

El deudor de Schrödinger: solvente e insolvente a la vez

La insolvencia como presupuesto objetivo del concurso y del alzamiento de bienes

Diego Espigado Guedes, Abogado del Área de Investigaciones, Penal y Compliance en Hogan Lovells
Eugenio Vázquez Gutiérrez, Abogado del Área de Litigios, Concursal y Arbitraje en Hogan Lovells

Diario La Ley, Nº 9687, Sección Doctrina, 2 de Septiembre de 2020, **Wolters Kluwer**

I. Introducción

La paradoja del gato de Schrödinger es el resultado de un conocido experimento teórico ideado por Erwin Schrödinger que pasaba por imaginar un gato vivo en un caja opaca, dentro de la cual también se introduce un contador Geiger que mide la radiactividad, un martillo, un recipiente con veneno y una partícula radioactiva. Si el contador detectaba radiactividad, activaba el martillo, que rompía el recipiente, liberaba el veneno y mataba al gato. Si no lo detectaba, nada de lo anterior ocurría. La probabilidad de que ocurriera lo uno y lo contrario era la misma y no se podía prever de antemano. Hasta que uno no abría la caja, no podía saber si el gato estaba vivo o muerto. Según la superposición cuántica, debía entenderse que la partícula radiactiva, hasta su medición —i. e. hasta su observación—, estaba teóricamente en sus dos posibles estados a la vez (superpuestos): aquel que activaba el contador Geiger y mataba al gato y aquel que no lo activaba y no lo mataba. De este modo, en la teoría cuántica, el gato estaba vivo y muerto a la vez. La duda solo se despejaba con la observación.

Algo parecido ocurre con los deudores sobre territorio español que atraviesan situaciones de crisis empresarial y que tienen que adoptar decisiones cruciales que se encuentran en el filo de la situación de insolvencia o, en términos de la Ley Concursal (1), en una situación de insolvencia inminente (2). En nuestro caso, los conceptos tradicionales de la jurisprudencia civil-mercantil y la penal actúan como la mecánica cuántica que convertiría a nuestro deudor en solvente e insolvente a la vez. Solo podríamos decidir si el deudor de Schrödinger es solvente o insolvente una vez observemos ante qué órgano judicial se sienta. Si es un juzgado de instrucción, es más probable verlo muerto (insolvente) que si se sienta ante un juzgado de lo mercantil, donde la insolvencia parece más difícil de alcanzar.

El objetivo de este artículo es múltiple. El principal es ilustrar sobre las diferentes connotaciones del término *insolvencia* en el derecho concursal y en el derecho penal y definir la insolvencia como presupuesto objetivo del concurso y la insolvencia como presupuesto objetivo (elemento del tipo, en

dogmática penal) del delito de alzamiento de bienes. Pero también queremos alertar la quiebra de los principios de *ultima ratio* y carácter subsidiario del derecho penal, y proponer el abandono de la noción de insolvencia como elemento del tipo del delito de alzamiento de bienes del artículo 257 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), sobre todo, del concepto de *insolvencia aparente*, en búsqueda de un derecho más uniforme.

Para ello, trataremos a continuación algunas cuestiones en las cuales la insolvencia *civil* o insolvencia como presupuesto objetivo del concurso y la insolvencia *penal* o insolvencia como presupuesto objetivo del alzamiento de bienes son diametralmente opuestas:

II. La insolvencia actual o inminente... y la insolvencia real o aparente

Tradicionalmente, el delito de alzamiento de bienes del artículo 257 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) estuvo dentro del capítulo intitulado «Insolvencias punibles», cuyo nombre ha sido modificado por el de «Frustración de la ejecución» por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (LA LEY 4993/2015). Aunque nuestro Código Penal no prevé un concepto de *insolvencia*, el hecho de que el capítulo en que se inserta el delito de alzamiento se intitulara «Insolvencias punibles» transmitía la idea de que quien comete un delito de alzamiento estaba incurriendo en una insolvencia punible y, por tanto, situándose en una situación de insolvencia provocada delictivamente. Los tribunales han usado como sinónimo de *alzarse* el verbo *insolventarse*. La STS, Sala Segunda, 652/2006, de 15 de junio (LA LEY 70392/2006), afirma que «lo que el tipo penal prohíbe es una conducta de alzamiento, esto es, de insolventarse frente a los acreedores» y la Sentencia 63/2015, de 18 de febrero (LA LEY 6654/2015), afirma que «el delito pretende castigar las conductas consistentes en insolventarse en perjuicio de los acreedores», misma expresión que emplea la Sentencia 723/2012, de 2 de octubre (LA LEY 155313/2012).

Comete el tipo básico de alzamiento «el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores». El entendimiento jurisprudencial y de gran parte de la doctrina es que se trata de un delito de peligro (3) y que, en consecuencia, la expresión «en perjuicio de sus acreedores» debe interpretarse no como un elemento objetivo del tipo que requiera efectivamente la producción de un perjuicio para que el delito se haya consumado, sino como un elemento subjetivo de tipo intencional, consistente en la finalidad que persigue el autor con la realización de la conducta. El delito se convierte en un delito de consumación anticipada, en concreto, de resultado cortado: basta con alzarse con la finalidad de perjudicar a los acreedores para cometer el tipo, sin que sea menester esperar al momento en que se produzca el perjuicio para que se consume el delito (STS, Sala Segunda, 1347/2003, de 15 de octubre (LA LEY 10993/2004)). A pesar de que reputada doctrina se mantenga en contra de esta posición y

con argumentos de peso (4) (la polémica es tal que, como apunta MARTÍNEZ-BUJÁN, incluso quienes entienden que el delito es de lesión discrepan sobre qué es lo que debe resultar lesionado (5)), la jurisprudencia casi unánime se inclina por el delito de peligro.

Esta interpretación llevó a la jurisprudencia a entender que bastaba con mostrarse «real o aparentemente» insolvente (STS, Sala Segunda, 1347/2003, de 15 de octubre (LA LEY 10993/2004)). El tipo «no requiere la producción de una insolvencia total y *real*, pues el perjuicio a los acreedores pertenece no a la fase de ejecución sino a la de agotamiento del delito» (STS, Sala Segunda, 194/2018, de 24 de abril (LA LEY 33552/2018)). Por tanto, «para la consumación del delito no es necesario que el deudor quede en una situación de insolvencia total o parcial, basta con una insolvencia aparente» (STS, Sala Segunda, 583/2018, de 23 de noviembre (LA LEY 178468/2018)).

El concepto de insolvencia aparente resulta ajeno al derecho concursal. Ni se contempla en la legislación concursal ni nos consta que haya sido empleado por la jurisprudencia.

Un deudor será insolvente y por tanto procederá la declaración de concurso, si no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles

A ojos de la jurisdicción civil-mercantil un deudor será insolvente —y por tanto procederá la declaración de concurso— si no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. El legislador concursal parte de un concepto objetivo de la insolvencia, centrándose en la situación financiera *real* del deudor (una situación de hecho (6)) e ignorando —con la matización que haremos más adelante— su situación financiera *aparente*.

Constituye insolvencia desde la perspectiva concursal, como dice la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas en Auto 119/2011, de 20 de julio (LA LEY 201531/2011), «el estado patrimonial del deudor que **no puede** cumplir regularmente sus obligaciones». Y no la constituyen, sin embargo, aquellas situaciones en las que no existe una imposibilidad real de cumplir por parte del deudor, sino simplemente «una actitud deliberadamente obstativa pero voluntaria de incumplimiento» (7) .

Clara evidencia de lo anterior son los «hechos reveladores del estado de insolvencia» con base en los cuales los acreedores pueden conseguir la declaración de concurso necesario de un deudor. El acreedor puede fundamentar la solicitud de concurso necesario en la existencia de una declaración judicial o

administrativa de insolvencia, en un despacho de ejecución del que resulte que el deudor carece de bienes libres bastantes para el pago, o en un sobreseimiento generalizado en el pago corriente de sus obligaciones, entre otros. Se tratan todas ellas de cuestiones referentes a la solvencia real deudor, a su capacidad real de hacer frente a sus obligaciones, con independencia de su situación financiera aparente o su actitud.

Es cierto que el propio artículo 2 de la Ley Concursal (LA LEY 6274/2020), en el que se regula el presupuesto objetivo de la insolvencia, contiene algunas referencias que podrían llevar a cuestionar si un deudor solo aparentemente insolvente puede ser declarado en concurso de acreedores. La principal de tales referencias es la contenida en el artículo 2.4.2º, que lista como hecho revelador de la insolvencia «la existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubiesen resultado bienes libres **conocidos** bastantes para el pago».

Con la referencia a bienes *conocidos* el legislador está aceptando que es posible que ese deudor tenga en realidad bienes ocultos que podrían implicar que sea solo aparentemente insolvente, pero no lo sea en realidad. Y pese a ello, el legislador parece aceptar que se considere insolvente a efectos concursales —y por ende que pueda ser declarado en concurso— a ese deudor que podría ser solo *aparentemente* insolvente.

No obstante, aunque considerásemos que con la referencia anterior el legislador concursal está aceptando que se declare en concurso de acreedores a un deudor cuya insolvencia es meramente *aparente*, lo cierto es que el reconocimiento de la condición de insolvente a efectos concursales de tal deudor sería meramente transitoria. Una vez declarado el concurso, tan pronto como se descubriese que el deudor tenía en realidad bienes líquidos con los que cumplir sus obligaciones, tendría que concluirse que ya no existe la situación de insolvencia —más bien que nunca existió—, lo que llevaría a la conclusión del concurso de conformidad con lo previsto en el artículo 465 de la Ley Concursal (LA LEY 6274/2020).

El legislador concursal parte de un concepto único de insolvencia. Así lo reflejaba expresamente la Exposición de Motivos. No obstante, ese concepto único es compatible con una interpretación flexible (de nuevo, así lo reflejaba la propia Exposición de Motivos (LA LEY 6274/2020)).

Junto a la «insolvencia real», la Ley Concursal incluye como presupuesto objetivo del concurso la «insolvencia inminente», y permite al deudor que prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones solicitar —y ser declarado— en concurso. El legislador concursal admite la insolvencia inminente como presupuesto objetivo del concurso, pero ello no significa que considere insolvente a

aquel deudor que «simplemente» prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Al deudor en situación de insolvencia inminente se le ofrece la posibilidad de acogerse a los medios que brinda la legislación concursal para tratar de revertir su situación (como la declaración de concurso o la comunicación de apertura de negociaciones del, hasta hace poco, 5 bis), pero no es considerado insolvente *stricto sensu*.

La condición del deudor en situación de insolvencia inminente no tiene más virtualidad que la posibilidad de adelantar la solicitud de concurso voluntario

La insolvencia inminente es a efectos concursales una suerte de estadio previo a la insolvencia real, recogida como presupuesto objetivo del concurso alternativo para permitir a los deudores con problemas emplear las herramientas concursales para afrontar situaciones de iliquidez antes de que sea demasiado tarde. Pero la condición del deudor en situación de insolvencia inminente no tiene más virtualidad que la posibilidad de adelantar la solicitud de concurso voluntario. De hecho, al deudor en situación de insolvencia inminente ni siquiera se le considera insolvente a efectos de permitir a los acreedores solicitar la declaración de concurso necesario.

III. Pluralidad de acreedores

La insolvencia a efectos mercantiles requiere la existencia de una pluralidad de acreedores. Aunque la Ley Concursal no contempla expresamente este requisito, jurisprudencia y doctrina son prácticamente unánimes en el sentido de considerar que en ausencia de pluralidad de acreedores no cabe declarar el concurso. Resaltando el hecho de que el propio término «concurso» implica el llamamiento a varios o la concurrencia de varios, la jurisprudencia viene declarando que el procedimiento concursal es de carácter colectivo, y presupone la existencia de una pluralidad de acreedores.

Aunque el requisito de la pluralidad no aparezca reflejado de forma expresa en la Ley Concursal, sí que aparece reflejado de manera implícita en multitud de sus previsiones. La simple lectura de los principales artículos de la Ley Concursal evidencia que se está pensando en todo momento en la existencia de más de un acreedor, y que los trámites concursales carecen de todo sentido en supuestos en los que solo exista un acreedor.

Es cierto que en los últimos años alguna resolución ha propugnado la necesidad de interpretar el requisito de la pluralidad de acreedores con cierta flexibilidad en determinados supuestos

(posiblemente la más relevante, por la sección de la que se trata, sea el Auto 122/2018, de 28 de septiembre (LA LEY 155600/2018), de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona) (8) . Pero esta interpretación flexible se ha realizado en supuestos muy tasados, y más como solución excepcional para sobreponerse a deficiencias de la Ley Concursal que pudieran perjudicar al deudor que como criterio general.

Más allá de estas decisiones puntuales, o de opiniones doctrinales minoritarias, a día de hoy no existe un debate real en el ámbito concursal sobre la necesidad de que exista una pluralidad de acreedores como requisito para que pueda declararse en concurso. Si solo existe un acreedor, podrá acudir a los distintos procedimientos individuales que nuestro ordenamiento pone a su disposición para reclamar una deuda, pero su deudor no podrá ser declarado en concurso.

Esa pluralidad de acreedores no es un requisito de la insolvencia penal. El tipo de alzamiento de bienes requiere una insolvencia que puede afectar solamente a un deudor (9) . De hecho, el Tribunal Supremo llega a afirmar que el elemento subjetivo antes mencionado es el «ánimo de defraudar *al acreedor o acreedores*» (STS, Sala Segunda, 1170/2001, de 18 de junio (LA LEY 7881/2001)), dejando claro que basta con que el defraudado o aquel que se pretenda defraudar sea una única persona. Aunque la letra de la ley pueda empujarnos a interpretar lo contrario al hacer referencia a que comete el delito el que se alce con sus bienes en perjuicio de *sus acreedores* (en plural), esa referencia únicamente pretende evitar la aplicación de un concurso de delitos en caso de que exista pluralidad de acreedores. Como afirma la STS, Sala Segunda, 60/2004, de 22 de enero (LA LEY 11450/2004), «siendo la naturaleza de esta infracción de simple actividad, la pluralidad de deudas no multiplica los delitos de alzamiento». «Hay delito de alzamiento de bienes en cuanto se ha impedido el cobro de una deuda», dice la STS, Sala Segunda, 680/2019, de 23 de enero (LA LEY 972/2020), que añade: «es posible [...] que las acciones constitutivas de delito solo hayan afectado al impago de parte del crédito y no a su totalidad». Es decir, no solo cabe resultar insolvente penalmente por impagar o burlar una deuda, sino incluso por burlar parte de una sola deuda.

IV. La exigibilidad de la deuda

La insolvencia desde la perspectiva concursal requiere que las deudas que el deudor no puede asumir resulten *exigibles*, o al menos vayan a resultarlo en el corto plazo. El artículo 2.3 de la Ley Concursal (LA LEY 6274/2020) hace expresa mención al requisito de la exigibilidad como presupuesto objetivo del concurso: «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones *exigibles*».

Como ya hemos apuntado, toda la anticipación que permite la Ley Concursal pasa por facultar al deudor en situación de insolvencia inminente para solicitar su declaración en concurso. La insolvencia inminente opera como presupuesto objetivo «alternativo» del concurso, pero con una virtualidad reducida en los términos ya expuestos.

En el ámbito penal, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria consideran que constituye una insolvencia que opera como presupuesto objetivo del alzamiento aquella que se genera aun cuando la deuda no es exigible. Así, la jurisprudencia afirma que lo que debe existir con carácter previo a la conducta de alzamiento es la deuda, sin que sea necesario que sea líquida, vencida y exigible, pues «es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad» (STS, Sala Segunda, 652/2006, de 15 de junio (LA LEY 70392/2006)).

Es más, se admite incluso que la deuda no exista todavía o no esté declarada. Partiendo de concebir el delito como de peligro —como lo defiende la jurisprudencia mayoritaria—, la STS, Sala Segunda, 388/2002, de 28 de febrero (LA LEY 4206/2002), establece coherentemente que lo necesario no es que exista la deuda declarada, sino que «el acto generador de la deuda» preceda a los actos de alzamiento. Así, el hecho de que el artículo 257.1.2.º del Código Penal (LA LEY 3996/1995) castigue a «Quien con el mismo fin —de perjudicar a sus acreedores— realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o *de previsible iniciación*», lleva implícito el castigo de quien, tras haber realizado un hecho que objetivamente da lugar a una deuda, se alza con sus bienes para evitar que, llegado el día que la deuda sea declarada existente, líquida, vencida y exigible, el futuro acreedor no encuentre bienes con los que satisfacer su crédito.

V. El perjuicio de los acreedores: quien es insolvente, paga a todos sus acreedores y sigue siendo considerado insolvente

Antes afirmamos que el delito de alzamiento se interpreta por la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias como un delito de resultado cortado, en el que la expresión «en perjuicio de sus acreedores» constituye una tendencia interna del autor, el propósito con el que se alza con sus bienes, de modo que no es preciso esperar a que ocurra el perjuicio para que el delito se entienda consumado.

Hay más. La inteligencia del tipo como un delito de peligro implica no solo que no debemos esperar a que el perjuicio para los acreedores ocurra para entenderlo consumado, sino que no necesitamos ni

siquiera que el perjuicio de hecho llegue a materializarse en algún momento, lo que tiene efectos muy perniciosos en aquellos casos en que la deuda no está todavía vencida.

Pensemos en el famoso ejemplo del deudor que, tras realizar actos de alzamiento antes de que la deuda sea exigible —el ejemplo de alzamiento más frecuente en la práctica—, mejora su situación económica y finalmente paga a todos sus acreedores a tiempo conforme las deudas van venciendo y deviniendo exigibles (10) .

Desde una perspectiva concursal, si la situación económica del deudor concursado mejora y deviene capaz de cancelar todas sus deudas en el seno del concurso, perderá su condición de insolvente a todos los efectos. Esta situación conllevaría que se diese una de las causas de conclusión del concurso que prevé el artículo 465 de la Ley Concursal (LA LEY 6274/2020) (en concreto, la sexta causa), y que en consecuencia el deudor perdiese la condición de concursado.

Sin embargo, desde un punto de vista penal, aquel deudor sigue estando incurso en una situación de insolvencia penal y, es más, con la conducta descrita, ya ha cometido un delito de alzamiento de bienes del que, por estar ya consumado, no puede arrepentirse con efectos eximentes, sino, a lo sumo, lograr una atenuante genérica del artículo 21.5.^a del Código Penal (LA LEY 3996/1995). Quizá, que el legislador no haya incluido una excusa absolutoria similar a la de los delitos contra Hacienda y la Seguridad Social (artículos 305.1 y 4 (LA LEY 3996/1995), 307.1 y 3 (LA LEY 3996/1995), 307ter.3 (LA LEY 3996/1995) y 308.1 y 6 del Código Penal (LA LEY 3996/1995)) cuando las razones de política criminal son de tanto peso sea un indicio más de que, en realidad, concebir el delito como de peligro sea un error (11) .

VI. Conclusiones

1) En contra de lo que nuestra intuición pudiera indicarnos, la insolvencia penal es un concepto mucho más amplio que el de la insolvencia concursal. El primero no exige pluralidad de acreedores impagados y puede concurrir, por ejemplo, ante deudas no exigibles e incluso no declaradas todavía. Aunque el derecho penal se concibe como *ultima ratio*, como herramienta subsidiaria de otras ramas del ordenamiento, el adelantamiento de las barreras de protección en la protección del derecho de crédito —algo, dicho sea de paso, incoherente con la protección concedida al patrimonio con carácter general (12) — hace que sea mucho más fácil estar incurso en la insolvencia que constituye presupuesto objetivo del alzamiento que en una insolvencia que constituya presupuesto objetivo del concurso.

2) En situaciones de crisis empresarial, las empresas deben ser especialmente cautas en la realización de conductas que puedan suponer una disminución de su patrimonio. La insolvencia como concepto mercantil o concursal está muy lejos de la insolvencia penal, aquella que constituye el presupuesto objetivo del delito de alzamiento. Saber si determinadas conductas pueden llegar a colocar al deudor en situación de insolvencia requiere un análisis más amplio que el de la mera normativa concursal, máxime desde que el legislador introdujo, en el 2015, los nuevos delitos de insolvencias punibles del artículo 259 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), que pueden ser cometidos por imprudencia y entre cuyas conductas está la (con razón) muy criticada realización de «cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial que incluye».

3) Desde un punto de vista de dogmática penal, es preciso que nuestros tribunales abandonen de una vez el concepto de *insolvencia* como elemento del tipo objetivo o presupuesto de los delitos de alzamiento. La *insolvencia aparente* no es insolvencia. Como expuso BACIGALUPO ZAPATER como ponente de la STS, Sala Segunda, 2403/2001, de 19 de diciembre (LA LEY 229520/2001):

«Si la realidad de la insolvencia es indiferente, ello significa que la insolvencia, en sí misma, no es un elemento del tipo. No es otra cosa que la manifestación exterior de la frustración de la ejecución de las obligaciones del acreedor. Es evidente que una insolvencia es ficticia, precisamente, cuando no existe. Y ello es lo que por regla general ocurre: el deudor que oculta o hace desaparecer sus bienes no es insolvente, sino que los mantiene en una situación en la que el acreedor no puede ejecutarlos porque no tiene acceso a ellos».

No solo la insolvencia no es un elemento del tipo, sino que el tipo de alzamiento precisamente persigue situaciones en las que no existe insolvencia. En palabras de SÁNCHEZ DAFAUCE, «En los alzamientos el problema central es *la no insolvencia del deudor*: su carácter aparente. Dicho de otro modo: la insolvencia real del deudor impide la comisión de un delito de alzamiento de bienes» (13) .

El legislador, en la reforma de 2015, ya modificó el capítulo donde se ubica el alzamiento para cambiar su rúbrica de «Insolvencias punibles» a «Frustración de la ejecución». Bien es cierto que las conductas incluidas en el nuevo capítulo de «Insolvencias punibles», en concreto, las del artículo 259 (LA LEY 3996/1995), también se pueden producir antes de que se genere la situación de insolvencia, pero, al menos, el Código Penal solo las hace perseguibles si tales conductas generan la situación de insolvencia del deudor (artículo 259.2 del Código Penal) o, cuando falte esa relación de causalidad,

«cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso» (artículo 259.4 del Código Penal). Es decir, parece que lo que aquí hemos llamado la insolvencia concursal es una condición objetiva de punibilidad de las conductas de insolvencias punibles del artículo 259. La insolvencia a que se refiere el artículo 259.2 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) es una insolvencia concursal, esto es, una insolvencia actual o inminente.

La aplicación de los conceptos tradicionales de nuestro derecho permite la paradoja del deudor de Schrödinger, aquel que consigue ser insolvente y solvente a la vez y en abstracto

Retomando el título de este artículo, la aplicación de los conceptos tradicionales de nuestro derecho permite, al igual que la aplicación de los conceptos tradicionales de la física cuántica, la paradoja del deudor de Schrödinger, aquel que consigue ser insolvente y solvente a la vez y en abstracto. De manera similar al físico, que solo descubre si el gato está vivo o muerto cuando abre la caja, el jurista solo conoce si el deudor es solvente o insolvente cuando *mira el rótulo de la caja*, cuando observa si el deudor está dentro de un juzgado de instrucción o de un juzgado de lo mercantil. Si está dentro de un juzgado de instrucción, sin ser seguro —ya sabemos que las leyes del derecho no son tan certeras como las de la física—, sí es muy probable que nuestro deudor sea insolvente. Si, por el contrario, el deudor está dentro de un juzgado de lo mercantil, es más probable que el deudor sea solvente.

Para huir de la paradoja del deudor de Schrödinger, conviene llamar a las cosas por su nombre. La insolvencia aparente no existe. Dejemos que el derecho concursal y los juzgados de lo mercantil definan qué es una situación de insolvencia y hagamos que el derecho penal y los jueces de este orden protejan el derecho de crédito con el vigor necesario, pero también con la coherencia interna que un Código Penal necesita. Solo si la insolvencia es insolvencia resolveremos la paradoja del deudor de Schrödinger.

VII. Bibliografía

BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, Ramón Areces, Madrid, 2001.

CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., «La pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 46, Civitas, 2019.

DEL ROSAL BLASCO, B., «Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., «Los presupuestos del concurso», en PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. (dirs.), *Tratado judicial de la insolvencia*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

HUERTA TOCILDO, S., «Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes», en CEREZO MIR, J. et al. (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. Torío López*, Comares, Granada, 1999.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIV, 2003.

ÍDEM, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial* (3.ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, Bosch, Barcelona, 1999.

QUINTERO OLIVARES, G., *El alzamiento de bienes*, Praxis, Barcelona, 1973.

ÍDEM, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Elcano, 2007.

RUIZ MARCO, F., *La tutela penal del derecho de crédito*, Dilex, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ DAFAUCE, M., «Frustración de la ejecución», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Comentarios a la Legislación Concursal*, Lex Nova, Valencia, 2004.

SOUTO GARCÍA, E. M.ª, *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995.

VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Todas las citas referentes a la Ley Concursal corresponden al Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (LA LEY 6274/2020).

(2)

El artículo 2.3 tanto de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LA LEY 1181/2003) como del Texto Refundido de la Ley Concursal aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (LA LEY 6274/2020), definen la insolvencia inminente como el estado de aquel «deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones».

(3)

DEL ROSAL BLASCO, B., «Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994; VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Elcano, 2007.

(4)

RUIZ MARCO, F., *La tutela penal del derecho de crédito*, Dilex, Madrid, 1995; HUERTA TOCILDO, S., «Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes», en CEREZO MIR, J. et al. (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. Torío López*, Comares, Granada, 1999; SOUTO GARCÍA, E. M.^a, *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., «Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIV, 2003. Especialmente relevantes son los argumentos expuestos por HUERTA TOCILDO en el citado trabajo para justificar la necesidad de que el tipo sea de resultado mediante una interpretación sistemática e integradora del alzamiento con otros tipos penales.

(5)

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes», cit., pp. 458 ss., e ÍDEM, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial* (3.^a ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 45 ss. Según expone el autor, para RUIZ MARCO, F., *La*

tutela penal del derecho de crédito, cit., y para HUERTA TOCILDO, S., «Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento», cit., el tipo exige causar un efectivo perjuicio económico para el acreedor, mientras que para BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 386 y 388, «es necesario que el deudor se coloque en una situación de insolvencia impidiendo el cobro del crédito» pero no necesariamente causando un perjuicio.

(6)

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Comentarios a la Legislación Concursal*, Lex Nova, Valencia, 2004.

(7)

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., «Los presupuestos del concurso», en PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. (dirs.), *Tratado judicial de la insolvencia*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

(8)

CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., «La pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 46/2019, Civitas.

(9)

MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 112, y TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, p. 142.

(10)

El ejemplo lo plantea HUERTA TOCILDO, S., «Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento», cit., p. 807 y, ya antes, QUINTERO OLIVARES, G., *El alzamiento de bienes*, Praxis, Barcelona, 1973, según expone MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, cit., p. 56.

(11)

La concepción del delito como de lesión, exigiendo que su consumación se produjera cuando, tras devenir la deuda exigible, se causara el efectivo perjuicio al acreedor, evitaría este

problema, como bien apuntan HUERTA TOCILDO, QUINTERO OLIVARES o MARTÍNEZ-BUJÁN, partidarios de esta tesis.

(12)

En este sentido lo critican tanto RUIZ MARCO, F., *La tutela penal del derecho de crédito*, cit., pp. 351 ss., como HUERTA TOCILDO, S., «Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento», cit., pp. 803 ss.

(13)

SÁNCHEZ DAFAUCE, M., «Frustración de la ejecución», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.