/2012, de 2 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Alberto Jorge Barreiro, con dos votos particulares de los Magistrados, Don Cándido Gómez Pumpido y Don Julián Sánchez Melgar.

En el caso que analizamos, la Audiencia Provincial de Ávila dictó sentencia el 10 de marzo del año 2011, considerando probado que la empresa AMÉRICA (nombre de las empresas y

---

27 BARREIRO ALBERTO, J.: “El delito de alzamiento de bienes problemas prácticos”, Cuadernos de Derecho Judicial, pág. 209.

personas físicas no reales), a través de su administrador, RUFINO, compró, con un precio aplazado, la totalidad de las participaciones de la empresa BIANCA, localizada en el local contiguo al de la empresa AMÉRICA, condenando a los acusados a pena de prisión por un delito de alzamiento de bienes, tipificado (en el Código Penal anterior a la reforma del año 2015) en el artículo 257 CP, particularmente, en sus puntos 1. 1º y 2º).

Durante los siguientes años, RUFINO llevó a cabo ampliaciones de capital, endeudándose para fomentar el crecimiento de su empresa. Vencido el plazo para el pago del precio pactado por las participaciones en la empresa BIANCA, RUFINO se negó a pagar dichas participaciones, iniciando un proceso de enfrentamiento con los vendedores, que terminó en una reclamación en sede jurisdiccional. El Juzgado de lo Mercantil de Vitoria les dio la razón, condenando a RUFINO a pagar las participaciones al precio concertado, más los intereses por demora. RUFINO recurrió la sentencia en apelación ante la Audiencia Provincial de Álava.

Durante el transcurso del procedimiento judicial, la empresa AMÉRICA incurrió en una serie de deudas valoradas en 45.000 euros con el proveedor Torcuato. A su vez, la empresa AMÉRICA adquirió una serie de maquinaria a la empresa CAMBERRA, por valor de 222.585 euros que no pagó.

Ante la falta de liquidez de la empresa AMERICA, RUFINO convenció a sus empleados para que solicitaran al banco un préstamo, constituyendo de esta manera (RUFINO y los trabajadores) una sociedad de nueva creación, DINAMARCA, de la que RUFINO no participó como accionista, si bien fue nombrado administrador único por la socia mayoritaria, que es, a su vez, la directora de recursos humanos de la empresa AMÉRICA de la que sí es era el único accionista, titular.

RUFINO, recibió, además, una opción de compra de su participación mayoritaria por parte de uno de los socios. Ese préstamo, utilizado para constituir la empresa DINAMARCA, se utilizó, en parte, para pagar maquinaria, y, para pagar los sueldos de los trabajadores de la empresa AMÉRICA. Por otro lado, la empresa DINAMARCA, se encargó de pagar, a través de los nuevos accionistas, los préstamos que estos habían solicitado al banco para su constitución. El pago de los sueldos de los trabajadores de la empresa AMÉRICA, fue devuelto a los socios de la empresa DINAMARCA, mediante un pago en especie, otorgándoles la maquinaria de la empresa, que estos, a su vez, donaron a la empresa DINAMARCA. De esta manera, la maquinaria pasó de ser titularidad de la empresa AMÉRICA (cuyo accionista único es RUFINO) a ser titularidad de la empresa DINAMARCA (empresa de la que RUFINO es administrador).

Estos hechos fueron considerados por la Audiencia Provincial de Álava como constitutivos de un delito de alzamiento de bienes por parte de RUFINO, absolviendo a los accionistas de la empresa de DINAMARCA.

Del fallo de la Audiencia Provincial, destacaría dos párrafos:

*“Siguiendo la argumentación de la Sala respecto a la aplicación de la doctrina de los dos apartados del artículo 257 del código penal, sentencia 984/2009, de 8 de octubre, que al proteger el tipo penal el bien jurídico*

*patrimonial consistente en el derecho subjetivo de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal del deudor prevista en el artículo 1911 del Código Civil, ha de entenderse que la norma punitiva debe aplicarse cuando se incurra realmente en una conducta que genere una situación de insolvencia que dificulte o impida el ejercicio del derecho de los acreedores. Y desde luego en los casos en los que el deudor se limita a pagar a unos acreedores con prioridad a otros se estaría generando o incrementando la situación de insolvencia ya generada con anterioridad. Ello significa que, en principio, no parece que se menoscabe con esa clase de conductas el bien jurídico tutelado por la norma penal, aunque sí se podría vulnerar otras normas y otros intereses del ordenamiento jurídico privado”.*

*“Y en el campo doctrinal también se considera impune el pago a uno de los acreedores con prioridad a otros cuando el acreedor favorecido sea titular de un crédito legítimo y no de un crédito derivado de un contrato simulado”.*

Por tanto, los Magistrados de la Audiencia Provincial, tras la valoración de la práctica de la prueba a través de la inmediación del juicio oral, llegaron a la conclusión de que el acusado RUFINO, realizó actos defraudatorios con objeto de evitar que sus acreedores pudieran cobrar de manera legítima sus créditos.

La defensa de los condenados presentó recurso de casación por considerar que los hechos declarados probados no se encuadraban en el tipo penal del artículo 257 del Código Penal, al considerar como hecho nuclear, que los acusados pagaron la deuda de un acreedor con preferencia a otros, toda vez que los socios de la empresa DINAMARCA, pidieron un crédito hipotecario con objeto de pagar las nóminas atrasadas de los trabajadores de la empresa AMÉRICA.

### **Resumen del fallo de la Sala Segunda del TS**

Ante la tesis exculpatoria del apelante, la Sala dirime dos cuestiones para decidir sobre su viabilidad. *“La primera consiste en determinar si la premisa jurídica de que parte se ajusta a los criterios jurisprudenciales y doctrinales prevalentes, es decir, si el hecho de pagar a un acreedor con prioridad a otros y dirimir el patrimonio del deudor con el anticipo de un pago excluye la tipicidad del delito de alzamiento de bienes. Y la segunda cuestión a resolver es si en este caso concreto se ha dado el supuesto fáctico del pago preferente que permita excluir el comportamiento defraudatorio que tipifica el precepto penal”.*

La posición mayoritaria de la Sala 2ª del TS, expuesta por el Magistrado Don Jorge Barreiro, fue la de estimar procedente el recurso de casación interpuesto por el condenado y, consecuentemente, absolverle del delito de alzamiento de bienes por el que le había sido condenado. El razonamiento de la Sala lleva a cabo para estimar dicho recurso es el siguiente:

El acusado en su recurso argumentó que la aplicación del artículo 257 CP fue incorrecta, ya que no puede considerarse alzamiento de bienes el hecho de cumplir con las obligaciones respecto a unos acreedores con preferencia sobre otros, que, según argumenta, es el caso. La Sala coincide con esta argumentación, al entender que lo que se castiga en el delito de alzamiento de bienes es el hecho de sustraer elementos del patrimonio propio de manera que sean inalcanzables (o que se dificulte en gran manera su alcance) para las vías de apremio sobre el patrimonio del deudor de que disponen los acreedores. En la redacción del Código Penal anterior al año 2015, el legislador preveía en el artículo 259 CP como delito autónomo

del alzamiento de bienes del artículo 257 CP, el delito de favorecimiento de acreedores: *“el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto”*. La Sala entiende, que el legislador lo que pretendió fue castigar la prelación de unos acreedores sobre otros según lo previsto en el mencionado artículo 259 CP, pero que no puede entenderse que dicha prelación tenga relevancia penal fuera de los casos previstos en ese artículo, sin perjuicio de que puedan suponer una infracción de otra rama del Ordenamiento Jurídico, pero que, en ningún caso, podrá conllevar la asunción de responsabilidad penal.

En definitiva, el razonamiento de la Sala Segunda es que la prelación de unos acreedores frente a otros fuera de los supuestos del artículo 259 CP es una conducta atípica, que no puede subsumirse dentro de los supuestos del artículo 257 CP (como erróneamente, a su juicio, había realizado la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial), puesto que el objetivo de la tipificación del delito de alzamiento de bienes es asegurar la vigencia de la responsabilidad universal de los deudores que establece el artículo 1911 CC, así como el derecho global de los acreedores a que no se vea vulnerado, porque la elección preferente de unos sobre otros implique la imposibilidad de los perjudicados de satisfacer su derecho (al menos, desde una óptica penal). En el caso en el que se da preferencia a unos acreedores sobre otros, el deudor no “alza sus bienes”, es decir, no los mantiene bajo su control mediante una artimaña jurídica que imposibilita o dificulta que los acreedores accedan a ellos mediante la vía de apremio patrimonial. Por tanto, conforme señala la STS 984/2009, *“en los casos en que el deudor se limita a pagar a unos acreedores con prioridad a otros no se estaría generando o incrementando la situación de insolvencia, sino que su comportamiento se reduciría a la mera liquidación de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad. Ello significa que, en principio, no parece que se menoscabe con esa clase de conductas el bien jurídico tutelado por la norma penal, aunque sí se podrían vulnerar otras normas y otros intereses del ordenamiento jurídico privado”*.

Tras esta consideración abstracta, entiende la Sala de forma mayoritaria que la conducta de RUFINO es, efectivamente, atípica, por entender que el hecho de que los dueños de la empresa DINAMARCA abonaran los sueldos de los trabajadores de la empresa AMÉRICA, constituye una deuda real y efectiva de dicha empresa para con ellos, por lo que la otorgación de la maquinaria en forma de pago no es sino la cancelación de dicha deuda, siendo esta real y efectiva. Considera, a su vez, que no puede considerarse que la empresa DINAMARCA fuera una sociedad meramente instrumental, por no estar bajo la titularidad del deudor, y por desarrollar una actividad no igual, sino complementaria, a la de la empresa AMÉRICA. Entiende, por tanto, que las actividades no contribuyeron a la insolvencia de la empresa y a dificultar la satisfacción de los derechos de los acreedores, sino que constituía un conjunto de acciones destinadas a permitir la viabilidad de la empresa AMÉRICA, y que constituían el pago efectivo de una deuda real, que, si bien puede violar la normativa de Derecho Privado de pago de deudas, no es típica, y, por tanto, desemboca en una absolució del condenado.



## **Resumen del voto particular de dos Magistrados del TS**

Entienden los magistrados discrepantes que, por el contrario, las acciones de RUFINO sí son típicas, y que pueden subsumirse en el artículo 257.1. 2º CP, que establece que comete delito quien *“realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación”* (con el objetivo de alzar sus bienes).

Aceptando la jurisprudencia del Tribunal Supremo de que queda excluido del alzamiento de bienes (según viene regulado en la redacción del artículo 257 CP anterior a la reforma del año 2015) cuando lo que se dé sea un favorecimiento de unos acreedores sobre otros (fuera de lo establecido en el artículo 259 CP, también en su redacción anterior al año 2015), puesto que el deudor no “alza sus bienes”, sino que satisface el derecho de ciertos acreedores, lo que entienden los magistrados es que el supuesto concreto no puede ampararse en esa excepción, puesto que nos encontramos ante una artimaña jurídica con el único propósito de alejar los bienes de las vías de apremio con que cuentan los acreedores y mantenerlos bajo el control del deudor, aunque sea de forma indirecta.

Parece claro, según se argumenta en el voto particular, que el préstamo por parte de los trabajadores de la empresa AMÉRICA a la propia empresa, para pagar los sueldos de los trabajadores no puede sino ser ficticio, porque ese dinero ya se había usado en la constitución de la empresa DINAMARCA, que a su vez era controlada de forma efectiva por RUFINO, al que la socia mayoritaria de dicha empresa le otorgó el control pleno sobre la sociedad como administrador, así como la opción de compra de la totalidad de sus participaciones. Por tanto, la relación real es que tanto la empresa AMÉRICA como la empresa DINAMARCA, fueron controladas y dirigidas por la misma persona, es decir, por el deudor RUFINO, por lo que, efectivamente, este se habría alzado con los bienes susceptibles de ser reclamados por sus acreedores, descapitalizando la sociedad deudora y desviándolos a otra cuyo control ejercía.

De esta manera, el voto particular manifiesta que: *“los hechos constituyen a nuestro entender, un ejemplo paradigmático de alzamiento de bienes pues “este ilícito” consiste en sustraer bienes integrados en el activo de un deudor a la función de garantía que resulta el artículo 1911 del código civil, pudiendo adoptar la dogmática comisiva muy distintas formas (STS 269/2012, de 26 de febrero), de las cuáles la aquí utilizada, es decir la utilización de un artificio jurídico que permita al deudor situar los bienes fuera del alcance de sus acreedores, manteniendo al mismo tiempo el control de los mismos, conociendo que con dicha actuación se frustra la satisfacción de las obligaciones que ha contraído previamente.*

*Y dicha conducta es precisamente la realizada por el acusado, al llevarse la maquinaria de la empresa AMERICA a una sociedad recién constituida por personas de su confianza y de la que tenía el control como apoderado general excluyendo así un elemento patrimonial relevante a las posibilidades de ejecución de los acreedores, conociendo que con ello se privaba a la empresa A de los únicos bienes no gravados y que podían responder de sus deudas, mientras que por su parte mantenía la disponibilidad y disfrute de los bienes de la nueva sociedad.*

*Si a esto le añadimos que toda la operación la realizó el acusado, inmediatamente después de ser condenado judicialmente como propietario y administrador único de la empresa AMÉRICA, al pago de una deuda de 96.000 euros, intereses y costas, deuda que el recurrente se había negado reiteradamente a abonar a sus acreedores, y aprovechando el escaso intervalo (tres meses) que tardó en resolverse el recurso de apelación que él mismo había interpuesto contra dicha sentencia, periodo que el recurrente empleó para constituir una nueva sociedad utilizando empleados de su confianza como testaferros, y para cederles en pago la totalidad de las máquinas de la empresa AMÉRICA, es claro que la voluntad del recurrente de alzarse con sus bienes (quedarse con ellos) en perjuicio de sus acreedores manifiesta, y que la conducta realizada integra todos los elementos típicos configuradores del delito de alzamiento de bienes objeto de acusación y condena.*

Lo que sucede es que el recurrente no puede ceñirse al contenido del contrato, tal y como figura en los hechos probados porque sabe que dicho contrato es simulado. Nunca se realizó aportación dineraria alguna por los socios de la empresa DINAMARCA para la ampliación de capital de la empresa AMERICA, no se formalizó préstamo participativo alguno para dicha entidad. Dicho préstamo, en los términos en que se describe en el documento, nunca existió, y constituyó una mera cobertura documental ficticia para justificar la dación en pago, y poder así excluir un elemento patrimonial de la empresa a las posibilidades de ejecución del conjunto de los acreedores.

Que esto es así se deduce claramente del relato fáctico, pues si en éste se expresa que los empleados del recurrente invirtieron el dinero prestado por la Caja Rural para la constitución de la empresa DINAMARCA, adquiriendo con él sus participaciones en el capital de la misma, no es posible que al mismo dinero y al mismo tiempo, fuese empleado como un crédito para la ampliación de capital de la empresa AMÉRICA.

*Así lo entiende la Sala sentenciadora, que en su fundamentación jurídica llega a la conclusión de que la empresa AMÉRICA, a través de su administrador y propietario exclusivo, entregó las máquinas a los demás acusados y estos las aportaron a la empresa DINAMARCA, sin formalizar ningún préstamos con la empresa AMÉRICA ni con el recurrente.*

*En definitiva, que el contrato de 17 de febrero del año 2006 por el que se materializa la exclusión de los bienes de la empresa AMÉRICA de su responsabilidad respecto de los acreedores, traspasándolos a la empresa DINAMARCA, es un contrato que expresa una causa falsa, y por tanto, un contrato simulado, constituye un hecho indiscutible, admitido por la propia parte recurrente.*

*Y un contrato simulado no puede servir como justificación para excluir la tipicidad del delito de alzamiento de bienes, cuando se está excluyendo un elemento patrimonial de la responsabilidad de los acreedores, ocultándolo tras la causa falsa para poder mantenerlo bajo el control del deudor, a través de una sociedad recién constituida y dominada por el propio deudor.*

*Como señala acertadamente la mejor doctrina, “una de las formas habituales de hacer inefectivo el derecho de crédito es abonando la deuda a uno de los acreedores en perjuicio de los restantes. Esta forma de operar siempre ha sido vista con notable suspicacia, pues en no pocos supuestos encubre una connivencia fraudulenta entre el deudor y el supuesto acreedor, con el fin último de evitar el pago a los acreedores reales, que se ven así defraudados en su derecho de crédito. Y es que el fingir una deuda inexistente y el interponer un testaferro como virtual acreedor es una de las formas prototípicas del alzamiento de bienes.*

*Y efectivamente esta forma prototípica del alzamiento de bienes es la que concurre en el supuesto actual. Un caso de alzamiento de bienes en el que se finge una deuda inexistente por impago de unas supuestas letras derivadas de un préstamo para ampliación de capital de la empresa A, préstamo que nunca existió, y que se formaliza a través de un contrato simulado en el que se interpone a los propios empleados de la confianza del deudor como testafierros, incluida la propia jefa de recursos humanos de la sociedad deudora (TANIA), a la que se otorga mayoría absoluta en la nueva sociedad y a la que se traspasan los bienes.*

*Y en el mismo día de la constitución de la nueva sociedad, la propia TANIA se apresura a otorgar al administrador único y propietario de la sociedad deudora, el condenado recurrente, amplios poderes como apoderado general de la nueva sociedad a la que se traspasen los bienes para que pueda seguir disfrutando de estos en perjuicio de sus acreedores de la sociedad AMÉRICA que era la propietaria de los bienes traspasados. Todo ello, como ya se ha expresado, a las pocas semanas de estimarse una demanda de los acreedores de la empresa A, y mientras se resolvía el recurso interpuesto por el condenado para retrasar la ejecución y el correspondiente procedimiento de apremio, que afectaría necesariamente a los bienes de la empresa AMÉRICA, que se ponen a cubierto mediante esta maniobra absolutamente prototípica del delito de alzamiento de bienes.*

El voto particular a la sentencia absolutoria del TS, continúa diciendo: “*que el contrato respondía a una causa falsa, por utilizar como contraprestación de la dación en pago de los bienes un supuesto préstamo inexistente, defendiendo su posición alegando que detrás de esa causa falsa existía otra verdadera, porque existía otro crédito con los socios de la empresa DINAMARCA, como consecuencia de haber empleados fondos de esta sociedad, procedente de la inversión realizada por los socios para su constitución, con destino al pago de nóminas de la empresa AMÉRICA. Pretende así acogerse a lo implícitamente prevenido en el artículo 1276 del código civil ( la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a su nulidad sino se probase que estaban en otra verdadera y lícita)*”.

El voto particular manifiesta algo tremendamente evidente y de lógica jurídica al decir que:

*“...ya hemos señalado que a nuestro entender la utilización de un contrato simulado como cobertura de una operación de exclusión de un bien del patrimonio de una sociedad deudora en perjuicio de los acreedores, no puede servir en ningún caso para excluir la tipicidad del alzamiento de bienes, pues sea simulación absoluta o relativa, se está acudiendo en cualquier caso a un procedimiento de ocultación para sustraer bienes integrados en el activo de un deudor a la función de garantía que resulta del artículo 1911 del código civil dificultando u obstaculizando dolosamente mediante la simulación u ocultación el derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos en el patrimonio del deudor, máxime cuando la simulación encubre el mantenimiento de los bienes en el ámbito de control del propio deudor. ...Pero esta fundamentación no es aplicable cuando el crédito a cuyo pago se destinan supuestamente los bienes que se sustraen de su responsabilidad frente a los demás acreedores, es un crédito propio deudor, o de una sociedad dominada por éste, máxime cuando se trata de un crédito no preexistente sino constituido dentro de la propia dinámica del proceso de alzamiento de bienes, que cada vez se realiza de modo más sofisticado. Y ello porque en estos casos de auto pago, al utilizar el crédito real o supuesto como instrumento de cobertura para “alzarse con sus bienes”.*

El voto particular concluye diciendo que *“En definitiva, es el recurrente, a través de testaferros quien constituye una nueva sociedad, de la que tiene el control y quién constituye una relación de crédito entre ambas, por lo que aún si prescindimos del contrato simulado y atendemos a la supuesta relación subyacente, nos encontramos ante un caso de auto pago que no puede excluir la aplicación del delito de alzamiento, pues como hemos señalado el pago de créditos propios o de sociedades controladas por el deudor no excluye la tipicidad del delito de alzamiento de bienes, cuando el resultado de la operación es la exclusión de bienes de las posibilidades de ejecución de los acreedores, manteniendo el deudor el control sobre ellos”*.

El voto particular se pronuncia sobre un aspecto capital al decirnos: *“La tutela del crédito constituye un valor relevante en nuestro sistema jurídico y económico y los mecanismos para ello se cierran con el delito de alzamiento, que garantizan la efectividad de todo el sistema.*

*A nuestro entender, la concepción que sostiene la sentencia mayoritaria, que respetamos puede vaciar de contenido el delito de alzamiento de bienes y de efectividad las sentencias judiciales firmes obtenidas por los acreedores que han confiado en el sistema judicial. En efecto, basta que el deudor siga tres pasos elementales:*

- 1.- Constituir una nueva sociedad con personas de confianza como testaferros, parientes o empleados, que le otorguen seguidamente el control de la misma.*
- 2.- Aprovechar su control sobre las dos sociedades para establecer una relación de crédito entre ellas, real o supuesta, a través de un sistema de autocontratación prácticamente incontrolable.*
- 3.- Adjudicar en pago de dicho crédito a la nueva sociedad los bienes de la primera que pudieses ser objeto de apremio por parte de los acreedores, sustrayéndolos así de su responsabilidad, manteniendo sin embargo el control sobre los mismos en la segunda sociedad”*.

Y para concluir el voto particular manifiesta:

*“Este comportamiento constituye a nuestro entender, un caso paradigmático de alzamiento de bienes, en el que el deudor se “alza” o se queda sin sus bienes en perjuicio de sus acreedores, mediante un artificio jurídico. Excluirlo de la aplicación del tipo puede configurar un vaciamiento del mismo que perjudique tanto a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los acreedores perjudicados, como la efectividad de la tutela del crédito.*

*Por todo ello, los magistrados firmantes del voto particular consideraron que debió ser confirmada la sentencia de instancia”*.

Nuestro parecer, respetando como no podía ser de otra manera la sentencia absolutoria del TS, es que los dos Magistrados que han firmado el voto particular, de manera acertada han considerado que la conducta realizada por el acusado en la instancia, es subsumible en el artículo 257.1. 2º CP, manifestando en su redacción anterior al año 2015, como hemos dicho,

que comete el delito de alzamiento de bienes quien, con ese objetivo (alzar sus bienes) ***“realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación”***. Parece evidente que la actuación del acusado recurrente fue absolutamente dolosa, teniendo por objetivo llevar a cabo acciones que le permitieran mantener el control sobre sus activos e impedir que los acreedores ejercitaran su derecho, lo que, de hecho, consiguió, pues no parece defendible mantener la posición de que el traspaso de los bienes a la empresa DINAMARCA los sustraía de su control, dado su poder absoluto sobre dicha sociedad.

Inciendo en la cuestión, se cumple así mismo el hecho de que el procedimiento ejecutivo o de apremio sobre su patrimonio era de *“previsible iniciación”*, puesto que la conducta típica, como hace notar el voto particular, la desarrolló en los meses que transcurrieron entre la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Mercantil y la ratificación de ésta por la Audiencia Provincial, fruto del recurso de apelación que él mismo había interpuesto. Es decir, previendo que iba a producirse, con alta probabilidad, un procedimiento de apremio sobre su patrimonio, llevó a cabo las acciones necesarias para alzarse con sus bienes, y evitar que fueran alcanzables por sus acreedores.

Por estas razones, nos parece acertado el voto particular, al entender que la asunción de deudas mediante testaferros, o a través, directamente, de préstamos fraudulentos, no puede ser motivo suficiente para absolver a un sujeto del reproche penal por las acciones llevadas a cabo, ya que, nos parece evidente, que RUFINO llevó a cabo sus acciones con el objetivo de alzar sus bienes, lo que reitero, ha conseguido, manteniendo el control y disfrute de los mismos.

Como segundo aspecto, tan importante como el primero, es la manifestación del voto particular cuando se pronuncia: *“A nuestro entender, la concepción que sostiene la sentencia en nuestro sistema jurídico y económico, y los mecanismos para ello se cierran con el delito de alzamiento, que garantiza la efectividad de todo el sistema”*.

No podemos estar más de acuerdo con la argumentación que detalla el voto particular, y ello porque, nos parece frustrante que empresarios que actuando de manera correcta cumpliendo las leyes, intentando hacer negocios de manera honrada y transparente, en tiempos difíciles de profunda crisis económica, observen como, a través de artimañas fraudulentas el deudor logre lo que en definitiva corresponde al hecho nuclear del alzamiento de bienes, como es, engañar al acreedor, ocultar sus bienes, con el fin de quedarse con sus bienes en perjuicio de los acreedores y del sistema económico.

Un hecho similar al comentado de la **STS 723/2012, de 2 de octubre**, en el que el acreedor no obtuvo una sentencia favorable por parte del tribunal sentenciador (primera instancia) y sin que tan siquiera la fiscalía acusara, es el siguiente (caso real, nombres de personas físicas y jurídicas ficticios):

Empresa investigada RESTAURANTE S.L. que, sin motivo alguno, deja de abonar facturas a la empresa PESCA, S.L., por un importe total de 232.971,14 euros. Tras diversos intentos amistosos por parte de PESCA S.L. de cobrar dichas facturas, no le quedó otra opción que ejercitar acciones legales ante los juzgados de primera instancia competente. La empresa deudora fue condenada en todos y cada uno de los procedimientos tanto en primera como en segunda instancia.

Después de años de obstaculización y de retraso artificial de los procesos civiles, se iniciaron los correspondientes procesos de ejecución de títulos judiciales. A pesar de ello, RESTAURANTE S.L. siguió sin atender el pago de las deudas, ni tampoco aportó relación de bienes y derechos susceptibles de embargo con los que cubrir la deuda -a pesar de los repetidos requerimientos para tal fin por los distintos juzgados de primera instancia para que lo hiciera.

Tras las reiteradas evasivas y desobediencias de RESTAURANTE SL, los Juzgados de Instancia números de Madrid, acordaron el embargo de los ingresos o frutos del restaurante PRESIDENTE, cuya propiedad ostentó RESTAURANTE SL (su facturación); resoluciones que tampoco atendieron los acusados.

Ante la reiterada rebeldía y actitud contraria al cumplimiento de las resoluciones judiciales, como última medida procesal PESCA SL solicitó el nombramiento de un administrador judicial. Pero el acusado GABRIEL, en su triple condición de socio, administrador y letrado de la mercantil ejecutada, como artimaña para impedir el nombramiento del administrador judicial por el Juzgado, aportó el controvertido **contrato simulado de traspaso de rama de actividad** a favor de una sociedad controlada por la misma persona y sus hijos “INMOBILIARIA S.L.”). Tal documento se confeccionó con el único fin de engañar al Juzgado de Primera Instancia para evitar cumplir con la ejecución de las sentencias y se limitó pues, a aparentar una relación contractual ficticia entre sus dos sociedades.

En este sentido, el Auto de la Sala de la Ilma. Audiencia Provincial (Penal), que confirmó el Auto del Juzgado de Instrucción de transformación a procedimiento abreviado dice literalmente lo siguiente: *«sin que se entienda que si la finalidad de dicho acuerdo era, como se pone de manifiesto por el recurso deducido por los imputados, la de pagar a los acreedores, lo que sí que efectuó con la Agencia Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, no se hubiera abonado la deuda contraída por la entidad PESCA con la venta del inmueble en la que estaba sito el restaurante, siendo además significativo, que el administrador único de la sociedad RESTAURANTE SL que transmitía la explotación del restaurante fuera el padre de los administradores de la empresa INMOBILIARIAS S.L., con un objeto social y negocio distinto al del restaurante,..., lo que da pie a que se mantenga en la misma que el contrato de transmisión de la explotación del restaurante fuera simulado».*

Efectivamente, no puede cuestionarse que el contrato fue simulado y que **se presentó ante el Juzgado de Instancia con el propósito de evitar el nombramiento de un administrador judicial** que actuara con transparencia, y que hubiera garantizado la

satisfacción a PESCA SL de sus derechos de crédito mediante el cobro directamente de la facturación del restaurante.

Con el traspaso fingido de la explotación del “Restaurante PRESIDENTE” de RESTAURANTE SL a INMOBILIARIAS SL (con objeto social y actividad distinta de la explotación de negocios de hostelería y sin trabajadores), al mismo tiempo **se logró impedir la eficacia de las condenas recaídas en distintos procedimientos judiciales seguidos a instancias de PESCA frente a RESTAURANTE S.L.**

Por último, como se ha sabido más tarde, de forma paralela a la tramitación de las ejecuciones en contra de RESTAURACIÓN, S.L. el inmueble donde se ubica el restaurante PRESIDENTE fue vendido por la sociedad INMOBILIARIAS S.L. (propiedad de los distintos acusados personas físicas) a la sociedad INVERSIONES S.L. por la cantidad de CINCO MILLONES CIEN MIL EUROS (5.100.000 euros).

Sin embargo, y a pesar de la elevada cantidad que percibieron -incluso después de saldadas las deudas con bancos, Seguridad Social y Hacienda-, los acusados nunca han tenido la más mínima intención de cumplir lo ordenado por los tribunales de justicia, saldando la importante deuda contraída con PESCA SL.

La acusación particular solicitó la condena de GABRIEL, sus hijos y las sociedades INMOBILIARIAS SL. Y RESTAURANTE SL, por un delito de alzamiento de bienes y por el delito de estafa procesal, si bien la fiscalía solicitó el sobreseimiento argumentando la prelación de créditos en el favorecimiento de acreedores, manifestando en su escrito de acusación, que los acusados no habían cometido delito alguno al abonar, con la venta del local, las deudas que tenían contraídas con la Agencia Tributaria y con la Tesorería General de la Seguridad Social, quedándose los acusados el dinero sobrante producto de la venta del local.

La Audiencia Provincial absolvió a los acusados al entender que el contrato de traspaso de rama de actividad no era simulado, sino real, habiendo desplegado sus efectos, y que, tras la venta del local, se limitó a pagar a un acreedor (La Agencia Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social con preferencia a otros (proveedor), la jurisprudencia viene declarando reiteradamente que no concurre el delito de **alzamiento de bienes** cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes. Pues lo que se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos (SSTS 1170/2001, de 18-6; 1962/2002, de 21-1; 1471/2004, de 15-12; 1052/2005, de 20-9; 1604/2005, de 21-11; y 19/2006, de 19-1).

La sentencia de la Audiencia Provincial se refiere a la sentencia de la Sala nº 984/2009, de 8 de octubre, en la que manifiesta "*al proteger el tipo penal el bien jurídico patrimonial consistente en el derecho subjetivo de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal del deudor prevista en el art. 1911 del C. Civil, ha de entenderse que la norma punitiva debe aplicarse cuando se incurra realmente*

*en una conducta que genere una situación de insolvencia que dificulte o impida el ejercicio del derecho de los acreedores. Y desde luego en los casos en que el deudor se limita a pagar a unos acreedores con prioridad a otros no se estaría generando o incrementando la situación de insolvencia, sino que su comportamiento se reduciría a la mera liquidación de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad. Ello significa que, en principio, no parece que se menoscabe con esa clase de conductas el bien jurídico tutelado por la norma penal, aunque sí se podrían vulnerar otras normas y otros intereses del ordenamiento jurídico privado".*

La sentencia de la Audiencia Provincial sigue manifestando: *“que la realidad de las deudas contraídas por RESTAURANTE SL con la Tesorería General de la Seguridad Social y con la Hacienda Pública no se puede refutar. Por tal motivo se iniciaron expedientes administrativos de apremio que dieron lugar al embargo por parte de la Tesorería de bienes muebles de RESTAURANTE SL.*

*Y que con el importe obtenido por la venta del inmueble donde se explotaba el restaurante (5.100.000 de euros) no se hizo otra cosa por su parte que satisfacer el importe de las deudas en su momento contraídas por RESTAURANTE SL, precisamente en virtud del contrato de cesión de rama de actividad. Como ya hemos dicho, 3.119.075,99 euros se transfirieron de forma inmediata y mediante transferencia bancaria en el momento del otorgamiento de la escritura para el pago de la deuda”.*

A nuestro parecer, la sentencia no se percató de la existencia del sobrante dinerario entre el importe de la venta y de la deuda pagada a la AEAT y la TSGSS, que pudo imputarse al pago de la deuda contraída con PESCA, y que ascendió a más de un millón de euros que continuó en la cuenta bancaria de los acusados.

Los hechos enjuiciados fueron cometidos antes de la reforma del código penal del 2015, y decir que el empresario perjudicado no quiso recurrir en casación por su desconfianza en la justicia y en el sistema.

Tras la reforma, entendemos que las conductas llevadas a cabo por numerosos administradores, sobre todo en tiempos de crisis, favoreciendo a unos acreedores en detrimento de otros a través de conductas fraudulentas, deberán de ser valoradas y juzgadas por los juzgados y tribunales de forma distinta, y ello porque así lo refleja con meridiana claridad el contenido del artículo 260 CP. Entiendo trascendental que el empresario horado no se vea perjudicado ni engañado por el empresario “tramposo”, por lo que los tribunales deberán de hacer un esfuerzo valorando si realmente ha existido fraude en el favorecimiento de unos acreedores (que en numerosas ocasiones, son testaferros, sociedades pantalla, amigos, familiares, etc) en detrimento de otros.

La sentencia STS de 8 de octubre de 2009 manifiesta que: *“se produce un favorecimiento de acreedores cuando el futuro insolvente, solventa sus deudas con alguno de los acreedores perjudicando al resto, siempre que el deudor no esté constreñido a satisfacer el crédito pospuesto por el pago, ahora bien, si existe este constreñimiento jurídico, no existe causa de justificación que ampare tal anticipación en el pago, y que ante la realización del pago, se convierte en insolvente, ante aquél acreedor que ya tenía un crédito realizable, esta acción se debe de encuadrar en el tipo penal del artículo 257.1-2º. Otra cuestión diferente es que se pague los créditos con preferencia a unos acreedores que a otros, por ejemplo a la Seguridad social, siempre y cuando se pague las deudas a todos los acreedores, en este caso, el hecho no sería encuadrable en el tipo penal del artículo ex 257 1-2º CP”.*



Y para terminar, queremos incidir en la conducta típica del delito: **la ocultación o destrucción patrimonial**. Como señala el TS en su Sentencia nº 138/2011, de 17 de marzo: *“ha de incidirse en la estructura totalmente abierta de la acción delictiva, ya que la norma típica es “realizar” cualquier acto de disposición patrimonial generador de obligaciones”*.

#### **F) PRESENTACIÓN DE DATOS FALSOS EN PROCESO CONCURSAL**

El artículo 261 del CP establece: *“El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses”*.

#### **G) LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA INSOLVENTE**

Por medio de los artículos 258 ter y 261 bis CP y siguiendo un sistema de *numerus clausus*, se introducen las penas a imponer a la persona jurídica responsable de la comisión de alguno de los delitos comprendidos en el Capítulo VII y Capítulo VII bis del Título XIII, en los términos previstos en el art. 31 bis, modificado al mismo tiempo para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas: pena de multa de duración variable según la pena prevista para el delito cometido por la persona física. Al respecto conviene destacar que la duración máxima, multa de dos a cinco años, sólo se impone cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años, lo que en este Capítulo sólo ocurre en dos supuestos: alzamiento de bienes en caso de que la deuda u obligación que se pretende eludir sea de Derecho público y la acreedora una persona jurídica pública (art. 257.3 y 4, que han sido modificados en la misma reforma, como hemos visto) e insolvencia fraudulenta (art. 260.1). La duración media de la multa, uno a tres años, se impone cuando el delito cometido por la persona física es uno cualquiera de los restantes del Capítulo, con la excepción del delito de presentación de datos falsos relativos al estado contable, pues en este supuesto se aplica la multa de duración mínima, esto es, seis meses a dos años, ya que se trata del único caso en que se prevé para la persona física una pena de prisión igual o inferior a dos años.

Resulta llamativo que se imponga una pena pecuniaria a una persona jurídica que se encuentra pasando dificultades económicas, hasta el punto de incurrir en la comisión de delitos de insolvencias punibles para tratar de evitar el pago de las deudas a los acreedores. El art. 33.7 también modificado en la reforma de 2010, contiene un catálogo con penas más adecuadas que la aquí prevista, pues lo más razonable es pensar que va a resultar difícil cobrar esta multa, que no hará sino agravar la situación de crisis económica en que se encuentra la empresa. En relación con la posible imposición de las penas contenidas en las letras b) a g) del art. 33.7 y, en particular, por lo que respecta a la recogida en la letra g), «intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años», téngase en cuenta que desde un punto de vista práctico sólo es aconsejable la imposición de la pena de intervención

judicial en el proceso penal si no está todavía abierto un procedimiento concursal con su respectiva administración, para evitar problemas de coordinación entre ambas jurisdicciones.

De acuerdo con lo previsto en el art. 126 sobre el orden del pago de las responsabilidades pecuniarias, y en los arts. 92.4 y 158 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la multa penal impuesta a la persona jurídica se integra en la masa pasiva del concurso como un crédito subrogado.

## **VII. LA IMPUTACIÓN PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y LA DE SU ADMINISTRADOR POR LA COMISIÓN DE UN DELITO DE INSOLVENCIA PUNIBLE**

### **A) La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**

La entrada en vigor, el día 23 de diciembre del año 2010, de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, supuso en gran revuelo para la ciencia penal. El artículo 31 bis, estableció un estatuto de responsabilidad penal de los entes jurídicos de carácter autónomo e independiente del de sus representantes legales, administradores de hecho o de derecho, y de las personas físicas sometidas a la autoridad de éstos y de aquéllos cuando hubiesen «... *podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso*». Asimismo, en el apartado 4 de ese mismo artículo, el Código Penal estableció como atenuante, entre otros, «... *haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*». La realidad es que, en esta singular e importante materia, que muchos magistrados, docentes y abogados en los que me encuentro no le dieron el visto bueno, el legislador redactó la norma, comenzando dicha redacción “por el tejado y no por los cimientos”. La norma hacía referencia a un obligado control sin especificar qué control, en ningún momento se modificó la ley de Enjuiciamiento Criminal con objeto de regular el proceso procesal penal respecto a la persona jurídica y un glosario de defectos que entiendo no es el lugar de reflejar <sup>28</sup>.

La propia Fiscalía General del Estado, no logró entender el significado del “debido control” recogido en el artículo 31 bis CP, ni tampoco, los procedimientos globales en lo que respecta al *compliance*, prevención contra la comisión de delitos en la empresa, códigos éticos y canales de denuncia, elaborando. La Circular 1/2011 de la FGE, más que un trabajo de aclaración y explicación respecto a los interrogantes que rodearon la responsabilidad penal de las personas jurídicas supuso un juicio de valor personal, con numerosas imprecisiones y ello por la

---

28 DE ESCAMILLA, A.: “La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles. Una aproximación desde la perspectiva del Compliance, en MARTÍNEZ ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (Dir): “Gobierno Corporativo: La estructura del órgano de gobierno y la Responsabilidad de los administradores”. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 1209 y ss, 2015.

GOMEZ TOMILLO, M.: “Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, págs. 19-33 Thomson Reuters Aranzadi, 2015

dificultad que entrañaba el artículo 31 bis CP. En cualquier caso, la Circular de la FGE 1/2011, en lugar de fijarse en la norma internacional anglosajona, que bien explica y razona los pormenores de los programas de *criminal compliance*, decidió embarcarse en solitario hacia la tormenta del desconocimiento.

El Proyecto de Ley, aprobado por el Consejo de Ministros en la sesión de 20 de septiembre del año 2013, amplía la responsabilidad de las personas jurídicas a las sociedades mercantiles públicas y previó, además, la sanción de los administradores y directivos de las entidades en las que se cometan delitos por falta de adopción de medidas de prevención necesarias, sin especificar detalle ni dato alguno. Ciertamente es, que las empresas responsables podrían ver atenuada la responsabilidad penal si llevaban a cabo un debido control de sus empleados con anterioridad a la comisión del delito y con posterioridad a la comisión de la conducta típica. Es decir, que la empresa que llevaran a cabo esfuerzos materiales y personales para evitar la comisión de delitos recibía el mismo premio (atenuación de la pena) que la empresa que con posterioridad a la comisión de delitos, implantara en su normativa interna los llamados programas de *Criminal Compliance*.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, y ante el “desastre” de la redacción en relación al “obligado control”, el gobierno de la nación apostó de manera tajante y decidida por la autorregulación, pero con ciertos tintes imperativos. Las empresas, de la misma manera que tenían obligaciones fiscales y contables tenían que ejercer un debido control y una vigilancia sobre el equipo gestor y sus empleados, haciendo lo humanamente posible para evitar la comisión interna de delitos y claro está, en su provecho económico.

Esta manifestación aparecía reflejada en la norma, concretamente en el Anteproyecto de Ley de reforma del Código Penal, que previó un nuevo delito, consistente en la omisión de medidas de control destinadas a evitar los delitos de empresa, por cierto, muy criticada por parte de la mayoría de la doctrina científica.

El artículo 286.6 del CP que recogió el Anteproyecto de Ley de reforma del código penal y que debido a las enmiendas de diversos grupos parlamentarios, no fue, por motivos obvios incluido en el Proyecto de reforma definitivo, estableció un castigo de tres meses de prisión a un año y una multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso en que el administrador de la sociedad omita la adopción de medidas de vigilancia o control que resulten exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito.

El artículo 286.6 CP reflejado en el Anteproyecto de reforma del código penal como he manifestado no pasó el corte parlamentario, si bien, los empresarios cada vez más se están tomando en serio lo recogido en la norma respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los administradores, el control exigido y la responsabilidad solidaria. Por ello, la palabra “*compliance*” ha adquirido mucha importancia y relevancia entre los empresarios, abogados, consultores y auditores, intentando los administradores responsables cumplir con

las normas, elaborando distintas políticas y programas a los efectos de evitar sanciones administrativas, civiles y/o penales.

La reforma del Código Penal del año 2015, que entró en vigor el 1 de julio del año 2016, ha supuesto un avance importante ya que concreta como debe de llevar a cabo “el obligado control”, es decir, concreta los requisitos que debe de llevar a cabo la empresa para que pueda llegar a estar exenta de responsabilidad penal. A su vez, obliga a tener en cuenta y hacer hincapié en **la concreción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, manifestando en los artículos 31 bis:

- *Se limita la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el caso de delitos cometidos por sus dependientes cuando existe una infracción del deber de supervisión sobre los mismos sólo a los supuestos en los que el incumplimiento del deber de vigilancia haya tenido carácter <<grave>>. La existencia de un programa de prevención (programa de compliance penal), que conlleve una reducción significativa del riesgo de comisión de delitos, es una causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se prevén, además, de forma más detallada, cuáles son los requisitos que deberá cumplir ese modelo.*
- *Se prevé la existencia de un órgano de supervisión y control (compliance officer) del modelo de prevención implantado.*
- *Se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.<sup>29</sup>*

#### **B) La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016**

La Fiscalía General del Estado analiza en su *Circular 1/2016* las novedades respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducidas en el Ordenamiento Jurídico Español mediante la *Ley Orgánica 1/2015*, de reforma del *Código Penal*.

La novedad más importante a este respecto se da en relación con las eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, relacionadas con la existencia en la propia persona jurídica de un **“modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”** (artículo 31 bis punto 4 del *Código Penal*).

Es innegable decir que, tras la reforma han surgido un número importante de anglicismos, siendo los más escuchados el ***Compliance penal y el Compliance Officer, Criminal Compliance, etc.***

Conferencia organizada día 26 de febrero del 2015 por la Asociación de *Compliance Officers* (ASCOM), cuyo ponente fue una de las fiscales encargadas de la redacción de la Circular 1/16, Doña Elena Prieto.

Dada la extensión de la conferencia, me voy a referir únicamente a los puntos más importantes de su exposición, agradeciendo a la Secretaría Técnica de la Fiscalía el brillante

---

<sup>29</sup> Cfr. Artículo 31 ter y quinquies de Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por el que se modifica el Código Penal.

trabajo realizado y por ir más allá del espíritu y contenido del artículo 31 bis y siguientes del código penal. También agradecer a ASCOM su gran aportación e interés por la materia.

La ponencia, comenzó con un relato conocido por todos y aprovechado por unos pocos como es, la imposibilidad de poder evitar delitos en la empresa al no poder estar presentes en el interior de las empresas y por tanto, llegar tarde, si es que se logra llegar, las dificultados de la investigación de los delitos cometidos por directivos y/o empleados de las empresas en España y no digamos en el exterior, la imposibilidad como Institución (fiscalía) de investigar al no dirigir la instrucción, entiende la figura del *compliance* como una oportunidad para que las empresas éticas, ejerzan su actividad de manera honrada y las peores o menos organizadas, cambien su cultura hacia un modelo de la autorregulación autorregulada.

Como no podía ser de otra manera, el modelo vicarial de transferencia de la responsabilidad es importado de los Estados Unidos de América, país con enorme tradición y mucha experiencia a diferencia de nuestro entorno. El Departamento de Justicia de los EEUU (DoJ), lleva muchos años, y le ha dedicado mucho esfuerzo en estudiar los pros y los contras del proceso de *criminal compliance*. Podemos decir que el punto de partida lo situamos en el escándalo Watergate en los años 70. Tras la denuncia del *Deep Throat*, se descubrió que numerosas empresas incumplían la ley estatal, escudándose en que todo el mundo lo hacía. Este hecho provocó que el Estado proclamara una amnistía para que las empresas que no tenían cultura de cumplimiento pudieran “pedir perdón y empezar desde 0”, elaborando de manera interna códigos de conducta de obligado cumplimiento para todos los actores en la empresa. En el año 1991, las *Federal Sentencing Guidelines*, regularon una serie de pautas para el establecimiento de las penas de la persona jurídica y persona física, fijándose para la determinación del grado de implementación de los programas de cumplimiento de los modelos, la colaboración de la empresa con el estado, el tipo de acción ejercida, etc. En aquél entonces, la empresa siempre era responsable, por tanto, el aliciente para que las empresas implantaran los programas de *compliance* era escaso. Este hecho ocurrió también en España en el año 2010, al contemplar la reforma del código penal español una atenuante si la empresa ejercía un control sobre sus directivos ex ante del delito y con posterioridad al mismo, por tanto, no había premio para la empresa que se esforzara en implantar con carácter preventivo, una cultura de cumplimiento de prevención penal.

En el año 1999, y tras el escándalo de Enron, el Departamento de Justicia Norteamericano (DoJ) modificó su estrategia, y ello con objeto de minorar el riesgo reputacional de las empresas ante un posible incumplimiento de las normas, alcanzando acuerdos en los inicios de la investigación, y sin esperar a una sentencia firme de la empresa.

Esta circunstancia que el DoJ llevó a cabo de manera inteligente, es imposible que ocurra en España, y ello por el diseño de nuestra norma procesal penal y administrativa. Veremos en el futuro, pero por ahora, los fiscales no pueden negociar una condena de la empresa en el inicio de la investigación. Por tanto, el sistema de los EE.UU, lo que buscó y logró en cierta medida fue, que la claridad regulatoria incentivara la aplicación de la norma, que existieran pocas diferencias entre la fiscalía y los Tribunales en la valoración de los programas de prevención y el predominio del principio llamado *Check the Box*.

De la ponencia de la Secretaría Técnica de la fiscalía, destacaría los siguientes aspectos: Para que la fiscalía aprecie la eximente de la responsabilidad penal de la empresa en fase de instrucción y por tanto no sea formalmente acusada, la empresa deberá de demostrar, no sólo que su modelo de prevención penal cumple con los requisitos que exige el Código Penal, sino que la empresa cumple con la norma interna y la ley de manera amplia. Por tanto, la empresa no estará exenta de responsabilidad penal si por ejemplo una fábrica ha sido sancionada en vía administrativa por haber incumplido la norma medioambiental y posteriormente por un hecho distinto es investigada por la comisión de un delito, en este caso, tendrá que ser el juez o tribunal penal el que se pronuncie en sentencia, valorando las personas en la empresa que han participado en el delito, si el protocolo de prevención penal es completo o incompleto, si los trabajadores lo conocen en todo o en parte o lo desconocen, si son conscientes de la posibilidad de presentar denuncias anónimas o confidenciales, etc.

En definitiva, la Circular de la fiscalía entiende que ante la ausencia de falta de cumplimiento del derecho de manera general, la empresa es probable que sea acusada. A mi juicio me parece una temeridad, y ello porque vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, por los tremendos perjuicios y consecuencias que lleva consigo la investigación de la empresa por parte de un tribunal, especialmente si es investigada o acusada de un delito de blanqueo de capitales (bloqueo de cuentas, pérdida de la reputación, problemas en la financiación, problemas con inversores, socios y resto de *stakeholders*<sup>30</sup>, posible insolvencia, despido de trabajadores, etc.).

### **C) DELITOS QUE DERIVAN EN RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA**

De acuerdo con el sistema de cláusula específica -catálogo de 26 delitos-, los supuestos delictivos que puede cometer la empresa está limitado, concretándose en el Código Penal y en la ley de Contrabando:

El que fuera juez central de instrucción ELOY VELASCO y la coautora SAURA, detallan qué delitos puede cometer la empresa, diferenciándolos en 4 bloques:

Protección de datos informáticos

- Prostitución.
- Delitos societarios y de falsedad de balance
- Sobornos.
- Delitos fiscales
- Fraudes a la seguridad social
- Fraudes de subvenciones.
- Blanqueo de capitales,
- Delitos informáticos.

---

30 COFEE, J.C.: "Gatekeepers, the professions and Corporate Governance", Oxford, 2006.

- Propiedad intelectual y propiedad industrial.
- En delitos relativos al mercado (información privilegiada) y a los consumidores.
- **En materia de insolvencias punibles.**
- En materia de delitos de contrabando.
- Revelación de secretos empresariales.
- Repatriación de capitales.
- Estafa (artículo 251 bis).

La persona jurídica no es responsable de los delitos cometidos en la empresa. Sí es responsable de los delitos cometidos por la empresa. De esta forma, la persona jurídica carece de responsabilidad si:

- El delito no se incluye entre el catálogo de delitos arriba mencionado. A nuestro juicio, este listado o catálogo debería de haber sido más amplio, incluyendo delitos como la corrupción entre particulares, los delitos societarios o el delito contra la salud de los trabajadores.

En cualquier caso, y como muchos autores y magistrados defendieron antes de la entrada en vigor de la reforma del código penal del año 2010, el principio “*societas delinquere potest*”, por entender que el artículo 129 del CP, reflejaba las consecuencias accesorias en la empresa ante la comisión de un delito por parte de su representante legal, y por tanto, no era necesario hacer caer en el olvido a un artículo de previsible significado y protagonismo. Dicho artículo, desde la reforma del Código Penal del año 2015, pasa a tener un contenido residual<sup>31</sup>, si bien se mira en el espejo de las sanciones que recoge el artículo 33. 7 c) a g) del CP, por lo que las consecuencias accesorias para la empresa ante la comisión de delitos cometidos en su seno, reflejadas en el artículo 129 CP, es posible que en un futuro no lejano tengan un protagonismo no esperado.

- La actuación del subordinado está fuera de las actividades sociales.
- Los hechos son en contra de la persona jurídica y en beneficio exclusivo del trabajador.<sup>32</sup>

---

31 MORALES PRATS, F.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP), en Quintero Olivares, G.: “La reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios, Thomson Reuters Aranzadi, pág.67, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G.: “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES, G.: “Comentario a la Reforma Penal de 2015”, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 77 y ss. 2015.

NIETO, MARTÍN A.: “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en derecho penal”, en Compliance y teoría del Derecho, Marcial Pons, 2013.

32 vid. VELASCO NUÑEZ, E., SAURA ALBERDI, B.: “Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance”. Thomson Reuters Aranzadi, pág. 18 y 19, Madrid 2016.

## D) HECHOS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA EMPRESA

Tras la reforma del CP en el año 2015, la norma penal permite eximir a la empresa de responsabilidad penal, teniendo ésta que probar una cultura de cumplimiento a través de la documentación existente y de las aplicaciones informáticas utilizadas.

De esta manera, las empresas que adopten los mecanismos de vigilancia y control de la actividad de sus componentes para evitar la comisión de delitos y de acciones contrarias a su código ético por sus integrantes podrán verse favorecidas, siempre y cuando se cumpla con una serie de requisitos. **El establecimiento en la empresa de un eficaz programa de prevención de delitos, es el requisito fundamental para que el juez y la fiscalía valoren la aplicación de una eximente o de una atenuante a una empresa ante la comisión de un delito por sus administradores o sus empleados**, en su *artículo 31 bis, puntos 2, 3, 4 y 5*. El Código Penal, establece que las empresas responderán de los delitos por sus representantes, administradores o empleados a no ser que se hayan desarrollado, con anterioridad al delito, mecanismos eficaces de prevención de conductas delictivas.

La Circular de la FGE 1/2016, de manera acertada y tras la reforma del CP del 2015, establece los requisitos para que el juez y la fiscalía aprecien la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas son los siguientes:

- **La empresa tiene que probar que cuenta con mecanismos eficaces de prevención de conductas delictivas:** en el caso de que un administrador o empleado cometa un delito que implique la asunción de responsabilidad penal por la empresa, la acusación sólo tendrá que probar la comisión del delito por la persona física, debiendo la empresa probar que contaba con mecanismos eficaces de *compliance* que justifiquen su exención de responsabilidad penal.
- **Los responsables y administradores de una empresa pueden llegar a responder por los delitos cometidos por sus subordinados si no se llevan a cabo las labores de supervisión con diligencia:** según doctrina del Tribunal Supremo, si los directivos o administradores, con poder de decisión y jerárquico, conociendo una actitud delictiva de sus subordinados, no actúan al respecto, pueden llegar a responder, en **comisión por**

---

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., DE LA MATA BARRANCO, N.: “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Español”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., DE LA MATA BARRANCO, N. “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, Thomson Reuters Aranzadi, págs.. 52-53, 2013.



**omisión**, de dichos delitos. Por ello **es importante contar con mecanismos de supervisión que aseguren la legalidad de los comportamientos de los empleados.**

- El propio *artículo 31 bis del Código Penal* establece que es responsabilidad de los órganos administrativos la supervisión y control de las actividades de sus subordinados, y que la falta de dicho control ocasiona la responsabilidad penal de la empresa.
- **El objetivo de los modelos de *compliance* no puede ser evitar la responsabilidad penal, sino establecer en la empresa un marco de respeto de la legalidad y del código ético.** Esto tiene distintas implicaciones prácticas:
  - La Fiscalía exige que el comportamiento de los administradores y de los encargados de la supervisión sea acorde con estos objetivos. Por lo tanto, **las actuaciones de los administradores son especialmente importantes, al encarnar la cúspide del sistema de control y ser la cara visible de su eficacia y coherencia.**
  - La exención de responsabilidad por actuaciones de los empleados se lleva a cabo mediante la simple constatación de la existencia de un modelo preventivo eficaz. Es decir, **debe quedar acreditado que la empresa ha hecho lo que estaba en su mano para evitar la comisión del delito por su empleado.**
  - En cambio, para que la exención de la responsabilidad se aprecie respecto de la actuación de un administrador, se deberá probar que su actuación ha eludido de forma fraudulenta los mecanismos de control. Por lo tanto, **es imprescindible tanto contar con un mecanismo de *compliance* efectivo como que la actuación de los administradores sea coherente con el mismo.**
- Por todo ello, **la empresa debe adoptar un modelo de prevención de conductas delictivas, es decir, de *compliance* penal.** Ello se traduce en distintas obligaciones, características imprescindibles para apreciar la exención de responsabilidad penal según la Fiscalía.
  - **La empresa debe adoptar un *código ético*, que ha de ser acorde con las necesidades de la empresa y con el objetivo de prevenir la comisión de delitos, y que hace de columna vertebral del sistema de *compliance*.** Por ello, **cada empresa debe tener un código ético propio y específico, que enfoque sus particulares problemas y riesgos**, para que sea eficaz y le permita asegurarse de que no se cometen delitos, y, por tanto, evitar incurrir en responsabilidades penales.
  - **Se debe crear un canal de denuncias** de conductas ilícitas o contrarias al código ético dentro de la empresa, que **garantice el anonimato del**

**denunciante, así como la imposibilidad de que reciba represalias por su denuncia.**

Hasta la entrada en vigor de la reforma de la LOPD, el día 25 de mayo 2018, la Agencia Española de protección de Datos, prohibía la presentación de denuncias anónimas, a través del canal de denuncia, debiendo por tanto ser confidenciales. Ciertamente es que la secretaría técnica de la fiscalía, no entendía del porqué de tal exigencia, por ilógica, poco práctica y poco coherente. La propia fiscalía entendía que al propio sistema de *whistleblowing* había que dotarlo de eficacia y seguridad y que no tenía sentido que la fiscalía y la Agencia Tributaria permitieran la recepción de denuncias anónimas y que en las empresas no se permitiera el anonimato de las denuncias<sup>33</sup>.

- **Se debe crear un sistema sancionador dentro de la empresa, por violaciones del código ético o actuaciones ilícitas**, sin perjuicio de las represalias penales que pudieran darse.

Los jueces y fiscales deben ser conscientes de los problemas que tiene el empresario con los sindicatos respecto a la materia estudiada, y por ello deben de ser razonables, ya que si bien toda norma debe establecer sanciones ante el incumplimiento, el código penal no especifica el método idóneo que el empresario debe de emplear a la hora de sancionar internamente.

- **Se debe crear un órgano encargado de la gestión del canal de denuncias, así como de la supervisión general del sistema de prevención o *compliance* penal.**

Dentro de las medidas que la norma exige está la contratación, selección cuidadosa y responsable y vigilancia de la persona encargada de la inspección y control. Esta persona, órgano o comité recibe en la empresa la denominación de *Compliance Officer*, *Chief Compliance Officer*, *Comité de ética*, *Órgano de control*, *controller*, *etc.* De esta forma, el Órgano de Control, como decimos, ostenta la función delegada del Consejo de Administración cuyo compromiso y deber fundamental es, planificar, diseñar y ejecutar una cultura ética, de control interno y de cumplimiento del derecho y de la normativa interna, a través del control, la supervisión y la formación constante de sus trabajadores y directivos.

**La Fiscalía entiende que es un mayor garante de la independencia, autonomía, y eficacia del sistema de prevención el hecho de que se externalice, lo que recomienda.** Es decir, a la hora de apreciar la eficacia de los sistemas de control, se prestará especial atención a la independencia y autonomía de los mismos, para comprobar si cumplen con su función, para decidir si

---

33 MESÍA MARTINEZ, C.: “El procedimiento de denuncia interna o *whistleblowing* en los códigos de conducta”, en MARTÍNEZ ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (Dir): “Gobierno Corporativo: La estructura del órgano de gobierno y la Responsabilidad de los administradores”. Thomson Reuters Aranzadi, págs.. 1209 y ss, 2015.

procede la exención de la responsabilidad penal de la empresa, o no. La empresa debe de llevar a cabo una verificación periódica del programa a través de herramientas informáticas de cumplimiento normativo del modelo de prevención que dejen constancia del esfuerzo llevado a cabo por la empresa por cumplir la ley.

En definitiva, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se basa, en última instancia, en la existencia o no de un sistema eficaz de control de actividades ilícitas en su seno. Ello implica que **se puede evitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la adopción de eficaces sistemas de *compliance*, que conllevarán que, incluso si un integrante de la empresa comete un delito, esta no asuma responsabilidad penal.** Es imprescindible, por tanto, para evitar las nefastas consecuencias que tiene la condena penal de una empresa (no sólo de reputación y de imagen, sino también, por ejemplo, de crédito), adoptar eficaces sistemas de prevención de conductas delictivas, que permitan **proteger a la empresa de indeseadas consecuencias jurídico-penales por la actuación de sus subordinados.**

Por tanto, lo realmente importante para la fiscalía es la cultura de cumplimiento de la empresa, en dónde la comisión de un delito sea un accidente cometido por un empleado o directivo.

En el Anexo I, realizamos un cuadro (Checklist) con los puntos esenciales que todo programa de Criminal Compliance debe contener para que la empresa y sus administradores y directivos y consejeros estén exentos de responsabilidad penal. Sacando un 100% de puntuación, el empresario podrá estar tranquilo ya que ha hecho todo lo posible para cumplir con la ley y con la norma interna de la empresa.

## BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, E.: “Compliance y Derecho Penal”, Thomson Reuters Aranzadi, 2011.

BACIGALUPO, S.: “La responsabilidad de las personas jurídicas”, 1998.

BAJO, M., BACIGALUPO, S.: “Derecho Penal Económico”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 273, 2001.

BARREIRO ALBERTO, J.: “El delito de alzamiento de bienes problemas prácticos”, Cuadernos de Derecho Judicial, págs. 194, 209, 2003.

CADBURY, A.: “The company chairman”, Prentice Hall, 1995.

CHAMARRO, J.: “El escándalo Enron”. En aun mas, 20 enero 2001. RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “Enron el capitalismo funciona”. Instituto Juan de Mariana, 23 de febrero 2006.

COATES, J.: “The goals and promise of the Sarbanes-Oxley Act”, marzo 2007. BUY Law Review, 2006.

COFEE, J.C.:” Gatekeepers, the professions and Corporate Governance”, Oxford, 2006.

DE ESCAMILLA, A.: “La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles. Una aproximación desde la perspectiva del Compliance, en MARTÍNEZ ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (Dir): “Gobierno Corporativo: La estructura del órgano de gobierno y la Responsabilidad de los administradores”. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 1209 y ss., 2015.

DEL ROSAL, B.: “Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el código penal, pág. 2. Ponencia impartida por el autor, el 7 de octubre de 1993, en el curso sobre “la Nueva delincuencia”, del Plan Estatal de formación del CGPJ”.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., DE LA MATA BARRANCO, N.: “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Español”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., DE LA MATA BARRANCO, N. “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, Thomson Reuters Aranzadi, págs.. 52-53, 2013.

FARALADO CABANA, P.: “Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010”. Editorial La Ley penal, nº 81, 2011.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Crisis Económica y concursos punibles” Diario La Ley, N° 7178, Sección Doctrina, 20 de mayo de 2009, Año XXX, Ref. D-181, Editorial LA LEY.

FERNÁNDEZ TORRES, I.: Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal n° 11, Segundo semestre de 2009, pág. 2267, Editorial WOLTERS KLUWER.

GIMENO BEVIÁ, J.: “Compliance y proceso penal de las personas jurídicas”. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 97-98, 2016.

GÓMEZ-JARA DIEZ, C.: “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2010.

GÓMEZ TOMILLO, M.: “Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, págs. 19-33 Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

GOÑI SEIN, J.L.: “sistemas de denuncia interna de irregularidades (*whistleblowing*)”, en “Ética empresarial y códigos de conducta”, págs. 319-350.

KLIKSBER, B.: “Las fallas en el gobierno corporativo, un tema clave en la crisis económica mundial”. Publicado en la revista del Clad, reforma y democracia, n° 47, Caracas junio 2010.

LUZÓN CÁNOVAS, M.: Fiscal de la Secretaría Técnica de la FGE. Escuela de verano del Ministerio Fiscal. Pazo de Mariñan, 6 a 9 de octubre de 2015 curso: la reforma del código penal operada por L.O. 1/2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial. Tirant Lo Blanch, pág. 39, 2005.

MESÍA MARTINEZ, C.: “El procedimiento de denuncia interna o *whistleblowing* en los códigos de conducta”, en MARTÍNEZ ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (Dir): “Gobierno Corporativo: La estructura del órgano de gobierno y la Responsabilidad de los administradores”. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 1209 y ss, 2015.

MOBERLY, R.: “Sarbanes Oxley’s Structural Model to Encourage Corporate Whistleblowers, BUY Law Review, 2006.

MORALES PRATS, F.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP), en Quintero Olivares, G.: “La reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios, Thomson Reuters Aranzadi, pág.67, 2010.

MUÑOZ CONDE, F.: “Derecho Penal Especial”, Tirant Lo Blanch, decimocuarta edición, págs 446 y ss. Valencia 2002.

NIETO, MARTÍN A.: “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en derecho penal”, en Compliance y teoría del Derecho, Marcial Pons, 2013.

QUINTERO OLIVARES, G.: “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES, G.: “Comentario a la Reforma Penal de 2015”, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 77 y ss. 2015.

SÁNCHEZ DAFAUCE, M.: “Frustración de la ejecución”, en Comentarios a la Reforma Penal de 2015, en Quintero Olivares, G. Dir. Thomson Aranzadi, pág. 485-486 Madrid 2015.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: “La Responsabilidad civil en los delitos de elusión de deudas”. Diario La Ley n° 6593, pág. 3, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “Criminalidad de empresa y *Compliance*”. Ed. Atelier, 2013.

VELASCO NUÑEZ, E., SAURA ALBERDI, B.: “Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 22-23, 2016.

## ANEXO I

# Cumplimiento Normativo -*Compliance*- (Checklist)

La correcta implantación de un programa de *compliance penal*, puede llegar a eximir de responsabilidad penal a la empresa, a sus administradores y directivos. Obteniendo un 100 de acierto en el presente Test, la empresa estará exenta de responsabilidad penal.

Los programas de *compliance*, no tienen por objeto evitar la sanción penal sino promover una verdadera cultura ética empresarial, debiendo reafirmar una cultura corporativa de respeto a la ley en general y a la norma penal en especial, debiendo, los programas, estar adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos.

La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado establece:

1. Que, en las empresas de cierto tamaño, es importante que implanten en sus sistemas que controlen con la máxima exhaustividad los procesos internos de negocio de la empresa. En general, pues depende del tamaño de la empresa, ningún programa de *compliance* puede considerarse efectivo si la aplicación central de la compañía no es mínimamente robusta y ha sido debidamente auditada.
2. El modelo de organización y gestión, además de tener eficacia preventiva debe de posibilitar la detección de conductas criminales, a través de un canal de denuncia con carácter confidencial, protegiendo al *whistleblower* y tratando de evitar las represalias.
3. El programa debe de establecer sanciones ante el incumplimiento del código ético.
4. La empresa debe de verificar periódicamente la eficacia del modelo.
5. La supervisión del modelo de prevención debe de ser supervisado por un órgano independiente de carácter autónomo de iniciativa y control, debiendo contar con experiencia y conocimientos suficientes, disponer de los medios técnicos adecuados y tener acceso a los procesos internos.

6. Respecto a los cursos de formación de directivos y empleados respecto a los canales de denuncia, la Circular establece que éstos tendrán más eficacia cuanto mayor sea su nivel de externalización, garantizando así un mayor grado de independencia y confidencialidad.

7. Si el Oficial de Cumplimiento Normativo incumple sus funciones, en ningún caso quedará exenta de responsabilidad.

8. Las certificaciones sobre la idoneidad de los modelos expedidos por empresas, asociaciones evaluadoras, respecto al cumplimiento del programa, podrán apreciarse como un elemento adicional más del interés por parte de la empresa por cumplir con la ley.

1. PREVENCIÓN CONTRA DELITOS Y COMPLIANCE PENAL	
¿Hasta qué punto ha implementado la empresa un proceso de prevención contra la comisión de delitos en el seno de la empresa que exima de responsabilidad penal a la empresa, a sus directivos y empleados?	Comentarios
	Puntuación de 1 a 10
2. ELECCIÓN DE RESPONSABLE DEL SISTEMA DE CONTROL Y PREVISIÓN	
¿Hasta qué punto la empresa ha designado a un responsable de carácter autónomo con poderes autónomos de iniciativa y control, encargado de supervisar, prevenir, detectar y minimizar la comisión de un fraude y de comunicar y explicar a los distintos directivos y trabajadores, el proceso de prevención de riesgos penales y la responsabilidad penal corporativa?	Comentarios
	Puntuación de 1 a 5
3. EVALUACIÓN DEL RIESGO DE COMISIÓN DE UN DELITO	

¿Hasta qué punto ha establecido la empresa, un proceso para identificar con regularidad en las distintas áreas de la empresa, los riesgos de fraude significativos a los que ha podido ser expuesta?	Comentarios
	Puntuación de 1 a 10
<b>4. TOLERANCIA AUTORIZADA ANTE CIERTOS RIEGOS</b>	
¿Hasta qué punto la empresa ha identificado y el Consejo de Administración ha aprobado la tolerancia hacia cierto tipo de riesgos contra delitos? Por ejemplo, ciertos riesgos, pueden constituir un coste tolerable al implementar un tipo de negocio, en cambio, otros pueden llegar a suponer un riesgo financiero catastrófico o un daño reputacional insalvable.	Comentarios
¿Hasta qué punto el Consejo de Administración de la empresa ha aprobado la política de cómo gestionar los riesgos corporativos contra delitos?	Comentarios
	Puntuación de 1 a 5
<b>5. PROCESO-CONTROL</b>	
¿Hasta qué punto la empresa ha implantado medidas, estrategias para, detectar, eliminar o reducir, a través de los procesos debidos, cada uno de los riesgos significantes de fraude detectados en su evaluación de riesgo? En algunos casos puede ser más rentable, establecer una nueva estrategia empresarial para reducir el riesgo en la comisión de un delito, que incorporar nuevos controles a los procesos ya existentes.	Comentarios
¿Hasta qué punto ha implementado la empresa en los distintos departamentos de la empresa, medidas para prevenir y detectar un posible fraude diseñado por directivos o empleados?	Comentarios
	Puntuación de 1 a 10



6. ELABORACIÓN DE UN CÓDIGO ÉTICO	
¿Hasta qué punto la empresa ha redactado y publicado en su página web políticas visibles contra las posibles violaciones de la Ley, intentando en la medida de lo posible combatir la corrupción y otros delitos, protegiendo en todo momento los intereses de los accionistas, grupos de interés y de la propia compañía?	Comentarios
¿Hasta qué punto se ha asegurado de que el Comité de Dirección de la empresa conoce y aplica el Código Ético, así como que se compromete a aplicar los distintos programas de <i>compliance</i> , sirviendo de ejemplo a los trabajadores, accionistas y grupos de interés?	Comentarios
¿Hasta qué punto se ha asegurado de que todos los trabajadores son conocedores de sus responsabilidades y deberes, incluido el conocimiento de las normas y el canal de denuncia?	Comentarios
¿Hasta qué punto ha dotado al proceso de prevención contra delitos de recursos financieros suficientes que le permita operar correctamente?	Comentarios
	Puntuación de 1 a 10
7. REVISIÓN PERIÓDICA	
La empresa deberá revisar, al menos anualmente, que las leyes y el Código Ético se cumplen, que los controles internos funcionan, debiendo actualizarlos si fuera necesario, teniendo en cuenta nuevos acontecimientos y normativa extranjera, asegurando en todo caso su completa aplicación.	Comentarios
	Puntuación de 1 a 5
8. INFORME DE SUPERVISIÓN Y GESTIÓN	
La compañía deberá designar persona o comité para asegurar la efectiva aplicación de las normas y políticas de la empresa, teniendo un nivel adecuado de autonomía de gestión, así como los recursos adecuados para llevar a cabo su responsabilidad.	Comentarios
	Puntuación de 1 a 10

**9. CONTROLES INTERNOS**

<p>La empresa, a través del Comité de Auditoría o de consultores externos, deberá llevar a cabo un control interno de los libros de la compañía.</p>	Comentarios
	Puntuación de 1 a 5

**10. FORMACIÓN Y ASESORAMIENTO**

<p>La empresa habrá de poner en práctica mecanismos destinados a garantizar la formación y el conocimiento de las políticas éticas de la empresa (Código de Conducta, denuncias internas, etc.) de todos los directivos y trabajadores, así como de los <i>stakeholders</i>, a través de programas de información individualizada, de la página web, de cursos de formación y conferencias, intentando garantizar que, en ningún caso, la compañía y/o sus empleados y directivos, violen la normativa y el Códigos de Conducta.</p>	Comentarios

<p>El Departamento Legal o, en su caso, el <i>Compliance Officer</i>, asesorará a los trabajadores, directivos y administradores, en relación a la normativa legal (nacional o internacional), elaborando informes confidenciales acerca de las distintas prohibiciones que se puedan llegar a cometer en el seno la empresa.</p>	Comentarios
	Puntuación de 1 a 5

**11. PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS**

<p>La empresa deberá disponer de procedimientos disciplinarios para abordar, entre otras cuestiones, las violaciones de las leyes, así como para establecer sanciones por incumplimiento del Código Ético.</p>	Comentarios
	Puntuación de 1 a 5

12. PREVENCIÓN EN RELACIÓN A AGENTES Y SOCIOS COMERCIALES	
La empresa deberá efectuar <i>due diligence</i> acerca de sus agentes o socios comerciales, valorando sus antecedentes, su prestigio y sus conocimientos en el sector y se llevarán a cabo procedimientos de supervisión periódica.	Comentarios
	Puntuación de 1 a 5
SUMA PUNTUACIONES: 85/85	

La correcta implantación de un programa de *compliance penal*, en principio exime de responsabilidad penal a la empresa y a sus administradores y directivos, y, por tanto, sacando un 85/85 de puntuación en el presente Test, la empresa está exenta de responsabilidad penal.