

Reflexiones en torno a la respuesta del ordenamiento ante la insolvencia y su sanción jurídica*

Reflections on the response of the legal system to insolvency and its legal penalty

por

SALVADOR TOMÁS TOMÁS

*Profesor contratado doctor
Universidad de Murcia*

RESUMEN: La elemental idea de infracción del deber jurídico y la posterior sujeción del patrimonio del deudor a la actividad del órgano jurisdiccional para atender la responsabilidad contraída, comúnmente compartida en sede de ejecución forzosa, exige de importantes matizaciones en el concurso de acreedores. La presente contribución se adentra en el estudio de la tempestiva y adecuada reacción del ordenamiento jurídico ante la insolvencia, profundizando en las especialidades de su tutela jurisdiccional en el proceso concursal y su reproche en sede penal.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Hacia una Justicia eficiente y sostenible: una aproximación multidisciplinar» (UAL2020-SEJ-C1965), financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, Junta de Andalucía, cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020.

ABSTRACT: The elementary idea of breach of legal duty and subjection of the debtor's assets to the activity of the court to meet the liability incurred, commonly shared in the venue of forced execution, requires important nuances in insolvency proceedings. The present contribution goes into the study of the timely and adequate reaction of the legal system to insolvency, delving into the special features of its jurisdictional protection in the bankruptcy process and its reproach in criminal proceedings.

PALABRAS CLAVE: Sanción. Insolvencia. Declaración de concurso. Ordenamiento jurídico.

KEY WORDS: Sanction. Insolvency. Bankruptcy. Legal system.

SUMARIO: I. INSOLVENCIA Y TUTELA DEL CRÉDITO EN EL PROCESO CONCURSAL: 1. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL. 2. LA TUTELA DEL CRÉDITO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES. 3. LA TUTELA PATRIMONIAL DINERARIA DEL CONCURSO DE ACREEDORES. 4. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES E INSOLVENCIA.—II. LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LA INSOLVENCIA: 1. APROXIMACIÓN A LOS INSTRUMENTOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO. 2. CRÍTICA A LA INSUFICIENTE E INTEMPESTIVA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LA INSOLVENCIA.—III. LA SANCIÓN JURÍDICA EN EL PROCESO CONCURSAL: 1. LA SUJECCIÓN PATRIMONIAL A LOS FINES DEL CONCURSO: A) *Responsabilidad y potestad pública*. B) *La actuación jurisdiccional y la fungibilidad jurídica en el proceso concursal*. C) *El momento de la sujeción patrimonial*. 2. COACCIÓN Y COERCIÓN EN EL CONCURSO. 3. LA SANCIÓN JURÍDICA EN EL CONCURSO. 4. FUNCIONES DEL PROCESO CONCURSAL.—IV. LA SANCIÓN EN LA TUTELA PENAL DEL CRÉDITO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO.—V. LA VALORACIÓN DE LAS SANCIONES PREVISTAS ANTE LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INSOLVENCIA Y TUTELA DEL CRÉDITO EN EL PROCESO CONCURSAL

1. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

Es sabido que el artículo 1911 del Código Civil se erige en uno de los cimientos básicos sobre los que se asienta nuestro sistema jurídico y opera

el tráfico civil. De su tenor —«Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros»— se desprende la afirmación del carácter patrimonial (se responde con los bienes) y universal (con todos ellos) de la garantía que presta el deudor por el hecho de serlo¹. Parece claro, pues, que el artículo 1911 del Código Civil no puede ser extraño al concurso de acreedores. Tampoco el concepto de deber jurídico que, junto a la responsabilidad, constituye la base de la que partir para entender la razón de ser del proceso concursal.

Por definición, la relación obligatoria se compone de dos elementos: el derecho de crédito y la deuda². Concebida la deuda como el deber jurídico consistente en realizar una prestación acordada, se presenta en la otra parte el interés en su cumplimiento. Es así que la contravención de la conducta debida desencadena la responsabilidad patrimonial como garantía de quien ostenta el derecho³. En otras palabras, a la inobservancia del deber se asocia un instrumento coactivo de compulsión a disposición del acreedor dirigido a garantizar la satisfacción de su interés y a desincentivar el incumplimiento por parte del deudor.

Con todo, como veremos, deber y responsabilidad no se hallan en igual plano. Como gráficamente expresara DE CASTRO, «acompaña la responsabilidad a la deuda jurídica como la sombra al cuerpo, aunque, a veces, como la misma sombra, se quede en simple posibilidad, en potencia»⁴. La responsabilidad queda así configurada como la facultad de hacer efectiva la deuda al permitir la utilización de instrumentos que sujetan el patrimonio del deudor a las consecuencias de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

Esta es la respuesta del ordenamiento jurídico ante su violación con la finalidad de conservarse y devenir efectivo. Y así descrita, la responsabilidad patrimonial universal encaja, de manera completa, en la idea de sanción.

2. LA TUTELA DEL CRÉDITO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Tiempo atrás quedaron los severos remedios que en materia patrimonial se dirigían sobre el deudor como destino sobre el que infligir un mal para restablecer el orden legal⁵.

En los regímenes jurídicos modernos, por el contrario, la reacción del ordenamiento jurídico se articula a través de instrumentos que se orientan a la satisfacción directa del interés de los acreedores. De este modo, la responsabilidad se proyecta sobre el patrimonio del deudor que queda sometido al cumplimiento coactivo de la deuda frente al poder o la facultad de agresión que se atribuye al acreedor. En estricta correspondencia con la naturaleza del interés lesionado⁶, el mal que puede sufrir el deudor es de carácter patrimonial⁷.

El cauce procesal que hace efectiva la responsabilidad es, por excelencia, la ejecución forzosa⁸. Sin embargo, no es el único cauce.

En efecto, en escenarios de insolvencia —o previos a la insolvencia— con pluralidad de acreedores, la ejecución forzosa puede quedar vetada al poder de agresión que se hace valer a través de la acción ejecutiva, instaurándose un cauce procesal distinto a través del cual canalizar la responsabilidad patrimonial del deudor⁹. El proceso concursal e, incluso, los expedientes de preinsolvencia —acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos— se erigen así en instrumentos al servicio de la tutela del crédito, si bien ordenados para la solución de escenarios jurídicos distintos.

Dejando al margen los expedientes de preinsolvencia, con peculiaridades que exceden del objeto de este trabajo, ejecución forzosa y proceso concursal presentan la nota común de someter el patrimonio del deudor a un particular régimen de actividades y de sustituciones con el que se persigue la satisfacción del interés de sus acreedores. Y al igual que en la ejecución forzosa el cumplimiento voluntario de la prestación desactiva su inicio y, en su caso, desarrollo, en el proceso concursal la satisfacción de los créditos aboca a la conclusión del concurso y al archivo de las actuaciones (arts. 465.6.º y 477 TRLC).

Pese a lo expuesto, la diferencia entre ambos procesos no es baladí, pues la causa que habilita su estímulo es dispar: frente al incumplimiento de obligaciones de la ejecución forzosa, se instaura la insolvencia en el proceso concursal¹⁰. Ello entraña distancias insalvables.

3. LA TUTELA PATRIMONIAL DINERARIA DEL CONCURSO DE ACREEDORES

El artículo 1911 del Código Civil, como principio general de responsabilidad previsto por la Ley ante el incumplimiento de cualquier obligación, viene acompañado de otros preceptos que permiten reconstruir con precisión una visión completa del sistema. Destacadamente, el artículo 1088 del Código Civil —que acota las posibilidades de la prestación: «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa»—; los artículos 1101 y siguientes del Código Civil —que permiten delimitar el *quantum* de la responsabilidad, en especial, el artículo 1101 de este texto legal: «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieron en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieron el tenor de aquellas»—; y, en fin, otros preceptos que amplían las oportunidades de reacción del ordenamiento jurídico ante la imposibilidad de cumplimiento de la obligación —*v.gr.*, artículo 1186 del Código Civil—.

Sobre esta base legal, todas las obligaciones, pecuniarias o no (en este caso, por el daño que cause su incumplimiento imputable), son susceptibles de generar el estado de sujeción de los bienes del deudor asociado a la responsabilidad patrimonial universal.

Este planteamiento no es extraño al concurso de acreedores. El deber inicial del deudor de realizar la prestación debida sigue existiendo; también el deber secundario de reparar el daño causado ante el incumplimiento del primero cuando concurren los presupuestos para ello.

Sin embargo, la declaración de concurso entraña la inclusión de reglas que se superponen a las previstas con carácter general, modulando y alterando su común eficacia.

De partida, si ejecución genérica y específica constituyen instrumentos que se excluyen total o parcialmente, la tutela del crédito que se otorga en el concurso no admite el juego de la ejecución específica¹¹. Al margen de la *separatio ex iure dominii* (art. 239 TRLC)¹², parece lógico que así sea si tenemos en cuenta que tal tutela es estrictamente dineraria y se halla presidida por el principio de la *par condicio creditorum*.

Por mor del distinto criterio que se instaure tras la declaración de concurso para la satisfacción de los acreedores, las prestaciones debidas que potencialmente pueden derivar en ejecuciones específicas deben ser computadas en dinero (art. 267 TRLC). Exclusivamente con una unidad común de medida es posible homogeneizar la posición de los acreedores de igual condición y establecer unas reglas de funcionamiento y reparto adecuadas para alcanzar el cometido de la *sui generis par condicio* que se instaure en el concurso¹³.

4. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES E INSOLVENCIA

Entre incumplimiento de obligaciones e insolvencia existe una honda relación. Ahora bien, no son términos equivalentes. Baste observar aquellas situaciones en las que se produce un incumplimiento de obligaciones sin insolvencia y aquellas otras en las que concurre un estado de insolvencia sin incumplimiento de obligación. Esta última afirmación es, además, predicable tanto respecto a estados de insolvencia actual como inminente.

Incumplimiento de obligación e insolvencia se erigen en el presupuesto objetivo de la ejecución forzosa y el proceso concursal, respectivamente. Este distinto punto de partida condiciona toda su articulación. La desigual realidad a la que hacer frente en ejecución y en concurso determina unas necesidades de tutela dispares a las que se adapta el cauce procesal.

Al igual que frente a la frustración procedente del incumplimiento de una obligación el ordenamiento jurídico reacciona predisponiendo al servicio del acreedor los instrumentos coactivos precisos para evitar su producción

y paliar sus consecuencias, ante la generación de la insolvencia el ordenamiento responde habilitando un conjunto de herramientas que permiten, total o parcialmente, su solución e incluso su prevención.

A este respecto, la delimitación del concepto de insolvencia resulta crucial. El texto refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo) maneja dos conceptos de insolvencia: actual e inminente.

La insolvencia actual es definida como el estado en el que se encuentra «el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» (art. 2.3 TRLC). Por su parte, el mismo precepto define el estado de insolvencia inminente como aquel en el que se halla «el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones»¹⁴. Ninguna de las clases de insolvencia presupone, inexcusablemente, incumplimiento de obligación.

En efecto, pese a que del calificativo «exigibles» pudiera deducirse que el estado de insolvencia actual entraña el referido incumplimiento, esta afirmación ha de ser revisada valorando el adverbio «regularmente». En su recta inteligencia hemos de apoyarnos para distinguir el concepto de insolvencia que maneja el texto refundido y el incumplimiento de obligaciones propiamente dicho¹⁵.

Si acudimos a la Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, el concepto «regular» es definido, entre otras acepciones, como: «ajustado a una regla y conforme a ella» (acepción 1.^a); «uniforme, sin cambios grandes o bruscos» (acepción 2.^a); «ajustado, medido, arreglado en las acciones y modo de vivir» (acepción 4.^a)¹⁶. Derivan, pues, distintas interpretaciones posibles.

BELTRÁN, con apoyo en la doctrina italiana, describe tres posibles lecturas del adverbio «regularmente» compatibles entre sí¹⁷. Una primera, en la que el cumplimiento regular es equiparado al cumplimiento realizado conforme a las reglas generales sobre el pago (modo y tiempo) de obligaciones¹⁸. Esta interpretación, aunque lógica, ha de ser descartada desde el momento en que, para el legislador concursal, regularidad no equivale a puntualidad en el pago. De este modo se constata si se confrontan los conceptos de insolvencia inminente y actual que proporciona el texto refundido de la Ley Concursal: la primera aparece concretada por los calificativos regular y puntual, mientras que la segunda contiene exclusivamente la regularidad en el cumplimiento.

Una segunda, en la que cumplir regularmente puede ser entendido como aquel modo de cumplimiento que no es perjudicial para la masa activa, es decir, el ajustado a las reglas concursales. Tesis razonable en tanto que todo pago rescindible es irregular pero desechable por cuanto hay actos que sin ser rescindibles constituyen cumplimientos irregulares (v.gr., actos

ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales).

Una tercera, en la que el cumplimiento regular es aquel efectuado con los medios ordinarios con que cuenta el deudor. Esto es, el realizado con los ingresos corrientes o, de desarrollar una actividad económica o empresarial, el llevado a cabo «conforme a las reglas observadas por los operadores económicos en el específico sector de actividad de que se trate y, además, con medios normales derivados del ejercicio de la actividad»¹⁹.

A la luz de esta última propuesta, el empleo de medios de pago «anómalos» constituye el elemento determinante de la insolvencia. En concreto, el estado de insolvencia deviene efectivo cuando para atender una obligación exigible en el corto plazo es precisa una liquidación apresurada o ruinosa de los bienes o aceptar unas condiciones de financiación perjudiciales para el deudor, por más que se satisfaga en tiempo y forma la obligación contraída²⁰.

Esta última exégesis del adverbio «regularmente» permite, además, dotar al concepto de insolvencia de la amplitud necesaria para cumplir con la doble función a la que aspira el concurso de acreedores: junto a la satisfacción de los acreedores, fin esencial (apartado II EM de la LC/2003), el saneamiento de aquellas empresas total o parcialmente viables «en beneficio no solo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses» (apartado VI EM de la LC/2003). En efecto, adviértase que bajo la cobertura de este concepto tienen cabida tanto las situaciones de déficit patrimonial —más pasivo que activo— como aquellas situaciones de superávit patrimonial —más activo que pasivo— en las que el deudor carece de liquidez para afrontar de manera regular sus compromisos obligacionales²¹.

En suma, la extensión del concepto de insolvencia responde a la necesidad de contar con un instrumento que, más allá de procurar la mera liquidación, permita al deudor afrontar el concurso de manera organizada en los pagos permitiéndole reestructurar su patrimonio y/o su actividad empresarial²².

II. LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LA INSOLVENCIA

1. APROXIMACIÓN A LOS INSTRUMENTOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

La reacción del ordenamiento jurídico ante la insolvencia es desigual, destacadamente si se pone en relación con el incumplimiento de obligaciones y la ejecución forzosa.

En efecto, respecto al deudor, se amplían las posibilidades de respuesta del ordenamiento dotándole de la facultad de estimular la aplicación de un régimen legal extraordinario en estado de insolvencia inminente (art. 2.3 TRLC). En relación a los acreedores, sin embargo, se reduce notablemente el poder para la promoción del concurso dados los hechos habilitantes que permiten su ejercicio ante una insolvencia actual (art. 2.4 TRLC).

De esta suerte, en sede concursal, en la elección de los medios necesarios para la restauración del orden legal, la Ley distingue nítidamente en función de si la insolvencia es de una u otra clase.

En la insolvencia inminente solo el deudor puede instar la creación de la nueva situación jurídica (art. 2.3 TRLC). Se trata de una facultad, extraordinaria si la ponemos en relación con la ejecución forzosa²³, que encuentra justificación en las consecuencias perjudiciales que, para los acreedores, la sociedad y el resto de sujetos implicados en el concurso, lleva aparejada la cercana imposibilidad de observancia regular de las obligaciones. Detectada la previsión de insolvencia, parece razonable la configuración de mecanismos legales que permitan ofrecer una pronta respuesta orientada a alcanzar una superior satisfacción del interés de los acreedores y, en general, de todos los intereses en juego.

Asimismo, esta facultad debe ser puesta en relación con el interés del propio deudor en la reordenación del patrimonio y, en su caso, de la actividad empresarial. En este sentido, resultan coherentes las previsiones de aplicación general que estipulan la conservación de las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor cuando el concurso es voluntario —siempre que el juez no determine lo contrario (art. 106.1 y 3 TRLC)—, y la improcedencia de formar la sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a tres años —salvo que aquel resulte incumplido (art. 446.2 TRLC)—.

En cualquier caso, el poder para instar la declaración de concurso por el deudor en situaciones de insolvencia inminente se articula como un verdadero y exclusivo derecho —derecho a pedir el cambio jurídico—, lo que excluye la instauración coactiva de un sistema riguroso en la preventiva detección de la insolvencia.

En la insolvencia actual el escenario es distinto. Junto a las descritas previsiones de aplicación general, para promover su declaración el legislador se sirve de un doble instrumento: se insta el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso (art. 5 TRLC), y se faculta a los acreedores para promover tal declaración cuando concurra alguno de los hechos descritos en el artículo 2.4 del texto refundido.

En lo que hace al primer instrumento, el respeto del aludido deber²⁴ por el deudor, viene acompañado de un estímulo negativo: su inobservancia

lleva aparejada una presunción *iuris tantum* de culpabilidad en la generación del estado de insolvencia en caso de apertura de la sección de calificación (art. 444.1.º TRLC)²⁵. Dudamos de que el estímulo, siendo necesario, sea suficiente para alcanzar el objetivo que se propone.

En lo que afecta al segundo instrumento, y en sentido inverso a lo que se prevé respecto al deudor, el legislador acota las posibilidades de los acreedores en la promoción del concurso de un modo llamativo. En terminología del propio texto refundido de la Ley Concursal, la solicitud de declaración presentada por un acreedor «deberá» estar fundada en la concurrencia de alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia: «1.º) La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme. 2.º) La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago. 3.º) La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 4.º) El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 5.º) El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. 6.º) El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor».

La configuración legal de los hechos alegables por los acreedores para instar el concurso resulta excesivamente restrictiva²⁶. Por la gravedad de los hechos recogidos en el referido elenco, a esta insolvencia se le ha denominado doctrinalmente «insolvencia cualificada»²⁷.

2. CRÍTICA A LA INSUFICIENTE E INTEMPESTIVA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LA INSOLVENCIA

La respuesta del ordenamiento jurídico ante la insolvencia no es, sin embargo, suficiente; tampoco tempestiva. Así se deduce si se constata el elevado porcentaje de concursos que tras su apertura son calificados como «concursos sin masa» y abocan, por ende, de manera inmediata, a su conclusión por insuficiencia patrimonial (arts. 470 y sigs. TRLC).

Desde la entrada en vigor de la Ley Concursal de 2003, el presupuesto temporal ha constituido el principal caballo de batalla de los procesos de insolvencia. Y es que, en realidad, de la correcta definición del presupuesto objetivo depende el cumplimiento de la función que al concurso se atribuye:

«no estamos, tan solo, ante un elemento definitorio de la oportunidad del concurso (de cuándo puede o debe iniciarse este), sino sobre todo del por qué y del para qué del concurso»²⁸.

En relación a este presupuesto y a las posibilidades de hacerlo valer en el proceso son varias las reservas que se deben formular al régimen legal instaurado en 2003; todas pivotan en torno a la excesiva confianza depositada en el deudor para instar el concurso, y, en el lado opuesto, en la escasez de instrumentos eficaces a disposición del resto de legitimados —arts. 3, 13 y sigs., 568 y 695 a) TRLC— para rogar su declaración.

Desde la perspectiva del deudor anticipamos que ha sido un acierto no restituir a la solicitud de declaración de concurso la eficacia confesoria de los textos prelegislativos²⁹. En primer lugar, porque el deudor puede hacer un uso fraudulento de la institución concursal³⁰, y, estrechamente vinculado a ello, desde un punto de vista de técnica jurídica, por la limitación de alcance constitucional que impide que el deudor pueda vetar una ejecución procesal instando, sin acreditar su situación de insolvencia, la declaración de concurso³¹.

Ahora bien, hubiera sido un acierto reforzar —en el texto de 2003 y, por ende, en el TRLC— el deber de instar el concurso. El hecho de evitar la responsabilidad se ha demostrado un elemento decisivo en la declaración tempestiva del concurso³².

Desde un punto de vista teórico, debemos valorar una doble circunstancia: en primer lugar, si tal refuerzo ha de efectuarse asociando a aquel deber un reproche directo sobre el deudor ante su incumplimiento (junto a los ya estipulados)³³; y, en segundo término, si procede hacer extensible a las situaciones de insolvencia inminente el actual deber configurado en el artículo 5 del texto refundido de la Ley Concursal³⁴. Respecto a esta segunda propuesta, el principal obstáculo lo localizaríamos en la indeterminación de los límites temporales de la inminencia³⁵. Sin embargo, definida esta legalmente³⁶, se lograría anticipar la respuesta del ordenamiento jurídico con las bondades que ello trae consigo para la consecución de sus fines.

Esta última solución, sin embargo, ha de ser descartada. La realidad evidencia que no son pocos los supuestos en los que la situación de liquidez patrimonial puede rozar la insolvencia actual (v.gr., elevada inversión con capital propio) a la espera de una pronta recuperación con pingües beneficios. En estos escenarios, constreñir al deudor a instar la declaración de concurso es una solución desmedida e inadecuada.

Tampoco somos partidarios de intensificar el reproche ante la infracción del deber de instar la declaración. Más oportuno reputamos el diseño de instrumentos de estímulo positivo que fomenten, en estadios de insolvencia actual, la declaración voluntaria. Una solución podría consistir en el reconocimiento de un elenco de supuestos que previeran expresamente un

tratamiento más favorable a aquel deudor o sujetos vinculados con la sociedad que insten la declaración. Por ejemplo, estatuyendo una presunción *iuris tantum* de buena fe respecto al administrador social que solicita la declaración con subsiguiente reflejo en la eventual sentencia de calificación.

Desde 2009 el problema de la intempestiva declaración de concurso se ha intentado resolver con la paulatina incorporación de los conocidos expedientes de preinsolvencia —acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos—. La errónea configuración del presupuesto objetivo se ha perseguido corregir así con una suerte de vuelta al régimen dual de antaño (quiebra y suspensión de pagos), atenuando el principio de sistema instaurado en la Ley Concursal de 2003.

En la línea de lo apuntado, la detección precoz de la insolvencia exige de mayores ajustes. Conscientes de esta realidad, la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, introduce las denominadas herramientas de alerta temprana (art. 3). Se trata de instrumentos orientados a advertir circunstancias que puedan desembocar en una insolvencia (inminente o actual)³⁷.

En su propuesta de trasposición al ordenamiento interno, la incorporación de tales mecanismos vienen acompañados de un nuevo concepto de insolvencia: la probabilidad de insolvencia. Como advierte el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal: «probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual son tres estados que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente y esta un estado previo a la insolvencia actual. Un deudor que tenga probabilidad de insolvencia no puede ser sujeto de un concurso de acreedores, pero puede utilizar los mecanismos que integran el derecho preconcursal» (apartado III de la EM del TRLC)³⁸.

De este modo, se persigue adelantar el presupuesto temporal para la adopción de medidas de reestructuración fijando un horizonte temporal concreto: se halla en probabilidad de insolvencia el deudor que no va a poder cumplir regularmente aquellas obligaciones que venzan en los próximos dos años (art. 584.2 del aludido Proyecto de Ley).

Este anticipo del presupuesto objetivo en instrumentos preconcursales no empece el manejo de su extensión a situaciones de insolvencia inminente y actual (art. 584.1 del Proyecto de Ley). Mientras la empresa sea económicamente viable es posible la reestructuración en orden a esquivar los perjuicios y pérdidas asociados a la declaración de concurso.

Tales ajustes son buena prueba de la importancia de una respuesta temprana ante la insolvencia; también de la insuficiencia de los mecanismos configurados actualmente.

Es plausible, al menos de manera inicial, que el legislador persiga y potencie una diligente actuación del deudor. Sin embargo, pese a la coerción que se pueda ejercitar frente a él, su actividad no siempre se amolda a los designios estipulados legalmente³⁹. Ello exige reforzar no solo la actuación del deudor sino también la respuesta del ordenamiento jurídico ante su inacción, instaurando medios que faciliten que otros sujetos puedan, constatada la insolvencia, promover la declaración de concurso.

En el régimen vigente no ocurre así. En relación a los acreedores, y al resto de legitimados distintos del deudor, las posibilidades de actuación previstas son manifiestamente perfectibles. En primer lugar, el estímulo para su promoción es bien exiguo: los créditos del acreedor instante se califican con privilegio general hasta el cincuenta por ciento de su importe, excluidos los subordinados (art. 280.7.º TRLC). En segundo término, junto al abono de la tasa judicial (art. 5.1.d Ley 10/2012, de 20 de noviembre, que el artículo 7 cifra en 200 euros), la norma les exige alegar, so pena de inadmisión de su solicitud, la concurrencia de hechos que son constitutivos de una insolvencia reforzada.

Como es sabido, con carácter general, contando con título ejecutivo, el primer instrumento del que dispone el acreedor ante el incumplimiento de cualquier obligación⁴⁰ es la ejecución forzosa. La sucesión natural de actos será entonces acudir a tal ejecución y, ante la ausencia de bienes bastantes para el pago, instar la declaración de concurso. Menos probable, por la evidente limitación de fuentes de información de que disponen los acreedores, aunque posible dados los importantes avances en la coordinación entre ejecuciones singulares y la publicidad del Registro público concursal (art. 551.3-II LEC)⁴¹, es que alguno de estos acreedores promueva la declaración de concurso ante cualquiera de los restantes hechos taxativamente enumerados⁴².

En cualquiera de los casos descritos, cuando el acreedor vaya a instar el concurso el estado de agravación patrimonial será tal que escaso servicio cumplirá el concurso de acreedores.

En contraposición a este sistema, más cabal resulta la instauración de un régimen legal en el que se permitiera a los acreedores alegar y, en su caso, probar la existencia de cualquier hecho demostrativo de la insolvencia, con exención del abono de tasa judicial⁴³. El deudor siempre podría, en caso de no concurrir tal estado, oponerse a su declaración (arts. 20 y sigs. TRLC). La eventual condena en costas y la indemnización de daños y perjuicios ocasionados al acreedor de desestimarse su solicitud servirá de rémora para peticiones impertinentes (arts. 24.2 y 27 TRLC)⁴⁴.

Adviértase de que tal y como está configurado el sistema se está dotando a los acreedores en la ejecución forzosa de un mayor poder para estimular su actuación que el que se les reconoce para hacer lo propio —en situación

de insolvencia— respecto al proceso concursal. En efecto, en lo que atañe a los acreedores, la solución del ordenamiento jurídico ante el presupuesto objetivo que habilita promover la actividad jurisdiccional concursal se presenta más limitada que la predispuesta para la ejecución singular. Algo incomprensible si se tiene en cuenta, en primer lugar, que la incoación de ejecuciones forzosas (*a priori* opción preferida para todo acreedor) entraña una merma del patrimonio concursal destinado a la satisfacción del conjunto de acreedores, y, en segundo lugar, que el legislador, en la articulación de los medios que arbitra el Derecho para cumplir sus fines, ha de realizar una valoración comparativa de los intereses en juego.

Finalmente, a nuestro modo de ver, no debieran ser despreciados aquellos remedios que, en la búsqueda de una estimulación temprana de la declaración de concurso, dotan a determinados órganos públicos, concretamente al Ministerio Fiscal, de acción pública para instar su declaración, o habilitan al órgano jurisdiccional para su incoación de oficio⁴⁵. Advuértase que, sin excepción, es necesaria una actividad de control jurisdiccional —con posibilidad de oposición del deudor— de la situación de insolvencia.

Y es que, en el régimen actual, instada la declaración de concurso por cualquiera de los legitimados [arts. 3, 568 y 695 a) TRLC] y constatado por el juez el estado de insolvencia, puede ocurrir que el concurso no sea declarado. De este modo acontece cuando la solicitud no es admitida a trámite (arts. 10 a 17 TRLC), o, cuando, convocada vista para su celebración, el solicitante no comparece o, habiéndolo hecho, no se ratifica en su solicitud (art. 22.3 TRLC). En tales supuestos solo se prevé que si «el juez considerase que concurre presupuesto objetivo para la declaración del concurso necesario, y de las actuaciones resulte la existencia de otros posibles acreedores, antes de dictar el auto que resuelva sobre la solicitud, se concederá a esos acreedores un plazo de cinco días para que formulen las alegaciones que les conviniesen» (art. 22.3 TRLC)⁴⁶. *A sensu contrario* se desprende que, de no formularse alegación alguna, el juez, al igual que si entendiera que no concurre el presupuesto de la insolvencia, debe dictar auto teniendo al solicitante por desistido con expresa imposición de costas⁴⁷.

III. LA SANCIÓN JURÍDICA EN EL PROCESO CONCURSAL

1. LA SUJECCIÓN PATRIMONIAL A LOS FINES DEL CONCURSO

A) Responsabilidad y potestad pública

Como escribiera CARRERAS, frente al incumplimiento del deber, entendido como omisión de la conducta debida, se engendra la responsa-

bilidad, generando deber y responsabilidad una distinta relación jurídica con diverso y distinto sujeto activo en el polo de la relación. Así, mientras que en el reverso del deber hallamos el derecho y su titular, frente a la responsabilidad ubicamos el poder o potestad pública y una actuación instrumental, desarrollada por el órgano jurisdiccional que la ostenta, dirigida al cumplimiento de un fin. La primera relación cae de lleno en el ámbito del Derecho privado; la segunda, por el contrario, es asunto que concierne al Derecho procesal⁴⁸.

En la actualidad, es irrefutable que responsabilidad patrimonial y potestad pública subyacen en todo fenómeno concursal, legitimando y justificando toda la actividad jurisdiccional posterior.

Cierto es que, para actuar la responsabilidad patrimonial universal en el proceso concursal, es precisa una actividad judicial previa dirigida a comprobar la concurrencia de los presupuestos que habilitan la instauración del cauce que permite su aplicación. Ahora bien, constatada la insolvencia⁴⁹ y dictado el auto de declaración de concurso, el patrimonio del deudor insolvente queda sujeto al órgano jurisdiccional para atender la responsabilidad patrimonial que nace en ese momento, por el incumplimiento de las obligaciones exigibles, o, que nacerá, cuando aquel incumplimiento devenga efectivo.

De este modo, frente al incumplimiento de la obligación como elemento determinante de la reacción del ordenamiento jurídico con la finalidad de conservarse y devenir efectivo, aparece la insolvencia. Y esta, aunque no tiene por qué entrañar el incumplimiento de la obligación de manera inmediata, solo ostenta virtualidad para mantener vivo el proceso concursal en tanto que el deudor se halle en una situación que desemboque, de manera inminente, en el incumplimiento de las prestaciones debidas.

En efecto, con sus especialidades, el proceso concursal existe en tanto que sea posible actuar la responsabilidad patrimonial universal en escenarios de insolvencia a favor de una pluralidad de acreedores. Esta realidad queda constatada desde el momento en que si de la lista definitiva de acreedores resulta la existencia de un único acreedor, desaparece el estado de iliquidez, se satisfacen todos los créditos, se cumple con el convenio, finaliza la liquidación o, tras la fase común, todos los acreedores desisten o renuncian a su crédito, el órgano jurisdiccional está conminado a decretar la conclusión del concurso (art. 465 TRLC).

B) La actuación jurisdiccional y la fungibilidad jurídica en el proceso concursal

El poder o potestad pública del órgano jurisdiccional se manifiesta con el dictado del auto de declaración de concurso. Tras él, el órgano jurisdiccional

desarrolla una intensa actividad de variada naturaleza que se inicia con la actuación de los mandamientos contenidos en el referido auto y continúa con aplicación del resto disposiciones contenidas en el texto refundido de la Ley Concursal.

Sin embargo, a diferencia de la ejecución forzosa, no podemos afirmar que la actividad que desarrolla el órgano jurisdiccional sea sustitutiva, sin más, de aquella que debería desarrollar el deudor para hacer desaparecer el desequilibrio patrimonial y satisfacer el interés del acreedor⁵⁰. La actividad del órgano jurisdiccional en el proceso concursal es heterogénea y más amplia, siendo preciso distinguir cada fase del concurso para concretar su distinto cometido.

A este respecto, la estructura diseñada legalmente para alcanzar los fines del proceso concursal goza de una especial significación. Pues aunque el propósito último sea satisfacer la responsabilidad patrimonial, la situación de insuficiencia patrimonial y la imposibilidad de proceder al pago de los acreedores exige una ordenación y estructura particular con fases que persiguen distintos cometidos.

La catalogación de esta tutela jurisdiccional es, pues, instrumental al servicio de los mandatos previstos por el legislador en orden a alcanzar determinados fines⁵¹. Además, tal carácter es extensible a la administración concursal, e incluso al deudor, en los quehaceres que, de esta naturaleza, les son atribuidos⁵².

La actividad que realiza el órgano jurisdiccional, e incluso la administración concursal, disfruta de plenos efectos sobre el patrimonio del deudor, como si por este hubiera sido realizada⁵³. Y, es que tras la declaración de concurso, y aun cuando este sea voluntario, la potestad pública del órgano jurisdiccional se superpone al interés del concursado en orden a garantizar los fines, legalmente establecidos, a que se destinan los bienes y derechos que integran la masa activa. En esta colisión entre derecho privado y potestad pública, el primero cede frente a la segunda, pues, desde la constitución del nuevo escenario, la satisfacción del interés del concurso⁵⁴ pasa a ser una cuestión de interés público cuya observancia se procura con o sin la connivencia del deudor.

La tutela que dispensa el órgano jurisdiccional se proyecta sobre el patrimonio objeto de responsabilidad, que queda bajo su sujeción, con merma de las facultades de administración y disposición de su titular, de mayor o menor intensidad en función de las necesidades del concurso⁵⁵. Ahora bien, al mismo tiempo, desde la perspectiva de los acreedores del deudor, la declaración de concurso entraña destacables limitaciones dada la imposibilidad de ejercitar acciones declarativas al margen del concurso (art. 136 y sigs. TRLC), de iniciar o continuar ejecuciones (arts. 142 y sigs. TRLC) o de pretender su satisfacción por medios distintos a los previstos en él.

— *Actividad jurisdiccional y el poder de los acreedores*

El desapoderamiento patrimonial del deudor, la imposibilidad de agresión jurídica individual directa de los acreedores y el correlativo apoderamiento de los órganos del concurso para la actuación de un fin, llevó consigo la aparición de sofisticadas construcciones en el pasado; tesis que permitían explicar y justificar la actividad jurisdiccional (y del administrador) con sujeción del patrimonio del deudor a fin de satisfacer a los acreedores.

En esta sede no nos detendremos en la detallada exposición de aquellas teorías⁵⁶ pero sí haremos hincapié —por su indiscutible engarce con el principio de responsabilidad patrimonial universal y la posición de los acreedores— en las construcciones de corte privatista que abogaban por defender que si, con carácter general, ante el incumplimiento del deudor es preciso dotar a los acreedores de los medios oportunos para ver satisfecho su interés, estos cristalizan en un poder de agresión directo sobre el patrimonio del deudor, operando el órgano jurisdiccional como una suerte de instrumento a su servicio.

Tales tesis concebían la actividad jurisdiccional como un modo de cumplimiento de las obligaciones⁵⁷, con fórmulas dirigidas a explicar la función de garantía que cumple el patrimonio del deudor respecto a la consumación de toda obligación⁵⁸.

En la actualidad, superadas estas construcciones, es ya comúnmente compartido que el órgano jurisdiccional opera actuando el poder que asume el Estado desde el momento en el que la responsabilidad entra en juego. Esto es, no cabe duda de que mientras que en contextos de normalidad económica y cumplimiento de obligaciones deudor y acreedores están en correspondencia, en situación jurídica de concurso tal enlace se interrumpe por la interferencia del Estado. El titular del poder al que queda sujeto el deudor no es ya atribuido a los acreedores sino a aquel⁵⁹, gozando estos últimos del derecho a estimular su ejercicio y a constituir la nueva situación jurídica (derecho a pedir el cambio jurídico).

Así pues, tras la apertura de concurso, la expectativa de satisfacción de los acreedores en actuación de la responsabilidad será procurada por el órgano jurisdiccional y no por el deudor, cuya voluntad, a estos efectos, es del todo irrelevante.

La responsabilidad que a nosotros interesa se resuelve, como ocurre en la ejecución forzosa y en la ejecución penal y a diferencia de la responsabilidad entendida como obligación de resarcimiento del daño causado, con la sujeción a un poder. Esto es, como un *status subiectionis* al órgano jurisdiccional, bien diverso de la obligación⁶⁰.

Como apuntara CARNELUTTI: «la responsabilità è una soggezione allo Stato, non al creditore; al creditore il debitore deve, allo Stato è sogge-

to; al diritto di quello corrisponde l'obbligo; al potere di questo uno *status subiectionis*, che con l'obbligo non ha niente che fare»⁶¹.

C) El momento de la sujeción patrimonial

Con carácter general, obligación y sujeción operan en distinto plano con diferentes efectos sobre el deudor. De este modo, mientras la obligación precisa de un acto de voluntad del obligado para su cumplimiento, la sujeción opera al margen de ella.

En el concurso de acreedores, esta afirmación no sufre quiebra, ni siquiera en los supuestos de concurso voluntario. Es cierto que en estas hipótesis es precisamente la cooperación del deudor lo que permite su declaración y el sometimiento a aquel poder. Sin embargo, en sentido estricto, esta colaboración (sea impuesta o voluntaria) es previa e iniciadora, en caso de estimación de la pretensión, de un proceso anterior al que entraña la sujeción, esto es, del proceso dirigido a determinar si concurren los presupuestos necesarios para la declaración de concurso.

Habríamos de añadir entonces que la indiferencia hacia la voluntad del deudor en orden a hacer efectiva la sujeción se produce desde el momento —y no antes— en que es constatada la responsabilidad ante el incumplimiento generalizado de las obligaciones o, al menos, la potencial responsabilidad inminente exigida para la declaración de concurso.

Habida cuenta de ello, el poder que ejerce el órgano jurisdiccional debe ser forzosamente previo al momento en el que se produce la sujeción. Si el auto de declaración de concurso entraña la sujeción patrimonial descrita a los fines referidos, inexcusablemente el órgano jurisdiccional debe contar en un momento anterior con la potestad pública que permite realizar actos con plena eficacia en la esfera jurídica del deudor.

No se trata de una simple posibilidad jurídica de obrar⁶² sino del poder que dota de plena eficacia la actividad jurisdiccional sobre el patrimonio objeto de agresión, sometiéndolo a un especial tratamiento jurídico y procediendo, en caso de liquidación, a su enajenación⁶³.

Esta potestad con la que cuenta el órgano jurisdiccional con carácter previo al dictado del auto y que se extiende sobre cada uno de los bienes que integran el patrimonio concursal se mantiene intacta durante todas las fases que integran el proceso concursal, si bien con distintas especialidades e intensidades, hasta su conclusión⁶⁴. Solo así se logra explicar, entre otras cuestiones, la eficacia de la decisión jurisdiccional sobre la limitación de las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor en la fase común; la fuerza general vinculante del convenio —tras la sentencia judicial de aprobación— respecto a todos los acreedores (ordinarios y subordinados,

e incluso privilegiados en los términos del artículo 397 TRLC); la necesaria declaración judicial de cumplimiento del convenio para proceder a la efectiva conclusión del concurso (art. 465.3.º TRLC); o, en una eventual liquidación, el título válido que permite al órgano jurisdiccional proceder a la transmisión o venta del dominio del deudor —o incluso de terceros cuando se trata de bienes que, habiendo salido indebidamente del patrimonio del deudor según los criterios estipulados legalmente, se reintegran en la masa—.

2. COACCIÓN Y COERCIÓN EN EL CONCURSO

En sede de ejecución forzosa, junto a la sustitución de la voluntad y conducta del deudor por el juez, es común en la prevalente doctrina valorar otra idea: la coacción y coerción como instrumento al servicio de la potestad jurisdiccional a fin de transformar la realidad material y ajustarla al título ejecutivo⁶⁵. Estas notas que adornan toda ejecución, no es claro, empero, que participen en el proceso concursal.

Entendida la coacción como el «poder legítimo del derecho para imponer su cumplimiento o prevalecer sobre su infracción» (acepción segunda de la Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española)⁶⁶, no podemos afirmar, de partida, que constituya un rasgo inherente a todo concurso.

Cierto es que puede contenerla. En los supuestos de concurso necesario, el empleo de la coacción es notoria en tanto que instada la declaración por cualquier sujeto legitimado distinto al deudor —ora acreedores ora socios personalmente responsables de las deudas o el mediador concursal (arts. 3 y 695.a TRLC)—, se produce la sujeción patrimonial con la imposición de reglas extraordinarias de gestión y delimitación, sin, e incluso contra, la voluntad del deudor⁶⁷. Asimismo ocurre en hipótesis de concurso voluntario en los que la insolvencia es actual, por cuanto el comportamiento del deudor es debido y, por tanto, necesario para el cumplimiento del Derecho.

De distinto modo acontece en supuestos de concurso voluntario cuando la insolvencia es inminente. En estos casos, presentada la solicitud por el deudor y acreditado «su endeudamiento y su situación de insolvencia» (art. 2.3 TRLC), se presume su interés en que se produzcan los efectos de la declaración. En tales hipótesis resulta controvertido afirmar que concurre coacción en la forma descrita.

Cuestión distinta acontece en los supuestos de insolvencia inminente en los que instada la tutela por el deudor y declarado el concurso, este no quiera que los efectos —inicialmente postulados— prosigan. En tales casos podría hablarse de coacción: declarada la nueva situación jurídica desaparece todo elemento volitivo, hasta el punto que la anuencia del deudor para continuar con el proceso concursal resulta irrelevante para el legislador.

Ello evidencia una situación en la que rogada la tutela y comprobados judicialmente los presupuestos para su declaración queda constituida, con carácter imperativo, la nueva situación jurídica con la que se pretende hacer efectivo el restablecimiento del orden legal.

Estrechamente relacionada con la coacción hallamos la coerción, entendida como la «presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta» (acepción primera de la Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española)⁶⁸. La aplicación del concepto a los supuestos descritos tampoco nos permite afirmar que esta sea una nota definitoria del proceso concursal en todos sus potenciales escenarios.

Muy al contrario, el problema de ambos conceptos —coacción y coerción— es que implican «imposición» o el uso de «presión» —en sentido negativo— para alcanzar un resultado (el cumplimiento del orden legal), dejando fuera supuestos que el concurso acoge. Solo desde una concepción amplísima de la coerción, que abarcara las medidas de estímulo positivo orientadas a la constitución de la situación jurídica de concurso, se podría predicar su concurrencia.

3. LA SANCIÓN JURÍDICA EN EL CONCURSO

El proceso concursal, como instrumento al servicio de la actuación de la responsabilidad patrimonial universal en estados de insolvencia con pluralidad de acreedores, enlaza con la idea de sanción.

Al igual que es comúnmente aceptado que la ejecución forzosa tiene por objeto tal aplicación de sanciones⁶⁹, no dudamos de que este es el mismo fin al que se orienta el proceso concursal⁷⁰. Eso así, por cauces y aplicando reglas distintas atendida la dispar realidad a la que debe hacer frente⁷¹.

En efecto, si como definiera BOBBIO, dentro de la teoría general del derecho, el término sanción equivale al conjunto de medidas predispuestas por el ordenamiento jurídico para reforzar la observancia de las propias normas y eventualmente para poner remedio a los efectos de la inobservancia⁷², la sanción halla pleno acomodo en la institución concursal⁷³.

Ahora bien, teniendo en cuenta que lo que importa al ordenamiento jurídico es su transgresión, o lo que es lo mismo, que solo ante su infracción o previsible conculcación reacciona, es trascendental determinar, en primer lugar, antes de adentrarnos en el concepto de sanción jurídica, cuál es la vulneración última que subyace y preocupa al proceso concursal.

La respuesta la podríamos hallar en la insolvencia, en tanto que presupuesto objetivo del concurso de acreedores. Sin embargo, sería erróneo sostener esta idea pues la insolvencia —en los términos expuestos— no conlleva inexcusablemente contravención del ordenamiento jurídico.

Más correcto es aseverar que la transgresión última que preocupa al proceso concursal es el incumplimiento de obligaciones en un determinado escenario patrimonial. Así visto se comprende la virtualidad de articular el concepto de insolvencia como presupuesto de apertura del proceso concursal pues, precisamente, su concurrencia permite determinar una situación —o potencial situación— generalizada de incumplimiento de obligaciones en un contexto de iliquidez económica.

De este modo, si la insolvencia preocupa al ordenamiento jurídico en tanto implica o puede entrañar incumplimiento de obligaciones sin suficiencia de recursos para su satisfacción, todas las sanciones que identifiquemos en el proceso concursal se dirigirán a evitar y, fundamentalmente, a paliar los efectos que lleva consigo tal conculcación.

Siguiendo la clasificación general propuesta por BOBBIO⁷⁴, la tutela principal que persigue el proceso concursal encuadra dentro de las denominadas sanciones reparadoras, es decir, medidas orientadas a eliminar o atenuar las consecuencias asociadas a la contravención del ordenamiento jurídico. También, si bien ocasionalmente, preventivas, en tanto que se disponen con carácter previo a la conculcación y se dirigen a evitar su producción —o, al menos, a atemperar sus consecuencias—⁷⁵. Tampoco podemos descartar la concurrencia de las sanciones retributivas, al prever el texto refundido de la Ley Concursal, en determinados casos, la imposición de un mal al deudor concursado en ajustada respuesta al menoscabo que genera este con la violación del orden jurídico.

Parece lógico que las sanciones que se diseñan en el proceso concursal sean distintas a las previstas en la ejecución forzosa: el restablecimiento legal en contextos de insolvencia tiene bastantes más aristas que las concurrentes en cualquier escenario en el que se produce el incumplimiento de obligaciones con suficiencia patrimonial —o con insuficiencia patrimonial pero con un solo acreedor—.

De este modo se constata si se atiende a la realidad inherente al estado de insolvencia con pluralidad de acreedores. Nótese que el cumplimiento de las prestaciones debidas por el deudor concursado no es, o previsiblemente no será, posible regularmente. Asimismo, la voluntad del deudor no puede ser sometida a una coerción dirigida a tal fin pues no hay, o presumiblemente no habrá, solvencia patrimonial suficiente para garantizar este cumplimiento de manera ordinaria y sostenida en el tiempo. Los mecanismos tradicionales de coerción de la ejecución forzosa devienen así inútiles en el proceso concursal.

Por ello, la respuesta del ordenamiento jurídico ante tales particularidades debe orientarse, en la línea de lo ya sostenido, en otro sentido: no solo es preciso su fortalecimiento, sino también su anticipación.

Ahora bien, ni el deber del deudor de instar la declaración de concurso ante una insolvencia actual (art. 5.1 TRLC) ni el derecho a hacer lo pro-

pio ante una insolvencia inminente (art. 2.3 TRLC) constituyen sanción jurídica alguna. En realidad, se erigen en instrumentos al servicio de la sanción jurídica pues con su previsión el legislador persigue, ante el estado de insolvencia, la creación de una nueva situación jurídica que permite la actuación de la sanción⁷⁶.

Detrás del aludido deber, sí localizamos una doble medida —ya apuntada— de desaliento o preventiva de desánimo ante su infracción por el deudor: la presunción *iuris tantum* de culpabilidad en la generación del estado de insolvencia en caso de apertura de la sección de calificación (art. 444.1.º TRLC), y la suspensión de sus facultades de administración y disposición patrimonial, salvo criterio judicial en contrario (arts. 106.2 y 3 TRLC).

En lo que hace al derecho a instar la solicitud de concurso, hallamos una medida de estímulo positivo⁷⁷, dado que el deudor conserva sus facultades de administración y disposición patrimonial a excepción de que el juez acuerde y motive su improcedencia (art. 106.2 y 3 TRLC)⁷⁸.

Común a deber y derecho, y asociado generalmente a una presentación tempestiva de la solicitud, identificamos otro acicate también referido: la no apertura de la sección de calificación del concurso en los términos del artículo 446.2 del texto refundido de la Ley Concursal.

Junto a tales medidas de carácter anticipatorio, las particularidades asociadas al concurso exigen que el ordenamiento jurídico responda de una manera más completa e inequívoca una vez es declarado. Principalmente, mediante medidas reparadoras, pero además a través de medidas retributivas, de distinto alcance, que pueden comprender el reproche penal⁷⁹.

Las sanciones reparadoras constituyen la principal actividad del proceso concursal por cuanto su finalidad primera es la satisfacción del interés del concurso. La responsabilidad patrimonial universal cumple así su normal función: atender al conjunto de intereses que se reúnen bajo el interés concursal operando como garantía para hacer inocuo, en la medida de lo posible, el incumplimiento de obligaciones⁸⁰. Por lo demás, dado el estado de iliquidez, poco reportaría al interés del concurso dotar a esta sanción de una función punitiva dirigida a presionar al deudor al cumplimiento.

Nótese que, en un escenario de insolvencia, las consecuencias patrimoniales que puede llevar consigo el incumplimiento de obligaciones pueden ser revertidas, al menos parcialmente, mediante la imposición de esta clase de sanción⁸¹. Y es que tras la declaración de concurso, esta sanción reparadora se sirve, alcanzando un mayor grado de eficacia, de la imposición de reglas extraordinarias como la reordenación del patrimonio concursal en masas (activa y pasiva), la instauración de medidas singulares para su formación o la aplicación de criterios distintos de satisfacción de los acreedores; medidas todas ellas orientadas a paliar o, al menos, a atenuar las consecuencias pro-

vocadas por el incumplimiento —o próximo incumplimiento— generalizado de obligaciones.

La tutela reparadora que dispensa el proceso concursal es, así, especialmente amplia. La ordinaria frustración del interés de los acreedores se intenta neutralizar, indirectamente, mediante el reconocimiento de facultades extraordinarias que procuran la defensa del interés del concurso por encima de otros intereses (*vid.* arts. 164 y 165 TRLC), y, directamente, mediante la instauración de remedios excepcionadísimos que permiten la reintegración de bienes a la masa (arts. 226 y sigs. TRLC) y el ejercicio de acciones de responsabilidad frente aquellos que, mediando dolo o culpa grave, contribuyeron en la generación o agravación del estado de insolvencia (arts. 455.2.3.º, 4.º y 5.º y 702 TRLC)⁸². La sección de calificación contribuye, de este modo, a la función solutoria del concurso de acreedores⁸³.

Sin embargo, las descritas sanciones reparadoras no son siempre suficientes. Precisamente porque la restauración legal en el proceso concursal es, en la mayoría de ocasiones, incompleta, se hace necesario que las medidas reparadoras vengán acompañadas de medidas retributivas.

No es algo extraño en los sistemas jurídicos que así acontezca. Cuando la transgresión del orden legal es irreparable es habitual encontrar, junto a las medidas dirigidas a limitar o eliminar sus efectos, otras orientadas a reprimir y castigar la infracción⁸⁴.

El proceso concursal proporciona, de este modo, una sanción civil retributiva y, en concreto, punitiva⁸⁵. Esta se articula a través de la referida calificación concursal, que dispensa una tutela complementaria y contingente, subordinada al cumplimiento de los siguientes presupuestos: en primer lugar, a la apertura de la liquidación o a la aprobación de un convenio que suponga una espera igual o superior a los tres años o una quita igual o superior al tercio del importe de los créditos (art. 446 TRLC); en segundo lugar, a la prueba del dolo o culpa grave en la generación del estado de insolvencia o, al menos, al fracaso de las resistencias que oponga el deudor —o el resto de sujetos que pueden ser calificados *ex* artículo 442 TRLC— a las presunciones de culpabilidad que recogen los artículos 444 y 700 del texto refundido⁸⁶.

La calificación juega así un papel relevante, tanto al compeler al deudor a una presentación tempestiva de la solicitud de concurso, como, destacadamente, al salvaguardar la seguridad del mercado, con la expulsión, en su caso, de aquellos que no son aptos para operar en el tráfico civil y mercantil. Cuando se alcanza una solución razonable —cifrada por el legislador *ex* artículo 446.2 TRLC—, ni la función reparadora ni la función retributiva a que sirve la calificación tienen cabida. Se trata de una dispensa plenamente coherente con la función que persigue el concurso de acreedores⁸⁷.

Por último, la actuación de la sanción varía según su naturaleza. La perfección de la sanción reparadora se consuma bien con la implementa-

ción del plan de liquidación aprobado (arts. 416 a 420 TRLC) —o, en su defecto, con la aplicación de las reglas legales supletorias (arts. 421 y 422 TRLC)—, bien, en caso de aprobación de convenio, con el cumplimiento voluntario de lo en él estipulado. Sin embargo, la sanción retributiva, de existir, se consume con la ejecución de la sentencia de calificación culpable (arts. 455 y sigs. TRLC).

4. FUNCIONES DEL PROCESO CONCURSAL

Por lo expuesto podemos afirmar que el proceso concursal cumple una triple función. La primera y capital función es satisfactiva: toda la actividad jurisdiccional prevista, así como la del resto de sujetos, se dirige —como fin último— a hacer desaparecer el desequilibrio patrimonial generado por el deudor.

En segundo lugar, cumple una función preventiva general, en tanto que relega del tráfico mercantil aquella empresa que no resiste el convenio como forma de solución en el concurso.

Y, en tercer término, cumple una función racionalizadora, por cuanto el proceso concursal facilita una organización óptima de la actividad profesional o empresarial en aras a aumentar los rendimientos y/o reducir los costes al fin último de restablecer, total o parcialmente, la empresa viable económicamente⁸⁸.

Junto a estas funciones, ínsitas en todo proceso concursal, podemos identificar una función represiva contingente. De este modo, la perturbación generada por la situación de desequilibrio patrimonial es atendida, no solo mediante el restablecimiento patrimonial, sino también por medio de una actuación orientada a infligir un reproche civil a quien por una gestión negligente, dolosa o culposa favoreció o agravó el estado de insolvencia (arts. 442 y sigs. TRLC).

IV. LA SANCIÓN EN LA TUTELA PENAL DEL CRÉDITO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

La tutela civil del crédito que proporciona el proceso concursal se ve reforzada a través de su tutela penal. Ambas constituyen cauces distintos para el restablecimiento del orden legal y la desaparición o atenuación de la alteración ocasionada por el incumplimiento de los deberes asociados al estado de insolvencia. La primera es de carácter necesario y aplicable en todo caso, con las sanciones de diverso signo expuestas; la segunda surge exclusivamente ante la concurrencia de determinadas conductas típicas, y su sanción es punitiva.

Su previsión legal es precisa e inexcusable. Cuando la perturbación va más allá del mero desequilibrio patrimonial y trasciende al ámbito social, su restauración exige introducir, junto a las sanciones civiles, otro tipo de sanción dirigida a castigar al culpable y a reprimir su conducta. Su imposición no se orienta a beneficiar a los perjudicados por el incumplimiento ni a consumir una función reparadora, aunque la entrañe, sino a rehabilitar el orden social y legal por medio de la consecución de fines no patrimoniales⁸⁹.

La sanción penal en materia de insolvencia se halla regulada en los artículos 259 a 261 bis, capítulo VII bis del título XIII del libro II del Código Penal, que lleva por rúbrica «De las insolvencias punibles»⁹⁰.

Los paralelismos de este reproche penal con la sanción retributiva de la calificación concursal son evidentes⁹¹: ambas se dirigen a corregir las actuaciones contrarias al deber de diligencia, por dolo o culpa, en la gestión de asuntos económicos producidos en una situación de crisis económica. Pero también subyacen diferencias, en especial, la redención del deudor concursado habilitada en el proceso concursal cuando aquel logra alcanzar un convenio «no gravoso» (art. 446 TRLC).

Este conjunto de tipos penales articulados por el legislador atiende a razones de interés público, reprimiendo aquellas conductas consideradas socialmente peligrosas en aras a proporcionar un marco seguro en las relaciones del tráfico económico. En esta lógica, la sanción penal castiga al deudor en caso de concurrir la conducta típica por más que se repare o desaparezca, incluso en su totalidad, el menoscabo causado⁹².

Con la reforma del Código Penal acometida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el reproche penal en los delitos de insolvencia punible o bancarrota se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de insolvencia (actual o inminente) y perseguible únicamente cuando se declara el concurso o se produce un «sobreseimiento en los pagos»⁹³. No es precisa ya la causación de un daño material o lesión para la comisión del tipo penal, sino que la reacción del Estado se produce ante la probabilidad o amenaza de la destrucción o menoscabo del patrimonio concursal, garantía para la satisfacción de los acreedores.

Esta posibilidad de adelanto de la barrera penal a momentos previos a la lesión, común también a la anticipación de la tutela prevista en el proceso concursal, se articula fundamentalmente sobre el deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos⁹⁴. Para ello se tipifica un conjunto de acciones que determinan una quiebra de aquel deber y una indebida merma del patrimonio concursal o una ocultación al acreedor de la situación económica real del deudor, ya sea declarado el concurso (art. 259.1 CP), ya sea causa de la situación de insolvencia posterior (art. 259.2 CP).

El delito de insolvencia punible se refuerza con un tipo agravado en el artículo 259 bis Código Penal para aquellos supuestos en los que se causan

—o puedan causarse— perjuicios económicos de especial gravedad —«1.º. Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica» o «2.º. Cuando se cause a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros»— o en los que, al menos la mitad del importe de los créditos concursales, corresponda a deudas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social (3.º).

La indirecta protección de la garantía de los acreedores, tras la reforma del Código Penal de 2015, no queda ahí. Tal amparo se amplía mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento patrimonial a determinados acreedores desde la admisión a trámite de la solicitud de concurso (art. 260.2 CP) o de un momento anterior cuando ya concurría la situación de insolvencia actual o inminente (art. 260.1 CP)⁹⁵.

La primitiva notoriedad de la sanción penal respecto a la civil, incluso para garantizar la desaparición de perturbaciones económicas o patrimoniales y que encuentra en materia concursal su paradigmático antecedente en la prisión por deudas⁹⁶, parece así tornar a su histórica función dado el reproche al elenco de acciones típicas que contempla el Código Penal⁹⁷.

Con destacadas diferencias respecto a la sanción civil en la protección de la garantía patrimonial, el Derecho penal deja de constituir la última *ratio* para erigirse en igual *ratio* que el Derecho concursal en la protección de aquella garantía. La conquistada subsidiariedad de la sanción penal respecto a la civil y la tradicional reducción de la aplicación de la pena en sus justos límites queda así atemperada de manera notable.

Es cierto que en materia de insolvencia no se actúa la expansión máxima que puede alcanzar el Derecho penal, de paulatino crecimiento en otras zonas de actividad social (v.gr., el medio ambiente, la salud pública o el sistema crediticio). En estos, la creciente protección de bienes jurídicos colectivos y supraindividuales aboca a un Derecho penal destinado a la prevención del riesgo y no al establecimiento, como encomienda primera, de una sanción adecuada y proporcionada a la gravedad del injusto culpable (son los denominados delitos de peligro abstracto o delitos de peligro abstracto-concreto)⁹⁸.

No es esta la categoría a la que pertenecen las insolvencias punibles. En los tipos penales contemplados en el capítulo VII bis del Código Penal nos encontramos, por el contrario, ante delitos de peligro concreto⁹⁹. En todas las conductas definidas en este capítulo el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo, de modo que el delito queda consumado exclusivamente cuando, de manera efectiva, aquel se produce¹⁰⁰.

Esta distinta configuración delictiva de las insolvencias punibles repercute en el régimen jurídico aplicable y en las posibilidades de defensa procesal del deudor concursado en el ámbito procesal penal. En efecto, frente

a los delitos de peligro abstracto en los que no forma parte del tipo ni la lesión, ni el peligro concreto del bien jurídico protegido (no siendo precisa la prueba de la producción del resultado, ni la relación de causalidad entre la acción y el resultado delictivo)¹⁰¹, y en los que se constata una destacada mengua de las oportunidades de resistencia del deudor —con la automática condena de concurrir cualquiera de las conductas tipificadas—, en los delitos de insolvencia introducidos por el legislador de 2015 el deudor goza de un estatuto jurídico más garantista.

El injusto material, esto es, el perjuicio patrimonial en los acreedores o la ocultación de la situación económica real del deudor, debe quedar acreditado. La verificación de este injusto se articula por medio de presunciones, en una doble vía. En primer lugar, respecto a determinadas acciones, se configuran presunciones *iuris et de iure* en las que probado el hecho indicio se da por cierto el presunto. Así sucede en los apartados 1.º, 4.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º (en las cuatro últimas acciones parcialmente) del artículo 259.1 Código Penal, que sirven de apoyo a los artículos 259.2 y 259 bis Código Penal, y también en el artículo 260.2 Código Penal. En segundo lugar, en el resto de acciones contempladas, se disponen presunciones *iuris tantum* en las que cabe demostrar que la acción goza de justificación económica o empresarial o no se dificulta o impide conocer la situación económica real del deudor. En este sentido, véanse los apartados 2.º, 3.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º (en las cuatro últimas acciones parcialmente) del artículo 259.1 Código Penal, de igual aplicación en artículos 259.2 y 259 bis Código Penal, y el artículo 260.1 Código Penal.

En el primer grupo de presunciones, la defensa del deudor solo podrá dirigirse a practicar contraprueba eficaz frente al hecho indicio para evitar que este quede demostrado y pueda operar la presunción. Este régimen de presunciones es lógico habida cuenta de que el elenco de acciones recogidas conducen incontestablemente a un resultado atentatorio contra el deber de diligencia del deudor en la gestión de asuntos económicos, sea llevando a cabo un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones indebido sea ocultando la situación económica o financiera del deudor.

En el segundo grupo de presunciones, el deudor puede concentrar sus esfuerzos tanto en practicar contraprueba frente al hecho indicio, como en practicar prueba plena dirigida a demostrar la falsedad del hecho presunto o la ausencia de enlace entre uno y otro hecho. Este grupo de acciones, afectadas por una presunción relativa, son sospechosas de infringir el deber de diligencia del deudor pero se admite su confrontación al no ser absoluto el nexo entre ambos hechos.

Finalmente, en lo que hace a las insolvencias punibles y a la mayor intensidad del reproche penal instaurado tras la Ley Orgánica 1/2015, conviene subrayar la inclusión de la conducta imprudente como tipo concreto

en la realización de alguna de las acciones que contempla el artículo 259.1, extensibles al artículo 259.2 Código Penal (art. 259.3 CP). Se suprime así la despenalización de la imprudencia en todos sus tipos en materia concursal, introducida por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y en la que se castigaba exclusivamente la comisión delictiva en la que concurría dolo¹⁰².

Igual razonamiento es extensible al delito del artículo 260 Código Penal, dirigido al favorecimiento de acreedores en perjuicio del resto, en sus dos tipos (apartados 1.º y 2.º), ya que realizado el acto se entiende consumado el delito, al margen de la intención fraudulenta del deudor¹⁰³.

V. LA VALORACIÓN DE LAS SANCIONES PREVISTAS ANTE LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA

La respuesta descrita del ordenamiento jurídico ante cualquier situación de insolvencia (actual o inminente) no puede causar desconcierto si se atiende a que el legislador, en la determinación de las sanciones, debe adecuar su intensidad y alcance a la gravedad de la amenaza, al valor de los intereses concurrentes y a la finalidad que se persigue.

En efecto, ante el temor a un eventual impago generalizado de las obligaciones del deudor y a las severas consecuencias que puede traer consigo la declaración de concurso, el ordenamiento jurídico reacciona con una antelación inusual —aunque insuficiente— tanto en vía civil, articulando una facultad exclusiva del deudor para instar la declaración de concurso en situaciones de insolvencia inminente, como penal, con la instauración de una exigente sanción ante actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos¹⁰⁴.

Este aumento del reproche penal (materializado tanto en su anticipación como en el castigo de la conducta imprudente) parece reñir con la eliminación, tras la entrada en vigor del régimen de 2003, de los efectos represivos vinculados a la institución concursal en el sistema precedente y a las connotaciones peyorativas que se asociaban al deudor insolvente —EM (III) LC de 2003—.

Al margen de los resultados de esta política legislativa en la tutela penal de la insolvencia, la firmeza de la reacción deja entrever la búsqueda de una solución comprometida ante un medio que está resultando ineficaz en la protección del crédito. Mostrándose imposible hacer inocuo el incumplimiento respecto a los acreedores, se establecen mecanismos correctores de la conducta del deudor que se dirigen a salvaguardar su patrimonio penalmente. Estas medidas, junto a las previstas a través de la calificación concursal y que permiten la inhabilitación temporal de aquellos que no han mostrado

capacidades de operar en el mercado, delinear un escenario más represivo en la tutela del crédito que el que nos muestra nuestra historia reciente y que el que cabía esperar a la vista de la evolución legislativa en la materia.

Muy probablemente se están despreciando otras vías para alcanzar una más completa aplicación de la garantía patrimonial y, por ende, una mayor satisfacción del interés del concurso y de los acreedores. Destacadamente, aquellas orientadas a combatir las limitaciones estructurales del proceso concursal.

En este sentido, los instrumentos de preinsolvencia han constituido un progreso notable —aunque insuficiente— para que el proceso concursal pueda cumplir su función. Sin embargo, son precisos otros remedios que permitan combatir el problema del presupuesto temporal del concurso, tales como la conminación suficiente del deudor para que inste su declaración, la dotación de mayores instrumentos a los acreedores para que puedan acceder con mayor facilidad a la declaración de concurso o el reconocimiento de tal promoción a favor de órganos públicos.

La anticipación de la respuesta a la situación de insolvencia que esboza el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido para la trasposición de la Directiva 2019/1023¹⁰⁵, con la introducción de la denominada «probabilidad de insolvencia» para el acceso a los expedientes de preinsolvencia, va en la senda de hallar una solución tempestiva. Siendo necesaria y oportuna, auguramos, empero, un escaso éxito a esta solución. Lejos de venir acompañada de instrumentos de refuerzo positivo de la solicitud de concurso voluntario o de medios que faciliten a los acreedores o a los órganos públicos la apreciación y/o estimulación de la declaración del concurso, la propuesta legal de modificación se ciñe a incorporar exclusivamente —para el acceso a los expedientes de preinsolvencia— otro mecanismo voluntario al servicio del deudor.

VI. CONCLUSIONES

I. La insolvencia, como presupuesto objetivo del concurso, no es reductible a la mera inobservancia de las obligaciones exigibles del deudor. La cualidad asociada al adverbio regular, tanto en insolvencia actual como inminente, impone el manejo de un concepto más amplio que se concreta en la imposibilidad de atender las obligaciones exigibles sin depauperar el patrimonio, proceder a una liquidación apresurada o ruinosa o aceptar unas condiciones de financiación anormales y perjudiciales para el deudor.

II. La tempestiva declaración de concurso constituye un elemento decisivo para el cumplimiento de la función atribuida al concurso de acreedores. Sin embargo, las limitadas posibilidades de actuación legalmente estipuladas

a los acreedores dificultan una temprana constitución de la situación jurídica concursal. A nuestro juicio, junto a las previsiones proyectadas en la reforma del texto refundido en relación a la acotación temporal de la insolvencia inminente y la inserción de la denominada probabilidad de insolvencia, es necesario, de un lado, reforzar positivamente el deber del deudor de instar la declaración de concurso en insolvencia actual, y, de otro, dotar a los acreedores de mayores instrumentos para que, alegado cualquier hecho determinante de la insolvencia, se declare el concurso. Asimismo, se reputan pertinentes aquellos instrumentos que puestos a disposición de los órganos públicos —acción a favor del Ministerio Fiscal o posibilidad de incoación de oficio por el órgano jurisdiccional— faciliten su promoción.

III. Responsabilidad patrimonial y potestad pública subyacen en todo fenómeno concursal, legitimando y justificando la actuación jurisdiccional al cumplimiento de un fin. Sin embargo, a diferencia de la ejecución forzosa, en el proceso concursal tal actividad judicial no es meramente sustitutiva de aquella que corresponde desarrollar al deudor para satisfacer la responsabilidad patrimonial; tampoco un modo de cumplimiento de obligaciones donde el juez ejerza el poder de agresión directo de los acreedores sobre el patrimonio del deudor. La tutela jurisdiccional que se predica en el concurso es instrumental al servicio de los distintos mandatos previstos por el legislador en orden a alcanzar, según la fase concursal, distintos propósitos que cristalizan en el denominado interés del concurso.

IV. El proceso concursal no participa, sin excepción, del empleo de potestad jurisdiccional coactiva y coercitiva. Es cierto que puede contenerla (en insolvencia actual); sin embargo, quedan fuera otros supuestos que el concurso acoge. Exclusivamente desde una concepción amplísima de la coerción, que englobe medidas de estímulo positivo en orden a la constitución de la situación jurídica concursal, se podría reconocer su concurrencia en el referido proceso.

V. La sanción, como respuesta jurídica ante la insolvencia con pluralidad de acreedores, halla pleno acomodo en el proceso concursal. Ahora bien, en el concurso el concepto de sanción ha de ser forzosamente más amplio que el descrito en la ejecución forzosa. Y es que, entendida como el conjunto de medidas predisuestas para reforzar la observancia de las normas, la complejidad inherente a esta situación jurídica exige de sanciones de distinta naturaleza (reparadoras, preventivas y retributivas) que favorecen la ampliación y reintegración excepcional de bienes y derechos en la masa activa.

VI. El reproche penal en los delitos de insolvencia punible se configura como un delito de peligro concreto. La posibilidad de adelanto de la barrera penal a momentos previos a la lesión resulta chocante desde el momento en que evidencia cierto regreso en la evolución histórica de la legislación

en la materia, con decaimiento de la conquistada subsidiariedad de la sanción penal respecto a la civil. Por la vía del deber de diligencia del deudor, en la protección de la garantía patrimonial y el orden socioeconómico, el Derecho penal deja de constituir la última *ratio* para erigirse en igual *ratio* que el Derecho concursal.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC núm. 32/1982, de 7 de junio (ref. A.W: RTC/1982/32).
- STC núm. 176/1985, de 17 de diciembre (ref. A.W: RTC/1985/176).
- STC núm. 178/1985, de 19 de diciembre (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1986, 28 a 32).
- STC núm. 113/1989, de 22 de junio (ref. A.W: RTC/1989/113).
- STC núm. 34/1993, de 8 de febrero (ref. A.W: RTC/1993/34).
- STC núm. 158/1993, de 6 de mayo (ref. A.W: RTC/1991/158).
- STC núm. 210/1993, de 28 de junio (ref. A.W: RTC/1993/210).
- STC núm. 219/1994, de 18 de julio (ref. A.W: RTC/1994/219).
- STC núm. 39/1995, de 13 de febrero (ref. A.W: RTC/1995/39).
- STC núm. 92/1998, de 27 de abril (ref. A.W: RTC/1998/92).
- STC núm. 55/2000, de 28 de febrero (ref. A.W: RTC/2000/55).
- STC núm. 73/2000, de 14 de marzo (ref. A.W: RTC/2000/73).
- STC núm. 211/2013, de 16 de diciembre (ref. A.W: RTC/2013/210).

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP (Sección 1.^a) de Jaén, de 10 de marzo de 2008 (Roj: SAP J 46/2008).

AUTOS DE JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Santander, de 28 de abril de 2006 (Roj: AJPI 20/2006).
- Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 29 de noviembre de 2005 (AJM M 64/2005).
- Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, de 17 de febrero de 2006 (La Ley, 497, 2006).
- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Santander, de 8 de mayo de 2006 (ROJ: AJPI 17/2006)

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV (2005). *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa y procesos especiales*. 3.^a ed., Madrid: editorial universitaria Ramón Areces.
- ALEJANDRE GARCÍA, J.A. (1970). La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla. *Anales de la Universidad Hispalense*, núm. 7.
- ALLORIO, E. (1958). *El ordenamiento jurídico bajo el prisma de la declaración judicial* (trad. Sentís Melendo). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- (1963). Observaciones críticas sobre la sanción. En *Problemas de Derecho Procesal* (trad. Sentís Melendo). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 29-52.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2004). Comentario al artículo 2 LC. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo I. Madrid: Tecnos, 36-48.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, N. (2004). Comentario al artículo 88 LC. En A. Rojo Fernández-Río/E. Beltrán Sánchez (dirs). *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Civitas, 1578-1595.
- BETTI, E. (1920). *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*. Pavia: ed. tipografía cooperativa.
- (1947). *Istituzioni di Diritto Romano*. Padova: Cedam.
- BOBBIO, N. (1969). Voz «sanzione». En *Novissimo Digesto Italiano*, XVI. Torino: Utet, 530 a 540.
- CABALLERO BRUN, F. (2008). *Insolvencias punibles*. Madrid: Iustel.
- CALDERÓN CUADRADO, P. (2004). Comentario al artículo 19. En A. Rojo Fernández-Río/E. Beltrán Sánchez (dirs). *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Civitas, 433-452.
- CAPILLA RONCERO, F. (1989). *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*. Cádiz: Fundación Universitaria de Jerez.
- CARNELUTTI, F. (1928). Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni. En *Studi di Diritto Processuale*, vol. II. Padova: Cedam, 191 a 316.
- (1932). *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*. vol. II, Padova: Cedam.
- (1951). *Teoria generale del Diritto*, 3.^a ed. Roma: soc. ed. del «Foro italiano».
- (1955) Il valore della sanzione del diritto. *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 4, anno X, Ottobre-Dicembre, 237 a 248.
- (1960). *Instituciones del Proceso Civil* (traducción Sentís Melendo). vol. III, Buenos Aires: Ejea.
- (2018). *Arte del derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*. Barcelona: Bosch.
- CASTILLO FELIPE, R. (2016). *Control de los presupuestos procesales en la ejecución civil ordinaria: de oficio y por oposición del ejecutado*, tesis doctoral, inédita, Murcia.

- CEREZO MIR, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 10, 47-72.
- CORDERO LOBATO, E. (2013). En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Valencia: Tirant lo Blanch, 13057 a 13059.
- CORDÓN MORENO, F. (2004). La intervención judicial en el convenio. *Anuario de Derecho concursal*, núm. 1, 127-156.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (2004). La declaración judicial de concurso. *Revista del Poder Judicial. La Ley Concursal*, número especial, XVIII, 11-24.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1932). La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial universal: estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil, *Revista de Derecho Privado*, núms. 226 y 227, julio-agosto, 193-227.
- DENTI, V. (1955). Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. I, 132 a 139.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, tomo II, 6.ª ed. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. (1982). *El proceso de ejecución*. Barcelona: Romagraf.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A. (2003). Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso. En J.F. Garnica Martín (dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a la Nueva Ley Concursal*. Madrid: CGPJ, núm. 18, 19-126.
- FURNO, C. (1938). Del mero accertamento come sanzione. *Archivio giuridico*, vol. CXX, fasc. 2, 187 a 213.
- GARCÍA VILLAYERDE, R. (2001). El Anteproyecto de Ley Concursal español de 2000; las bases de una reforma española. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 21 de junio de 2001, XI, núm. 491, 1 y sigs. (versión digital westlaw).
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (2004). *La calificación del concurso*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.
- GOLDSMICH, J. (1961). *Principios generales del proceso. Teoría general del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Ejea.
- GÓMEZ ASENSIO, C. (2022). Alerta temprana y exoneración de pasivo. En C. Gómez Asensio (dir.). *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 69 a 89.
- GONZÁLEZ MONTES, J.L. (1974). *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal*, Pamplona: Universidad de Navarra.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E. (1966). *La enajenación forzosa*. Navarra: Ediciones de Universidad de Navarra.
- HELLMANN, F. (1907). *Lehrbuch des deutschen Konkursrecht*, 2.ª ed. Berlín: Häring.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1983). *Derecho de obligaciones*, tomo I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- INVREA, F. (1939). Possibilità giuridica e legittimazione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 313 a 331.
- KOHLER, J. (1891). *Lehrbuch des Konkursrechts*. Stuttgart: Enke.
- LASERRA, G. (1966). *La responsabilità patrimoniale*, Napoli: Casa editrice dott. Eugenio Jovene.

- LENT, F. (1954). Obblighi e oneri nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Vol. IX, parte I, 150-158.
- MANDRIOLI, C. (1955). *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*. Milano: Giuffrè.
- (1956). Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale. *Jus*, 86 a 120.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2005). Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 4, 2005, 315 a 344.
- (2013). *La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión del concurso*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Civitas.
- MENDOZA BUERGO, B. (2001). *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid: Civitas.
- MERCADAL VIDAL, F., (2004). Comentario al artículo 2 LC. En J.M. Sagrera Tizón/A. Ferrer Barriendos/A. Sala Reixachs (coords.). *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo I. Barcelona: Bosch, 29-43.
- MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho Penal. Parte especial*. 23.^a ed., Valencia: Tirant lo blanch.
- NASI, A. (1973). *Processo e esecuzione nel fallimento*. Padova: Cedam.
- NAVAS, I. (2015). *Insolvencias punibles. Fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons.
- OLIVENCIA RUIZ, M. (2004). La declaración de concurso. En *La nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 59, 19-70.
- (2009). El presupuesto objetivo del concurso. En A. Fernández Rodríguez/ J.A. Rodríguez / R. Sebastián (dirs.). *La Ley Concursal y su aplicación*, Fundación de estudios financieros, núm. 33, 71-90.
- ORTELLS RAMOS, M. (1984/1985), Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, núm. 3, 415 a 458.
- PELLEGRINO, G. (1980). *Lo stato di insolvenza*. Padova: Cedam.
- PUGLIATTI, S. (1932). Vendita forzata e rappresentanza legale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 294 a 299.
- (1933). Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 408 a 433.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.P. (2000). *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*. Madrid: Mira-UAM.
- PUGLIATTI, S. (1935). *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano: Giuffrè.
- RESENTI, E. (1939). *Profili pratici del Diritto processuale civile*, 2.^a ed. Milano: Giuffrè.
- (1952). *Diritto Processuale Civile*, vol. I. Milano. Giuffrè.
- (1962). Intorno al concetto di giurisdizione. En *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*. vol. I. Milano: Giuffrè, 230 a 245.
- ROCA SASTRE, R. M. (1948). *Estudios de Derecho Privado*, Vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- ROCCO, A. (1962). *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Milano: Giuffrè.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (2004). Comentario al artículo 2 LC. En A. Rojo Fernández-Río/E. Beltrán Sánchez (dirs). *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Civitas, 164-193.

- ROSSI, L. (1924). *La funzione del giudice nel sistema della tutela giuridica*. Roma: Athenaeum.
- SÁNCHEZ-CALERO, J. (2004). Comentario al artículo 2 LC. En J. Sánchez-Calero/V. Guilarte Gutiérrez (dirs.). *Comentarios a la legislación concursal*, tomo I. Valladolid: Lex Nova, 95-137.
- SATTA, S. (1937). *L'esecuzione forzata*. Milano: Giuffrè.
- (1950). L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti. En *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II. Padova: Cedam, 1950.
- SATTA, S. (1953) *Diritto processuale civile*, 3.^a ed. Padova: Cedam.
- SENÉS MOTILLA, C. (2014). La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 33, 73 a 83.
- SEUFFERT, L. (1899). *Deutsches Konkursprozessrecht*. Leipzig: Duncker & Hum-bolt.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I. (1984). *Las condenas no pecuniarias (Ejecución de sen-tencias de dar, hacer y no hacer)*. Palma de Mallorca: Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Serie «Ensayos», núm. 3.
- TIRADO MARTÍ, I. (2009). Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal». (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores). *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, núm. 3, 1055 a 1108.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1960). La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés. *Anuario de historia del Derecho español*. núm. 30, 249 a 490.
- TOMÁS TOMÁS, S. (2022). *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters.
- VEIGA COPO, A. B. (2012). *La masa pasiva del concurso de acreedores*. 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters.

NOTAS

¹ Cfr. CAPILLA RONCERO, F. (1989). *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*. Cádiz: Fundación Universitaria de Jerez, 7.

² Como señala Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. II, 6.^a ed. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 141: el esquema fundamental de toda relación obligatoria es «la correlación que se establece entre un derecho de crédito y una deuda».

³ Como refiere Carnelutti, F. (1928), *Diritto e processo nella teoria delle obli-gazioni*. En *Studi di Diritto Processuale*, vol. II. Padova: Cedam, 300 y 301: «ogni debito ha da avere la sua responsabilità e ogni responsabilità ha da avere il suo debito».

⁴ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. (1932). La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial universal. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil. *Revista de Derecho Privado*, núms. 226 y 227, julio-agosto, 196.

⁵ Desde el Derecho Romano hasta la actualidad, con saltos y retrocesos, se ha produ-cido una progresiva tendencia hacia la patrimonialización de las sanciones impuestas al deudor concursado. En un principio, la primera institución conocida en Derecho Romano, la *manus iniectio*, preveía un sistema de ejecución estrictamente personal —prisión para conminar al pago, esclavitud, venta e, incluso, muerte— [sobre el particular, *vid.* BETTI,

E. (1947). *Istituzioni di Diritto Romano*. Padova: Cedam, 247 y sigs.; ALEJANDRE GARCÍA, J.A. (1970). *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla. *Anales de la Universidad Hispalense*, núm. 7, 3 y sigs.; y PÉREZ ÁLVAREZ, M.P. (2000). *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*. Madrid: Mira-UAM, 44 y sigs.]. De tales instrumentos punitivos sobre la vida o la libertad del deudor se evolucionó progresivamente hacia un sistema, también punitivo, pero de carácter estrictamente patrimonial. Aunque en él se seguía manteniendo la responsabilidad personal subsidiaria, llegó un punto en que esta terminó desapareciendo, permaneciendo únicamente una responsabilidad con función resarcitoria o meramente reparadora —vid., al respecto, la evolución descrita en la obra de CAPILLA RONCERO, F. (1989). *La responsabilidad patrimonial universal...*, cit., 129 y sigs.; asimismo, TOMÁS Y VALIENTE, F. (1960). La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés. *Anuario de historia del Derecho español*, núm. 30, 249 y sigs.—. Sobre el origen exacto de la ejecución patrimonial no existe un consenso doctrinal —vid. en tal sentido MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2005). Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 4, 2005, 317 y 318, nota al pie 4—.

⁶ CAPILLA RONCERO, F. (1989). *La responsabilidad patrimonial universal...*, cit., 25.

⁷ Sin embargo, ello no empuja la previsión de instrumentos de coerción que atentan contra la persona del deudor para forzarle al cumplimiento de obligaciones. Entre otros, vid. artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo al deber manifestación de bienes del ejecutado, con posibilidad de imposición de multas coercitivas periódicas, y la elevación de su infracción a la categoría de ilícito penal ex artículo 258 del Código Penal; o los artículos 709 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a las condenas de hacer personalísimo y de no hacer, con apremio al ejecutado a través de multas y, ante la infracción de la obligación de no hacer, eventual comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial. Esto no debe sorprender si atendemos a voces autorizadas que, bajo el texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ya promovían su inserción en el seno de la ejecución civil. Entre otros, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. (1982). *El proceso de ejecución*. Barcelona: Romargraf, 111 y 112, que aludía a la necesidad de prever arrestos domiciliarios y multas ante actos de desobediencia del deudor dirigidos a evitar comprometer la eficacia de la Administración de Justicia. De igual opinión, TAPIA FERNÁNDEZ, I. (1984). *Las condenas no pecuniarias (Ejecución de sentencias de dar, hacer y no hacer)*. Palma de Mallorca: Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Serie «Ensayos», núm. 3, 140.

⁸ En la literatura jurídica localizamos afirmaciones de las que parece desprenderse que la ejecución forzosa es el único instrumento con el que cuentan los acreedores para hacer efectivo su poder de agresión (residenciando en el incumplimiento de obligaciones la transmutación del derecho de los acreedores). Así se constata si se consultan obras de Derecho privado de referencia. Entre otros, vid. ROCA SASTRE, R. M. (1948). *Estudios de Derecho Privado*, Vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 169, para quien la responsabilidad patrimonial universal es «un estado de sujeción, consistente en que la ley coloca los bienes del deudor frente a la acción ejecutiva del acreedor»; en similares términos, CORDERO LOBATO, E. (2013). En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Valencia: Tirant lo Blanch, 13057. Con una definición más amplia de responsabilidad pero con alusión exclusiva a la ejecución forzosa, HERNÁNDEZ GIL (1983): «conjunto de consecuencias jurídicas a que queda sometido el deudor en cuanto ha asumido un deber y que tienden a dotar de efectividad al derecho del acreedor» (*Derecho de obligaciones*, tomo I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 73).

Ahora bien, localizamos voces autorizadas (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN) que proporcionando una definición similar —«la responsabilidad como situación de

sujeción de la persona o de sus bienes, como necesidad de soportar las consecuencias del incumplimiento y como vía de facilitación de la realización del derecho de los acreedores» (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *cit.*, 148), no obvian la idea de solvencia: «como quiera que del cumplimiento de las obligaciones se responde con bienes, resulta que solvencia y responsabilidad son conceptos que se hallan en una conexión muy estrecha». Tanto es así que la verdadera garantía de los acreedores consiste «en que se les concedan las facultades necesarias para asegurar la capacidad económica del patrimonio. Concretamente, las facultades necesarias para impedir la preparación, la consumación o el aumento de la insolvencia, así como las facultades necesarias para conseguir la disminución o la desaparición de una insolvencia ya producida» (*ibidem*, 152).

⁹ Así se desprende con claridad del artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lleva por rúbrica «Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales», al establecer: «1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo (...). 2. El secretario judicial (sic) decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración del concurso (...).». También del artículo 551.1-II del mismo cuerpo legal al exigir al letrado de la Administración de Justicia, con carácter previo al dictado del auto judicial conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma, la «consulta al Registro Público Concursal a los efectos previstos en el apartado 4 del artículo 5 bis de la Ley Concursal» (actual artículo 588 TRLC en relación con los artículos 583 y sigs. de la misma norma) —de interés sobre la comunicación contemplada en tales preceptos, SENÉS MOTILLA, C. (2014). La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 33, 73 a 83—. De igual modo se desprende de otras disposiciones del texto refundido, destacadamente: artículos 142 a 151 y 430.2, en relación a los procesos de ejecución; artículos 136 a 139, en relación a los procesos de declaración; artículos 140 y 141, en relación a los procedimientos arbitrales y laudos firmes; y, en fin, artículos 596 y sigs. y artículos 631 y sigs., en relación a los acuerdos de refinanciación y extrajudiciales de pagos, respectivamente.

¹⁰ En este hito encontraba NASI, A. (1973). *Processo e esecuzione nel fallimento*. Padova: Cedam, 26, la ruptura irreconciliable entre *fallimento* italiano y ejecución forzosa: «Credo che il vero punto di rottura tra il fallimento e l'esecuzione forzata lo si debba localizzare proprio nel fatto che la procedura fallimentare non ha come suo presupposto l'inadempimento dell'obbligazione, (...) per il processualista inadempimento e esecuzione forzata sono termini correlativi, non ci può essere l'una se non c'è l'altro. E effettivamente in una prima approssimazione si capisce come appia inconcepibile che vi sia un'esecuzione forzata là dove può non esservi nulla da forzare, non essendovi da superare la volontà ribelle del debitore che non vuole adempiere la prestazione».

¹¹ CAPILLA RONCERO, F. (1989). *La responsabilidad patrimonial universal...*, *cit.*, 75. En este sentido, más ampliamente, LASERRA, G. (1966). *La responsabilità patrimoniale*, Napoli: Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 334 a 339.

¹² Incluimos la restitución de los bienes derivados de la resolución o rescisión contractual y las prestaciones derivadas del ejercicio de la acción redhibitoria, pues otorgan un derecho a recobrar el bien como titular dominical y no un mero derecho a la restitución susceptible de ser convertido en dinero. Al respecto, *vid.* BERMEJO GUTIÉRREZ, N. (2004). Comentario al artículo 88 LC. En A. Rojo Fernández-Río/E. Beltrán Sánchez (dirs). *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Civitas, 1586.

¹³ Sobre el principio de la *par condicio creditorum* y su real existencia en el concurso de acreedores, *vid.* VEIGA COPO, A. B. (2012). *La masa pasiva del concurso de acreedores*. 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 35 y sigs. y 643 y sigs.,

y TOMÁS TOMÁS, S. (2022). *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 67 a 69.

¹⁴ Conviene notar que pese a que el artículo 2 del texto refundido de la Ley Concursal parte de un único presupuesto objetivo, prolongación del principio de unidad que se instaure tras la Ley Concursal de 2003 —vid. apartado II de su exposición de motivos (en adelante, EM)—, la bifurcación posterior en dos clases de insolvencia determina que tal unidad sea más aparente que real —en este sentido, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (2004). Comentario al artículo 2 LC. En A. Rojo Fernández-Río/E. Beltrán Sánchez (dirs). *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Civitas, 167—. Probablemente la inspiración de esta distinción haya que encontrarla en el doble régimen precedente, quiebra y suspensión de pagos, que partían de un distinto presupuesto objetivo en atención a la gravedad de la insolvencia. En la quiebra, el artículo 874 del Código de Comercio de 1885 exigía un sobreesimiento general en los pagos revelado a través de cualquiera de los hechos recogidos en los artículos 875 a 877. La suspensión de pagos, por su parte, podía instarse por el deudor ante cualquier situación de dificultad económica (arts. 8 y 10), lo que daba encaje tanto a la insolvencia provisional como a la definitiva. Con el régimen actual, si bien ya no hallamos aquel doble procedimiento, sí localizamos «formas distintas de demostrar la insolvencia, o, mejor, de conseguir la declaración de concurso, según quien solicite la apertura» —en BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 37—.

¹⁵ En contra, al no atribuir ningún valor a la palabra «regularmente», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2004). Comentario al artículo 2 LC. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo I. Madrid: Tecnos, 38, nota al pie 5.

¹⁶ En línea, 23.^a edición, consultado el 2 de noviembre de 2021, disponible en: <https://dle.rae.es/regular?m=form>.

¹⁷ Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *cit.*, 47 y 48. Tal lectura es importante pues la exigencia de regularidad es trasplantada del ordenamiento jurídico italiano e introducida en España durante la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal de 2003.

¹⁸ Esta interpretación es sostenida por SÁNCHEZ-CALERO, J. (2004). Comentario al artículo 2 LC. En J. Sánchez-Calero/V. Guilarte Gutiérrez (dirs.). *Comentarios a la legislación concursal*, tomo I. Valladolid: Lex Nova, 104 y 105, que amplía el concepto a aquellos estados en los que la incapacidad de cumplimiento se basa en una regular o continuada falta de liquidez.

¹⁹ En este sentido, autos del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Santander, de 28 de abril de 2006 (Roj: AJPI 20/2006) y de 8 de mayo de 2006 (Roj: AJPI 17/2006): «el término regularmente (...) ha de ser entendido como acudiendo a medios ordinarios de mercado ya sea de financiación o de consecución de activos o liquidez para hacer frente a la deuda. (...) no existirá regularidad en el pago cuando un deudor que para hacer frente a sus deudas exigibles haya de acudir a un crédito usurario ni cuando tenga que vender para ello la sede física en la que desarrolla su actividad principal». Mismo criterio sigue la sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 1.^a) de Jaén, de 10 de marzo de 2008 (Roj: SAP J 46/2008). En doctrina, *vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *cit.*, 41.

²⁰ Como apunta ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (2004), Comentario al artículo 2 LC, *cit.*, 172, el deudor cumplirá con la obligación exigible pero el incumplimiento será irregular en tanto se halle en la imposibilidad de cumplir las demás obligaciones exigibles o las demás obligaciones contraídas cuya exigibilidad sea inminente. Se alinea con esta idea, OLIVENCIA RUIZ, M. (2004). La declaración de concurso. En *La nueva*

Ley Concursal, Estudios de Derecho Judicial, núm. 59, 44: «es irregular el cumplimiento realizado a costa de un endeudamiento excesivo que aumenta el pasivo o de una anormal situación de disminución del activo». En Italia, donde esta postura ha sido dominante, vid. PELLEGRINO, G. (1980). *Lo stato di insolvenza*. Padova: Cedam, 317 y 318.

²¹ Siguiendo a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (2004). Comentario al artículo 2 LC, cit., 167, la Ley Concursal de 2003 (extensible al TRLC) ha prescindido de una «concepción patrimonial» de la insolvencia, para la que la situación de desbalance o déficit patrimonial es esencial, y ha seguido una «concepción funcional», en la que el centro de gravedad se sitúa en el hecho objetivo de la imposibilidad de cumplir, cualquiera que sea la causa de esa imposibilidad. Así pues, para declarar el concurso, el juez no debe atender al estado del patrimonio, sino al estado de insolvencia.

²² Por todos, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, cit., 43 y 44.

²³ Pese a que en ejecución forzosa hay quien propone que la promoción de la ejecución del deudor contra sí mismo debiera estar reconocida legalmente con carácter general. En este sentido, NASI, A. (1973). *Processo e esecuzione nel fallimento*, cit., 46. Con todo, no desconocemos que el fenómeno descrito no es totalmente extraño al proceso de ejecución. Como señala CASTILLO FELIPE, R. (2016). *Control de los presupuestos procesales en la ejecución civil ordinaria: de oficio y por oposición del ejecutado*, tesis doctoral, inédita, Murcia, 353 y siguientes podemos localizar algún peculiar supuesto en el que quien interpone demanda ejecutiva es el condenado en la sentencia que ha puesto fin al proceso declarativo. Así ocurre, por ejemplo, cuando el título ejecutivo condena al demandado a la realización de una prestación que requiere el concurso de la voluntad del acreedor para poder ser llevada a cabo —v.gr., condena a elevar determinado contrato a escritura pública o a celebrarlo (art. 708 LEC) o condena a una prestación de hacer que debe ser realizada en la morada del acreedor (art. 706 LEC)—; o cuando del título ejecutivo se derivan obligaciones recíprocas para ambos litigantes del proceso declarativo —v.gr., entrega de la cosa para un litigante y pago del precio para otro—.

²⁴ En contra de lo que ha manifestado cierto sector de la doctrina no nos encontramos ante una mera carga procesal —en este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (2004). La declaración judicial de concurso. *Revista del Poder Judicial. La Ley Concursal*, número especial, XVIII, 19—. El hecho de que su incumplimiento no lleve aparejada una sanción directa sino solo ciertos inconvenientes que admiten prueba en contrario por parte del deudor no desnaturaliza su esencia como deber. Nótese que su plasmación legal no se dirige a satisfacer el exclusivo interés del deudor con su ejercicio (lo que se identificaría con la carga) sino a atender la tutela de un interés ajeno —el concursal donde se engloba, entre otros, el interés de los acreedores— (lo que lo asemeja al deber). En este sentido, como refiriera CARNELUTTI, F. (1951). *Teoria generale del Diritto*, 3.^a ed. Roma: soc. ed. del «Foro italiano», 174: «mentre l'obbligo è subordinazione di un interesse dell'obligato a un interesse altrui, l'onere è subordinazione di un interesse dell'onerato a un altro interesse proprio».

De otro lado, esta categorización tiene mejor encaje si atendemos a la idea de que los deberes representan imperativos estipulados en beneficio de la comunidad y las cargas en beneficio de las partes —GOLDSMICH, J. (1961). *Principios generales del proceso. Teoría general del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Ejea, 91 y 92—. También a la consideración de que solo en el deber se halla presente la coacción —LENT, F. (1954). *Obblighi e oneri nel processo civile. Rivista di diritto processuale*, Vol. IX, parte I, 150 y sigs.—, lo que permite explicar su existencia (de la coacción) ante el incumplimiento del deudor con atribución a los acreedores de la posibilidad de instar la declaración de concurso.

²⁵ Con anterioridad a la reforma de la Ley Concursal de 2003 acometida por Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, el incumplimiento del referido

deber llevaba consigo la prohibición del deudor de presentar propuesta anticipada de convenio (art. 105.1.6.º).

²⁶ Desde la aprobación de la Ley Concursal de 2003, salvo alguna contada excepción —MERCADAL VIDAL, F., (2004). Comentario al artículo 2 LC. En J.M. Sagrera Tizón/A. Ferrer Barriendos/A. Sala Reixachs (coords.). *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo I. Barcelona: Bosch, 31, 36 y 37—, la mayoría de la doctrina entiende que la legitimación del acreedor para instar la declaración de concurso queda condicionada al cumplimiento de cualquiera de los hechos reveladores del artículo 2.4, que conforman un *numerus clausus*. De esta opinión, respecto a la norma de 2003, entre otros, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A. (2003). Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso. En J.F. Garnica Martín (dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a la Nueva Ley Concursal*. Madrid: CGPJ, núm. 18, 63, para quien el artículo 2.1 LC devenía, en tales casos, una ficción. En la jurisprudencia, *vid.* auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 29 de noviembre de 2005 (AJM M 64/2005, especialmente FJ 6.º).

En este sentido, quizás convendría una ampliación de los hechos reveladores de la situación de crisis económica en orden a facilitar una temprana detección de la insolvencia por los acreedores. En relación a la Ley Concursal de 2003, el texto refundido de la Ley Concursal ya amplía tales hechos de cinco —existentes con la anterior norma— a seis. Ahora bien, se podría valorar la inclusión de otros como los contenidos por ejemplo: en el Anteproyecto de 1959 (2.4.º: «La cesación del deudor de un modo general en el pago de sus obligaciones vencidas», pero siendo suficiente con que «dos o más acreedores presenten los títulos de sus créditos y que estos, aunque carezcan de fuerza ejecutiva, representen obligaciones vencidas y no pagadas»); en el Anteproyecto de 1983 (art. 9.1.º: «El sobreseimiento en los pagos que, aun no siendo definitivo ni completo, afecte al conjunto de las obligaciones del deudor o de una manera general a algunos de los siguientes supuestos: a) Obligaciones tributarias correspondientes a la última anualidad vencida. b) Cuotas de Seguridad Social, por el mismo periodo. c) Rentas del local o locales de negocio en donde se realice la actividad principal del deudor, por el mismo periodo. d) Salarios y demás retribuciones derivadas de relaciones de trabajo correspondientes a las dos últimas mensualidades vencidas. e) Intereses, amortizaciones, reembolsos u otras prestaciones establecidas en la emisión de obligaciones o cualesquiera otros valores, cuando haya transcurrido más de un mes desde el respectivo vencimiento. f) Prestaciones de servicio de caja específicas de las entidades de crédito. g) Indemnizaciones debidas por las entidades aseguradoras a asegurados o beneficiarios»); sobre todo habida cuenta de que el actual artículo 2.4 del texto refundido de la Ley Concursal exige el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones, hecho reforzadísimo de endeudamiento, de no siempre fácil conocimiento por los acreedores, o la concurrencia de sobreseimientos sectoriales que quedan limitados a obligaciones tributarias, Seguridad social y retribuciones derivadas de relaciones de trabajo; y artículo 9.3.º: «El cierre del último balance con activo realizable inferior al pasivo exigible, cuando el deudor esté obligado a llevar contabilidad»); en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (art. 3.2: «Se presume la falta de crédito en caso de que el instante fuera titular de uno o más créditos que hubieran vencido, al menos, tres meses antes de la presentación de solicitud de concurso») y en el Anteproyecto de 2000 (art. 2.4.3.º: «La desaparición injustificada del deudor de su domicilio o residencia o, en el caso de personas jurídicas, el abandono de sus funciones por parte de los administradores, sin que en uno u otro caso se haya dejado representante con facultades»; también contemplado en el art. 9.4.º del Anteproyecto de 1983).

²⁷ Por todos, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (2004), Comentario al artículo 2 LC, *cit.*, 167 y sigs.

²⁸ Cfr. SÁNCHEZ-CALERO, J. (2004). Comentario al artículo 2 LC, *cit.*, 99. De igual modo, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *cit.*, 32 y sigs.

²⁹ Así aparece recogido en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (art. 10.I: «la solicitud de concurso instada por el propio deudor se considerará por sí sola hecho revelador de una situación de crisis económica»); en la Propuesta de Anteproyecto de 1995 (art. 5.1: «La solicitud de declaración judicial de concurso instada por el deudor se considerará por sí sola reconocimiento del estado de insolvencia»; en el Anteproyecto de Ley de 2000 (art. 2.3: «Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, se considera reconocimiento de su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente»), reproducido de manera idéntica y en el mismo ordinal en el Anteproyecto de Ley de 2001 y en el Proyecto de Ley de 2002. Sin embargo, esta previsión fue suprimida en el Congreso pasando a exigir, con un cambio de redacción en el Senado, la justificación del endeudamiento y su estado de insolvencia. Por lo demás, esta función judicial de control de la insolvencia tampoco aparece en los textos del régimen precedente (arts. 1024 CCom/1829, 1324 LEC/1881 y 875 CCom/1885).

³⁰ En este sentido, GARCÍA VILLAYERDE, R. (2001). El Anteproyecto de Ley Concursal español de 2000; las bases de una reforma española. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 21 de junio de 2001, XI, núm. 491, 1 y sigs. (versión digital westlaw); BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2004). Comentario al artículo 2 LC, *cit.*, 42; y OLIVENCIA RUIZ, M. (2009). El presupuesto objetivo del concurso. En A. Fernández Rodríguez/J.A. Rodríguez/ R. Sebastián (dirs.). *La Ley Concursal y su aplicación*, Fundación de estudios financieros, núm. 33, 85 y 86. En contra, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *cit.*, 51 y 52.

³¹ En este sentido, como señala el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, de 17 de febrero de 2006 (La Ley, 497, 2006): «el concurso es salvedad del proceso de ejecución singular, integrado en el derecho a la tutela judicial, y en su caso, en la capacidad de autotutela de la Administración, y solo se hallará constitucionalmente amparada dicha excepción cuando se constate la base real objetiva de la insuficiencia de respuesta patrimonial ante la pluralidad de acreedores concurrentes. En otro caso, quedaría privada de proporcionalidad. Por ello, la desaparición legal de la eficacia confesoria de la solicitud de concurso voluntario, de modo que la insolvencia no se debe reconocer por la mera afirmación de la solicitud del deudor».

En efecto, como ha declarado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, el derecho a la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Entre otras, *vid.* STC núm. 32/1982, de 7 de junio (ref. A.W: RTC/1982/32), F.J. 2.º; STC núm. 176/1985, de 17 de diciembre (ref. A.W: RTC/1985/176), F.J. 2.º; STC núm. 34/1993, de 8 de febrero (ref. A.W: RTC/1993/34), F.J. 2.º; STC núm. 210/1993, de 28 de junio (ref. A.W: RTC/1993/210), F.J. 1.º; STC núm. 219/1994, de 18 de julio (ref. A.W: RTC/1994/219), FF.JJ. 2.º y 3.º; STC núm. 39/1995, de 13 de febrero (ref. A.W: RTC/1995/39), F.J. 4.º; STC núm. 92/1998, de 27 de abril (ref. A.W: RTC/1998/92), F.J. 5.º; STC núm. 55/2000, de 28 de febrero (ref. A.W: RTC/2000/55), F.J. 4.º; STC núm. 73/2000, de 14 de marzo (ref. A.W: RTC/2000/73); y, la STC núm. 211/2013, de 16 de diciembre (ref. A.W: RTC/2013/210), F.J. 3.º. De estas resoluciones se desprende que el derecho a la ejecución, aunque integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva, constituye un derecho de prestación y, por tanto, no goza de un contenido absoluto. Esto es, el legislador puede limitar su ejercicio en ciertas circunstancias pero en tal caso «su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales, por vulneración de derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución» —STC núm. 113/1989, de 22 de junio (ref. A.W: RTC/1989/113), F.J. 3.º; *vid.* también STC núm. 158/1993, de 6 de mayo (ref. A.W:

RTC/1991/158), FF.JJ. 1.º y 3.º—. Por lo expuesto, a nuestro juicio, de reconocerse eficacia confesoria a la solicitud de concurso del deudor, difícilmente se superaría el control de legitimidad constitucional referido.

Cuestión distinta —y plenamente justificada— es la limitación de ejecuciones sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor desde la presentación de la comunicación de negociaciones prevista en los artículos 583 y sigs. del texto refundido de la Ley Concursal. En efecto, esta suspensión obedece a la idea de instaurar un marco legal que facilite la subsistencia de la empresa mediante la consecución de acuerdos de refinanciación y reestructuración de su pasivo financiero. Además, se limita temporalmente la eficacia de tal comunicación (art. 595 TRLC: «El deudor que, dentro de los tres meses a contar desde la comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones con los acreedores o dos meses si fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario...deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente si se encontrara en estado de insolvencia actual, a menos que ya la hubiera solicitado el mediador concursal»), así como las posibilidades de su solicitud (art. 583.4 TRLC: «Una vez formulada la comunicación, no podrá presentarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año») evitando que la concatenación fraudulenta de comunicaciones prolongue una situación de insolvencia. Sobre la cuestión, en relación al derogado artículo 5 bis de la Ley Concursal, *vid.* SENÉS MOTILLA, C. (2014). La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores, *cit.*, 73 a 83.

³² BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *cit.*, 34.

³³ Por ejemplo, impidiendo sin excepción a tales deudores el acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho (cfr. art. 487.2.1.º TRLC) o extendiendo a los administradores la cobertura del déficit patrimonial (art. 456 TRLC).

³⁴ No constituye un descubrimiento el alto efecto disuasivo que la instauración de reproches tiene para evitar el incumplimiento de deberes. Como señalara CARNELUTTI, F. (2018). *Arte del derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 80: «solamente porque los hombres no tienen en su espíritu más que un átomo de libertad, no logran cumplir su deber si alguien no provee a mandarlos y castigarlos».

³⁵ Teniendo en cuenta que, como ha señalado ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (2004), Comentario al artículo 2, *cit.*, 176 y 177, la insolvencia inminente consiste en un estado objetivamente probable (no absolutamente seguro) de incumplimiento regular y puntual en el corto plazo y prolongable en el tiempo, determinar a partir de cuando se produce esa inminencia resulta ciertamente complejo. Ante este voluntario silencio del legislador la disparidad de soluciones judiciales es inevitable. Un criterio que propone el referido autor, dentro de la amplitud de soluciones que admite el concepto de inminencia, es entender que dado que la Ley Concursal de 2003 al configurar uno de los «hechos externos» reveladores de la situación de insolvencia actual alude a incumplimientos durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso (antiguo art. 2.4.4.º LC; actual art. 2.4.5.º TRLC), el carácter inminente puede ser asociado a «aquella insolvencia que previsiblemente se produzca dentro de los seis meses inmediatamente posteriores a la presentación de la solicitud».

³⁶ En este sentido, *vid.* el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: proyectos de ley, 14 de enero de 2022, núm. 84-1, 30) que prevé modificar el tenor actual del artículo 2.3, en relación a la insolvencia inminente, limitando temporalmente la previsión de incumplimiento regular de las obligaciones. En concreto dispone: «se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones».

³⁷ Sobre tales herramientas, entre otros, *vid.* GÓMEZ ASENSIO, C. (2022). Alerta temprana y exoneración de pasivo. En C. GÓMEZ ASENSIO (dir.). *La insolvencia del*

deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 69 y sigs.

³⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: proyectos de ley, 14 de enero de 2022, núm. 84-1, 5.

³⁹ Otras previsiones de estímulo positivo, al servicio del deudor, como la posibilidad de presentar una propuesta anticipada de convenio (art. 333 TRLC), también se ha demostrado un instrumento claramente estéril en aras a conseguir una pronta declaración de concurso.

La anticipación de la solución liquidatoria, con la facultad reconocida al deudor de «pedir la liquidación en cualquier momento» (art. 406 TRLC), si se quiere que actúe como incentivo, necesita de importantes ajustes. Nótese que la apertura de la fase de liquidación opera como causa de disolución de pleno derecho de la sociedad (art. 361.2-I texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), impidiendo la reactivación de la persona jurídica (art. 370.1 del mismo texto legal). Se veta así que la sociedad pueda «adoptar (a través del principio mayoritario) y con el cumplimiento de los requisitos propios de la reactivación el acuerdo de retorno a la vida activa», solo posible «con el consentimiento de todos los socios» [sobre la cuestión, MARTÍNEZ FLOREZ, A. (2013). *La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión del concurso*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Civitas, 35 y sigs.].

⁴⁰ En todos los hechos recogidos en el artículo 2.4 del texto refundido de la Ley Concursal (salvo el contenido en el número 6) el incumplimiento de obligaciones es requisito previo para su concurrencia.

⁴¹ Así reza el artículo 551.3-II LEC: «El Secretario judicial pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la existencia del auto por el que se despacha la ejecución con expresa especificación del número de identificación fiscal del deudor persona física o jurídica contra el que se despacha la ejecución. El Registro Público Concursal notificará al juzgado que esté conociendo de la ejecución la práctica de cualquier asiento que se lleve a cabo asociado al número de identificación fiscal notificado a los efectos previstos en la legislación concursal. El Secretario judicial pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la finalización del procedimiento de ejecución cuando la misma se produzca». Dado el fácil acceso al Registro público concursal es indudable el valor de esta medida en aras a facilitar que los acreedores dispongan de información sobre la situación del deudor. Con todo, es insuficiente. Como durante la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal de 2003 ya recogiera la enmienda núm. 415 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán —Convergència i Unió— (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, 251) es necesario reforzar las fuentes de información de los acreedores. Aquella enmienda proponía la inclusión de un nuevo apartado 5 en el artículo 2 con el siguiente tenor: «En el caso de embargo de bienes, cuando de la manifestación de bienes del ejecutado o de la investigación judicial de su patrimonio no resultaren bienes libres bastantes para cubrir la cuantía de la ejecución, el Juez que esté conociendo de la misma comunicará esta circunstancia al Registro público que resulte competente de conformidad con lo previsto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 23 de esta Ley. El Juez apercibirá de esta comunicación al ejecutado, y mandará cancelar esta información pública cuando se acredite por aquel que la motivó que ha cesado». En la justificación de la enmienda se señalaba: «Es necesario establecer algún mecanismo de publicidad para que todos los acreedores estén en condiciones de conocer la existencia de la situación que se produce cuando no es posible hallar bienes del ejecutado de conformidad con los artículos 689 y 590 LEC (y no, como sucede en la actualidad, solo las entidades financieras que tienen acceso privilegiado a las bases de datos públicas y privadas de insolventes y riesgos)». En esta materia indiscutiblemente se han de producir avances legislativos.

⁴² Los problemas asociados a la falta de información de los acreedores sobre la verdadera situación patrimonial y financiera del deudor también se tratan de corregir a través

del reproche penal. Se instaura, así, en el artículo 259.1 del Código Penal, un conjunto de acciones dirigidas a garantizar el cumplimiento del deber de diligencia por parte del deudor y que afectan al conocimiento de su estado económico (*vid.* apartados 6.º, 7.º, 8.º y 9.º del referido precepto).

⁴³ De este modo ocurre con la solicitud de concurso voluntario del deudor *ex* artículo 4.1.c) Ley 10/2012, de 20 de noviembre.

⁴⁴ En todo caso, es evidente que el acreedor avezado procurará la satisfacción de su crédito en ejecución individual (*prior in tempore potior in iure*) para evitar la solidaridad económica que trae consigo la declaración de concurso (*par condicio creditorum*). Los estímulos dirigidos a promover y facilitar que los acreedores insten el concurso ante estados de insolvencia son, por tanto, bienvenidos.

⁴⁵ Durante la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal de 2003 se propusieron distintas enmiendas en esta dirección (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). La enmienda núm. 125 (p. 136) formulada por el Grupo Parlamentario Vasco proponía la adición de un nuevo apartado 5 en el artículo 3 con el siguiente tenor: «5. Lo dispuesto en este sentido se entenderá sin perjuicio de los supuestos de declaración de oficio por el propio Juez cuando conozca de una acumulación de ejecuciones contra el mismo deudor, y en la que advierta la imposibilidad de pago de las deudas por el mismo. También procederá la declaración a instancia del Ministerio Fiscal cuando así lo decida con ocasión de una causa criminal de la que esté conociendo»; la enmienda núm. 233 del Grupo Parlamentario Socialista (pp. 176 y 177) instaba la adición de dos nuevos apartados (5 y 6) en el artículo 3: «5. También podrá solicitar la declaración de concurso el Ministerio Fiscal cuando intervenga en procedimientos por delitos socioeconómicos en los que se pongan de manifiesto indicios de sobreseimiento en el pago del autor o de los cómplices o cooperadores del mismo. 6. Los jueces de Primera Instancia cuando tengan conocimiento del sobreseimiento generalizado en el pago de una persona pondrán dicha circunstancia en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos de que el Fiscal inste la declaración de concurso»; la enmienda núm. 416 del Grupo Parlamentario catalán —Convergència i Unió— (p. 251) buscaba la inclusión de un nuevo apartado 5 en el artículo 3: «5. Asimismo, se podrá solicitar la declaración del concurso de oficio por parte del Juez de la jurisdicción penal o del Juez de la jurisdicción civil cuando haya comprobado la insuficiencia de bienes del deudor para cumplir sus obligaciones». En la justificación de la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista se destaca expresamente la clara dimensión pública que ostenta el concurso de acreedores y que, sin embargo, es obviada por el legislador a favor de una visión privatista de la institución, que exclusivamente reconoce legitimación privada para solicitar su declaración.

Tal propuesta no debe extrañar pues otros ordenamientos jurídicos han reconocido esta posibilidad. Así ocurre en Italia; *vid.* artículos 6 y 7 *Legge Fallimentare* italiana, de 16 de marzo de 1942 (en vigor hasta el 16 de mayo de 2022 en virtud del D.L. n. 118 de 24 de agosto de 2021) y artículos 41.2 y 42 del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* que reconocen legitimación al *Pubblico Ministero*.

⁴⁶ En este sentido, en relación a la derogada Ley Concursal, *vid.* CORDÓN MORENO, F. (2004). La intervención judicial en el convenio. *Anuario de Derecho concursal*, núm. 1, 132, nota al pie 7.

⁴⁷ Sobre la cuestión, en relación a la Ley Concursal de 2003, *vid.* CALDERÓN CUADRADO, P. (2004). Comentario al artículo 19. En A. Rojo Fernández-Río/E. Beltrán Sánchez (dirs). *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Civitas, 440 a 442.

⁴⁸ Cfr. CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, *cit.*, 14. Esta idea, de la que se infiere un destacado carácter publicista, no ha sido, sin embargo, muy tenida en cuenta por la doctrina a la hora de explicar el desapoderamiento patrimonial del deudor y la sujeción de la masa activa a los órganos del concurso. Probablemente ello obedece al influjo legislativo y doctrinal, de marcado carácter privatístico, imperante

en los regímenes precedentes. Así se constata, desde el punto de vista legislativo, con la tendencia progresivamente abandonada a lo largo de la historia de dotar a los acreedores de plenos poderes sobre el patrimonio del insolvente, y, desde el punto de vista doctrinal, en la construcción de complejas teorías que pretendían explicar la sujeción del patrimonio del insolvente desde una perspectiva privatista.

⁴⁹ La pluralidad de acreedores no constituye *ex lege* un presupuesto para la apertura del proceso concursal (arts. 2.1, 2 y 3, 10.2 y 20 TRLC), aunque sí un presupuesto para su prosecución una vez presentada la lista definitiva de acreedores (cfr. art. 465.2.º TRLC).

⁵⁰ La fungibilidad jurídica es definida como «la posibilidad de que una conducta privada venga sustituida por la del Juez» (CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, cit., 39); o, como refiere DE LA OLIVA SANTOS: «la posibilidad, en el orden jurídico, de que el Juez logre un resultado equivalente (perfecta o imperfectamente equivalente) al del cumplimiento del imperativo jurídico o al de la conducta que repararía una lesión injusta a los bienes jurídicos de un sujeto o restablecería el equilibrio patrimonial alterado por la infracción de un deber» (en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa y procesos especiales*, cit., 25).

⁵¹ La actividad instrumental descrita no queda al arbitrio del titular de la potestad. Muy al contrario, la actuación de los mandatos que constan en el auto de declaración de concurso y el desarrollo del resto de la actividad encomendada tras su dictado se realiza a través de una sucesión de actos reglados por normas de procedimiento que articulan el proceso concursal. Aparece así fijada legalmente la conducta ajena que debe soportar el deudor, con ciertos márgenes de concreción judicial en atención al estadio del concurso, pero también las atribuciones conferidas a los órganos del concurso.

⁵² El distinto estado patrimonial al que hacer frente exige que la actividad judicial —y aquella desarrollada por la administración concursal—, pueda venir auxiliada por el propio deudor responsable a fin de lograr una mayor satisfacción del interés del concurso. De esta suerte, en función de las necesidades del concurso y el estadio procedimental, la actividad del deudor puede ser instrumental a sus fines.

⁵³ Ello que nos sitúa lejos de aquellas épocas —remotas— en las que la infungibilidad de la conducta del deudor impedía cualquier actividad del órgano jurisdiccional dirigida a suplir la actividad del deudor. En efecto, el proceso romano se hallaba fuertemente enraizado en la idea *iusprivatista* de respeto a la voluntad individual. La ausencia de sometimiento forzoso del demandado a la decisión del *iudex* exigía acudir al contrato procesal, e, incluso, la efectividad de la sentencia requería un cumplimiento voluntario pues resultaba impensable que cualquier otro sujeto distinto del deudor dispusiera de sus bienes en contra de su voluntad. Ante la infungibilidad de su conducta se buscaban fórmulas que hacían que la alternativa al incumplimiento fuera tan onerosa para el deudor que a él mismo le convenía el cumplimiento. Inicialmente, como ya apuntamos, a través de la *manus iniectio*, el ofendido quedaba a disposición de los acreedores que, en sus estadios primitivos, podían incluso hacer valer su venganza con la muerte del deudor o con su sometimiento a esclavitud. Estas sanciones punitivas sobre el deudor fueron evolucionando hacia una progresiva humanización con medidas que toman por objeto el patrimonio del deudor a manos de los acreedores si bien con sanciones desproporcionadas de las que se infiere un marcado carácter punitivo (*missio in bona y bonorum venditio*, en virtud de las cuales se permite explicar la aparición anterior de la ejecución universal sobre la singular en Derecho romano). En estas medidas, sin embargo, ya se va observando el carácter sustitutivo de la actividad ejecutiva actual. Desde la *Lex Poetelia Papiria* del 326 a.C., que introduce la posibilidad de realizar prestaciones de carácter patrimonial para redimir las sanciones punitivas que atentan contra la vida o la libertad del sujeto, aparecen ficciones dirigidas a legitimar a un tercero para realizar una determinada conducta en sustitución de aquella que debía realizar el deudor como titular del patrimonio. Finalmente, con la expansión de la *cognitio extra ordinem* en el Derecho romano postclásico y justinianeo, que acabó reemplazando al proceso formu-

lario, la sustitución privada va dejando paso a una sustitución a cargo de funcionarios públicos que en procesos singulares asumen poderes de sujeción sobre el patrimonio del deudor. Así, en condenas a favor de un acreedor, la *missio in bona* es sustituida por el *pignus in causa iudicati pactum* que supone la ejecución sobre elementos patrimoniales aislados que eran vendidos en subasta cuando el deudor no cumplía con la condena en el plazo establecido para ello. Con lo obtenido en esta, se pagaba al acreedor en la cuantía de su crédito, con entrega del remanente al deudor. Este modelo, aplicable a ejecuciones singulares, convive con la *bonorum distractio* que, heredera de la *missio in bona*, quedaba reservada para supuestos de pluralidad de acreedores. El triunfo de los principios publicísticos sobre los privatísticos se deja así sentir más tempranamente en la ejecución singular que en la ejecución colectiva que, inicialmente, sigue manteniendo fórmulas de Derecho privado hasta la progresiva generalización del sistema de secuestro patrimonial y fortalecimiento de la presencia del órgano jurisdiccional.

⁵⁴ Para una delimitación de este concepto, entre otros, *vid.* TIRADO MARTÍ, I. (2009). Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal». (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores). *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, núm. 3, 1055 a 1108, y TOMÁS TOMÁS, S. (2022). *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, *cit.*, 459 a 490.

⁵⁵ Siendo la sujeción del patrimonio —embargable— plena, la intensidad de la limitación de las facultades patrimoniales del deudor es desigual a lo largo del concurso. Como es lógico, por cuanto el deudor sigue conservando el derecho de propiedad tras la declaración de concurso, toda invasión de su esfera patrimonial debe contar con apoyo legal expreso. Es decir, toda agresión a la autonomía patrimonial del deudor para actuar la responsabilidad patrimonial exige la concurrencia de previsión legal habilitadora. Así se contempla expresamente en el concurso de acreedores. En atención a la fase del concurso y del empeño que cada una de ellas persiga, el legislador diseña un dispar régimen legal. En la fase común, su concreción —intervención o suspensión— es encomendada al titular del órgano jurisdiccional en función de las circunstancias concurrentes (art. 106 TRLC). Con todo, se reconoce —con carácter general— la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el concursado (arts. 111 y sigs. TRLC). En las fases de convenio y de liquidación, la delimitación de tales restricciones es distinta (arts. 321, 393, 394, 413.1 y 558.2 TRLC, respectivamente). Con la aprobación judicial del convenio desaparecen las restricciones patrimoniales al deudor establecidas en la fase común —con excepción de que la sentencia de aprobación del convenio hubiera sido recurrida y el juez decidiera, por razón de su contenido, retrasar la eficacia de aquel hasta que la aprobación adquiriera firmeza (arts. 393 y 548 TRLC)—. Ello no implica el restablecimiento del régimen patrimonial ordinario sino el relevo del sistema legal establecido para la fase común por lo acordado en el convenio (arts. 393 y 394 TRLC). De esta suerte, de un lado, el artículo 321 del texto refundido preceptúa que el convenio podrá contener medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor y, de otro, el artículo 394 del mismo cuerpo legal estatuye que los efectos del convenio llevarán consigo el cese y sustitución de aquellos asociados a la declaración de concurso. Ahora bien, el régimen legal descrito no conduce, de manera indefectible, al reconocimiento de una restricción de la autonomía patrimonial del deudor. Es lógico que así se prevea. Por cuanto el concurso admite la validez de los pactos modificativos de la responsabilidad —siempre que no se contraven- gan ciertas directrices y el convenio cuente con las mayorías necesarias establecidas en el texto refundido de la Ley Concursal (arts. 317 y sigs.)—, la satisfacción de los acreedores se alcanzará en esta fase en tanto se cumpla íntegramente lo pactado con estos en los términos establecidos en el convenio. Y ello se articula de manera flexible habilitando al deudor en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición o restringiendo, o incluso suprimiendo, tal posibilidad. De esta suerte, aunque la naturaleza de las referidas restricciones, de aparecer en el convenio, sea dispar a la contenida en la fase común,

comparten un mismo fin último: la satisfacción del interés del concurso. Finalmente, en la fase de liquidación, el concursado pierde toda oportunidad de intervención activa al servicio del interés del concurso, con suspensión de sus facultades de administración y disposición patrimonial (art. 413.1 TRLC) y limitando su actuación al cumplimiento de los deberes de colaboración e información establecidos, con carácter general, en el artículo 135 del texto refundido.

⁵⁶ Para una completa exposición, *vid.* TOMÁS TOMÁS, S. (2022). *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, *cit.*, 315 y sigs.

⁵⁷ Entre los procesalistas, especialmente partidario de esta tesis, SATTA, S. (1950). *L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti*. En *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II. Padova: Cedam, 1950, *passim*, especialmente, 7 y 15: «La tutela giurisdizionale non avviene allo esterno (...) ma nell'interno del diritto stesso, in quanto tutelare un diritto non può in definitiva voler dire altro che dar modo ad un diritto di essere un diritto, cioè alle sue forze intrinseche di manifestarsi». Desde otra perspectiva, puede verse MANDRIOLI, C. (1955). *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*. Milano: Giuffrè, 177 y sigs. Una crítica a ambas posiciones puede encontrarse en DENTI, V. (1955). *Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione*. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. I, 132 a 139.

En una posición intermedia entre las dos tesis expuestas, *vid.* PUGLIATTI, S. (1935). *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano: Giuffrè, 1 a 21 y 135 y sigs.: «Lo scopo mediato dell'esecuzione si collega al rapporto giuridico sostanziale, ed è analogo a quello dell'adempimento: il procedimento esecutivo si muove per la realizzazione del diritto del creditore. Ma, pur legato ai due estremi: punto di partenza e punto di arrivo, al rapporto giuridico sostanziale, il procedimento esecutivo ha una sua piena e completa autonomia» (p. 135).

⁵⁸ Aparecía entonces el derecho de prenda o de hipoteca de los acreedores sobre el patrimonio del deudor e, incluso, su embargo general como trasplante del derecho real de garantía reconocido al acreedor instante de una ejecución individual (§ 804 *Zivilprozessordnung*) y que, por analogía, era aplicado al concurso. Esta construcción se fragua por la doctrina germana y, posteriormente, italiana, fundamentalmente a finales del siglo XIX y principios del XX. Con distintos matices, en Alemania, entre otros, *vid.* SEUFFERT, L. (1899). *Deutsches Konkursprozessrecht*. Leipzig: Duncker & Humboldt, 157; KOHLER, J. (1891). *Lehrbuch des Konkursrechts*. Stuttgart: Enke, 399 y sigs.; y HELLMANN, F. (1907). *Lehrbuch des deutschen Konkursrecht*, 2.^a ed. Berlín: Häring, 624 y sigs. En Italia, especialmente, ROCCO, A. (1962). *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*. Milano: Giuffrè, 31 y sigs.; con referencia a un derecho de garantía, *vid.* BETTI, E. (1920). *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*. Pavia: ed. tipografia cooperativa, 215.

Esta tesis tuvo pronta y fácil acogida en la doctrina concursal por la naturaleza de la tutela forzosamente dineraria que se otorga en el concurso. A pesar de su defensa hasta tiempos no tan lejanos, esta visión privatista de la actividad jurisdiccional sufre serios envites, derivados de su limitada aplicabilidad, que exigen su desecho. No nos detendremos en el estudio detallado de tales razones [para ello nos remitimos a TOMÁS TOMÁS, S. (2022). *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, *cit.*, 317 y sigs.]. Si destacaremos, desde el punto de vista de la responsabilidad, en cambio, dos aspectos. En primer lugar, que esta visión del fenómeno lleva consigo la ruptura de un concepto uniforme de responsabilidad, como sujeción a la sanción, alcanzado en los ámbitos civil y penal, y que cuenta con un amplio respaldo doctrinal como especies de un mismo *genus* [por todos, CARNELUTTI, F. (1928). *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, *cit.*, *passim*, especialmente, 289, 290 y 292, y CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, *cit.*, 27]. Ello no confronta con la idea de que responsabilidad civil y penal sean perfectamente diferenciables tanto por los presupuestos de su nacimiento como por la clase de conducta que se impone y a que están sujetos. Evidentemente, la

sujeción que entraña la responsabilidad en el proceso concursal es bien distinta de la responsabilidad penal; y, aunque con importantes similitudes, identificamos matices dignos de análisis respecto a la responsabilidad asociada a la ejecución forzosa. En el binomio responsabilidad civil y penal, más allá de la común sujeción al poder del Estado sobre el sujeto incumplidor, aparecen notas distintivas que alejan de manera irreconciliable a una y otra. Frente a la sujeción patrimonial asociada al proceso concursal y a la ejecución forzosa, la sujeción personal vinculada a la ejecución penal; frente a la responsabilidad civil que surge ante el hecho del incumplimiento, la responsabilidad penal cuyo nacimiento necesita de la concurrencia de determinadas circunstancias —antijuridicidad y culpabilidad—. Y asociada a cada clase de responsabilidad, hallamos la sanción civil y penal, con diferencias de hondo alcance en atención a la dispar perturbación del orden jurídico que se intenta reprimir o hacer desaparecer. Principalmente, de un lado, la reparación económica del mal causado presente en la primera e inexistente en la segunda; de otro, el carácter transferible del resarcimiento a terceros ajenos al mal causado de la sanción civil, frente al carácter personal asociado a la pena. Al respecto, *vid. ibidem*, 19 y sigs., y 30 y sigs. En segundo lugar, que la responsabilidad que se facilita en el proceso concursal y aquella perseguida en la ejecución forzosa presentan también notas divergentes. No en su naturaleza pero sí en la actuación de la sanción reparadora, sobre la que indagaremos seguidamente, justificada en la complejidad del escenario al que debe hacer frente. Y es precisamente por ello por lo que el proceso concursal no es un proceso de ejecución típico. Al respecto, *vid. TOMÁS TOMÁS, S. (2022). La masa patrimonial como parte en el proceso concursal, cit.*, 44 a 56.

⁵⁹ En relación al proceso de ejecución, *vid. CARNELUTTI, F. (1928). Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni, cit.*, 297.

⁶⁰ *Ibidem*, 296.

⁶¹ *Cfr. Ibidem*, 297 y 298.

⁶² Como explica INVREA, F. (1939). Possibilità giuridica e legittimazione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 313 y 314, en la realización de actos jurídicos, el sujeto agente puede proceder en virtud: de una facultad, inherente al propio derecho subjetivo; de una potestad jurídica, entendida como el poder atribuido para producir un efecto sobre la esfera jurídica ajena; o de una simple posibilidad jurídica, esto es, de la posibilidad puesta por el derecho a disposición de cualquier sujeto. Las dos primeras se fundan en un poder jurídico especial perteneciente al agente, mientras en la tercera no se da tal elemento condicionante de la eficacia jurídica del acto realizado.

⁶³ La potestad jurisdiccional es el título jurídico que permite describir, de manera completa, el poder que ejerce el juez en el proceso concursal. No es preciso mayor detalle ni fórmula alternativa para explicar la variada actividad judicial que despliega el juez en el concurso. Atrás quedan los esfuerzos doctrinales para desvelar el título en virtud del cual el órgano jurisdiccional resultaba habilitado para la realización de actos con plena eficacia en la esfera jurídica del deudor. Las discusiones, especialmente prolijas respecto a la venta judicial, aunque válidas en una suerte de teoría general, llevaron consigo la aparición de meritorias construcciones. Entre otras, la tesis de la representación, sostenida por CARNELUTTI, primero en la denominada «representación genérica» —*vid. (1932). Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione. vol. II, Padova: Cedam*, 221 y sigs.—, y, posteriormente, desarrollando con matices la anterior, con la «sustitución material del juez u órgano ejecutivo, o de representación legal del órgano ejecutivo» —*vid. (1960). Instituciones del Proceso Civil (traducción SENTIS MELENDO). vol. III, Buenos Aires: Ejea*, 35 y 36—, con crítica de PUGLIATTI, S. (1932). Vendita forzata e rappresentanza legale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 297 y sigs. —también de interés, (1933). Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 418 y 425 y sigs.—. Asimismo, la tesis de la legitimación —*vid. INVREA, F. (1939). Possibilità giuridica e legittimazione, cit.*, 318 y sigs.; y, destacadamente, CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes,*

cit., 90 y sigs.— Este último aludía a una sustitución, elaborada en la teoría general del derecho y, por tanto, no la propia de la teoría de las partes del ámbito procesal, que aplicaba a los negocios jurídicos y su eficacia; especialmente crítico con esta tesis, vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E. (1966). *La enajenación forzosa*. Navarra: Ediciones de Universidad de Navarra, 73 y sigs. Estas construcciones están hoy superadas.

⁶⁴ Sobre la cuestión, vid. TOMÁS TOMÁS, S. (2022). *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, cit., 157 y sigs.

⁶⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A. (2005). *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa y procesos especiales*, 3.ª ed., Madrid: editorial universitaria Ramón Areces, 18 y 19.

⁶⁶ En línea, 23.ª edición, consultado el 2 de noviembre de 2021, disponible en: <https://dle.rae.es/coacci%C3%B3n#9Vgh8Tq>

⁶⁷ Frente a la solicitud de declaración de concurso por cualquier sujeto distinto del deudor, este puede formular oposición ex artículos 20 y sigs. del texto refundido de la Ley Concursal. Ahora bien, una vez declarado el concurso, la sujeción patrimonial es forzosa. Y aún más, desde ese momento, recae sobre el deudor el deber de colaboración e información instaurado con vocación de generalidad para todo el concurso en el artículo 135 del mismo cuerpo legal.

⁶⁸ En línea, 23.ª edición, consultado el 2 de noviembre de 2021, disponible en: <https://dle.rae.es/coerci%C3%B3n?m=form>

⁶⁹ Por todos, CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, cit., 16 y sigs. vid., asimismo, DE LA OLIVA SANTOS, A. (2005). *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa y procesos especiales*, cit., 23 y sigs.

Descartamos, sin embargo, que toda actividad de jurisdicción contenciosa pueda ser concebida como una actividad desarrollada por el órgano jurisdiccional dirigida a actuar sanciones. Abandonada en la actualidad, esta teoría sirvió para distinguir la finalidad de la jurisdicción contenciosa respecto de la jurisdicción voluntaria, que se caracterizaba por una intervención del órgano jurisdiccional por vía de auxilio o de control. Introducida por REDENTI, E. (1917). Intorno al concetto di giurisdizione. En *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*. Napoli: Jovene, 468 y sigs. —también publicado en (1962). Intorno al concetto di giurisdizione. En *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*. vol. I. Milano: Giuffrè, 230 a 245—, y desarrollada más tarde en (1939). *Profili pratici del Diritto processuale civile*, 2.ª ed. Milano: Giuffrè, *passim*, especialmente, 39 y sigs., y en (1952). *Diritto Processuale Civile*, vol. I. Milano. Giuffrè, 10 y sigs., fue seguida por otros autores, con distintos matices. Entre otros, vid.: ROSSI, L. (1924). *La funzione del giudice nel sistema della tutela giuridica*. Roma: Athenaeum, 175; FURNO, C. (1938). Del mero accertamento come sanzione. *Archivio giuridico*, vol. CXX, fasc. 2, 187 y sigs.; SATTA, S. (1937). *L'esecuzione forzata*. Milano: Giuffrè, 7 a 14, nota al pie 7, donde combate las críticas a la inaplicación de esta teoría en relación a las sentencias constitutivas o declarativas, aunque más tarde, en (1952). *L'esecuzione forzata*. Torino: Utet, parece abandonar esta posición, de la que no localizamos alusión, al entender: «la giurisdizione civile si identifica con la tutela giurisdizionale dei diritti» (p. 6); del mismo autor posteriormente en esta dirección (1953) *Diritto processuale civile*, 3.ª ed. Padova: Cedam, 6 y sigs.; CARNELUTTI, F. (1951). *Teoria generale del Diritto*, cit., 26 y sigs. y 39 y sigs. y en (1955) Il valore della sanzione del diritto. *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 4, anno X, ottobre-dicembre, 237 a 248; y, MANDRIOLI, C. (1955). *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, cit., 22 y sigs., 177 y sigs., y, en las conclusiones, 643 a 646, y (1956). Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale. *Jus*, 86 y sigs. En contra de esta tesis, por todos, ALLORIO, E. (1958). *El ordenamiento jurídico bajo el prisma de la declaración judicial* (trad. SENTÍS MELENDO). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 34 y sigs., y (1963). Observaciones críticas sobre la sanción. En *Problemas de Derecho Procesal* (trad. SENTÍS MELENDO). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 347 y sigs. Asimismo, CARRERAS

LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, cit., 24 y sigs., para quien los procesos que culminan en sentencias constitutivas o merodeclarativas no encuentran explicación desde los mimbres de esta construcción. En cualquier caso, y como el propio CARRERAS parece reconocer, el encaje de esta construcción para explicar la actividad jurisdiccional contenciosa depende de la amplitud del concepto de sanción que se maneje. Su abandono por la doctrina actual responde a la recepción de otras tesis que permiten explicar el ejercicio de la función jurisdiccional contenciosa de manera más completa y holgada en el manejo de los conceptos. Para un breve repaso por la controvertida tesis de la jurisdicción como instrumento para la aplicación de sanciones y el resto de construcciones en torno a la jurisdicción, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M. (2008). Jurisdicción. En *Jurisdicción, Acción y Proceso*, Barcelona: Atelier, 20 y sigs.

⁷⁰ Sanción y proceso no son sinónimos. Como señalara CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, cit., 22, en relación a la ejecución forzosa, ambos conceptos se hallan en una relación de instrumento a fin. En efecto, toda la actividad a desarrollar por los distintos sujetos que intervienen en el concurso se dirige a facilitar la actuación de la sanción, pero no son sanción en sí misma. Como ocurre en el proceso de ejecución [DENTI, V. (1955). «Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione», cit., 132 y 133], y con más intensidad en el concursal, para preparar la actuación de la sanción es precisa la realización previa de una actividad variada, de naturaleza constitutiva y declarativa, que tiende a prepararla y hacerla posible pero sin que, en ningún caso, aquella actividad pueda confundirse con la sanción misma.

No podemos entender, sin embargo, que la sanción —en sí misma considerada— se halle fuera del proceso que procura su actuación (en contra, CARRERAS, *ibidem*, 22 y 23). A nuestro juicio, la sanción es el motor o el fin último del proceso, pero la lesión patrimonial en que consiste la sanción reparadora se integra en él. Solo así se logra explicar que el proceso concluya exclusivamente cuando se constata que la satisfacción de los acreedores es completa o cuando ya no quedan bienes con que satisfacer la responsabilidad. En otras palabras, el resultado de infligir la lesión patrimonial se realiza y controla en el seno del proceso.

⁷¹ Con todo, conviene tener presente que la inicial concepción de sanción propuesta por REDENTI, (1962). Intorno al concetto di giurisdizione. En *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, cit., 231, en su creación era especialmente amplia: «tradizionalmente al concetto di sanzione si connette l'idea d'una violazione dolosa o colposa, mentre la nozione a cui applico qui il termine è più lata, ed abbraccia anche misure da attuare per il solo fatto obiettivo che la condotta prescritta non sia stata tenuta. Dirò dunque, magari, se si vuole, 'sanzioni e garanzie'». Aunque, en la actualidad, son obvias las limitaciones de la tesis de REDENTI para explicar la jurisdicción, si nos hacemos eco de aquel concepto de sanción que ampliamos un grado más, acogiendo no solo las posibilidades de reacción del ordenamiento ante la infracción de la norma sino también las medidas predisuestas por este para reforzar su observancia ante el peligro de su infracción. En este sentido, no debe obviarse que la reacción del ordenamiento «no siempre está vinculada a la infracción de la norma (o, específicamente, del derecho por ella tutelado), sino que en ocasiones depende de un estado de anormalidad o perturbación de la situación jurídica extraprocesal que no presenta la intensidad de una infracción» —ORTELLS RAMOS, M. (1984/1985), Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 3, 423—. Y esta idea, en el proceso concursal, adquiere una destacada virtualidad.

⁷² En palabras de BOBBIO, N. (1969). Voz «sanzione». En *Novissimo Digesto Italiano*, XVI. Torino: Utet, 530: «il termine «sanzione» viene usato nella teoria generale del diritto e nelle discipline giuridiche particolari, per indicare alcune misure predisposte dallo stesso ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente per porre rimedio agli effetti dell'inosservanza».

⁷³ Somos conscientes de los reparos, puestos de manifiesto por la doctrina clásica española (CARRERAS, GÓMEZ ORBANEJA, FENECH o GUASP), de extrapolar el concepto de sanción jurídica de la ejecución forzosa a los expedientes de insolvencia del régimen precedente al instaurado en 2003. En efecto, siguiendo la tesis de CARRERAS, para que se actúe la sanción es preciso que el desequilibrio se haya producido de modo efectivo, esto es, que se pruebe con carácter previo y haya lesión. Solo en la quiebra, por cuanto exigía un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones (art. 874 a 876 CCom/1885), podía ser de aplicación tal construcción.

Actualmente, el concepto de sanción jurídica como manifestación de voluntad dirigida contra o sobre persona que incumplió la norma sancionada o como lesión o pasión que se infiere al responsable de un incumplimiento —así es definida por CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, Barcelona: Bosch, 16 y 22, respectivamente— no sirve para explicar de manera completa todos los supuestos que acoge el actual concurso de acreedores (v.gr., en supuestos de insolvencia inminente). Como explicaremos más adelante, el principal problema de este concepto es que siendo suficiente en la ejecución forzosa resulta escaso en el proceso concursal. Es necesaria, pues, una acepción más amplia de la idea de sanción para explicar el proceso concursal sobre tal fundamento.

⁷⁴ De entre las posibles sanciones que puede predisponer el ordenamiento jurídico, BOBBIO, N. (1969). Voz «sanzione», *cit.*, *passim*, distingue dos grandes clases: las medidas preventivas, antes de que se produzca la violación y dirigidas a evitar su producción; y las medidas sucesivas, cuando la violación ya se ha producido e intentan castigarla o ponerle remedio. Entre las primeras, constituyen sanciones todas aquellas que se dirigen a la intimidación («misure di scoraggiamento»); entre las segundas, encontramos una división entre las medidas retributivas y las medidas reparadoras. De este modo, mientras las primeras consisten en hacer el bien por bien (premio, recompensa, etc.) o el mal por mal (pena), las segundas buscan eliminar o al menos atenuar el mal que la transgresión de la norma ha producido en la sociedad.

⁷⁵ Nos estamos refiriendo a los supuestos en los que concurre una situación de insolvencia pero no hay incumplimiento de obligaciones.

⁷⁶ Como apunta BOBBIO, N. (1969). Voz «sanzione», *cit.*, 531-533, las medidas de reforzamiento del ordenamiento jurídico pueden consistir en un hacer (llevar a cabo una conducta) o en un no hacer (prohibir una conducta). Y aunque normalmente este fortalecimiento se asocia a las medidas negativas, el refuerzo de la norma puede venir tanto a través de una acción directa para promover la observancia (v.gr., premio) como a través de una acción dirigida a contrarrestar la inobservancia (v.gr., pena). En este sentido, el deber de instar el concurso y el derecho a hacer lo propio se sirven de medios psicológicos para alcanzar, de uno u otro modo, el cometido para el que son instituidos. Ni uno ni otro son sustitutivos del deber de procurar la prestación debida pero están a su servicio en aras a garantizar una respuesta más temprana ante su incumplimiento generalizado.

⁷⁷ Las dudas en torno a su consideración como verdadera sanción deben resolverse respondiendo a qué fin sirve. Solo en tanto mecanismo para el refuerzo de la observancia de la norma nos encontramos ante una verdadera sanción tomando en consideración, además, que este refuerzo puede venir a través del mecanismo de la respuesta o de la reacción que el mismo sistema normativo instituye a favor del observante o en desfavor del inobservante. En este sentido, BOBBIO, N. (1969). Voz «sanzione», *cit.*, 537 refiere: «Il fatto che la nozione di sanzione sia estesa anche alle sanzioni positive non muta la connotazione di questa area intermedia, la quale è composta di misure indirette che possono agire tanto preventivamente come promessa di un vantaggio o minaccia di uno svantaggio, quanto successivamente come attuazione del vantaggio promesso o dello svantaggio minacciato». De esta misma opinión, *vid.* CARNELUTTI, F. (1951). *Teoria generale del Diritto*, *cit.*, 27 a 31. En contra, CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, *cit.*, 17 y nota al pie 14, para quien el concepto jurídico positivo de sanción debe reservarse únicamente a la lesión que sufre quien incumple un deber —y

aun cuando admite que el Derecho vigente puede reconocer recompensas a determinados actos o conductas—.

⁷⁸ Esta constituye la principal rémora a la tesis de la sanción jurídica: de ser admitida, se produce la paradójica situación de que se está reconociendo que el deudor, cuando solicita la declaración de concurso —arts. 3 y 695.a) TRLC—, está instando la aplicación de una sanción jurídica contra sí mismo, e, incluso, de no haberse producido incumplimiento, una aplicación anticipada de aquella sanción.

En efecto, así acontece. En primer lugar, como veremos, por cuanto el concurso también acoge medidas preventivas entre las sanciones jurídicas aplicables, es necesaria la aplicación anticipada descrita. En estas no es precisa la concurrencia de lesión previa a los acreedores. Asimismo, y en relación a las medidas reparadoras y/o preventivas, el deudor puede ser el primer interesado en reestructurar su patrimonio a los fines de responder ordenadamente ante sus acreedores. Nótese que el concepto de sanción que manejamos es deliberadamente amplio y referido a la actuación de medidas de distinto signo —de estímulo positivo y negativo— en orden a garantizar contemporánea o anticipadamente, en la mayor medida posible, la responsabilidad patrimonial.

⁷⁹ En este sentido, podemos afirmar que tanto las medidas de carácter anticipatorio descritas como las represivas interesan como sanción en tanto que acto de refuerzo de la norma. Por el contrario, las medidas reparadoras importan en cuanto manifestación de voluntad dirigida contra o sobre persona que se encuentra en estado de insolvencia. La complejidad asociada al proceso concursal se observa una vez más, sobre todo si se pone en contraste con la ejecución forzosa donde solo interesa y se actúa este último tipo de sanción.

⁸⁰ La sujeción a la sanción y al poder que la aplica lleva consigo la imposibilidad de sustracción a su actuación. En la línea de lo apuntado *supra*, desde el momento que entra en juego esta responsabilidad, se desvanece todo elemento de peligro para pasar a actuar la amenaza que conlleva la sanción. Como apuntara CARNELUTTI, F. (1928). *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, cit., 294 y 295, aquí está el interesante juego entre responsabilidad y obligación: «la responsabilità è uno stato estraneo alla volontà dell'obbligato, l'obbligo è una condizione della sua volontà; la responsabilità si subisce, l'obbligo si adempie; la responsabilità esclude la libertà, l'obbligo la suppone». El maestro italiano se sirve de la siguiente metáfora para explicar la relación entre obligación, responsabilidad y sanción: «La sanzione determina l'obbligo come la diga guida il corso di un fiume. Essere responsabile vuol dire non poter passare sopra la diga (non potersi sottrarre alla sanzione); essere obbligato rappresenta il dover passare nello spazio lasciato aperto dalla diga (dover adempiere)».

⁸¹ Y de igual modo ocurre, con carácter general, ante al incumplimiento de cualquier obligación. Así, como explica CAPILLA RONCERO, F. (1989). *La responsabilidad patrimonial universal...*, cit., 103, en la ejecución forzosa específica de las obligaciones positivas, ya impliquen coacción sobre el obligado para que cumpla ya supongan arbitrar medios de sustitución del sujeto actuante, con la finalidad de satisfacer el interés del acreedor. De igual modo, tienen encaje en esa noción de sanciones reparadoras las medidas dirigidas a procurar el resarcimiento de la lesión provocada por el incumplimiento, entre las cuales ocupa un lugar preeminente el deber de resarcir en dinero el daño causado.

⁸² Esta responsabilidad patrimonial se circunscribe: a la pérdida de cualquier derecho que tuviera alguna de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices como acreedores concursales o de la masa (art. 455.2.3.º TRLC); a la condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa (art. 455.2.4.º TRLC), así como a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 455.2.5.º TRLC); a la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit patrimonial a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido de-

claradas personas afectadas por la calificación, en la medida en que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia (art. 455.1 TRLC); y, en caso de concurso consecutivo, la condena a la aludida cobertura respecto a los mismos sujetos, administradores y socios «que se hayan negado sin causa razonable a proponer o a acordar la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, siempre que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación» (art. 702.1 TRLC).

⁸³ Sobre la cuestión, *vid.* GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (2004). *La calificación del concurso*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 15 y sigs.

⁸⁴ *Vid.*, *in extenso*, BOBBIO, N. (1969). Voz «sanzione», *cit.*, 534 y 535. Como señalara CARNELUTTI, F. (1928). Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni, *cit.*, 294, no es extraño a los efectos de garantizar la sujeción a la sanción, sea patrimonial o personal, que se impongan al obligado nuevas obligaciones dirigidas a procurar su consecución e impedir otras formas de reacción.

⁸⁵ En concreto, en lo que afecta a esta sanción, solo será posible la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación culpable del concurso para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo en atención a la gravedad de los hechos, a la entidad del perjuicio causado a la masa activa, así como a la existencia de otras sentencias de calificación de concurso culpable en las que las mismas personas ya hubieran sido inhabilitadas (art. 455.2.2.º TRLC).

⁸⁶ El empleo del calificativo retributivo para describir esta concreta tutela de la sección de calificación, englobando medidas de recompensa/premio y medidas punitivas, nos parece más adecuado y completo que limitar su sanción al alcance punitivo, pues el condicionamiento de su apertura al cumplimiento de determinados presupuestos opera como estímulo positivo dirigido a compeler al deudor a alcanzar un convenio en los términos del artículo 446 TRLC, esto es, a premiarlo con la ausencia de sanción cuando se logre aquel.

⁸⁷ De esta opinión, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *cit.*, 34.

⁸⁸ Como apuntara la exposición de motivos (VI) de la Ley Concursal de 2003, el convenio será la solución normal del concurso, con adopción de medidas auspiciadas por la Ley, en aras a alcanzar la satisfacción de los acreedores y, en la medida de lo posible, salvar total o parcialmente las empresas viables. Sobre la función racionalizadora del concurso, en el sentido de hacer posible el cumplimiento regular de las obligaciones, *vid.* NASI, A. (1973). *Processo e esecuzione nel fallimento*, *cit.*, 27.

⁸⁹ Cfr. CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, *cit.*, 19.

⁹⁰ La última reforma del capítulo dedicado a las insolvencias punibles por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introduce una importante novedad al separar las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, tradicionalmente conocidas como alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota. Se establecen así, frente a la precedente regulación que contemplaba un único capítulo (VII) «De las insolvencias punibles», dos capítulos distintos rubricados «Frustración de la ejecución» (capítulo VII; arts. 257 a 258 ter) y «De las insolvencias punibles» (capítulo VII bis; arts. 259 a 261 bis). En contra de este deslinde, entre otros, NAVAS, I. (2015), *Insolvencias punibles. Fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons, 20.

⁹¹ No parece discutible una finalidad punitiva común si bien debemos reconocer que el alcance de una y otra tutela es muy distinto. En este sentido, bajo el régimen de quiebra anterior, *vid.* artículos 895 y 896 CCom/1885 y 520 y 521 CP/1973, de los que parece desprenderse que el juez penal quedaba vinculado a la calificación que de la quiebra —fortuita, culpable o fraudulenta— hiciera el juez civil. Sobre la cuestión, con cita de la jurisprudencia —contradictoria— más relevante en la materia, GONZÁLEZ

MONTES, J.L. (1974), *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal*. Pamplona: Universidad de Navarra, 285 y sigs.

⁹² Aunque ampliamente discutido en la dogmática penal, las principales tesis en relación al bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia punible vienen representadas: de un lado, por aquellas que consideran que el bien jurídico está constituido por el derecho de garantía de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, en recta aplicación del artículo 1911 Código Civil —de esta opinión, por todos, MUNOZ CONDE, F. (2021). *Derecho Penal. Parte especial*. 23.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 450: «se pretende proteger el derecho de los acreedores en caso de insolvencia del deudor y la funcionalidad del procedimiento ejecutivo para conseguir la satisfacción del derecho de crédito»—; de otro lado, por aquellas que defienden que este conjunto de tipos delictivos protege un bien jurídico supraindividual como es el correcto funcionamiento del sistema crediticio y, por ende, el orden socioeconómico en general; y, por último, identificamos otro sector de la doctrina que entiende que con este conjunto de tipos delictivos se protege, junto al patrimonio de los acreedores, el funcionamiento o capacidad del sistema económico crediticio.

A este respecto, conviene notar la mutación en la rúbrica del Título en el que se ubica este grupo de preceptos tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Frente al precedente Código Penal, que se intitulaba «Delitos contra el patrimonio», el actual pasa a denominarse «De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», lo que puede orientarnos en la consideración de los bienes jurídicos objeto de protección.

Para una exposición detallada de cada una de estas tesis, con partidarios y detractores, *vid.* NAVAS, I. (2015), *Insolvencias punibles. Fundamentos y límites*, cit., 31 a 56. Con carácter previo a la reforma de 2015, con completa exposición de las distintas corrientes y toma de posición, *vid.* CABALLERO BRUN, F. (2008). *Insolvencias punibles*. Madrid: Iustel, 55 y sigs.

⁹³ *Vid.* preámbulo (XVI) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁹⁴ Así se desprende con claridad del referido preámbulo (XVI) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: «La nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia conjuga una doble necesidad: la de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica 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; y la de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles, es decir, aquellas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido».

⁹⁵ El capítulo VII bis cierra con los artículos 261 y 261 bis del Código Penal que no han sufrido alteración en su redacción con la reforma de 2015, más allá de su integración en este capítulo de nuevo cuño. El primero dedicado a castigar a aquel que, a sabiendas, presentare datos falsos relativos al estado contable con el fin de lograr la declaración de concurso. El segundo destinado a la aplicación a las personas jurídicas de los delitos comprendidos en este capítulo, con la modulación de penas allí establecido.

⁹⁶ El actual reproche penal se halla revestido de la independencia y de las garantías de un proceso destinado exclusivamente al objeto penal, a diferencia de lo que ocurría en tiempos pretéritos donde la sujeción punitiva personal se integraba como principal cauce para garantizar la tutela patrimonial, ya fuera privadamente —así, en Derecho romano donde el sujeto lesionado disponía del deudor a través de la *manu iniectio*— ya a través de órganos públicos, con distintos vaivenes, desde la caída del Imperio Romano, según la legislación del periodo en el que nos situemos.

En este sentido, todavía queda alguna reminiscencia del derecho histórico en lo tocante a la libertad del deudor y a la limitación que la declaración de la situación de crisis eco-

nómica llevaba consigo. Nos referimos, en particular, al arresto domiciliario, que con la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 ya provocó el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (núm. 274/1983) por las fricciones de los artículos 1333, 1335 y 1340 LEC/1881 y el artículo 1044 CCom/1829 con los artículos 24.2 —derecho a la presunción de inocencia— y 17.1 —libertad individual— y que exigió una interpretación correctora de aquellos para atemperar su tenor a las exigencias constitucionales (STC 178/1985, de 19 de diciembre, publicada en el BOE núm. 13, de 15 de enero de 1986, 28 a 32). Con la reforma de 2003 y como indica la exposición de motivos (I) de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, el arresto domiciliario queda reducido a una medida extrema para aquellos supuestos en los que se infringe el deber de residencia, se incumple la prohibición de ausentarse sin autorización judicial o existen motivos fundados para temer que lo haga (*vid.* art. 1 LO 8/2003).

⁹⁷ Con ello no estamos afirmando que se produzca un retroceso a la ejecución personal ni que el patrimonio se erija, como ocurría antaño, en objeto de agresión en tanto manifestación de la personalidad del deudor concursado. Exclusivamente queremos destacar el relevante papel que vuelve a adquirir el reproche penal, si bien con el importante matiz de que se articula como instrumento de política social y no como medio para hacer efectiva la venganza o la coacción de los acreedores sobre el deudor.

⁹⁸ El progresivo aumento de este Derecho penal («Derecho penal del riesgo»), del que deriva la proliferación de estos delitos, responde al cambio de sociedad a la que atiende. Sucesora de la sociedad industrial, la nueva sociedad del riesgo acaba repercutiendo en el Derecho penal de manera notable con una merma de los principios propios del Derecho penal liberal y una ampliación de su función preventiva. Se busca, de este modo, anticipar la protección penal de los bienes jurídicos individuales en una sociedad caracterizada por el incremento de los riesgos para los mismos. Esta propensión convive, a su vez, con una querencia despenalizadora en aplicación del clásico principio de subsidiariedad, o de última *ratio*, propio del Derecho penal. Al respecto, CEREZO MIR, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 10, 54, 55 y 60; especialmente, *vid.* el monográfico MENDOZA BUERGO, B. (2001). *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid: Civitas, *passim*.

Entre los delitos de peligro podemos distinguir los de tipo concreto, abstracto y abstracto-concreto o de aptitud para la producción de un daño. En los delitos de peligro abstracto, como apunta CEREZO MIR, *ibidem*, 47 y 48, se castigan ciertas conductas porque entrañan el peligro de un bien jurídico pero el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se produzca aquel de manera efectiva. Constituye un delito de peligro abstracto en el Código Penal español, por ejemplo, el tipificado en el artículo 379 (conducir un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas). De otro lado, en los denominados delitos de peligro abstracto-concreto (o de aptitud para la producción de un daño), se prohíbe la realización de una acción en tanto que lleva implícita la posibilidad de producir un determinado resultado. Localizamos ejemplos de este tipo de delitos en los artículos 359 y 360 (relativos a la elaboración, despacho o suministro de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos) o en los artículos 368 a 371 (dedicados al tráfico de drogas). Siguiendo al referido autor, en puridad, tales delitos son subsumibles dentro de los delitos de peligro abstracto.

⁹⁹ La catalogación de los delitos de insolvencia punible como delitos de peligro abstracto-concreto no sería correcta, pues en estos se prohíbe la realización de una acción que lleva implícita la posibilidad de producir un determinado resultado. Por el contrario, en los de insolvencia punible, como delitos de peligro concreto, las acciones contempladas exigen la concurrencia efectiva del peligro. El juicio de probabilidad en la producción de la lesión del bien jurídico *ex ante* a la realización de la acción, núcleo del fundamento de los delitos de peligro abstracto-concreto, desaparece por completo en los delitos de peligro concreto.

¹⁰⁰ Cfr. CEREZO MIR, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo, *cit.*, 48.

¹⁰¹ *Ibidem*, 55.

¹⁰² Se vuelve, de este modo, al modelo del Código Penal de 1973 (arts. 520 a 527) en el que se castigaban ciertas acciones del deudor al margen de su conciencia y voluntad en la realización de los elementos del tipo (*vid.* arts. 524 y 525 CP/1973).

¹⁰³ No ocurre lo mismo respecto al artículo 261 del Código Penal, destinado a la presentación de datos falsos relativos al estado contable con el fin de obtener indebidamente la declaración de concurso, pues expresamente se introduce un elemento volitivo: «a sabiendas».

¹⁰⁴ Aun a riesgo de manifestar una obviedad, conviene matizar que la frustración de los acreedores consecuencia del incumplimiento de la prestación debida no se traduce en la atribución a aquellos de instrumentos de coerción penal sobre el deudor. La compulsión sobre este y el objeto de agresión se limita a los bienes de contenido patrimonial. Cuestión distinta es que si en la referida frustración concurre alguna de las acciones típicas descritas en el Código Penal se ha de imponer su reproche punitivo en aras a reprimir su realización.

¹⁰⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: proyectos de ley, 14 de enero de 2022, núm. 84-1.

*(Trabajo recibido el 8 de marzo de 2022 y aceptado
para su publicación el 4 de abril de 2022)*