

Enric Faura Lluís - Socio de AddVANTE

LA LEY CONCURSAL: UNA VISIÓN CONTEXTUALIZADA DE LA CRISIS



En el año 2003, la prensa especializada ensalzaba el cuerpo jurídico unificado de la nueva y flamante Ley Concursal (22/2003 de 9 de julio) y acentuaba el carácter de legislación puntera de la misma. Ante la inminencia de una próxima reforma de la Ley Concursal, son muchas las voces que claman el fracaso de la citada Ley.

Dos son los principales argumentos esgrimidos: la Ley Concursal establece en su exposición de motivos que la finalidad del proceso concursal es la viabilidad y continuidad de las empresas y, por el contrario, los últimos estudios realizados concluyen que más del 90% de las empresas que en-

tran en concurso acaban en liquidación; por otro lado, la Ley Concursal debería permitir el máximo resarcimiento de las deudas de los acreedores, y actualmente dichos cobros no se producen y, paradójicamente, la liquidez obtenida durante el proceso concursal a duras penas consigue cubrir los créditos contra la masa.

En base a las evidencias anteriores, se concluye que la Ley Concursal es tan solo un ambicioso proyecto intelectual, alejado de la realidad económica. Pero, ¿de qué realidad económica se está hablando? La del año 2003, con una economía en pleno crecimiento o de la realidad la de los últimos años, la de la crisis. Una crisis que ni en su profundidad ni en su duración nadie podía prever. Así, es razonable plantearse si, ante la actual situación económica, cualquier ley concursal no habría tenido resultados sustancialmente idénticos. La Insolvenzordnung (ley concursal alemana) una de las más avanzadas, tan solo consigue que un 15% de las empresas que entran en concurso aprueben y cumplan el convenio.

En la mayoría de los casos, que la empresa concursada vaya finalmente a liquidación y sus acreedores no puedan satisfacer sus créditos, no se debe tanto al proceso concursal en sí, sino a la idoneidad del momento en el que se presenta el concurso de acreedores. Decidir correctamente el momento de presentación del concurso marcará el desenlace futuro de la empresa. Habitualmente, tan solo se opta por presentar el concurso de acreedores como última posibilidad, o lo que es lo mismo, pocos días antes de que ya no exista forma de poder atender el pago de las nóminas, con una cuenta de resultados en pérdidas galopantes, con un fondo de maniobra negativo y con un patrimonio neto que si no es negativo es gracias a la ingeniería contable. ¿Es esta realidad un problema de liquidez que debe ser atendido por la Ley Concursal o bien nos encontramos frente a un problema patrimonial en el que ya nada puede hacer el proceso concursal?

La realidad ha evidenciado que la actual Ley Concursal no ha superado la estigmatización de la empresa en concurso y éste será un lastre difícilísimo de su-

perar. Es el pez que se muerde la cola, si la empresa presenta el concurso queda desacreditada y le es muy dificultoso superar la situación concursal. Es insostenible continuar con la actividad ordinaria, cobrando a plazo los clientes, pagando al contado a los proveedores y sin la posibilidad de obtener nueva financiación bancaria. Así pues, las empresas con dificultades, intentan sobrellevar el día a día estirando al máximo la tesorería y sólo presentan el concurso de acreedores cuando ya están en una situación irreversible y quebradas técnicamente. Entonces, sí que la única salida del concurso es la liquidación. Nuestra realidad cultural sigue mostrando el concurso como un fracaso y no como una nueva oportunidad como el Chapter 11 estadounidense y las realidades culturales no sólo se cambian con las leyes.

Parafraseando a un Juez de lo Mercantil, “nos dejan la empresa muerta a la puerta del Juzgado para que la enterremos”. Es evidente que ésta no es una situación deseable. Pero la experiencia ha demostrado que si la empresa está abocada a una liquidación que ésta se produzca en sede judicial es mejor que las anteriores liquidaciones societarias de la Ley de Sociedades Anónimas y evidentemente mucho mejor que la depauperación y abandono societario que se produjo en otras crisis, puesto que dentro de la Ley Concursal se garanti-

za la rendición de cuentas hasta el último euro.

En definitiva, ¿es realmente tan mala la Ley Concursal del 2003 puesta en contexto del los tiempos en los que le ha tocado vivir o el fracaso de sus resultados son en gran parte consecuencia de nuestra sociedad, que no ha podido o sabido adaptarse a un cambio sustancial y superar la estigmatización de la empresa en concurso? Con todo es innegable que nos encontramos ante una oportunidad histórica para mejorar la Ley del 2003. La propia exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Reforma fija como ejes fundamentales, por un lado, el introducir instrumentos procesales que den mayor agilidad, flexibilidad y rapidez al concurso y, por otro, el establecimiento de institutos preconcursales como alternativa al propio concurso.

AddVANTE

INFO

BARCELONA
Avda. Diagonal, 482, 1a. Planta
08006 Barcelona
Tel.: +34 93 415 88 77
Fax: +34 93 415 57 77

MADRID
Velázquez 94, 1ª planta
28006 Madrid
Tel.: +34 91 781 70 15
Fax: +34 91 781 70 20

addvante@addvante.com
www.addvante.com

www.togas.biz

Togas.biz

Publicado por Professional Letters Nuevos Servicios S.L.

Tel. 93 415 61 20 | info@togas.biz

PLS

PROFESSIONAL
LETTERS

Agencia de Marketing y Comunicación

www.professional-letters.com

Francisco Vera, Socio-Director de DATA LEGAL.

LA LEY CONCURSAL: HERRAMIENTA U OBSTÁCULO



¿Cuál es el balance del ejercicio 2010?

Lógicamente, en un año marcado por la recesión económica, por la ausencia de medidas por parte del Gobierno tendentes a paliar de forma eficaz las consecuencias de la crisis en la que estamos inmersos, por la falta de crédito en el sistema que pueda llegar al tejido productivo, DATA LEGAL ha tenido que implementar planes de reestructuración para sus empresas clientes que les permitan sobrevivir a esta situación tan grave. Asimismo,

mo, desde el ejercicio de la Administración concursal, hemos contribuido a que más de un 18% de empresas en concurso hayan podido aprobar un convenio con sus acreedores de tal manera que mantengan su actividad de forma eficiente en unos momentos tan críticos como los actuales, cuando el porcentaje habitual es el 10%.

DATA LEGAL ha conseguido aumentar su número de clientes así como prestar sus servicios en la casi totalidad de los Juzgados mercantiles en Barcelona y Madrid, donde disponemos de oficinas permanentes, por lo que dicha confianza no hace más que reafirmar nuestros valores: integridad, independencia y profesionalidad.

¿Han aumentado el número de concursos de acreedores en este último año?

Sin ninguna duda, pues la situación de crisis como la que

hemos vivido en los últimos tres años, y especialmente por la falta de liquidez del sistema financiero, ha provocado una pérdida de tejido productivo en varios sectores económicos. Por ello no ha resultado extraño que en este pasado ejercicio 2010, la cifra de concursos de acreedores haya aumentado en más de un 10% en relación con el año anterior, fijando la cifra de empresas concursadas en 5.504. Y lo peor es que la previsión para el 2.011 es que continúe la tendencia al alza del número de empresas que se acojan al procedimiento concursal.

¿Cuándo va a frenarse esta tendencia?

La excesiva exposición de las empresas al endeudamiento financiero como herramienta básica para el crecimiento provoca que la influencia de la Ley Concursal vaya a resultar mínima en ese sentido puesto que lo primordial va seguir siendo solucionar el problema de acceso al crédito. De ahí que en el momento en el que

vuelva a reactivarse el mismo, descenderán en la misma proporción los concursos de acreedores.

Ya ha sido presentado un Anteproyecto de Ley Concursal, ¿confía usted que esta Ley contribuya a que las empresas que se acojan al proceso concursal dispongan de alguna oportunidad real para sobrevivir?

El Anteproyecto presentado no supone una reforma en profundidad en cuanto a la gestión de la insolvencia del deudor. Efectivamente, se introduce mayor protección a los procesos de refinanciación, se dotará de mayores facultades a la Administración concursal y se pretende agilizar el concurso. En fin, habrá que esperar a la aprobación definitiva del texto y después comprobar sus efectos. No obstante, llega muy tarde para miles de empresas que han padecido la rigidez del sistema concursal español y que se han visto abocadas a la liquidación.

¿Qué aporta DATA LEGAL a sus clientes?

DATA LEGAL aspira a ser un referente en España en el ámbito del Derecho Concursal, así como en el ámbito de la ordenación jurídica de la actividad empresarial, tanto en su crecimiento como en sus crisis.

La misión de los Abogados de DATA LEGAL es acompañar a nuestros clientes en el desarrollo de sus negocios, es imprescindible conocer el negocio del cliente, la tipología de clientes y proveedores, y sobre todo imprimir a nuestro trabajo diario valor añadido mediante la profesionalidad, integridad y espíritu de servicio de nuestros abogados y colaboradores. Todo ello con un compromiso clave: superar las expectativas del cliente.



INFO

OFICINA EN BARCELONA

Passeig de Gràcia, 78 3º 1ª
08008 Barcelona
Barcelona (Spain)
Tel. 93 487 12 28
Fax 93 487 31 41

OFICINA EN MADRID

Velázquez, 59 5º C. Izqda.
28001 Madrid (Spain)
Tel. 91 563 62 15
Fax. 91 563 02 72

info@data-legal.com
www.data-legal.com

Juli de Miquel - Socio Director de ARASA & DE MIQUEL
Profesor asociado de la Facultad de Derecho de ESADE.

PIEZA DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

PRESUNCIONES "IURIS TANTUM" DE DOLO O CULPA GRAVE



Vamos a referirnos en este artículo a aquellos supuestos legales en que se establecen presunciones que conducen a que el concurso sea calificado como culpable si bien admiten prueba en contrario. Son los casos que menciona el artículo 165 de la Ley Concursal y que se diferencian de los supuestos del artículo 164.2 en el que se establecen, por el contrario, presunciones de dolo o culpa grave que no admiten tal prueba en contrario.

No olvidemos que en estos casos en principio es necesaria la acreditación del dolo o la culpa grave y la relación de causalidad entre éstos y la generación o agravación de la insolvencia, y que la carga de la prueba debe recaer en la administración concursal y en el Ministerio Fiscal que ejercen el papel de parte demandante.

Vamos seguidamente a desarrollar cada uno de los supuestos del referido artículo 165:

a) Incumplimiento del deber de solicitud del concurso.

El tema es de por sí complejo ya que hay que vincularlo al artículo 5 de la Ley Concursal que determina el deber de solicitar la declaración del concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiese conocido o debido conocer el estado de insolvencia salvo que en dicho plazo se presente ante el Juzgado una solicitud de negociación con los acreedores para ganar unos meses más.

Una aplicación excesivamente formalista conduciría, por ejemplo, a estimar que el administrador de una sociedad que debe formular las cuentas como máximo el 31 de marzo de cada año, en dicha fecha debía imperativamente conocer el estado de insolvencia con independencia de que hubiese o no formulado tales cuentas.

Estamos en definitiva ante una materia muy sensible en la que hay que abundar en pruebas contundentes, no sólo del incumplimiento de la obligación legal de

carácter formal, sino también en el anudamiento de dicha obligación con el mayor perjuicio ocasionado por razón de tal demora.

La pregunta que un empresario se formularía es la siguiente: ¿Es aconsejable, hacer un esfuerzo razonable para reflotar la entidad a través de préstamos, avales y ampliaciones de capital, o prescindir de todo ello y, para evitar una futura calificación del concurso como culpable, presentarlo en el plazo legal de 2 meses a sabiendas de que ello, en la inmensa mayoría de los casos, conducirá desgraciadamente a la liquidación de la empresa?

b) Incumplimiento de las obligaciones que comporta la llevanza de contabilidad.

Bajo este título incluimos, al amparo del artículo 165.3º de la Ley Concursal, la no formulación de las cuentas anuales, su no sometimiento a auditoría o su falta de depósito en los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

Nos encontramos pues ante un conjunto de obligaciones meramente formales relativas a la con-

documentación requerida sea necesaria para conocer con exactitud las causas de la insolvencia lo que provoca la presunción de que estas causas son imputables al administrador que se resiste a cumplimentar los requerimientos.

Calificado en concurso como culpable ello puede comportar como es sabido graves sanciones que van desde la inhabilitación de las personas afectadas, a la asunción por ellas de las deudas concursales que no puedan ser atendidas en la fase de liquidación, sin perjuicio de una eventual indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación, razones éstas que obligan a los administradores de las sociedades a ser sumamente escrupulosos con las obligaciones mencionadas cuyo incumplimiento puede suponerles un grave perjuicio personal.

c) Falta de colaboración con los órganos concursales.

El último de los incumplimientos que determinan presunciones que admiten prueba en contrario de dolo o culpa grave es el correspondiente al deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal al no suministrar la información necesaria o conveniente para el interés del concurso, o por el hecho incluso de no asistir a la Junta de acreedores.

El incumplimiento de la obligación de colaboración acaece siempre después de solicitar o declarar el concurso por lo que no puede en principio haber agravado la insolvencia que motivó la apertura del concurso, que es lo que debe tomarse como referencia para juzgar la responsabilidad que comporta la calificación del concurso como culpable, pero puede ser que la

documentación requerida sea necesaria para conocer con exactitud las causas de la insolvencia lo que provoca la presunción de que estas causas son imputables al administrador que se resiste a cumplimentar los requerimientos.

Calificado en concurso como culpable ello puede comportar como es sabido graves sanciones que van desde la inhabilitación de las personas afectadas, a la asunción por ellas de las deudas concursales que no puedan ser atendidas en la fase de liquidación, sin perjuicio de una eventual indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación, razones éstas que obligan a los administradores de las sociedades a ser sumamente escrupulosos con las obligaciones mencionadas cuyo incumplimiento puede suponerles un grave perjuicio personal.

ARASA & DE MIQUEL
ADVOCATS ASSOCIATS

INFO

BARCELONA
Avda. Pedralbes 38, bajos
08034 Barcelona
Tel.: +34 93 203 49 50
Fax: +34 93 205 43 55
info@aradem.com

MADRID
Barbara de Braganza, 11, 3º Dcha.
28004 Madrid
Tel.: +34 91 319 48 02
Fax: +34 91 319 50 27
info@aradem.com

www.aradem.com

SWAPS.

CONSIDERACIONES GENERALES Y CONCURSALES.

Sebastián Auger - Abogado

Auger Advocats



Hace algunos meses tuve a bien asistir a una interesante jornada sobre los SWAPS organizada por la sección de derecho procesal del Colegio de Abogados de Barcelona. La jornada me confirmó la dificultad del concepto; todos los ponentes -prestigiosos Letrados y Magistrados- tuvieron dificultades para trasladar a los asistentes con claridad y sencillez en qué consistía un SWAP. Intentaremos en estas líneas realizar una aproximación fácil y asequible al concepto SWAP desde el punto de vista conceptual y concursal, y a su consideración por parte de nuestros tribunales desde la óptica del cliente y de la entidad bancaria.

Desde finales del año 2006 y, especialmente, durante el año 2007 las entidades financieras han colocado entre sus clientes productos financieros complejos, entendiendo como tales depósitos bancarios estructurados cuya rentabilidad se referencia en diversos índices. Uno de esos índices lo constituyen los contratos de permuta financiera de tipos de interés o tipos de cambio, comúnmente denominados SWAPS. El más habitual es el SWAP de intereses, definido por la Asociación Española de Banca Privada como "aquella operación (léase contrato) por la que las partes acuerdan intercambiar entre sí pagos de can-

tidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un tiempo de duración acordada". Estos productos, ciertamente complejos, se vinculan normalmente a otro contrato de préstamo o de crédito que tiene la condición de principal.

Así las cosas, y sin que la Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo se halla pronunciado todavía sobre el particular, la *jurisprudencia menor* ha emitido en los últimos meses un volumen apreciable de resoluciones en las que se observa una casuística común: **i)** por una parte, una falta de formación específica del personal bancario encargado de comercializar los SWAPS para trasladar al cliente la realidad del producto ofrecido, siendo así que con relativa frecuencia casos desconoce o confunde la verdadera esencia del producto financiero colocado. Aún actuando de buena fe y con su mejor disposición, el profesional bancario no valora adecuadamente -quizá porque no tiene la formación y experiencia suficiente para hacerlo- el riesgo que hace asumir a su cliente; y **ii)** por otra, clientes minoristas, de un perfil económico medio o PYMES, carentes de la información -y en muchos casos de la formación- imprescindible para comprender y valorar adecuadamente los riesgos implícitos que

conlleva un producto financiero de la complejidad del SWAP.

Para poder ponderar la viabilidad de una posible reclamación, deberán evaluarse adecuadamente, caso por caso, escenarios precontractuales y/o posibles vicios que afecten al consentimiento, entre otros, los siguientes: **i)** Entre qué tipo de cliente se ha comercializado el SWAP, distinguiendo según se trate de clientes profesionales o minoristas, ya sean personas físicas o jurídicas. **ii)** Análisis pormenorizado de la información que la entidad bancaria ha facilitado, y si la misma guarda relación adecuada con el perfil del cliente, sus conocimientos, inteligencia y preparación personal o profesional. Además, deberá valorarse si del conjunto del contrato se desprende una posición dominante de la entidad bancaria que produzca desequilibrio entre las obligaciones banco/cliente; y **iii)** Si el proceso de comercialización ha tenido suficientes garantías para el cliente, atendida la formación y preparación del empleado bancario y su capacidad profesional para trasladar convenientemente la información derivada de un producto financiero de la complejidad del SWAP.

La vía jurídica más frecuente es la solicitud de nulidad del contrato por vicio en el consentimiento, ex artículos 1.261 y 1.265 del Código Civil, debiéndose probar con suficiencia que el cliente sufrió error esencial e inevitable empleando la denominada diligencia media.

La entidad financiera, por el contrario, apoyará su estrategia de defensa -que también cuenta con apoyo jurisprudencial significativo- en el contenido y alcance de los artículos 1.091, 1.255 y 1.256 del Código Civil y, sobre todo, en que trasladó la información de forma completa, imparcial y exhaustiva en el momento de otorgar el contrato con el cliente, que normalmente documentará mediante la apor-

tación de un *test de evaluación de su conveniencia* firmado por las partes. Complementará a buen seguro su argumentación añadiendo que ella se limitó a informar -no a asesorar- de la existencia del producto (que además no tenía coste para el cliente, pues no pagaba prima ni comisión por contratarlo), y que advirtió al cliente suficientemente de los riesgos de la operación.

En *conclusión*, cuestión de prueba, caso por caso.

Entrando ya en *terreno concursal*, las resoluciones judiciales acerca de los contratos de permuta financiera relativos a concursos de acreedores de personas físicas y jurídicas centran su problemática en la calificación del crédito derivado del contrato respecto de las liquidaciones futuras, y en las indemnizaciones por resolución anticipada cuya cuantía resulta desproporcionada.

En un riguroso artículo (El Derecho, 11/10/2010) la Magistrada titular del Juzgado Mercantil nº 8 de Barcelona analiza exhaustivamente la situación actual del SWAP en el seno del Concurso, y sostiene que para la delimitación de sus efectos jurídicos debemos acudir al artículo 16 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas Urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública -en adelante RDL-, que permite la declaración de vencimiento anticipado, resolución, ejecución o efecto equivalente en las operaciones financieras realizadas en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con éste, que no podrá verse afectada, limitada o restringida en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal. Con ello el RDL blindará los SWAPS en un doble sentido, toda vez: **i)** permite que puedan incluirse cláusulas de resolución o vencimiento anticipado, previstas en el acuerdo marco, en caso de declaración

de concurso del cliente, eludiendo la prohibición del artículo 61.3 de la Ley Concursal (posibilidad que reconoce el artículo 63.2 LC); y **ii)** evita que una vez declarado el concurso puedan mantenerse aquellas operaciones financieras favorables para el propio concurso y resolver las perjudiciales o negativas, ya que prevé en caso de resolución la compensación de saldos (en contraposición a la prohibición expresa de créditos y deudas establecida en el art. 58 LC).

La situación actual de la cuestión sería la siguiente:

a) Si la cláusula de vencimiento anticipado se ejercita con ocasión del concurso el crédito resultante de la compensación será concursal y, por ende, también la indemnización pactada. Por el contrario, si el concurso decide no resolver el contrato y este mantiene su vigencia en el concurso, la propia remisión al artículo 61.2.1 de la Ley Concursal obliga a calificar el crédito contra la masa y a pagarlo a su vencimiento (art. 154 LC).

b) Si después de declarado el concurso la entidad financiera resuelve el contrato de compensación y ha existido un incumplimiento anterior por el concursado, el crédito resultante de esta resolución y la indemnización de daños y perjuicios será concursal. Por el contrario, si el incumplimiento es posterior el saldo deudor final y la indemnización serán créditos contra la masa.

La acción de nulidad, si se ejercita de forma previa al concurso, es conveniente entablarla ante la jurisdicción civil ordinaria. Instado el concurso, serían los juzgados mercantiles los competentes por vía de reconvencción, o también con fundamento en el artículo 54 LC. Las argumentaciones en el indicado sentido suelen apoyarse en error en el consentimiento y/o infracción de leyes específicas de competencia de la jurisdicción mercantil.

INFO

Avda Diagonal 469, 1º 2ª
08036 Barcelona
Tel. 93 419 27 72
Fax. 93 419 64 44
sebastian@augeradvocats.com

CURSO UNIVERSITARIO DE EXPERTO EN ADMINISTRACIÓN CONCURSAL a DISTANCIA

Objetivos: Realizar las actividades propias de los administradores concursales, en funciones de auditor, titulado mercantil o economista y en funciones jurídicas

Incluye el Análisis de la Reforma Concursal - Profesorado formado por Jueces Mercantiles



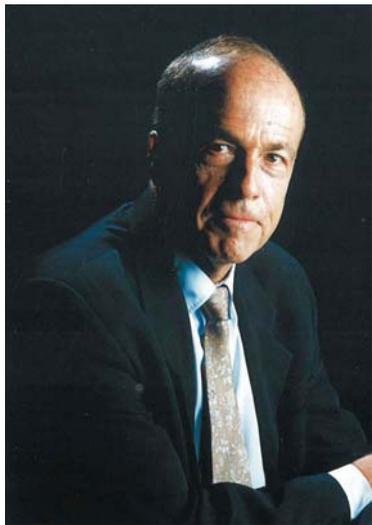
Duración 100 horas Inicio Marzo 2011

Información Tel. 900809929

www.aulalearning.es - info@aulalearning.es

Juan Córdoba Roda - Catedrático de Derecho Penal - Abogado

FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO



La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha introducido un nuevo grupo de delitos dedicado a la falsificación de tarjetas de crédito y débitos y cheques de viaje. Los motivos de esta reforma son crear una propia tutela penal frente a la falsificación de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje, extender la tutela penal al tráfico, uso y tenencia de estos instrumentos, y, en particular, tomar en consideración el hecho de que estas actividades delictivas frecuen-

temente se llevan a cabo en el marco de una organización, con distribución de funciones entre quienes obtienen los datos de una tarjeta auténtica, quienes los incorporan a la banda magnética y quienes, por último, utilizan las tarjetas para extraer dinero de los cajeros automáticos.

La Ley de reforma ha creado así una nueva regulación para los delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débitos y cheques de viaje. Antes de dicha reforma, el Código Penal atribuía a las tarjetas de crédito y débito y a los cheques de viaje la naturaleza de moneda y, en consecuencia, castigaba su falsificación como falsificación de moneda. La Ley Orgánica de 22 de junio de 2010 modifica esta regulación en el sentido de crear una propia tutela penal frente a la falsificación de dichas tarjetas. El alcance de esta reforma rebasa la simple modificación de la colocación sistemática de estos delitos en el Código Penal. En la medida en la que las tarjetas y los cheques de viaje no son

moneda, la competencia para la instrucción y enjuiciamiento de estos delitos ya no se atribuye como en la regulación anterior a la reforma, a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional, sino a los Juzgados y Tribunales ordinarios.

Tarjetas de crédito y débito son documentos emitidos por una entidad crediticia que permiten a su titular a través de la presentación de las tarjetas o de su introducción en un cajero automático, pagar bienes o servicios u obtener una suma dineraria. En el caso de las tarjetas de débito, dicho pago se adeuda en una cuenta bancaria abierta por el titular de la tarjeta; y en el caso de las tarjetas de crédito, dicho pago se efectúa a través de un crédito otorgado al titular de la tarjeta. Y tarjetas de crédito o de débito lo serán todas aquellas que tengan una validez general como instrumentos de pago, de suerte que aquellas que son un medio de pago propio tan solo de una determinada clase de establecimientos, no constituyen

los instrumentos objeto de la presente regulación penal.

La primera de las conductas que la Ley castiga, es la de alterar, copiar, reproducir o de cualquier otro modo falsificar tarjetas. Un ejemplo lo ofrece la alteración de los datos contenidos en la banda magnética de una tarjeta auténtica, a través de la incorporación a dicha banda magnética de los datos de una determinada persona, obtenidos fraudulentamente. Esta conducta se castiga con una pena de prisión de cuatro a ocho años, superior a la establecida para la falsificación de documentos públicos y oficiales, aunque menor a la que con anterioridad a la reforma preveía el Código Penal cuando atribuía a las tarjetas la consideración de moneda.

El Código castiga en segundo lugar la tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados, destinados a la distribución o tráfico. Dicha tenencia debe tener como finalidad la distribución o tráfico. La tenencia para el posterior uso por el detentador, no constituye de por sí un delito que pueda adicionarse al del uso que de la tarjeta o cheque se realice.

Y el Código Penal castiga por último la conducta de quien sin

haber intervenido en la falsificación usarse en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados. Dicho uso puede llevarse a cabo de dos formas distintas: presentar la tarjeta en un establecimiento para comprar un producto; o extraer dinero de un cajero automático utilizando la tarjeta y tecleando el número secreto del titular. Y ambas formas pueden llevarse a cabo en virtud del apoderamiento de la tarjeta del titular o en virtud de la utilización de una tarjeta falsificada. A ambas formas les es de aplicación el nuevo delito de estafa creado por la reforma, que castiga a quienes utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

BUFETE CÓRDOBA RODA
ABOGADOS

INFO

Barcelona
Roger de LLúria 86-88 pral.1
08009 Barcelona
Tel.: (+34) 93 457 40 06
Fax: (+34) 93 207 38 04

jcordoba@icab.es

BATALLER BALAGUER ADVOCATS

LA EJECUTORIA Y LA PRESCRIPCIÓN DE LAS PENAS, SEGÚN LA STC 97/2010, DE 15 DE NOVIEMBRE



Tras Sentencia firme, llega la fase de ejecución. Nuestro despacho trabaja, sobre todo, en este último momento del proceso penal, ofreciendo un asesoramiento integral de la ejecución del fallo condenatorio: gestión del pago de una eventual responsabilidad civil y/o pena de multa; pena privativa de libertad y posibles alternativas a la misma. Facilitamos, por último, el trance de cumplir la pena de prisión, siendo nuestro objetivo principal, la salida del centro penitenciario cuanto antes y en las mejores condiciones.

La pena por excelencia del actual sistema penal es la pena de prisión. No obstante, las incidencias derivadas de una responsabilidad civil y/o pena de multa, no son baladíes. Por ello, la Ejecutoria demanda un asesoramiento exhaustivo, requiriendo de especialistas en

Derecho Penal y Derecho Penitenciario.

Es de considerar, la Sentencia del Tribunal Constitucional, 97/2010, de 15 de noviembre, que se pronuncia acerca de la interrupción del plazo prescriptivo de las penas, y sus posibles consecuencias.

Desde una óptica literal, el artículo 134 CP establece que sólo el cumplimiento de la pena interrumpe el plazo de prescripción. Es decir, si la pena no es ejecutada en los plazos que recoge el artículo 133 CP, prescribe,

y no podrá exigirse su cumplimiento. Ahora bien, la Jurisprudencia mediante interpretación extensiva, ha venido concediendo eficacia interruptora del plazo de prescripción a actos distintos del cumplimiento de la pena en cuestión. Concretamente, se ha defendido que debe reconocerse virtualidad interruptora a toda actuación procesal que impulse el procedimiento de ejecución de la sentencia, aunque ello no supusiera el cumplimiento de la pena impuesta. En méritos a dicho razonamiento, se ha considerado por Tribunales que el plazo de prescripción se interrumpe por actos procesales como la suspensión durante la tramitación del indulto (artículo 4.4 CP) o la suspensión durante el amparo (artículo 56.2 LOTC). Asimismo, se ha sostenido que el plazo concedido para el pago de la responsabilidad civil impuesta en Sentencia tiene efecto interruptor sobre la prescripción de la pena de multa.

Frente a la anterior práctica, el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia 97/2010, ha establecido que las interpretaciones anteriores no satisfacen el canon de constitucionalidad, por cuanto exceden el tenor literal del artículo 134 CP, única norma aplicable a efectos de considerar la interrupción del plazo prescriptivo.

La Sentencia ha puesto en jaque a los Tribunales de Ejecutorias, quienes, con esta nueva pauta, procederán a un examen cuidadoso de las penas pendientes de ejecutar. No son pocos los efectos que pueden suscitarse en fase de ejecución; partiendo de que el intérprete supremo de la Constitución considera que sólo el cumplimiento de la pena interrumpe el plazo de prescripción, ello puede conllevar, como efecto colateral, que los Tribunales hagan inmediatamente ejecutivas las penas impuestas en Sentencia, considerando incluso denegar la suspensión durante la tramitación del indulto.

Especial problemática es la ejecución de la pena de multa: el artículo 126 CP establece un orden de prelación de pagos a las distintas responsabilidades pecuniarias, siendo la multa la última de ellas. Hasta la fecha, los Tribunales inadmitían invertir el orden de prelación o realizar dos planes de pago fraccionados simultáneos: uno destinado al abono de la responsabilidad civil y otro destinado al pago de la multa. De no admitirse dichas posibilidades, a la luz de la Sentencia 97/2010, podría derivarse a la irremediable prescripción de la pena de multa, sobre todo en aquellos delitos económicos en que las responsabilidades pecuniarias son elevadas. Todo ello

puede repercutir negativamente en las facilidades que hasta la fecha venían admitiendo los Tribunales respecto del pago fraccionado de las responsabilidades civiles, habida cuenta de que un pago fraccionado de una responsabilidad civil va en detrimento del tiempo que el Tribunal dispondrá para ejecutar la pena de multa una vez liquidada la indemnización, siendo ello un riesgo que quizá no se esté dispuesto a asumir.

Especial atención merecen pues aquellas ejecutorias vivas, ya que los Tribunales están acelerando las ejecutorias pendientes a fin de evitar prescripciones, y nos podemos llevar más de una sorpresa desagradable. La olvidada fase ejecutoria, una vez más, adquiere un protagonismo que jamás debió haber perdido, al ser la verdadera respuesta del Derecho Penal ante la comisión de un delito.



INFO

Tuset, 34, entlo A
08006 Barcelona
Tel.: +34 93 415 62 80
ibalaguer@bbabogados.com
www.batallerbalaguer.com

LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS POR DELITO FISCAL POR LA AGENCIA TRIBUTARIA

DIEGO ARTACHO. Abogado

Inspector de Hacienda del Estado en excedencia.

Socio de RCD, Asesores Legales y Tributarios.



La Ley Orgánica 5/2010, por la que se modifica el Código Penal, ha venido a modificar algunos aspectos relativos a los Delitos contra la Hacienda Pública. En la reforma no se han consolidado algunas propuestas del Proyecto de Ley que, como la ampliación a diez años del instituto de la prescripción, eran reclamadas por ciertos sectores de la Agencia Tributaria, pero sí que se han agravado las penas, se han ampliado las facultades de la Administración para el cobro de las cantidades defraudadas, y se ha introducido, aunque no sólo para este delito, la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, en el futuro podrá suponer un auténtico bis in ídem en delitos fiscales cometidos, ahora ya también, por personas jurídicas.

En efecto, tras la reforma, el párrafo 5º del artículo 305 del Código Penal introduce una importante novedad, ya que establece que “en los procedimientos por el delito contemplado en este artículo –el delito fiscal-, ... los jueces y

tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá -la pena de multa y la responsabilidad civil- por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley –LGT-”.

Esta colaboración entre los órganos judiciales y los administrativos ya estaba prevista en la Disposición Adicional Décima de la Ley General Tributaria, por lo que no es una novedad conceptual, pero deja muchas dudas para cuando se empiece a poner en práctica, ya que si bien la cuota defraudada puede tener sentido que pueda intentar cobrarla con sus propios medios la Administración perjudicada por el delito, resulta de mucho más difícil explicación que se le atribuya potestad en la ejecución material de la pena de multa. La ejecución de las penas, como ya ha escrito un reputado Fiscal, “debemos entender que se trata de una cuestión de orden público y de ningún modo sustraible al procedimiento común de ejecución de senten-

cias conforme a los artículos 117.3º de la Constitución Española y 1 y 985 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Y, siguiendo a un no menos reputado Catedrático de Derecho Penal, “que una pena no puede ser ejecutada sin un control judicial parece, sin embargo, una obviedad, que el texto no tiene en cuenta”.

Se nos ocurren múltiples situaciones en las que los avatares de la ejecución de la pena de multa, como los efectos de su cobro parcial, la posible insolvencia sobrevenida del condenado, su situación personal y familiar, su ingreso en prisión en caso de impago de la responsabilidad civil, la suspensión de la pena en caso de una solicitud de indulto o por mor de un recurso de amparo, su sustitución por otra pena no pecuniaria, han de ser resueltos por el juez o tribunal que la dictó, por lo que la confusión está garantizada.

El legislador, impulsado por el Gobierno, y éste sin duda por la Agencia Tributaria, no quería realmente esta confusión procedimental, sino simplemente resolver otro problema puramente económico. El párrafo 5º citado define qué se entiende comprendido en la responsabilidad civil en los supuestos de condenas por Delito contra la Hacienda Pública, y nos dice que la **responsabilidad civil “comprenderá el importe de la deuda tributaria que la administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora...”**.

Una novedad de este párrafo es que establece que la responsabilidad civil comprenderá el importe de la deuda tributaria que la administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal. Esta posible causa legal se refiere sin duda a la prevista en el artículo 180 de la Ley General Tributaria relativa a la paralización de los expedientes de comprobación y de liquidación cuando se aprecien indicios de

delito según el cual, remitiendo las actuaciones a la fiscalía, se interrumpen dichos procedimientos. Pero lo destacable es que el legislador contempla como responsabilidad civil la “deuda tributaria” que la administración “no haya podido liquidar por prescripción”, para llegar a exigir en la vía penal una deuda tributaria ya prescrita administrativamente.

Responsabilidad Civil comprenderá el importe de la deuda tributaria que la administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal

El Tribunal Supremo ha consolidado la doctrina de un periodo de prescripción más largo para la prescripción del delito fiscal que para la prescripción tributaria, pero igualmente ha reforzado el significado de la responsabilidad civil derivada del delito, que obliga a reparar el daño patrimonial causado sólo si concurren todos los elementos, objetivos y subjetivos, del tipo penal, y no sólo cuando la cuota dejada de ingresar supera sin más los 120.000 euros.

La gran novedad práctica de este apartado 5º reside en que, para los delitos que se cometan una vez ha entrado en vigor la reforma el 23 de diciembre de 2010, los intereses a los que serán condenados los reos de delitos fiscales serán los intereses de demora, sustancialmente más elevados históricamente que los intereses legales. En efecto, la Agencia Tributaria viene defendiendo en las causas por delito fiscal a través de sus representantes procesales, los Abogados del Estado, que el tipo de interés al que se debe condenar al autor de un delito fiscal es el interés de demora, el mismo que hubiera aplicado la administración si hubiera cobrado la deuda tributaria en vía administrativa. Sin embargo las fiscalías de delitos económicos y los tribunales han

mantenido siempre como tipo de referencia al interés legal del dinero, tal y como regula la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por tanto, ahora tendremos en nuestro Código Penal dos velocidades para el cómputo de los intereses, el del Delito Fiscal, el interés de demora tributario (más elevado que el interés legal del dinero) y el de los demás delitos del Código, el interés legal del dinero. Con el tiempo se verá si los tribunales aceptan sin más esta discriminación. Lo que sí parece claro es que la reforma apuntala definitivamente la idea de abogados defensores, Fiscalía y la jurisprudencia de que en los procedimientos en curso deberá seguirse sin más remedio el régimen común de cómputo de intereses, el del interés legal del dinero y no aplicar el, más elevado, interés de demora tributario.

Respecto a las multas, tampoco alcanzamos a entender, si los resultados de los órganos de Recaudación ejecutiva de la Agencia Tributaria son tan satisfactorios, por qué reducir su actividad exclusivamente a las multas impuestas en Delitos contra la Hacienda Pública, y no abrir el campo de actuación al cobro de toda clase de multas impuestas en procesos penales de todo tipo, ya que todas ellas comparten idéntico destino. Tal discriminación carece de fundamento, pero deja patente la fuerza que la Agencia Tributaria ha adquirido en nuestra sociedad.

RCD | Asesores legales y tributarios
Rousaud · Costas · Duran · Artacho

INFO

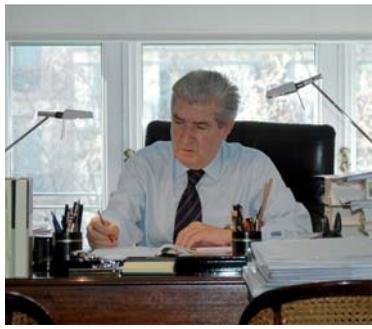
RCD, Asesores legales y tributarios

Av. Diagonal, 593, 3ª planta
08014 Barcelona
Tel.: 93 503 48 68
Fax: 93 503 48 69

rcd@rcd-bcn.com
www.rcd-bcn.com

Tomás Gui Mori - Marcos Iñareta Serra - Abogados

LAS SITUACIONES CONCURSALES Y LA ENTRADA EN VIGOR DEL NUEVO CÓDIGO PENAL



Antes de la Ley Concursal 22/03, el artículo 896 del Código de Comercio se convertía en un requisito previo de procedibilidad en materia penal. Y esa declaración judicial de quiebra culpable o fraudulenta, impedía el ejercicio de acciones penales por insolvencia punible y las hacía prácticamente inviables e ineficaces.



A partir de la Ley Concursal, la cuestión cambió sustancialmente, en la medida en que cabía ya el ejercicio separado de las acciones penales por insolvencia punible sin necesidad de esperar a la calificación del concurso.

Pero el gran cambio aparece con la nueva reforma del Código Penal, porque además las acciones penales

se extienden no sólo a las personas físicas sino también a las personas jurídicas, que pueden ser responsables penales directas de los delitos, sustancialmente económicos, que se relacionan en los artículos 259 a 261 del Código Penal, todos ellos en relación con el artículo 31 del mismo texto legal que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, según la reforma aprobada por la Ley 5/2010, de 22 de junio, y que entró en vigor el pasado 23 de diciembre.

Y el cambio se opera en un doble sentido.

En primer lugar, desde el punto de vista de los acreedores que se consideren defraudados por la presentación del concurso de su deudor, porque les permitirá presentar

y seguir querellas que involucren no sólo a las personas físicas que les engañaron sino también a las personas jurídicas como podrían ser las relacionadas con la concursada.

Desde el punto de vista del deudor, el arma de las querellas puede convertirse en un medio de presión contra el que deba defenderse para evitar actuaciones próximas al chantaje y que tiendan a destruir el principio "*pars conditio creditorum*".

Ante esta situación, aparece con más necesidad que nunca, la de obtener un asesoramiento serio y profundo, con carácter preventivo.

El asesoramiento del deudor debería comprender la adopción de medidas que podrían adoptarse antes de la inminencia de la situación concursal, para acreditar que se ha actuado con la debida diligencia.

El asesoramiento a los acreedores debería comprender la especial negligencia o malicia, el engaño, el ánimo de lucro para sí o para tercero del deudor y las demás circunstan-

cias acreditativas de la comisión de los delitos relacionados con la insolvencia punible.

La importancia económica de las situaciones a que hacemos referencia merece esa consulta previa que aconsejamos, con el doble carácter simultáneo mercantil y penal, absolutamente imprescindible para que el consejo tenga plena eficacia porque más vale prevenir que lamentar.

Gui Mori
abogados

INFO

GUI MORI ADVOCATS

Paseo de Gracia, 120 2º 1ª
08008 Barcelona
Tel.: 93 237 92 71

www.guimoriabogados.com

Antoni Fitó i Baucells - Abogado y Socio Fundador / Javier Porto Carreño - Abogado

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS TRAS LA RECIENTE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL



El pasado 23 de diciembre de 2010 entró en vigor la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Sin duda, la modificación más relevante dentro del ámbito empresarial, con incidencia tanto en el aspecto organizativo como en el desarrollo de las actividades de las sociedades mercantiles, consiste en la introducción por prime-

ra vez en el sistema penal español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, superando definitivamente el principio clásico *societas delinquere non potest*, que venía impidiendo hasta la fecha la imputación de conductas delictivas a las personas jurídicas.

Con la introducción de esta modificación, las personas jurídicas podrán ser declaradas criminalmente responsables por los delitos cometidos en su nombre y provecho por sus representantes, administradores o personas con capacidad de obligarla, así como por los delitos cometidos en su nombre y provecho por las personas que se encuentran al servicio de los anteriores o bajo su auto-

riedad, cuando no hubiese existido el control debido sobre éstas.

Naturalmente, las sanciones penales de las personas jurídicas prescinden de la prisión, pero incorporan a las anteriores consecuencias accesorias del art. 129 –como la disolución, la suspensión de actividades o la clausura de establecimientos–, otras como la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

Finalmente, hay que tener en cuenta la previsión de circunstancias atenuantes de dicha res-

ponsabilidad penal, como la colaboración de la propia persona jurídica en la prevención de los hechos delictivos que pudieran cometerse en su seno, la implantación de medidas correctoras eficaces que eviten la repetición de los mismos, cuando éstos ya se hubieran cometido, e incluso la aportación de pruebas al proceso que contribuyan a reforzar su propia culpabilidad.

A la vista de todo lo anterior, las sociedades mercantiles tienen en sus manos la posibilidad de evitar o limitar una eventual imputación delictiva ejerciendo el debido control sobre sus representantes o empleados mediante la adopción de determinadas me-

didias, como la implantación de protocolos internos de actuación ("*corporate compliance*", en su denominación anglosajona) que les permitan hacer valer sus propios principios éticos y atajar las conductas ilícitas de aquéllos, estableciendo a su vez controles o auditorías para evaluar y adecuar el nivel de cumplimiento en cada caso.

MARCO LEGAL
ADVOCATS & ECONOMISTES

INFO

Marco Legal, Advocats & Economistes

Av. Diagonal, 453bis, 4ª Pl.
08036-BARCELONA
Tel.: +34.93.238.88.88

C/ Velázquez, nº 94, 1º
28006 MADRID
Tel.: + 34.902.1661.00

www.marcolegal.com

Amor ELVIRA BARBA - Economista-auditora - perito judicial y administradora concursal - Socia de asesorel

LAS PERICIALES CLAVE EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES Y PENALES



La pericia suele ser una tarea compleja y puede plantearse desde distintos enfoques. El perito no solamente debe tener experiencia en la emisión y defensa de los informes periciales, sino que, además, ha de estar muy familiarizado con todas las circunstancias que rodean la situación sometida al informe pericial.

Desde la perspectiva real de una economista que es perito judicial y actúa en el proceso concursal ostentando el cargo de administradora

concursal, considero que cuando el concurso llega a su etapa de calificación y aquél se califica como culpable, es imprescindible que el dictamen pericial que debe adjuntarse junto a la demanda, aún siendo de la misma disciplina económica, debe encargarse a una persona diferente del órgano de administración del concurso, porque en dicho procedimiento declarativo –que se ventila por los trámites del incidente concursal– la administración concursal no puede ser al mismo tiempo perito y parte (cfr. Enrique Grande Bustos "Breves apuntes procesales sobre la calificación concursal", La Ley, nº 7033, 2008 y Fernando Redondo "Principales aspectos problemáticos de la calificación del concurso", en

el Libro Homenaje al Profesor Serra Domínguez, 2009).

Desde el año 2004, fecha en que entró en vigor la Ley Concursal, he sido nombrada como administradora concursal y he tenido la oportunidad de conocer a directivos de empresas de diferentes sectores, que simultanean el desarrollo de su trabajo con la actividad del peritaje.

La amplia experiencia en la pericia judicial y la continua necesidad como administradora concursal de disponer de peritos de diversas especialidades, han sido el motor para crear una empresa de peritaje independiente que puede prestar este servicio, necesario en los procedimientos judiciales.

asesorel cuenta en la actualidad con un nutrido grupo de profesiona-

les con capacidades complementarias (arquitectura, economía, ingeniería, medicina, química, telecomunicaciones e informática, etc.) que pueden alcanzar una alta calidad en su peritación, por desarrollar su profesión habitual dentro del mundo empresarial. Su hábito de trabajo en equipo dentro de sus respectivas compañías, facilita la interconexión de conocimientos entre peritos de diferentes disciplinas, interconexión cada vez más necesaria para poder dar una profunda visión de los hechos.

Un perito que conozca a fondo la teoría y domine la realidad práctica de la situación que va a informar en su dictamen, será quien pueda exponerla ante la Administración de Justicia con mayor posibilidad de que, la misma, sea fácilmente comprendida por el juzgador.

El abogado que disponga de una pericial que recoja minuciosamente la teoría, la práctica y las circunstan-

cias que llevaron a su cliente a una determinada situación, estará en óptimas condiciones para plantear su defensa en juicio.

Estas son algunas de las conclusiones extraídas de mi experiencia como socia fundadora de asesorel, contando con una dilatada carrera profesional como economista, auditora, perito judicial y administradora concursal.

asesorel

INFO

Av. Diagonal, 468 6ªA
08006 Barcelona
Tel.: 93 292 02 91
Fax: 93 415 98 97

asesorel@asesorel.es
www.asesorel.es

Entrevista a Jesús Silva y Bernardo Feijoo
Departamento de Corporate Defense de Molins Silva

EN MATERIA PENAL PREVENTIVA, EN EL ÁMBITO DEL MUNDO EMPRESARIAL, ESTÁN EXISTIENDO MOVIMIENTOS PARA IMPLANTAR “PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD”.



¿Qué consecuencias está teniendo en la práctica la entrada en vigor de la responsabilidad penal para personas jurídicas?

En la práctica forense todavía no se ha apreciado un nuevo estado de cosas, pero en el ámbito del mundo empresarial están existiendo movimientos para implantar “programas de cumplimiento de la legalidad”. Se detecta de forma especial esta línea de actuación en aquellas empresas españolas que actúan en países como Estados

Unidos donde existe una cultura del compliance o empresas extranjeras que amoldan los programas de cumplimiento de las matrices a las nuevas exigencias del ordenamiento jurídico español desde el pasado 24 de diciembre. Otras están actualizando los planes específicos que ya tenían de prevención de riesgos vinculados al blanqueo, medio ambiente o calidad de sus productos para convertirlos en gestión global de riesgos penales.

¿Qué sucederá con las empresas que no hayan puesto en marcha este tipo de estrategias?

Es una incógnita. El Derecho Penal español deja absoluta libertad a las empresas sobre sus estrategias de auto-regulación, lo cual incluye la posibilidad de quedarse sin hacer nada si la persona jurídica está muy convencida de que no está sometida a riesgos penales. Pero puede llegar a ser un problema para una sociedad justificar la pasividad en la adopción de medidas específicas de prevención y detección de delitos en caso de que un trabajador o un administrador cometan un hecho delictivo si la mayoría de las empresas de su sector de actividad disponen de este tipo instrumentos.

¿Para qué pueden servir dichos programas de cumplimiento de la legalidad?

En primer lugar se puede asegurar una atenuación, que puede llegar a ser del 75 % de la multa, no debiendo olvidarse que en algunos supuestos el importe de la pena de multa puede ser superior a los nueve millones de euros. Además es el mejor medio para

explicar el delito como un hecho individual que no genera responsabilidad penal propia, autónoma e independiente de la persona jurídica. Por otro lado, además de la multa se pueden imponer sanciones interdictivas (clausuras, suspensión de actividades, intervención judicial, etc.) que pueden adoptarse como medidas cautelares al principio de un procedimiento que puede durar varios años. Los programas de cumplimiento son el mejor argumento para dejar claro que este tipo de opciones adicionales a la multa son innecesarias.

¿Me podía poner un ejemplo de lo que acaba de explicar?

A nivel de Derecho comparado es difícil encontrar ejemplos ya que las empresas que están bien organizadas y auto-reguladas quedan fuera de los procedimientos en fases muy tempranas de los mismos. Pero podemos traer a colación algún ejemplo interno como una Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 28 de mayo de 1999. En esa sentencia se absuelve a varias personas condenadas por un homicidio imprudente derivado de un accidente laboral. La sentencia se basa en que la empresa tenía un plan de prevención de riesgos laborales adecuado comprobado un día antes del accidente, que se plasmaba en la existencia de medidas de seguridad adecuadas. Los riesgos laborales no están contemplados entre los delitos que pueden generar responsabilidad penal directa

de las personas jurídicas, pero debemos imaginarnos una situación similar en la actualidad con un trabajador que en vez de hacer algo peligroso para él realiza un soborno o un vertido ilegal.

¿Valdrá en el futuro cualquier tipo de programa de cumplimiento?

Habrà que probar en el procedimiento que los programas eran eficaces antes de cometerse el delito, a pesar de que éste se haya cometido. No valen maquiillajes. Hay que tener una auto-regulación o unas políticas corporativas de cumplimiento de la legalidad eficaces, no bastando con aparentar que se tienen.

* Jesús Silva, socio Director de la oficina de Madrid, Catedrático de Dº Penal de la UB. Bernardo Feijoo, Catedrático de Dº Penal de la UAM y consultor de Molins & Silva

MS
MOLINS & SILVA
Defensa Penal

INFO

MOLINS & SILVA Defensa Penal
Av. Pau Casals 16, 1º 1ª
08021 Barcelona
Tel.: 93 415 22 44
Fax: 93 416 06 93
info@molins-silva.com
www.molins-silva.com

Ignasi Martínez de Dalmases, Socio director de Martínez de Dalmases & Arderiu Advocats

LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL Y LOS DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES. ESPECIAL REFERENCIA AL NUEVO DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES.



En el espacio dedicado a los delitos que atentan contra las leyes del Mercado, la libre Competencia y los Derechos de los consumidores, objeto de atención ya habitual para los Despachos especialmente dedicados al Derecho Penal Económico, la LO 5/ 2010 de 22 de junio hoy vigente ha introducido cambios significativos en relación a alguno de los tipos previstos, pero parece principal recordar, en primer lugar, que el nuevo art. 288 CP, orillando defi-

nitivamente lo previsto ex art. 129 CP, prevé la **aplicabilidad del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica concebido con el art. 31. Bis CP, y las penas correspondientes, para la totalidad de este tipo de delitos**, una vez nuestro precipitado legislador ha corregido, por Disposición final de la LO 3/ 2011 de 28 de enero de Régimen Electoral General, el error en que torpemente había incurrido, al haber dejado extramuros del art. 31 Bis CP nada más y nada menos que los delitos contemplados en el art. 284 CP. Así mismo, con carácter general, debe destacarse que el tradicional requisito de procedibilidad de esta suerte de ilícitos penales deja de existir, conforme a art. 287 CP reformado, para lo contemplado en los **arts. 284 y 285 CP, que pasa a ser perseguible de oficio.**

Al amparo de la Reforma se ha acuñado también el nuevo art. 282 Bis CP, que prevé como **figu-**

ra autónoma lo que se conoce como fraude de inversores, consistente en falsear, en el seno de una sociedad emisora de negociados en el mercado de valores, su información económico-financiera o la relativa a sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero u obtener financiación por cualquier medio; imponiéndose mayor pena cuando a resultas de ello se haya perjudicado, efectivamente, al inversor, depositario o a quien haya financiado a la entidad emisora. Por otro lado, el nuevo art. 284 CP amplía su ámbito de aplicación, sólo en el seno de los mercados o instrumentos financieros, estableciendo como conductas delictivas en lo relativo a la **manipulación del mercado ciertas modalidades de uso de información privilegiada, así como la difusión de noticias o rumores que ofrezcan datos económicos**

falsos para alterar o preservar el precio o la cotización de un instrumento financiero, causando un perjuicio económico superior a 300.000 euros o un beneficio para sí o tercero de la misma entidad.

Por último, como novedad ingente que puede afectar seriamente a las relaciones comerciales habidas en nuestro tejido empresarial, el Código Penal vigente incluye, en Sección separada y con el **art. 286 Bis CP, el nuevo delito de Corrupción entre particulares** que, entre otras modalidades, consiste en promesa, ofrecimiento o concesión de beneficios o ventajas por parte de un empresario o profesional a quien tiene facultades para contratar la adquisición de sus bienes o servicios; o bien en solicitar de los prestadores de servicios o suministradores beneficios o ventajas. No es posible determinar ahora el grado de aplicación que va a merecer tal precepto penal pero está

llamado, en cualquier caso, a prevenir conductas comerciales que, con mayor o menor habitualidad, menoscaban el bien jurídico protegido *libre competencia*, aunque nadie discute que **determinadas costumbres (regalos, atenciones o invitaciones) serán excluidas del tipo al carecer de relevancia penal**, por su insignificancia y en aplicación del principio de adecuación social, como también está claro que **sólo cabe el delito cuando en efecto exista competidor en el Mercado** para aquel empresario o profesional.

MDA
MARTÍNEZ DE DALMASES & ARDERIU
ADVOCATS

INFO

MARTÍNEZ DE DALMASES & ARDERIU ADVOCATS
Rambla Catalunya 52, 3º1º
08007 Barcelona
Tel.: 93 410 11 28
Fax: 93 487 09 54
info@mda-advocats.com
www.mda-advocats.com

Salomón Hernández Escudero. Economista. Censor Jurado de Cuentas - Pilar Pallares Povill. Abogada S.H.E. & IURIS

COLAPSO ECONOMICO - COLAPSO CONCURSAL



Con fecha 31 de Marzo del 2009 se publicó el RDL 3/2009 cuyo objetivo sustancial debía ser, al menos así se instituyó, buscar una mayor eficiencia del sistema en el ámbito empresarial ante la persistente crisis económica, y ello al amparo de la legislación concursal, creada con innecesaria urgencia por Ley 22/2003 de 9 de Julio.

El espíritu de la reforma consistía en agilizar los procesos concursales



existentes, y con ánimo positivo buscar una más eficiente y corta tramitación de los que se declarasen en el futuro, nombrándose un solo administrador para pasivos inferiores a 10 M. de € y no TRES como hasta entonces estaba establecido.

La reforma del año 2009 fue tardía, puesto que quiso reparar aquello que era fruto de una imprevisible demanda de solicitudes de concursos

debido a la crisis económica que ya se arrastraba desde el año 2007, ante la tasada y establecida oferta judicial para la resolución de los mismos.

Todo ello generó una expectativa de urgente necesidad en la resolución de los procedimientos en curso, aunque muchos de ellos aun siguen abiertos, y en los futuribles entrantes, concentrándose los nombramientos en aquellos despachos y profesionales de contrastada valía para tal fin. No obstante ello, a fecha de este escrito aún se sigue en situación de colapso judicial sin la obtención de aquellos beneficios procedimentales que la Ley Concursal (en adelante Lcon.) prevé para las empresas concursadas.

Presentar concurso de acreedores

no está tipificado como delito, sino como una urgente y muchas veces perentoria necesidad para quien lo solicita, eximiéndose así de otras responsabilidades de mayor imperativo.

El concursado en la mayoría de las veces no obtiene la satisfacción pretendida por la Lcon. debido a que es mucha la DEMANDA y tasada su OFERTA.

En la actualidad planea una nueva reforma de la Lcon. y contamos ya con el Anteproyecto de la futura ley, que trata de agilizar la tramitación de los concursos buscando soluciones que eviten una duración excesiva de los mismos, especialmente en fase de liquidación, en interés de reducir costes y evitar la devaluación de activos.

Nada debe objetarse al esfuerzo aplicado por el personal de los juzgados de lo Mercantil en la tramitación de los procesos, siendo meritoria su actuación para la gran cantidad de tra-

bajo que tienen. La Lcon. les ofreció un paraguas para su actuación procedimental pero han sido lluvias torrenciales lo que ha caído en los últimos cuatro años, diríase una inundación.



S.H.E. & IURIS

INFO

S.H.E & IURIS

Pau Claris, 162, 4º, 1ª
08037 Barcelona
Tel.: 93 4671414
Fax: 93 488 08 40
pallares@icab.es

Av. Catalunya 22-E 5è 3a
43002 Tarragona
Tel.: 977 250 064
Fax: +34 977 249 099
shernandez@she-economistas.com

Rafael Gómez de la Serna - Ignacio Alonso-Cuevillas - Departamento Concursal - De Pasqual & Marzo Abogados

EFFECTOS DE LA COMUNICACIÓN TARDÍA DE CRÉDITOS EN EL ÁMBITO CONCURSAL.



Al afrontar eventuales impugnaciones del informe contemplado en el artículo 75 de la Ley Concursal (LC), una de las cuestiones que con mayor frecuencia suscita controversias es la calificación que debe otorgarse a aquellos créditos comunicados de forma tardía, es decir, fuera del plazo señalado en el artículo 85 de la Ley Concursal (que nos remite directamente al apartado 5º del artículo 21 del citado cuerpo normativo).

En este sentido cabe distinguir dos tipos de créditos susceptibles de comunicación en el ámbito concursal: los que se deben reconocer de forma obliga-



toria por la Administración Concursal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 LC -a los que, en consecuencia, no les afectara la comunicación efectuada tardíamente- y el resto de créditos concursales.

En relación estos últimos, la redacción dada al artículo 92.1 LC conlleva, a priori, la calificación como subordinado de todos aquellos créditos que, no estando en los supuestos de obligado reconocimiento del artículo 86.2 LC, no se hubieran comunicado en plazo.

Ello no obstante, el propio artículo 92.1 LC deja la puerta abierta a que deter-

minados créditos -a saber, aquellos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para su determinación fuera precisa la actuación inspectora de las Administraciones públicas- sean reconocidos con la calificación que en derecho les corresponda, con independencia de su fecha de comunicación.

Esta previsión, en apariencia contradictoria, en un primer momento provocó cierta disparidad de opiniones, toda vez que la redacción dada al artículo 92 LC dejaba entrever una voluntad aparente del legislador de penalizar a aquellos acreedores que hubieran mostrado pasividad a la hora de comunicar su crédito, no obstante lo cual, recientemente dicho parecer ha venido a atemperarse, estableciéndose, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, un criterio homo-

géneo sobre la calificación de créditos comunicados de forma tardía, sobre la base de tres principios fundamentales:

1. Si el crédito comunicado de forma tardía no se encuentra en ninguno de los supuestos de reconocimiento obligatorio o en los casos previstos en el artículo 92.1 LC debe ser calificado por la Administración Concursal como subordinado.

2. Si el crédito comunicado de forma tardía constaba en el concurso por algún medio que permitiera tener constancia de su existencia y cuantía o se encuentra en alguno de los otros supuestos previstos en el artículo 92.1 LC, debe ser reconocido con la calificación que le corresponda siguiendo los criterios de la Ley Concursal.

3. Si, en atención a su total cuantía, parte del crédito comunicado de forma tardía consta en el concurso, y parte no consta en el concurso, la parte que estuviera reconocida en el concurso será calificado con la calificación que le corresponda siguiendo los criterios de la Ley Concursal, y la parte del crédito que no conste en el concurso o se halle en los

supuestos del artículo 92.1 LC será calificada como subordinada.

En cualquier caso, si el acreedor no comunica el crédito con anterioridad a la emisión del informe definitivo del artículo 75 LC y el crédito no se encuentra entre los de obligado reconocimiento del artículo 86.2, dicho crédito -incluso en los casos previstos en el artículo 91.2 LC- no puede ser reconocido ni integrado en el concurso (Sentencia Audiencia Provincial de Málaga de 24 de noviembre de 2.009, Sentencia Audiencia Provincial de la Coruña de fecha 21 de mayo de 2.007).

DePasqual&Marzo*Abogados

INFO

DE PASQUAL & MARZO ABOGADOS

Muntaner, 240 (esq. Diagonal)
08021 Barcelona
Tel.: +34 932 404 011
Fax: +34 932 404 012
info@dpmabogados.es
www.dpmabogados.es

José-Ignacio Gallego Soler – Profesor titular de Derecho Penal (UB) Abogado LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL



Aunque la regulación de las insolvencias punibles no se ha visto tan afectada como otros delitos por los importantes cambios que ha introducido en el Código Penal la Ley Orgánica 5/2010, cabe destacar en este ámbito algunas novedades significativas con notable relevancia práctica que conviene tener muy presentes desde que entrase en vigor la reforma el pasado 23 de diciembre. Estos cambios parecen explicarse por la voluntad del legislador de atribuir una mayor dureza y alcance a las san-

ciones previstas para estos delitos, cabe suponer que con el propósito de reprimir con mayor severidad comportamientos que, siendo siempre perturbadores para los intereses de los acreedores y la actividad económica en general, lo son aun más en momentos de crisis.

Conviene destacar, de entrada, que de acuerdo con el nuevo texto del Código la pena del alzamiento de bienes experimenta en tres concretos supuestos una sensible agravación.

Así, se impondrá una sanción mínima de prisión de dos años y seis meses a cuatro años cuando el alzamiento recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social; cuando revista especial gravedad atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en la que se deje a la víctima o a su fami-

lia; o (¡atención!) siempre que el valor de la defraudación supere los 50.000 euros, lo que sucederá en la práctica en la mayoría de casos. Conviene poner especial énfasis en el castigo mínimo de dos años y seis meses previsto para estos casos, una pena que supera los dos años de prisión y que, en consecuencia, comportará el ingreso efectivo en prisión aun cuando el acusado no cuente con antecedentes penales.

Otra importante agravación de la pena se observa en aquellos casos en los que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídica pública. En tales supuestos la pena podrá llegar hasta los seis años de prisión, con un mínimo de tres años y medio si concurre, además, alguna de las tres circunstancias citadas anteriormente. Unos castigos que se apli-

carán, por citar algunos ejemplos, cuando el acusado se haya insolventado fraudulentamente para eludir sus obligaciones fiscales o con la Seguridad Social.

Y, por último, la novedad seguramente más destacable es la posibilidad de que las personas jurídicas puedan responder también -directamente y con independencia de la pena que corresponda, si es el caso, a sus administradores, directivos o empleados- por la comisión de estos delitos. De acuerdo con la nueva regulación, aquella sociedad que se insolvente fraudulentamente en perjuicio de sus acreedores o que cometa algunas de las conductas delictivas sancionadas por el Código en caso de concurso de acreedores, podrá ser sancionada con penas de multa, así como, en los casos más graves, con la disolución de la empresa, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus establecimientos o la inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas.

Si bien no es una consecuencia directa de la reforma penal, no hay que

perder de vista las relaciones -cada vez más estrechas- entre la regulación penal y la extrapenal, así como los efectos que puede tener la condena, entre otros, de un delito de alzamiento. Para el art. 213 de la Ley de Sociedades de Capital, la condena por un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico es una prohibición para el ejercicio del cargo de administrador, aparentemente sin limitación temporal.



MOLINS & SILVA

Defensa Penal

INFO

MOLINS & SILVA Defensa Penal

Av. Pau Casals 16, 1º 1ª
08021 Barcelona
Tel.: 93 415 22 44
Fax: 93 416 06 93

info@molins-silva.com
www.molins-silva.com