



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTADE DE DEREITO

***ACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD XYZ SA Y
CONDUCTA DE SU ADMINISTRADOR ÚNICO
DESDE SU CONSTITUCIÓN HASTA LA SOLICITUD
DE DECLARACIÓN DE CONCURSO***

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2019/2020

ALUMNO: Sergio Montero Formoso

TUTORA: Dra. M^a Rocío Quintáns Eiras

A Coruña, 26 de junio de 2020

ÍNDICE

SUPUESTO DE HECHO	4
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. ACCIONES DE REINTEGRACIÓN (Eficacia de los contratos de compraventa).6	
II.1 Acción rescisoria concursal.....	7
II.2 Acción pauliana; y acción de nulidad.....	11
III. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO.	12
III.1 ¿Cuándo procede la apertura de la sección sexta? Aspectos procesales.....	12
III.2 Cláusula general de culpabilidad.	13
III.3 Presunciones iuris tantum de culpabilidad: Incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso.	15
III.4 Supuestos especiales de culpabilidad.....	17
III.4.a) Irregularidades relevantes en la llevanza de la contabilidad.	18
III.4.b) Inexactitud grave en los documentos presentados en la solicitud de declaración de concurso.	22
III.4.c) Alzamiento y disposición fraudulenta de bienes.	23
III.5 Efectos de calificación culpable del concurso.	25
III.6 Responsabilidad concursal.	27
IV.CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS PENALMENTE RELEVANTES COMETIDOS POR DON BELTRÁN.	28
IV.1 Estafa a través de un negocio jurídico criminalizado.	28
IV.2 Insolvencia punible (y relación con el alzamiento de bienes).	33
IV.2.a) Cambios introducidos por la reforma (LO 1/2015, de 30 de marzo)	33
IV.2.b) Tipos básicos (art. 259.1 y 2 CP).....	33
IV.3 Problemas concursales.	38
IV.4 Falsedad de cuentas societarias (art. 290 CP).....	39
IV.5 Presentación de datos contables falsos. (Art. 261 CP).....	39
V. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS PENALMENTE RELEVANTES COMETIDOS POR DOÑA DIANA FERNÁNDEZ.	40
V.1. Falsedad en documento mercantil (art. 392 CP).	41
V.2 Concurso medial con delito de estafa.....	42
V.3 Subtipos agravados de la estafa.....	44
V.4 Continuidad delictiva.	45
VI. OPONIBILIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES FRENTE A LA HACIENDA PÚBLICA.	45
VII. CONCLUSIONES	48

Lista de abreviaturas.

AC	Administración Concursal
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CP	Código Penal
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
LC	Ley Concursal
LGT	Ley General Tributaria
LSC	Ley de Sociedades de Capital
MF	Ministerio Fiscal
NTA	Normas Técnicas de Auditoría
PGC	Plan General de Contabilidad
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SJMerc	Sentencia de Juzgado de lo Mercantil
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central

SUPUESTO DE HECHO

Don Beltrán Vázquez constituyó el 1 de julio de 2015 la sociedad XYZ SA, siendo su Administrador único y su accionista mayoritario con el 82% de las acciones. Tanto el señor Vázquez como sus empleados atendiendo a las instrucciones del primero celebraban contratos de préstamo -por importe superior a 50.000 euros en muchos de los casos- con inversores en los que se les prometían intereses muy altos (el interés anual oscilaba entre el 15% y el 40%), y manifestaban a dichos inversores que las cantidades iban a ser destinadas a operaciones inmobiliarias. No obstante, el dinero prestado era fundamentalmente utilizado por don Beltrán en su propio beneficio, llevando un desorbitado ritmo de vida en los últimos años. Aunque a los clientes se les indicase que el pago de los intereses se lograría gracias a la rentable actividad inmobiliaria llevada a cabo por XYZ SA, en todo momento el señor Vázquez era plenamente consciente de que la cifra de negocios de esta última actividad resultaba muy inferior a los intereses a abonar y de que no se podría proceder al pago de los intereses periódicos ni a la devolución del capital a menos que se efectuasen nuevas captaciones de capital. La mayoría de los inversores, llegado el vencimiento anual del contrato, no solicitaban la devolución del principal, reinvirtiéndolo, y en cuanto a los intereses, en muchas ocasiones los clientes no los cobraban y los capitalizaban. Don Beltrán hacía que los inversores confiaran en la sociedad apoyándose en el éxito que había tenido en su carrera profesional, enfatizando los importantes cargos financieros que había ocupado en reputadas empresas

A su vez, en varios ejercicios se articularon diversos mecanismos para incrementar ficticiamente la cifra de negocios (por ejemplo, por prestaciones de servicios a clientes que no se habían contratado, ni tampoco efectuado -ni pagado-) y se difirió el reconocimiento de gastos. A su vez, más de la mitad de las deudas derivadas de los contratos de préstamo no figuraban en las cuentas anuales de la sociedad (que no tenía obligación de auditar sus cuentas). Asimismo, en 2016 y 2017 se generaron resultados excepcionales producidos por la enajenación de inmovilizados con la finalidad de mejorar las cuentas.

Entre enero y marzo de 2018 el señor Vázquez, utilizando las facultades de las que disponía en la sociedad administrada, ordenó pagar a la sociedad ABC SL -siendo don Beltrán uno de los administradores de la segunda empresa- una cuantía excesiva en relación con los servicios efectivamente prestados por esta última empresa

En la plantilla de empleados de la sociedad XYZ SA se encontraba doña Diana Fernández. Entre sus funciones figuraban las relaciones con la entidad bancaria BBVA y efectuar pagos y cobros con autorización expresa de la empresa. Aprovechando la confianza que don Beltrán tenía depositada en ella (que se veía reforzada por el hecho de haber trabajado en la empresa desde sus inicios y por la especificidad y relevancia de las tareas que tenía encomendadas), pasaba a la firma del señor Vázquez documentos de reintegro de efectivo del BBVA en los que aparecía reflejada una cuantía que después doña Diana cambiaba por otra superior, quedándose ella con la diferencia (en una de las retiradas de efectivo, la diferencia de la que se apropió fue por importe de 53.000 euros). Asimismo, la señora Fernández hizo suyos cinco cheques bancarios de la sociedad, que figuraban al portador y habían sido firmados por don Beltrán (introduciendo ella en esos cheques ya firmados cantidades no autorizadas), siendo ingresado el importe total percibido por doña Diana en una cuenta corriente en la entidad ABANCA de la que era

titular. La señora Fernández entregaba posteriormente a don Beltrán unos listados de movimientos que ya habían sido corregidos por ella.

Vista la gravedad de la situación en la que se encontraba la sociedad XYZ SA, por escritura pública de 31 de octubre de 2018 don Beltrán y su esposa doña Valentina Gómez (conocedora de la gravedad de dicha situación y del destino que se le daba al capital privado desde la constitución de la sociedad) otorgan capitulaciones matrimoniales y pasan a regirse por el régimen de separación de bienes, inscribiéndose en el Registro Civil el 30 de noviembre de 2018. En escritura pública de 18 de febrero de 2019 liquidan el régimen de gananciales. Con respecto a dos de los bienes que le fueron adjudicados a don Beltrán, el 25 de febrero de 2019, este realizó a favor de su hermana (quien conocía la grave situación en la que se encontraba la sociedad XYZ SA) la venta de la vivienda en la que habitaba el matrimonio y sus hijos por un precio notoriamente inferior al de mercado. Sin embargo, los cónyuges y sus hijos continuaron residiendo en dicha vivienda y sufragando los gastos e impuestos de la misma. A su vez, el señor Vázquez donó a su hijo Pedro (menor de edad) la finca El Roble con reserva de usufructo vitalicio a su favor mediante escritura pública de 26 de febrero de 2019.

En marzo de 2019 no resultó posible proceder al pago de los intereses de los préstamos, frenándose la entrada de nuevos clientes y acumulándose las solicitudes de devolución del capital invertido, sin reintegrarse dicho capital a la multitud de acreedores existentes.

El 1 de abril del mismo año don Beltrán Vázquez, en nombre de la sociedad XYZ SA, vendió a su madre un vehículo Mercedes-Benz Clase A (propiedad de la compañía) por 13.000 euros -precio inferior al de mercado-, sin haberse pagado el precio, y un vehículo Audi A6 (perteneciente a la sociedad XYZ SA) por 5.000 euros -precio inferior al de mercado-, habiéndose procedido en este segundo caso al pago de dicho importe; y el 3 de abril de dicho año, en nombre y representación de XYZ SA, donó -sin recibir contraprestación alguna- al hermano de su esposa doña Valentina la finca El Castaño (también propiedad de la sociedad). Tanto la madre de don Beltrán como el hermano de doña Valentina eran conocedores de la situación que estaba atravesando XYZ SA.

Nueve de los inversores solicitaron en mayo de 2019 la declaración de concurso necesario de la sociedad XYZ SA. En junio de 2019, don Beltrán Vázquez presentó solicitud de concurso voluntario. Más de la mitad de los acreedores no se contenían en dicha solicitud de concurso voluntario, en la que también ocultaba buena parte del pasivo.

I. INTRODUCCIÓN

La elección de este tema está motivada sobre todo por mi interés en la problemática de las crisis empresariales. Considero que la rama de las insolvencias es la más compleja dentro del Derecho mercantil, algo que en cierta medida puede justificar las 29 reformas que ha sufrido la Ley Concursal desde su entrada en vigor. Las quiebras empresariales no solo despliegan sus efectos negativos sobre los directamente afectados por las relaciones jurídicas, sino que también, en muchos casos, se extienden estos efectos sobre el conjunto de la sociedad, sobre todo cuando se trata de empresas de cierta entidad, generando crisis económicas, destruyendo empleo, etc.

La complejidad de las crisis empresariales se deriva en muchos casos de su carácter impredecible, o a través de lo que el ensayista Nassim Taleb denomina *cisnes negros*, acontecimientos sorpresivos, altamente improbables, de gran impacto socioeconómico y que, una vez pasado el hecho, se racionaliza por retrospectión; quizás la actual crisis provocada por el COVID-19, sea un ejemplo de ello. Todavía existe una gran incertidumbre en torno a en qué medida afectará esta crisis a las empresas, si bien lo que parece claro, es que de la multitud de procedimientos concursales que se iniciarán en los próximos meses, no se derivarán demasiadas responsabilidades hacia los administradores. Y es que precisamente que la causa de las insolvencias de estas empresas sea una crisis impredecible con consecuencias globales, permitiría descartar la responsabilidad de quienes realicen las funciones de gestión y dirección por una eventual actuación negligente.

Sin embargo, siempre hay que tener presente la existencia de importantes implicaciones éticas en aquellas actuaciones de empresarios que de forma negligente o directamente intencionada causan la insolvencia de su empresa, con las consecuencias que se derivan sobre los accionistas, los trabajadores, o, como he dicho, en muchos casos, sobre la sociedad en general. Quizás esto sea lo que justifique la función represora que satisface la Ley concursal: la posibilidad de que, en la sección sexta dentro del procedimiento concursal, se depuren las responsabilidades de los administradores por su actuación en relación con la insolvencia (materia que será tratada en el epígrafe III, se calificará el concurso de la sociedad XYZ). E incluso estas mismas actuaciones dolosas o negligentes de los administradores pueden trascender la esfera concursal, y ser perseguibles en el ámbito penal, que así será en el presente trabajo; se estudiará la posible concurrencia de las responsabilidades penales del administrador único de la sociedad XYZ SA (epígrafe IV), así como de la empleada Doña Diana Fernández (epígrafe V).

Por otro lado, conviene matizar que la función sancionadora presente en la normativa concursal es importante, pero secundaria en relación con la función principal, que es la de satisfacer en la mayor medida posible los créditos de los acreedores, además, hay que recordar que el concurso es un procedimiento de ejecución colectiva en el que rige el principio *par conditio creditorum*, o paridad de trato a los acreedores. Esta función solutoria es plenamente visible en el epígrafe II que trataré a continuación, donde se analizará la eficacia de los contratos de compraventa realizados por Beltrán. Así, la ley dispensa una especial protección sobre la masa activa del concursado, que es el conjunto de bienes y derechos que tiene en propiedad, ya que será sobre esa masa activa donde los acreedores podrán ver sus créditos en mayor o menor medida satisfechos, de modo que se pueden rescindir aquellos actos que sean perjudiciales para aquella.

Por último, será objeto del trabajo la resolución de una cuestión tributaria referente a la oponibilidad de las capitulaciones matrimoniales frente a la Hacienda Pública, que será tratada en el epígrafe VI.

II. ACCIONES DE REINTEGRACIÓN (Eficacia de los contratos de compraventa).

En este apartado, se estudiarán las distintas acciones de reintegración que regula la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (en adelante, LC), así como el Código Civil (en adelante CC), y se analizará si estas acciones son aplicables sobre los distintos negocios

jurídicos que llevó a cabo el administrador único de la sociedad con anterioridad a la declaración de concurso.

Podemos distinguir como acciones de reintegración dentro del procedimiento concursal, la acción rescisoria concursal recogida en el art. 71 LC., y también acciones impugnatorias que tienen carácter extraconcursal pero que son compatibles y acumulables a la propia acción rescisoria¹, como establece el propio precepto en su apartado sexto, como sería la acción revocatoria o pauliana (que tiene su regulación en el art. 1111 CC, en relación con el 1291.3 CC), o incluso las acciones de nulidad o anulabilidad.

II.1 Acción rescisoria concursal.

Mediante esta acción se rescinden los actos y negocios realizados por el deudor durante los dos años anteriores a la declaración de concurso (periodo sospechoso), los cuales, en el momento de celebrarse, son válidos, por reunir los elementos esenciales del contrato (art. 1261 CC), no ser contrarios a una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC), ni estar afectados por un vicio de anulabilidad (art. 1301 y ss. CC), pero se rescinden posteriormente por suponer un perjuicio para la masa activa que resulta injustificado desde la legítima expectativa de cobro de los acreedores². Se trata de una ineficacia funcional³. La dicción literal del art. 71 LC.:

“Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.”

Se puede apreciar, primeramente, que el precepto pone su foco sobre el elemento objetivo, sin requerir un elemento intencional: no se exige para la estimación de la acción de rescisión que exista intención fraudulenta por parte del deudor (STS 27 de octubre de 2010). Aunque no sea necesario para la reintegración de bienes a la masa activa, el fraude o a la mala fe, podría constatarse y declararse así, pues tendría efectos propios, ya que, como se verá el fraude es un elemento que sí se ha de valorar para la calificación culpable del concurso (en caso de abrirse la sección sexta), o también a la hora de determinar efectos sobre el tercero de mala fe.

Además de no requerir la intención fraudulenta, en interpretación literal del precepto, no se exige que dicho acto perjudicial tenga vínculo causal con la insolvencia, de tal modo que podrán impugnarse actos que no hayan generado la insolvencia, pero tengan un carácter perjudicial para la masa activa⁴.

Es presupuesto para ejercicio de la acción rescisoria concursal la declaración de concurso. La acción nace con el auto que declara el concurso, y se extingue con la conclusión del concurso⁵.

¹ También se podría incluir la rescisoria por lesión *ultra dimidium*, regulada por el Código Civil de Cataluña, aunque se aplica sobre bienes inmuebles sitos en Cataluña, y cuando la lesión es de al menos el 50% sobre el valor real de mercado. (arts 621-647 CCCat).

² SANCHO GARGALLO, I.; *“La Rescisión concursal”*, Tirant Lo Blanch (Valencia, 2017); pp 42-43

³ Véase SAP de Barcelona de 8 de enero de 2009; que señala: *“el nuevo ordenamiento concursal ha optado por un sistema de ineficacia funcional a la hora de configurar la reintegración de la masa activa, que ahora se logra mediante la categoría de la rescisión, sustituyendo el criterio técnico del acto fraudulento por el de acto perjudicial para la masa activa, referido en todo caso a un negocio válido y eficaz”*.

⁴ GARCÍA-CRUCES, J.A.; *“Jurisprudencia y concurso”* Tirant Lo Blanch (Valencia, 2017); p.1097

⁵ Véase STS 12 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:6309), acerca de la naturaleza de la acción rescisoria.

Son dos los elementos esenciales que componen la rescisión concursal; la prueba del tiempo; y el perjuicio. El primero es un concepto objetivo que no presenta problemas, únicamente son rescindibles los actos que hubiese realizado el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

La interpretación del segundo elemento (perjuicio) planteó discrepancias en la doctrina, habiendo un sector doctrinal con una interpretación restrictiva, que entiende que únicamente se pueden rescindir actos que supongan una disminución en la masa activa; y frente a ello surgieron también interpretaciones doctrinales más abiertas, que sostienen que la rescisión se extiende también a actos que no supongan una minoración patrimonial pero alteren la *par conditio creditorum* (o paridad de trato a los acreedores), lo cual ocurre con los pagos anticipados de deudas no vencidas.

También el concepto de perjuicio ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia, interpretando en que debe consistir los “*actos perjudiciales para la masa activa*” para que pueda operar la rescisión. Así, desde la STS de 27 de octubre de 2010, ha sostenido como noción de perjuicio, la existencia de un sacrificio patrimonial injustificado⁶, es decir detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado, que afecta a las legítimas expectativas de cobro de los acreedores.

Hay que tener en cuenta, asimismo, que el acto perjudicial ha de valorarse ex ante, y no atendiendo a las consecuencias posteriores a su realización (la eventual revalorización de un activo enajenado, etc.). En ese sentido, la STS 8 de noviembre de 2012, señala que “(...) *hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.*”

Por otro lado, el acto no sería rescindible si se tratase de un acto ordinario de la actividad profesional de la sociedad, realizada en condiciones normales (art. 71.5.1º LC)⁷.

El perjuicio, respecto al criterio general, debe probarlo quien alega, (art. 71.4 LC), para lo cual está legitimado la administración concursal, y subsidiariamente, los acreedores si la AC no lo hiciese tras 2 meses del requerimiento. (art. 72.1 LC).

Por lo tanto, la LC establece un régimen general, por el cual quien alega debe probar la existencia del perjuicio, esto es, un sacrificio patrimonial injustificado. Pero lo complementa con dos normas especiales, una que establece una presunción *iuris et de iure*, respecto a dos hechos, y en los que subyace necesariamente un perjuicio injustificado en el patrimonio del concursado; y otra norma que establece una presunción *iuris tantum* de perjuicio, sobre tres hechos, donde se produce un desplazamiento de la carga de la prueba hacia el demandado.

En primer lugar, el art. 71.2 LC establece una presunción *iuris et de iure*, es decir una presunción absoluta de perjuicio: Son por tanto rescindibles, en todo caso, en primer lugar, los actos de disposición a título gratuito⁸, (exceptuando las liberalidades de uso) Y, en segundo lugar, pagos y demás actos de extinción de deudas con vencimiento posterior

⁶ Véase también; SSTS 652/2012, de 8 de noviembre; 100/2014, de 30 de abril; 363/2014, de 9 de julio; 428/2014, de 24 de julio; 631/2014, de 1 de noviembre; 41/2015, de 17 de febrero; 58/2015, de 23 de febrero; 112/2015, de 10 de marzo.

⁷ En aras al mantenimiento de la seguridad jurídica en el tráfico mercantil.

⁸ En sentido equivalente el Código Civil en torno a la acción pauliana, presume celebrados en fraude acreedores los contratos en los que el deudor enajenare bienes a título gratuito, *ex art. 1297 CC.*

a la declaración de concurso. En este segundo supuesto, se puede ver como los actos perjudiciales no se refieren únicamente a aquellos que produzcan una minoración patrimonial, ya que en este caso disminuyen activo y pasivo simultáneamente con la extinción de la obligación, sin embargo, el legislador ve necesario rescindir estos actos realizados en el periodo sospechoso, al entender que son disposiciones injustificadas que suponen una infracción del principio de paridad de trato a los acreedores⁹. Es necesario que se traten de créditos no vencidos; si fuesen créditos vencidos y exigibles no sería posible la rescisión, ya que serían pagos justificados.

Por otro lado, se establece una presunción de perjuicio patrimonial, en el art.71.3 LC: en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado; la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas; y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.”

En el supuesto de hecho a analizar, se relata la existencia de 4 actos jurídicos llevados a cabo por la sociedad XYZ SA, susceptibles de ser rescindidos, y los bienes reintegrados a la masa. Se ha de partir de la premisa de que la declaración de concurso se decreta al menos en junio de 2019, (no se hace referencia en el supuesto, pero es la fecha de solicitud de concurso voluntario) para poder tener en cuenta el criterio temporal que establece la ley en torno a la acción de rescisión.

Cronológicamente, el primero de los actos jurídicos, es el de un pago realizado entre enero y marzo de 2018, ordenado por Don Beltrán Vázquez (administrador único de la sociedad), a otra sociedad ABC S.L, en la cual Beltrán era también uno de los administradores. En este caso se trata de un pago de un servicio externo realizado por ABC S.L, “por una cuantía excesiva”, en relación con los servicios efectivamente prestados por dicha sociedad. En primer lugar, hay que señalar que, al menos el acto es rescindible desde el punto de vista del elemento objetivo del tiempo, ya que el acto se ha producido en un tiempo inferior a 2 años retrotrayéndonos desde la fecha de declaración del concurso.

Respecto al elemento del perjuicio, en este acto a priori se podría pensar que opera la presunción *iuris tantum* del art. 71.3.1º., en tanto se trata de una disposición a título oneroso (una disposición dineraria), que tiene como contraparte a una persona jurídica en cuyo órgano de administración figura Beltrán Vázquez. Para conocer el régimen que establece la ley en torno a las personas especialmente vinculadas hay que remitirse al art. 93.1.2º LC y, en él se hace referencia como personas especialmente relacionadas, entre otras, a las sociedades del mismo grupo que la concursada, sin embargo, no se señala nada en el supuesto de hecho acerca de la participación de la sociedad XYZ en la sociedad contraparte del acto jurídico, ni que esta sea una filial, únicamente se hace referencia a que el administrador de la sociedad concursada integra su vez el órgano de administración de la otra sociedad. Por tanto no puede operar la presunción *iuris tantum* de perjuicio, *ex* art. 71.3.1º LC.

Sin embargo, podría plantearse la rescisión desde el criterio general (art. 71.1 LC.), en cuyo caso la administración concursal debe probar que existe el perjuicio, lo cual parece

⁹ En ese sentido, la STS de 17 de marzo de 2015 señala que el perjuicio: “*puede suponer no solo una minoración del activo del concurso sino también una alteración injustificada de la “par conditio creditorum”, al situar al acreedor en una posición más ventajosa que al resto de los acreedores que conforman la masa pasiva del concurso.*”

factible teniendo en cuenta que hay un sacrificio patrimonial injustificado: no hay justificación razonable a pagar más de lo que vale un servicio, y dicho excedente lo que muestra es el ánimo de querer beneficiar a la segunda sociedad de la que es administrador Don Beltrán.

Posteriormente, en abril de 2019, (después de que se produjese un sobreseimiento general de los pagos y reclamaciones de los acreedores), se realizaron otros tres negocios jurídicos por Don Beltrán, contratos cuyo objeto eran activos de la sociedad XYZ SA. Son actos realizados en una fecha próxima a la declaración de concurso, solo un mes antes de la solicitud de declaración de concurso necesario, por lo que todos ellos cumplen el presupuesto temporal que exige la acción rescisoria, *ex art. 71.1 LC*. Y hay que partir de la premisa de que estos negocios jurídicos fueran plenamente válidos (por cumplir los requisitos del 1261 CC, y sin que adolezcan vicios que los invaliden).

El día 1 de abril, Beltrán vendió a su madre un vehículo Mercedes-Benz Clase A, propiedad de la compañía, por 13000 euros, un precio inferior al mercado, sin haberse cumplido el pago del precio. Habrá que analizar si en este acto existe un perjuicio patrimonial para el concursado. El acto se corresponde con una disposición a título oneroso hacia la madre del concursado, administrador único de la sociedad. Puede parecer lógico, al igual que en el supuesto anterior que exista vinculación, (al tratarse de una disposición a favor de la madre del administrador único y accionista mayoritario) y por tanto, pueda operar la presunción de perjuicio del art. 71.3.1º LC., sin embargo, la propia LC, *ex art. 93.1*, únicamente recoge a los parientes del concursado como personas especialmente relacionadas cuando se trate de un concursado persona natural, y no siendo aplicable en el caso de persona jurídica como se trata en este supuesto. Y debe realizarse una interpretación literal del precepto, sin que sea posible atender a otro criterio hermenéutico¹⁰.

En consecuencia, para reintegrar a la masa activa el vehículo Mercedes-Benz Clase A, sería necesario ejercer la acción de rescisión concursal en base al criterio general, y por tanto resulta necesario probar el perjuicio. En este caso, el vehículo se enajena por un precio inferior al de mercado, por lo que constituye un sacrificio patrimonial injustificado, al suponer una disminución de la masa activa del concursado, que afecta a las expectativas de satisfacción de cobro de los acreedores.

El mismo día se produce la venta, también a la madre, de un vehículo Audi A6, por 5000 euros, un precio inferior al de mercado, habiéndose pagado en este caso. En este supuesto, hay que remitirse a lo señalado para el caso anterior, se debe plantear la rescisión concursal en base al art. 71.1 LC., habiendo que probar la existencia de perjuicio para que se pueda traer a la masa activa el vehículo, lo cual también se presume factible a tenor de la minoración patrimonial

Por último, el 3 de abril, Beltrán Vázquez, donó al hermano de su cónyuge, la finca de El Castaño. (también propiedad de la sociedad): Este acto sí resulta claramente rescindible, al tratarse de una donación, se incardina dentro de la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC, que presume el perjuicio, en todo caso, en las disposiciones a título

¹⁰ Véase la STS 2 de junio de 2015 que señala en relación son las personas especialmente relacionadas con el concursado, *ex art. 93 LC*. que “La enumeración ,tanto en uno u otro supuesto, es taxativa y cerrada, introduciendo presunciones *iuris et de iure*, de modo que cualquier sujeto incluido en la relación tendrá la consideración de persona especialmente relacionada; pero, del mismo modo, un sujeto no incluido en la relación no tendrá esta condición de persona especialmente relacionada con el deudor, pues la lista está limitada a los sujetos allí relacionados de forma inalterable, como único recurso para alcanzar un alto grado de rigor y de seguridad jurídica(...)”

gratuito realizadas por el concursado. Por lo tanto, la Administración Concursal como legitimado para la acción de rescisión, debe dirigirse contra el concursado y contra el tercero adquirente, en este caso el hermano del cónyuge. La sentencia debe la acción rescisoria concursal y se debe declarar la ineficacia del acto, condenado al tercero adquirente a la restitución del bien, que se reintegrará a la masa activa del concurso¹¹.

Según se nos muestra en la relación de hechos, tanto la madre del administrador único de la sociedad, como el hermano de su cónyuge eran conocedores de la situación en la que se encontraba la sociedad. Esto podría tener consecuencias respecto a la consideración de sus créditos. La rescisión concursal, implica la restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses. (art. 73 LC). De tal modo, que, tras estimarse la acción, el bien se reintegra en la masa activa, y se genera para el demandado afectado por la rescisión un derecho de crédito. Este, con regla general (art. 73.3 LC), tiene la consideración de crédito contra la masa, salvo que se haya apreciado mala fe en el nuevo acreedor, en cuyo caso, su crédito tendrá el carácter de concursal (es decir se integra en la masa pasiva del concurso con el resto de los acreedores con crédito anterior a la declaración de concurso), y además será subordinado (cobraría en el último rango, tras el pago de los créditos privilegiados y ordinarios).

En los contratos celebrados, se puede apreciar mala fe tanto en la madre como en el hermano de su esposa, ya que según se relata, eran conocedores de la situación financiera que atravesaba la empresa, y tal y como señala la Jurisprudencia, para apreciar mala fe es suficiente con que sean conscientes del perjuicio que se origina a la masa activa del concurso, sin que sea necesario que exista una intención fraudulenta (o un propósito directo de dañar). Sin embargo, únicamente uno de los créditos se vería afectado por esto, el referente a la restitución del precio pagado por el vehículo Audi A6 (de 5000 euros) por el que la madre de Beltrán tendrá un crédito subordinado. En los otros contratos, no hay nada que restituir, ya que o bien hubo un incumplimiento de la prestación (en la compraventa del vehículo Mercedes), o para el caso de la donación, se trata de un contrato unilateral que solo generó la obligación para la sociedad de la entrega del bien. Si pudieran verse afectados, de otro modo, estos terceros adquirentes, por ejemplo, si abierta la sección de calificación (declarándose culpable el concurso), estas personas son declaradas cómplices, de modo que deberán indemnizar el perjuicio causado a la masa activa por la privación temporal de esos bienes¹².

II.2 Acción pauliana; y acción de nulidad.

Por último, conviene señalar que, si bien la acción rescisoria concursal resulta suficiente, como se ha visto, a los efectos de poder reintegrar a la masa activa los bienes dispuestos por el administrador de la sociedad XYZ, la AC tiene a su vez, la posibilidad de ejercitar la acción pauliana, *ex art. 1111 CC en relación con el 1291.3 CC*, para lo cual existe el requisito adicional de la prueba del fraude. Dicho régimen se ha ido progresivamente objetivizando requiriendo únicamente el *scientia fraudis*¹³, y por otro

¹¹ Véase arts. 72.2 y 73.1 LC.

¹² Véase epígrafe III.5.c) del trabajo.

¹³ Véase STS de 25 de marzo de 2009; y STS de 25 de junio de 2010, considera que para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un "animus nocendi" (propósito de dañar o perjudicar) y sí únicamente la "scientia fraudis", esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo. En igual sentido 4471/2015, de

lado es necesario considerar su naturaleza subsidiaria, como señala el art. 1294 CC. Si bien mediante esta acción eventualmente podrían rescindirse actos más allá de los 2 años anteriores a la declaración de concurso que contempla la acción rescisoria concursal, toda vez que la acción revocatoria tiene un plazo de caducidad de 4 años, *ex art.* 1299 CC. En cualquier caso, resulta innecesario el ejercicio de la acción pauliana: resulta apreciable el “perjuicio” exigido para la rescisión concursal y por otro lado desde el punto de vista temporal, ya que los actos que se pretenden rescindir ya son plenamente subsumibles dentro de los 2 años que dispone la acción rescisoria, *ex art.* 71 LC.

Asimismo, también conviene detenerse en torno a las tres disposiciones efectuadas por el administrador en donde los contratos subyacentes podrían ser nulos de pleno derecho en relación con su causa. Por un lado, el contrato de compraventa del coche Mercedes-Benz en favor de la madre, puede ser nulo del pleno derecho, al tratarse de una simulación relativa, donde existe una causa falsa (art. 1276 CC), se podría estar encubriendo a través de la apariencia de compraventa, otro negocio jurídico distinto, una donación (no se ha producido el pago del precio). Y, por otro lado, la jurisprudencia del TS (STS 4471/2015, de 3 de noviembre), ha elevado a la categoría de causa ilícita, el propósito ilícito común de defraudar de ambos contratantes (o buscado por una y aceptado por el otro)¹⁴. De este modo, en los tres negocios jurídicos celebrados en abril de 2019, concurriría un móvil ilícito común de defraudar a los acreedores, siendo nulos de pleno derecho por tener causa ilícita (art. 1275 CC), ya que (como se tratará en los epígrafes III.5.c, y IV.2) concurre en Don Beltrán intención fraudulenta, y a su vez los adquirentes conocían y aceptaban el resultado de perjuicio que se originaba a los acreedores

III. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO.

La calificación concursal es la sección sexta dentro del procedimiento concursal, que cumple la función de depurar la responsabilidad civil del concursado en la causación o agravación del estado de insolvencia. La calificación culpable despliega unos efectos civiles, y requiere para su declaración, una valoración de la conducta del deudor, sin que sea suficiente la mera constatación de la situación de insolvencia.¹⁵.

III.1 ¿Cuándo procede la apertura de la sección sexta? Aspectos procesales.

La sección sexta no es una sección necesaria dentro del procedimiento concursal, en tanto que el art. 167 LC. establece que no procederá la sección de calificación cuando tenga lugar la aprobación de un convenio, que establezca (para todos los acreedores o para los de una o varias clases) una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos, o una espera inferior a tres años. En todo caso, se formará la sección de calificación si el convenio resulta incumplido.

Por lo tanto, procederá la formación de la sección de calificación en los supuestos de liquidación, o con la aprobación de un convenio especialmente lesivo para los acreedores.

¹⁴ La misma sentencia señala que lo conveniente es el ejercicio conjunto de la acción de nulidad, con carácter principal, y la acción rescisoria o pauliana, subsidiariamente

¹⁵ CAMPUZANO A.B; SANJUÁN Y MUÑOZ, E.; BLANCO SARALEGUI, J.M; MARINA COLL,R; CALDERÓN PATIER,C.; MARTÍN ALONSO, O.; ORTIZ GÓNZALEZ, M^aA; 2018, “*El derecho de la insolvencia: El concurso de acreedores*”. Tirant Lo Blanch, 3^a edición. ; p. 949.

En el supuesto de hecho no se especifica ni si se ha declarado el concurso, por lo que, lógicamente no se conoce cuál ha sido la solución del mismo. En todo caso, lo más probable es que dado los actos de disposición llevados a cabo, y el deterioro financiero de la sociedad, no se pudiese llegar a un acuerdo con los acreedores, y ni mucho menos conseguir la aprobación de un convenio que no fuese gravoso y por tanto supusiese una excepción por la cual el concurso no se deba someter a la sección de calificación. Además, hay que tener en cuenta que las estadísticas nos muestran que en España cerca del 90 % de los procedimientos concursales terminan en liquidación¹⁶.

La apertura de la sección de calificación se ordena en la misma resolución judicial por la que se aprueba el convenio o el plan de liquidación, o se ordena la liquidación conforme a las normas legales supletorias. (167.1 LC.). En el procedimiento se personan necesariamente la administración concursal y el Ministerio Fiscal. También cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo puede ser parte en la sección, personándose dentro del plazo de diez días posteriores a la última publicación que se hubiera dado a la resolución que acuerde la formación de la sección sexta. (168.1 LC.) El administrador concursal, debe presentar un informe al juez concursal dentro de los quince días siguientes a la fecha de expiración de los plazos para personación de los interesados. En él, se debe incluir la relación de los hechos relevantes para la calificación, así como una propuesta de calificación, identificando a las personas a las que deba afectar la calificación, y en su caso los cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores. (169.1 LC.). Esto se dará traslado al Ministerio Fiscal para que emita un dictamen en el plazo de diez días. (169.2 LC.)¹⁷.

III.2 Cláusula general de culpabilidad.

El concurso se calificará como fortuito o como culpable mediante sentencia (arts. 163.1 y 172.1 LC.)

El concurso fortuito no despliega efectos civiles, y no recibe una definición en la ley ni se fijan supuestos concretos por los que deba ser declarado como tal. Impera en la doctrina y la jurisprudencia un concepto negativo o por exclusión, de tal modo que el concurso es fortuito cuando no se califique como culpable¹⁸. Respecto al concurso culpable, esta calificación sí despliega efectos civiles sobre las personas afectadas y en su caso los cómplices (art. 172 LC.) en consonancia con la función represora que satisface esta sección sexta; e incluso existe la posibilidad de que en determinados supuestos estas personas sean condenadas a la cobertura del déficit concursal.

Para la determinación de la culpabilidad, la ley establece un criterio general (art. 164.1 LC), junto con una amplia relación de supuestos fácticos que en todo caso determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza (art. 164.2 LC.) y que se complementa, asimismo, con una serie de conductas, que, por constituir un incumplimiento de determinadas obligaciones legales, fundamentan unas presunciones *iuris tantum* de

¹⁶ Registro de Auditores Judiciales y Forenses (RAJ) del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (ICJCE), datos de julio-septiembre, 2019. (ELI: <https://www.icjce.es/empresas-entran-tarde-concurso-impide-viabilidad-terminan>)

¹⁷ Si el MF no emite el dictamen el proceso sigue su curso, y se presume que no se opone a la propuesta de calificación del administrador concursal.

¹⁸ En ese sentido, SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 19 de marzo de 2007 (ROJ: 4821/ 2007); o SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 12 de noviembre de 2007. (ROJ: 1078/ 2007)

culpabilidad (art. 165 LC.)¹⁹. Si bien estos supuestos fácticos de los arts. 164.2 y 165 LC. son los más frecuentemente alegados y considerados en la práctica concursal, no constituyen un “*numerus clausus*” de conductas que determinan la culpabilidad de un concurso, de modo que, mediante esta cláusula general, el juez concursal goza de mayor discrecionalidad para poder determinar conductas que pudiesen acarrear la calificación culpable del concurso, y no sean subsumibles en los distintos hechos base que conforman las presunciones legales²⁰.

Se puede extraer del art. 164.1 LC los siguientes presupuestos que conforman la cláusula general de culpabilidad:

- Debe existir una acción u omisión por parte de determinadas personas imputables, que, para el caso de la persona jurídica, serían sus administradores o liquidadores (incluyendo los de hecho), sus apoderados generales y socios²¹, o quienes hayan tenido alguna de las condiciones anteriores dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.
- Es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo: debe haber mediado dolo o culpa grave en las conductas activas u omisivas realizadas por aquellas personas imputables.
- Un elemento objetivo: el daño, que se manifiesta en la generación o agravación de la insolvencia. Se constata con el auto que declara el concurso, en la medida que se ha probado el estado de insolvencia, *ex art. 2 LC*.
- Un nexo causal entre la acción u omisión dolosa o gravemente culposa, y la generación o agravación de la insolvencia.

Como se ha visto, en base a la cláusula general debe valorarse el elemento subjetivo o intencional en la conducta del administrador. El precepto no hace una consideración específica en torno al dolo y a la culpa grave, por lo que habrá que atenerse a lo dispuesto por el derecho general. Por dolo se debe entender, tal y como señala la doctrina (DIEZ PICAZO, CÁMARA ÁGUILA), como la consciencia por parte del deudor de que se produce un daño con su conducta, y este no adopte las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo, sin ser por tanto necesario que ese resultado sea intencionalmente perseguido, únicamente que el deudor se percate o sea consciente de que el daño a los acreedores es una consecuencia necesaria de su acción.

Por culpa grave, se entiende el apartamiento de gran entidad del modelo de diligencia exigible: no prever o no evitar lo que cualquier persona mínimamente cuidadosa hubiera previsto o evitado. El modelo de diligencia, *ex art. 1104 CC*, debe adaptarse a las circunstancias de cada caso²²: *“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.”* En el caso que nos ocupa, el administrador único de la sociedad XYZ SA, está sometido al deber de diligencia que

¹⁹ Véase apartado VIII de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal.

²⁰ En ese sentido, véase STS de 10 de abril de 2015 (nº 185/2015) que señala que *“el art. 164.1 LC, como cláusula general, como norma sustantiva, tipifica el concurso culpable, por lo que, cualquier otra conducta no prevista en los hechos-base descritos en aquellos preceptos, pero en los que concurran los factores de dolo o culpa grave y hayan generado o agravado la insolvencia de acuerdo con un nexo de causalidad, es merecedora de calificarse de culpable, a los efectos de calificación del concurso.”*

²¹ Los socios únicamente pueden verse afectados por la calificación culpable del concurso en la medida en que se hayan negado a una capitalización de créditos, o una emisión de valores o instrumentos convertibles, sin causa razonable, y esto haya frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación., *ex art. 165.2 LCon.*, que constituye una presunción *iuris tantum*.

²² DÍAZ ECHEGARAY, J.L; “La calificación del concurso: doctrina y jurisprudencia” 2015. Pp. 67-68

establece la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 225, que exige a los administradores *la diligencia de un ordenado empresario, la dedicación adecuada, así como la adopción de medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.*)²³.

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que esta cláusula general supone el primer criterio de culpabilidad del concurso, pero es necesario para su apreciación que concurren de forma cumulativa los elementos mencionados: es necesario que exista conducta en la que haya mediado dolo o culpa grave, y un nexo causal entre esa conducta y la generación o agravación de la insolvencia²⁴.

Aunque lo cierto es que resultaría complicado para el juzgador tener que llevar a cabo un examen de todos los presupuestos legales. Son evidentes las dificultades probatorias, sobre todo a la hora de apreciar la relación de causalidad. Es por ello, que el legislador utiliza la técnica presuntiva para facilitar la imputación de los administradores y demás personas que pudiesen ser afectadas por la calificación, por haber incurrido en alguno de los hechos base que fundamentan las presunciones legales.

III.3 Presunciones iuris tantum de culpabilidad: Incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso.

Comenzaré tratando los hechos base que fundamentan las presunciones *iuris tantum*, recogidas en el art. 165 LC, analizando si alguna de las conductas realizadas por el administrador único es subsumible dentro de estos hechos indicio que fundamentan la norma presuntiva. Y posteriormente trataré con mayor amplitud las *presunciones iuris et de iure*, que son en verdad supuestos de culpabilidad con una naturaleza, en cierta medida, diferenciada respecto a la cláusula general de culpabilidad.

Las presunciones legales se fundamentan principalmente en un juicio de probabilidad o normalidad, fruto de la experiencia, sobre el enlace repetitivo y constante entre un hecho cierto (el hecho indicio o base) y un hecho que se toma como cierto (el hecho presunto)²⁵. De este modo, probada la concurrencia del hecho base, el juez está obligado a apreciar el hecho presunto como verdad procesal.

Es necesario que se acredite la certeza del hecho base para que pueda operar la presunción (art. 385.2 LEC). Lógicamente quien alega, es quien debe probar la existencia del hecho base. La carga de la prueba se desplaza tras acreditarse la concurrencia del hecho base, de tal modo que el demandado debe destruir ese nexo que fundamenta el hecho presunto, probando su inimputabilidad en el hecho base; o desvirtuando el hecho presunto, aquí, probando que no concurre alguno de los elementos definitorios de la culpabilidad, es decir el dolo o la culpa grave; o el nexo causal con la generación o agravación de la insolvencia.

²³ Se equiparan ambas figuras subjetivas a los efectos de determinar la calificación del concurso (*culpa lata dolo aequiparatur*). En relación con esto, la doctrina mayoritaria entiende que sí se deberá hacer distinción en torno al significado de dolo y culpa grave a la hora de determinar y graduar los efectos

²⁴ Véase SSTs de 6 de octubre de 2011, de 17 de noviembre de 2011, 16 de enero de 2012, 21 de marzo de 2012, 20 de abril de 2012, 26 de abril de 2012, 21 de mayo de 2012, o 19 de julio de 2012.

²⁵ PEÑA GONZALO, L.; AUSÍN DÍEZ, T., “La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria” Anuario de filosofía del derecho, ISSN 0518-0872, N° 18, 2001, pp. 95-128

La norma presuntiva del art. 165 LC cubre todos los elementos de la culpabilidad, es decir se presume tras la prueba del hecho base, tanto el elemento subjetivo o intencional, como su relación de causalidad con la agravación o generación de la insolvencia²⁶

El precepto incluye tres conductas omisivas cuya realización por el concursado, determina la calificación culpable del concurso, las cuales hacen referencia al incumplimiento de determinados deberes legales (por los administradores o liquidadores en la persona jurídica). El primer apartado hace referencia al incumplimiento de la obligación de solicitar la declaración de concurso, el segundo tipifica el incumplimiento del deber de colaboración del concursado con el juez y la administración concursal, y el tercero hace referencia que el deudor haya incumplido su deber de formular las cuentas o depositarlas en el Registro Mercantil.

Únicamente se tratará la primera de las circunstancias, al ser la única en la que cabe la posibilidad de imputar subjetivamente alguna conducta del administrador único de la sociedad, *ex art. 165.1.1º LC: el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso*. El legislador ha entendido que es importante que el deudor solicite a tiempo la declaración de concurso, intentando evitar que se produzca un deterioro financiero en la masa patrimonial con motivo de la dilación en la solicitud, que implique un perjuicio para los acreedores en sus créditos²⁷.

La propia Ley Concursal, establece en su artículo 5.1, el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso dentro de los 2 meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debiera conocer su estado de insolvencia²⁸. En la sociedad XYZ SA, la obligación de solicitar el concurso dentro de ese plazo legal, recae sobre su administrador único, en tanto que la ley prevé la competencia del órgano de administración para decidir sobre la solicitud (art. 3, párrafo 2º LC.)

Además, hay que señalar que se presume, salvo prueba en contrario, que el deudor ha conocido su estado de insolvencia, cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a la solicitud del concurso necesario. (art 5.2 LC.), que incluye entre otros, el sobreseimiento general en los pagos corrientes del deudor

Uno de los datos que se nos muestra en el supuesto, es la imposibilidad de la sociedad en el mes de marzo de 2019, de hacer efectivo el pago de los intereses a los acreedores. Este hecho constituye un sobreseimiento general de los pagos corrientes del deudor, al tratarse de un incumplimiento generalizado y no un incumplimiento singular, como se deduce del carácter plural del hecho. Esto, reitero, tiene una doble función, principalmente sirve como hecho revelador de la insolvencia que da base a la legitimación de los acreedores para solicitar el concurso necesario, *ex art. 5.2 LC*, pero también sirve como criterio temporal por el que se presume *iuris tantum* que el deudor ha conocido su estado de insolvencia.

²⁶ Así desde la reforma introducida por la Ley 9/ 2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, ya que, con anterioridad a esta modificación, la norma presuntiva cubría únicamente el elemento del dolo o la culpa grave, de modo que se debía probar el nexo causal.

²⁷ Véase, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal; En su motivo II señala, “*El sistema legal combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores...*” y SAP de Pontevedra, de 26 de enero de 2017.

²⁸ Asimismo, hay que tener en cuenta que este plazo puede extenderse hasta 4 meses, si el deudor comunica al juzgado que ha iniciado negociaciones con los acreedores para una solución preconcursal (acuerdo extrajudicial de pagos, acuerdo de refinanciación, o propuesta anticipada de convenio), sin embargo, no se hace referencia a nada de ello en el supuesto, así que no se tendrá en cuenta.

Así, probada la existencia del sobreseimiento general de los pagos, el administrador podría aportar prueba de que no conoció su estado de insolvencia en dicho momento (que es cuando comienza a correr el plazo legal de 2 meses), aunque resulta inverosímil que siendo administrador único de la sociedad no haya tenido conocimiento, y se puede desechar completamente esa posibilidad si tenemos en cuenta que, según se nos muestra en la relación de hechos, en el momento que se produce el sobreseimiento, ha habido una solicitud de devolución de los créditos por parte de los acreedores (es decir que con esa comunicación el administrador necesariamente ha tenido que conocer). Tomando como premisa, por tanto, que, Beltrán Vázquez, administrador único de la sociedad, ha conocido su estado insolvencia en el momento que se produce el sobreseimiento general de pagos, es decir en marzo de 2019, hay que examinar si dentro de los dos meses posteriores ha cumplido el deber de solicitar el concurso. Y según se muestra en la relación de hechos, Beltrán solicita el concurso en junio de 2019, es decir con un mes de retraso sobre el plazo legal.

En base a ello, y a falta de más datos, se puede inferir que se ha producido un incumplimiento en el deber de solicitar el concurso, imputable al administrador único. Queda acreditado el hecho base del precepto del 165.1 LC. (omisión del deber de solicitar el concurso) y por tanto debe considerarse el hecho presunto, es decir concurren los elementos de la calificación culpable.

Puede Don Beltrán tratar de desvirtuar el hecho presunto, es decir probar que no habido dolo o culpa grave, o que su omisión del deber no ha causado o agravado la insolvencia. Es obvio que la extemporaneidad no ha generado la insolvencia ya que el estado de insolvencia queda probado con anterioridad (en marzo de 2019), aunque sí es probable que la haya agravado. Y por mínima que fuera la agravación debe apreciarse el hecho presunto (el precepto del 164.1 LC. no distingue acerca de la entidad, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

III.4 Supuestos especiales de culpabilidad.

En los dos epígrafes anteriores se ha tratado el primer criterio de culpabilidad. Frente a esto, existe también un segundo criterio de culpabilidad, a que refiere el art. 164.2, por el cual, la mera realización de alguna de las conductas positivas o negativas que contiene la norma determina irremediabilmente la calificación culpable del concurso.

El tenor literal del precepto *“En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos (...)”*, ya deja claro el carácter preceptivo de la declaración de culpabilidad si se acredita alguna de las seis circunstancias a que hace referencia. De todas formas, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁹, que señala la obligatoriedad de atribuir la culpabilidad al concurso, si se realiza alguno de los hechos de la norma, con independencia de si estos hechos han agravado o generado la insolvencia o si en su realización hubiese mediado dolo o culpa grave del deudor. En ese sentido, la STS de abril de 2016, señala en interpretación del art. 164.2 que: *“Esta expresión «en todo caso» no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que - cuando menos- constituye una negligencia grave del administrador”*. Respecto al otro elemento, se sostiene en la SAP de Alicante, de 7 de mayo de 2009, que *“es*

²⁹ Véase SSTS de 6 de octubre de 2011, de 17 de noviembre de 2011, 16 de enero de 2012, 21 de marzo de 2012, 20 de abril de 2012, 26 de abril de 2012, 21 de mayo de 2012, o 19 de julio de 2012.

absolutamente indiferente, a los efectos de calificación del concurso como culpable por la vía del art. 164.2 LC que se pueda establecer o no un vínculo causal entre la actuación del deudor y la generación o agravación del estado de insolvencia”

En definitiva, los supuestos contenidos en art.164.2 se constituyen como tipos de mera actividad, y que por tanto operan al margen de su agravación o generación del estado de insolvencia, y como señala la jurisprudencia componen un segundo criterio de culpabilidad diferenciado respecto al criterio general³⁰.

En todo caso, hay que señalar que esta norma presuntiva, no limita ni mucho menos la necesidad del juez de llevar a cabo juicios valorativos, en la medida que algunos de estos supuestos especiales emplean conceptos jurídicos indeterminados, no es posible realizar una tarea puramente mecánica para poder subsumir la conducta del deudor al hecho base, siendo por tanto necesario una valoración del elemento fáctico, en relación con lo exigido por la jurisprudencia en torno a la premisa normativa.

Únicamente trataré aquellos apartados de la norma que resulten con mayor o menor claridad aplicables al supuesto de hecho (dejando de lado los apartados 3º, que determina la culpabilidad del concurso por incumplimiento de convenio y 6º, relativo a la simulación patrimonial ficticia).

III.4.a) Irregularidades relevantes en la llevanza de la contabilidad.

Esta causa de culpabilidad es, desde el punto de vista estadístico, el tipo más frecuentemente alegado en la práctica concursal.

En el mundo empresarial, la contabilidad ha adquirido una importancia fundamental, sobre todo en su vertiente informativa. En la actualidad cada vez, son más las empresas que reciben un capital externo para desarrollar su actividad empresarial, y estos inversores o acreedores tienen como principal instrumento informativo a la hora de conocer la rentabilidad de sus inversiones o la seguridad de sus créditos, los estados contables. Es necesario que quien aporta un capital a una determinada empresa, sepa cuál es la situación financiera real de esta, como garantía de que se ha tomado una decisión económica informada. Es por ello por lo que, el legislador entiende que el concursado que incumple gravemente, con anterioridad a la declaración de concurso, su deber de llevanza de contabilidad, en sentido formal o material, merece un reproche jurídico, que se materializa con la causa de culpabilidad contenida en el art. 164.2.1 LC.

El artículo 164.2.1 establece que el concurso se calificará como culpable “*cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.*”

En primer lugar, en cuanto al ámbito subjetivo, hay que señalar que el precepto se aplica sobre el deudor obligado a la llevanza de la contabilidad. La doctrina mayoritaria³¹, sostiene que la referencia legal, es la del Código de Comercio, que sanciona en su art. 25, la obligación de todo empresario³², de la llevanza ordenada de la contabilidad, de modo

³⁰ Véase SSTS de 6 de octubre de 2011, 21 de marzo de 2012, 20 de abril de 2012, 26 de abril de 2012.

³¹ GARCÍA-CRUCES, J.A, “*La calificación del concurso*”, ob. cit., pág. 42; DÍAZ ECHEGARAY, J.L.; “*La calificación del concurso: doctrina y jurisprudencia*” ob. cit., págs. 92-94

³² La obligación de llevanza de la contabilidad, ex art. 25 CCom, se extiende a cualquier empresario, con independencia del volumen de negocio, como señalan las SSTS de 16 de marzo de 1966, y de 2 de marzo de 1974.

que la norma no resulta de aplicación para quienes tengan otro tipo de carga de contabilidad, como la fiscal. En el presente supuesto, se analiza la actividad de una sociedad anónima, de modo que no solo está obligada a la llevanza de contabilidad en base al CCom. sino también en base a su legislación especial (arts.253 y ss. LSC).

De los tres ilícitos civiles que tipifica la norma, la doble contabilidad es el que menos problema plantea, al tratarse de una realidad objetiva, que no deja de ser una falsedad de documento mercantil, y en la que subyace un ánimo fraudulento, como señala la STS (Sala de lo Penal), de 30 de enero de 1991, “... *pues toda doble contabilidad tiene por finalidad el ánimo defraudatorio*”.

En cuanto a la primera conducta a que se refiere el precepto, el incumplimiento se refiere a los libros contables obligatorios, *ex art. 25 CCom*, que incluiría el Libro Diario, y el Libro de Inventarios y Cuentas Anuales. Y, asimismo, este incumplimiento ha de ser sustancial, que *será aquel que, por la relevancia de las ausencias, omisiones o defectos en la llevanza de una contabilidad ordenada impida un seguimiento cronológico de todas las operaciones y mutaciones patrimoniales, y en definitiva que no permita conocer la evolución y la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad* (SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 7 de marzo de 2012). En cualquier caso, no se hace referencia en el supuesto de hecho a que el administrador único hubiese incumplido el deber de llevanza ordenada de la contabilidad, y que por tanto faltasen los libros contables obligatorios o estos no fuesen legalizados, si no que hace referencia a diferentes conductas activas en torno a la formulación de las cuentas anuales.

Respecto al hecho base referente a las irregularidades contables, la norma planteó problemas en lo relativo a que se debe entender por “irregularidad”, es decir, que conductas se engloban dentro de este término. Y es que la normativa técnica de auditoría desarrollada por el ICAC (Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas) ha realizado una distinción entre error e irregularidad dejando claro que el factor diferenciador para clasificar un acto u omisión como irregularidad es la intencionalidad³³. Es por ello, que, de una interpretación literal del precepto, podría inferirse que la voluntad del legislador habría sido dejar fuera a los errores, al someter la aplicación del supuesto únicamente a las irregularidades (intencionadas). Sin embargo, esto resultaría contradictorio en relación con la propia naturaleza de estas presunciones absolutas, en las que, como se ha señalado, no se exige la valoración de ningún elemento adicional respecto de la propia realización de la conducta³⁴.

Respecto a esta vaguedad presente en la norma, se ha posicionado en el Tribunal Supremo, señalando que la realización del tipo contenido en el art. 164.2.1º LC, no exige que el sujeto tenga conciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. (STS de 16 de enero de 2012). Por tanto, resulta indiferente la distinción entre error e irregularidad a efectos de apreciar la causa de culpabilidad contenida en el propio precepto, lo cual no implica que la

³³ Véase la Resolución de 15 de junio de 2000, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre “Errores e Irregularidades”, que señala en su art. 4, que “*Los errores e irregularidades tienen en su intencionalidad el factor primordial de diferenciación*”

³⁴ ADELL MARTÍNEZ, J., “*Análisis interpretativo de los supuestos de calificación culpable del concurso de acreedores por incumplimientos e incorrecciones contables*” Tirant lo Blanch (Valencia, 2017) pp. 140-142.

valoración del elemento intencional no deba considerarse a la hora de determinar los efectos civiles de la calificación culpable³⁵.

Por otro lado, la posibilidad de que el concursado haya cometido irregularidades contables habrá de valorarse a la luz de los principios y reglas contenidos en las normas contables del CCom., así como del Plan General de Contabilidad y de las Resoluciones del ICAC. Aunque, no cualquier defecto contable determina la realización del hecho base contenido en la norma presuntiva, sino que la irregularidad ha de ser relevante.

El propio artículo 164.2.1 LC, relaciona el concepto de relevancia con el fin que satisface la contabilidad, que es el de mostrar la realidad financiera y patrimonial de la sociedad, lo que la propia normativa contable ha conceptualizado como “imagen fiel” (art. 34 CCom.; art. 254 LSC, y art. 1 PGC)³⁶, en cuanto a obligación material en el deber de llevanza de la contabilidad del empresario.

A su vez, la Jurisprudencia ha interpretado la norma en dicho sentido finalista, concretamente la STS de 27 de octubre de 2017, relaciona la relevancia de la incorrección contable con el fin que desempeña la contabilidad en el tráfico mercantil: el de proporcionar información útil y comprensible para los usuarios al tomar sus decisiones económicas, para lo cual será imprescindible que las cuentas sean redactadas con claridad y mostrando la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa (art. 1 PGC). La propia sentencia exige para la apreciación del hecho base, que la irregularidad “*tenga suficiente entidad, cualitativa o cuantitativa, para desvirtuar la imagen de la empresa, y por tanto impedir a los terceros la comprensión de la situación financiera y patrimonial de la sociedad.*”

Resultan de interés, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 21 de abril de 2010 y 20 de diciembre de 2013 (Sección 5), las cuales asimilan el concepto de irregularidad relevante a “*la situación en la que cualquier operador económico que se aproximase a la mercantil apelante se vería impedido de hacerse una idea correcta de la situación patrimonial y financiera de la empresa*”, señalando a su vez, en relación al aspecto cuantitativo, que han de ponderarse los importes a los que afecta la irregularidad, pues si se trata de cantidades despreciables no pueden merecer el calificativo de “relevante”.

En el supuesto de hecho se señala la realización de diferentes mecanismos por parte del administrador único de la sociedad para incrementar ficticiamente la cifra de negocios. Concretamente se registraron prestaciones de servicios a clientes que no se habían contratado, ni efectuado; y por otro lado se difirió el reconocimiento de gastos.

El primer hecho, indudablemente constituye una irregularidad contable, al tratarse de registros de operaciones ficticias, y en las que subyace una intencionalidad, como señala las NTA³⁷. Respecto al segundo hecho, el diferimiento en el reconocimiento de gastos

³⁵ DÍAZ ECHEGARAY, J.L.; “*La calificación del concurso: doctrina y jurisprudencia*” ob. cit., p. 109., o como señala la propia STS de 16 de enero de 2012.

³⁶ Todo empresario tiene la obligación de la llevanza ordenada de la contabilidad, (art. 25 CCom.), y debe formular las cuentas anuales con claridad y de forma que muestren la imagen fiel de la situación financiera y patrimonial de la empresa. (art. 34 CCom.). A estas mismas obligaciones contables hace referencia la Ley de sociedades de capital en sus arts. 253 y siguientes, incidiendo en el concepto de imagen fiel de la situación financiera y del patrimonio de la sociedad, así como el PGC en su artículo primero.

³⁷ Como se determina en la Resolución de 15 de junio de 2000, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre “Errores e Irregularidades”: La irregularidad, caracterizada por su comisión intencionada, “*puede suponer, entre otros: (...) Registro de operaciones ficticias.*”

constituye una infracción de los principios contables, concretamente del principio de devengo, recogido en el art 3º PGC, que señala que *“Los efectos de las transacciones o hechos económicos se registrarán cuando ocurran, imputándose al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran, los gastos y los ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro”* El administrador, Beltrán Vázquez, debió haber imputado los gastos al ejercicio en que han ocurrido, con independencia de la fecha de cobro.

En cualquier caso, de la relación de hechos que se manejan en el supuesto, no se puede determinar con certeza que estas irregularidades sean relevantes: no se hace referencia a la cuantía, ni a la proporción que implican sobre la cifra de negocios³⁸, por ello, no se puede conocer de forma fehaciente si estas irregularidades han supuesto o no una desvirtuación de la imagen fiel de la realidad patrimonial y financiera de la sociedad.

Si bien resulta necesario considerar que la irregularidad no se ha de referir necesariamente a un único hecho, si no que puede tratarse de varias irregularidades que, sin llegar a tener entidad suficiente consideradas de forma individual, sí en su conjunto, o consideradas globalmente desvirtúan la imagen financiera de la empresa. (STS de 27 de octubre de 2017). Por lo tanto, es presumible que estas irregularidades contables (el diferimiento de gastos, y el registro de prestaciones inexistentes), consideradas de forma conjunta, han podido desvirtuar la imagen patrimonial y financiera de la sociedad XYZ SA al mostrar una cifra de negocios mayor que la real.

De todos modos, aun no pudiendo probar con certeza el carácter relevante de las anteriores irregularidades, sí es claramente apreciable la relevancia en el otro hecho mencionado en el supuesto. En él, se hace referencia, a que *“más de la mitad de las deudas derivadas de los contratos de préstamo, no figuraban en las cuentas anuales.”*

Este hecho es sin duda subsumible dentro de la norma, ya que, desde el aspecto cuantitativo, una ocultación del pasivo en más del 50%, determina una alteración o una desvirtuación considerable de las cuentas, en el sentido de que, en ese mismo porcentaje se ve incrementado, en el balance, el patrimonio neto de la sociedad, y se incrementa el ratio de solvencia³⁹, lo que muestra una capacidad ficticia de hacer frente al pago de las deudas. En consecuencia, los acreedores, cuando llevaron a cabo sus decisiones económicas, se vieron en gran medida influenciados por esta desvirtuación de la imagen fiel del patrimonio de la sociedad, en la que se mostraba una imagen financiera y patrimonial mucho mejor de la real.

Por tanto, la relevancia en la irregularidad contable es obvia, y debe apreciarse por el juez concursal la concurrencia del hecho base contenido en el art. 164.2.1º LC, y como consecuencia debe calificarse el concurso como culpable, sin que quepa prueba en contrario por el administrador.

Con la prueba de la concurrencia de este hecho base, se debe calificar en todo caso, el concurso como culpable, de modo que analizar las demás conductas que pudiesen ser subsumibles en los demás supuestos especiales de culpabilidad no tendría relevancia en

³⁸ En ese sentido, la STS de 27 de octubre de 2017, establece un criterio para determinar la entidad de la irregularidad en el plano cuantitativo *“(…) lo será cuantitativamente cuando el importe económico de la incidencia, en relación con el tamaño de la empresa, altere significativamente la situación patrimonial y financiera que se proyecta al exterior.”*

³⁹ El ratio de solvencia mide la capacidad de una empresa de hacer frente al pago de sus deudas. Es decir, si una empresa tuviese que pagar todas sus deudas en un momento dado, determina si tendría activos para hacer frente a esos pagos.

cuanto a la propia calificación, pero sí en lo relativo a la graduación de los efectos civiles derivados de la calificación.

III.4.b) Inexactitud grave en los documentos presentados en la solicitud de declaración de concurso.

Este supuesto de culpabilidad tiene su fundamento en los deberes previos, que la ley hace recaer sobre el deudor común, el cual está obligado a acompañar en la solicitud de declaración de concurso determinada documentación⁴⁰, ex art. 6 LC; y también en el deber genérico de colaboración del deudor con el juez concursal y la AC, que se concreta en su obligación de entregar cualquier documentación relativa a los aspectos patrimoniales de su actividad empresarial (arts. 42 y 45 LC).

Lo que se pretende con la tipificación de este supuesto es evitar que la situación económico patrimonial y financiera del concursado venga distorsionada desde el inicio o durante el procedimiento concursal; para que los órganos del concurso puedan disponer de una información veraz y completa de dicha situación⁴¹.

La inexactitud grave supone la omisión de datos relevantes en los documentos aportados o a la falta de documentos cuya información sea preceptiva; mientras que la falsedad de documentos se refiere, más bien, a la alteración, tergiversación o manipulación del contenido de los documentos presentados o a la creación de documentos sin base material real que los sustente⁴².

Como señala la SAP de Valencia, de 13 de marzo, *“la inexactitud grave exige que concurra una discordancia entre lo que el documento pone de manifiesto y la realidad y además que tal inexactitud, es decir, tal distorsión, sea relevante.”*

En la documentación presentada por Beltrán Vázquez en la solicitud de concurso (en junio de 2019), se ocultaba buena parte del pasivo, y más de la mitad de los acreedores no se contenían en la solicitud. Estos hechos suponen una omisión de datos relevantes en relación con la información aportada en la solicitud de concurso, ex art. 6 LC.

En sentido cuantitativo es innegable que, tratándose de una ocultación de más de la mitad de los acreedores y de una cantidad considerable de las deudas, existe una distorsión clara entre lo que reflejan los documentos presentados en la solicitud, y la realidad. En un sentido similar al del supuesto, la SAP de Córdoba, sec.3º, de 20 de marzo de 2013, apreció la concurrencia de la causa de culpabilidad, ex art. 164.2.2, por considerar inexactitudes graves la desviación de pasivo del 50,13% .

Por lo expuesto, se acredita que la conducta del administrador único de la sociedad XYZ SA, en relación con su deber de aportar documentación complementaria a la solicitud de concurso, es subsumible dentro del hecho base del art. 164.2.2, al revestir el carácter de inexactitudes graves. En base a la concurrencia de este supuesto debe también calificarse el concurso como culpable, sin que el administrador pueda aportar prueba en contrario.

⁴⁰ Entre esta documentación se incluye: memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor; inventario de bienes y derechos; relación de acreedores; plantilla de trabajadores; y específicamente para el empresario: cuentas anuales, memoria de cambios en patrimonio, etc.

⁴¹ ROMERO SANZ DE MADRID.C; *“La calificación en el concurso de acreedores: presupuestos, tramitación y efectos.”*, ob. cit., pág. 113.

⁴² DÍAZ ECHEGARAY, J.L; *“La calificación del concurso: doctrina y jurisprudencia”* ob. cit. p. 116.

III.4.c) Alzamiento y disposición fraudulenta de bienes.

Los apartados cuarto y quinto del art.164.2 LC, tipifican dos conductas que guardan relación entre sí como serían el alzamiento de bienes; y la salida fraudulenta de bienes por el deudor., ambas hacen referencia a conductas que tienen como objeto la ocultación de bienes en perjuicio de los acreedores.

Son dos conductas de difícil deslinde⁴³, de hecho, en algunas sentencias se emplean conjuntamente para la calificación de un mismo hecho⁴⁴.

Primeramente, hay que señalar que el alzamiento contemplado en sede concursal no coincide exactamente con el propio de la norma penal (art. 257 CP), sino que es necesariamente más amplio, puesto que cubre supuestos excluidos en la órbita penal, como el caso en el que el perjuicio a los acreedores deriva de una vulneración del orden de prelación de créditos. (*par conditio creditorum*)⁴⁵.

En términos generales, estaremos en presencia de un alzamiento sancionable en la esfera civil del concurso cuando haya habido ocultación o enajenación de bienes del patrimonio del deudor sujetos a responsabilidad por las deudas contraídas. Las conductas que conforman este ilícito son tan extensas como la propia imaginación del deudor que quiera aparentar su insolvencia⁴⁶.

Como se deriva del sentido literal de la norma, resulta necesaria la existencia de un perjuicio para los acreedores. En ese sentido, la SAP de Madrid, sec 28ª, de 10 de junio de 2013, declaró fortuito el concurso, al no apreciar el alzamiento de bienes, dada la ausencia de perjuicio para los acreedores, por no tener valor patrimonial las acciones transmitidas antes de la solicitud de declaración de concurso.

Por otro lado, como señala GARCÍA-CRUCES⁴⁷, el concepto de alzamiento, *ex art.* 164.2.4º LC debe entenderse en torno al contexto tradicional, es decir que, exige la concurrencia de intención defraudatoria en la ocultación o desaparición de bienes .

El carácter fraudulento también es exigido en la causa de culpabilidad del art. 164.2.5º LC, y en este caso ya en la propia dicción literal: “*Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.*”

La diferencia en cuanto al carácter fraudulento en ambos supuestos, la realiza el Tribunal Supremo en su STS de 27 de marzo de 2014, que señala que para el caso del alzamiento (art. 164.2.4º LC), el carácter fraudulento proviene de su clandestinidad, mientras que para la salida fraudulenta de bienes (art. 164.2.4º LC), el elemento del fraude ha de relacionarse con lo exigido en el art. 1291.3 CC para la acción pauliana. En cuanto a la interpretación de este último, la jurisprudencia ha evolucionado hasta considerar que no es preciso la existencia de *animus donandi* (propósito de dañar o perjudicar), y resulta

⁴³ Véase la SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2009, que señala que “*parece que el alzamiento de bienes y las enajenaciones fraudulentas deben de tratarse de conductas distintas*”, y posteriormente razona que el alzamiento de bienes es más grave ya que no está sujeto a limitación temporal, y además fuera de la regulación concursal está tipificado como delito.

⁴⁴ SAP de Barcelona, Sec. 15ª, de 16 de julio de 2009.; SAP de Córdoba, sec. 3ª, de 20 de marzo de 2013.

⁴⁵ GARCÍA-CRUCES, J.A, “*La calificación del concurso*”, ob. cit., págs. 50-51., véase en ese sentido la STS de 3 de mayo de 2001.

⁴⁶ ROMERO SANZ DE MADRID.C; “*La calificación en el concurso de acreedores: presupuestos, tramitación y efectos.*”, ob. cit., pág. 141.

⁴⁷ GARCÍA-CRUCES, J.A, “*La calificación del concurso*”, ob. cit., pág. 50

suficiente con la prueba de la *scientia fraudis*, es decir, consciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio a los acreedores.

Resulta llamativo, asimismo, que, en este supuesto, la norma sí establece un acotamiento temporal sobre las disposiciones fraudulentas que deban determinar la calificación culpable del concurso, el cual coincide con el periodo sospechoso (de 2 años) establecido por la propia ley para el ejercicio de la acción rescisoria concursal (art. 71 LC). Sin embargo, para la apreciación de la causa de culpabilidad, no resulta suficiente como se ha señalado, la prueba del perjuicio a los acreedores, sino que requiere la prueba del fraude, o como señala la SAP de Barcelona, de 16 de junio de 2011⁴⁸, “(..) *no basta con que el acto de disposición realizado por la concursada sea susceptible de rescisión concursal, al amparo del art. 71 LC, pues para ello, sería suficiente que hubiera ocasionado perjuicio para la masa, sino que es necesario, además, acreditar la concurrencia del elemento subjetivo del fraude.*”

Y es que precisamente, en orden a la resolución del supuesto práctico, los actos que pudiesen ser subsumibles en esta causa de calificación culpable coinciden con los actos que han sido de tratamiento en el epígrafe relativo a las acciones de reintegración. Si en aquel caso, se acreditó la existencia de perjuicio y por tanto la rescisión de los actos, en este caso hay que probar la existencia de fraude, y tal y como se ha señalado, relacionándolo con los requisitos doctrinales y jurisprudenciales, relativos al fraude de acreedores (*ex art. 1111 CC en relación con art. 1261.3 CC*).

Resulta apreciable la existencia de fraude, en las disposiciones patrimoniales efectuadas por el administrador único, de los días 1 y 3 de abril de 2019. No porque exista conocimiento y aceptación de que con las citadas disposiciones se provocaba un perjuicio a los acreedores, sino por la existencia de un verdadero propósito de dañar (*animus nocendi*). Con anterioridad a estos negocios jurídicos, ya era Don Beltrán Vázquez, conecedor del estado de insolvencia de la sociedad, lo cual queda perfectamente manifestado con el sobreseimiento general de los pagos que se produce en marzo. Es por ello, que un mes después, con el previsible conocimiento de que se iba a producir la declaración de concurso (como mínimo a instancia de los acreedores) e iba a ver embargados los activos de la sociedad en favor de dicho procedimiento, lleva a cabo estos actos de disposición con el ánimo de perjudicar a los acreedores, y a su vez beneficiar a aquellos terceros adquirentes (o a sí mismo indirectamente)

Además, para la prueba del fraude, que como se ha señalado hay que relacionarlo con la acción pauliana, resulta procedente aplicar la presunción del art. 1297 CC, por el cual “*se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito*”. Por lo tanto, en base a esta presunción se acredita el fraude en todo caso, con la donación que realiza Beltrán en favor del hermano de su esposa. (el día 3 de abril, y que tiene como objeto la finca El Castaño). Por todo lo expuesto, concurre la causa de calificación culpable del art. 164.2.5 LC.

⁴⁸ SAP de Barcelona (sec. 15^a), de 16 de junio de 2011, (JUR 2011, 362207); a su vez el tribunal señala que ese plus de en relación con la acción rescisoria concursal “*supone una exigencia de malicia, entendida como intención o conocimiento y aceptación, de que con dicho acto se distraen los bienes y derechos objeto de la transmisión de la futura masa del concurso*”.

III.5 Efectos de calificación culpable del concurso.

El concurso debe ser calificado como **CULPABLE**, en base a la concurrencia de los supuestos de culpabilidad del art. 164.2.1º LC (irregularidades contables relevantes), del art. 164.2.2º LC (inexactitudes graves en los documentos aportados con la solicitud de concurso), art. 164.2.5º LC (disposición fraudulenta de bienes); y así como en base a la presunción de culpabilidad contenida en el art. 165.1º LC (incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso).

La sentencia que califique el concurso como culpable debe contener una serie de pronunciamientos: En primer lugar, respecto al ámbito subjetivo de la calificación debe determinar las personas afectadas por la calificación así como, en su caso, las declaradas cómplices (172.2.1º LC). Como persona afectada por la calificación resulta el Administrador único de la sociedad XYZ, Don Beltrán Vázquez, al ser imputables a él todas las conductas que han determinado la culpabilidad del concurso.

En cuanto a las personas que puedan ser consideradas cómplices, el art. 166 LC exige en primer lugar que haya una cooperación con el deudor (para el caso de persona jurídica, sus administradores o liquidadores), lo cual requiere una participación meramente accesoria, no esencial, si bien esta ha de estar conectada con los hechos que hayan servido para calificar el concurso como culpable, de modo que la responsabilidad del cómplice no puede estar fundada en hechos distintos⁴⁹. Y, en segundo lugar, se exige que la persona haya procedido con dolo o culpa grave.

En las enajenaciones realizadas Don Beltrán (los días 1 y 3 de abril), se posicionaron como terceros adquirientes su madre y el hermano de su esposa. (la primera a título oneroso y el segundo a título gratuito). En primer lugar, hay que señalar que existe una cooperación, un auxilio a Don Beltrán para detraer del patrimonio social, determinados bienes, lo que como se ha probado, supone un perjuicio para los acreedores. Además, esta cooperación se refiere a uno de los hechos que dan base a la calificación culpable del concurso (disposiciones fraudulentas, *ex* art. 164.2.5 LC). Y, por otro lado, se señala en el supuesto que la madre, y el hermano de la esposa, eran ambos conocedores de la situación que estaba atravesando la sociedad. De esto, se puede inferir la existencia de mala fe, ya que como mínimo eran conocedores, de que a través de estas enajenaciones en las cuales cooperan, se provocaba un daño a los acreedores. En consecuencia, en la misma sentencia de calificación, deben ser ambos declarados como cómplices. (El análisis de la actuación de estas personas en cuanto a su responsabilidad penal se desarrollará en el epígrafe IV.2).

Tras el pronunciamiento referido a la determinación de las anteriores personas, la sentencia debe contener una serie de pronunciamientos necesarios referidos a efectos personales y patrimoniales.

Como establece el art. 172.2.2º LC, resulta preceptiva, “*la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona en el mismo periodo (...)*”. Del sentido literal del precepto, se deriva que esta sanción se extiende únicamente sobre las personas afectadas por la calificación, y por tanto se excluye a los cómplices. Además, la inhabilitación afecta tan sólo a los bienes ajenos, no a los propios. En segundo término, como se señala en el propio artículo *in fine*, para la graduación de la

⁴⁹ Véase SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 16 de diciembre de 2013(JUR 2014,17870); SAP de Burgos, sec. 3, de 19 de febrero de 2010 (núm. 74/2010).

inhabilitación se atenderá en todo caso, a la gravedad de los hechos, y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable de otros concursos.

Por tanto, resulta necesario⁵⁰, en todo caso, que el juez concursal declare la inhabilitación de Don Beltrán Vázquez, y a mi juicio la duración que se determine, como mínimo, debe aproximarse al extremo superior previsto en la norma (15 años), puesto que es de relevancia que se considere, tanto el número de causas que han determinado la culpabilidad (cuatro), así como su entidad (han agravado de forma importante el estado de insolvencia)⁵¹.

En cuanto a los efectos patrimoniales: en primer término, la sentencia debe declarar la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación, o los cómplices, tuvieran como acreedores concursales, o de la masa. (art. 172.2.3º LC). De su tenor literal, se deriva su alcance ilimitado, y por tanto la extinción de derechos que se produce es total. (SAP de Madrid, de 17 de marzo de 2009). Resulta paradójico que, como señalaba en el epígrafe II, aquellos terceros adquirientes (parientes), que se vieron afectados por la rescisión de actos perjudiciales, al apreciarse mala fe, recibirían un derecho de crédito concursal de carácter subordinado, sin embargo, (como sucede en el supuesto), si aquellas disposiciones fraudulentas dan base a la calificación culpable del concurso, necesariamente estas mismas personas serán declaradas cómplices y perderán cualquier derecho como acreedores concursales.

Asimismo, a tenor del art. 172.2.3º LC, la sentencia debe condenar a las personas afectadas por la calificación y a los cómplices a la devolución de los bienes que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa.

Y, por último, a tenor del art. 172.2.3º LC *in fine*, la sentencia ha de contener la condena a las personas afectadas y a los cómplices, a indemnizar los daños y perjuicios causados. El daño indemnizable es el causado a la masa activa, y no a uno o varios acreedores individualmente⁵². Como señala la SAP de Barcelona de 27 de marzo de 2010, la condena a indemnizar daños y perjuicios es consecutiva a las otras sanciones *ex art.* 172.2.3 LC, sobre todo, a la condena de devolver los bienes indebidamente obtenidos, y por tanto la indemnización va ligada a la referida condena restitutoria. En lo relativo al supuesto de hecho, dentro de esta sanción podría incluirse, por ejemplo, la condena al administrador único de la sociedad, y a los cómplices, a los daños y perjuicios causados por la privación temporal de aquellos bienes que salieron fraudulentamente del patrimonio de la sociedad (epígrafe III.4.c.); los deterioros que esos vehículos o la finca hayan podido experimentar por el paso del tiempo, o las ganancias dejadas de percibir como consecuencia de la privación temporal de esos bienes (lucro cesante).

⁵⁰ Incluso aunque la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal no lo hubieran interesado, resulta necesaria la inhabilitación sobre las personas afectadas. Aunque de darse esta situación, en la que las partes legitimadas no solicitan la inhabilitación, determinada jurisprudencia señala que, en virtud del principio de justicia rogada, no se puede condenar más allá del límite mínimo de 2 años. (STS de 18 de marzo de 2019; o SSAP de Barcelona, sec. 15ª, de 27 de marzo de 2009, y de 1 de septiembre de 2009.)

⁵¹ Véase SAP de Madrid, sec. 28ª de 18 de marzo de 2011, en el que se aprecia la relevancia de valorar el número y la entidad de las causas de culpabilidad para determinar la duración de la medida.

⁵² Como señala la SJM nº1 de A Coruña, de 20 de junio de 2006 (AC 2007,203), “*ha de entenderse limitada a los daños y perjuicios que la persona afectada por la calificación o el cómplice hubieran causado a la masa activa -no los que particularmente hayan experimentado uno o varios acreedores- como consecuencia de actos de disposición patrimonial previos al concurso o de la detracción de bienes o derechos de la masa*”

III.6 Responsabilidad concursal.

La responsabilidad concursal o por déficit, que se recoge por primera vez en nuestro derecho positivo con la promulgación de la LC en el año 2003, permite que la sentencia de calificación condene a las personas afectadas por la calificación a pagar a los acreedores el importe que de sus créditos no perciban de la liquidación de la masa activa. Existe posturas contrarias en la doctrina y la jurisprudencia, en torno a cuál es la naturaleza jurídica de la responsabilidad por déficit, *ex art. 172 bis LC*, habiendo una postura jurisprudencial que afirma que se trata de una responsabilidad por daño y culpa (SSAP de Barcelona de 19 de marzo de 2007, y 30 de enero de 2009), mientras que la mayoritaria sostiene que se trata de una responsabilidad por deudas, *ex lege*, de carácter sancionador, desprovista de elemento de culpa. (SSAP de Madrid de 5 de febrero de 2008, de 30 de enero y 6 de marzo de 2009).

En primer lugar, es presupuesto material para la determinación de la responsabilidad por déficit, que la sección de calificación se haya formado (o se haya reabierto) como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. Además, es preciso, que la masa activa a liquidar no permita la íntegra satisfacción de los créditos concursales.

A diferencia de los demás efectos sancionadores contemplados en el art. 172.3 LC, la condena a la cobertura del déficit es algo facultativo para el juez, y además esta puede ser total o parcial. Y dado que la responsabilidad concursal no es una consecuencia necesaria de la calificación culpable del concurso, se requiere una justificación añadida para poder condenar por responsabilidad concursal, siendo para ello necesario que el juez valore los distintos elementos subjetivos y objetivos de la conducta de las personas afectadas⁵³.

En lo que concierne al supuesto de hecho, como se ha ido analizando en los epígrafes relativos a las presunciones de culpabilidad, la conducta de Don Beltrán Vázquez se ha caracterizado por una manifiesta malicia o intencionalidad en la realización de los distintos hechos que han dado base a la calificación culpable. Así, se ha apreciado, la intención fraudulenta en las irregularidades contables graves (*ex art. 164.2.1º LC*) así como, lógicamente en las disposiciones realizadas (*ex art. 164.2.5º LC*). Por otro lado, estas conductas antijurídicas realizadas por Beltrán han influido decisivamente en la generación del estado de insolvencia y su agravación. Por lo tanto, considero, que, atendiendo a estas realidades subjetivas y objetivas, debe condenarse a Don Beltrán Vázquez, administrador único de la sociedad XYZ SA, a la cobertura total del déficit concursal. Esto, en la eventualidad de que se reuniesen los demás presupuestos necesarios para poder condenar, que de los hechos no se puede conocer, pero en todo caso parece muy probable que se abra la fase de calificación (el 90% de los procedimientos concursales en España se solucionan así), y que esta no permita la íntegra satisfacción de los créditos, dado el deterioro que ha sufrido la masa activa del concurso.

Por último, conviene tener en cuenta la posible compatibilidad entre la responsabilidad concursal, y las responsabilidades de los administradores a tenor de la Ley de Sociedades de Capital. La actual redacción de la Ley Concursal únicamente permite la compatibilidad con la acción social de responsabilidad (art. 236 LSC), para cuyo ejercicio estará legitimado la Administración Concursal (art. 48 *quáter* LC.). No se hace referencia a la compatibilidad de la responsabilidad concursal, con la acción individual de responsabilidad regulada en el art. 241 LSC, sin embargo, es mayoritaria la posición

⁵³ DÍAZ ECHEGARAY, J.L; “La calificación del concurso: doctrina y jurisprudencia” ob. cit. pág. 364.

doctrinal que señala su incompatibilidad, al tratarse de una acción singular, que no atiende por tanto a los intereses colectivos del concurso.

En cambio, una vez declarado el concurso, ya no es posible ejercitar la acción de responsabilidad por deudas sociales del art. 367 LSC, y esto es así porque, la ley expresamente establece la inadmisión a trámite, así como, en su caso, la suspensión de los procedimientos que estuvieran iniciados, relativos a la responsabilidad por deudas sociales. (arts. 50.2 y 51 bis.1 LC).

IV.CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS PENALMENTE RELEVANTES COMETIDOS POR DON BELTRÁN.

Conviene remarcar previamente la gran independencia que se mantiene entre el proceso concursal y el penal, toda vez que la calificación de los hechos en sede concursal no vincula a los órganos jurisdiccionales penales (art. 163.2 LC, y 259.6 CP). Aunque el paralelismo entre el concurso culpable y el delito de insolvencia punible es evidente.

Los delitos a que se hará referencia, si son cometidos por una persona jurídica, la responsabilidad criminal recaerá en las personas físicas que desempeñen funciones de dirección o de administración en la misma, en el presente caso, Beltrán en condición de administrador único de la mercantil XYZ S.A., de conformidad con lo dispuesto en el art. 31 de nuestro Código Penal, respecto de los delitos de estafa e insolvencias punibles previstos en los arts. 251 bis y 261 bis, respectivamente; ahora bien la persona jurídica no responde penalmente de manera automática por la conducta de la persona física, deberá responder por aquella que le sean imputables a ella, de conformidad con el art. 31 bis CP.

IV.1 Estafa a través de un negocio jurídico criminalizado.

Las conductas desplegadas por Beltrán son constitutivas de distintos delitos contra el patrimonio, así, integrarían el delito continuado de **ESTAFA** agravada por razón de a cuantía, de los art. 248, 249 y 250.1.5 y 74.1 y 2 CP, en grado de consumación.

La estafa protege el patrimonio privado frente al engaño y consiste, según definición legal, en un engaño que provoca error en otra persona, error que la motiva a realizar un acto de disposición que origina un perjuicio patrimonial, propio o ajeno, económicamente evaluable⁵⁴. Los elementos del tipo objetivo (engaño, error, disposición, perjuicio), como ha señalado la jurisprudencia, deben concurrir de modo causalmente encadenados con criterios de imputación objetiva, de forma que el perjuicio sea imputable a la acción engañosa: el engaño ha de ser bastante para provocar el error y el acto de disposición debe ser la causa directa e inmediata del perjuicio. En el tipo subjetivo debe acreditarse dolo defraudatorio y ánimo de lucro.

Recuérdese que, tal y como ha señalado de forma reiterada el Tribunal Supremo, la estafa requiere como elemento esencial la concurrencia del engaño que debe ser suficiente además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la actuación engañosa, sin la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad (SSTS 1479/2000, 22 de septiembre; 577/2002 de 8 de marzo; y 267/2003 de 24 de febrero) y que puede consistir en cualquier

⁵⁴ CAMACHO VIZCAÍNO, A (dir.); GONZÁLEZ CUSSAC, J.L; CUERDA ARNAU, M.L, “*Tratado de derecho penal económico*” Tirant Lo Blanch (Valencia, 2019) pág. 634.

acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal, tanto la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene la contraprestación.

Además, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del TS ha empleado el concepto de **negocio jurídico criminalizado**, para referirse a la forma más habitual de aparición de la estafa en la delincuencia empresarial⁵⁵. Con esta expresión los tribunales no aluden a un subtipo específico de estafa, sino que aluden a las estafas comunes que se cometen en el contexto de relaciones jurídico-civiles o mercantiles.

Ya la STS de 20 de enero de 1994, en relación con este concepto, señala que *“el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuanto, en realidad sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante animo inicial de incumplir lo convenido... lo que da lugar a la antijuricidad de la acción, y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo”* (SSTS de 12 de mayo de 1998; 2 noviembre de 2000, o 6 de marzo de 2014, entre otras).

De igual modo se manifiesta en otras sentencias, así la STS 26 de febrero de 2001, la cual señala que *cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado*⁵⁶. Por todas, destaca la STS 845/2016, de 8 de noviembre de 2016, perfectamente aplicable a la conducta desplegada por Beltrán, que contiene la jurisprudencia anteriormente señalada.

En el presente caso, existe, desde el inicio, una evidente falta de intención de cumplir lo prometido, no tenía propósito alguno de devolverles los altísimos intereses estipulados ni el capital invertido. Y este compromiso asumido por Beltrán constituye el engaño que causó el error en los inversores con los que contrató, que cumplieron con lo convenido, de lo que se lucró y benefició Beltrán, que no tenía intención alguna de devolver el capital prestado, sino de aprovecharse del traspaso patrimonial para hacer suyo de manera definitiva el capital invertido, y en consecuencia, les estaba engañando, por lo que como hemos señalado, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado.

Nuestro TS ha establecido, en múltiples precedentes, que configura el engaño típico la afirmación del propósito de cumplir las obligaciones que se asumen, cuando el autor sabe desde el primer momento que eso no será posible, denominándole «negocio criminalizado»⁵⁷.

Aplicando la anterior jurisprudencia al presente supuesto de hecho, cabe concluir que la conducta realizada por Beltrán encaja en lo anteriormente expuesto. En dicha conducta se integran todos los elementos configuradores de la estafa de forma concatenada:

⁵⁵ DE LA MATA BARRANCO, N.J.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; NIETO MARTÍN, A., *“Derecho penal económico y de la empresa”* (Dykinson, 2018) pág. 171.

⁵⁶ SSTS 26 de febrero de 1990, de 2 de junio de 1999 y de 27 de mayo de 2003.

⁵⁷ Terminología que no es la más recomendable, como señala la STS. 1341/2005 de 18 de noviembre, puesto que no se castiga un negocio jurídico, sino un delito.

En este caso es evidente que Beltrán, usó engaño bastante, consistente en hacer creer a los inversores que las cantidades objeto del contrato de préstamo les iban a ser devueltas y además con unos elevadísimos intereses⁵⁸, intereses que se lograrían gracias a la rentable actividad inmobiliaria llevada a cabo por la sociedad, cuando el mismo era pleno conocedor que los negocios inmobiliarios eran muy inferiores a los intereses garantizados, extremo que ya conocía desde el inicio de la relación contractual, sabiendo desde el primer momento que no podría hacer frente al pago de los intereses periódicos ni a la devolución del capital, a menos que apareciesen nuevos inversores (lo que constituye la denominada “estafa piramidal”). Es decir, nunca tuvo intención de devolver las cantidades invertidas, las cuales, además destinó a otros fines, especialmente para satisfacer sus gastos particulares. Por ello, es evidente que no se trata de un mero incumplimiento contractual, sino que estamos ante un delito de estafa.

El error se manifiesta en la representación distorsionada de la realidad, de modo que, al concertar los préstamos, los acreedores, creían que le serían devueltas las cantidades prestadas con los intereses pactados. Esta suposición falsa está directamente causada por el engaño realizado por Don Beltrán, basado en la ocultación de su verdadero propósito de incumplir sus obligaciones, engaño que como se ha señalado, resultaba idóneo para inducir al error, tanto desde el punto de vista de la atractiva rentabilidad, reclamo fundamental para atraer a los inversores (los intereses que prometía estaban ampliamente por encima del interés normal del dinero), y sobre todo desde el punto de vista de la seguridad de sus créditos, que venía refrendada por la seriedad, reputación, y profesionalidad de Don Beltrán en su historial empresarial. Y ello, porque, de conocer los inversores la realidad de que resultaba imposible la devolución de los créditos ni el pago de los intereses, no habrían concertado dichos préstamos.

El engaño por el que se induce al error a los inversores mueve a su vez la voluntad de estos de modo que realizan una serie de actos de disposición patrimonial, momento en el que se consuma la estafa⁵⁹. Y, por último, el perjuicio patrimonial que sufrieron los clientes inversores constituye el resultado típico.

Respecto a los elementos subjetivos, es evidente que existe dolo ab initio, en la conducta desplegada por Beltrán, que tiene pleno conocimiento de la ilicitud de su conducta, y el daño que necesariamente se iba a ocasionar a los inversores. El ánimo de lucro se halla presente de manera clara. Como dice la STS núm. 749/2017, 21 de noviembre, sobre el caso Afinsa que guarda similitud con este, tal ánimo «*resulta sin dificultad del interés de los recurrentes en disponer para sus propios fines del dinero entregado por los inversores*». Como se señala en el supuesto, Beltrán destinó el dinero proveniente de los préstamos no para llevar a cabo el aparente objeto social relativo a la actividad inmobiliaria, sino que fundamentalmente era usado en beneficio propio, “llevando un ritmo de vida desorbitado en los últimos años”.

Además, dicha conducta, tal y como se plantea en el supuesto de hecho, se podría encuadrar perfectamente en lo que se ha venido considerando como estafa piramidal que

⁵⁸ El análisis de la concurrencia del engaño bastante se realiza bajo la premisa de que los inversores/acreedores tenían la condición de consumidores, y les resulta por tanto exigible un nivel de diligencia medio, estando protegidos constitucionalmente *ex art. 51.1 CE*. Sin embargo, si los inversores fuesen agentes económicos profesionales, el nivel de diligencia exigible es mayor, y probablemente pese a la ilicitud de la conducta de Beltrán, esta sería atípica, porque los inversores tenían deberes de autoprotección frente al engaño. La condición de empresario, por lo general, “*incrementa el nivel de exigencia del principio de autorresponsabilidad*” de la víctima (STS 449/2004, de 2 abril).

⁵⁹ Véase SSTs de 7 de julio de 1981; de 21 de mayo de 1983, de 17 de marzo de 1995,

son aquellas conductas en que el autor se dedica a captar capital prometiendo la realización de importantes inversiones por medio de alguna entidad mercantil previamente constituida que sirve de señuelo. Se promete a los posibles clientes el abono de sustanciosos intereses, sin que después existan los negocios que habrían de producir los ingresos que permitirían devolver el capital y los intereses convenidos. Lo habitual es que en una primera etapa se abonen a los primeros inversores el capital y los intereses valiéndose de las aportaciones de los sucesivos clientes. En estas conductas delictivas 'piramidales o en cascada' los sujetos realizan una puesta en escena guiados por un único fin encaminado a defraudar a un número indeterminado de personas. Este modelo piramidal de estafa conduce necesariamente a la frustración del negocio prometido, pues en la medida en que se incrementa el capital recibido, aumentan exponencialmente las necesidades de nuevos ingresos para abonar los intereses, hasta que el actor deja de pagarlos y se apropia definitivamente de los capitales fraudulentamente recibidos (STS 900/2014, de 26 de diciembre)⁶⁰.

Por otro lado, concurre el tipo cualificado de la estafa por razón de la cuantía lo que da lugar a la aplicación del **subtipo agravado contemplado en el art. 250.1.5° CP**, ya que en varios de los contratos de préstamo suscritos se superaba la cifra de 50 mil euros, y ello, al margen de la cifra total del daño patrimonial provocado por la acción continuada en el tiempo, la cual desconocemos.

Asimismo, se está en presencia de un delito continuado del **art. 74.1 y 2 CP** e incluso, podría llegar a constituir el denominado **delito masa**.

La continuidad delictiva requiere de la presencia de unos elementos que concurren en el presente como son: identidad de sujeto activo; pluralidad de acciones constitutivas de delitos, (muchos de ellos de especial gravedad por razón de la cuantía, es decir superiores a 50 mil euros); conductas ejecutadas en proximidad espacio-temporal (se desarrolla durante el 2015 hasta al menos marzo de 2019), lo que pone de relieve la existencia de un plan preconcebido o unidad de propósito; pluralidad de acciones que infringen el mismo precepto penal, el que sanciona la estafa, ya que Beltrán suscribió numerosos contratos de préstamo utilizando el mismo modus operandi; ofensa reiterada contra el patrimonio que afecta a varias personas, en el esquema del proyecto criminal; y ánimo doloso, que responden al plan global preconcebido.

Respecto a la continuidad delictiva en los delitos patrimoniales, el primer inciso del art. 74.2 CP, dispone que la pena se determinará teniendo en cuenta el perjuicio total causado (y no en atención a la infracción más grave). Por ello, habrá que analizar si la aplicación de la continuidad delictiva es compatible (de modo que no infrinja el principio *non bis in idem*⁶¹) con los subtipos cualificados de la estafa que agravan por razón de la cuantía. Así, el art. 250.1.5° CP, (que como se ha anticipado es aplicable al supuesto) en la redacción dada por la LO 1/2015, agrava las penas del tipo básico del artículo 249 cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros o afecte a un elevado número de personas. También, en el apartado segundo del mismo artículo 250 se prevé una agravación específica (pena entre cuatro y ocho años de prisión) para los casos en los que el valor de la defraudación supere los 250.000 euros.

Según reiterada jurisprudencia, el delito continuado no desplaza al tipo cualificado de la estafa cuando concurre en alguno de los hechos aisladamente considerado. Es decir,

⁶⁰ Vid. también SSTS 324/2012, de 10 de mayo; 760/2006, de 27 de junio; y 196/2014, de 19 de marzo.

⁶¹ Respecto a la prohibición de doble valoración en esta materia véase Acuerdo de la sala 2° del Tribunal Supremo, en Pleno no jurisdiccional de fecha de 30 de octubre de 2007.

para aplicar conjuntamente ambas agravaciones (la continuidad delictiva junto con la agravación por valor de la defraudación), la jurisprudencia ha entendido que es necesario no solo que el perjuicio total causado supere alguna de las cifras antes citadas, sino que alguna de las acciones individualmente considerada la hubiera superado igualmente. Se permite la aplicación de la continuidad delictiva a la estafa cualificada por la especial gravedad cuando las conductas aisladamente consideradas superan aquel límite (STS 2091/2002 de 11 de diciembre y STS 749/2017, de 21 de noviembre, caso Afinsa).

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta plenamente compatible la aplicación de la continuidad delictiva junto con el tipo cualificado del art. 250.1.5º CP, en tanto que se señala en el supuesto de hecho, que se celebraban contratos por cantidad superior a 50000 euros en muchos casos, de modo que individualmente superaban esa cifra.

Además, el artículo 74.2 CP, *in fine*, dispone que en los casos en los que los hechos revistan notoria gravedad y hubieren perjudicado a una generalidad de personas, el Tribunal impondrá motivadamente la pena superior en uno o dos grados en la extensión que estime conveniente. Se trata del denominado **delito masa**, o con sujeto pasivo masivo. Es una modalidad agravada del delito continuado, con autonomía y sustantividad propia, que requiere que el hecho revista notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas: La jurisprudencia ha venido señalando (STS de 9 de febrero de 2017) que por generalidad de personas ha de entenderse una cantidad superior a la mera pluralidad. Requiere "una cierta indeterminación en el número de afectados de suerte que el destinatario potencial de la actividad defraudatoria lo sea una colectividad indeterminada o difusa de personas". En otras sentencias se hace referencia a "un grupo numeroso de personas" (STS de 14 de abril de 2009), a "una colectividad indeterminada y difusa de individuos" (STS de 11 de febrero de 2011).

En el presente caso, se podría considerar un supuesto de estafa con sujeto pasivo masa, ya que el plan preconcebido en el delito masa contempla desde el inicio proyectar la acción defraudatoria sobre una pluralidad o colectivo indeterminado de personas. Sin embargo, para la aplicación del delito masa (art. 74.2 inciso segundo) es necesario que se aprecie no solo la afectación a una generalidad de personas, sino también, y, conjuntamente, la notoria gravedad de los hechos, extremo que no se puede determinar con certeza, dado que se desconoce el valor total de lo defraudado.

Por otro lado, como se ha señalado, podría eventualmente ser de aplicación el tipo hipercualificado del art. 250.2 (inciso segundo) que establece un incremento sustancial de la pena, cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros. Sin embargo, se desconoce el valor total de la defraudación, así como el número exacto de perjudicados (únicamente se conoce la existencia de nueve, que solicitan el concurso necesario) ni el valor exacto de los contratos (solo se señala que en muchos casos superaban los 50000 euros). En principio, bastaría, para la aplicación de esta agravación penológica, con que cinco de los afectados hubieran celebrado esos contratos de préstamo por cantidad superior a 50.000 euros, de modo que el valor de la defraudación superaría con creces la cantidad de 250.000 euros⁶².

⁶² Si bien, para que fuese compatible con la continuidad delictiva, como se ha señalado, alguno de los contratos debiera superar esa cifra de forma individual.

IV.2 Insolvencia punible (y relación con el alzamiento de bienes).

La conducta de Beltrán es constitutiva de un delito de **insolvencia punible** del art. 259.2, en relación con el art. 259.1.1º, 2º, 6º y 8º.

IV.2.a) Cambios introducidos por la reforma (LO 1/2015, de 30 de marzo)

Hay que tener en cuenta que el día 1 de julio de 2015, fecha en que se constituye la sociedad XYZ SA, entró en vigor la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, que modifica nuestro Código Penal, y en lo que respecta a los delitos de insolvencia punible, introduce importantes novedades⁶³. En primer lugar, diferencia y separa, los delitos de "frustración de la ejecución" en el capítulo VII (artículos 257 a 258 ter), de los propiamente concursales: "de las insolvencias punibles" en el capítulo VII bis (arts. 259 a 261 bis).

Estos delitos de insolvencia se configuran, tal y como contempla el Preámbulo de la Ley⁶⁴, como delitos de peligro, pues esas conductas "*ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico*". De ello se desprende que exige, como elemento subjetivo del tipo, que el deudor conozca el riesgo de esas conductas, que con ellas está poniendo en peligro el derecho de sus acreedores a satisfacer sus créditos. Si bien, la reforma introduce expresamente la modalidad imprudente de estos delitos en el art. 259.3 CP (con la consiguiente atenuación de la pena), sin que sea preciso, en estos casos, que se haya querido causar daño a los acreedores.

De otro lado, el tipo básico del art. 259.1 CP ya no exige, como hacia el anterior art.260, la previa declaración del concurso del deudor. Se aplica a quienes hayan sido declarados en concurso y también a quienes hayan dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, *ex* art. 259.4 CP. Esta condición de perseguibilidad nueva y alternativa a la declaración del concurso del deudor coincide con la definición que la Ley Concursal realiza en su art. 2 del estado de insolvencia y que obliga al deudor a que se declare en concurso. Es decir, el presupuesto fáctico (tanto para iniciar el procedimiento penal como el concursal) es el mismo, ahora bien, la jurisdicción penal no depende de la decisión que el juez del concurso adopte acerca de la insolvencia del deudor, toda vez que existe independencia entre ambos procesos (art. 259.5).

Esta reforma ha sido criticada por la doctrina, tachándola de excesivamente severa y de llegar a vulnerar principios básicos del derecho penal como los de subsidiariedad o de intervención mínima, entendiendo que se solapan muchas conductas que ya están sancionadas en la Ley Concursal al calificar el concurso como culpable, convirtiendo así en delictivas conductas que serían meros ilícitos mercantiles e incluso penalizar el simple fracaso empresarial, lo que podría conduciría a la proscrita "prisión por deudas".

IV.2.b) Tipos básicos (art. 259.1 y 2 CP)

El delito concursal, también denominado de bancarrota, tiene por finalidad proteger el derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos frente al deudor, pero también a la sociedad en su conjunto, puesto que no sólo afecta al acreedor, sino al correcto funcionamiento del sistema económico y a la confianza necesaria para el desarrollo de operaciones financieras y mercantiles.

⁶³ Véase, Exposición de Motivos, "*dando así una respuesta penal a la falta de diligencia en la gestión económica y, al propio tiempo, buscando dar una mayor certeza y seguridad jurídica con la especificación de las concretas conductas punibles*".

⁶⁴ Véase motivo XVI de la LO 1/2015, de 30 de marzo, "*El nuevo delito de concurso punible o bancarrota se configura como un delito de peligro*"

El tipo básico del apartado 1º, requiere que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente (es decir, que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o el que prevea que no las podrá cumplir puntualmente). Aquí la consumación se produce cuando el deudor estando en situación de insolvencia, realiza alguno de los hechos de la norma. En cuanto a dichas concretas conductas determinantes del tipo penal contempladas en los nueve apartados del art. 259.1, podemos sintetizarlas en tres grupos⁶⁵. Un primer grupo de acciones que inciden sobre el patrimonio del deudor. (apartados 1º a 5º). Un segundo grupo de acciones que comportan un incumplimiento de deberes contables (apartados 6º a 8º), junto con una cláusula de cierre (apartado 9º), referida a conductas que impliquen una infracción del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

Junto a lo anterior, se castiga la insolvencia causada dolosamente, así el art. 259.2 sanciona *al que, mediante alguna de dichas conductas, cause su situación de insolvencia*. Es decir, el *iter criminis* es inverso, el presupuesto del delito lo conforma la realización de alguna de las conductas recogidas en el primer apartado, y se exige que ello cause la insolvencia (constituyéndose la insolvencia como resultado material). En síntesis, podría decirse que el apartado 1º castiga la agravación de la insolvencia, mientras que el apartado 2º su causación dolosa.

Pues bien, conforme el supuesto práctico, tras relatar la conducta que constituye el delito de estafa ya analizado, se dice que, en varios ejercicios se articularon distintos mecanismos para incrementar ficticiamente la cifra de negocios, y su vez, en las cuentas anuales, no constaban más de la mitad de las deudas derivadas de los contratos de préstamo”, narrando una serie de actuaciones que tienen encaje en los **apartados 6º y 8º del art. 259.1 CP:**

Se trata de una manipulación de la contabilidad a través de distintos artificios con la finalidad de distorsionar la situación financiero-económica de la empresa, efectuando con ello una trasgresión deliberada de la legislación contable, y tal y como he señalado en el epígrafe III.4.a), estas conductas son lo suficientemente relevantes como para impedir la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la empresa, son operaciones de maquillaje contable que tienen por finalidad mejorar el balance y esconder o minimizar pérdidas.

Con posterioridad, se llevan a cabo una serie de actos destinados a vaciar el patrimonio del deudor que constituyen las conductas descritas en los **apartados 1º y 2º del art. 259.1 CP.**

Es de señalar que la mayoría de las conductas descritas en el citado precepto podrían, a su vez, ser constitutivas del delito común de alzamiento de bienes (ocultación de bienes, simulación de créditos...); parece existir una cierta superposición en alguna de las modalidades típicas de la insolvencia con la modalidad del art. 257, lo que planteará problemas de interpretación que después se verán. Por ello, muchos sectores de la doctrina se muestran contrarios a esta nueva ordenación, al considerar que existe una duplicidad de regulación respecto de varias conductas, penándose así, en diferentes ubicaciones, conductas exactamente iguales.

Respecto de estas conductas, se debe deslindar las actuaciones realizadas antes de marzo de 2019, y las efectuadas con posterioridad, puesto que es a partir de dicha fecha

⁶⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C; “Derecho penal económico y de la empresa” Tirant Lo Blanch 6º edición (Valencia, 2019), págs. 130-131.

cuando ya no fue posible cumplir con las obligaciones derivadas de los contratos de préstamo suscritos con los clientes y, ante dicho incumplimiento, los inversores reclaman la devolución del capital invertido, lo que nos sitúa en el presupuesto de perseguibilidad del delito de insolvencia previsto en el art. 259.4 CP, *“cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”*.

Los negocios jurídicos que realizó Beltrán los primeros días de abril, en favor de su madre, y el hermano de su esposa, integran la conducta descrita en el art. 259.1ª y.2ª CP.

Es obvio que se trata de una estrategia de descapitalización de la empresa con la finalidad de no pagar las obligaciones pendientes a cargo de la misma, obligaciones que eran exigibles y que numerosos inversores le habían reclamado un mes antes (en marzo 2019). A través de estos actos de disposición fraudulentos se ocultaron bienes que habrían de estar en la masa del concurso y con los que los inversores podrían cobrar sus créditos, frustrando de este modo el lícito derecho de los acreedores a satisfacer sus deudas.

Resulta de interés, por ser plenamente aplicable al caso, la STS 452/2002, 15 marzo, que exige que el autor haya realizado actos con entidad para producir la insolvencia: *“Así cualquier maniobra hecha por el deudor para provocar la insolvencia, como la ocultación de bienes o la simulación de deudas, que incluye conductas tales como la venta de bienes, transferencia de dinero o bienes a sus familiares (...) entre otras conductas”*.

Además, es de señalar que tanto su madre como el hermano de su esposa, responderían penalmente en concepto de **cooperadores necesarios**. La actuación de estos fue indispensable para llevar a cabo dichos actos dispositivos, que se realizaron previo concierto con Beltrán, y guiados por el ánimo de favorecerse un beneficio patrimonial inmediato a costa de los derechos de los acreedores.

Es evidente que concurre en ambos el elemento subjetivo de dicho tipo penal (el dolo directo), pues eran plenamente conscientes de la grave situación por la que atravesaba la empresa, y pese a conocer dicha realidad, se adjudicaron bienes del patrimonio social en condiciones claramente perjudiciales para la entidad y sus acreedores, y beneficiosas para los intervinientes, sin importarles el perjuicio que iban a causar a los inversores que estaban reclamando sus pagos. Además, en este sentido, la STS 30 noviembre de 2011, señala que todos aquellos que colaboran con el deudor a realizar actos de disposición que produzcan la finalidad del delito deben ser condenados como partícipes en el mismo, sin que sea necesario que conozcan expresamente la intencionalidad específica de defraudar a los acreedores, siempre que sean conscientes de que con su participación están cooperando a dicho resultado.

Como ya se ha expuesto, estas conductas también integran el delito de alzamiento de bienes previsto en el art. 257.1 CP, pero es de señalar que, en este caso, los actos realizados no sólo producen el impago de los créditos, sino, además, la imposibilidad de una ordenada liquidación de la sociedad al hacer desaparecer activos patrimoniales de la empresa.

De otro lado, en el relato del supuesto práctico se dice que, *“a la vista de la gravedad de la situación, el 31 de octubre de 2018 junto con su esposa, otorgó capitulaciones matrimoniales pasando a regir el régimen de separación de bienes, que fueron inscritas en el Registro Civil, y el 18 de febrero de 2019 se procede a la liquidación del régimen de gananciales, y fruto de dicha liquidación, Beltrán dispone de dos de los bienes que le fueron adjudicados. Así el día 25 de febrero, procede a la venta de la vivienda familiar*

por precio inferior al de mercado, a favor de su hermana; y al día siguiente, dona a su hijo menor de edad la finca El Roble, con reserva de usufructo vitalicio a su favor”

Se puede afirmar que dichas conductas encajan en el delito de alzamiento de bienes previsto en el art. 257.1.1º CP, que castiga al que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, es decir, la conducta consiste en sustraer bienes propios de la acción de los acreedores con la intención de frustrar las legítimas expectativas de éstos a satisfacer sus créditos e infringiendo, de este modo, el principio de responsabilidad universal consagrado en el art. 1911 del Código Civil.

Conforme reiterada jurisprudencia⁶⁶, es presupuesto objetivo del delito de alzamiento de bienes la previa relación jurídico-obligacional, por tanto, se requiere la existencia de un derecho de crédito por parte del acreedor; Además, no es necesario que el crédito sea exigible para que pueda realizarse la acción típica. Es más, la realidad criminológica revela que usualmente los actos de ocultación tienen lugar antes de la exigibilidad de la deuda⁶⁷ (es común que el deudor se adelante).

La conducta típica incluye la ocultación, enajenación real o ficticia, ya sea onerosa o gratuita, de sus bienes, destruirlos o cualquier actuación por la cual se distraigan bienes de su patrimonio. Se configuran, por otro lado, como un delito tendencial, es decir, que el deudor actúe con la intención de causar perjuicio al acreedor, pero como es un delito de mera actividad y no de resultado, es suficiente con la realización de dichas conductas (ocultación bienes) con el propósito de frustrar la posibilidad de cobro por parte de los acreedores y vulnerando la obligación de mantener íntegro su patrimonio con el que debe responder de dichas obligaciones conforme al citado art. 1911 CC.

Además, no es preciso que se halle una situación de insolvencia real, siendo suficiente con que ésta sea aparente (basta con que no se encuentren esos bienes que ha ocultado maliciosamente el deudor). Y, por último, se precisa un requisito temporal, la deuda exigible debe haber nacido con anterioridad al acto defraudatorio, por lo tanto, la conducta no será punible si dichos actos se cometen antes del nacimiento de la obligación.

Pues bien, en el caso de Beltrán, es evidente que, con dichas conductas, estaba sustrayendo de su patrimonio bienes propios, mediante maniobras fraudulentas, con el propósito de poner a salvo su patrimonio personal, para así colocarse en una aparente situación de insolvencia, eludiendo la responsabilidad social derivada del art. 238 LSC, que como se ha señalado su acción es plenamente ejercitable en el procedimiento concursal. Pero sobre todo entiendo que oculta su patrimonio para eludir la llamada *responsabilidad concursal*. Viendo como ineludible el concurso de acreedores, y previendo que este sería declarado culpable, y muy probablemente (véase epígrafe III.5.e)), sería condenado a la cobertura del déficit concursal, se alza con sus bienes. Y, además, entiendo que hábilmente se anticipa a la declaración de concurso para llevar a cabo esas ocultaciones, dado que el art. 48 *ter* LC, facultaría al juez concursal una vez declarado el concurso, a decretar el embargo preventivo de sus bienes, dada la fundada posibilidad de la condena a la cobertura del déficit concursal.

Hay que tener en cuenta que, tratándose de deudas contraídas antes de la liquidación de la sociedad de gananciales, es de aplicación el art. 1365.1 del Código Civil y 6 y 7 del Código de Comercio, respondiendo directamente dichos bienes gananciales. Destaca que, a la fecha del otorgamiento de las capitulaciones, ambos cónyuges ya conocían la

⁶⁶ Véase SSTs 21 octubre de 1998, 23 septiembre de 1998.

⁶⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C; “Derecho penal económico y de la empresa”, ob. cit.; págs. 66-67.

existencia de las deudas y la imposibilidad de su pago. De igual modo, la esposa era plena conocedora de la situación de la empresa y del destino privado que le daba su marido al capital social desde la constitución de la sociedad, siendo, por tanto, cooperadora necesaria para la comisión del ilícito. Obviamente, ambos, quisieron con su actuación poner a salvo el patrimonio familiar, y por ello no dudaron en perjudicar a los acreedores.

Además, conviene destacar que el ánimo defraudatorio es un claro indicio cuanto más cercanas sean entre sí las fechas en que se hizo exigible el pago de las obligaciones y los actos de alzamiento (STS 93/2017, 16 febrero; 1122/2005, 3 de octubre), como en este caso, dado que los actos de disposición efectuados a favor de su hermana e hijo menor se efectuaron pocos días antes de que se produjera el devengo de intereses (cuyo sobreseimiento provocó que los inversores reclamaran la devolución de sus créditos).

Como se ha visto, existen múltiples similitudes entre el delito de alzamiento de bienes y el delito de insolvencia punible (conductas 1º y 2º), y es que se refieren ambos delitos a iguales conductas y donde el bien jurídico protegido es coincidente, de naturaleza patrimonial: el derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos⁶⁸.

Todas estas semejanzas hacen que exista confusión para identificar esas conductas y encuadrarlas en uno u otro tipo penal, máxime si tenemos en cuenta que, en los delitos de insolvencia, se ha eliminado como presupuesto exigible que se haya declarado el concurso, siendo también perseguible cuando se haya producido un sobreseimiento de pagos. Algún sector ha acudido al bien jurídico protegido para delimitar de mejor manera ambas figuras, considerando que, si bien, en ambos, se protege el derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos, en las insolvencias consideran que el bien jurídico protegido es la también la Administración de Justicia (el proceso ejecutivo concursal) desde un punto de vista colectivo, como es la masa de acreedores, y garantizando así el tratamiento igualitario de todos los créditos (*la par conditio creditorum*).

También algunos autores señalan que para dar coherencia a este nuevo sistema el legislador debería haber convertido el delito concursal en un delito empresarial, de modo que el particular debería responder únicamente si ha cometido un delito de alzamiento de bienes⁶⁹, lo cual también, a mi juicio, clarificaría la delimitación entre ambos ilícitos.

En el presente caso, si bien algunas conductas son similares, consistentes en la ocultación de bienes, como su enajenación y donación a familiares, la diferencia es que en el delito de insolvencia punible dichos bienes pertenecían a la sociedad, (y en su caso, deberían estar integrados en la masa del concurso en el momento de su apertura) ocasionando la despatrimonialización de la entidad XYZ S.A. con la finalidad de no pagar las obligaciones pendientes a cargo de la misma; mientras que en el alzamiento de bienes, esas maniobras fraudulentas recaen sobre bienes que pertenecen a Beltrán, causando, también en perjuicio de sus acreedores, el vaciamiento pero de su propio patrimonio personal, y así pretender eludir la responsabilidad universal consagrada en el art. 1911 del CC.

La diferencia fundamental entre uno y otro se halla en la apariencia de insolvencia que se produce en el alzamiento de bienes. Así, se puede apreciar que mientras en las disposiciones realizadas por Beltrán sobre bienes de la sociedad, existe una insolvencia real (se produce con anterioridad un sobreseimiento de pagos); en las disposiciones

⁶⁸ También se suele hablar del orden socioeconómico como bien jurídico protegido de carácter mediato.

⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C; “Derecho penal económico y de la empresa”, ob. cit. p. 124.; Y es que el art. 259 CP transita normalmente en un contexto estrictamente empresarial.

realizadas sobre su propio patrimonio, lo que pretende es aparentar la insolvencia con el fin de defraudar a los acreedores (eludiendo la responsabilidad social y concursal) , para ello, ocultando los bienes de los que era titular, pero que en todo caso sigue disfrutando (recuérdese que sigue residiendo en la casa que vende a su hermana, así como mantiene el usufructo sobre la finca donada).

En todo caso, habrá que estar a la interpretación que la jurisprudencia haga sobre esta nueva regulación.

IV.3 Problemas concursales.

Como delitos realizados en nombre de la sociedad XYZ SA, de los cuales responde personalmente Don Beltrán, se ha señalado que concurre el delito continuado de estafa, así como el de insolvencia punible. Hemos de partir de lo dispuesto en el art. 259.5 que se refiere a los «delitos singulares relacionados» con la insolvencia cometidos por el deudor, lo que plantea el problema de si esa concurrencia de delitos relacionados con la insolvencia ha de darse un tratamiento de concurso de normas, o bien, concurso de delitos, real, medial o ideal.

En este punto, resulta conveniente traer a colación las sentencias dictadas en el caso “AFINSA”, por guardar gran similitud con el caso planteado, si bien, en dichas resoluciones se aplica la legislación anterior a la reforma operada por la LO 1/2015, pero entiendo que es perfectamente aplicable a este supuesto.

Así pues, en lo que aquí nos interesa, la SAN Sec. 1ª, nº22/2016, de 27 de julio, calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa agravada, un delito de insolvencia punible y otro de falsedad contable, castigándolos por separado al entender que se trataba de un concurso real entre los tres delitos.

Sin embargo, interpuesto recurso de casación, el TS en STS de 21 de noviembre, (núm. 749/2017)⁷⁰, resolvió en otro sentido, apreciando un concurso ideal entre la estafa e insolvencia, y ambos en concurso medial con el delito de falsedad de las cuentas anuales.

Sin reproducir los argumentos contenidos en ambas resoluciones, se puede extraer que para la AN si el alzamiento de bienes se ejecuta con posterioridad a la consumación de la estafa, ha de concluirse que ésta no fue el medio necesario para perpetrarla, sino que se trata de un segundo ataque al patrimonio de los inversores al alejar la posibilidad de que sea ejecutado el patrimonio de la sociedad que tiene que abonar la deuda, y así acaba consolidándose con la perpetración de un nuevo delito los beneficios obtenidos por la estafa. (no existe concurso ideal ni medial). Son conductas sucesivas y autónomas. Los hechos que integran la estafa son distintos del alzamiento, de ahí que no concorra concurso ideal ni medial. Primero realiza la conducta típica de una estafa a través de la denominada jurisprudencialmente como contrato criminalizado y es después a la ejecución de dicho delito cuando despatrimonializa la sociedad. Asimismo, entiende que los perjudicados por la insolvencia no son los mismos que por la estafa.

Sin embargo, el TS entiende que la insolvencia tuvo su origen en la propia naturaleza del negocio fraudulento, y el agravamiento de la situación recae en el agotamiento del delito de estafa mediante el disfrute de los beneficios que el mismo ha originado, por ello ha de apreciarse que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal, en el que un solo hecho constituye dos o más delitos.

⁷⁰ ECLI: ES:TS: 2017:4008

Así pues, la utilización en beneficio propio o ajeno del beneficio obtenido por la estafa y la consiguiente desaparición del patrimonio del autor constituye la fase del agotamiento de la estafa y no puede ser valorada a efectos de una nueva sanción penal por la insolvencia, por ello ambos delitos concurren en concurso ideal y no real como condenó la AN. De otro lado, aprecia que ambos delitos se hallan en concurso medial con el delito de falsedad de las cuentas anuales del art. 290 CP, al considerar que este falseamiento era el medio necesario para cometer la estafa.

En lo relativo al supuesto de hecho, considero que sí podemos identificar conductas que son independientes de la estafa. Aunque la conducta típica de las irregularidades contables si debe obedecer al mismo proyecto criminal de la estafa continuada; entiendo que las disposiciones fraudulentas realizadas por D. Beltrán en favor de sus parientes se tratan de conductas autónomas del propio negocio jurídico criminalizado. Por lo tanto, entiendo que podría apreciarse el concurso real de delitos entre la estafa y la insolvencia punible.

IV.4 Falsedad de cuentas societarias (art. 290 CP)

El delito societario previsto en el artículo 290 CP consiste en el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. El bien jurídico tutelado es el deber de veracidad y transparencia externa en la información económico-financiera que, en una economía de mercado, obliga a los agentes económicos y financieros, para permitir la seguridad del tráfico mercantil, servir de garantía a los socios y a quienes contratan con la empresa y prevenir perjuicios patrimoniales (STS 259/2013).

Como se señala en el epígrafe anterior, el TS en el caso referenciado, aplicó el delito societario del art. 290 CP, en concurso medial con la insolvencia punible y la estafa. Ahora bien, tras la reforma operada por la LO 1/2015, lo cierto es que dicha conducta es una de las actuaciones que dan lugar a calificar los hechos como insolvencia punible, tipificado en el art. 259.1. 8ª CP, lo que da lugar a considerar que queda absorbido por éste⁷¹.

IV.5 Presentación de datos contables falsos. (Art. 261 CP).

Este delito consiste en presentar en un procedimiento concursal datos falsos relativos al estado contable, a sabiendas de su falsedad y con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, y tiene como característica fundamental, frente al resto de insolvencias punibles (en las cuales es sólo una posibilidad), que exige que estemos en un contexto específico, el procedimiento concursal.

Sintetizando sus requisitos, es de señalar que la doctrina mayoritaria sostiene que se trata de un delito de peligro, puesto que no es necesario para la consumación del delito que se obtenga la indebida declaración del concurso o se cause un perjuicio económico, siendo suficiente la presentación de datos falsos, y que éstos se refieran al activo y pasivo, ya sea para aumentarlos o reducirlos, y que se presenten en un procedimiento concursal.

Ahora bien, esos datos contables deben ser idóneos y tener la suficiente entidad para condicionar la declaración de concurso, han de modificar la actividad o realidad

⁷¹ Aunque la doctrina no es pacífica en este extremo, lo que nuevamente plantea un problema concursal, ya sea un concurso aparente de normas a resolver conforme al art. 8, o bien un concurso de delitos.

económica, no basta que sean meras discrepancias contables. Asimismo, la conducta se ha de referir a una falsedad ideológica (no material) Y, por último, se requiere el elemento subjetivo o tendencial: el propósito de lograr que se declare indebidamente el concurso con el consiguiente perjuicio de atender los créditos de los acreedores (aunque no es necesario que éste se produzca, como se ha señalado, ya que se consume con la simple presentación del documento inveraz).

Hay que tener en cuenta que este delito podría entrar en concurso con otras figuras afines de falsedades, como podría ser la presentación en juicio de documentos públicos, oficiales o mercantiles del art. 393, o en su caso, de documentos privados falsos previsto en art. 396, pero lo cierto es que estamos ante un concurso aparente de normas, que, por aplicación del principio de especialidad, el art. 261 desplaza a estas falsedades comunes. Igual cuestión se plantea con el delito previsto en el art. 290 relativo a la falsedad en cuentas anuales, al tratarse de un delito autónomo y diferenciado de las falsedades comunes, en este caso, la mayoría de la doctrina considera que si esas cuentas falsificadas de la sociedad se presentan con posterioridad en un procedimiento concursal para lograr la indebida declaración del concurso, el aparente concurso de leyes se resuelve a favor del delito societario si con ello se pone en peligro el patrimonio no sólo de los acreedores, sino también el de sus socios y el de la sociedad. Sin embargo, si el peligro se proyecta únicamente sobre el patrimonio de los acreedores, se aplica el art. 261.

Aplicando, lo expuesto al supuesto práctico: en junio de 2019 Beltrán presenta solicitud de concurso voluntario, con posterioridad a que parte de los acreedores hubieran solicitado la declaración de concurso necesario, y se nos dice que en dicha solicitud se oculta parte del pasivo y también a más de la mitad de los inversores (acreedores).

Si bien se trata de una falsedad ideológica que altera la realidad financiera, no se puede apreciar el elemento subjetivo. Como se ha señalado se exige que la presentación de datos falsos lo sea a los efectos de lograr una declaración indebida del concurso⁷², y por ello, difícilmente se puede entender que la conducta sea subsumible en el tipo penal, ya que Beltrán aporta documentación falsa, en la que disminuye el pasivo de la sociedad (mostrando una mejor situación financiera). La conducta típica exigiría lo inverso, mostrar una situación de insolvencia mayor que la real, para lograr dicho fin. Con ello, podríamos concluir que esta conducta no tiene encaje en el citado art. 261, que requiere la finalidad de lograr la indebida declaración de concurso, que malamente se concibe si, en vez de aumentar el pasivo, éste se reduce, como en este caso. Por tanto, la conducta sería atípica, o como mucho, se podría encuadrar en la falsedad común del art. 393 (presentar en juicio un documento mercantil a sabiendas de su falsedad).

V. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS PENALMENTE RELEVANTES COMETIDOS POR DOÑA DIANA FERNÁNDEZ.

Respecto de la conducta desplegada por Diana, empleada de la sociedad, ésta sería constitutiva de un delito continuado de **falsedad en documento mercantil** del art. 392.1

⁷² Además, el art. 261 CP el término “a sabiendas”, contempla el dolo directo o eventual, impidiendo su comisión por imprudencia, es necesario el conocimiento de la falsedad.

CP en relación con el art. 390.1.1º y 2º y 74 en concurso medial con un delito continuado de estafa agravada del art. 248 y 250.1. 2º, 5º y 6º; 74, y 77.1 y 3 del Código Penal.

Así, se nos dice que entre sus funciones figuraba las relaciones con la entidad BBVA para efectuar pagos y cobros, y que la misma gozaba de la plena confianza de Beltrán. Pasaba la firma de documentos de reintegro de efectivo en las que aparecía reflejada una cuantía y que después ella modificaba por otra superior, apropiándose de la diferencia. De igual modo, y basado en esa confianza, hizo suyos cinco cheques bancarios al portador y firmados por éste, introduciendo cantidades no autorizadas. Como complemento de lo anterior y con la finalidad de no ser descubierta, entregaba después un listado de movimientos que, previamente, había corregido, y ocultar así las cantidades retiradas.

V.1. Falsedad en documento mercantil (art. 392 CP).

Esta conducta se integra en el delito de falsedad en documento mercantil reseñado, toda vez que se ha alterado la verdad en alguno de los elementos esenciales de los mismos, concurriendo los elementos que recoge nuestra jurisprudencia en relación a la modificación de documentos después de firmados.

Respecto los elementos integrantes del delito de **falsedad** nuestro Tribunal Supremo tiene establecido en reiteradas resoluciones (SSTS 279/2010, de 22 de marzo; 888/2010, de 27 de octubre; 312/2011, de 29 de abril; 309/2012, de 12 de abril; y 476/2016, de 2 de junio, entre otras) los siguientes:

- Un elemento objetivo propio de toda falsedad, consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal, esto es, por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el art. 390 del CP.
- Que dicha *mutatio veritatis* o alteración de la verdad afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas. De ahí que para parte de la doctrina no pueda apreciarse la existencia de falsedad documental cuando la finalidad perseguida por el agente sea inocua o carezca de toda potencialidad lesiva.
- Un elemento subjetivo consistente en la concurrencia de un dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad.

También se ha afirmado en las referidas sentencias que es preciso también que la "*mutatio veritatis*", altere la sustancia o la autenticidad del documento en sus extremos esenciales como medio de prueba⁷³. Por último, y en lo atinente al elemento subjetivo, el delito de falsedad documental requiere la voluntad de alterar conscientemente la verdad por medio de una acción que trastoca la realidad. El aspecto subjetivo viene constituido

⁷³ “Por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño real, o meramente potencial, en la vida del derecho a la que está destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico, puesto que su razón de ser se basa en la necesidad de proteger la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil documentos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas” (SSTS 349/2003, de 3 de marzo; 845/2007, de 31 de octubre; 1028/2007, de 11 de diciembre ; 377/2009, de 24 de febrero; y 165/2010, de 18 de febrero; y 309/2012, de 12 de abril, entre otras).

por la conciencia y voluntad de alterar la verdad, siendo irrelevante que el daño llegue o no a causarse.⁷⁴

La aplicación al presente caso de la doctrina jurisprudencial precedente determina la subsunción de la conducta de Diana en estos delitos.

En primer lugar, es indiscutible la naturaleza mercantil de los documentos falseados, dado que el objeto material del delito se corresponde con documentos bancarios de reintegro de efectivo, cheques firmados y listados de movimientos bancarios. En este sentido existe abundante jurisprudencia que atribuye este carácter mercantil a los documentos bancarios. (STS 37/2013 de 30 de enero). E igualmente, la STS 111/2009, 10 de febrero⁷⁵, establece que *“son documentos mercantiles los que expresan y recogen una operación de comercio plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil o las que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil y se extiende a toda incidencia derivada de tales actividades”*.

En cuanto a los cheques bancarios, se consideran documentos mercantiles por expresa mención del Código de Comercio y la Ley Cambiaria y del Cheque.

Esta conducta, por tanto, se integra en el delito de falsedad en documento mercantil reseñado, puesto que se ha alterado la verdad en alguno de los elementos esenciales de los mismos, concurriendo los elementos que recoge nuestra jurisprudencia en relación a la modificación de documentos después de firmados, por tanto, concurren las circunstancias 1º y 2º del art. 390.1 CP, así se nos dice que pasaba a la firma de Beltrán reintegros de efectivo de la entidad bancaria BBVA en las que figuraba una cantidad, que después ella cambiaba por otra superior, quedándose con la diferencia, por lo tanto, añadía en tal documento ya firmado otra cantidad que después ella retiraba, y de igual modo alteró cheques que ya habían sido firmados, introduciendo una cantidad no autorizada. En ambos documentos se llevó a cabo una falsedad material producida al rellenar la cuantía del cheque y al modificar la cantidad que figuraba en los reintegros de efectivo del BBVA (manipulación material).

Se trata de falsedades materiales, que son aquellas que afectan a la estructura física de un documento, al soporte material donde se contiene la declaración de voluntad, y que se diferencia de las falsedades ideológicas en que éstas se refieren a la veracidad de lo declarado, a la exactitud del contenido de la voluntad reflejado en el documento⁷⁶

V.2 Concurso medial con delito de estafa.

Concurre el **delito de estafa**, respecto del cual, me remito al epígrafe IV.1 en cuanto a sus elementos configuradores. Entiendo que concurre en concurso medial con el delito de falsedad, al ser éste el instrumento para cometer la estafa. La falsificación material de dichos documentos es medio idóneo para engañar, máxime si Diana los presenta en la oficina bancaria en la que la conocen como empleada de la empresa de Beltrán, al figurar

⁷⁴ La voluntad de alteración se manifiesta en el dolo falsario, se logren o no los fines perseguidos en cada caso concreto, implicando el dolo la conciencia y voluntad de trastocar la realidad al convertir en veraz lo que no lo es (SSTS. 1235/2004, de 25 de octubre; 1015/2009 de 28 de octubre).

⁷⁵ Cita la STS 900/2006, 22 de septiembre.

⁷⁶ STS 280/2013, 2 de abril; y, dicha distinción es importante, puesto que las falsedades ideológicas (las contempladas en 390.1.4º) son atípicas si se cometen por particulares.

entre sus funciones las relaciones con dicha entidad bancaria (BBVA) y efectuar pagos y cobros con autorización de la empresa.

Así pues, el Tribunal Supremo se ha pronunciado a este respecto y en los casos en los que el autor del delito falsee el documento público, oficial o mercantil como vía para la comisión de un ilícito de estafa, deberá responder de ambos delitos en concurso medial (STS 1443/2004, de 13 de diciembre). Y es que, en la práctica, los delitos que se cometen falseando esos documentos, a menudo, también se cometen en concurso medial con el delito de estafa, al hacer uso de la documentación manipulada para provocar engaño bastante en el sujeto pasivo de la acción.

La cuestión de la posible absorción de la falsedad por el delito de estafa (art. 8.3 CP) es aplicable, en principio, a los supuestos en que el documento falso sea un documento privado porque requiere para su comisión la intención de "perjudicar a otro" (art. 395 CP)⁷⁷, pero no lo es cuando se trata de documentos públicos, oficiales o de comercio, pues en este caso el tipo no exige la concurrencia de dicho elemento subjetivo (STS, entre otras, 1538/2005)⁷⁸

En cualquier caso, la absorción en general de la falsedad por la estafa es una cuestión compleja. El TS en Pleno no jurisdiccional de 8 de marzo de 2002, resolvió estimar que la falsificación de un cheque y su utilización posterior por el autor de la falsificación para cometer una estafa, debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa agravada del art. 250.1.3º CP y falsedad en documento mercantil del art. 392 del mismo texto, es decir, se mantiene la autonomía de ambas figuras delictivas y en particular el desvalor específico de la figura falsaria, independientemente de su posterior uso para estafar. Y además el desvalor de la conducta falsaria sería aprehensible a través de la aplicación de las reglas del concurso medial (STS 955/2002, de 24 de mayo)⁷⁹, dado que la falsedad en el documento se habría realizado para posibilitar la comisión de la estafa, constituyendo dicho ardid medio imprescindible para la comisión de la misma.

Varias Sentencias del Tribunal Supremo posteriores al acuerdo mantienen el criterio establecido en el mismo (Entre otras, la STS núm.1430/2004 de 9 de diciembre; STS núm.1833/2002 de 29 de octubre, así como la más reciente STS 126/2016 de 23 de febrero, que sintetiza la postura adoptada por el TS.)

En el presente caso, Doña Diana hizo suyos cinco cheques bancarios que previamente había falsificado ella misma, introduciendo cantidades superiores no autorizadas por la sociedad, y dichas cantidades las integró en su propio patrimonio (ingresó el importe en su cuenta corriente), por lo tanto, la estafa llegó a perfeccionarse y está consumada, siendo la falsificación de dichos documentos mercantiles el medio necesario para su perpetración, y debe responder por ambos delitos en concurso medial conforme al art. 77.3 CP.

⁷⁷ Como señalan las SSTS 760/2003, de 23 de mayo; 702/2006, de 3 de julio; 860/2008, de 17 de diciembre.

⁷⁸ En ese sentido la STS 6 de julio de 2007 entiende que la estafa realizada a través de documento mercantil utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad, sino que son compatibles los dos tipos penales, produciéndose un concurso real, sin perjuicio de que en orden a su punición sea aplicable lo dispuesto por el art. 77 CP (concurso medial).

⁷⁹ Sobre estos extremos se pronuncia también la STS 7475/2007, 19 de noviembre.

V.3 Subtipos agravados de la estafa.

Asimismo, resultan aplicables las agravaciones contenidas en los apartados 2º, 5º y 6º del art. 250.1 CP.

Respecto al primer caso, **apartado 2º** (firma en blanco), se agrava la conducta, al utilizar documentación (reintegro de efectivo o cheques firmados) para un fin de distinto a los anunciados, como señala el Tribunal Supremo en STS de 17 de diciembre de 2008 cuando *"haya existido abuso o mal uso de la firma que se estampa conscientemente en un documento y que se utiliza para un fin distinto para el que se estampó"*⁸⁰. En iguales términos la STS 2 de noviembre de 2011, dispone que *"el engaño puede producirse no sólo mediante la utilización de una firma estampada en blanco, sino también en casos en que se abusa de la firma de otro, estampada en cualquier escrito o documento, alterando su finalidad"*.

Hay que tener en cuenta que este tipo del apartado 2º se hizo pensando esencialmente en casos de firma en un documento en blanco, que con plena confianza se entrega a otro que desatiende ese mandato y se destina a un fin distinto del convenido. En todo caso, requiere un aprovechamiento de la firma que puede darse tanto al rellenar un documento ya firmado en blanco con contenido diferente al estipulado, o también mediante su alteración, añadiendo a un documento ya terminado algún contenido que modifique su finalidad inicial, abusando así de la firma estampada. Por ello, si el documento entregado a Diana en blanco, total o parcialmente, para que sea completado por ella en la forma pactada o conforme las instrucciones de Beltrán, se produce un abuso de la situación y de la firma.

También concurre la continuidad delictiva en el delito de estafa y la especial agravación por el valor de la defraudación, **apartado 5º**. No estamos en el caso de prohibición de doble valoración (que se ha expuesto en el epígrafe IV.1 al cual me remito) puesto que al menos una de operaciones alcanzó la suma de 53.000 euros, superando individualmente el límite fijado en dicho precepto.

Además, es aplicable la agravación prevista en el **apartado 6º** del artículo 250.1, puesto que Diana realizó dichas conductas aprovechándose de la situación de confianza producto de la larga relación profesional que había establecido con Beltrán. Por lo tanto, existe un plus propio al del engaño que tipifica la estafa, se une a éste la especial relación laboral y de confianza que ligaba a ambos. Así, destaca la STS 520/2015, de 16 septiembre, que supone un plus respecto al abuso ínsito que conlleva la estafa. No es el engaño bastante que requiere el art. 248, sino un plus basado en la existencia de una confianza anterior⁸¹.

Del relato del supuesto de hecho y en función de las tareas que tenía encomendadas, es obvio que no se trataba de una simple relación laboral, sino que dichas funciones se basaban en la confianza depositada por éste en aquélla, ya que gozaba de la plena confianza de Beltrán al llevar la contabilidad, las relaciones con el BBVA para efectuar pagos y cobros, lo cual denota también una gestión financiera, de ahí que concurra el subtipo agravado del art. 250.1.6º, puesto que se cometió con abuso de las relaciones existentes entre víctima y defraudador.

⁸⁰ En idéntico sentido, STS 15 de diciembre de 2017.

⁸¹ En igual sentido STS 25 de enero de 2018, 15 de diciembre de 2017, 12 de diciembre de 2016, el subtipo *"se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas –abuso de relaciones personales–, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; (...)"*⁸¹ También STS 422/2009, de 21 de abril.

V.4 Continuidad delictiva.

También me remito a lo dicho respecto de la conducta desplegada por Beltrán, siendo aplicable a la actuación de Diana. Existe un dolo unitario o designio único derivado de un plan preconcebido, se ejecutan una pluralidad de acciones típicas, homogéneas en cuanto al modus operandi que viola la misma norma y realizadas con un dolo global y que afectan a un mismo bien jurídico (el patrimonio de la propia sociedad).

Ahora bien, es necesario destacar que en el supuesto de hecho no figura cronología alguna o dato temporal respecto a la elaboración, cobro y firma de los cheques, ni tampoco a los reintegros de efectivo, entendiéndose que se realizan en un mismo contexto y que existe una relación espacio-temporal entre ellos, existiría la continuidad delictiva, ya que en caso contrario, es decir, si los actos falsarios se realizaran en una sola ocasión, se ejecutan en un solo acto, sería aplicable la denominada unidad natural de la acción, como señala la jurisprudencia, destacando la STS 3062/2008, 25 julio.

VI. Oponibilidad de las capitulaciones matrimoniales frente a la Hacienda Pública.

Según el supuesto práctico, las obligaciones tributarias de la sociedad ABC S.L, de la que Beltrán era administrador, surgieron en los años 2015 y 2016, tanto las derivadas del Impuesto de Sociedades como las relativas a las retenciones del IRPF, y las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges se efectuaron mediante escritura pública en fecha 31 de octubre de 2018, que modifica el régimen económico- matrimonial, pasando ahora a regirse por el de separación de bienes. Con posterioridad, el 18 de febrero de 2019, se procede a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Respecto de esta cuestión, es de destacar la STS (Sala de lo Civil) 638/2014, 19 de febrero,⁸² por las cuales sienta la doctrina del carácter ganancial de las deudas tributarias procedentes de una sociedad mercantil, de la que era administrador uno de los esposos, cuando las deudas son anteriores a las capitulaciones matrimoniales de la que era administrador uno de ellos.

Pues bien, conforme a dicha resolución, podemos concluir que, si la infracción que determina la responsabilidad subsidiaria se produjo antes de la disolución de la sociedad de gananciales, el patrimonio ganancial está afecto a la satisfacción de tal responsabilidad; y, por tanto, las capitulaciones matrimoniales que modifican el régimen económico matrimonial no son oponibles frente a la Hacienda Pública, toda vez que la deuda tributaria había nacido con anterioridad a dicha fecha.

Dicha resolución se basa en la aplicación de los artículos 1317 CC (*la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*) y 1401 CC (*mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor*).

⁸² La cual recoge jurisprudencia anterior (SSTS núm. 150/1992, de 19 de febrero y núm. 514/2005, de 21 de julio y las citadas en ellas),

Así, en cuanto al art. 1317 CC, la propia sentencia subraya que, según la jurisprudencia, para el caso en que los bienes adjudicados a uno de los cónyuges respondan por deudas anteriores a cargo de la sociedad matrimonial, es innecesario declarar la nulidad o invalidez total o parcial de las capitulaciones modificativas, puesto que no se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa, sino hacer efectivos sobre ellos los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial concluyendo, “*que siendo las deudas anteriores al cambio de régimen capitular, es obvio que, en origen (no existen elementos en contrario) tenían carácter ganancial,*”

De igual modo, fundamenta la inoponibilidad de las capitulaciones al señalar que toda modificación del régimen económico matrimonial implica que los bienes gananciales han de responder directamente frente al acreedor del marido por las deudas por éste contraídas y ello conforme al art. 1401 CC. El primer inciso del citado artículo perpetúa el crédito de los terceros aun disuelta la sociedad de gananciales y, por consiguiente, el que los bienes con los que se respondía antes de la liquidación sigan sujetos a las mismas responsabilidades; [...] la responsabilidad de los bienes consorciales persiste “*ex legem*” (STS 638/2014, de 19 de febrero).

Así, la deuda tributaria (años 2015 y 2016) es a cargo de la comunidad de gananciales y la modificación del régimen económico-matrimonial (en 2018) no perjudica a tercero, sino que éste conserva sus créditos contra el cónyuge deudor y no deudor, a quien han sido adjudicados bienes de aquella comunidad, y, por tanto, no se puede oponer a la Hacienda Pública o a cualquier otro acreedor, las capitulaciones matrimoniales otorgadas con posterioridad al nacimiento de la obligación.

Ahora bien, dicha sentencia sólo se pronuncia en lo relativo a la determinación de la ganancialidad de la deuda tributaria, que es materia propia de la jurisdicción civil, pero, como señala la propia resolución, determinar la deuda y su exigibilidad corresponde a los tribunales del orden contencioso administrativo.

En este sentido hay que preguntarse si es posible declarar la responsabilidad solidaria en relación con las deudas tributarias de otro obligado tributario cuya obligación se derive por haber sido declarado responsable subsidiario del deudor principal.

Es decir, según el supuesto práctico, la Administración tributaria declaró a Beltrán como responsable subsidiario de las deudas tributarias de la sociedad ABC S.L., y ha de determinarse si cabe declarar la responsabilidad solidaria de la sociedad de gananciales por dichas obligaciones, lo cual es objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, y a tal extremo es de señalar la STS 2694/2019 (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 10 de julio de 2019, que haciendo una aplicación de los artículos 8 c); 35.2; 41.1 y 42.2º de la Ley 58/2003 General Tributaria, 17 de diciembre (LGT), concluye afirmando dicha posibilidad.

Razonando en dicha sentencia que hay que diferenciar, de un lado, quienes son los obligados tributarios, los señalados en el art. 35.2 de la LGT, y de otro, los responsables tributarios conforme al art. 35.5 y 8 c del mismo texto legal, y aplicando, asimismo, el art. 42.2 a) que dispone que “*También serán responsables solidarios del pago de la deuda tributaria pendiente (...) las siguientes personas o entidades: a) Las que sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria. (...)*”

Así, en síntesis, afirma que la Administración tributaria puede declarar la responsabilidad solidaria derivada de una previa declaración de responsabilidad subsidiaria, siendo esencial para el nacimiento, tanto de la responsabilidad subsidiaria como de la solidaria, que el acto de colaboración o que causó el vaciamiento patrimonial se produzcan con posterioridad al nacimiento de la deuda para el deudor principal o para el responsable subsidiario, perfectamente aplicable al presente caso, dado que la obligación tributaria se originó en los años 2015 y 2016, y la maniobra fraudulenta, se produjo con posterioridad. (año 2018 y 2019).

A este respecto resulta de interés la Resolución de Tribunal Económico Administrativo Central, 00/1760/2011 de 08 de Mayo de 2013⁸³, que supuso un cambio de criterio al mantenido hasta entonces en relación a la responsabilidad de los bienes gananciales en el pago de las deudas provenientes del ejercicio ordinario por parte de uno de los cónyuges de su profesión u oficio, determinando que la Administración tributaria carecía de competencia para declarar la responsabilidad de los bienes exgananciales al pago de la deuda tributaria, y que la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales sólo puede ser objeto de declaración judicial incluso para la Hacienda Pública.

Por lo tanto, la Administración estaba obligada a acudir a la vía judicial civil para obtener una previa declaración judicial de ganancialidad para que en esta vía se declarase la responsabilidad del cónyuge no deudor.

Sin embargo, a partir de la citada resolución, y resultando aplicable al caso, si la Administración tributaria comprueba la existencia de una conducta fraudulenta en la modificación del régimen económico por los esposos, por existir una ocultación o transmisión maliciosa a favor del cónyuge no deudor, con la finalidad de impedir la traba de determinados bienes (artículo 42.2.a) de la LGT), la Administración Tributaria está facultada para iniciar contra el cónyuge no deudor el procedimiento de derivación de responsabilidad, es decir, (si las capitulaciones son fraudulentas) está legitimada para acudir al procedimiento de derivación de responsabilidad solidaria previsto en el art. 42.2 a) de la Ley 58/2003 (LGT), y en tal caso, no estaría obligada a recurrir a la vía judicial, sino que podría garantizar la satisfacción del crédito tributario a través de la declaración de responsabilidad al cónyuge no deudor.

Según dicha resolución, cuando se realizan maniobras que tienen por finalidad impedir, obstaculizar o dificultar el cobro de la Hacienda Pública, la propia Administración Tributaria, puede ejercitar su **potestad de autotutela** en base al art.42.2 a) LGT, impidiendo que quien ostenta la condición de deudor, eluda su responsabilidad ocultando o vaciando su patrimonio, sirviéndose para ello de terceros vinculados a los que la norma declara responsables solidarios tributarios en virtud de dichos artículos y ostentan la condición de obligados tributarios desde la comisión de los presupuestos de hecho fijados en la norma. De esta forma no será preciso acudir a un procedimiento judicial para declarar la ganancialidad de las deudas y la correspondiente responsabilidad de los bienes gananciales.

⁸³ La cual reitera el criterio doctrinal sentado ya en la resolución del TEAC de 16 de abril de 2012 (RG 1888/2011)

VII. CONCLUSIONES

En primer lugar, en lo referente a la eficacia de los negocios jurídicos realizados por Beltrán, estos son plenamente rescindibles desde tres ópticas distintas. Una vez declarado el concurso, es la Administración Concursal quien está legitimada para ejercitar las acciones que persiguen la ineficacia de dichos actos. Tiene como primera posibilidad, ejercitar la acción rescisoria concursal, regulada en los arts. 71 y ss. LC, para lo cual, deberá probar la existencia de perjuicio, como elemento objetivo determinante de la rescisión. Este concepto ha sido interpretado por la Jurisprudencia, que señala la necesidad de un sacrificio patrimonial injustificado, una disminución patrimonial efectiva que atente contra las legítimas expectativas de cobro de los acreedores. Este sacrificio patrimonial injustificado está presente en todos los actos examinados, de modo que son plenamente rescindibles. Asimismo, la AC, podría ejercitar la acción pauliana (arts. 1111, 1291.3 CC), que requiere la prueba del fraude, elemento que se ha ido objetivizando por la jurisprudencia, de modo que exige el *scientia fraudis*, y no el *animus nocendi*. Y, por otro lado, en dichos negocios jurídicos podría existir una ineficacia estructural. Fueron celebrados, siendo Beltrán y los terceros adquirientes concedores de la situación de insolvencia de la empresa, de modo que se podría inferir que son nulos de pleno derecho, por tener causa ilícita, ya que el verdadero ánimo era defraudar a los acreedores.

El concurso de la sociedad XYZ SA, debe ser declarado como culpable, y es que se ha probado la concurrencia, por un lado, de la presunción *iuris tantum* de culpabilidad del ar. 165.1 LC: el administrador incumplió el deber de solicitar la declaración de concurso, y por otro lado, concurren tres supuestos especiales de culpabilidad (arts. 164.2.1º, 2º y 5º), que no admiten prueba en contrario: Beltrán cometió irregularidades contables relevantes, aportó a la solicitud de declaración de concurso documentos con inexactitudes graves, y dispuso fraudulentamente de bienes de la sociedad.

La calificación culpable despliega unos determinados efectos sobre la persona afectada por la misma (Beltrán), así como sobre los cómplices (los parientes que adquirieron de forma fraudulenta bienes de la sociedad). Conviene destacar, la preceptiva inhabilitación al administrador, y, sobre todo, la responsabilidad concursal, la cual tiene carácter facultativo, pero como se ha señalado es procedente su aplicación sobre Beltrán, atendiendo a la entidad de sus conductas que han determinado el sentido de la calificación.

Respecto al ámbito penal, hay que señalar que Don Beltrán responde de los delitos cometidos en nombre y representación de la sociedad XYZ SA, de conformidad con el art. 31 CP. Se ha establecido su responsabilidad por un delito continuado de estafa agravada por razón de la cuantía. Ha llevado a cabo la conducta típica a través de un negocio jurídico criminalizado, concepto empleado por la jurisprudencia para referirse a la estafa común en el ámbito empresarial. Beltrán al celebrar los contratos de préstamo en nombre de la sociedad, oculta su verdadero propósito de incumplir las obligaciones (es conocedor desde el inicio de la imposibilidad de cumplir con sus prestaciones). Este engaño es bastante, y desencadena toda la estructura criminal, induce al error a los inversores, que creen que los préstamos les serán devueltos, de modo que realizan actos de disposición patrimonial, originándose un perjuicio a su propio patrimonio. Se ha acreditado a su vez, la concurrencia de dolo inicial y ánimo de lucro. Concorre, asimismo, el subtipo agravado por razón de la cuantía, ya que el valor del perjuicio supera los 50000 euros. Esta agravación resulta compatible con la continuidad delictiva: concurre un solo sujeto activo que, con un dolo unitario o designio único, realiza una pluralidad de hechos referidos al mismo tipo penal, entre los cuales existe una conexión espacio-temporal. Sin

embargo, no existen datos suficientes para poder determinar con certeza la concurrencia del delito masa del art. 74.2 CP (segundo inciso).

A su vez, determinadas conductas de Beltrán son constitutivas de un delito de insolvencia punible. Desconocemos si la sociedad XYZ ha sido declarada en concurso, pero tras la reforma del CP de 2015, este delito es perseguible también cuando acaece un sobreseimiento general de los pagos, hecho que se produce en el supuesto. Durante varios ejercicios cometió de forma dolosa irregularidades relevantes en la contabilidad que tienen su encaje en los apartados 6º y 8º del art. 259.1 CP, de modo que causó la insolvencia (259.2 CP). A su vez encontrándose en situación de insolvencia actual, realizó disposiciones fraudulentas de bienes de la sociedad en favor de parientes, conducta subsumible en los apartados 1º y 2º del art. 259 CP.

Por otro lado, conviene recordar la dificultad, tras la reforma, para discernir estos últimos ilícitos que se refieren a alzamientos u ocultaciones de bienes en relación con la insolvencia, con el propio delito de alzamiento de bienes del art. 257, siendo ambos referidos a iguales conductas y que protegen el mismo bien jurídico de naturaleza patrimonial. El elemento diferenciador es la apariencia de insolvencia que se da en el tipo del art. 257, o como sucede en el supuesto, con la actuación de Beltrán por la que se alza con su propio patrimonio personal, para eludir la responsabilidad concursal, en perjuicio de sus acreedores.

Misma dificultad plantea establecer las relaciones concursales de este delito de insolvencia punible con el delito de estafa. En ese sentido la AN, apreció, en el Caso Afinsa, que concurrían en concurso real señalando que se trataban de conductas autónomas, mientras que, en casación, el TS, estableció el concurso ideal, al entender que integraban un mismo hecho.

Por otro lado, la conducta de Doña Diana Fernández es constitutiva de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa. Concurren los elementos integradores del delito del art 392 CP: existe una *mutatio veritatis*, que afecta a los elementos esenciales del documento, y concurre asimismo el dolo falsario, la intención de producir esa falsedad material sobre los cheques, documentos de reintegro, etc., precisamente porque era el medio idóneo para llevar a cabo la estafa, en perjuicio de la propia sociedad. Así, y siguiendo la jurisprudencia del TS, son punibles ambos delitos en concurso medial. Asimismo, concurren varios subtipos agravados de la estafa (art. 250.1 CP): por abuso de firma, por valor de la defraudación, así como por abuso de relaciones personales con Don Beltrán.

Por último, se ha estudiado la posible oponibilidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas frente a Hacienda Pública, a lo cual se ha concluido negativamente. La escritura de las capitulaciones se otorgó con fecha posterior al nacimiento de la deuda tributaria, de modo que estas mantienen su carácter ganancial, en aplicación de los arts. 1317 y 1401 CC. La modificación del régimen económico-matrimonial no puede afectar a terceros con derechos adquiridos previamente. Además, en consonancia con la analizada resolución del TEAC, la Administración Tributaria puede ejercitar su potestad de autotutela, y declarar la responsabilidad solidaria del cónyuge de Beltrán respecto de las deudas de este como responsable subsidiario, al tratarse de un supuesto comprendido en el art. 42.2 de la LGT, es decir, las capitulaciones matrimoniales obedecen a maniobras fraudulentas en las que coopera el cónyuge, y por tanto, se puede derivar su responsabilidad solidaria sin que se requiera acudir previamente a la vía judicial (civil) para obtener la declaración de ganancialidad de la deuda.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

ADELL MARTÍNEZ, J., “Análisis interpretativo de los supuestos de calificación culpable del concurso de acreedores por incumplimientos e incorrecciones contables” Tirant lo Blanch (Valencia, 2017).

BARJA DE QUIROGA, J.L; “La Reforma de los delitos económicos: la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles” Civitas, 1ºed. (2015)

BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F, “Manual de Derecho mercantil” Tecnos 26º ed.

CAMPUZANO A.B; SANJUÁN Y MUÑOZ, E.; BLANCO SARALEGUI, J.M; MARINA COLL, R; CALDERÓN PATIER, C.; MARTÍN ALONSO, O.; ORTIZ GÓNZALEZ, M.^a; 2018, “El Derecho de la insolvencia: El concurso de acreedores”. Tirant Lo Blanch, 3ªed.

CAMACHO VIZCAÍNO, A (Dir.); GONZÁLEZ CUSSAC, J.L; CUERDA ARNAU, M.L, “Tratado de Derecho penal económico” Tirant Lo Blanch (Valencia, 2019).

DE LA MATA BARRANCO, N.J.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; NIETO MARTÍN; A., “Derecho penal económico y de la empresa” (Dykinson, 2018)

DÍAZ ECHEGARAY, J.L; “La calificación del concurso: doctrina y jurisprudencia” Civitas 1º ed. (2015).

FRAU i GAIÁ, S. “La calificación del concurso de acreedores: una visión crítica” Tirant Lo Blanch (Valencia, 2014)

GALÁN MUÑOZ, A.; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Manual de Derecho penal económico y de la empresa” Tirant Lo Blanch 3º ed. (Valencia, 2019).

GARCÍA-CRUCES, J.A; “Jurisprudencia y concurso” Tirant Lo Blanch (Valencia, 2017)

GARCÍA-CRUCES, J.A, “La Calificación del concurso” Aranzadi (2005) 1ºed.

GUTIERREZ GILSANZ, A. (Dir.) “Derecho preconcursal y concursal de sociedades mercantiles de capital” La Ley 1ºed (2018)

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C; “Derecho penal económico y de la empresa”, Tirant Lo Blanch 6º ed. (Valencia, 2019).

PEÑA GONZALO, L.; AUSÍN DÍEZ, T., “La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria” Anuario de filosofía del derecho, ISSN 0518-0872, n.18, 2001

ROMERO SANZ DE MADRID.C; “La Calificación en el concurso de acreedores: presupuestos, tramitación y efectos.” 2º ed. Bosch (2020)

SANCHO GARGALLO, I; “La Rescisión concursal”, Tirant Lo Blanch (Valencia, 2017).