

Riesgos penales y concursales ante la situación de insolvencia actual o inminente previa a la declaración de concurso (COVID-19)

Áreas de Procesal y de Concursal

de la oficina de Barcelona de Gómez-Acebo & Pombo

Se analizan los riesgos penales y concursales que nos podemos encontrar ante una situación de insolvencia inminente o actual y la actuación recomendada en la gestión diaria de los administradores de sociedades mercantiles.

La irrupción del COVID-19 y la paralización de la economía por las medidas del estado de alarma abren un escenario incierto en el que muchas empresas y empresarios se plantean si van a poder continuar con su actividad cuando la situación vuelva a la normalidad o si la paralización actual de la actividad los coloca en una situación de insolvencia que pueda desembocar en una declaración de concurso de acreedores.

Ante esta situación, se puede cometer el error de llevar a cabo, bajo la presión del momento, determinados actos o negocios jurídicos con el objeto de proteger el patrimonio empresarial que, si bien formalmente son ajustados a Derecho (como pueden ser el pago de deudas, la donación de bienes o su transmisión por un importe mínimo, la generación de nuevas deudas, etcétera), en el contexto de una situación de insolvencia actual o inminente pueden ser considerados delictivos, al menos en apariencia. Como consecuencia de esa apariencia delictiva, un acreedor o tercero que se considere perjudicado por dichas conductas puede iniciar un procedimiento penal con las consecuencias negativas que derivan siempre de ser parte investigada o acusada, puesto que, aunque al fin se dicte una sentencia absolutoria o se sobresea el procedimiento, pueden

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

producirse daños reputacionales que, en muchas ocasiones, son irreparables. Todo ello sin perjuicio de la trascendencia que estas conductas puedan tener en el procedimiento concursal y en su calificación de culpable o fortuito.

El objeto de la presente nota es identificar esas conductas a fin de que el lector se abstenga, o bien de llevarlas a cabo, o bien de tener que realizarlas; que adopte todas las precauciones necesarias para que, posteriormente y en el caso de que se inicie un procedimiento penal basado en la apariencia delictiva de la conducta, pueda acreditar que existía una justificación empresarial o económica para llevarla a cabo. Se debe tener en cuenta que hablamos de delitos que pueden cometer tanto personas físicas como jurídicas, ya que los artículos 258 *ter* y 261 *bis* del Código Penal establecen expresamente que todos los delitos a que se hará referencia pueden ser cometidos por personas jurídicas.

Asimismo, la responsabilidad penal de los administradores es acumulable a la responsabilidad de la persona jurídica. Son responsabilidades acumulables y no excluyentes e, incluso en el caso de que no pueda identificarse específicamente a la persona o administrador que llevó a cabo la conducta delictiva en nombre de la entidad, ello no excluirá su condena si concurren los elementos necesarios para ello. En cuanto a la responsabilidad civil, los administradores y la entidad responden solidariamente respecto de la indemnización por daños y perjuicios que se impongan.

Como hemos dicho, la mayoría de las conductas que se analizarán requieren que quien las ejecute se halle en una situación de insolvencia actual o inminente y, de conformidad con el artículo 2.2 de la Ley Concursal, se considera que está en dicha situación «la persona que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles».

Adicionalmente, el Código Penal ha ido un poco más lejos al criminalizar las conductas en los casos en los que la deuda existe, aunque no sea exigible ni haya habido todavía reclamación previa, ni judicial ni extrajudicial. No obstante, lo cierto es que no hay delito si se acredita la existencia de bienes suficientes como para responder de las deudas: el hecho de que exista una deuda no significa la inmovilización absoluta del patrimonio del deudor, tal como ha declarado el Tribunal Supremo.

Otra cuestión significativa —que puede ser preocupante en situaciones como éstas en las que deben tomarse múltiples decisiones— es la posibilidad de comisión por imprudencia, la cual puede afectar especialmente a los administradores o asesores de la compañía que, aunque no hayan intervenido directamente en los actos dispositivos, no hayan puesto la debida diligencia para evitarlos.

Con relación a la solvencia, es importante tener en cuenta que, para determinar si una entidad tiene o no capacidad para cumplir sus obligaciones, hay que analizar su situación de tesorería y no su patrimonio. Siendo así, se encontrará en la situación que indica el citado artículo 2.2 de la Ley Concursal aquella entidad que, si bien cuente con un patrimonio cuyo valor es superior al de sus deudas, carezca de liquidez suficiente como para hacer frente al pago de las obligaciones exigibles.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el Código Penal prevé también la responsabilidad penal del cooperador necesario y del cómplice, por lo que puede ser responsable penalmente quien participe en dichas conductas como contraparte del negocio jurídico, ayudando así a ejecutarlas a quien se halle en esa situación de insolvencia o de preinsolvencia. Y, asimismo, si ese cooperador o cómplice obtuviese algún beneficio desconociendo la naturaleza ilícita de la conducta, también podría verse sujeto a un procedimiento penal como partícipe a título lucrativo en lo que se hubiese enriquecido injustamente por la conducta fraudulenta.

1. Alzamiento de bienes y frustración de la ejecución

El artículo 257 del Código Penal castiga a quien lleva a cabo maniobras fraudulentas, normalmente con apariencia de acto o negocio jurídico, para evitar que sus activos patrimoniales puedan quedar sujetos al cumplimiento de sus obligaciones para con terceros. Así, comete este delito quien dona bienes a otro para evitar que puedan ser embargados, los vende por un precio muy inferior a su precio de mercado, simula una venta entregando el bien y no reclamando el precio al comprador o simula una deuda con un tercero para intentar justificar que la entrega de dicho bien es en concepto de pago de la deuda inexistente.

Es decir, se comete el delito mediante la celebración de negocios jurídicos simulados que carecen de causa o de una justificación real más allá de, como se ha dicho, evitar que el bien quede sujeto al cumplimiento de las obligaciones con los acreedores. Se debe tener en cuenta que las obligaciones cuyo cumplimiento se intenta eludir pueden estar o no vencidas en el momento de la realización del negocio fraudulento. Por lo tanto, comete el delito tanto quien lleva a cabo la conducta para evitar el cumplimiento de una obligación ya exigible cuando la ejecuta como el que la realiza para evitar cumplir las obligaciones existentes y conocidas, pero aún no vencidas ni exigibles.

El Código Penal castiga el delito de alzamiento de bienes con las penas de uno a cuatro años de prisión y multa.

El Código Penal agrava la pena hasta a seis años de prisión y multa, entre otras circunstancias, cuando la obligación cuyo cumplimiento se intenta eludir es de Derecho público y el acreedor es una persona jurídico-pública, cuando la deuda es superior a cincuenta mil euros o cuando afecta a una generalidad de acreedores.

2. Insolvencia punible

El artículo 259 del Código Penal castiga con penas de uno a cuatro años de prisión y multa a quien realice determinadas conductas hallándose en situación de insolvencia actual o inminente.

Dichas conductas sólo podrán perseguirse por vía penal cuando quien las lleve a cabo haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones o haya sido declarado su concurso. En

consecuencia, la ejecución de esas conductas no será delictiva si, a pesar de realizarlas, el sujeto cuenta con patrimonio o liquidez suficiente como para cumplir con sus obligaciones y, por tanto, no se halla en una situación de insolvencia, salvo que sean constitutivas de alzamiento de bienes.

Podemos clasificar esas conductas en dos grupos:

- a) Conductas que disminuyen el patrimonio del deudor (de la primera a la quinta) ocultando bienes, dañándolos o destruyéndolos; realizando actos de disposición entregando o transfiriendo dinero u otros activos o asumiendo deudas sin que estas conductas tengan una justificación económica o empresarial; realizando operaciones de venta o de prestación de servicios a un precio inferior a su coste sin justificación económica, simulando créditos de terceros o reconociendo créditos ficticios y participando en negocios especulativos sin justificación económica.

Salvo las conductas de ocultación, daño y destrucción, el resto no acarrearán responsabilidad penal si cuentan con una justificación económica. Por lo tanto, será recomendable que quien, hallándose en esa situación de insolvencia o preinsolvencia, se vea en la situación de llevar a cabo una operación que pudiese encajar en alguna de esas conductas se asegure de contar con prueba suficiente para acreditar su justificación económica o empresarial y de recabar asesoramiento jurídico.

- b) Conductas que impiden a terceros conocer la situación económica del deudor y dificultan el concurso futuro (de la sexta a la octava): incumplir el deber legal de llevar la contabilidad, llevar doble contabilidad o cometer en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera; 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; ocultar, destruir o alterar la documentación que el empresario esté obligado a conservar antes de que transcurra el plazo al que se extiende este deber legal cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de su situación económica real; 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 su situación económica real, o incumplir el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

Como puede observarse, para que la mayoría de estas conductas sean delictivas, es necesario que se produzca como resultado que los terceros no puedan conocer la situación económica del sujeto que las practique por cuya cuenta se realizan. De esta manera, si se llevan a cabo, pero ello no impide conocer su situación económica real, se excluye la responsabilidad penal, sin perjuicio de las consecuencias concursales.

Además de las conductas específicas mencionadas, el artículo 259 del Código Penal establece una conducta abierta que permite calificar de delictiva cualquier acción u omisión que pueda considerarse una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y que tenga como consecuencia una disminución patrimonial o se oculte situación patrimonial real.

Integra también el delito de insolvencia punible la actuación de quien, mediante alguna de las conductas anteriores, cause su situación de insolvencia.

Las penas se agravan (prisión de dos a seis años y multa) si la conducta produce o puede producir un perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o puede ponerlas en una grave situación económica o si se causa a un acreedor un perjuicio superior a seiscientos mil euros y, en el caso de que se llegue a declarar el concurso, es causa de agravación de las penas, además de las mencionadas, que la mitad o más del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social.

Por otro lado, se atenúa la pena si la conducta se comete de manera imprudente. Precisamente, que el Código Penal prevea la posible comisión imprudente de este delito es lo que obliga a ser extremadamente diligente a la hora de realizar cualquier operación que pueda comprometer la solvencia de la entidad, sobre todo en situaciones tan sensibles como la actual, donde existe ya un conocimiento generalizado de su gravedad y trascendencia económica. Siendo así, la acreditación por parte del perjudicado de la falta de diligencia de quien ha ejecutado la conducta podría desembocar en una condena por insolvencia imprudente.

Asimismo, la previsión de esta comisión imprudente del delito supone un riesgo grave, por cuanto criminaliza la pura negligencia, es decir, la falta de cuidado al tomar decisiones empresariales en situaciones angustiosas de insolvencia actual o inminente, y, además, puede conllevar la condena no sólo de los administradores o asesores de la entidad que hayan participado personalmente en el acto de disposición, sino también la de aquellos que, ostentando tal condición, no hayan actuado diligentemente para impedir que se lleven a cabo.

3. Favorecimiento de acreedores

El artículo 260 del Código Penal castiga a quien, en situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a un acreedor mediante el pago un crédito no exigible o le facilite una garantía a la que no tiene derecho cuando dicha conducta carezca de justificación económica o empresarial.

Así pues, por ejemplo, comete este delito quien paga una deuda no vencida a un acreedor sabiendo que, en la situación de insolvencia, no va a poder hacer frente al resto de las deudas preferentes a la pagada o que venzan con anterioridad a ella y no exista una razón que justifique ese pago preferente.

Con relación a esta conducta se debe tener en cuenta que es la Ley Concursal la que establece el orden de prelación de los créditos y, en consecuencia, la preferencia en su pago. De esta manera, quien se halle incurso en un procedimiento concursal o en una situación de insolvencia actual o inminente no declarada, pero conocida, deberá atenerse a las disposiciones de dicha ley en materia de prelación de créditos a fin de evitar incurrir en responsabilidad penal por el pago de un crédito sin respetar el orden previsto en ella. Todo esto, sin perjuicio —como se ha dicho— de que exista una razón que justifique dicha alteración, lo que impedirá, según el artículo 260 del Código Penal, considerarla delictiva. En todo caso es aconsejable constituir prueba de esa situación excepcional y recabar el adecuado asesoramiento jurídico.

4. Riesgos concursales

Sin perjuicio de la situación anteriormente descrita, debemos también referirnos a la actuación que el deudor, en una delicada situación económica o, incluso, en situación de insolvencia inminente o actual durante el estado de alarma declarado desde el 14 de marzo como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19, debe realizar para gestionar su día a día, teniendo muy presentes las consecuencias que en una posible y futura situación concursal se le puedan irrogar.

En este sentido, el artículo 43 del Real Decreto Ley 8/2020 establece la suspensión de la obligación de solicitar la declaración de concurso durante la vigencia del estado de alarma, si bien no prohíbe la presentación de la comunicación del inicio de negociaciones para un convenio, para la firma de un acuerdo de refinanciación o para la suscripción de un acuerdo extrajudicial de pagos prevista en el artículo 5 bis de la Ley Concursal ni, en puridad, tampoco prohíbe la presentación de una solicitud de declaración de concurso si ello fuese urgente.

Es más, el propio artículo 43 del citado real decreto ley prohíbe la admisión de solicitudes de concursos necesarios durante la vigencia del estado de alarma e, incluso, revierte la preferencia entre concursos necesarios y voluntarios prevista en el artículo 22 de la Ley Concursal tras el levantamiento de dicho estado de alarma, de tal manera que se declarará voluntario el concurso aunque se haya presentado antes de una solicitud de concurso necesario, siempre que dicha solicitud de concurso voluntario se presente dentro de dos meses desde el levantamiento del estado de alarma.

Sin embargo, esa situación de suspensión no debe suponer que el deudor que conozca su situación de insolvencia —sea ésta inminente o actual— o pudiera conocerla actúe como si no estuviera en dicha situación.

Lo afirmado con anterioridad en relación con el riesgo penal del deudor insolvente o preinsolvente puede aplicarse perfectamente en cuanto al riesgo concursal que dicho deudor tiene o puede tener.

La realización de operaciones o negocios jurídicos que no se correspondan con una gestión ordinaria de los negocios o que conlleven una anticipación en la satisfacción de unos acreedores

sobre otros o en el otorgamiento de garantías a determinados acreedores puede derivar en la interposición de acciones de reintegración o de rescisión de las previstas en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal.

Es más, la propia conclusión y suscripción de contratos y de todo tipo de negocios jurídicos debe considerar todos los factores necesarios para evitar cualquier situación de riesgo en un futuro concurso. Se trataría de evitar al máximo ese riesgo.

Lo anterior no significa que el deudor en situación de insolvencia inminente o actual no pueda negociar refinanciaciones con sus acreedores financieros o acuerdos o convenios de pago con sus acreedores de los que pueda considerarse que cumplen los requisitos previstos en la Ley Concursal para evitar su rescisión.

Así, podrá otorgar acuerdos de refinanciación de los previstos en el artículo 71 *bis* de la Ley Concursal, según el cual serán no rescindibles siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en dicha norma. Podrá otorgar, incluso, acuerdos de refinanciación que no cumplan los requisitos de la citada norma que serán válidos mientras no se declare judicialmente otra cosa.

Igualmente, podrá negociar acuerdos de refinanciación con sus acreedores financieros que, cumpliendo los requisitos previstos en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, puedan ser homologados judicialmente con posterioridad.

De hecho, el referido artículo 43 del Real Decreto Ley 8/2020 no prohíbe específicamente la presentación de solicitudes de homologación. Cuestión distinta es que en el momento de la presentación se declare y acredite que la necesidad de homologación es perentoria y puede causar perjuicios irreparables al refinanciado para que los juzgados de lo Mercantil puedan tramitar la solicitud durante la vigencia del estado de alarma (en el cual se encuentra bajo mínimos la actividad judicial, como no podía ser de otra forma).

Por otro lado, una actuación no adecuada del deudor en situación de insolvencia inminente o actual conlleva igualmente el riesgo de una futura declaración de culpabilidad del concurso que se declare con posterioridad al levantamiento del estado de alarma, ya que la no obligación de solicitar el concurso no evita la tramitación de la sección de calificación en los supuestos previstos en la Ley Concursal ni una sentencia de calificación culpable, si bien, tal como exige la Ley Concursal y la jurisprudencia que la interpreta, es necesaria la actuación con dolo o culpa grave, por lo que el mero desacierto en la toma de decisiones no supone automáticamente una declaración de culpabilidad del concurso.

Cierto es que, durante la vigencia del estado de alarma y en un plazo de dos meses desde su levantamiento, el artículo 43 del Real Decreto Ley 8/2020 establece que el deudor insolvente no tiene la obligación de solicitar la declaración de su concurso. Pero ello no significa que pueda gestionar la sociedad de forma que pueda existir el riesgo de una posterior declaración de culpabilidad del concurso.

A estos efectos, debemos acudir a las causas de culpabilidad previstas en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal, que son las que determinan los límites dentro de los cuales debe actuar el deudor en situación de insolvencia inminente o actual.

Así, la irregularidad contable relevante en la llevanza de la contabilidad (1), directamente la llevanza de doble contabilidad (2), el alzamiento de bienes (3), la inexactitud grave en los documentos que se acompañen con la futura solicitud de concurso (4), la salida fraudulenta de bienes del activo (5), la simulación de una situación patrimonial saneada (6), la falta de depósito de las cuentas anuales (7) e, incluso, el incumplimiento del convenio indebidamente amparado en la situación de crisis y con culpa del deudor (8) y la presentación tardía del concurso (9) —entendiendo por *tardía* dejar pasar el «plazo de gracia» de dos meses establecido en el artículo del Real Decreto Ley 8/2020— deben ser analizadas y tenidas en cuenta en las operaciones que haya de llevar a cabo el deudor en situación de insolvencia inminente o actual.

La consideración y apreciación de todas o alguna de las causas relacionadas anteriormente puede conllevar que se condene a los administradores a hacer frente al llamado *déficit concursal*, representado por el importe de los créditos reconocidos en el concurso que no hayan sido satisfechos a los acreedores, además de a la inhabilitación para administrar bienes durante un periodo mínimo de dos años y un máximo de quince y a la pérdida de los derechos de crédito que el declarado culpable tenga a su favor frente a la concursada.

5. Conclusión

A la luz de lo expuesto y ante la delicada situación en la que nos encontramos, será necesario extremar la precaución en el momento de realizar cualquier tipo de operación que pueda afectar o comprometer la solvencia de la empresa.

Ante la duda, será necesario ver qué impacto puede tener dicha operación en la aptitud de la empresa a la hora de cumplir sus obligaciones vencidas o de próximo vencimiento. Si la conclusión a la que se llega es que dicha operación puede comprometer la solvencia de la entidad, se ha de evaluar si es imprescindible o no llevarla a cabo y, en el supuesto de que la respuesta sea afirmativa, cerciorarse, con el adecuado asesoramiento jurídico, de que se cuenta con todos los elementos necesarios para poder acreditar posteriormente, en el caso de que se inicie un procedimiento penal o concursal, que dicha operación tenía una justificación empresarial o económica.

Sólo de esta manera se podrá evitar incurrir en el riesgo de responder penalmente por conductas que puedan haber afectado negativamente a la solvencia de la entidad o en el riesgo de ser objeto de acciones de reintegración o rescisión o de que el futuro concurso, en su caso, pueda ser declarado culpable, con condena a los administradores a cubrir el déficit concursal por haber generado o agravado el estado de insolvencia durante este periodo de crisis.

G A _ P

Conductas permitidas	Conductas prohibidas
Enajenar activos por su valor de mercado o por un valor inferior siempre que exista una razón económica o empresarial que justifique la operación.	Enajenar activos por valor inferior a su valor de mercado o gratuitamente sin que exista justificación económica o empresarial o simular enajenaciones onerosas sin reclamar el pago del precio. Efectuar operaciones con personas relacionadas con la sociedad. Distribuir dividendos en situación de insolvencia inminente o actual.
Prestar servicios por su precio de mercado o por un precio inferior si existe justificación económica o empresarial.	Prestar servicios gratuitamente o por un precio inferior al del mercado sin justificación económica o empresarial para ello.
Asumir o pagar deudas de terceros en compensación de las deudas que se tenga con ese mismo tercero o pudiendo repetir posteriormente contra el tercero por dicho pago.	Asumir o pagar deudas de terceros gratuitamente y sin que exista justificación económica o empresarial o sabiendo que el tercero es insolvente y no se va a poder repetir contra él.
Contraer deudas con terceros u operaciones económicas reales previendo que se va a poder hacer frente a su cumplimiento.	Simular créditos a favor de terceros por operaciones comerciales inexistentes o contraer deudas con terceros sabiendo que no se va a poder cumplir con el pago.
Pagar deudas vencidas y exigibles.	Pagar deudas no vencidas ni exigibles sin que exista una razón económica o empresarial que justifique su pago anticipado o alterando el orden de pago de créditos establecido en la Ley Concursal.
Conceder una garantía a un tercero cuando la operación lo justifique, como, por ejemplo, la constitución de una hipoteca para garantizar un préstamo por un importe elevado.	Conceder una garantía sin que exista justificación para ello o cuando su valor exceda considerablemente el valor de la obligación que se garantiza.
Celebrar acuerdos de refinanciación reales para ampliar el crédito disponible, extinguir total o parcialmente deudas u obtener una prórroga del plazo suscritos con acreedores que representen un mínimo de tres quintos del pasivo en el momento de la celebración de los acuerdos.	Celebrar acuerdos de refinanciación ficticios o que, aparentemente, supongan una obtención inmediata de financiación, pero en los que las condiciones asumidas como contrapartida de esa financiación sean inasumibles a corto o medio plazo
	Incumplir la obligación de llevar la contabilidad o llevarla de forma irregular de manera que terceros no puedan conocer el estado económico contable de la entidad.
	Destruir la documentación justificativa de la contabilidad de la entidad.

(Relación general y simplemente ejemplificativa de conductas, por lo que en cada caso será necesaria una valoración de forma individual y ad hoc a la vista de las circunstancias concurrentes.)