

Non bis in idem: el reto de evitar la doble condena en lo mercantil y lo penal en la insolvencia societaria

María Victoria Vega

Socia Penal Auren Legal

José Antonio García Argudo

Socio Reestructuraciones Auren Legal

Diario LA LEY, Nº 10816, Sección Tribuna, 28 de Octubre de 2025

Comentarios

Resumen

Este artículo jurídico propone una reflexión dentro de su brevedad respecto a uno de los asuntos más controvertidos en la práctica jurídica actual: la tendencia a fomentar un doble enjuiciamiento de administradores societarios de sociedades en situación de insolvencia, solapando el enjuiciamiento en las vías mercantiles y penales, lo que genera una vulneración palmaria del principio de *non bis in idem*, —garantía de derechos fundamentales— y la contravención del principio de intervención mínima vigente en la jurisdicción penal respecto a la resolución previa de las causas de insolvencia.

Estamos viviendo en la práctica jurídica diaria de aquellos que nos dedicamos a la abogacía, una situación tan paradójica como alarmante; la persecución en paralelo, por la vía penal, de **administradores de empresas insolventes** previamente declaradas mercantilmente culpables en un concurso de acreedores, con las graves consecuencias que eso implica.

En la jurisdicción penal, impera desde tiempos ancestrales del derecho, el **principio de intervención mínima** o ultima ratio. Este principio establece que, siempre que un conflicto pueda resolverse en una jurisdicción menos lesiva que la penal, se elegirá siempre esa vía. La razón es evidente: **la jurisdicción penal conlleva penas privativas de libertad**, es decir, pena de prisión para quien comete el delito, así como la responsabilidad civil *ex delicto* o reparadora del perjudicado por la acción penal.

En nuestro marco jurídico, garantista de los derechos fundamentales, **nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho**. Con este derecho fundamental se evita una doble persecución y sanción por un mismo acto contrario a la ley, para garantizar la **seguridad jurídica y la justicia material**.

Para poder aplicar el **principio de non bis in idem**, se deben cumplir los requisitos de identidad en persona, causa y objeto. Sin embargo, observamos en los juzgados como el mismo administrador en empresas incursas en situación de insolvencia, es enjuiciada su responsabilidad como tal en un concurso de acreedores, y simultáneamente es imputado por delitos como insolvencia punible, administración desleal o apropiación indebida en la jurisdicción penal. En estos casos, se vuelve a **enjuiciar dos veces por los mismos hechos**, contraviniendo la lógica del principio *non bis in idem*, así como generando la inseguridad jurídica de dos resoluciones que pueden ser contradictorias o con hechos probados en las resoluciones judiciales distintos o incluso contradictorios.

El legislador, a la hora de reformar la **Ley Concursal**, tomó una serie de decisiones que, tres años después de la



reforma del texto refundido, resultan perjudiciales y vulneran principios jurídicos o derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna (LA LEY 2500/1978), de ahí que aprovechemos el presente artículo para provocar una reflexión jurídica.

La propia **fiscalía general del Estado**, en su instrucción 1/2013, sobre la intervención del fiscal en el proceso concursal asevera: «*El principio es el de absoluta autonomía entre la jurisdicción civil y penal a la hora de calificar jurídicamente el concurso. Los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia*».

Pues bien, en la práctica diaria de los juzgados penales esto no se respeta. En todos los procedimientos penales en los que se está juzgando por insolvencia punible, administración desleal o apropiación indebida a un administrador, mientras la empresa está en concurso de acreedores, se utiliza la calificación concursal de culpabilidad, incluso reflejando párrafos extraídos de la misma que fundamentan la sentencia condenatoria penal, sin que dichos hechos fueran objeto de prueba contradictoria en sede penal.

Las **consecuencias penales son demoledoras**, puesto que la responsabilidad civil reclamada por esa mala administración es equivalente, en la mayoría de los casos, con lo que ya ha sido condenado a pagar en un concurso de acreedores por el déficit concursal con condena de culpabilidad, pero solapando las condenas penales privativas de libertad, junto con inhabilitaciones para ejercer el cargo de administrador societario en el futuro.

El principio de intervención mínima es una **máxima del derecho penal**, que precisamente evita que se juzguen en esta vía aquellos casos que pueden resolverse en otra jurisdicción con consecuencias menos letales, lo que obliga a la abstención de la jurisdicción penal. Cuando unos mismos hechos y la persona autora de estos, ya está siendo juzgada en la jurisdicción mercantil, no debería, en clara aplicación del principio antedicho, poder juzgarse en la jurisdicción penal. De lo contrario, **se genera fatalmente una indefensión** que se agudiza con un doble juicio paralelo en dos jurisdicciones distintas, la mercantil y la penal. El legislador justificó la inexistencia de prejudicialidad penal bajo la premisa de que el concurso solamente entra para valorar la calificación del concurso en el ámbito de sus consecuencias mercantiles. Así, cuando en el anterior marco legal el **Ministerio Fiscal** en la sección sexta procedía a calificar la culpabilidad de los administradores societarios y sus posibles cómplices, su informe era absolutamente autónomo e independiente para valorar si existen indicios o no racionales de delito, que sólo se pueden ventilar en la jurisdicción penal.

Un doble enjuiciamiento en el concurso y en el ámbito penal, nos puede provocar un escenario de una doble responsabilidad civil

Pero si de verdad se quieren juzgar conductas tipificadas penalmente, sobre hechos delictivos cometidos por los administradores, juzguémoslos una sola vez y no dos, y en el marco del concurso de acreedores. De lo contrario un doble enjuiciamiento en el concurso y en el ámbito penal, nos puede provocar un escenario de una **doble responsabilidad civil**, una del administrador por el déficit del crédito no cobrado en el concurso por los acreedores, junto con la responsabilidad civil dirimida dentro del procedimiento penal, lo que nos enfrenta a un escenario evitable no sólo de

duplicidad de condenas del administrador, sino de un **doble proceso de enjuiciamiento**.

Esta disfunción se ve agravada por la modificación de la sección sexta del concurso de acreedores del nuevo texto de la Ley Concursal, que lleva tres años en vigor. En ella se eliminó la intervención del Ministerio Fiscal, con el consenso de magistrados, abogados y catedros en la materia, dada la nula intervención de dicha figura en los concursos de acreedores. Es verdad que se criticaba la pasividad del Ministerio Fiscal en el proceso del concurso de acreedores habitualmente, pues éste se limitaba a una conducta imitadora o simplemente a reproducir la actuación de la administración concursal. Sin embargo, conviene recordar que al menos era un **interlocutor que colaboraba para coordinar y mantener la homogeneidad** entre las actuaciones del ámbito concursal y las que, en paralelo, pudieran desarrollarse en la jurisdicción penal, ya fuera en fase de instrucción penal o en el plenario del juicio oral penal.

Al desaparecer dicho interlocutor de la Fiscalía en la denominada **sección sexta del concurso de acreedores** (procedimiento de enjuiciamiento de la responsabilidad del concurso de una sociedad por la actuación culpable de su administrador) se ha eliminado un agente jurídico que, servía para salvaguardar el principio de legalidad, coordinar actuaciones y evitar una doble condena por los mismos hechos.

Por otro lado, tampoco se ha sustituido ni actualizado la Instrucción de la FGE 1/2013, a pesar de las distintas reformas introducidas en el ámbito del derecho concursal, sino que se ha obviado adaptarla a la nueva Ley Concursal (LA LEY 6274/2020) y como se ahorma en los procedimientos penales de responsabilidad de los administradores por esos mismos hechos. El Texto Refundido de la Ley Concursal (LA LEY 6274/2020), incorpora importantes novedades como la **introducción de la reestructuración judicial** o preconcursos en el Libro Segundo, sin que exista todavía una respuesta clara sobre cómo incide en los tipos penales de carácter societario y patrimonial este nuevo procedimiento judicial preconcursal.

Volviendo al Libro Primero de la Ley Concursal o del concurso de acreedores, en la práctica puede producir una **doble condena**: por un lado, en la vía penal, mediante la insolvencia punible u otros delitos societarios y patrimoniales y, por otro, en la sección sexta del concurso de acreedores, con la inhabilitación para el cargo de administrador societario junto con otro tipo de condenas. Ello sin entrar en las condenas económicas solapadas, por un lado, por la condena al pago del déficit patrimonial en el concurso culpable y por otro la condena económica al administrador por la responsabilidad civil directa o incluso subsidiaria *ex delicto*, es decir, como consecuencia de la condena penal al autor, cómplice o partícipe en el delito. Todo ello genera además la paradoja de que existan **beneficiarios diferentes en dichas indemnizaciones**, puesto que el concepto del perjudicado penal no coincide con el concepto concursal del perjuicio que debe ser reparado a la propia sociedad mercantil por el déficit patrimonial que ha generado la gestión del administrador, es decir, el déficit producido al no poder atender el pago en liquidación de todo el pasivo o acreedores concursales. Todo ello plantea serias dudas sobre **cómo integrar en el pasivo del concurso** estas responsabilidades *ex delicto* contenidas en el fallo de la sentencia penal, y sobre todo, quien es el titular de la indemnización a la que debe hacer frente el administrador. Por un lado, el perjudicado penal coincide con el perjudicado material de la conducta ilícita en términos materiales, pero por otro y en el ámbito del concurso de acreedores la indemnización del administrador se integra en la masa del activo del concurso para el pago de los acreedores concursales, es decir, la indemnización se destina a la sociedad mercantil concursada aunque los perjudicados penales sean distintos, o incluso se produce en sede del procedimiento penal la flagrante contradicción de que en vía penal la sociedad concursada sea responsable civil subsidiaria *ex delicto*.

En definitiva, todo ello nos lleva a plantearnos una cuestión: **¿se ha confundido la autonomía del enjuiciamiento penal respecto al ámbito mercantil del concurso con una total desconexión con flagrantes contradicciones del marco normativo penal y mercantil?** Es cierto que una resolución del Juzgado o Sala de lo Penal no tiene que vincular necesariamente a otra de lo Mercantil, y viceversa. Sin embargo, el modo en que se está aplicando esta independencia, con tanta radicalidad y falta de flexibilidad, puede llegar a atentar contra el principio de interdicción de la doble condena por un mismo hecho o al menos de un doble enjuiciamiento mercantil y penal, y en su caso, contra el de intervención mínima del derecho penal frente al concursal. Además, puede generar obvias contradicciones entre el relato de la sentencia penal condenatoria contra los hechos probados en la resolución judicial que se pronuncia sobre la culpabilidad en el concurso de acreedores. Y si se nos permite la licencia, nos podemos encontrar con un enjuiciador confundido que para resolverlo como recordaba Piero Calamandrei, tenga que hacer como «el buen juez de Rabelais», jugárselo a los dados para no perder su imparcialidad.

Reabrir el debate sobre la prejudicialidad de la calificación del concurso en el ámbito mercantil antes de dictar condena en determinados delitos patrimoniales o societarios

Se trata de una cuestión de enorme sensibilidad para cualquier jurista: un ensañamiento con una doble sanción sobre una misma conducta, en la que se solapan **condenas de inhabilitación y accesorias penales, con responsabilidades civiles en lo mercantil y ex delicto**. Incluso encontramos resoluciones judiciales en las que la verdad juzgada puede llegar a ser antagónica o contradictoria. Esto nos arrastra a un sofismo legal que fulmina la verdad material, olvidando como indicó el magistrado del constitucional italiano Gustavo Zagreblesky que: *«identificar la justicia con la legalidad significa transferir a la ley nuestros interrogantes sobre la justicia. Con mucha frecuencia la legalidad tiene poco o nada que ver con la justicia»*. Por

eso, evitemos que la legalidad estricta, en estos casos, nos aleje de la justicia que es siempre material, aunque se llegue a ella con herramientas y medios formales. Sin olvidar que lo formal es útil siempre que sea adecuado y proporcionado. Ello exige evitar una doble condena por un mismo hecho y reabrir el debate sobre la prejudicialidad de la calificación del concurso en el ámbito mercantil antes de dictar condena en determinados delitos patrimoniales o societarios, y específicamente en el de insolvencia punible. Solo así podremos alejar las sombras del *non bis in idem*

y reforzar el principio de intervención mínima del derecho penal frente al concursal.