

UNIVERSIDAD DE A CORUÑA
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO FIN DE GRADO

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

ACTIVIDADE DA SOCIEDADE XYZ SA E CONDUTA DO SEU
ADMINISTRADOR ÚNICO DESDE A SÚA CONSTITUCIÓN ATA A
SOLICITUDE DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

THE ACTIVITY OF XYZ SA COMPANY SINCE ITS ESTABLISHMENT
UNTIL THE APPLICATION FOR THE DECLARATION OF BANKRUPTCY AND
THE BEHAVIOUR OF ITS SOLE ADMINISTRATOR

Presentado por:

Cristina Cao Romero

Tutor:

Julio García Camiñas

Grado en Derecho

Curso académico 2019-2020

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
ANTECEDENTES DE HECHO.....	4
1. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS PENALMENTE RELEVANTES COMETIDOS POR DON BELTRÁN.....	5
a. La actividad de la sociedad XYZ y su calificación penal.	5
i. La conducta típica de estafa	5
ii. La procedencia de modalidades agravadas por valor de la defraudación y credibilidad profesional.....	7
iii. La continuidad delictiva	8
b. Las alteraciones en la contabilidad empresarial durante varios ejercicios	11
c. Las ventas y donaciones realizadas por don Beltrán Vázquez de sus bienes y de bienes de la empresa.....	12
i. La venta de los vehículos sociales y la donación de la finca propiedad de la sociedad. La declaración de concurso	12
ii. La venta de la casa familiar y la donación de la finca propiedad de don Beltrán	13
iii. Relaciones concursales con la estafa.....	15
iv. Cuestión sobre la autoría	15
2. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS PENALMENTE RELEVANTES COMETIDOS POR DOÑA DIANA FERNÁNDEZ.....	17
a. Conductas relacionadas con la documentación	17
i. La conducta típica de falsedad documental.....	17
ii. La alteración de elementos esenciales.....	18
iii. La clase de documento	19
iv. Continuidad del delito de falsificación.....	20
b. Conducta de doña Diana respecto a los importes derivados de los reintegros de efectivo y las sumas de los cheques	20
i. La estafa. El engaño antecedente y bastante	20
ii. La procedencia de modalidades agravadas por abuso de firma, cuantía de lo defraudado y aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional	22
iii. La continuidad delictiva	23
c. Relaciones concursales entre estafa y falsedad documental.....	23
3. CALIFICACIÓN DEL CONCURSO DE LA SOCIEDAD XYZ SA	24
a. Valoración de los hechos en orden a la calificación del concurso	25
i. La generación de la situación de concurso	25
ii. Las irregularidades en la contabilidad de la sociedad	26

iii.	La presentación de documentos alterados en la solicitud de concurso.....	28
iv.	La salida de bienes del patrimonio de la sociedad	28
v.	La presentación de solicitud de concurso necesario.....	30
b.	Consecuencias de la calificación, responsabilidad.....	30
4.	LA EFICACIA DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE LOS VEHÍCULOS Y DE LA DONACION DE LA FINCA	32
a.	Los contratos de compraventa de vehículos.....	32
b.	La donación de la finca	33
c.	La posibilidad de revocar estos actos mediante acciones civiles	34
d.	La posibilidad de revocar estos actos mediante la acción rescisoria concursal.....	36
e.	Análisis de la eficacia de los contratos celebrados por Don Beltrán en relación a bienes personales.....	37
5.	EL EFECTO DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES RESPECTO DE RECLAMACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA	38
a.	La responsabilidad tributaria	38
b.	La ganancialidad de las deudas tributarias	39
	CONCLUSIONES FINALES DEL TRABAJO	41
	BIBLIOGRAFÍA.....	44
	APÉNDICE NORMATIVO.....	45
	APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	46

ABREVIATURAS

- *art.*: Artículo.
- *Cap.*: Capítulo.
- *CC*: Código Civil.
- *CCom*: Código de Comercio.
- *coord.*: Coordinador.
- *CP*: Código Penal.
- *Dir.*: Director, directores.
- *etc.*: Etcétera.
- *FJ*: Fundamento Jurídico
- *ibid.*: Ibídem.
- *IRPF*: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- *LC*: Ley Concursal.
- *LGT*: Ley General Tribuaria.
- *LIRPF*: Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- *LO*: Ley Orgánica.
- *LSC*: Ley de Sociedades de Capital.
- *op. cit.*: Citado anteriormente.
- *p., pp.* : Página, Páginas.
- *párr.*: Párrafo, párrafos.
- *p. ej.*: Por ejemplo.
- *RAE*: Real Academia Española
- *SA*: Sociedad Anónima.
- *SAN*: Sentencia de la Audiencia Nacional.
- *SAP*: Sentencia de la Audiencia Provincial.
- *SJM*: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.
- *SL*: Sociedad Limitada.
- *ss*: Siguietes.
- *STS*: Sentencia del Tribunal Supremo.
- *T.*: Título
- *TS*: Tribunal Supremo.
- *Vid.*: Véase.

ANTECEDENTES DE HECHO

Don Beltrán Vázquez constituyó, en 2015, la sociedad XYZ SA, de la que era además administrador único y socio mayoritario, con el 82% de las acciones. La actividad de esta sociedad consistía en celebrar contratos de préstamo con inversores (que en varias ocasiones superaron los 50.000 euros), a los que se les prometían intereses muy altos, y destinar las cantidades prestadas a operaciones inmobiliarias. No obstante, el dinero prestado fue fundamentalmente utilizado por don Beltrán en su propio beneficio.

Además, el señor Vázquez era plenamente consciente de que la cifra de negocios resultante de la actividad inmobiliaria era muy inferior a los intereses debidos, por lo que no podría abonar el pago de estos ni tampoco la devolución del capital, salvo con nuevas captaciones de capital. Don Beltrán hacía que los inversores confiaran en la sociedad apoyándose en el éxito que había tenido en su carrera profesional, de modo que la mayoría de inversores, al vencimiento del contrato de préstamo, reinvertían el principal y capitalizaban los intereses.

En varios ejercicios se articularon diversos mecanismos para incrementar ficticiamente la cifra de negocios (p. ej., incluyendo prestaciones de servicios a clientes que no se habían contratado, ni tampoco efectuado -ni pagado-), 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 y también se produjeron resultados excepcionales en 2016 y 2017 producidos por la enajenación de inmovilizado, para mejorar las cuentas.

Entre enero y marzo de 2018 el señor Vázquez 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.

Por otro lado, doña Diana Fernández era empleada de la sociedad XYZ y se encargaba, entre otras funciones, de efectuar pagos y cobros con autorización expresa de la empresa. Aprovechando la confianza que don Beltrán tenía depositada en ella (reforzada por haber trabajado en la empresa desde sus inicios y por la especificidad y relevancia de las tareas que desempeñó), pasaba a la firma del señor Vázquez documentos de reintegro de efectivo en los que aparecía reflejada una cuantía que después doña Diana cambiaba por otra superior, quedándose ella con la diferencia (que, en solo una de las retiradas, llegó a apropiarse 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 en una cuenta corriente de la que era titular. Posteriormente, le entregaba a don Beltrán unos listados de movimientos ya 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) otorgaron capitulaciones matrimoniales y pasaron 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 liquidaron el régimen de gananciales.

Don Beltrán, el 25 de febrero de 2019, realizó a favor de su hermana (concedora de la situación de la sociedad) la venta de la vivienda en la que habitaba el matrimonio y sus hijos por un precio notoriamente inferior al de mercado. Sin embargo, estos 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, por lo que se frenó la captación de clientes y se hicieron numerosas 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.

El 3 de abril de dicho año, en nombre y representación de XYZ SA, donó 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 concedores 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, y más de la mitad de los acreedores no se contenían en dicha solicitud, en la que también ocultaba buena parte del pasivo.

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

a. La actividad de la sociedad XYZ y su calificación penal.

Como se plasma en los antecedentes de hecho, el objeto social de XYZ SA era la realización de contratos de préstamo con inversores para destinar el dinero prestado a operaciones inmobiliarias. Sin embargo, el señor Vázquez utilizaba el dinero que obtenía la sociedad con su actividad en su propio beneficio.

i. La conducta típica de estafa

Los actos realizados por don Beltrán como administrador único de la sociedad constituyen, de entrada, un delito de **estafa**. La estafa, prevista la modalidad genérica en el art. 248 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal* (en adelante, CP), requiere la concurrencia de una serie de **elementos**: engaño, error, un acto de disposición patrimonial, un perjuicio para la víctima y ánimo de lucro. No se suscitan dudas en torno a los actos de disposición y la causación de un perjuicio para aquellos que contrataron con la sociedad XYZ SA; sin embargo, podría discutirse, en su caso, si hubo **engaño**.

Para que haya engaño, la jurisprudencia exige que el engaño sea “**antecedente y bastante**”: que anteceda al error y al acto de disposición patrimonial y, además, que sea suficiente e idóneo para producir el error en la víctima. Si el engaño no es antecedente, estaríamos ante un caso de incumplimiento contractual por parte de la sociedad (entonces no sería un delito); mientras, si el engaño antecede el error, hablamos de «negocios jurídicos criminalizados».

Para hablar de negocios jurídicos criminalizados, el propósito defraudatorio debe existir antes o al momento de celebrar el contrato (**STS de 23 de febrero [ECLI:ES:TS:2012:1560], FJ Segundo**); en nuestro caso, los hechos determinan que don Beltrán, desde un primer momento, empleó el dinero de sus clientes en su propio beneficio. Además, se indica en el supuesto de hecho que Beltrán sabía que no se podría proceder al pago de los intereses ni del capital de los inversores, salvo que se efectuasen nuevas captaciones de capital (Antecedentes de hecho párr. 2º).

Esto significa que, desde el inicio de la actividad de la sociedad, don Beltrán estaba defraudando a sus clientes conscientemente, habiendo configurado la actividad empresarial como una **estafa piramidal**, lo que no deja duda sobre la existencia del elemento típico de engaño, anterior al propio momento de celebrarse los contratos de préstamo.

La jurisprudencia ha tratado en varias ocasiones la figura de la estafa piramidal, pudiendo definirse como una serie de actos que realiza el autor del fraude, utilizando una entidad mercantil como tapadera, para conseguir inversores a los que atrae prometiendo unos intereses elevados; sin embargo, no existen aquellos negocios que debieran producir los intereses prometidos, sino que se satisfacen con las aportaciones de los nuevos clientes (**STS de 26 de diciembre [ECLI:ES:TS:2014:5573], FJ Tercero, inciso 3º**)

Las características de la figura de la estafa piramidal son las siguientes:

1. Una conducta empresarial de captación de capitales, bajo cualquier modalidad ya sea un producto financiero, depósitos bancarios (...).
2. Ausencia de inversiones relevantes para obtener rendimiento de los capitales recibidos de los clientes.
3. Pago de las deudas contraídas con los clientes, para el reintegro o reembolso del capital más los intereses, que se realiza con el mismo dinero depositado por estos o con el dinero aportado por nuevos clientes, es decir mediante tesorería.
4. Negocio que carece de sentido económico, que lleva implícito su fracaso o colapso, porque el crecimiento de la actividad empresarial aumenta las pérdidas. (**SAN de 27 de julio [ECLI:ES:AN:2016:2770], FJ Tercero, inciso 1º**).

En el caso de la sociedad XYZ SA, se pueden apreciar estos elementos: don Beltrán engañó a los inversores con una contabilidad falseada, una apariencia de gran aptitud profesional e intereses muy altos; los fondos de los inversores no se destinaron a las operaciones inmobiliarias prometidas, etc.

Aunque bien es cierto que, respecto al rasgo del epígrafe 3, se manifiesta en los antecedentes de hecho que los inversores, mayormente, reinvertían el principal y capitalizaban los intereses cuando vencían los préstamos; es decir, ni siquiera era necesario en estos casos destinar capital de los nuevos inversores a pagar a los más antiguos.

Como bien se desprende de la característica mencionada en el epígrafe 4, el problema de este modelo de estafa es que está, por así decirlo, “abocado a fallar”, pues cada nuevo cliente es un nuevo préstamo que no se podrá devolver (con sus respectivos intereses), es decir, una deuda más; de esta forma, en el momento en el que se dejan de captar nuevos inversores, se paralizan los ingresos y la empresa solo tiene pérdidas y deudas que no puede afrontar. Eso fue lo que, finalmente, sucedió en la sociedad XYZ SA.

A parte de lo dicho sobre la estafa piramidal, que de por sí es suficiente para hablar de engaño bastante, conviene asimismo mencionar aquí la siguiente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que dice:

El engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado. (STS de 30 de enero [ECLI:ES:TS:2013:238], FJ Séptimo)

Esto debe ser aludido al hilo de cuestionar la existencia de una adecuada diligencia de las víctimas para evitar el error, lo que se conoce como el **principio de autoprotección** de la víctima. Sobre esto, la jurisprudencia entiende que la falta de diligencia solo implica la atipicidad del engaño cuando se trate de engaños burdos, en los que haya un sentido de la credulidad tal que no es merecedor de tutela penal (STS de 24 de septiembre [ECLI:ES:TS:2008:4800], FJ Primero).

Del supuesto de hecho se desprende la efectiva consumación del delito de estafa, pero no se deriva la existencia de un engaño “burdo”, ni menos una falta de diligencia por parte de las víctimas del engaño que, en su **papel de inversores**, son sujetos que *se mueven en las relaciones sociales, laborales o mercantiles con unos irrenunciables márgenes de confianza en los demás, indispensables para la convivencia y el tráfico económico y comercial* (STS de 8 de julio [ECLI:ES:TS:2016:3162], FJ Segundo). Podemos hablar, por tanto, de la concurrencia del engaño antecedente y bastante necesario para apreciar el delito de estafa.

ii. La procedencia de modalidades agravadas por valor de la defraudación y credibilidad profesional

Queda determinado que los hechos implican la existencia de un delito de estafa; ahora bien, no en su modalidad genérica, sino del **tipo cualificado de estafa** previsto en el art. 250.1.5º CP; dicho precepto establece una pena de prisión mayor al de la estafa genérica cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros o afecte a un elevado número de personas.

El presupuesto para la aplicación de la modalidad agravada queda señalado en los antecedentes de hecho (Antecedentes de hecho, párr.1º), pues menciona que varios de los contratos de préstamo celebrados **superaban la cantidad de 50.000 euros**, así que, si bien es cierto que no sabemos cuánto se defraudó finalmente, sabemos que la cifra defraudada es la necesaria, en varios supuestos, para aplicar la modalidad agravada.

De igual modo, además del valor de lo defraudado (que implica un dato objetivo y no genera dudas), podríamos apreciar la existencia de un **elevado número de personas afectadas**, pues implica a todos los inversores con los que haya contratado la sociedad; sobre la delimitación de esta agravante hay una amplia discusión, para la cual los autores dan distintas soluciones. No obstante, no es necesario adentrarse en lo anterior para resolver este caso, pues solo se debe aplicar una de las agravaciones tipificadas en el apartado 5 del art. 250.1 CP y ya es aplicable la primera de ellas.

Por otro lado, debemos hacer referencia también a un elemento señalado en el supuesto de hecho: según este, don Beltrán convencía a los inversores de la idoneidad de invertir su dinero en las operaciones inmobiliarias, resaltando sus éxitos en el ámbito financiero y su labor en importantes empresas (Antecedentes de hecho párr. 2).

Esto plantea la posibilidad de aplicar la agravante del art. 250.1.6° CP, de **aprovechamiento de la credibilidad empresarial y profesional**. Con respecto a esta agravación, la jurisprudencia advierte de que la credibilidad del fraude es una parte elemental del delito de estafa y que, por ello, solo se puede apreciar esta agravación cuando el aprovechamiento de la credibilidad conlleva un desvalor adicional. Así, dice el Supremo:

Ha de quedar reservada, exclusivamente, a supuestos de una especial situación de credibilidad o confianza, superior a la propiamente necesaria para la eficacia del ardid defraudatorio y generalmente ocasionada por unas relevantes relaciones previas entre las partes, que hayan hecho depositario, a quien posteriormente estafó, de ese crédito que origina una mayor confianza ante la persona del perjudicado por el delito. (STS de 30 de diciembre [ECLI:ES:TS:2004:8539], FJ Segundo).

En este supuesto, debemos inclinarnos por entender que esa credibilidad no implicó un desvalor adicional, sino que era un **elemento necesario** para que pudiese tener lugar la estafa. Tal y como se menciona en el relato de los hechos, don Beltrán resaltaba el hecho de haber ocupado cargos profesionales en empresas reputadas, y esto formó parte del engaño mediante el cual atrajo a los inversores y les convenció para celebrar los préstamos; es decir, para que el engaño llegase a producirse, fue necesaria esta imagen de éxito profesional.

Hay que tener en cuenta que estamos ante negocios de riesgo, con grandes inversiones, en los que la experiencia y la apariencia de rentabilidad son esenciales para convencer a los futuros inversores. Por ello, no constituye un desvalor superior al genérico necesario para efectuar el engaño.

iii. La continuidad delictiva

Por último, teniendo en cuenta que existen numerosos casos de estafa que afectaron a numerosas víctimas, se presenta la posibilidad de aplicar el art. 74 CP, sobre **continuidad delictiva y el delito masa**.

Podría plantearse, en su caso, la aplicación del delito masa; este, como expresa el art. 74.2.2° CP, exige que el hecho revista una **notoria gravedad** y perjudicase a una **generalidad de personas**. No sabemos realmente (porque no lo expresan los antecedentes de hecho) el valor total defraudado, ni tampoco el número de víctimas de

fraude que hubo finalmente, por lo que resulta complicado deducir que exista un delito masa.

En este sentido, además, la jurisprudencia es muy variada: se ha aplicado el delito masa en casos de miles de afectados y cantidades defraudadas de millones de euros (**SAN de 27 de julio [ECLI:ES:AN:2016:2770]**); por otro lado, el Supremo ha rechazado su aplicación considerando que no existía una generalidad de personas siendo las víctimas más de 80 personas (**STS de 10 de junio [ECLI:ES:TS:2014:3571]**); pero sí apreció en varios autos la generalidad de personas en casos en los que el número de perjudicados era de menos de 50 personas (autos mencionados en **STS de 3 de noviembre [ECLI:ES:TS:2010:6020]**, FJ Tercero).

La doctrina jurisprudencial acude en varias sentencias, para determinar el significado de “generalidad”, a su significado lingüístico, que según la RAE es “mayoría, muchedumbre o casi totalidad de los individuos que componen una clase o todo, sin determinación a persona o cosa particular”; esto quiere decir, los destinatarios deben formar un **colectivo indeterminado, difuso**. En varias sentencias no se aprecia el delito masa precisamente atendiendo a este razonamiento, pues habiendo un gran número de víctimas, estas no constituían un grupo difuso, sino un grupo perfectamente determinable de individuos (**STS de 11 de febrero [ECLI:ES:TS:2005:802]**, FJ Segundo)

Además, para considerar que exista una generalidad de personas se exige no solo que haya un gran número de afectados, sino que el **plan preconcebido** por el autor del delito tenga por destino una pluralidad indeterminada de personas (**STS de 10 de junio [ECLI:ES:TS:2014:3571]**, FJ Décimo); esto es, un elemento subjetivo, el dolo preconcebido del defraudador: el plan del autor debe tener, desde un primer momento, la intención de afectar a un número indeterminado de personas.

Atendiendo también a otras resoluciones, el delito masa únicamente *existe cuando un solo acto inicial del sujeto activo determina que acudan a él una pluralidad indeterminada de personas* (**STS de 20 de julio [ECLI:ES:TS:2010:4639]**, FJ Cuarto); precisamente en esta sentencia, no se aplicó el delito masa porque no se consideraba que hubiese un solo acto inicial, ya que se contrataban pólizas y transferencias de vehículos con cada uno de los clientes, que acudían separadamente a las oficinas, y tomó como ejemplo de acto inicial único los casos de publicidad engañosa, en los que tenemos un acto que engaña al público en general y les lleva al engaño a todos conjuntamente.

En nuestro supuesto, y teniendo en cuenta que se sigue un modelo de estafa piramidal, parece lógico que don Beltrán tenía previsto desde el principio dirigirse a un **gran número de individuos** (esto debe ser así, puesto que las inversiones continuadas son lo que permitiría mantener la estructura fraudulenta de este tipo de estafa); entonces, existía un plan preconcebido para captar una pluralidad de clientes.

Sin embargo, no hay verdaderamente un único acto, sino que la sociedad **celebra contratos** de préstamo con cada uno de los inversores **separadamente**; no había, dicho de otra forma, un único acto que atrajese a todos los inversores. Incluso podemos considerar que no estamos ante un colectivo difuso en este caso, por el tipo de actividad de la sociedad: estamos ante un grupo determinado de personas formado por grandes inversores.

Es de mencionar que, a pesar de esta conclusión, también hay jurisprudencia que ha aplicado el delito masa solo por la concurrencia de una notoria gravedad y un número elevado de afectados, sin considerar el matiz de hablar de una generalidad de personas. No obstante, habida cuenta de las otras líneas jurisprudenciales mencionadas, y al no conocer ni siquiera el capital que se llegó a defraudar ni cuántos pudieron ser los inversores, resulta más razonable no aplicar el delito masa en este supuesto.

Con todo, sí debe proceder la aplicación de la figura del **delito continuado**, teniendo en cuenta los apartados 1 y 2 del art. 74 CP. El delito continuado exige los siguientes requisitos: *pluralidad de hechos delictivos no sometidos a enjuiciamiento separado, dolo unitario, proximidad espacio-temporal de las acciones, unidad del precepto violado y del sujeto activo y homogeneidad del modus operandi*. (STS de 24 de enero [ECLI:ES:TS:2008:149], FJ Tercero).

Sobre la aplicación de esta figura sí que no se suscitan dudas, pues es obvio que hubo una pluralidad de contratos de préstamo que constituyeron, cada uno de ellos, un supuesto de estafa; también, que todos ellos eran llevados a cabo por don Beltrán o bajo sus órdenes, respondían a la misma intención fraudulenta, pues todos conformaban un plan de estafa piramidal, y se llevaron a cabo de forma idéntica.

Debe aplicarse, pues, el art. 74.2.1º CP, ya que estamos ante un delito de estafa, una **infracción contra el patrimonio**; según este artículo, la pena se impondrá, no teniendo en cuenta la infracción más grave, sino el perjuicio total causado. Sin embargo, ello no obsta, además, de aplicar el apartado 1 del mismo artículo. Así lo entiende la doctrina jurisprudencial:

El artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado (STS de 13 de noviembre [ECLI:ES:TS:2007:7637] FJ Décimo, inciso 3º)

Ahora, pues, se plantea la cuestión de la **compatibilidad** entre el delito continuado y la estafa agravada por el art. 250.1.5º CP.

La jurisprudencia ha fijado que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva (STS de 26 de marzo [ECLI:ES:TS:2019:999] FJ Sexto, inciso 2º); es decir, si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, se tendrá en cuenta como una agravante de todo el delito continuado, aunque no concurriese en las otras infracciones continuadas. Con todo, al tratarse de la circunstancia del apartado 5º, referido a la cuantía de la defraudación, la compatibilidad entre ambos preceptos es más controvertida.

En este sentido, el **Acuerdo del Pleno del TS de 30 de octubre 2007**¹ dispone:

El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera

¹ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS, de 30 de octubre 2007, sobre el delito continuado de estafa y apropiación indebida [en línea, última consulta: 9 de marzo de 2020] Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-de-30-de-octubre-de-2007-sobre-delito-continuado-de-estafa-y-apropiacion-indebida>

del art. 74.1º solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la **prohibición de doble valoración**.

Por tanto, para no incurrir en la prohibición del «bis in idem», el subtipo agravado del apartado 5 del art. 250.1 solo se podrá aplicar conjuntamente con el art. 74.1 CP cuando **al menos una** de las defraudaciones continuadas supere los 50.000 euros; en caso contrario, solo se aplicará la agravación del art. 250.1.5º CP (**STS de 2 de junio [ECLI:ES:TS:2009:3322] FJ Segundo**).

En el caso que nos ocupa, varias de las infracciones superan los 50.000 euros, por lo que procede aplicar el art. 74.1 CP, teniendo entonces de un delito continuado de estafa y sancionándose con la mitad superior de la pena, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

b. Las alteraciones en la contabilidad empresarial durante varios ejercicios

Según dispone el supuesto de hecho, en varios ejercicios se articularon mecanismos en la contabilidad como fueron incrementar ficticiamente la cifra de negocios, omitir más de la mitad de las deudas en las cuentas anuales, diferir el reconocimiento de gastos o contabilizar resultados excepcionales mediante la venta de inmovilizado (Antecedentes de hecho, párr. 3º).

Los mencionados medios utilizados conllevan la comisión, por don Beltrán, de un delito de **falsedad en documentos societarios**, previsto en el art. 290 CP. Dicho precepto castiga a los administradores de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación que falsifiquen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica y económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a terceros. Además, el apartado dos eleva la pena en su mitad superior si se produce finalmente un perjuicio efectivo.

Beltrán Vázquez llevó a cabo verdaderos actos de falseamiento, omitiendo y tergiversando datos o incluyendo otros ficticios (se detallarán en el Apartado 3.a.ii), en documentos que deben reflejar la situación económica de la sociedad, consiguiendo así dar una imagen próspera y de una buena situación financiera que distaba mucho de la verdadera, de forma que aquellos que tuviesen que manejar esa información no pudieron tener un conocimiento verdadero de la situación de la sociedad, como pueden ser los futuros inversores de la empresa o los socios y actuales inversores, que no puedan saber que sus inversiones no están seguras (sobre la conducta típica de falsedad de documentos societarios, **STS de 19 de marzo [ECLI:ES:TS:2013:1445] FJ Quinto**).

Además, estamos aquí también ante un supuesto de **delito continuado**, ya desarrollado (Apartado 1.a.iii), pues existen una serie de conductas de idéntica naturaleza, repetidas en el tiempo, cuyo dolo es unitario y son realizadas, además, por el mismo sujeto.

Se discute ahora, entonces, la **relación concursal** entre este delito y el delito de estafa (Apartado 1.a). Efectivamente, podemos entender que las falsedades realizadas eran **necesarias**, en el momento que se realizaron, para mantener la imagen de la sociedad y que continuase funcionando el fraude, siendo realizadas precisamente por

esta razón (es decir, su comisión tuvo motivo en la estafa, sin ella no habría motivos para llevar a cabo este delito de falsedad). Así, tenemos aquí dos soluciones: una doctrinal y otra jurisprudencial.

La **doctrina** considera que, en este supuesto, estamos ante un **concurso de leyes** entre el delito de estafa agravada y el delito de falsedad en documento societario, resolviéndose por el principio de alternatividad, previsto en el art. 8 CP (Núñez Castaño, 2017²); atendiendo al mismo, el delito con más pena excluye al delito con menos pena. En este supuesto, la pena por el delito continuado de estafa agravada del art. 250.1.5º es, presumiblemente, mayor que la que correspondería por el delito de falsedad (que sería de 2 años más un día a 3 años, por ser la pena en su mitad superior al causarse un perjuicio efectivo); por ello, se aplicaría solo el delito de estafa.

Frente a esto, la **jurisprudencia** parece inclinarse por admitir el **concurso medial** entre este delito societario y el delito de estafa, entendiendo que el primero ha sido el vehículo que ha permitido la continuación del fraude, habiendo sido una pieza esencial para engañar a los inversores (en este sentido, **SAP Sevilla de 14 de julio [ECLI:ES:APSE:2016:798]**).

Optando por el criterio de la jurisprudencia, don Beltrán será responsable de un delito continuado de estafa agravada y de un delito continuado de falsedad en documento societario, en concurso medial con el anterior.

c. Las ventas y donaciones realizadas por don Beltrán Vázquez de sus bienes y de bienes de la empresa

A finales del mes de febrero de 2019, el administrador de la sociedad XYZ SA (Antecedentes de hecho, párr. 9º, 10º) vendió a su hermana, por precio inferior al de mercado, su vivienda familiar; y donó a su hijo la finca El Roble.

Una vez se produjo, en marzo de 2019, la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones de la sociedad, el administrador vendió a su madre dos vehículos de la empresa a precio inferior al de mercado, y donó al hermano de su esposa una finca propiedad de la sociedad. (Antecedentes de hecho, párr. 12º y 13º).

i. La venta de los vehículos sociales y la donación de la finca propiedad de la sociedad. La declaración de concurso

Encajaríamos esta conducta en el **delito de insolvencia punible**, del art. 259 CP. Este tipo penal castiga una serie de conductas que se pueden sintetizar en dos grupos: por un lado, las que **disminuyen** o pretenden disminuir el patrimonio del deudor y, por otro, las que buscan **alterar** la verdadera percepción de la situación patrimonial del mismo (Galán Muñoz, 2017³). Estas deben ser realizadas, según establece el apartado primero del art. 259 CP, cuando el deudor se encuentre en una situación de **insolvencia actual o inminente**.

² GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 194.

³ GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E., *ibid.*, pp. 96-98.

Además, exige para su perseguibilidad que el deudor haya dejado de cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles o que haya sido **declarado en concurso**, según prevé el apartado 4 del art. 259 CP.

En lo que se refiere al **dolo**, el tipo penal exige que el delito fuese causado dolosamente, pero este dolo debe entenderse como un concepto equivalente a “intención fraudulenta”, acercándose más al concepto civil del dolo o también a un dolo eventual: el conocimiento de que con esa acción se defrauda a los acreedores (**STS de 25 de enero [ECLI:ES:TS:2008:683], FJ Quinto**).

Los actos de disposición de **bienes sociales** de don Beltrán encajan en este tipo penal. Son actos de vaciamiento patrimonial (la venta simulada de los vehículos y la donación de la finca), con los que agravó la ya existente situación de insolvencia, que era un hecho desde un mes antes de realizarlos. Siendo previsible la declaración de concurso, se aprecia una intención fraudulenta al **disminuir sin justificación económica** el patrimonio social y con consciencia de que supondría un perjuicio para los futuros acreedores.

Además, está la solicitud declaración de concurso necesario, solicitada en junio por el administrador de XYZ SA (Antecedentes de hecho párr. 15), sobre la cual se dice textualmente en el supuesto que omitía a más de la mitad de los acreedores y una buena parte del pasivo. En puridad, presentar datos contables incorrectos o inexactos para lograr la declaración de concurso constituye un delito de estafa procesal concursal, del art. 261 CP, pero este, cuando hay un delito de insolvencia punible, es absorbido por el principio de consunción (Galán Muñoz, 2017⁴).

Quedó fijado que, desde marzo, la sociedad XYZ SA ya no podía pagar los intereses, es decir, cumplir con sus obligaciones generales; el delito se ha cometido antes de la declaración de concurso, pero siendo la **insolvencia actual**.

Además, de todas formas, cuando se inicie el procedimiento penal de instrucción por los hechos cometidos por don Beltrán, se habrá tramitado la solicitud del correspondiente concurso de la sociedad, habrá una efectiva **declaración de concurso**; esto podemos presuponerlo atendiendo a la Ley 22/2003 de 9 de julio, *Concursal* (en adelante, LC), que según su art. 15 LC, una vez que se haya admitido a trámite la solicitud hecha por acreedor, el juez debe admitirla a trámite y ordenar el emplazamiento del deudor; asimismo, el art. 18 LC establece que, si el deudor emplazado insta su propio concurso, el juez debe **dictar auto declarando el concurso** de acreedores.

Partiendo de esto, habrá en el momento de la acusación penal una declaración concursal así que, en cualquier caso, se dan las condiciones necesarias para perseguir estos actos como un delito de insolvencia punible.

ii. La venta de la casa familiar y la donación de la finca propiedad de don Beltrán

Debemos diferenciar estos negocios de los anteriores ya que, por lo menos en sentido estricto, estos bienes son del administrador y **no forman parte de la masa concursal**. No obstante, la conducta de don Beltrán sí es delictiva, constituye un delito

⁴ GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E. *ibid.*, p. 104.

de **alzamiento de bienes**, del art. 257 CP; los hechos son parejos a los anteriores, pudiendo cuestionarse la cuestión de la existencia de dolo y de una deuda anterior.

Respecto al **dolo**, don Beltrán es consciente de la situación de la sociedad y de que la declaración de concurso es inminente; también es conocedor de que un procedimiento concursal perjudicará enormemente su patrimonio personal:

- El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) establece, en su art. 236, que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.
- Y, además, la LC prevé, en el art. 172 bis, la condena de los administradores al **pago del déficit concursal** cuando el concurso sea calificado como culpable.

Don Beltrán sabe de primera mano que ha cometido serias irregularidades en la contabilidad en varios ejercicios y, en general, sabe cómo ha sido su gestión y que esta puede acarrearle el pago del déficit concursal. Aquí reside el dolo: los actos de disposición sobre bienes del administrador se realizaron poco antes de que la sociedad no pudiese devolver los préstamos y pagar los intereses, con el objetivo de evitar que los acreedores puedan cobrarse con estos si condenasen al administrador a pagar el déficit concursal.

Respecto a la **existencia de una deuda**, el delito de alzamiento de bienes exige que el sujeto activo alce sus bienes en perjuicio de sus acreedores. Por tanto, es requisito de este tipo que exista un derecho de crédito contra quien lo comete; en el caso que nos ocupa no hay una deuda exigible todavía ya que, si bien don Beltrán ha cometido un delito y además hay un procedimiento concursal pendiente, todavía no se ha dictado sentencia que condene a don Beltrán, ni hay una calificación culpable del concurso.

Sin embargo, la jurisprudencia ha venido entendiendo que el delito de alzamiento de bienes también es realizable cuando se refiere a **deudas no vencidas o todavía no declaradas** por sentencia (STS de 25 de mayo [ECLI:ES:TS:2012:4180], FJ **Primero**). Por tanto, en nuestro supuesto de hecho, la comisión de un delito de estafa y el imperioso procedimiento concursal de la sociedad implican, para el señor Vázquez, deudas que ya son existentes, aunque no declaradas, de forma que se puede apreciar esta circunstancia.

No obstante, este delito de alzamiento de bienes que acabamos de ver es absorbido por el delito de insolvencia punible analizado (apartado 1.c.i), atendiendo al **principio de unidad delictiva de insolvencias punibles**: ambos delitos tienen la misma intencionalidad, persiguen el mismo fin, por ello se debe calificar todo ello como un delito de insolvencia punible, por ser este el tipo penal sancionado con mayor pena (SAP Sevilla de 14 de julio [ECLI:ES:APSE:2016:798], FJ **Tercero**).

iii. Relaciones concursales con la estafa.

Aparece ahora la siguiente cuestión: la compatibilidad entre el delito de estafa (Apartado 1.a) y el delito de insolvencia punible (Apartado 1.c).

De entrada, la jurisprudencia considera que entre la estafa y, en general, los delitos de frustración de la ejecución e insolvencias punibles, se puede producir un **concurso de leyes**: el vaciamiento patrimonial está encaminado a culminar la conducta defraudatoria de la estafa, evitando así la pérdida de las ganancias obtenidas con la misma; en ese supuesto, en virtud del principio de consunción, solo se sancionaría el delito de estafa, siendo el delito de insolvencia punible absorbido por la estafa (en este sentido, **STS de 20 de diciembre [ECLI:ES:TS:2005:7572], FJ Segundo, inciso 4º**).

No obstante, también puede darse un **concurso real** entre estos delitos cuando los bienes alzados no sean los mismos que se defraudaron, así como cuando el delito de insolvencia se produzca una vez que existe ya una sentencia condenatoria por el delito de estafa o ya se haya descubierto la estafa; también en los casos en los que los actos de ocultación o destrucción patrimonial se produzcan separados temporalmente de los actos de disposición patrimonial derivados de la estafa (**STS de 23 de abril [ECLI:ES:TS:2014:2386], FJ Sexto**).

Además el Supremo ha indicado que, desde la reforma introducida en los delitos de insolvencia punible (por la LO 1/2015), el delito de insolvencia punible del art. 259 tiene por bien jurídico el derecho personal de crédito, persigue un *interés difuso de naturaleza económico-social*, por lo que el delito de estafa no puede absorber este desvalor (**STS de 14 de junio [ECLI:ES:TS:2017:3288], FJ Sexto, inciso 2º**): la estafa puede abarcar la afectación de los inversores que fueran víctimas del fraude; por el contrario, no puede cubrir el perjuicio de **otros afectados** por el injusto (como pueden ser los trabajadores dependientes de la sociedad, otros acreedores que no sean a su vez víctimas de la estafa, sino que tengan créditos de distinta naturaleza, etc.).

Entonces, ya no solo el criterio temporal (los actos de ocultación patrimonial se cometieron independientemente del delito de estafa), sino también el anterior razonamiento (hay intereses afectados que no podría abarcar la estafa) permiten concluir que son sancionables el delito de estafa y el de insolvencia punible, en concurso real.

iv. Cuestión sobre la autoría

En suma a los puntos tratados, y aunque esto no forma parte de las cuestiones formuladas, no se puede dejar de señalar que, según se establece en el supuesto de hecho (Antecedentes de hecho, párr. 13), tanto la madre de don Beltrán como el hermano de su esposa sabían, en el momento de comprar los vehículos y recibir la donación de la finca respectivamente, la situación económica en la que se encontraba la sociedad.

Y sobre esto, se debe señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que, tanto los compradores en las **ventas simuladas** como las personas que simplemente se presten a recibir los bienes como suyos, pueden ser acusados como **cooperadores necesarios** del delito de insolvencia punible (González Cussac, 2004⁵), si

⁵ Vid. HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (coord.), ALTÉS TÁRREGA, J. y otros, *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 657-659.

consideramos que su colaboración fue imprescindible para la ejecución del delito, sino se podrían considerar **cómplices**, por colaborar conscientemente en el delito con actos accesorios (**STS de 12 de noviembre [ECLI:ES:TS:2004:7338] FJ Primero**).

La esposa de don Beltrán podría ser considerada cooperadora necesaria del delito de insolvencia punible, al otorgar **capitulaciones matrimoniales** siendo conocedora del destino fraudulento que se le daba al capital de los inversores y de la situación de la sociedad, pues la conducta conlleva una colaboración con su esposo para disminuir su patrimonio totalmente necesaria (sin su consentimiento no podrían otorgar capitulaciones).

Igualmente, sería cooperadora necesaria o cómplice la hermana del señor Beltrán (compradora de la **vivienda familiar**), dándose prácticamente las mismas circunstancias que en el caso de las compraventas en las que intervino la madre (de nuevo, una compraventa simulada).

Distinto es el supuesto del hijo de don Beltrán, al que le donó una finca. Este es menor de edad, por lo que se debe tener en cuenta lo siguiente:

- Los menores de 16 años y 17 años, según la Dirección General de los Registros y del Notariado, pueden aceptar las **donaciones simples**, pues se presupone que tienen capacidad de entender y querer; en cambio, no podrán aceptar donaciones cuando exista una declaración legal en contra (**Resolución de 3 de marzo de 1989**⁶).
- Este es el caso del art. 626 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 *por el que se publica el Código Civil* (CC en adelante) que establece que no podrán aceptar **donaciones condicionales** u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes.
- Estamos, en el supuesto de hecho, ante una donación con **reserva de usufructo vitalicio**, por tanto, no es una donación simple y ello implica que, atendiendo a lo dicho, la donación la aceptó con la intervención de don Beltrán y su esposa, que son sus padres y legítimos representantes. Así, no podemos entender que el menor sea responsable del delito de insolvencia como cooperador necesario o cómplice (aunque tuviese edad para ser imputable penalmente) ya que quien intermedió por él fueron sus padres.

Los anteriores contratos y negocios jurídicos, y las circunstancias que les rodean, serán analizados más profundamente en adelante (Apartado 4).

Con todo, debemos tener en cuenta, también la **cláusula de exención de responsabilidad penal** del art. 268 CP, aplicable a delitos patrimoniales; como su nombre indica, exime de responsabilidad penal (que no de las responsabilidades civiles) a ciertas personas por razón de parentesco. Sería aplicable a la mujer de Beltrán Vázquez (siempre que no estén divorciados o separados, cosa que no se manifiesta), a la madre y la hermana de don Beltrán (ascendientes y hermanos) y, en principio, no sería aplicable al hermano de la esposa del señor Vázquez (pues es familiar político y

⁶ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989 [en línea, última consulta: 20 marzo 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1989/03/15/pdfs/A07234-07235.pdf>

tampoco se manifiesta que conviva con el administrador, no encajando en ninguno de los supuestos de esta cláusula).

Para terminar la pregunta 1 conviene resumir que, respecto a la calificación jurídica de los hechos penalmente relevantes cometidos por don Beltrán, procede aplicar:

- Un delito continuado de estafa agravada, del art. 250.1.5º CP;
- Un delito continuado de falsedad en documento societario, del art. 290 CP, en concurso medial con el anterior delito;
- Un delito de insolvencia punible, del art. 259.

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

Doña Diana Fernández era empleada de la sociedad XYZ, y se encargaba de las relaciones con el Banco BBVA y de efectuar pagos y cobros. Había trabajado en la empresa desde sus inicios y en tareas muy específicas (Antecedentes de hecho párr. 6), de forma que don Beltrán tenía una enorme confianza en su empleada, algo que fue aprovechado por ella.

Su conducta consistió en pasar a la firma del señor Vázquez documentos de reintegro de efectivo en los que aparecía reflejada una cuantía que después doña Diana cambiaba por otra superior, quedándose ella con la diferencia (Antecedentes de hecho párr. 6).

También se hizo con cinco cheques bancarios de la sociedad, que figuraban al portador y habían sido firmados por don Beltrán (introduciendo también en los cheques cantidades no autorizadas). Por último, le entregaba al señor Vázquez unos listados de movimientos ya corregidos por ella (Antecedentes de hecho, párr. 7).

Estas conductas se calificarán de la siguiente manera.

a. Conductas relacionadas con la documentación

i. La conducta típica de falsedad documental

Los delitos de falsedades documentales se regulan en los art. 390 y ss CP. En concreto, el art. 390 define los comportamientos que se consideran constitutivos de este delito:

Art. 390. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

- 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
- 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

- 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.
- 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

Este artículo no recoge, en cambio, una distinción fundamental entre los diferentes tipos de falsedades, la que distingue entre falsedades materiales y las falsedades ideológicas. Las **falsedades materiales** implican la inautenticidad del documento, afectan a los elementos del objeto falsificado (el documento, en este caso); las **falsedades ideológicas** afectan a la veracidad del objeto de la falsedad, es decir, el documento es auténtico pero no corresponde aquello que plasma con la realidad a la que se refiere (**STS de 2 de abril [ECLI:ES:TS:2013:2088], FJ Primero, inciso 2º**).

Esta distinción es relevante sobre todo en nuestro supuesto de hecho, ya que estamos ante un sujeto activo del delito que es una **particular** (la empleada de una sociedad); las falsedades ideológicas solo son castigadas cuando son realizadas por autoridades o funcionarios públicos, pero no cuando son particulares (así, el art. 392 CP regula las falsedades cometidas por particulares y se refiere a los tres primeros apartados del art. 390, por tanto, no tipifica la conducta del particular de “faltar a la verdad en la narración de los hechos”, que son las falsedades ideológicas).

ii. La alteración de elementos esenciales

La conducta de doña Diana ha consistido en **alterar** elementos esenciales en los distintos documentos de reintegro, en los listados de movimientos y en los cheques tomados de la sociedad.

De entrada, existe un documento que es auténtico y veraz (conteniendo ya la firma de don Beltrán Vázquez, apareciendo también las cantidades de dinero en el caso de los reintegros y las listas de movimientos, etc.) pero, al alterar algunos de sus elementos, el documento se ve transformado en *otro*, que no lo es (**STS de 5 de octubre [ECLI:ES:TS:2007:6589], FJ Primero**).

No es suficiente con que exista una alteración, sino que es preciso que la alteración afecte a alguno de los **elementos esenciales** del documento. Con respecto a esto, la jurisprudencia exige que:

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. (**STS de 29 de abril [ECLI:ES:TS:2011:3107], FJ Trigésimo segundo**)

No se tratan, estas modificaciones, de falsedades inocuas. Con respecto a los documentos de reintegro, las modificaciones en ellos obradas tienen una importante **repercusión en la función** para la que fueron confeccionados los documentos de reintegro; si bien la operación sigue siendo la misma, la entidad bancaria es totalmente ajena al hecho de que está convirtiendo en efectivo dinero que debería permanecer en la cuenta de la sociedad, pues no era voluntad del titular de la cuenta retirar ese importe; se afecta directamente al destino para el que fueron creados en un primer momento los documentos.

Por otro lado, también redunda en su eficacia como **medio de prueba**, pues la entidad bancaria dispone de los documentos de retirada de efectivo para justificar la salida del mismo, pero la contabilidad de la empresa no coincidirá con los datos que pueda tener la entidad bancaria (pues recordemos que doña Diana también ha modificado posteriormente las listas de movimientos, Antecedentes de hecho párr. 7).

Igualmente, respecto a los listados de movimientos, estas modificaciones (necesarias para mantener la apariencia de que las operaciones de retirada no han sido alteradas) frustran completamente la expectativa de prueba de los mismos, pues no constan las operaciones que realmente se han efectuado, sino *otras* distintas (como exige la doctrina jurisprudencial) y que impidieron conocer la realidad del saldo bancario de la sociedad. En definitiva, se produce una grave disfunción en los documentos contables de la empresa.

En lo que respecta a los cheques, tampoco cabe duda de que se afecta a un elemento esencial pues, si bien es cierto que no hubo una falsificación de firma, de fecha, etc. (que jurisprudencialmente se han considerado, habitualmente, elementos esenciales), la adición de una cantidad que no había sido autorizada por el administrador constituye la creación de un documento de pago que, en realidad, no responde al pago de ninguna contraprestación efectiva (así se resolvió en **STS de 9 de abril [ECLI:ES:TS:2019:1210]**, FJ Cuarto, inciso a).

Es posible concluir, entonces, que sí existe una lesión del bien jurídico protegido, tanto en la modificación de los documentos de reintegro de efectivo y los cheques como en los posteriores listados corregidos: este bien jurídico es la protección de las funciones constitutiva y de prueba de los documentos (**STS de 5 de julio [ECLI:ES:TS:2007:4940]**, FJ Cuarto, inciso 3º). Son, pues, conductas que constituyen falsedades materiales y que conllevan la responsabilidad penal de doña Diana por un delito de falsedad documental del art. 392.1 CP.

iii. La clase de documento

Otro aspecto a tener en cuenta es el tipo de documento ante el cual nos encontramos. Se distingue entre documentos públicos y oficiales, documentos mercantiles y documentos privados.

En este supuesto nos hallamos con **documentos de carácter mercantil**. Puede ser complejo determinar, en ciertos casos, si estamos ante un documento de este tipo, ya que en ninguna norma (ni en el Real Decreto de 22 de agosto de 1885, *por el que se aprueba el Código de Comercio*, ni en otras leyes que regulan materias mercantiles) existe ningún listado de documentos que se consideren mercantiles.

No cabe duda de que los cheques sí son documentos mercantiles, de hecho, forman parte de esos documentos que sí están mencionados expresamente en las leyes mercantiles; pero debemos determinar la naturaleza de los documentos de reintegro y de las listas de movimientos de cuenta. Para ello acudimos a la jurisprudencia de la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo que, en este sentido, establece que:

Se entiende por documento mercantil todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, siendo tales no solo los expresamente

regulados en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas, criterio éste acompañado, además, por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad. (STS de 2 de junio [ECLI:ES:TS:2016:2887], FJ Duodécimo, inciso 4º)

Otras sentencias que se pronuncian precisamente sobre documentos relacionados con operaciones bancarias, que consideran mercantiles:

Aquellos documentos bancarios que **reflejan realidades económicas que afectan a terceros**, como son los clientes del banco, como son impresos de ingresos, reintegros, transferencias, y otros semejantes que constituyen soportes materiales destinados a incorporar datos y hechos con eficacia probatoria y con una inequívoca relevancia jurídica en el tráfico habitual del banco con sus clientes. (STS de 30 de enero [ECLI:ES:TS:2013:238] FJ Decimoprimer)

Aún más concretamente, se consideran mercantiles *las solicitudes de talonarios, las órdenes de transferencias y los extractos de cuentas corrientes* (STS de 10 de junio [ECLI:ES:TS:2002:4210], FJ Tercero). Todo lo anterior nos resuelve perfectamente el supuesto de hecho que nos ocupa; estamos, sin duda, ante documentos mercantiles, cosa que tiene relevancia en lo sucesivo (Apartado 2.c).

iv. Continuidad del delito de falsificación

Por último, se debe señalar que las anteriores conductas de falsedad en documento mercantil constituyen, todas ellas, un **delito continuado**, lo cual responde a la existencia de varios actos de alteración (varios documentos de reintegro, los listados y los cinco cheques), todos cometidos de forma próxima en el tiempo, concurriendo un dolo unitario, en ejecución de un plan preconcebido, etc. El delito continuado ya fue analizado anteriormente (Apartado 1.a.iii), así que no se desarrollará más esta cuestión.

Así, doña Diana es responsable de un delito continuado, en atención al art. 74 CP, de falsedad en documento mercantil, del art. 392.1 CP.

b. Conducta de doña Diana respecto a los importes derivados de los reintegros de efectivo y las sumas de los cheques

i. La estafa. El engaño antecedente y bastante

Partiendo de las falsedades realizadas en los distintos documentos, Diana Fernández fue haciéndose periódicamente con varias cantidades de dinero de la sociedad, que en una ocasión llegó a superar los 50.000 euros. Los hechos son constitutivos de un **delito de estafa**.

Puede que lo más controvertido para entender que hay un delito de estafa, en relación con sus elementos, sea de nuevo la existencia de un **engaño** antecedente y bastante, debido a la forma en la que se llevan a cabo los actos de disposición.

Primero, sobre el **engaño antecedente**, es cierto técnicamente que don Beltrán autorizaba todos los reintegros de efectivo, aunque posteriormente se retiraba más dinero del debido; en cierta forma, podría decirse que los actos de disposición no vienen

determinados por un engaño, sino por **motivos propios** del administrador; si esto fuera así, no cabría hablar de estafa. Sin embargo, este no es el razonamiento acertado. El engaño del que se vale Diana Fernández es todo un plan de actuación que aprovecha la confianza que don Beltrán tiene en ella (por haber desempeñado arduas tareas anteriormente) y el acceso que sus funciones le permitían al dinero de la sociedad.

Con ello, se valió de que el señor Vázquez le encargaba una serie de reintegros para retirar otros importes y adueñarse de una parte; si bien la orden de efectuar el reintegro responde a motivaciones internas de don Beltrán, sí que se produce un acto de disposición patrimonial que deriva de un engaño: la disposición de las **cantidades no autorizadas**, las sumas diferenciales con las que se quedaba doña Diana; estas cantidades salieron de la cuenta bancaria de la sociedad en nombre de su administrador, pero sin que este tuviese conocimiento de esta disposición, debido al engaño urdido por la empleada. Por tanto, sí existe un engaño que lleva a error al administrador y al acto de disposición.

En segundo lugar, en relación con la concurrencia de un **engaño bastante**, ya se ha hecho referencia en el trabajo a la jurisprudencia que entiende que *es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa (STS de 30 de enero [ECLI:ES:TS:2013:238], FJ Séptimo)*. En este caso, es claro que se ha consumado, llegando a defraudarse cantidades elevadas, y no procede tampoco calificar el engaño como “burdo”.

También se debe entrar a considerar el **principio de autoprotección** de la víctima del fraude, ya que es discutible si fue suficiente la diligencia de don Beltrán como administrador o si, en su lugar, no fue lo suficientemente precavido.

Sobre esto ya se ha hablado (Apartado 1.a.ii), y aquí la conclusión es la misma: apelando a la misma sentencia del Supremo citada en ese punto, apreciar aquí una autopuesta en peligro por parte del administrador es exigir a este que presuma que, en todo caso, *cualquier empleado es alguien dispuesto a defraudar a su empresa traicionando la confianza que se deposita en él (STS de 8 de julio [ECLI:ES:TS:2016:3162], FJ Segundo)*.

Si bien son necesarios unos mecanismos de control para evitar situaciones de delincuencia, la no tenencia de estos **no conlleva la exención** de responsabilidad del defraudador, y aún menos cuando es sabido que don Beltrán actuaba movido por el engaño. Así:

En el caso de la estafa no cabe imputar a la víctima el desapoderamiento que resulta, cuando no actúa voluntariamente. Y no cabe hablar de voluntariedad, en ese sentido, aún cuando el acto de desplazamiento sea voluntario, si esa voluntad es fruto del engaño, como si lo es de la violencia o de la ignorancia. **(STS de 7 de mayo [ECLI:ES:TS:2009:3648], FJ Segundo)**

Resueltas, pues, estas cuestiones, cabe afirmar que los hechos cometidos por doña Diana Fernández son constitutivos de un delito de estafa.

ii. La procedencia de modalidades agravadas por abuso de firma, cuantía de lo defraudado y aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional

Doña Diana es responsable de un delito de estafa, pero es de aplicación en este caso el art. 250 CP que, como es sabido, establece una agravación de la pena correspondiente cuando se den las situaciones previstas en dicho precepto.

Primero, es aplicable la circunstancia del apartado 2º. Este dispone una pena mayor cuando la estafa se comete con **abuso de firma de otro**, o sustrayendo, ocultando o inutilizando en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

Sobre esta agravante, primeramente se consideró que hacía referencia únicamente al “abuso de firma en blanco”; con todo, esta agravación se fue ampliando a otros supuestos, como en los que se rellena un documento que ha sido previamente firmado en blanco, modificando los términos y la finalidad para la que había sido elaborado; y también a supuestos en los que se modifica el documento ya completo, añadiendo elementos que lo alteran (**STS de 17 de diciembre [ECLI:ES:TS:2008:6984], FJ Cuarto**).

Dentro de estos últimos supuestos encaja la conducta de doña Diana dado que, tras pasar a la firma del señor Vázquez los documentos de reintegro de efectivo, cambiaba los importes iniciales por otros diferentes; asimismo, en los cheques, introducía las cantidades no autorizadas por el administrador, estando previamente firmados.

También, según el Tribunal Supremo, es relevante la forma en la que el defraudador accede a los documentos, diciendo que, para hablar de abuso de firma, debe haber un verdadero aprovechamiento de la **relación entre la víctima y el estafador**:

(De esta forma) tanto si el documento es entregado al sujeto pasivo en blanco, total o parcialmente, para ser completado en la forma previamente pactada o conforme a instrucciones impartidas, como si es depositado para su custodia al autor del acto típico pero sin autorizar su modificación, habrá un abuso de la situación creada y una quiebra de la confianza depositada y de las expectativas del titular o firmante de aquél, puesto que la acción del agente vulnera dicha confianza y expectativas y aprovecha ilícitamente la situación. (**STS de 9 de abril [ECLI:ES:TS:2019:1210], FJ. Cuarto, inciso b**).

Aquí es determinante, pues, el puesto que ocupaba Diana Fernández, pues a ella se le confiaban las relaciones con la entidad bancaria y las operaciones que implicasen pagos y cobros. Es, por tanto, aplicable al supuesto el tipo cualificado de abuso de firma del apartado 2º del art. 250.1 CP.

Seguidamente, también sería aplicable el **art. 250.1.5ºCP**. Esta agravante fue anteriormente comentada (Apartado 1.a.ii). La aplicación del tipo agravado se debe a que, al menos en una ocasión, la cuantía de la defraudación superó los 50.000 euros.

En último lugar, debe tratarse, de nuevo, el **art. 250.1.6º CP**. Como ya hemos visto (Apartado 1.a.ii), este apartado recoge una agravación para los casos en los que la estafa se comete aprovechando las **relaciones personales** existentes entre la víctima y el defraudador, o aproveche su **credibilidad empresarial y profesional**. También se ha

comentado la necesidad de que el abuso de esta credibilidad constituya un desvalor adicional al abuso de confianza intrínseco al delito de estafa.

En este caso, el abuso de confianza sí constituye un **plus de gravedad** con respecto al propio de la estafa pues, según los antecedentes, la enorme confianza que tenía el administrador en su empleada (por haber desarrollado, desde los inicios de la empresa, otras funciones de gran relevancia) fue lo que **determinó** que se le dejase a cargo de actividades tan delicadas como son los pagos y los cobros de la sociedad y las relaciones con la entidad bancaria.

De hecho, el Tribunal Supremo considera que la conducta de “**pasar a firma**” del administrador los documentos constituye una prueba de la existencia de una situación de confianza de mayor entidad que la genérica de cualquier delito:

(El estafador) tenía la capacidad de llevar a cabo un acto que supone o integra la máxima confianza, como lo es la actividad denominada como "de pasar a la firma", acto que constituye absoluta confianza en quien presenta un documento a la firma, a sabiendas quien lo firma de la absoluta corrección del contenido de ese documento que lo firma sin dudar de la veracidad y corrección de su contenido y su no alteración, añadido o complemento de ningún tipo. (STS de 9 de abril [ECLI:ES:TS:2019:1210], FJ Cuarto, inciso b).

En definitiva, esta confianza, que surgió **antes de la comisión** del delito (en el sentido de que se originó con anterioridad al momento en que doña Diana ejecutó su plan defraudatorio), facilitó el engaño y la ejecución de la estafa e implicó la existencia de un verdadero aprovechamiento de la credibilidad profesional de la que gozaba la empleada, superior al quebrantamiento de confianza genérico de este delito, siendo aplicable esta circunstancia.

Así, la conducta de doña Diana es calificable como un delito de estafa agravada, del art. 248 CP en relación con el art. 250.1.2º, 5º y 6º.

iii. La continuidad delictiva

Por último, debe tratarse, de nuevo, la continuidad del delito de estafa. Esto fue previamente explicado y en este supuesto se tendría que seguir el mismo razonamiento.

Se dan los elementos que determinan la **continuidad delictiva** (varios actos u omisiones delictivas, dolo unitario, proximidad espacio-temporal, etc.); al tratarse de un delito patrimonial, se aplica el art. 74.2, es decir, la pena básica se calcula en atención al perjuicio total causado; por último, una de las conductas de estafa determina, **por sí sola**, la aplicación de la agravante del art. 250.1.5º CP por superar los 50.000 euros, por lo que es posible aplicar el art. 74.1 y el art. 250.1.5º sin caer en una doble valoración e infringir el principio *non bis in idem* (Apartado 1.a.iii).

c. Relaciones concursales entre estafa y falsedad documental

Sobre el concurso de los delitos de falsedad documental y estafa, este asunto ha sido tratado por la jurisprudencia estableciendo en varias ocasiones que, cuando concurre un delito de estafa con un delito de falsedad y este último recae sobre documentos **públicos, oficiales o mercantiles**, habrá un concurso de delitos,

entendiendo que, en este caso, el delito de estafa no abarca el desvalor de la falsedad documental (STS de 25 de marzo [ECLI:ES:TS:2014:1220], FJ Cuarto, inciso A).

Distinto sería si el documento fuese privado, en cuyo caso la falsedad queda absorbida por el delito de estafa, que también exige la “intención de perjudicar”; la falsedad forma parte del engaño (STS de 26 de noviembre [ECLI:ES:TS:2013:5711], FJ, Cuarto, inciso 2º).

En 2002, un **Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 8 de marzo**⁷ establecía, específicamente sobre los cheques, lo siguiente:

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 artículo 250.1 3, del CP y falsedad en documento mercantil del artículo 392 del mismo cuerpo legal.

Este Acuerdo se refiere a una **versión anterior** del Código Penal, que ya no está en vigor; es por ello que hace referencia al art. 250.1.3º, que ha sido **suprimido** en el nuevo Código.

La jurisprudencia posterior ha entendido que el Acuerdo debe *ser reinterpretado en el sentido de entender que, en estos casos, existirá un concurso de delitos entre la falsedad en documento mercantil del art. 392 CP y la estafa básica de los arts. 248 y 249 CP.* (STS de 19 de junio [ECLI:ES:TS:2013:3520], FJ Tercero, inciso 2º). De esta forma, es posible aplicar el delito de falsedad continuada en documento mercantil en **concurso medial** con el delito de estafa.

En conclusión, sobre la calificación de los hechos realizados por doña Diana Fernández, procede la calificación de los mismos como:

- Un delito continuado de estafa, agravado por las circunstancias del apartado 2º, 5º y 6º del art.250.1 CP;
- Un delito de falsedad en documento mercantil del art. 392 CP, también continuado, en relación de concurso medial con el anterior delito.

3. CALIFICACIÓN DEL CONCURSO DE LA SOCIEDAD XYZ SA

Es preciso tener en cuenta, en este punto, que la calificación concursal es plenamente autónoma de las eventuales calificaciones penales que puedan corresponder a los mismos hechos (art. 163.2 LC).

⁷ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS, de 8 de marzo 2002, sobre la falsificación de un cheque y la utilización posterior por su autor para cometer estafa, debe sancionarse como concurso de delitos [en línea, última consulta: 13 de marzo de 2020] Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-sobre-la-falsificacion-de-un-cheque-y-la-utilizacion-posterior-por-su-autor-para-cometer-estafa--debe-sancionarse-como-concurso-de-delitos>

a. Valoración de los hechos en orden a la calificación del concurso

De lo expuesto en el supuesto de hecho se puede concluir que la calificación del concurso será **culpable**. A continuación, se explicarán los puntos que permiten llegar a dicha solución.

i. La generación de la situación de concurso

En este apartado se entra a considerar la aplicación el art. 164.1 LC, que recoge la **cláusula general** de culpabilidad; el concurso será culpable cuando, en la conducta de generación o agravación de la insolvencia, hubiese mediado dolo o culpa grave del concursado.

La jurisprudencia considera que, si bien el apartado 2º del mismo artículo y el artículo siguiente recogen una serie de presunciones de culpabilidad, no son un listado *numerus clausus*, sino que el art. 164.1 permite tipificar como culpable aquel concurso que, sin cumplir con esas presunciones, sí concurren **otras circunstancias de dolo o culpa grave** que están directamente relacionadas con la insolvencia y que merecen que el concurso sea calificado como culpable (**STS de 10 de abril [ECLI:ES:TS:2015:1409], FJ Tercero**).

Esta cláusula permitiría (sin perjuicio de que el concurso pueda ser culpable por alguna de las presunciones de los art. 164.2 y 165) calificar el concurso de la sociedad XYZ SA como culpable, teniendo el juez que indagar la causa del concurso y valorar la conducta de su administrador único y socio mayoritario, don Beltrán.

Debemos tener en cuenta que, en materia concursal, estamos ante un **dolo civil**, que no abarca solo los supuestos en los que hay una intención de causar un perjuicio (como el dolo penal), sino también aquellos en los que el sujeto es consciente de que su comportamiento genera un daño y, de todas formas, no adopta las medidas necesarias para evitarlo (**SAP León de 15 de octubre [ECLI:ES:APLE:2008:1245], FJ Tercero**).

Respecto la conducta de don Beltrán, es preciso señalar que, según se establece en los hechos, a los inversores se les señalaba que los intereses serían satisfechos con el resultado de la inversión en **operaciones inmobiliarias**; sin embargo, don Beltrán sabía que la cifra de negocios de esta actividad era **muy inferior a los intereses** que se debían abonar y que no podría devolverlos sino captando más fondos; es decir, que cada vez que celebraba un contrato con estas condiciones, sabía que estaba generando una deuda futura que no se podría pagar con la actividad inmobiliaria.

Aún sabiendo que esto podría llevar a la sociedad a la quiebra, don Beltrán, en lugar de buscar otras formas de financiación, otros negocios, etc., que le permitiesen disponer de fondos para pagar los intereses y devolver el principal, **mantuvo esta sistemática** hasta que se produjo la insolvencia, una vez que dejó de recibir nuevas inversiones y, en consecuencia, no podía hacer frente a las reclamaciones de sus inversores.

Debe determinarse, también, si existe un **límite temporal** para enjuiciar las causas de insolvencia; es decir, si estas conductas pueden tenerse en cuenta en el procedimiento concursal si se han producido antes de los dos años que preceden al concurso.

Según ha sentado la jurisprudencia, no existe tal límite temporal, sino que los hechos que hayan generado la insolvencia se tendrán en cuenta aunque se originasen antes de los dos años previos al concurso (**STS de 27 de octubre [ECLI:ES:TS:2017:3796], FJ Cuadragésimo segundo**).

Entonces, podemos afirmar: que la **causa** de la insolvencia fue mantener la estructura piramidal, llevando a la sociedad a la imposibilidad de pagar a los acreedores; y que la **forma de actuar** del administrador fue consciente, perjudicial para los acreedores y, además, no adoptó medidas de buena fe que impidiesen la causación del daño, sino que la sociedad se condujo, como no podía ser de otra forma, a la insolvencia. Es decir, esta conducta es susceptible de encajar en un supuesto de generación dolosa de la insolvencia; de esta forma, sería posible calificar el concurso como culpable sin ni siquiera incurrir en ninguna presunción de culpabilidad.

ii. Las irregularidades en la contabilidad de la sociedad

El art. 164.2 LC tipifica una serie de conductas que atribuyen al concurso de acreedores la calificación de concurso culpable con independencia de que estas conductas hayan generado o agravado efectivamente la insolvencia y de que se realizasen o no con dolo o culpa grave.

Entre estas conductas, el apartado 1º del art. 164.2 LC establece que el concurso se calificará como culpable cuando el deudor incumpla la obligación de **llevaranza de la contabilidad**, lleve doble contabilidad o hubiera cometido una irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera en la contabilidad que llevara.

Atendiendo a lo expuesto en los hechos, el señor Beltrán Vázquez articuló, a lo largo de toda la vida de la sociedad, varios mecanismos que en contabilidad se suelen conocer como **maquillaje contable** o **contabilidad creativa** (Amat Salas, 2009)⁸.

Así, don Beltrán ocultó más de la mitad del **pasivo** en las cuentas anuales; igualmente, se difirió el **reconocimiento de gastos**, no computando las deudas en los ejercicios correspondientes, sino posponiéndolas; de este modo, aparentaba una situación financiera favorable que no se correspondía con la verdadera. También incrementó la cifra de negocios contabilizando ingresos por **operaciones ficticias**, que nunca se habían realizado, simulando un gran volumen de negocios.

Asimismo, se realizaron **ventas de inmovilizado** en los años 2016 y 2017, con la intención de mejorar las cuentas. Las partidas de activos y deudas, según sean clasificadas de una forma u otra (esto es, según el asiento en el que se encuadren), pueden significar una variación en el resultado final, tanto de mejora como de empeoramiento del mismo.

Por ejemplo, si esta venta de inmovilizado se contabiliza, en bruto, en la cuenta de **ingresos excepcionales** (aquellos beneficios no derivados de la actividad principal de la sociedad), se generaría una **ganancia** y el resultado de las cuentas mejoraría, dando una imagen de mayores beneficios; el resultado sería distinto, pudiendo generar una

⁸ Vid. AMAT SALAS, O., *Euforia y pánico, aprendiendo de las burbujas*, 3ª edición ampliada, Profit editorial, Barcelona, 2009, pp. 159-164.

ganancia o una pérdida, si se contabiliza correctamente (dando de baja el inmovilizado, descontando el deterioro, etc.)

Con todas estas manipulaciones contables, se alteró gravemente la imagen que se daba de la situación patrimonial y financiera de la sociedad, aquella que los clientes actuales y futuros percibían.

No se concreta en el supuesto en qué ejercicios se llevaron a cabo todas las alteraciones comentadas; sin embargo, en la ley **no se establece un límite temporal** por lo que, atendiendo a la jurisprudencia (a la que ya nos referimos), se podrán tener en cuenta las irregularidades aunque se refieran a ejercicios anteriores a los dos años que preceden el concurso.

Para que sea aplicable el apartado 1º del art. 164.2, es preciso que las irregularidades sean **relevantes**, esto es, que impidan realmente un conocimiento veraz de la situación financiera; por tanto, no basta con que el **criterio contable** empleado no sea correcto si, aun con esto, es posible entender la situación financiera del concursado.

Las irregularidades aquí tratadas no responden a criterios contables más o menos conservadores, sino que se han creado operaciones ficticias, omitido deudas pendientes, contabilizado partidas de forma incorrecta, etc. y esto no tiene nada que ver con el criterio que se haya empleado, son alteraciones deliberadas.

El Supremo considera que las conductas que pueden calificarse de irregularidad contable relevante pueden referirse a dos factores (**STS de 27 de octubre [ECLI:ES:TS:2017:3796], FJ Trigésimo primero**):

- Uno **cualitativo**, cuando impide conocer el estado patrimonial de la empresa correctamente.
- Uno **cuantitativo**, cuando la cantidad que supone esta irregularidad altera significativamente la imagen financiera que se proyecta al exterior.

Las alteraciones que Don Beltrán realizó en la contabilidad son irregularidades relevantes ya que, si bien no quedó constancia de que se realizasen para ocultar un estado de insolvencia, se llevaron a cabo para **inducir a error** sobre la situación de la sociedad, simulando que esta era próspera cuando la realidad es que se estaban generando enormes pérdidas, cosa que de cara al exterior los terceros no pudieron conocer.

Además, aunque no tenemos la cifra monetaria exacta, el desfaldo es de una **cuantía elevada**, teniendo en cuenta que se suprimieron gran cantidad de deudas en varios ejercicios contables, se contabilizaron ingresos que nunca se cobraron... La diferencia entre la situación patrimonial real y la que reflejaba la contabilidad debió ser relevante y grave.

La estimación de una circunstancia de este artículo ya determina la calificación del concurso culpable automáticamente, sin que sea necesario ningún motivo adicional, aunque seguiremos analizando las demás irregularidades que puedan determinar dicha calificación.

iii. La presentación de documentos alterados en la solicitud de concurso

En suma al apartado anterior, que también hace referencia a irregularidades contables, en este punto se analizará la aplicación del art. 164.2.2º LC. Este indica que el concurso siempre será culpable en caso de **inexactitud grave** en los documentos acompañados a la solicitud de concurso.

En este punto, no nos referiremos a la documentación de la que hablamos en el punto anterior, ya que los mismos documentos no pueden ser objeto de valoración por ambos preceptos (**STS de 3 de noviembre [ECLI:ES:TS:2016:4727], FJ Vigésimo cuarto, inciso 1º**).

Hablamos, pues, del **listado de acreedores** presentado con la solicitud de concurso necesario, que según los hechos omitía a más de la mitad de los acreedores y gran parte del pasivo. Sobre este documento, la jurisprudencia considera como inexactitud grave que refleje un importe radicalmente distinto al que se obtenga en el informe de la administración concursal, siempre que esto carezca, además, de justificación (p.ej. **SAP Barcelona de 5 de enero [ECLI:ES:APB:2015:5], FJ Tercero**).

Las omisiones en el listado de acreedores presentado por don Beltrán, además de ser relevantes, no se manifiesta que se debiesen al empleo de un criterio contable erróneo, sino que se da a entender que se realizaron deliberadamente. Si el informe de la administración corrobora estas alteraciones, estaríamos ante una inexactitud documental grave que, a tenor de lo dispuesto en el art. 164.2.2º LC, determina la culpabilidad del concurso.

iv. La salida de bienes del patrimonio de la sociedad

En el presente apartado se cuestiona la aplicación de los apartados 4º y 5º del art. 164.2 LC. El primero se aplica cuando el deudor se ha **alzado con sus bienes** en perjuicio de sus acreedores o ha realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier ejecución iniciada o de previsible iniciación. El segundo dispone que el concurso es culpable cuando, en los dos años anteriores al mismo, han **salido fraudulentamente** del patrimonio del deudor bienes o derechos.

Estas figuras generan, no en pocas ocasiones, confusión, dándose el hecho incluso de que, en los informes de los administradores concursales, se incluyen como causas de culpabilidad "*el alzamiento o la salida fraudulenta de bienes*", dejando este discernimiento en manos del juez.

El alzamiento comprende todo acto de disposición patrimonial *que no tenga una causa económico-jurídica existente, legítima y debidamente justificada* (**SAP Palma de Mallorca de 26 de marzo [ECLI:ES:APIB:2013:701], FJ Quinto**); mientras, los "actos debidos" serían los que entrarían en el ámbito de la acción rescisoria del art. 71 LC y en el de la presunción de salida fraudulenta de bienes del apartado 5º. La falta de una causa que justifique el desplazamiento determina la aplicación de la figura del alzamiento.

Respecto al supuesto que nos ocupa, la donación realizada por don Beltrán de una finca propiedad de la sociedad al hermano de su esposa (por la cual obviamente no

recibió ninguna contraprestación) y las ventas pactadas con su madre de dos coches, también de la sociedad (por las que se recibió un valor muy inferior al de mercado o ni siquiera se recibió contraprestación), constituyen conductas de alzamiento de bienes, pues en ambos supuestos los contratos **no tienen una causa lícita** (esto se analizará más adelante, Apartado 4).

De lo precedente, se deduce que la intención de don Beltrán con las anteriores operaciones no era, por ejemplo, obtener liquidez para pagar a sus acreedores, pues el importe que obtuvo con esas operaciones fue nulo o, en su caso, ínfimo en comparación al valor de lo que salió del patrimonio; tampoco realizó las operaciones como pago a sus acreedores, sino que se vendieron bienes, que eran de la sociedad, a familiares y allegados del administrador con los que no se manifiesta que tuviese deudas.

Es claro que estamos ante negocios jurídicos simulados, o que tienen una causa ilícita (Apartado 4), supuestos que según Sánchez Gargallo, son los que se pueden subsumir en la figura de alzamiento (**SJM Oviedo de 10 de noviembre [ECLI:ESJMO:2015:2614], FJ Segundo**), actos sin ninguna explicación económica, realizados antes de un inminente concurso, que definitivamente eran perjudiciales para los acreedores.

El **concepto civil de alzamiento** no exige, tampoco, intención de producir un perjuicio, sino que basta con que el señor Vázquez fuese consciente de que estos hechos perjudicaban a sus acreedores (**SAP Murcia de 30 de julio [ECLI:ES:APMU:2009:1304], FJ Quinto**); es decir, no es necesario que quisiese perjudicar a los acreedores, sino que supiese que su conducta los perjudicaría.

Por otro lado, respecto a la prestación de servicios realizada por la sociedad ABC SL en 2018, sobre la cual se dice que la cuantía pagada por los servicios fue excesiva (Antecedentes de hecho, párr. 4), existe la posibilidad de que se trate de una **salida fraudulenta de bienes**.

El pago de la prestación no es un acto clandestino, tiene una causa a pesar de que el importe satisfecho sea excesivo; debe tenerse en cuenta, asimismo, que es una **operación vinculada**, ya que la sociedad que suministra los servicios y la concursada guardan relación entre sí (don Beltrán es administrador en ambas), y es frecuente que este tipo de operaciones se paguen por encima de su valor a pesar de las repercusiones fiscales que eso pueda tener; visto así, podría ser una operación ordinaria de la actividad empresarial de la sociedad, que ni siquiera podría ser objeto de una acción de rescisión concursal, y simplemente el precio haber sido pactado así por las partes (que pueden tener intereses implícitos por su vinculación empresarial).

Sin embargo, otro razonamiento partiría de que la operación se produjo en 2018, dentro del **límite temporal** de dos años que exige la salida fraudulenta, y la sociedad llevaba años teniendo una **situación financiera** muy deteriorada que ocultaba mediante las irregularidades contables. Atendiendo a esto, es ilógico que en tales circunstancias pague una prestación por un precio mayor del que corresponde, y habiendo cuenta de la situación de la sociedad y de que ambas son empresas vinculadas, podría ser un intento de **traspasar capital** de la sociedad XYZ SA a la otra (sobre la cual don Beltrán también ostentaba el control al ser uno de sus administradores). De nuevo, no habría una intención deliberada de perjudicar a los futuros acreedores, pero sí **conocimiento** de que se estaba disminuyendo el patrimonio social y que esto afectaría a los acreedores.

Quizás (al igual que sucede al solicitarse la rescisión de actos de la misma naturaleza) deberíamos analizar hasta qué punto esta operación era puntual o se trataba de un acto ordinario, realizado en **condiciones normales**: es decir, si era habitual que se realizasen estas prestaciones y que las prestase esa misma sociedad, que se pagase ese precio excesivo por ellas, etc.) y valorar también la vinculación entre ambas sociedades y hasta qué punto, un año antes de la declaración del concurso, era posible que el administrador preparase la sociedad para la insolvencia.

En el supuesto se menciona solo la prestación realizada en 2018, por lo que es probable que se hiciese excepcionalmente; entonces, esta puede responder a la **previsión del administrador** de un futuro concurso (dándose, pues, el carácter fraudulento del art. 164.2.5º); o, si no se puede afirmar que responda a un intento de descapitalizar la sociedad antes del concurso, sí podría ser objeto de una **acción de rescisión** (art. 71.3.1º LC). La existencia de actos que supongan alzamiento o salida fraudulenta de bienes implica la calificación del concurso como culpable de forma automática.

v. La presentación de solicitud de concurso necesario

El art. 165 LC enumera una serie de presunciones de culpabilidad que admiten prueba al contrario, entre las que se encuentra el **incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso**. Según la legislación concursal, el deudor debe solicitar la declaración de concurso en el plazo de **dos meses** desde que se genera la insolvencia (recordando que por insolvencia entendemos la imposibilidad de cumplir regularmente con sus obligaciones); este plazo podrá ampliarse por cuatro meses, hasta un total de seis meses, cuando el deudor comunique al juzgado que está manteniendo negociaciones para llegar a un acuerdo de refinanciación (art. 5 y 5 bis LC).

Respecto al concurso de la sociedad XYZ SA, según dispone el supuesto de hecho, en **marzo de 2019** ya se experimentó la imposibilidad de cumplir con el pago de intereses (Antecedentes de hecho, párr. 11); desde este momento, el administrador único tendría que haber solicitado la declaración de concurso en un plazo de dos meses desde marzo; sin embargo, no fue este su proceder. En mayo de 2019, pasado el plazo de declaración de concurso voluntario, varios acreedores procedieron a solicitar la declaración de concurso necesario.

Las circunstancias del art. 165 determinan la calificación del concurso como culpable; no obstante, son **presunciones iuris tantum**, de forma que el deudor podría probar que están justificadas y, así, no afectarían a la calificación del concurso.

b. Consecuencias de la calificación, responsabilidad

Tras la calificación del concurso como culpable, debe determinarse quiénes son las personas afectadas por la misma, es decir, quienes asumirán la responsabilidad civil derivada del concurso. Según se desprende del art. 172 LC, si el concursado es una persona jurídica, los afectados por la calificación son los administradores o liquidadores de hecho y de derecho, y los apoderados generales.

En la sociedad XYZ SA no se suscitan dudas, la responsabilidad derivada del concurso recae sobre una única persona (en concepto de autor): **el administrador**

único, don Beltrán; ello es así porque es la única persona que se encargó de la administración durante los dos años previos al concurso, y tampoco se menciona en el supuesto la concurrencia de liquidadores (que, en su caso, también podría plantearse que estos fuesen también afectados por la calificación).

El art. 172 LC recoge las **consecuencias** que tiene la culpabilidad del concurso para los denominados autores. Estas son:

- La inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período.
- La pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa.
- La condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa.
- Indemnizar los daños y perjuicios causados.

Además, el art. 172 bis LC prevé que, si la sección de calificación se ha formado o reabierto después de iniciarse la fase de liquidación, el juez podrá condenar a los administradores, los liquidadores (de hecho o de derecho), los apoderados generales y a quienes tuviesen alguna de estas condiciones en los dos años previos al concurso al **pago del déficit concursal**, esto es, el importe que no hubiera podido satisfacerse con la masa activa del concurso.

Es decir, Beltrán Vázquez, si finalmente se procede a realizar la liquidación, podrá ser condenado al pago del déficit concursal, siempre que la masa activa no sea suficiente para pagar a los acreedores concursales.

Con todo, como dispone el art. 172 bis, la aplicación de este artículo es **discrecional**, el juez será el que decida si condena o no al déficit concursal y si condena al total o a parte del déficit, teniendo en cuenta, además, que solo podrá condenarle a la responsabilidad concursal si su conducta ha generado o agravado la insolvencia, además de motivar la calificación del concurso como culpable.

Cabría determinar, seguidamente, si existen otras personas sobre las que pueda recaer esta responsabilidad en concepto de **cómplices**. Es el caso de las personas que han colaborado en el alzamiento y la salida fraudulenta de bienes sociales: la madre de don Beltrán, el hermano de su esposa y la sociedad ABC SL. Para que se entienda que existe complicidad, la jurisprudencia exige:

Que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, en la realización de los actos que fundamentan la calificación del concurso como culpable; y que concurra dolo o culpa grave. (**STS de 27 de enero [ECLI:ES:TS:2016:89], FJ Segundo**).

La relevancia de la cooperación, así como la concurrencia de dolo o culpa grave, deben ser **probadas**. Así, en algunas sentencias se presume el dolo por la existencia de una relación de parentesco entre los cómplices y los afectados por el concurso; en otras se tiene en cuenta la obtención de un beneficio con el traspaso de activos (así, **STS de 27 de enero [ECLI:ES:TS:2016:89], FJ Segundo**).

En el caso de la sociedad XYZ SA, para probar la existencia de dolo (entendido como un concepto amplio, de dolo civil), podemos alegar la existencia de **relaciones de parentesco** (o al menos cierta relación familiar en el caso del hermano de la mujer de don Beltrán, ya que se trata de familia política) y también de **vinculación empresarial** (en el caso de ABC SL); y también la obtención de un **beneficio** con estos negocios jurídicos: dos vehículos por un escaso precio, una finca a título gratuito, y el sobrepago de una prestación que permitió la descapitalización de la sociedad concursada pero conservando su administrador el control de ese capital (a través de la sociedad vinculada).

Si consideramos suficientemente probados estos extremos, los partícipes en estos actos soportarían las consecuencias que dispone el art. 172.2.3º LC:

- La pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa.
- La restitución a la masa activa de lo que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del patrimonio del deudor o recibiesen de la masa activa.
- La indemnización por los daños y perjuicios causados, pero siempre en la medida en que hubiesen contribuido en la generación o la agravación de la situación de concurso, y no pudiendo ser condenados, además, al déficit concursal (**STS de 6 de marzo [ECLI:ES:TS:2019:711], FJ Noveno**).

4. LA EFICACIA DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE LOS VEHÍCULOS Y DE LA DONACION DE LA FINCA

Este apartado se subdividirá, pues tratamos varios contratos de distintas características.

a. Los contratos de compraventa de vehículos

Estos son los celebrados por Don Beltrán en nombre de la sociedad XYZ SA, en los cuales pactó con la compradora, que era su madre, la venta de un vehículo Mercedes-Benz Clase A por un precio de 13.000 euros, y la venta de un vehículo Audi A6 por un precio de 5.000 euros. Ambos vehículos formaban parte del patrimonio de la sociedad. Respecto al vehículo Mercedes, nunca se llegó a pagar el precio del mismo, que sí se abonó en el caso del vehículo Audi. Estas compraventas son calificables como **negocios simulados**.

Varias sentencias que tratan la simulación señalan la dificultad de probar la existencia de una compraventa simulada, dado que las partes pretenderán, obviamente, ocultar esta condición; sin embargo, la prueba de la simulación es completamente válida si se pueden señalar una serie de factores que, si bien por sí solos no son concluyentes, entendidos de forma conjunta nos permiten presumir que existe una verdadera simulación de la compraventa (en este sentido, **STS de 14 de noviembre [ECLI:ES:TS:2008:7242], FJ Cuarto**). Así, en varias sentencias se han considerado factores determinantes:

La relación de parentesco próximo entre los intervinientes en la operación;
precio irrisorio; carencia de prueba de pago del precio; falta de capacidad

económica del adquirente, etc. (STS de 11 de febrero [ECLI:ES:TS:2005:815], FJ Tercero).

Se habla también de la *causa simulandi*, es decir, el fin que persiguen las partes, como uno de los elementos para determinar la existencia de la simulación (Picó Junoy, 2017⁹).

Así pues, respecto al Mercedes, se manifiesta la **inexistencia de pago** del precio, y no se recoge en los antecedentes que Don Beltrán, como representante de la sociedad, ejercitase la acción de resolución del contrato (art. 1505 CC) ni la de cumplimiento forzoso, como **respuesta al incumplimiento** contractual del comprador, lo que constituye también un indicio de simulación contractual (Picó Junoy, 2017¹⁰).

Además, con respecto a ambos vehículos, es sabido que el precio pactado era inferior al valor de mercado de estos, por lo que estaríamos ante un **precio simulado**; la sociedad estaba, asimismo, en una **situación financiera** peliaguda, la compradora es la madre del administrador de la sociedad (es decir, media una relación de **parentesco**) y los hechos mencionan que ella conocía esta situación, de modo que podía no compartir las mismas motivaciones que el administrador, pero sí las conocía.

Es razonable, teniendo en cuenta todas estas circunstancias, calificar estos contratos de compraventa como simulados, carentes de la causa propia de los contratos de compraventa.

La jurisprudencia considera que el supuesto de *falta real de precio de la compraventa* es un supuesto de **simulación absoluta**, por haber una ausencia total de causa; este sería el caso del vehículo por el que no se pagó contraprestación, aunque no el caso del Audi A6, respecto al cual es todavía más importante alegar el resto de presunciones para probar la falta de causa. Si bien es cierto que las partes, al contratar, tenían una intención (la *causa simulandi*), este es un elemento subjetivo ajeno totalmente a la causa del contrato, que es un elemento objetivo (STS de 14 de noviembre [ECLI:ES:TS:2008:7242], FJ Quinto).

La inexistencia de una causa conlleva la nulidad del contrato, como se desprende de los art. 1261 y 1275 CC; asimismo, deberá restituirse la situación anterior al contrato, debiendo regresar los vehículos al patrimonio de la sociedad y el precio que haya sido satisfecho al comprador, según establece el art. 1303 CC (STS de 14 de noviembre [ECLI:ES:TS:2008:7242], FJ Quinto).

b. La donación de la finca

Don Beltrán, en nombre y representación de la sociedad XYZ SA, donó al hermano de su mujer la finca El Castaño, la cual era, al igual que los vehículos anteriormente citados, propiedad de la sociedad. Se trata de una liberalidad, la sociedad no obtuvo ganancia alguna de este negocio.

En este caso se puede apreciar que la donación tiene una **causa ilícita**, y en los casos en los que la causa concreta del contrato (es decir, el motivo real del mismo) es

⁹ PICÓ JUNOY, J., «Los indicios en la prueba de la simulación contractual» [en línea]. *Indret*, (2017), [última consulta: 3 abril 2020]. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1328.pdf>, p. 12.

¹⁰ PICÓ JUNOY, J., *ibid.*, p. 17.

conscientemente un fin ilícito para el ordenamiento, el contrato debe ser nulo (Francisco J. Infante y Francisco Oliva, 2009¹¹); en este supuesto, se puede probar que el fin que motiva la donación es el de dañar las posibilidades de cobro de los futuros acreedores en el inminente procedimiento concursal.

Existe, pues, una **intención fraudulenta** que puede probarse mediante las mismas circunstancias que rodean las compraventas simuladas: la relación familiar entre el donatario y el representante del donante (el administrador), la mala situación económica que tenía la persona jurídica donante y, por consiguiente, la falta de sentido económico de una operación a título gratuito en ese contexto (ya que solo se agrava la insolvencia de la sociedad).

Todo lo anterior sirve como fundamento para presumir que la donación es nula, dado que su causa real (reducir el patrimonio social) es contraria a las leyes y al orden público.

Es preciso mencionar también que, para apreciar la existencia de una causa ilícita, es necesario que los motivos sean **comunes** a ambas partes, esto es, conocidos por ambas partes aunque no necesariamente compartidos (Francisco J. Infante y Francisco Oliva, 2009)¹², como también se exige en los supuestos de simulación contractual. Si bien es cierto que no es factible extraer del supuesto de hecho que el hermano de la esposa de don Beltrán comparta el interés de defraudar a los futuros acreedores de su cuñado, sí puede afirmarse que conocía esta circunstancia, pues celebró el contrato a sabiendas de la situación que atravesaba la sociedad XYZ SA, que en aquel momento ya no podía cumplir regularmente con sus obligaciones.

Así, según se desprende del art. 1275 CC, la ilicitud de la causa determina la nulidad del contrato, y la restitución seguiría las reglas del **art. 1306 CC**. El art. 1306 excluye la posibilidad de las partes de reclamarse las prestaciones cuando el contrato es nulo por causa ilícita, si bien es cierto que la doctrina ha buscado siempre interpretar este artículo de forma que permita la restitución; igualmente, la jurisprudencia tampoco se decanta por una sola línea doctrinal, aplicando en algunos casos el art. 1303 y, en otros, el art. 1306 CC (Francisco J. Infante y Francisco Oliva, 2009¹³).

c. La posibilidad de revocar estos actos mediante acciones civiles

En principio, si los contratos de compraventa y la donación se consideran contratos nulos, estos son **nulos *ipso iure***, no es necesario que medie una declaración judicial de nulidad ni que sean impugnados; no obstante, es conveniente para las partes o para los terceros afectados por estos contratos, ya que de entrada los contratos se celebran con una “apariencia de validez”, de forma que sería preciso ejercitar una **acción de nulidad**.

Concretamente, respecto a los contratos de compraventa y la donación tratados, existen claramente terceros afectados a los que les interesaría un pronunciamiento judicial: los acreedores sociales.

¹¹ INFANTE, F.J. y OLIVA, F., «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo» [en línea] *InDret*, (2009), [última consulta: 24 abril 2020]. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/653_es.pdf, p. 21.

¹² INFANTE, F.J. y OLIVA, F., *ibid.*, p. 22.

¹³ INFANTE, F.J. y OLIVA, F., *ibid.*, p. 27-28.

Sin embargo, hay que recordar que estamos ante un supuesto de concurso de acreedores y ello implica que la legitimación para el ejercicio de acciones rescisorias y demás de impugnación corresponde al **administrador concursal**, estando los acreedores legitimados para pedir la revocación de estos actos jurídicos solo con carácter subsidiario (art. 72.1 LC). Asimismo, por encontrarnos en el marco de un procedimiento concursal, conoce estas acciones el juez del concurso, y se tramitarán por un incidente concursal (art. 72.4 LC). Respecto al plazo, la acción de nulidad es imprescriptible.

Otra posibilidad que asiste a los acreedores es el ejercicio de la **acción rescisoria por fraude de acreedores**, prevista en el art. 1291.3 CC. Mediante esta acción, de nuevo el administrador concursal podría pedir la revocación de los contratos de compraventa y la donación, basando esta pretensión en la producción de un daño a los acreedores causado deliberadamente por el deudor (su representante en este caso). El plazo para ejercitar esta acción es de 4 años desde que la Administración concursal tuvo conocimiento de este perjuicio o desde que pudo conocerlo.

Para el ejercicio de esta acción se precisa la existencia de un **acto** o un negocio jurídico, la producción de un **perjuicio** (que se concreta en una menor posibilidad de cobro de los acreedores) y una **intención fraudulenta** del deudor (que no exige el ánimo de perjudicar, sino simplemente saber que se está generando este perjuicio a los acreedores). Así, el administrador concursal podría alegar que Don Beltrán, en el contexto en el que se encontraba la sociedad, decidió enajenar varios bienes sociales sabiendo que esto perjudicaría las posibilidades de cobro de los acreedores.

No obstante, hay que tener presente que la acción rescisoria se emplea para dejar sin efecto actos o negocios jurídicos que son plenamente **válidos y eficaces**, pero no cabe pedir la rescisión de los contratos y la donación si estos son negocios nulos (estos contratos no existen y no pueden ser rescindidos). Así lo establece la jurisprudencia (**SAP Madrid de 7 de marzo [ECLI:ES:APM:2014:4038], FJ Quinto**), de modo que, si como hemos dicho los contratos son nulos, no se podrá ejercitar esta acción.

Teniendo esto en cuenta, lo que sí podría hacer el administrador concursal, y además es lo más frecuente, es el ejercicio de **acciones acumuladas**: así, ejercitaría como acción principal la acción de nulidad, por simulación de las compraventas y por causa ilícita en la donación y, con carácter subsidiario, pediría la rescisión del contrato por fraude de acreedores, alegando la intención fraudulenta del administrador al realizar estos actos.

Además, es perfectamente válido esgrimir como fundamento de ambas acciones el fraude de acreedores; así lo ha manifestado el Supremo:

El fraude de acreedores no limita su virtualidad a servir de fundamento de la acción rescisoria, cuando se trata de un negocio efectivamente celebrado pero con la finalidad de defraudar a los acreedores de alguno de los contratantes, o a fundar la acción de nulidad por simulación contractual, cuando solo hay una apariencia de negocio jurídico destinada a defraudar a los acreedores. También puede fundamentar la acción de nulidad por causa ilícita. (**STS de 3 de noviembre [ECLI:ES:TS:2015:4471], FJ Noveno, inciso 1º**).

d. La posibilidad de revocar estos actos mediante la acción rescisoria concursal

Específicamente en el procedimiento concursal, se prevé la llamada **acción rescisoria concursal** (art. 71 LC). Esta permite revocar actos o negocios realizados por la persona concursada cuando estos han provocado la disminución de la masa activa.

En principio, el art. 71.6 LC establece la **compatibilidad** entre el ejercicio de esta acción y el ejercicio de las acciones de impugnación civiles, como las que vimos en el apartado anterior. Existe una diferencia entre esta acción y las mencionadas anteriormente: la acción rescisoria concursal **no** precisa que el deudor actuase con **intención fraudulenta**, basta con que el perjuicio producido a la masa activa sea efectivo. Asimismo, el artículo que regula esta acción contiene una serie de actos que se presumen perjudiciales en todo caso, y otros que se presumen perjudiciales salvo prueba en contrario (art. 71.2 y 3 LC), que son rescindibles aun sin haber intención de defraudar a los acreedores.

El ejercicio de la misma corresponde, como en el caso de las acciones civiles, a la administración concursal y, subsidiariamente, a los acreedores, e igualmente se tramita mediante un incidente concursal. Sí hallamos otra diferencia relevante en cuestión de plazos: solo pueden rescindirse los actos del deudor concursado mediante este mecanismo cuando fuesen realizados dentro de los **dos años anteriores** a la declaración de concurso.

Al igual que la rescisión por fraude de acreedores, la acción rescisoria concursal solo permite revocar actos que son **válidos y eficaces** (**SAP Barcelona de 8 de enero [ECLI:ES:APB:2009:1810], FJ Cuarto**). Si seguimos en la línea anterior, entendiendo que las compraventas y la donación son nulas, no cabría ejercitar esta acción para revocarlos.

Por otro lado, al igual que con la acción de rescisión por fraude, y atendiendo también a la compatibilidad de la acción rescisoria y las demás acciones de impugnación, es posible actuar de igual forma que en el caso anterior: se ejercitarían acumuladamente la acción de nulidad y la acción rescisoria concursal (ejemplo de esto, **SJM Málaga de 20 de noviembre [ECLI:ES:JMMA:2006:144]**).

Tenemos pues, **dos opciones**: acumular la acción de nulidad y la acción de rescisión por fraude de acreedores, o acumular la acción de nulidad y la acción rescisoria concursal. Aunque ambas son posibles, desde el punto de vista de los afectados por la eficacia de estos contratos, es preferible la segunda opción.

Suponiendo que no se apreciese la nulidad de los contratos, la acción rescisoria concursal solo exige probar la existencia de los **actos** jurídicos, realizados por el concursado, y el **perjuicio** para los acreedores (que no suscita dudas, ya que la disminución patrimonial es evidente); no obstante, no requiere la existencia de un elemento intencional, cosa que sí exige la acción de rescisión por fraude, por lo que es más sencillo obtener la rescisión de los contratos mediante esta acción, que exige un menor trabajo probatorio. Además, contamos con las **presunciones** de existencia de un perjuicio patrimonial, que podemos aplicar en este caso:

- Así, en el caso de la **donación**, esta se rescinde inmediatamente si empleamos la acción rescisoria concursal, pues el perjuicio se presume *iuris et de iure* (art.71.2 LC)

- En el caso de las **compraventas**, estas podrían rescindirse también automáticamente atendiendo al art. 71.3.1º LC y al art. 93.2.1º LC. El primero de estos artículos presume perjudiciales, salvo prueba en contrario, los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de las **personas especialmente relacionadas** con el concursado, siempre que no sean actos ordinarios; a estos efectos, el art. 93 considera especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica a las personas especialmente relacionadas con los **socios** (cuando estos son personas naturales). Es aplicable al caso, pues Don Beltrán es socio mayoritario de la concursada y la compradora es la madre de este.

Asimismo, deben tenerse en cuenta los **plazos**: la acción rescisoria concursal solo puede ejercitarse cuando se trate de actos realizados en los **dos años anteriores** a la declaración del concurso; mientras, la acción de rescisión por fraude tiene un plazo de **cuatro años** desde que el administrador concursal conozca los actos.

Tanto las compraventas como la donación se realizaron un mes antes de la solicitud de concurso por lo que es de suponer que, en principio, no suscitará esto un problema para la acción rescisoria; de todas formas, es algo a tener en cuenta (si no entrasen estos negocios dentro del periodo de los dos años, la acción de rescisión por fraude podría ejercitarse dentro de los cuatro años siguientes al momento en que el administrador tenga conocimiento de los mismos).

e. Análisis de la eficacia de los contratos celebrados por Don Beltrán en relación a bienes personales

Al hilo del análisis realizado sobre la eficacia jurídica de los anteriores contratos, es de recibo mencionar también la compraventa de la casa familiar y la donación de la finca El Roble, propiedad de Don Beltrán (Antecedentes de hecho, párr. 9 y 10)

Respecto a la compraventa de la casa, nos encontramos aquí ante otro contrato de compraventa **simulada**: existe una relación de **parentesco** próxima entre las partes (son hermanos); la compradora conocía la **situación** en la que se encontraba la sociedad, de modo que la *causa simulandi*, si no era compartida, era por lo menos conocida; tenemos también un **precio** que no se corresponde con la realidad del objeto de la compraventa (pues en el supuesto se afirma que el precio era notoriamente inferior al de mercado), y la misma **motivación subjetiva** que se apreciaba en los contratos de compraventa de los vehículos: Don Beltrán prevé futuros problemas financieros y vende la casa familiar para proteger este bien de las reclamaciones de los acreedores.

Asimismo, concurre otro indicio de simulación no mencionado anteriormente, que es la **falta de traditio o uso**, pues en los antecedentes de hecho se recoge que, tras la realización de la venta, Don Beltrán, su mujer y sus hijos continuaron viviendo en la casa y sufragando los gastos e impuestos de esta, lo que lleva a pensar que a la hermana de Don Beltrán no tenía ningún interés en la casa familiar (Picó Junoy, 2017¹⁴).

Todas estas presunciones, tomadas en cuenta de forma conjunta, llevan a considerar que estamos ante un caso de simulación absoluta de una compraventa, lo que conlleva la nulidad del contrato y la restitución de la situación anterior.

¹⁴ PICÓ JUNOY, J., op. cit., p. 14.

Paralelamente, está la donación de la finca El Roble. La solución se presenta de la misma manera que con la donación de la otra finca: aunque existe efectivamente este negocio jurídico, la causa que lo fundamenta **no es lícita** (la voluntad de perjudicar a los futuros acreedores).

Los motivos que aducimos para justificar la *causa simulandi* de la compraventa de la casa familiar se pueden tomar en cuenta aquí también, ya que la donación se realizó en el mismo lapso de tiempo, influida por las mismas circunstancias. En lo que respecta a la intención común, en este caso estamos ante un donatario que es menor de edad, y cuya representación es ejercida por sus padres, siendo uno de ellos el donante; es indudable, entonces, que la intención fraudulenta ha sido compartida por el donante y por los representantes del donatario que deben aceptar la donación.

Por tanto, la donación sería nula por existencia de una **causa ilícita**, lo que implica atender al art. 1306 CC, siendo variadas las posibilidades en relación a la restitución.

5. EL EFECTO DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES RESPECTO DE RECLAMACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

Don Beltrán y su esposa otorgaron capitulaciones matrimoniales el 31 de octubre de 2018, siendo inscritas en el Registro Civil el 30 de noviembre; así, pasaron a regirse por el régimen de separación de bienes. El 18 de febrero de 2019 se liquidó el régimen de sociedad de gananciales.

Don Beltrán es también administrador de la sociedad ABC SL. Posteriormente a la liquidación del régimen de gananciales, la Administración Tributaria reclama a la sociedad ABC SL el pago de una serie de cantidades, correspondientes al Impuesto de Sociedades de los años 2015 y 2016 y retenciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los mismos años.

Se plantea, pues, la posibilidad de que la Administración Tributaria reclame estas deudas tributarias a don Beltrán, como responsable subsidiario. Si esto sucediese, es preciso saber si las capitulaciones otorgadas en 2018 son oponibles frente la Hacienda Pública o, en sentido contrario, deben responder todos los bienes de la antigua sociedad de gananciales, incluso los que han sido atribuidos a la esposa del señor Vázquez.

a. La responsabilidad tributaria

Antes de proceder a la cuestión de fondo, conviene señalar una serie de apuntes. El art. 43 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria* (en adelante, LGT) establece quiénes son los responsables subsidiarios. Los **responsables subsidiarios** solo responden de las deudas tributarias cuando hay una previa reclamación de estas al obligado principal (al sujeto pasivo del impuesto) y ni este ni los eventuales responsables solidarios cumplieren con esta obligación.

De los responsables subsidiarios regulados en el art. 43, nos interesa la mención a los **administradores**, de hecho o de derecho, que hayan cesado o que continúen siendo administradores de la persona jurídica, siempre y cuando *no hubiesen realizado los*

actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones (apartado 1.a), art. 43 LGT)

Quiere decir esto que, si don Beltrán es responsable subsidiario (cosa que no se discute, lo que se discute es la “ganancialidad” de las deudas tributarias), debe serlo en virtud de este artículo, o en su caso en virtud del apartado siguiente, si ya ha cesado en la administración.

Respecto a los tributos reclamados, los bienes gananciales del obligado tributario estarán **afectos al cumplimiento** de esta obligación. Así se desprende del art. 106 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* (en adelante, LIRPF), que manifiesta que los bienes gananciales están afectos, con respecto al IRPF, la misma responsabilidad que establece el art. 1365 CC. El apartado 2º del artículo antes citado debe relacionarse con los art. 6 y ss del CCom, según los cuales los bienes comunes de los cónyuges responden de las deudas del cónyuge empresario, salvo oposición expresa.

Es decir, los bienes gananciales están sujetos a las deudas que surjan a raíz de la actividad empresarial (en este caso, de administración de una SL) de uno de los cónyuges; igualmente, también responden frente a las deudas tributarias contraídas por ese cónyuge con motivo de su actividad; de ahí la necesidad de determinar si son oponibles las capitulaciones.

b. La ganancialidad de las deudas tributarias

Es esencial delimitar el momento en el que surge la obligación tributaria para el responsable subsidiario, ya que si la obligación aparece posteriormente a la disolución de la sociedad de gananciales, los bienes no responderían de las deudas tributarias; en cambio, si surge antes de la liquidación, esto determinaría la sujeción de estos bienes al pago de las reclamaciones tributarias.

Pues bien, la obligación tributaria surge en el momento en el que se devenga el impuesto (o lo que es lo mismo, cuando surge la obligación de pagarlo), y esto tanto para el obligado principal como para el responsable subsidiario (**SAP León de 16 de noviembre [ECLI:ES:APLE:2011:1290], FJ Cuarto**).

En el caso de don Beltrán, que es administrador, cuando la infracción tributaria y la omisión de los actos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la sociedad se hubiesen producido **antes** de otorgar las capitulaciones matrimoniales, entonces los bienes de la sociedad de gananciales extinta estarían igualmente sujetos a las reclamaciones de la Hacienda Pública.

Es decir, debe verificarse **el presupuesto habilitante de la responsabilidad** que se prevé en las leyes tributarias (Fabar Carnero, 2018)¹⁵; en este caso, en el art. 43.1.a LGT, que establece como presupuesto habilitante para exigir responsabilidad tributaria al administrador el hecho de que este no llevase a cabo los actos necesarios que debiese

¹⁵ FABAR CARNERO, A., «La responsabilidad directa con los bienes gananciales por las deudas de naturaleza extracontractual individualmente contraídas», [en línea], *Revista de Derecho UNED*, Núm. 22 (2018), [última consulta: 20 abril de 2020], p. 334-335.

realizar para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, o hubiese consentido el incumplimiento o adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones.

Si esto sucede antes de la disolución de la sociedad de gananciales, los bienes que antes formasen parte de la misma responderán de las obligaciones tributarias. En estos supuestos, es importante asimismo que se resalte la diferencia entre el momento en el que nace la obligación y el momento en el que es exigible, entre **existencia** y **exigibilidad** de la obligación tributaria.

Esto ha sido tratado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional: por imperativo de la ley, para exigir las deudas tributarias al responsable subsidiario, la Administración Tributaria debe dictar un acto de declaración de responsabilidad, que le será notificado al responsable subsidiario (art. 176 LGT); antes de que se dicte el acto de declaración de responsabilidad, las deudas tributarias no son reclamables al responsable subsidiario: no hay exigibilidad (**SAN de 3 de julio [ECLI:ES:AN:2003:876], FJ Tercero**).

Este acto administrativo por el que se deriva la responsabilidad tributaria al responsable subsidiario no es constitutivo de la obligación tributaria, sino tan solo **declarativo** de la existencia de la deuda y constitutivo de su exigibilidad para el responsable subsidiario; **la deuda tributaria existe** desde antes del acto de derivación de responsabilidad, aunque esta no es exigible hasta el momento en que se dicta el mismo; así, dice la Audiencia Nacional:

La declaración de falencia del deudor principal y, en su caso, de los responsables solidarios, y la derivación de la acción administrativa se configuran como una "*condictio iuris*" para la exigibilidad de la deuda, pero la obligación "*ex lege*" del responsable surge con la realización del presupuesto de hecho establecido por la Ley. (**SAN de 3 de julio [ECLI:ES:AN:2003:876], FJ Tercero**).

Entonces, queda sentada la ganancialidad de las deudas tributarias contraídas por uno de los cónyuges cuando se cumple con el requisito previsto en la ley para ser obligado tributario y este requisito se da con anterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales.

La jurisprudencia alude también al Código Civil, el cual dispone que las capitulaciones se pueden otorgar en cualquier momento pero con una excepción, prevista en el art. 1317 CC: la modificación del régimen económico matrimonial no puede perjudicar los derechos ya **adquiridos por terceros**; asimismo, el art. 1401 CC dispone que, mientras subsistan estas deudas, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor y el cónyuge no deudor debe responder igualmente con los bienes que le hubieran sido adjudicados en la liquidación de la sociedad (**STS de 19 de febrero [ECLI:ES:TS:2014:638], FJ Primero, inciso 2º**).

En el caso de la sociedad ABC SL, ya que se da por hecho que don Beltrán es responsable subsidiario, cumple el presupuesto habilitante del art. 43.1.a LGT; las reclamaciones son de tributos de los años **2015** y **2016**, es decir, las infracciones de don Beltrán debieron cometerse en esos mismos años. Por otro lado, las capitulaciones fueron otorgadas años después, en **2018**, lo que quiere decir que son posteriores a la existencia de la obligación tributaria.

Estaríamos así ante un caso de **inoponibilidad de las capitulaciones**, que deben responder de las deudas tributarias: la modificación del régimen matrimonial no afecta a

las deudas adquiridas por el cónyuge que ejerce una actividad mercantil mientras existe la sociedad de gananciales, pudiendo los acreedores (en este caso, la Hacienda Pública) reclamar los bienes gananciales para el pago de sus deudas, incluidos los que ya hubieran sido entregados como privativos al cónyuge no empresario.

CONCLUSIONES FINALES DEL TRABAJO

En este punto se procederá a resumir las conclusiones últimas de cada uno de los puntos que se han analizado. Primeramente, **don Beltrán** es responsable:

- De un delito continuado de estafa, según las reglas del art. 74 CP, en su modalidad agravada por razón de la cuantía, prevista en el art. 250.1.5°.
- De un delito continuado de falsedad en documentos societarios, atendiendo al art. 74 y 290.1 CP, en concurso medial con el delito de estafa.
- De un delito de insolvencia punible, del art. 259 CP.

En relación al delito de estafa, estamos ante una modalidad denominada «**estafa piramidal**»: el negocio se puede mantener porque el estafador devuelve, con el dinero de los nuevos inversores, las inversiones de los anteriores, perviviendo la estructura siempre que se mantenga la captación de clientes. Los hechos son, además, constitutivos de una **modalidad agravada** de estafa por razón de la cuantía, pues varios de los préstamos superaban la cantidad de 50.000 euros. Sobre la estafa, por último, procede aplicar las reglas del delito continuado, del art. 74.1 y 2 CP.

Sobre el delito de **falsedad en documentos societarios**, las conductas de falsear las cuentas anuales y otros documentos que reflejan la situación de la sociedad se cometen en varias ocasiones para dar una imagen de prosperidad a los inversores que, realmente, no se correspondía con la situación económica de la sociedad. Hay **continuidad delictiva** y concurre, además, en **concurso medial** con el delito de estafa, ya que sirvió como medio para continuar con la defraudación. Esta es la solución que se da atendiendo a la jurisprudencia, si bien es cierto que la doctrina habría aplicado el principio de alternatividad, evitando el concurso de delitos.

En relación con el delito de insolvencia punible, únicamente se persigue esta figura en atención al **principio de unidad delictiva** de insolvencias punibles, a pesar de que hay conductas de vaciamiento patrimonial que no se refieren a bienes que forman parte de la masa concursal, sino que son bienes del administrador.

Sobre la compatibilidad del delito de insolvencia y el delito de estafa, no se aprecia el concurso de leyes, por entender que, en este caso, la estafa no abarcaría completamente el desvalor de todas las personas que estarían afectadas por el delito de insolvencia punible. Por eso, se persiguen ambos delitos en **concurso real**.

En relación con la conducta de insolvencia punible de la que es responsable don Beltrán, también habría que señalar que las personas que le han auxiliado en esta conducta son responsables como **cooperadores necesarios** o **cómplices**. Se enfrentaría a esta responsabilidad la madre de don Beltrán, su hermana, su esposa y el hermano de su esposa, teniendo en cuenta que en algunos casos podría aplicarse la cláusula de exención de responsabilidad del art. 268 CP.

En segundo lugar, sobre los hechos penalmente relevantes cometidos por la empleada de la sociedad, **Diana Fernández** es responsable:

- De un delito continuado de estafa, según lo establecido en el art. 74 CP, agravado por las circunstancias del apartado 2º, 5º y 6º del art.250.1 CP;
- De un delito de falsedad en documento mercantil del art. 392 CP, también continuado atendiendo al art. 74 CP, en relación de concurso medial con el delito de estafa.

Sobre el delito de **estafa**, se descarta la existencia de una autopuesta en peligro por parte de don Beltrán. Constituye una estafa cualificada: primero, por **abuso de firma** de otro, por aprovechar su puesto laboral para alterar documentos ya firmados por don Beltrán; en segundo lugar, por la **cuantía** de la defraudación, que en solo una de esas retiradas defraudó más de 50.000 euros; y, en tercer lugar, por **aprovechamiento de su credibilidad profesional**, que en este caso constituye un desvalor adicional al del propio engaño necesario para cometer el delito de estafa. Existe, de nuevo, **continuidad delictiva**.

Sobre el delito de **falsedad documental**, se alteraron elementos esenciales de distintos documentos mercantiles, convirtiendo el documento inicial en otro distinto y afectando a las funciones propias de los documentos: constituyeron relaciones jurídicas distintas de aquellas para las que fueron creados, y además alteraron su valor probatorio, quebrantando la confianza que se tiene en los documentos como medios de prueba; asimismo, estamos otra vez ante un **delito continuado**. Este delito concurre en **concurso medial** con el de estafa por tratarse los documentos falsificados de documentos mercantiles.

En tercer lugar, sobre la **calificación del concurso** de la sociedad XYZ SA, se estima que la calificación del concurso sería **culpable**. Así, concurren varias de las circunstancias previstas en el **art. 164.2 LC**, presunciones de culpabilidad que no admiten prueba al contrario: la comisión por el concursado de irregularidades contables relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera; la presentación, para la solicitud del concurso, de documentos que presenten graves irregularidades; y las conductas constitutivas de alzamiento de bienes y salida fraudulenta de bienes. Concurre, a su vez, una de las circunstancias previstas en el **art. 165 LC** que recoge las presunciones *iuris tantum* de culpabilidad: el incumplimiento del deber de solicitar el concurso.

Además, también se ha valorado la **conducta dolosa o culpable** del concursado con respecto a la generación o agravación de la situación concursal, atendiendo al art. 164.1 LC. De este modo, se determinó que la conducta de don Beltrán había sido dolosa, siendo la causa que generó la insolvencia el hecho de mantener la estructura piramidal con la que se inició la actividad empresarial; además actuó, en todo caso, conscientemente, sabiendo que perjudicaba a los acreedores si no modificaba su modelo empresarial o no tomaba medidas para poder devolver los préstamos y pagar los intereses al vencimiento.

Para don Beltrán, como administrador de la sociedad, las **consecuencias** del concurso culpable son, según la LC, la inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar a cualquier persona, la pérdida de cualquier derecho que tuviese como acreedor de la sociedad, la condena a devolver los bienes o derechos que hubiera

obtenido indebidamente del patrimonio de la sociedad y una indemnización los daños y perjuicios causados; incluso puede llegar a ser condenado al pago del déficit concursal.

Puede plantearse también la responsabilidad, como **cómplices** en la culpabilidad del concurso, de la madre de don Beltrán, el hermano de su esposa y la sociedad ABC SL. Estos se enfrentarían a las mismas consecuencias que don Beltrán salvo en lo referido a la condena al pago del déficit concursal, que no procede en este caso.

En cuarto lugar, respecto la eficacia jurídica de varios contratos celebrados por don Beltrán en nombre de la sociedad, se ha concluido: sobre las compraventas de dos vehículos, que estas constituyen **contratos simulados**, por concurrir varios indicios de simulación contractual como la falta de precio, precio simulado, parentesco, etc.; sobre la donación, la existencia de una **causa ilícita**, consistente en la intención de disminuir el patrimonio social sabiendo que esto perjudica los intereses de los futuros acreedores concursales.

Estos actos son **nulos de pleno derecho**, no tienen eficacia jurídica, y para destruir su apariencia de validez se han expuesto **acciones civiles** (la acción de nulidad y la acción rescisoria por fraude de acreedores) y también la **acción rescisoria concursal**, aprovechando que estamos en el contexto de un procedimiento concursal. Así, el proceder respecto de estos negocios debería ser, desde el punto de vista de los acreedores (que son los perjudicados por la eficacia de los mismos), la **acumulación** de la acción de nulidad y la acción rescisoria concursal, siendo perfectamente compatibles en virtud del art. 71.6 LC; o, en otro caso, acumular la acción de nulidad y la acción de rescisión por fraude de acreedores.

Asimismo, se ha hecho un análisis de los contratos en relación a bienes personales de don Beltrán para señalar que estos, al igual que los contratos celebrados en nombre de la sociedad, también son compraventas simuladas o adolecen de una causa ilícita; por consecuencia, tampoco tienen eficacia jurídica.

Por quinto y último lugar, se ha cuestionado la oponibilidad de las **capitulaciones matrimoniales** respecto de **deudas tributarias** del cónyuge administrador. Así, queda fijado que no son oponibles cuando la infracción que genera las deudas es anterior a la fecha de otorgamiento de las capitulaciones; al ser las reclamaciones de los años 2015 y 2016, es lógico presumir que las infracciones que cometiese el señor Beltrán Vázquez (por las que es responsable subsidiario) se cometieron también en esas fechas, años antes de las capitulaciones (que son de 2018).

De este modo, los bienes de la antigua sociedad de gananciales, incluidos los que ya hubiesen sido atribuidos a la esposa del señor Vázquez, deben responder de las deudas reclamadas a don Beltrán por la Hacienda Pública.

BIBLIOGRAFÍA

1. AMAT SALAS, O., *Euforia y pánico, aprendiendo de las burbujas*, 3ª edición ampliada, Profit editorial, Barcelona, 2009.
2. AMAT SALAS, O., «Delito contable y principales maquillajes contables ilegales» [en línea], Revista Contable Editorial Wolters Kluwer, Núm. 57, Sección Contabilidad (2017), [última consulta: 6 mayo 2020]. Disponible en: <https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMTCwsTC7Wy1KLizPw8WyMDQ3MDM0MTkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnGqWm5iSUIqkWIQaplzfh6U551aaRvkGuYZHOKolpqUn5-NYm48zDwAkkvVU3EAAA%3DWKE>
3. FABAR CARNERO, A., «La responsabilidad directa con los bienes gananciales por las deudas de naturaleza extracontractual individualmente contraídas», [en línea], Revista de Derecho UNED, Núm. 22 (2018), [última consulta: 20 abril 2020]. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/22278/18208>
4. FARALDO CABANA, P., «Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal», [en línea], Blog UCLM, Proyecto de Investigación sobre «Derecho penal del consumo» (2016), [última consulta: 9 marzo 2020]. Disponible en: http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/11/6_LOS-DELITOS-DE-INSOLVENCIA.pdf
5. GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
6. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. (coord.), ALTÉS TÁRREGA, J., y otros, *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch Valencia, 2004.
7. HUALDE LÓPEZ, I. y PRIETO GARCÍA-NIETO, I. (Dir.), *Ley Concursal con Jurisprudencia*, 1º edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.
8. INFANTE, F.J. y OLIVA, F., «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo» [en línea], Revista *InDret*, (2009), [última consulta: 24 abril 2020]. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/653_es.pdf
9. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre Penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.
10. MORALES GARCÍA, Ó. (Dir.), *Código Penal con Jurisprudencia*, 2º edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.
11. PICÓ JUNOY, J., «Los indicios en la prueba de la simulación contractual» [en línea], Revista *InDret*, (2017), [última consulta: 3 abril 2020]. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1328.pdf>
12. SOUTO GARCÍA, E. M., *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
13. VILLORIA RIVERA, Í. y ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre Concursal 2020*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019.

APÉNDICE NORMATIVO

- Real Decreto del 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio, Boletín Oficial del Estado, de 16 de octubre de 1885, nº 289, 70 pp. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/(1)/con))
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, «Gaceta de Madrid», de 25 de julio de 1889, nº 206, 282 pp. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con))
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, nº 281, 203 pp. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de marzo de 1989, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don Fernando Rodríguez Tapia, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Plasencia a inscribir una cuarta parte indivisa de una escritura de donación, en virtud de apelación del señor Registrador, Boletín Oficial del Estado, de 15 de marzo de 1989, nº 63, 2 pp. [en línea, última consulta: 20 de marzo de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1989/03/15/pdfs/A07234-07235.pdf>
- Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS, de 8 de marzo 2002, sobre la falsificación de un cheque y la utilización posterior por su autor para cometer estafa, debe sancionarse como concurso de delitos, 1 p. [en línea, última consulta: 13 de marzo de 2020] Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-sobre-la-falsificacion-de-un-cheque-y-la-utilizacion-posterior-por-su-autor-para-cometer-estafa--debe-sancionarse-como-concurso-de-delitos>
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Boletín Oficial del Estado, de 10 de julio de 2003, nº 164, 151 pp. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/07/09/22/con>)
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, Boletín Oficial del Estado, de 18 de diciembre de 2003, nº 302, 168 pp. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/17/58/con>)
- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, Boletín Oficial del Estado, de 29 de noviembre de 2006, nº 285, 165 pp. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/11/28/35/con>)
- Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS, de 30 de octubre 2007, sobre el delito continuado de estafa y apropiación indebida, 1 p. [en línea, última consulta: 9 de marzo de 2020] Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-de-30-de-octubre-de-2007-sobre-delito-continuado-de-estafa-y-apropiacion-indebida>

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Tribunal Supremo

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 1104/2002, de 10 de junio de 2002 [ECLI:ES:TS:2002:4210]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 1324/2004, de 12 de noviembre de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:7338]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 1553/2004, de 30 de diciembre de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:8539]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 129/2005, de 11 de febrero de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:802]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia 64/2005, de 11 de febrero de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:815]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 1522/2005, de 20 de diciembre de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:7572]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 815/2007, de 5 de octubre de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:6589]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 950/2007, de 13 de noviembre de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:7637]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 40/2008, de 25 de enero de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:683]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 563/2008, de 24 de septiembre de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:4800]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia 1080/2008, de 14 de noviembre de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:7242]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 860/2008, de 17 de diciembre de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:6984]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 476/2009, de 7 de mayo de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:3648]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 581/2009, de 2 de junio de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:3322]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 719/2010, de 20 de julio de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:4639]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 954/2010, de 3 de noviembre de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:6020]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 312/2011, de 29 de abril de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:3107]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 104/2012, de 23 de febrero de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:1560]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 440/2012, de 25 de mayo de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:4180]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 37/2013, de 30 de enero de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:238]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 259/2013, de 19 de marzo de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:1445]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 280/2013, de 2 de abril de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:2088]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 860/2013, de 26 de noviembre de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:5711]

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia 49/2014, de 19 de febrero de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:638]
- España Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 232/2014, de 25 de marzo de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:1220]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 385/2014, de 23 de abril de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:2386]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 492/2014, de 10 de junio de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:3571]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 900/2014, de 26 de diciembre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5573]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia 185/2015, de 10 de abril de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1409]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia 575/2015, de 3 de noviembre de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:4471]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia 5/2016, de 27 de enero de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:89]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 476/2016, de 2 de junio de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:2887]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 614/2016, de 8 de julio de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:3162]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia 650/2016, de 3 de noviembre de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:4727]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 429/2017, de 14 de junio de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:3288]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia 583/2017, de 27 de octubre de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:3796]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia 135/2019, de 6 de marzo de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:711]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 161/2019, de 26 de marzo de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:999]
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia 192/2019, de 9 de abril de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:1210]

Audiencia Nacional

- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sentencia de 3 de julio de 2003 [ECLI:ES:AN:2003:876]
- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) Sentencia 22/2016, de 27 de julio de 2016 [ECLI:ES:AN:2016:2770]

Audiencia Provincial

- España. Audiencia Provincial de León (Sección 1) Sentencia 393/2008, de 15 de octubre de 2008 [ECLI:ES:APLE:2008:1245]
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) Sentencia 3/2009, de 8 de enero de 2009 [ECLI:ES:APB:2009:1810]

- España. Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4) Sentencia 444/2009, de 30 de julio de 2009 [ECLI:ES:APMU:2009:1304]
- España. Audiencia Provincial de León (Sección 1) Sentencia 391/2011, de 16 de noviembre de 2011 [ECLI:ES:APLE:2011:1290]
- España. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5) Sentencia 125/2013, de 26 de marzo de 2013 [ECLI:ES:APIB:2013:701]
- España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) Sentencia 74/2014, de 7 de marzo de 2014 [ECLI:ES:APM:2014:4038]
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) Sentencia 1/2015, de 5 de enero de 2015 [ECLI:ES:APB:2015:5]
- España. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7) Sentencia 47/2016, de 14 de julio 2016 [ECLI:ES:APSE:2016:798]

Juzgados

- España. Juzgado de lo Mercantil de Málaga (Nº 1) Sentencia de 20 de noviembre de 2006 [ECLI:ES:JMMA:2006:144]
- España. Juzgado de lo Mercantil de Oviedo (Nº 1) Sentencia 144/2015, de 10 de noviembre de 2015 [ECLI:ESJMO:2015:2614]