**El desarrollo del concurso y su vinculación criminal:**

Declarado el concurso de acreedores, la situación de insolvencia adquiere relevancia penal si el deudor, o la persona que actúa en su nombre, ha actuado o actúa de forma voluntaria y consciente en contra de sus acreedores, tipificando nuestro código penal dos conductas delictivas en los artículos 259 y 260.

La insolvencia punible se encuentra prevista y penada en el artículo 260.1 del Código Penal, castigando al deudor que fuere declarado en concurso, con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses “*cuando la situación de crisis económica o la insolvencia de la empresa fuera causada o agravada dolosamente por el deudor o la persona que actuara en su nombre”.*

Los elementos integrantes del tipo son: 1) La declaración de concurso del sujeto activo o de la persona jurídica en cuyo nombre hubiera actuado; 2) el resultado de su insolvencia o crisis económica; 3) su actuación fraudulenta, explicitado ahora el fraude en la exigencia de que aquella insolvencia o crisis económica haya sido causada o agravada la insolvencia “dolosamente”; y 4) el perjuicio causado con todo ello a los acreedores.

El bien jurídico protegido es el mismo que en todas las modalidades de insolvencia punible: la garantía de que goza todo acreedor de ejecutar y hacer efectivo su crédito, caso de incumplimiento, contra el patrimonio del deudor, conforme dispone el artículo 1911 del Código Civil.

El primero de los elementos constituye una condición objetiva de punibilidad, aunque no vincule a la jurisdicción penal el pronunciamiento de la civil (art. 260.4: *“En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal”*.) El delito es perseguible aunque no haya concluido el procedimiento concursal, que tampoco queda interrumpido (no hay prejudicialidad penal). La calificación de la insolvencia que se realice en la jurisdicción civil no vincula en ningún caso a la jurisdicción penal (aunque es evidente que en muchos casos tendrá una fuerte repercusión). El importe de la responsabilidad civil derivada del delito se incorporará a la masa del concurso. Se tomará en cuenta la cuantía del perjuicio causado a los acreedores, su número y condición económica, para graduar la pena. Este tipo supone que la agravación o causación de la crisis lo sea durante el procedimiento concursal, no antes, presupuesto del alzamiento.

Como lo que se castiga es la causación o agravación dolosa, de la situación de crisis económica, se entiende que puede provocarse el resultado tanto ocultando bienes para evitar que los acreedores cobren sus créditos o disminuyendo el activo aumentando fraudulentamente el pasivo. El dolo consiste en realizar actos que exterioricen una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores, no bastando una “gestión arriesgada”, o un cálculo financiero erróneo, sino de negocios cuya reprobación jurídica sea claramente establecida, de modo intencionado.

Pese a que el legislador apostó por desvincular el tipo penal del proceso mercantil, en la práctica la aplicación del artículo 260 del Código Penal ha sido más bien excepcional y se ha caracterizado por su fuerte dependencia respecto al desenlace del concurso.

El otro tipo delictivo, llamado por la doctrina “de favorecimiento de acreedores o anticipación de pagos”), se encuentra recogido en el artículo 259 del Código Penal que establece: “*Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 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”.*

Los elementos integrantes del tipo son: 1) que el sujeto activo del delito sea un deudor respecto del que se haya admitido a trámite la solicitud de concurso; 2) que ese deudor, sin autorización judicial ni de los administradores concursales, realice acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones; 3) que actué dolosamente, con la intención de pagar a uno o varios acreedores, con posposición (y por tanto, en perjuicio) del resto.

Sin embargo, como la Ley Concursal establece la posibilidad de que los actos de administración vedados para el deudor y que este ejecute contraviniendo esa prohibición, puedan ser convalidados o confirmados por la administración concursal, a requerimiento de cualquier acreedor o de quien hubiera sido parte en la relación contractual, parte de la doctrina manifiesta que este precepto se ha quedado despenalizado con la ley Concursal. Declarado el concurso y estando las facultades de administración y disposición intervenidas o incluso sustituidas por la Administración Concursal, todas las partes implicadas van a pretender una convalidación de los actos no sólo para intentar evitar la responsabilidad penal que pudiera derivarse, sino también para evitar la nulidad del acto en el mismo proceso concursal.

Por otra parte, en las situaciones en las que la víctima es la propia concursada o en los supuestos de acción civil ex delicto contra el concursado, el desarrollo del concurso se ve plenamente afectado por la tramitación de estas cuestiones penales sobre las que el juez mercantil no tendría competencia. Ante estas cuestiones, quizá la regulación concursal española debería ampliar las competencias del juez del concurso a ciertas materias penales.

La vocación del proceso concursal es la de ser un procedimiento universal, en que el Juez del concurso asume, en los términos expresos de los arts. 86 LOPJ y 8 LC, la jurisdicción exclusiva y excluyente sobre el patrimonio del concursado. De ahí que la propia normativa concursal regule la interrelación entre los diferentes procesos y jurisdicciones en que puedan ventilarse acciones con relevancia sobre el patrimonio del concursado.

Sin embargo, esta regulación no es lo suficientemente clara en cuanto a las relaciones entre la jurisdicción concursal y la penal, y además, olvida una materia, con implicaciones de gran relevancia práctica, como es la acción civil ex delicto.

De una primera lectura, parece concluirse que el legislador en el conflicto planteado sobre la distribución de competencias entre el juez del concurso y el juez penal para conocer del ejercicio de la acción civil ex delicto contra el concursado se ha inclinado por primar el mantenimiento del ejercicio acumulado de esta acción en el proceso penal.

Esta apariencia deriva de que la regulación legal recoge el mandato expreso en artículo 50 de la Ley Concursal a los órdenes civil y laboral que se abstengan de conocer de acciones ejercitadas contra el patrimonio del concursado y ordenen a las partes que usen su derecho ante el juez del concurso, pero nada dice del orden penal.

Sin embargo, en la práctica deberemos plantearnos si esta es la solución más operativa y funcional y si es la deseada por el legislador cuando estamos inmersos en un proceso concursal.

Así por ejemplo cuando nos encontremos en el concurso ante una situación de cobro de lo indebido, deberíamos plantearnos si interponer en el mismo concurso una acción de reintegración de restitución (1895 CC) o vía penal denunciar una apropiación indebida (254 CP); o ante una situación de incumplimiento de un contrato de deposito por la negativa del depositario a devolver la cosa, podríamos interponer un incidente concursal de restitución (1775 CC) o denuncia por apropiación indebida (252 CP)…

Los procesos penales, por lo común, están inspirados por el principio de celeridad por la relevancia de los intereses que en ellos se ventilan. Sin embargo, en la práctica la celeridad se ve entorpecida reiteradamente no sólo por el propio funcionamiento de la administración de justicia, sino por la complejidad de las pruebas, multiplicidad de partes procesales tanto imputadas como acusadoras, realización de pruebas fuera del partido judicial competente, …

Los problemas derivados de la dilación en la impartición de justicia, si bien resultan preocupantes en relación con cualquier orden jurisdiccional, se hacen más acusados en los supuestos de los procedimientos concursales, que también tiene como uno de sus principios inspiradores el de celeridad. El objetivo del procedimiento concursal es bien propiciar un convenio entre los acreedores y el concursado para que este haga frente a sus deudas o bien la liquidación del patrimonio para que los acreedores puedan resarcirse; y en cualquiera de los casos, el tiempo es un factor fundamental para evitar frustrar cualquiera de ambos fines.

Para ello es importantísima la rapidez en la que se determine la masa pasiva y activa del concurso, motivo por el por razones de eficacia sea más cómodo plantear un incidente concursal que iniciar un procedimiento penal.

En las situaciones en las que la concursada es víctima de un delito no hay regulación especial al respecto. El deudor en concurso, sólo o conjuntamente con la Administración Concursal, tendrá que acudir a la vía penal, interponiendo las denuncias o querellas correspondientes, en interés no sólo del concursado sino de la propia masa de acreedores.

Esto es lo que sucede en los casos, por ejemplo, en que el concursado como arrendatario de una nave/local de negocio ha dejado de pagar la renta mensual y el propietario cambia las cerraduras, impidiendo el acceso a la nave o local de negocio a la concursada e incluso a la Administración Concursal donde están depositadas todos o la mayor parte de los activos de la compañía en concurso y su documentación contable, …

El procedimiento concursal no asume estos conflictos, el deudor que pida auxilio judicial al juez del concurso para acceder a la nave se le denegará y se le obligará a ir a un procedimiento penal que puede retrasarse meses. Durante todo este proceso tanto al concursado como a la Administración Concursal se le esta impidiendo al acceso a su activo y la imposibilidad de continuar el negocio o incluso liquidarlo al no poder acceder a los bienes.

Ante estas situaciones, quizá debiera aumentarse las competencias del juez del concurso para dar mayor celeridad a la resolución de conflictos de los que de depende directamente el devenir y la posibilidad de subsistir de la empresa en concurso.