



ARTÍCULOS

Comparativa texto Anteproyecto Ley Reforma Concursal agosto 2021 y texto Proyecto Ley Congreso enero 2022

Calificación culpable del concurso y delito concursal

Administración judicial de personas jurídicas como medida cautelar. Herramienta eficaz para la protección del patrimonio empresarial

"Retos para 2022 con dos proyectos de Ley para emprendedores: *"Crea y crece"* y *"Ley de Startups"*

Aproximación al régimen de las garantías personales en el concurso de acreedores

Informes Técnicos

Noticias

Consultas

Nuevas incorporaciones

economistas

Consejo General

REFOR **economistas forenses**

Jaume Alonso-Cuevillas i Sayrol

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, Abogado y Economista.

Federico Blanco García

Abogado, Administrador Concursal y Máster en Derecho Concursal.

Calificación culpable del concurso y delito concursal

Desde la reforma penal de 2015, existe un claro solapamiento entre las conductas previstas en la Ley Concursal, que pueden dar lugar a una calificación culpable, y las similares conductas previstas en el Código Penal, que tipifican el llamado delito concursal o de concurso punible.

En las siguientes páginas, daremos algunas claves que nos permitirán clarificar qué concretas conductas llevadas a cabo por los administradores de sociedades en insolvencia serían reprochables en cada ámbito, a la vista de la regulación actual, y cómo procede actuar a la vista del caso concreto, en función de los intereses en juego.

Límites del derecho penal y ámbito de aplicación de la calificación concursal.

De forma previa a analizar las concretas conductas que son sancionadas en los ámbitos del derecho concursal y penal, conviene recordar cuál es finalidad de la calificación culpable y del delito concursal.

Por un lado, la calificación culpable tiene por objeto depurar las responsabilidades de los administradores de sociedades que han sido declaradas en concurso de acreedores.

Por su parte, el derecho penal tiene por objeto evitar los comportamientos que son especialmente más peligrosos, previendo para ello las sanciones, en principio, más graves¹. Asimismo, en el derecho penal rige el principio de intervención mínima, el cual exige que el derecho penal ha de ser la última *ratio*, esto es, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos, siendo preferible la utilización

de medios desprovistos del carácter de sanción o la imposición de sanciones no penales.

Calificación culpable del concurso de acreedores.

La sección sexta, de calificación del concurso de acreedores, tiene la función de depurar todas aquellas responsabilidades que pudieren haberse producido en relación con la situación de insolvencia de la concursada. Se procederá pues a analizar las concretas conductas llevadas a cabo por el órgano de administración de la concursada que pudieren haber incidido, de forma dolosa o culposa, en la insolvencia.

Para llevarlo a término, la Ley Concursal² prevé, en primer lugar, una cláusula general, el artículo 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC). Esta cláusula, de cierre del sistema, contiene determinados ele-

¹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2011, Pág. 40.

² Actualmente, Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

mentos que, de concurrir conjuntamente, darán lugar a la calificación culpable del concurso.

Los elementos (o, si se prefiere, requisitos³) que forman parte de la causa de culpabilidad general del artículo 442 TRLC (antiguo art. 164.1 LC) son los siguientes:

- a) Comportamiento activo o pasivo del deudor o de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho.
- b) Elemento subjetivo, consistente en que ese comportamiento lo sea a título de dolo o culpa grave⁴.

- c) Elemento objetivo⁵, consistente en un resultado: que se haya generado o agravado la insolvencia.
- d) Un nexo o relación de causalidad entre la acción u omisión con culpa grave o dolosa y la insolvencia, es decir, que el hecho doloso o culposo grave haya generado o agravado la insolvencia.

Tras esa cláusula general, el artículo 443 TRLC (antiguo art. 164.2 LC) prevé determinadas pre-sunciones iuris et de iure de culpabilidad. La concurrencia de alguna de ellas implicará, automáticamente, la calificación del concurso como

³ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 644/2011, de fecha 6 octubre de 2011, estableció que:

"Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado". [Fundamento de Derecho Tercero].

Dicha doctrina ha sido reiterada por otras muchas resoluciones posteriores de la misma Sala, como por ejemplo las 994/2011, de fecha 16 de enero, 142/2012, de 21 de marzo, 255/2012, de 26 de abril, 298/2012, de 21 de mayo, 459/2012, de 19 de julio y 203/2017, de 29 de marzo.

En la jurisprudencia menor, y en relación con estos mismos requisitos, encontramos, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) nº 122/2011, de fecha 11 abril de 2011:

"Del citado precepto se deduce que los requisitos para la declaración de concurso culpable son los siguientes: 1) comportamiento activo u omisivo del deudor o de sus representantes legales y, tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho; 2) generación o agravación del estado de insolvencia; 3) imputabilidad de la conducta a dichas personas a título de dolo o culpa grave, por lo que queda excluida la culpa leve; 4) nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia". [Fundamento de Derecho Segundo].

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) nº 257/2011, de fecha 26 de septiembre de 2011 o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) nº 457/2014, de fecha 25 de julio de 2014.

⁴ Del art.442 TRLC se desprende que la legislación concursal equipara, a efectos de calificación culpable del concurso, el dolo con la culpa grave, excluyéndose por tanto la culpa leve.

Vid. en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) nº 72/2014, de fecha 6 de marzo de 2014:

"[...] no podemos ignorar la realidad en la que actúan las empresas de nuestro país al enjuiciar si el empresario ha incurrido en dolo o culpa grave. Para que exista dolo o culpa grave a los efectos establecidos en el artículo 164.1 LC (RCL 2003, 1748) no podemos limitarnos a atender a los estándares medios de diligencia de un ordenado empresario sino que los actos del empresario han de revelar un desprecio hacia los más elementales deberes de cuidado. Solo así se puede calificar la negligencia como grave. Podríamos decir que los parámetros para determinar si concurre dolo o culpa grave no pueden situarse en un nivel de exigencia de diligencia que determinaría que un número sustancial de nuestros empresarios quebrantarían esos estándares de diligencia". [Fundamento de Derecho Segundo].

Y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 29/2013, de fecha 12 de febrero de 2013:

"A esta situación se llegó porque el Sr. Mateo había designado al Sr. Juan Miguel para que supervisara la ejecución de las obras, y este señor, en interés propio y de algunos de sus familiares (eran destinatarios de una parte importante de los pisos en construcción), modificó el proyecto y la calidad de los materiales, lo que motivó la desviación de los gastos respecto de lo presupuestado, y con ello la insolvencia de la sociedad promotora, cuando faltaba poco para terminar. La sentencia imputa la causación de la insolvencia al Sr. Mateo, por haber colocado al frente de la obra a quien no tenía ni la experiencia ni la preparación necesaria, y a la Sra. Concepción por haberlo permitido. En ambos casos, entiende que la conducta es gravemente negligente, lo que justifica, no sólo la declaración de concurso culpable al amparo del art. 164.1 LC, sino también que estos dos administradores fueran declarados personas afectadas por la calificación, y el Sr. Juan Miguel cómplice". [Fundamento de Derecho Segundo].

culpable, sin ser por tanto necesario acreditar si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, o si en su realización ha mediado dolo o culpa grave⁵.

Estas presunciones *iuris et de iure*, esto es, que no admiten prueba en contrario, vienen justificadas por la evidente dificultad probatoria de acreditar los requisitos de la cláusula general.

En la práctica, la mayoría de las calificaciones culpables se basarán en la concurrencia de estas causas:

- Artículo 443.1º TRLC. Alzamiento de bienes y obstaculización de embargos.
- Artículo 443.2º TRLC. Salida fraudulenta del patrimonio del concursado de bienes o derechos.
- Artículo 443.3º TRLC. Actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia.
- Artículo 443.4º TRLC. Inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados en la solicitud de concurso o durante la tramitación del mismo y documentos falsos.

⁵ Sin la concurrencia del elemento objetivo, es decir, sin que se genere o agrave la insolvencia, no podrá calificarse el concurso como culpable, aunque medie dolo o culpa grave.

Vid. en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 258/2011, de 14 de junio:

"Conviene no perder de vista que para que pueda prosperar la calificación culpable del concurso al amparo del art. 164.1 LC, es preciso que esta conducta imputada a la concursada, en este caso a sus administradores, además de calificarse de negligente, constituya la causa de la generación de la insolvencia o de su agravación, y de esto último nada dice el informe de la administración concursal. Es cierto que si la obra fue entregada en agosto de 2007, cuando menos los perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual, derivados de la necesidad de contratar a otros industriales para que realizaran los trabajos incumplidos, serían anteriores, por lo que debían haberse facturado entonces y no un año más tarde. Pero este mero hecho no consta que fuera ocasionante de la insolvencia, ni tampoco de su agravación, o por lo menos el informe de la administración concursal no lo adujo, razón por la cual no puede fundarse la calificación culpable al amparo del art. 164.1 LC". [Fundamento de Derecho Tercero].

O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1ª) nº 95/2012, de 24 de julio, en la que se enfatiza la necesaria acreditación de la generación o agravación de la insolvencia:

"Tal razón no puede soportar la más somera crítica, pues no expresa de que modo y manera el reparto de dividendos ha afectado concretamente al concurso, como y de que manera ha agravado la situación de iliquidez de la empresa en el año del concurso, el reparto de dividendos; algo que a este Tribunal no le parece evidente y que por tanto no puede tomarse como una suposición. Pues se precisa según la jurisprudencia transcrita la prueba de la existencia de un enlace preciso y directo con el resultado. Para ello, desde una perspectiva estrictamente lógica, no puede utilizarse el argumento de sustituir la prueba de la generación o agravación por el resultado el concursado finalmente tuvo que presentar el concurso y por eso la agravación es evidente; pues de esta forma se sitúa como premisa en el supuesto de hecho el resultado que se quiere obtener, por lo que debe predicarse la inexistencia de un argumento lógico en la proposición". [Fundamento de Derecho Primero].

Debemos significar además que, habida cuenta de que la norma no hace distinción alguna de grados de afectación en la generación o agravación de la insolvencia, el concurso podrá calificarse como culpable por escasa que sea dicha afectación. Ello no obstante, si nos encontramos ante una generación o agravación de la insolvencia de escasa entidad, deberá tenerse en cuenta a los efectos de modular la responsabilidad concursal a imponer. Vid. en este sentido Machado Plazas, J., "El concurso de acreedores culpable, Calificación y responsabilidad concursal", Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 92.

⁶ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 614/2011, de 17 de noviembre, estableció que: *"Sin embargo, la parte recurrente se equivoca porque los supuestos del apartado 2 del art. 164 LC no lo son de "presunción" de dolo o culpa grave, sino que se trata de supuestos legales de culpabilidad del concurso, como lo revela la expresión inicial "En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los supuestos siguientes:....". Por consiguiente, cualquiera de las conductas descritas en dicho apartado 2 del art. 164 determina irremediabilmente la calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de dolo o culpa grave (sin perjuicio de la que corresponde a la propia conducta) y de haber generado la insolvencia o producido su agravación. En este sentido ya se manifestó esta Sala en la Sentencia de 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 373143), núm. 644, cuando declara que en el segundo de los dos criterios que la LC establece para la calificación de concurso culpable -el del art. 164.2 - (el otro es el del art. 164.1) "la calificación es ajena a la producción del resultado de generación o agravación de la insolvencia y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma".* [Fundamento de Derecho Segundo].

...habida cuenta de que la norma no hace distinción alguna de grados de afectación en la generación o agravación de la insolvencia, el concurso podrá calificarse como culpable por escasa que sea dicha afectación.

- Artículo 443.5º TRLC. Incumplimiento del deber de llevanza de contabilidad, doble contabilidad e irregularidades contables.
- Artículo 443.6º TRLC. Incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.

Por último, el artículo 444 TRLC (antiguo art. 165 LC) establece determinadas presunciones de culpabilidad iuris tantum, es decir, contra las que cabrá prueba en contrario.

Estas presunciones servirán para probar el elemento subjetivo del tipo general de culpabilidad (dolo o culpa grave en la conducta típica). En

este sentido, el Tribunal Supremo⁷ las define como aquellas conductas complementarias a la cláusula general prevista en el antiguo artículo 164.1 LC (hoy art. 442 TRLC).

La concurrencia de alguna de ellas (si no se desvirtúa mediante prueba en contrario) podrá implicar la calificación del concurso como culpable y, además, servir de base para justificar el dolo o culpa grave (elemento subjetivo) de la cláusula general.

Sin embargo, para poder declarar el concurso culpable por la cláusula general, o para poder imputar responsabilidad concursal pecuniaria por mor dichas causas, será además necesario acreditar que dichas conductas han incidido en la generación o agravación de la insolvencia⁸.

Las concretas causas de culpabilidad previstas en el artículo 444 TRLC son las siguientes:

- Artículo 444.1º TRLC. Incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso⁹.

⁷ Vid. en este sentido la Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 327/2015, de fecha 1 de junio: "Decisión de la Sala. El alcance de la presunción del art. 165.1 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748). 1.- Es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que el art. 165.1 de la Ley Concursal es una norma complementaria de la del artículo 164.1. Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción "iuris tantum" [que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario] en caso de concurrencia de la conducta descrita [...].". [Fundamento de Derecho Quinto].

⁸ Vid. en este sentido la Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 614/2011, de 17 noviembre: "Alega la parte recurrente que no se fundamentó por la Sentencia recurrida el nexo causal entre la conducta de los administradores y la generación o agravación del estado de insolvencia. Resulta importante señalar que la parte recurrente no cuestionó tal aspecto a propósito de la aplicación del art. 165.1º LC para la calificación del concurso como culpable, y cuya concurrencia es inexcusable en todos los supuestos del art. 165 LC, pues este precepto solo presume, salvo prueba en contrario, el dolo o la culpa grave. El art. 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos de los arts. 164.1 y 164.2, sino que es una norma complementaria de la del art. 164.1 en el sentido de que presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia. Si éste no concurre, los supuestos del art. 165 LC son insuficientes para declarar un concurso culpable". [Fundamento de Derecho Cuarto].

⁹ Esta causa de culpabilidad es la que aparece con mayor frecuencia en la sección de calificación. Y ello se debe a que la mayoría de los procedimientos concursales se presentan de forma tardía, acabando, también en la mayoría de las ocasiones, en el conocido "concurso del concurso". En efecto, gran parte de los procedimientos concursales acaban en situación de insuficiencia de masa activa, esto es, cuando la "la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa" (art. 249 TRLC). Es decir, cuando los bienes y derechos de la concursada tengan un valor inferior al de los créditos que se hubieren devengado con posterioridad a la declaración del concurso (contra la masa). Esta situación suele llamarse en la práctica forense como "concurso del concurso", habida cuenta de que ni siquiera podrán abonarse los créditos que ha provocado la propia situación concursal.

...para poder declarar el concurso culpable por la cláusula general, o para poder imputar responsabilidad concursal pecuniaria por mor dichas causas, será además necesario acreditar que dichas conductas han incidido en la generación o agravación de la insolvencia.

- Artículo 444.2º TRLC. Incumplimiento del deber de colaboración.
- Artículo 444.3º TRLC. No formulación, sometimiento auditoría o depósito de las cuentas anuales.

Delito concursal o insolvencia punible.

El delito concursal, o delito de concurso punible, se encuentra tipificado en el Código Penal Espa-

ñol desde el año 1948. Sin embargo, en el año 2015 se produjo una importante reforma¹⁰ del Código Penal en la que se incluyeron, dentro de la previsión del delito concursal, conductas que hasta la fecha eran ajenas a su ámbito de aplicación¹¹.

El legislador, en la exposición de motivos de la ley 1/2015, manifestó lo siguiente:

"El nuevo delito de concurso punible o bankrupta se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de crisis (a la insolvencia actual o inminente del deudor) y perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos; y se mantiene la tipificación expresa de la causación de la insolvencia por el deudor".

En este sentido, se ha abandonado la clásica exigencia de que la situación de insolvencia fuese causada o agravada por el deudor, exonerándose pues la prueba de la relación de causalidad, y la

¹⁰ Reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

¹¹ El artículo 259 del Código Penal dispone lo siguiente:

"1. Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas:

1.ª Oculte, cause daños o destruya 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 Realice 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 Realice 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 Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios.

5.ª Participe 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 Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

7.ª Oculte, destruya o altere 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 Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

exigencia de *dolo*, tipificándose ahora también la comisión por imprudencia.

Así, encontramos un primer grupo de conductas que suponen una disminución efectiva o riesgo de disminución del patrimonio del deudor (259.1.1ª):

- Ocultar, causar daños o destruir bienes o elementos patrimoniales de la masa del concurso (259.1.1ª).
- Realizar actos de disposición que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor y carezcan de justificación económica o empresarial (259.1.2ª).
- Realizar operaciones por precio inferior a su coste que carezcan de justificación económica (259.1.3ª).
- Simulación de créditos (259.1.4ª).

Asimismo, encontramos un segundo grupo de conductas que suponen la infracción del deber de diligencia y deberes contables o destrucción de documentación relevante (259.1.5ª a 8ª CP):

- Participar en negocios especulativos cuando sea contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos (259.1.5ª CP).

- Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera (259.1.6ª CP).
- Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario esté obligado a conservar (259.1.7ª).
- Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro del plazo (259.1.8ª).
- Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos, con la que se disminuya el patrimonio del deudor o se oculte la situación económica real o su actividad empresarial (259.1.9ª CP).

Como hemos visto, el legislador configura el nuevo delito concursal como un delito de peligro^{12, 13}, por lo que podría entenderse que la sim-

9.ª Realice 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.

2. La misma pena se impondrá a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia.

3. Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

4. Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso.

5. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

6. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal".

¹² Por delito de peligro se entienden aquéllos delitos en los que no se produce una efectiva lesión del bien jurídico protegido —en este caso, el crédito de los acreedores— sino que únicamente es necesario para considerarlo cometido la puesta en peligro del mismo (Vid. MIR PUIG, S. *op. cit.* pág. 239).

¹³ Algunos autores se pronuncian en sentido contrario entendiendo que se trata de delitos de peligro concreto, y así, que no es suficiente la mera realización de las conductas descritas por el tipo para que se entienda realizada su comisión, sino que es necesaria la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido. Vid. GUTIERREZ PEREZ, E. *El derecho penal frente a la insolvencia. Delitos de alzamiento de bienes y delitos concursales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pag. 200., FRANCES LACUMBERRI, P. «El delito de insolvencia punible documental (art. 259.1.6ª a 8ª CP). Críticas y claves para su interpretación», *InDret*, 2, 2019, FEJOO SANCHEZ, B. J. «Sociedades mercantiles en crisis y Derecho penal», *Anuario de derecho concursal*, 16, 2009, RODRIGUEZ CELADA, E., «La criminalización del fracaso empresarial. Análisis crítico de la reforma del Código Penal de 2015», *InDret*, 1, 2017.

...el legislador configura el nuevo delito concursal como un delito de peligro, por lo que podría entenderse que la simple realización de las conductas enumeradas en los subapartados del artículo 259.1 del CP supondrían la comisión del mismo.

ple realización de las conductas enumeradas en los subapartados del artículo 259.1 del CP supondrían la comisión del mismo.

Asimismo, y como hemos anunciado al inicio, se prevé la realización del delito por imprudencia, y así, dispone el apartado 4 del artículo 259:

"Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses".

Esta configuración legal hace que se planteen grandes dificultades para establecer una delimitación entre el ilícito concursal y el ilícito penal.

Delimitación entre ilícito concursal e ilícito penal

A la vista de lo desarrollado en los puntos anteriores, podemos comprobar que la regulación concursal de la calificación culpable se asemeja

notablemente a la regulación penal del delito concursal.

De esta forma, no se han reservado al derecho penal aquellas conductas más graves, sino que nos encontramos ante un *totum revolutum* entre la jurisdicción concursal y la jurisdicción penal en el que muchas conductas podrán ser encajadas indistintamente en cualquiera de los dos ámbitos.

Es más, se llega incluso al absurdo de que conductas que no tendrían relevancia en el ámbito de la calificación culpable, sí serían constitutivas de delito conforme a la regulación penal.

Piénsese, por ejemplo, en la destrucción imprudente de objetos de gran valor que sean susceptibles de integrar la masa del concurso.

En la medida en que la norma penal contempla la realización de las conductas por imprudencia, dicha conducta podrá ser sancionada penalmente, pero difícilmente podría ser calificada como culpable en el concurso.

A modo de conclusión, cabe pues destacar la deficiente técnica normativa que produce las reseñadas incoherencias entre la legislación penal y la concursal. Los operadores jurídicos y, especialmente, los del ámbito concursal, deberemos asimismo tomar nota de dichas circunstancias para valorar las posibles repercusiones penales del caso concreto.

E