



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

6º Curso del Programa de simultaneidad del Grado en Derecho y el
Grado en Administración y Dirección de Empresas

Trabajo de Fin de Grado

Curso 2019/2020

Alumna: Lucía Souto Tizón

Tutor: Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez, Catedrático de Derecho Penal

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	2
INTRODUCCIÓN.....	3
ANTECEDENTES DE HECHO.....	3
CUESTIONES	4
1ª) Calificación jurídica de los hechos penalmente relevantes cometidos por don Beltrán Vázquez.....	4
I. Delito de estafa	4
II. Insolvencia punible; delito concursal o de bancarrota.....	10
III. Delito societario - falsedades en documentos de la sociedad	14
IV. Estafa e insolvencia punible: concurso real.....	16
V. Administración desleal.....	17
2ª) Calificación jurídica de los hechos penalmente relevantes cometidos por doña Diana Fernández.....	18
I. Falsedad documental.....	18
II. Estafa.....	21
III. Concurso medial.....	24
3ª) Calificación del concurso de la sociedad XYZ SA.	24
I. Presunciones <i>iuris tantum</i> de culpabilidad	25
II. Presunciones <i>iuris et de iure</i> de culpabilidad	28
4ª) Análisis jurídico de la eficacia de los contratos de compraventa de los vehículos Mercedes-Benz Clase A y Audi A6 y de la donación de la finca El Castaño	32
5ª) La Agencia Estatal de Administración Tributaria reclamó a la sociedad ABC SL el pago de cantidades derivadas del Impuesto sobre Sociedades de los años 2015 y 2016 y retenciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 2015 y 2016. Si don Beltrán Vázquez es declarado responsable subsidiario de dichas deudas tributarias de la sociedad ABC SL mediante acto de declaración de responsabilidad dictado por la Administración tributaria, ¿son las capitulaciones matrimoniales otorgadas por escritura pública de 31 de octubre de 2018, con posterior liquidación de la sociedad de gananciales, oponibles frente a la Hacienda Pública?.....	38
CONCLUSIONES FINALES.....	41
BIBLIOGRAFÍA.....	44
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	46
APÉNDICE LEGISLATIVO	49

LISTADO DE ABREVIATURAS

art.: artículo

ATSJ: Auto del Tribunal Superior de Justicia

CC: Código Civil

CCo: Código de Comercio

CP: Código Penal

LC: Ley Concursal

LGT: Ley General Tributaria

LIRPF: Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

LSC: Ley de Sociedades de Capital

NIA: Norma Internacional de Auditoría

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

secc.: sección

SJM: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil

ss.: siguientes

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

En el supuesto de hecho planteado nos encontramos ante un esquema Ponzi (estafa piramidal). El tratamiento de este caso se hará desde distintos enfoques. En primer lugar, desde la perspectiva del Derecho Penal, analizando la calificación jurídica de los hechos penalmente relevantes. A continuación, se abordarán la calificación del concurso de acreedores, así como la eficacia de varios contratos a través de los cuales se intenta poner a salvo de los acreedores bienes pertenecientes a la empresa -enmarcándose ambas cuestiones en el ámbito del Derecho Mercantil-. Por último, para poder responder a la pregunta relativa a la oponibilidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el Administrador único de la sociedad y su esposa frente a la Hacienda Pública nos apoyaremos en el Derecho Civil y en el Derecho Tributario.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

En la plantilla de empleados de la sociedad XYZ SA se encontraba doña Diana Fernández. Entre sus funciones figuraban las relaciones con la entidad bancaria BBVA y efectuar pagos y cobros con autorización expresa de la empresa. Aprovechando la confianza que don Beltrán tenía depositada en ella (que se veía reforzada por el hecho de haber trabajado en la empresa desde sus inicios y por la especificidad y relevancia de las tareas que tenía encomendadas), pasaba a la firma del señor Vázquez documentos de reintegro de efectivo del BBVA en los que aparecía reflejada una cuantía que después doña Diana cambiaba por otra

superior, quedándose ella con la diferencia (en una de las retiradas de efectivo, la diferencia de la que se apropió fue por importe de 53.000 euros). Asimismo, la señora Fernández hizo suyos cinco cheques bancarios de la sociedad, que figuraban al portador y habían sido firmados por don Beltrán (introduciendo ella en esos cheques ya firmados cantidades no autorizadas), siendo ingresado el importe total percibido por doña Diana en una cuenta corriente en la entidad ABANCA de la que era titular. La señora Fernández entregaba posteriormente a don Beltrán unos listados de movimientos que ya habían sido corregidos por ella.

Vista la gravedad de la situación en la que se encontraba la sociedad XYZ SA, por escritura pública de 31 de octubre de 2018 don Beltrán y su esposa doña Valentina Gómez (conocedora de la gravedad de dicha situación y del destino que se le daba al capital privado desde la constitución de la sociedad) otorgan capitulaciones matrimoniales y pasan a regirse por el régimen de separación de bienes, inscribiéndose en el Registro Civil el 30 de noviembre de 2018. En escritura pública de 18 de febrero de 2019 liquidan el régimen de gananciales.

Con respecto a dos de los bienes que le fueron adjudicados a don Beltrán, el 25 de febrero de 2019, este realizó a favor de su hermana (quien conocía la grave situación en la que se encontraba la sociedad XYZ SA) la venta de la vivienda en la que habitaba el matrimonio y sus hijos por un precio notoriamente inferior al de mercado. Sin embargo, los cónyuges y sus hijos continuaron residiendo en dicha vivienda y sufragando los gastos e impuestos de la misma. A su vez, el señor Vázquez donó a su hijo Pedro (menor de edad) la finca El Roble con reserva de usufructo vitalicio a su favor mediante escritura pública de 26 de febrero de 2019.

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

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

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

CUESTIONES

1ª) Calificación jurídica de los hechos penalmente relevantes cometidos por don Beltrán Vázquez.

I. Delito de estafa

Hablamos de un delito continuado *ex art.* 74 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal* (en adelante, CP), (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>), ya que “en ejecución de un plan

preconcebido” -dolo unitario- don Beltrán Vázquez realiza una “pluralidad de acciones” que afectan a varios inversores e infringen “el mismo precepto penal”. En esta línea, la STS de 1 de junio de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:3813) expone: *“el acusado ejecutó una pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables, siguiendo un plan preconcebido, en cuyo cumplimiento actuó con dolo de conjunto con el fin de perjudicar a las distintas víctimas; el modus operandi fue homogéneo y concurrió también una conexidad espacio-temporal; y, por último, vulneró con sus reiteradas acciones fraudulentas la misma norma penal”*.

Cabe decir que nos encontramos ante un negocio que es inviable (insolvente) desde un principio, siendo don Beltrán, tal y como se relata en el supuesto de hecho *plenamente consciente de que la cifra de negocios de esta última actividad [operaciones inmobiliarias] resultaba muy inferior a los intereses a abonar y de que no se podría proceder al pago de los intereses periódicos ni a la devolución del capital a menos que se efectuasen nuevas captaciones de capital*. Se trata de una estafa piramidal, siendo definida, entre otras sentencias, por la STS de 26 de diciembre de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:5573), en la que, en concreto, se expone lo siguiente: *“(…) se afirma por la jurisprudencia de esta Sala que la estafa piramidal aparece configurada por aquellas conductas en que el autor se dedica a captar capital prometiendo la realización de importantes inversiones por medio de alguna entidad mercantil previamente constituida que sirve de señuelo. Se promete a los posibles clientes el abono de sustanciosos intereses, sin que después existan los negocios que habrían de producir los ingresos que permitirían devolver el capital y los intereses convenidos. Lo habitual es que en una primera etapa se abonen a los primeros inversores el capital y los intereses valiéndose de las aportaciones de los sucesivos clientes. En estas conductas delictivas "piramidales o en cascada" los sujetos realizan una puesta en escena en ejecución de un diseño criminal único encaminada a defraudar a un número indeterminado de personas (...). Este modelo piramidal de estafa conduce necesariamente a la frustración del negocio prometido, pues en la medida en que se incrementa el capital recibido, aumentan exponencialmente las necesidades de nuevos ingresos para abonar los intereses, hasta que el actor deja de pagarlos y se apropia definitivamente de los capitales fraudulentamente recibidos (SSTS. 324/2012, de 10-5; 760/2006 de 27-6; y 196/2014, de 19-3, entre otras)”*.

Como pone de manifiesto GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 399), se reconoce de forma unánime por doctrina y jurisprudencia que “el concepto de estafa no se resuelve en una suma de componentes (engaño, ánimo de lucro, error y acto de disposición en perjuicio de otro), sino que exige un nexo entre ellos, comúnmente designado como relación de causalidad”. Dicho nexo, como aclara a continuación, es “de causalidad ideal o motivación: el engaño ha de motivar (producir) un error que induzca a realizar un acto de disposición que determine un perjuicio” (GONZÁLEZ CUSSAC, 2019, pp. 399-400). En la jurisprudencia, la STS de 1 de junio de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:3813) declara: *“los elementos que estructuran el delito de estafa, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia, son los siguientes: 1) La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. 2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción. 3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero. 4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro. 5) De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo*

(*relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva*)”. En el mismo sentido, la STS de 18 de junio de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:3500).

I.1. Elementos

Pasaremos ahora a analizar si concurren “los elementos integrantes del concepto de estafa” (GONZÁLEZ CUSSAC, 2019, p. 400).

I.1.a) Engaño

Como establece la STS de 21 de marzo de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:949), “*el engaño es el nervio y alma de la infracción, es el elemento fundamental del delito de estafa*”.

Por su parte, la STS de 28 de septiembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3276) pone de manifiesto que “*el delito de estafa puede surgir con ocasión de los negocios jurídicos bilaterales, consistiendo en ellos el engaño en el empleo de artificios o maniobras falaces por uno de los contratantes para hacer creer al otro en ciertas cualidades aparentes de la prestación realizada que son inexistentes, además de haber sentado que hay engaño cuando el sujeto agente se prevale de forma consciente de una apariencia de solvencia empresarial, cuando la situación efectiva era de déficit y falta de liquidez (STS 535/07, de 8 de junio)*”. En el mismo sentido, la STS de 21 de enero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:155). Esto es lo que sucede en el supuesto de hecho, en el que por medio de manipulaciones contables -opacidad en la contabilidad, no ofreciendo las cuentas anuales la imagen fiel de la situación patrimonial de la sociedad, sino que se intentaba reflejar una situación financiera saneada, realmente ficticia-, que explicaremos más adelante, y apoyándose en su exitosa carrera profesional, y en los relevantes cargos financieros en empresas reputadas, don Beltrán consiguió idear un negocio simulando una actividad inmobiliaria rentable -incrementándose ficticiamente la cifra de negocios, a través de diferentes mecanismos -, gracias a la cual se les manifestaba a los clientes que se lograría hacer frente al pago de los altos intereses.

La STS de 10 de mayo de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:3037) sostiene que en el engaño se incluye “*la ocultación de datos relevantes que deberían haberse comunicado para un debido conocimiento de la situación por parte del sujeto pasivo, pues con tal forma de proceder el actor provoca un error de evaluación de la situación que induce al engañado a realizar un acto de disposición que en una valoración correcta, en caso de conocer los datos relevantes, no habría realizado*”.

Con respecto al engaño, la STS de 10 de mayo de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:3037) recoge lo siguiente: “*en los casos en que el actor propone a la víctima invertir en su negocio, le corresponde al actor ofrecer información veraz sobre los elementos básicos del negocio de que se trate, pues por la posición que ocupa en la relación, es el actor el único que dispone de esta información, que no es normativamente accesible a la víctima*”. Esta “información veraz” sobre las operaciones inmobiliarias no es aportada por don Beltrán, como se desprende del enunciado del supuesto. El señor Vázquez lograba captar a clientes, con los que celebrar contratos de préstamo, y dicho dinero era utilizado fundamentalmente por él en su propio beneficio, sin destinarse a operaciones inmobiliarias, que era lo que les había manifestado a los inversores. No nos encontramos ante un engaño burdo.

La STS de 20 de julio de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:3962) dispone: “*el artículo 248 del Código Penal califica el engaño como bastante, haciendo referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que ha de provocar el error origen del acto de disposición. El engaño ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta, de un lado, su potencialidad, objetivamente considerada, para hacer que el sujeto pasivo del mismo, considerado como hombre medio, incurra en un error; y de otro lado, las circunstancias de la víctima, o dicho de otra forma, su capacidad concreta según el caso para resistirse al artificio organizado por el autor*”.

En relación con la suficiencia del engaño, la STS de 7 de febrero de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1155) indica que en la determinación de esta *“hemos de partir de una regla general que solo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS. 1243/2000 de 11.7 del siguiente modo [STS de 11 de julio de 2000 (ECLI: ES:TS:2000:5692)]: 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”*.

En este punto debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la STS de 31 de diciembre de 2008 (ECLI: ES:TS:2008:7298): *“(…) lo que se requiere es que el engaño sea bastante, es decir suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos, y su idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la envidia o mendacidad del agente y del que se puede decir que en cuanto elemento psicológico, intelectual y doloso de la estafa está integrado por una serie de maquinaciones insidiosas a través de las cuales el agente se atribuye poder, influencia o cualidades supuestas, o aparente la posesión de bienes o crédito, o se vale de cualquier otro tipo de artimaña que tenga la suficiente entidad para que en la relaciones sociales o comerciales pase por persona solvente o cumplidora de sus compromisos, como estímulo para provocar el traspaso patrimonial defraudatorio”*.

I.1.b) Error

Como indica GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 405), *“el error en la estafa comúnmente viene entendiéndose como requerimiento de un estado psicológico de falsa representación de la realidad, consecuencia del engaño y causa del acto dispositivo”*. Más adelante expone que *“el error típico de la estafa es activo”* y *“se da cuando se actúa bajo una falsa presuposición”*. Como establece la STS de 22 de enero de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:373), *“el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero (STS 288/2010, de 16-3)”*.

En nuestro caso sí concurre dicho error, y es que los clientes accedían a efectuar los préstamos dada la supuesta rentable actividad inmobiliaria a la que iban a ser destinadas las cantidades aportadas, siendo dicha rentabilidad la que, de acuerdo con lo que les exponían don Beltrán y sus empleados -quienes omitían información relevante y manipulaban las cuentas anuales- haría posible el pago de tales elevados intereses.

I.1.c) Acto de disposición

Siguiendo a GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 406), *“por acto de disposición hay que entender toda acción y omisión que implique un desplazamiento patrimonial”*. A su vez, *“para que un determinado acto de disposición llegue a tener relevancia típica, ha de ser inducido por el error causado mediante engaño bastante. Por lo tanto, el acto de disposición ha de realizarse por el engañado”* (GONZÁLEZ CUSSAC, 2019, p. 407).

En nuestro supuesto de hecho, el acto de disposición consiste en la entrega de dinero por parte de los inversores como consecuencia de la suscripción de los contratos de préstamo.

I.1.d) Perjuicio

De acuerdo con lo expuesto por GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 407), *“el perjuicio típico de la estafa consiste en la diferencia de valor entre lo que se atribuye a otro (generalmente al autor del delito) en virtud del acto de disposición y lo que, eventualmente, se recibe de este como contraprestación (...)”*. GONZÁLEZ CUSSAC Y CUERDA ARNAU (2019, p. 651) apuntan

que “el perjuicio típico es solo el que deriva inmediatamente del desplazamiento patrimonial”, y que, “en un sentido simétrico, el enriquecimiento a tomar en consideración es el determinado por tal desplazamiento, no el lucro final que el autor pensaba obtener”.

Volvemos a traer la STS de 10 de mayo de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:3037), que recoge lo siguiente: “*por ello considera la mejor doctrina que debe apreciarse estafa cuando el actor propone a la víctima un negocio inexistente, revistiendo esta propuesta de una puesta en escena que la dota de verosimilitud, y obteniendo así que la víctima le entregue el dinero solicitado, efectuando un desplazamiento patrimonial destinado supuestamente a invertir en el negocio del actor, y recibir el beneficio correspondiente, cuando en realidad la intención del actor es apropiarse directamente del dinero recibido, sin invertirlo en negocio alguno, con notorio perjuicio de la víctima*”. En el caso objeto de estudio, como ya hemos comentado anteriormente, el Administrador destina fundamentalmente el dinero captado en su propio beneficio, y, además, tal y como se relata, cuando en marzo de 2019 ya no resulta posible proceder al pago de los intereses, no se reintegra el capital invertido a los acreedores existentes. Todo ello nos lleva a concluir que sí existe tal perjuicio.

I.1.e) Ánimo de lucro

GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 407) considera que “el ánimo de lucro (...) ha de ser definido aquí en términos muy amplios, como intención de obtener (para sí o para otro) un enriquecimiento patrimonial correlativo (aunque no necesariamente equivalente) al perjuicio típico ocasionado. Basta pues con el ánimo de utilización en beneficio propio de lo obtenido”. Es evidente que este elemento concurre en el supuesto de hecho, en el que, en concreto, se dice que *el dinero prestado era fundamentalmente utilizado por don Beltrán en su propio beneficio, llevando un desorbitado ritmo de vida en los últimos años*.

I.2. Causas de agravación

Sería de aplicación la causa de agravación prevista en el art. 250.1.5.º CP : “*1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando*”: “*5.º El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas*”.

Hay que referirse a la STS de 8 de marzo de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:1110), en la que se pone de manifiesto que “*(...) el valor de lo defraudado se identifica con el del desplazamiento patrimonial causado por el acto de disposición ejecutado por el error derivado del engaño*”.

Como se apunta en el supuesto, muchos de los contratos de préstamo celebrados lo eran por un importe superior a 50.000 euros.

Con respecto a la segunda agravación, GONZÁLEZ CUSSAC (2019, pp. 415-416) considera que

deberá apreciarse exclusivamente cuando en el proceso se acredite un número relevante y exacto de afectados. Es preferible optar por su aplicación solo si además de un considerable número de personas afectadas, todas ellas pertenezcan o formen algún tipo de colectividad. También podría recurrirse a la noción de “generalidad” de personas, ya utilizado por la jurisprudencia para resolver cuestiones de competencia.

También debemos tener en cuenta la STS de 17 de mayo de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:3335), que expone lo siguiente: “*en recta interpretación del acuerdo citado [Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, adoptado en su reunión del día 30.10.07, sobre delito continuado de estafa y apropiación indebida], esta Sala de Casación, como último intérprete de la legalidad ordinaria penal ha establecido que en relación a la compatibilidad del subtipo agravado del 250.1-6º [en la actualidad, 5º] y la continuidad delictiva procede la aplicación del subtipo de especial gravedad siempre*

que la totalidad de las diversas defraudaciones superen la cantidad de 36.060'73 euros [actualmente, 50.000 euros], siendo además aplicable, dada la continuidad delictiva del art. 74, pero solo en su párrafo 2º. En consecuencia, solo procedería la doble aplicación del subtipo de especial gravedad del art. 250.1-6º [5º] y además la regla primera del art. 74 con la vinculante aplicación de la pena en la mitad superior cuando, existiesen varias defraudaciones y al menos una de ellas, por sí sola tenga un importe superior a los 36.060 euros [ahora, 50.000 euros]”.

Cabe analizar asimismo la posible concurrencia de la circunstancia o causa prevista en el art. 250.1.6.º CP: “(...) *aproveche éste [el defraudador] su credibilidad empresarial o profesional*”. GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 416) expone que “se castiga (...) el abuso de una apariencia alcanzada dentro del marco empresarial y profesional en sentido estricto, sin que para ello sea necesaria una relación personal previa. Se trata pues, de un abuso de la confianza profesional, que puede darse en cualquier clase de relación”.

Siguiendo la STS de 15 de enero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:36), con respecto al abuso de la credibilidad empresarial o profesional, el acento se pondría “*no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la reducción de las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21 de abril; 37/2013, de 30 de enero; y 295/2013, de 1 de marzo)*”.

A su vez, declara que “*la confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta deben estar meridianamente acreditadas (...)*”, y “*(...) han de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (STS 371/2008, de 19 de junio). Junto al engaño característico del delito de estafa ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (SSTS 1169/2006, de 30 de noviembre; 785/2005, de 14 de junio; y 9/2008, de 18 de enero)*”.

Consideramos que del supuesto de hecho no podemos concluir que hayan existido relaciones previas de carácter empresarial o profesional, ajenas a los hechos delictivos propiamente dichos, no habiendo ese “plus” a añadir a los actos punibles que haría que el quebranto de confianza o credibilidad fuese de mayor gravedad y que podría justificar esta causa de agravación. Creemos, por tanto, que el que don Beltrán se apoyase en el éxito de su carrera profesional, y los importantes cargos financieros que había ejercido en reputadas empresas se englobaría dentro del engaño propio de la estafa, no teniendo una autonomía propia que llegase a justificar el ya comentado “plus” de ilicitud.

I.3. Delito continuado / delito masa

Debemos plantearnos si cabe apreciar el delito masa. Siguiendo a ORTS BERENGUER Y GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 493):

Tres son los requisitos esenciales que la jurisprudencia exige para apreciar el llamado delito masa (...).

1. Que se trate de delitos contra el patrimonio. Dentro de esta expresión se contienen también los delitos contra el orden socioeconómico.

2. Generalidad de personas. En la ideación unitaria del sujeto activo se representa al sujeto pasivo como una colectividad de personas, no vinculadas entre sí por una relación jurídica, aunque relacionadas por circunstancias episódicas o de intereses. Se trata por tanto de fraudes colectivos, en los que el sujeto pasivo busca causar un perjuicio económico a un grupo de personas indeterminadas inicialmente (...).

3. Que el hecho revista notoria gravedad. Se requiere que el daño patrimonial sea considerable desde un punto de vista cuantitativo. Para calcularlo deben sumarse todos los perjuicios causados a cada una de las víctimas. Es un concepto indeterminado que la jurisprudencia ha tratado de fijar recurriendo a criterios a su vez muy genéricos (...).

Acerca del delito masa, dispone el art. 74.2 CP: *“Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”*.

En la STS de 3 de noviembre de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:6020) se declara, con respecto al delito masa, que *“los ejemplos más claros y frecuentes de esta clase de delitos en el orden patrimonial, lo constituyen las grandes estafas inmobiliarias o financieras y los ofrecimientos públicos y engañosos de servicios inexistentes”*.

Más adelante expone: *“Como hemos dicho en STS. 435/2010 de 3.5, con cita de la STS. 439/2009 de 14.4 “El delito con sujeto pasivo masa se integra por dos elementos propios: la notoria gravedad y una generalidad de personas. Lo notorio según el diccionario RAE es “lo público y sabido de todos” o, dicho de otro modo, lo que es conocido públicamente, lo que es evidente y no ofrece dudas - Diccionario del Español Actual-. Lo notorio unido al sustantivo gravedad, en clave económica, nos lleva a una gravedad económica fuera de toda discusión, y claramente diferente a la nota de especial gravedad del art. 250.1-6º del Código penal [según el texto original de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal], no es una gravedad reforzada sino algo distinto”*.

“La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el término generalidad como semejante a una importante pluralidad de sujetos pasivos. Así, dice el auto de 25.3.2003 debe entenderse, en principio, una multitud o una cantidad indefinida de personas, y en la STS. 439/2009 de 14.4 “generalidad de personas” hace referencia a un grupo numeroso de personas, incluso indeterminado que no tiene por qué tener un vínculo común, salvo el de ser destinatarios a la actividad ilícita del autor”, o en la STS. 129/2005 de 11.2 “una colectividad indeterminada y defensa de individuos”.

Bien entendido que ambos elementos deberán concurrir, es decir, debe existir un número significativo de personas que han tenido un perjuicio concreto y que dado el número de víctimas la suma de todos los perjuicios hace que pueda hablarse de notoria gravedad.

Esta Sala ha interpretado restrictivamente el precepto (ver autos 29.10 y 23.11.98 (...))”.

En nuestra opinión, aunque podemos encontrarnos ante una “generalidad de personas”, no disponemos de los datos suficientes para poder considerar que, cuantitativamente, el hecho reviste “notoria gravedad”; por tanto, no apreciaremos la existencia de delito masa. Se trata de un delito continuado y, ex artículo 74.1 CP *“será castigado (...) con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”*. La mitad superior de la pena de la estafa agravada sería: prisión de 3 años, 6 meses y 1 día a 6 años y multa de 9 meses y 1 día a 12 meses. La mitad inferior de la pena superior en grado sería: prisión de 6 años y 1 día a 7 años y 6 meses y multa de 1 año y 1 día a 1 año y 3 meses.

II. Insolvencia punible; delito concursal o de bancarrota

Como pone de manifiesto GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 463), *“todas las conductas de bancarrota descritas en el art. 259 solo pueden ser realizadas por deudores ya insolventes”*. En el supuesto de hecho, la sociedad XYZ SA se encuentra en situación de insolvencia. Analizaremos la insolvencia de la compañía en la cuestión 3ª.

Podemos decir que la grave situación que atraviesa la sociedad XYZ SA tiene su causa en la estructura piramidal ideada por don Beltrán Vázquez, y es que, al ser la cifra de negocios de la actividad inmobiliaria tan inferior a los intereses a abonar, no se podía proceder al pago de los intereses periódicos ni a la devolución del capital a menos que se efectuasen nuevas captaciones de capital, requiriéndose una captación continua y exponencial de nuevos inversores.

II.1. Concepto de insolvencia

En cuanto al concepto de insolvencia, siguiendo el art. 2.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal* (en adelante, LC), (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/07/09/22/con>), “*se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”. Expone PAVÍA CARDELL (2019, p. 815) que la jurisprudencia (Sala Segunda del TS) ha simplificado esta situación, “para identificarla con un estado contable de desbalance en el que el pasivo es superior al activo” -en concreto, por ejemplo, la STS de 18 de julio de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:4528) dispone: “*que el importe de las deudas o pasivo supere el valor de bienes y derechos que constituyen el activo patrimonial*”-.

No obstante, la Sala Primera del TS “apela a un concepto distinto de insolvencia” (PAVÍA CARDELL, 2019, p. 815). Como muestra de ello encontramos la STS de 1 de abril de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:1368), que establece: “*En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas*”.

En el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1/con>) se indica que “*la norma delimita, con la finalidad de garantizar un grado de seguridad y certeza ajustado a las exigencias derivadas del principio de legalidad, las conductas prohibidas por medio de las cuales puede ser cometido el delito. Para ello, tipifica un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor*”.

Cabe decir que en dicho Preámbulo se hace referencia al sobreseimiento de pagos, aclarando que el delito de concurso punible o bancarrota es “*perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos*”.

II.2. Conductas

Siguiendo la agrupación de las distintas figuras propuesta por SOUTO GARCÍA (2015, pp. 776-782), nos encontramos en nuestro supuesto con:

II.2.a) Actuaciones sobre el patrimonio del deudor

El art. 259.1.2.^a CP dispone que “*1. Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas*”: “*2.ª Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial*”.

Indica SOUTO GARCÍA (2015, pp. 776-777) que el elemento que diferencia a este delito del delito de alzamiento de bienes “no es la acción sino el resultado”, requiriéndose en el delito que estamos analizando “que exista ya la insolvencia del deudor, sin que las conductas

de ocultación de bienes lleguen a «causar la insolvencia», porque entonces el delito aplicable sería el del art. 259.2”.

En este punto se encuadra la venta efectuada por el señor Vázquez en nombre de la empresa a su madre del vehículo Mercedes-Benz Clase A (propiedad de la compañía) por 13.000 euros -precio inferior al de mercado-, sin haberse pagado el precio, y del vehículo Audi A6 (perteneciente a la sociedad XYZ SA) por 5.000 euros - precio inferior al de mercado-, habiéndose procedido en este segundo caso al pago de dicho importe; y la donación que, en nombre y representación de XYZ SA, realizó a favor del hermano de su esposa doña Valentina de la finca El Castaño (también propiedad de la sociedad). Estos actos de disposición serán analizados en la cuestión 3ª.

A su vez, observamos desplazamientos patrimoniales de bienes de don Beltrán, en concreto, la venta de la vivienda en la que habitaba el matrimonio y sus hijos por un precio notoriamente inferior al de mercado y la donación a su hijo Pedro de la finca El Roble con reserva de usufructo vitalicio a su favor.

La única justificación posible de estos actos de disposición es lograr evitar de este modo que dichos bienes fuesen ejecutados para pagar a los acreedores de la sociedad XYZ SA. En el caso de los bienes propios del Administrador, cabe aclarar que la celebración de tales negocios se produce ante el temor de que el concurso se declare culpable -lo cual, viendo cómo ha gestionado la compañía se le debe plantear como muy probable-. Debemos apuntar que el art. 172 bis LC, en su apartado primero, expone que *“cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar”* al administrador de la persona jurídica concursada que hubiera sido declarado persona afectada por la calificación *“a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”*, esto es, *“a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”* (SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2015, p. 667).

Por otra parte, en ningún momento se indica en el enunciado que el efectivo recibido como contraprestación en los contratos lo haya destinado don Beltrán al abono de los intereses ni a la devolución del capital de los inversores. Es más, hay que tener en cuenta que al comienzo del supuesto de hecho se pone de manifiesto que el señor Vázquez empleaba fundamentalmente el dinero prestado en su propio beneficio.

Siguiendo a SOUTO GARCÍA (2015, p. 779),

dichas acciones se entiende que solo serán punibles si carecen de justificación, o dicho de otro modo, sin otra justificación que no sea la de perjudicar al acreedor. La referencia a la falta de justificación es imprecisa, por lo que ha de buscarse un criterio rector, tal como, por ejemplo, el descrito en el art. 71 Ley Concursal, el cual establece, en relación con las acciones de reintegración, que el perjuicio patrimonial se presume en ciertos supuestos de actos de disposición a título gratuito u oneroso o la constitución de ciertas garantías reales a favor de obligaciones ya preexistentes.

II.2.b) Actuaciones relacionadas con el inadecuado cumplimiento de los deberes contables

El art. 259.1.6.ª CP castiga al que, *encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente: “incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera”*.

Como destaca SOUTO GARCÍA (citada en González Cussac, 2019, p. 464), la nota común de estas conductas está en que en todas ellas “se dificulta o impide la comprensión de la situación patrimonial o financiera que refleje fielmente el estado económico del deudor”.

Dispone el art. 34.2 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 *por el que se publica el Código de Comercio* (en adelante, CCo), (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)), que “*las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica*”.

En el caso objeto de estudio podemos encontrar irregularidades relevantes en la contabilidad. Estos extremos serán explicados en la cuestión 3ª.

Expone PAVÍA CARDELL (2019, pp. 826-827) lo siguiente:

Estas conductas que impiden conocer la situación económica del deudor pueden formar parte también de una dinámica defraudatoria, pues, según una jurisprudencia muy consolidada, la ocultación de la propia insolvencia puede constituir un engaño bastante para producir error en un tercero, por lo que, si a ello sigue un desplazamiento patrimonial y un perjuicio, habrá de entenderse consumado, además, un delito de estafa del art. 248 CP.

II.3. Art. 259.2 CP: Causar la situación de insolvencia

El art. 259.2 CP dispone: “*la misma pena se impondrá a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia*”.

La diferencia con la figura del apartado 1 radica en que en esta se exige que el deudor se encuentre ya en una situación de insolvencia (actual o inminente) y después realice algunas de las acciones descritas en el precepto, mientras que en la figura del apartado 2 sucede al revés: el deudor debe llevar a cabo alguna de dichas acciones y, como consecuencia de ella, causar la situación de insolvencia, que se erige entonces en verdadero resultado material del tipo, que, por consiguiente, debe poder ser imputado objetivamente a la acción del deudor (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 133).

GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 465) expone que “ha de mediar una relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto activo (el hecho de bancarrota) y la situación en que el importe de las obligaciones exigibles supere al de los bienes y derechos realizables (insolvencia)”.

PAVÍA CARDELL (2019, p. 831) considera que “no es fácil entender que esta situación” [de insolvencia] “pueda causarse mediante la comisión de irregularidades en la contabilidad o en las cuentas anuales”. Opina que dichos incumplimientos formales “raramente pueden ser por sí solos causales de la insolvencia”. En cambio, indica que “la situación de insolvencia” sí que “puede generarse a consecuencia de las maniobras despatrimonializadoras a que se” refiere la conducta 2.ª (2019, p. 832).

Pues bien, como hemos comentado anteriormente, nos encontramos ante un negocio que es insolvente desde sus inicios, y dicha insolvencia se agrava a medida que se captan nuevos inversores, por lo que consideramos que no es de aplicación el apartado 2 del art. 259 CP.

II.4. Perseguibilidad

En el art. 259.4 CP se establece un requisito de perseguibilidad, de acuerdo con el cual: “*este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso*”. La sociedad XYZ SA, como trataremos en la cuestión 3ª, ha dejado de cumplir regularmente sus

obligaciones exigibles, encontrándose, de acuerdo con el artículo 2.2 LC, en estado de insolvencia. A su vez, se ha solicitado la declaración de concurso.

El art. 259.5 CP indica que *“este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse (...)”*, por lo que, siguiendo a PAVÍA CARDELL (2019, p. 862), *“ese sujeto -aparentemente un extraneus- se enfrenta a la responsabilidad penal prevista en el art. 31 CP en cuyo ámbito de aplicación se incluyen también los administradores y representantes de la persona jurídica, tanto de derecho como de hecho”*.

II.5. Tipos agravados

Con respecto a los tipos cualificados del art. 259 bis CP -*“los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:”*-, solamente *“aplicables a las modalidades dolosas del art. 259”* (GONZÁLEZ CUSSAC, 2019, p. 466), podríamos plantearnos si concurre la circunstancia 1.ª: *“cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica”*.

PAVÍA CARDELL (2019, p. 839) expone que *“el concepto de “generalidad de personas” debe ser interpretado de acuerdo con lo declarado por la jurisprudencia en relación con el delito masa del art. 74.2 CP y es independiente del importe del perjuicio”*. La STS de 22 de julio de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:5288) declara: *“la jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el término generalidad como sinónimo de mayoría, muchedumbre, de “casi totalidad de los individuos u objetos que componen una clase o todo sin determinación a persona o cosa particular” (DRAEL) (...)”*. Por su parte, la STS de 16 de diciembre de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:7576) establece: *“(...) por generalidad de personas ha de entenderse una cantidad superior a la mera pluralidad. Aquella reclama (...) una cierta indeterminación en el número de afectados de suerte que el destinatario potencial de la actividad (...) defraudadora lo sea una colectividad indeterminada o difusa de personas”*.

Por lo tanto, como también hemos expuesto en el apartado I.3, estamos ante una *“generalidad de personas”*, siendo entonces de aplicación este tipo agravado.

III. Delito societario - falsedades en documentos de la sociedad

También ha cometido un delito societario del art. 290 CP, en el que se dispone que *“los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.*

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior”.

Siguiendo a FARALDO CABANA (2019, p. 1162), *“la situación económica de la entidad hace referencia al patrimonio de la sociedad en su conjunto”*.

Debemos mencionar la condición de perseguibilidad contenida en el art. 296 CP, de acuerdo con el cual *“1. Los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.*

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”.

“El concepto de “interés general” está suscitando cierta polémica” (FARALDO CABANA, 2019, p. 1217). En palabras del ATSJ de Castilla-La Mancha de 15 de mayo de 2002 (ECLI: ES:TSJCLM:2002:7A) debe interpretarse “*como una referencia a los intereses económicos de amplios sectores de la población o de sectores especialmente relevantes o trascendentes para el correcto funcionamiento de la economía general*”. Sin embargo, para FARALDO CABANA (2019, p. 1218) “lo mejor es entenderlo como equivalente a bienes jurídicos supraindividuales o colectivos”. Comparte esta opinión MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2019, p. 494): “hay que interpretar que una afectación a los “intereses generales” se producirá siempre” en el delito del art. 290 CP, “en la medida en que se entienda que este delito posee un contenido supraindividual en uno de los dos bienes jurídicos que tutela”.

En el caso objeto de estudio, podría considerarse que afecta a una pluralidad de personas. FARALDO CABANA (2019, p. 1217) indica que la jurisprudencia ha interpretado restrictivamente “esta segunda parte de la condición de procedibilidad”. El ATSJ de Castilla-La Mancha de 15 de mayo de 2002 (ECLI: ES:TSJCLM:2002:7A) dispone que el concepto “pluralidad de personas” debe interpretarse “*en el sentido de "multiplicidad", esto es, referido a muchas personas, según viene a reconocerse, respecto a la estafa, por el Tribunal Supremo, o, en todo caso, a un número considerable de ellas*”.

Dicho falseamiento de las cuentas anuales de la sociedad ha impedido a los potenciales clientes (terceros) conocer la verdadera situación económica de la compañía, llevándolos a confiar en la solvencia de XYZ SA y, finalmente, a invertir en la misma.

Como pone de manifiesto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2019, p. 510), “la acción típica consiste en “falsear”, en virtud de lo cual hay que entender que cualquier clase de adulteración de alguno de los documentos revestidos de las características mencionadas queda incluida en la órbita típica”. En el supuesto de hecho se han llevado a cabo una serie de técnicas de manipulación contable que, siguiendo la relación propuesta por AMAT I SALAS (citado en HERRERO PLA, 2016), se enmarcarían en: aumento o reducción de gastos, generación de resultados excepcionales y diferimiento del reconocimiento de gastos. A su vez, se ha producido una ocultación de pasivo y un incremento ficticio de la cifra de negocios.

En relación con el “perjuicio económico”, cuya producción da lugar al tipo cualificado previsto en el párrafo segundo del mencionado artículo, “un sector propone concebir dicho perjuicio del mismo modo que se viene interpretando en relación con el delito de estafa y otro sector lo concibe en un sentido más amplio, acorde con un concepto funcional de patrimonio o incluso incluyendo conductas de simple peligro” (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 510).

Dicho perjuicio patrimonial se ha producido en el caso, y coincide con el explicado en el delito de estafa, consistiendo en el impago de los intereses y en la no reintegración del capital invertido a los clientes. Por lo tanto, al ser el perjuicio único, aparece una problemática concursal con el delito de estafa, que, como expone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2019, p. 511) “ha sido objeto de controversia”. Siguiendo a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2019, p. 518), “en todos los casos en que se utilice una falsedad documental como medio para cometer una estafa se cumplirá también el tipo del art. 290-2º (...)”.

(...) la solución será diferente en función del tipo de que se trate. En el caso del tipo cualificado, la figura del art. 290-2º es ley subsidiaria con respecto a la ley principal formada por la estructura concursal de la estafa (...) y el tipo básico del art. 290-1º. En el caso del tipo básico del art. 290-1º existirá un concurso de delitos, toda vez que el injusto del delito de estafa (la lesión del patrimonio de un sujeto determinado) no puede absorber el injusto del tipo del art. 290-1º, constituido por un peligro potencial general (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 511).

Con respecto al delito previsto en el art. 290 CP, la STS de 23 de febrero de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:850) establece que “*se requiere, por lo tanto, la condición de*

administrador de hecho o de derecho; el hecho objetivo del falseamiento de las cuentas, lo que ocurrirá cuando por incorporación de datos falsos o por omisión de datos verdaderos, el resultado no ofrezca la imagen fiel de la situación jurídica o económica de la sociedad; y la idoneidad de la falsedad para causar un perjuicio a quienes se mencionan. Desde el punto de vista subjetivo es necesario el dolo, y el conocimiento por parte del administrador de la falsedad de las cuentas que firman”. Más adelante recoge lo siguiente -que se podría aplicar a nuestro caso-: “(...) del contenido de esa alteración se desprende la idoneidad para la causación del perjuicio a terceros, en la medida en la que la formulación de unas cuentas que proporcionarían la imagen fiel habría impedido la continuación del negocio fraudulento que los acusados desarrollaban utilizando sociedad”.

Como se desprende del supuesto, el incremento ficticio de la cifra de negocios, el diferimiento de gastos, así como la ocultación de pasivos en las cuentas anuales de la sociedad y la generación de resultados excepcionales por enajenación de inmovilizados se produjeron durante varios ejercicios. Por consiguiente, podríamos estar ante un delito continuado *ex art. 74.1 CP*, al falsearse las cuentas anuales en varias anualidades. Como dispone la STS de 10 de diciembre de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:8021) *“nos encontramos ante un delito continuado cuando de forma persistente y con un plan de acción único produce modificaciones en los balances correspondientes a cada uno de los años”*. El art. 254.1 del 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), (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>) declara que *“las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria”*. La mitad superior de la pena del art. 290 CP, primer párrafo, sería: prisión de 2 años y 1 día a 3 años y multa de 9 meses y 1 día a 12 meses. A su vez, la mitad inferior de la pena superior en grado sería: prisión de 3 años y 1 día a 3 años y 9 meses y multa de 1 año y 1 día a 1 año y 3 meses.

Las maniobras contables se llevaron a cabo para mejorar las cuentas anuales, lo cual para el Administrador era necesario para hacer creer a los inversores que la situación patrimonial y financiera de la sociedad XYZ SA era la propia de un negocio saneado, con un importante volumen de negocio, y de este modo lograr la celebración de los contratos de préstamo -y perpetrar la estafa-. Es decir, la estafa piramidal es la razón por la cual don Beltrán Vázquez ha cometido el delito societario. Pero dicha necesidad no solo se contempla *“en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto”*, sino también *“en el aspecto objetivo y real”*, de modo que no se habría conseguido realizar el delito de estafa si no se hubiesen previamente llevado a cabo dichas falsedades en documentos de la sociedad (razonamiento siguiendo la STS de 25 de enero de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:301)). Consideramos, por tanto, que el delito societario del art. 290 CP, primer párrafo, se encontraría *ex art. 77 CP* en una relación de concurso medial con el analizado delito continuado de estafa. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado tercero de dicho artículo, *“se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos”*. La infracción más grave es la estafa agravada, por lo que se impondría una pena superior a la de dicha infracción.

IV. Estafa e insolvencia punible: concurso real

El delito de estafa y el delito de insolvencia punible concurren en concurso real (arts. 73, 75 y 76 CP), ya que se trata de un supuesto en el que *“se da una pluralidad de hechos y una pluralidad de infracciones”* (QUINTANAR DÍEZ, ORTIZ NAVARRO Y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, 2020, p. 176). Como no estamos ante *“una unidad de hecho”* (ORTS BERENGUER Y

GONZÁLEZ CUSSAC, 2019, p. 485), no puede tratarse de un concurso ideal. Tampoco nos encontramos ante un concurso medial (al no ser uno de los delitos “*medio necesario para cometer el otro*”, tal y como dispone el art. 77.1 CP, faltando esa “conexión íntima entre los delitos cometidos, que es una relación teleológica de medio a fin” (MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, 2019, p. 443)). En palabras de ORTS BERENGUER Y GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 488): “el concurso medial precisa una pluralidad fáctica, esto es, concurren dos hechos perfectamente distintos, pero interconectados en una relación teleológica de medio a fin”.

Hay que tener en cuenta los límites establecidos en el art. 76 CP, los cuales, como ponen de manifiesto ORTS BERENGUER Y GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 482) “operan sucesivamente, uno tras otro. En primer lugar, el tiempo de cumplimiento efectivo no podrá superar el triple de la duración de la pena más grave de las que se le hayan impuesto. Y, en segundo lugar, no podrá rebasarse el límite de los 20 años de prisión”.

V. Administración desleal

Por último, los pagos a la sociedad ABC SL efectuados entre enero y marzo de 2018, ordenados por el señor Vázquez, en una cuantía excesiva en relación con los servicios efectivamente prestados por dicha compañía podrían enmarcarse en el delito de administración desleal del art. 252 CP, puesto que, al haber incumplido el Administrador “su obligación de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, mediante el abuso de las facultades atribuidas” (GONZÁLEZ CUSSAC, 2019 p. 425) ha causado un perjuicio a la sociedad XYZ SA.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN (2019, p. 708) expone que “el nuevo delito está ubicado en el capítulo de las «defraudaciones» por lo que la conducta típica, es decir el exceso del administrador, debe contemplarse desde la perspectiva del fraude, entendida como una actuación necesariamente dolosa”.

“La descripción típica del nuevo delito de administración desleal define la conducta punible sobre la base de tres elementos: a) ostentar facultades de administración de un patrimonio ajeno; b) excederse en el ejercicio de esas facultades; c) y causación de un perjuicio”(CONDE-PUMPIDO TOURÓN, 2019, p. 708).

Continúa CONDE-PUMPIDO TOURÓN (2019, p. 708) exponiendo que, “para concretar los deberes de un administrador ha de acudirse a su título constitutivo (ley, negocio jurídico, encomienda de la autoridad) y también a los principios generales, teniendo en cuenta que, por lo general, las normas que regulan los deberes de los administradores son genéricas y poco precisas”. Cabe mencionar en este punto el deber general de diligencia de los administradores recogido en el art. 225.1 LSC: “*los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos*”; así como el deber de lealtad que aparece en el art. 227.1 LSC: “*los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*”.

Cualquier actuación del administrador que infrinja de modo relevante sus deberes, tanto por mal uso de sus facultades, como por extralimitación en las mismas, y que ocasione un perjuicio al patrimonio del administrado, puede constituir delito de administración desleal. Pero, en cualquier caso, ha de valorarse si en dicha conducta subyace un fraude, una acción cometida dolosamente a sabiendas de que se infringe un deber y se puede ocasionar un perjuicio (CONDE-PUMPIDO TOURÓN, 2019, p. 710).

En cuanto a la “causación de un perjuicio”, “debe existir una relación de causalidad entre el exceso funcional y la producción del perjuicio” (CONDE-PUMPIDO TOURÓN, 2019, p. 712).

Resulta pertinente hacer referencia a la STS de 15 de abril de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:1779), en la cual se declara: *“esencialmente porque los dos tipos de actos que la sentencia imputa al acusado consistieron en realizar pagos por servicios prestados a la sociedad administrada (...). Y no cabe duda que unos y otros actos entran en el ámbito funcional del cargo de administrador social. Por lo que la tacha de abusivo solamente podría apreciarse en lo intensivo pero no en cuanto extensión fuera del ámbito competencial”*.

Asimismo, en dicha sentencia se indica lo siguiente: *“(...) es claro que, al ordenar tales pagos el administrador acusado, usó sus facultades de las que efectivamente disponía, en perjuicio de la sociedad y en interés de DNR SL, entidad en la que está interesado. Y en eso consiste el tipo penal (...)”*.

Las penas, *ex art.* 252 CP, serían las que figuran en el art. 249 CP: *“prisión de seis meses a tres años”*. Este delito concurre en concurso real con el delito de estafa y con el delito de insolvencia punible, por las mismas razones que las que expusimos en apartado IV.

2ª) Calificación jurídica de los hechos penalmente relevantes cometidos por doña Diana Fernández.

Nos encontramos ante un delito continuado de falsedad en documento mercantil (del art. 392 CP, en relación con el artículo 390.1 núm. 1º y núm. 2º), en relación de concurso medial -art. 77 CP- con un delito continuado de estafa agravada del artículo 248.1 en relación con el artículo 250.1 circunstancias 2ª, 5ª y 6ª.

I. Falsedad documental

Como pone de manifiesto la STS de 2 de julio de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:4782): *“la STS 640/2007 de 6 de julio, declara “Es doctrina consolidada de esta Sala, reiteradamente expresada en sus resoluciones, que la estafa realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad, sino que los dos tipos son compatibles, produciéndose un concurso real de delitos sin perjuicio de que en orden a su punición sea aplicable lo dispuesto en el art. 77 C.P.”*.

Se trata de un delito continuado, concurriendo los presupuestos ya expuestos en la cuestión anterior, y que se recogen, entre otras, en la STS de 23 de febrero de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:639).

Estamos ante falsedades materiales, que, tal y como dispone BORJA JIMÉNEZ, se producen *“alterando o modificando físicamente el documento”* (2019, p. 651). La STS de 2 de abril de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:2088) declara que *“la falsedad material es aquella que afecta a la estructura física de un documento, al soporte material donde se contiene la declaración de voluntad”*. En el mismo sentido podemos citar las SSTS de 25 de marzo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1386) y de 4 de julio de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:4085). Siguiendo a MUÑOZ CONDE (2019, p. 670), *“la falsedad material consiste en la alteración o creación, total o parcial, de un documento, atentándose a la genuinidad o legitimidad de ese documento, aunque no a su veracidad”*. Considera MUÑOZ CONDE (2019, p. 670) que *“los supuestos 1º y 2º [del art. 390 CP] son falsedades materiales”*.

En palabras de la STS de 18 de noviembre de 1998 (ECLI: ES:TS:1998:6831): *“para que dichos soportes materiales constituyan documentos a efectos penales deben cumplir una triple condición. 1º) ser atribuibles a una o varias personas, aun cuando no estén firmados; 2º) tener capacidad para producir efectos en el tráfico jurídico; 3º) estar destinados a dicho tráfico, bien desde su creación (documentos intencionales), bien con posterioridad (documentos ocasionales). El documento debe cumplir, al menos, una de estas tres funciones: a) función de perpetuación (refleja la manifestación de voluntad o de conocimiento de*

alguien); b) función probatoria (permite acreditar dicha declaración, no necesariamente su veracidad pero sí el que se haya realizado) y c) función de garantía (permite identificar al autor o autores de la declaración en él reflejada). Cuando se altera un documento de forma irrelevante, es decir sin afectar a ninguna de dichas funciones, la alteración carece de significación penal”. Dichas funciones se mencionan también en la STS de 20 de septiembre de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:6127).

En el caso objeto de estudio, tanto los documentos de reintegro de efectivo, como los listados de movimientos y los cheques bancarios cumplen esa triple condición.

En la STS de 11 de diciembre de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:7983) se recogen los requisitos para poder apreciar la existencia de falsedades documentales penalmente típicas: “a) un elemento objetivo o material (consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal); b) que dicha “mutatio veritatis” afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas (...); y, c) un elemento subjetivo (consistente en la concurrencia de un dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad) (v. ad exemplum, la S.T.S. de 25 de marzo de 1999)”. Asimismo, se establece que “es igualmente precisa la concurrencia de “la antijuridicidad material”, de tal modo que, para la existencia de la falsedad documental, no basta una conducta objetivamente típica, sino que es preciso también que la “mutatio veritatis”, en que materialmente consiste todo tipo de falsedad documental, varíe la esencia, la sustancia o la genuinidad del documento en sus extremos esenciales, por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño real, o meramente potencial, en la vida del derecho a la que está destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que el mismo estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico (v. SS.T.S. de 9 de febrero y de 27 de mayo de 1971)”. En el mismo sentido, la STS de 10 de julio de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:5055).

En la STS de 22 de mayo de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1827) se hace referencia a “la sentencia de esta Sala 278/2004 de 1 Mar. 2004, Rec. 3056/2002 [STS de 1 de marzo de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:1373)]”, en la que se declara que “la doctrina de esta Sala ha establecido que la falsedad documental requiere la concurrencia de dos elementos: una mutación de la verdad, y, además, que la falsificación se efectúe de tal modo que sea capaz de engañar (...)”. En el mismo sentido, las SSTS de 10 de noviembre de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:7596) y de 6 de noviembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3806).

A continuación, analizaremos la consideración de los cheques bancarios, los documentos de reintegro de efectivo y los listados de movimientos como documentos mercantiles. Cabe comenzar por exponer que, de acuerdo con lo dispuesto en la STS de 10 de febrero de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:607), “la jurisprudencia ha acogido un concepto amplio de documento mercantil. La STS nº 1590/2003, de 22 de abril, con cita de las sentencias de 10 de marzo de 1999 y 8 de noviembre de 1990, señala que la jurisprudencia ha venido considerando como documentos mercantiles a los efectos del delito de falsificación los siguientes: a) Los que, dotados de nomen iuris, se encuentran regulados en el Código de Comercio o en Leyes especiales, tales como (...) cheques (...)”. En el mismo sentido, las SSTS de 10 de marzo de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:1663) y de 27 de diciembre de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:9238).

A su vez, la STS de 16 de junio de 1992 (ECLI: ES:TS:1992:4846) establece que “son mercantiles (Sentencia de 13 de marzo de 1991) a efectos penales los documentos que acreditan, manifiestan y proyectan aquellas operaciones o actividades que se producen en el círculo o ámbito propio de una “empresa”, sociedad o entidad mercantil, cualquiera que sea esta, lo que ha de hacerse extensivo a todas las incidencias que sean consecuencia de tales actividades y en el mismo ambiente (Sentencias de 27 de marzo de 1990). Desde otra

perspectiva, pero en análoga conclusión, quiere decirse que el documento mercantil existirá siempre que sea expresión de una operación mercantil o de comercio, en el sentido admitido por los usos mercantiles y por la Ley, es decir, en la línea del propio Código cuando de manera amplia define los actos de comercio.

En conclusión el documento mercantil surgirá al mundo jurídico desde el momento en que por el mismo se compruebe un acto inherente al tráfico mercantil, formalizando o demostrando, en suma, cualquier derecho de tal naturaleza”. En el mismo sentido, la STS de 8 de mayo de 1992 (ECLI: ES:TS:1992:3656).

La consideración de los cheques como “documentos que participan de naturaleza mercantil, regulados en la Ley Cambiaria y (d)el Cheque” se reitera en la STS de 17 de abril de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1889), en la que también se declara que “la letra de cambio y todos los otros documentos transmisibles, básicamente por endoso, solo pueden cumplir su función en la medida en la que tengan una protección reforzada. Desde este punto de vista, es evidente que el cheque es un documento mercantil desde la perspectiva de su plano reforzado de la penalidad que le otorga el Código Penal en el art. 392”. En la misma línea, la STS de 3 de abril de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:3017) dispone que “es patente la naturaleza mercantil de tales documentos de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala que tiene declarado que por tales deben estimarse solo aquellos documentos mercantiles merecedores de una especial protección porque su materialidad incorpora una presunción de veracidad y autenticidad equivalente a un documento público, y como tales se han estimado las letras de cambio, letras en blanco, simuladas o de favor, pagarés o cheques y en general todos aquellos que sean transmisibles vía endoso y en general cualquier otro que tenga un valor probatorio en el tráfico que sea superior al de un documento privado en el sentido del art. 1225 del CCivil –SSTS 274/1996; 267/2004; 1046/2009 –.”

En lo concerniente a los documentos de reintegro de efectivo y a los listados de movimientos, debemos tener en cuenta lo expuesto en la STS de 30 de enero de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:238): “hemos de partir de la condición de documentos mercantiles [de] 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. 1445/99 de 18.10). En este sentido la STS. 1104/2002 de 10.6, precisa que dentro del un tanto impreciso concepto de documento mercantil se incluyen no solamente los cheques, sino también las solicitudes de talonarios, las órdenes de transferencias y los extractos de cuentas corrientes”.

Por lo tanto, nos encontramos ante documentos de naturaleza mercantil (art. 392 CP en relación con el art. 390 CP).

Según el art. 390 CP:

“1. 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”.

Doña Diana, de acuerdo con lo establecido en el enunciado del supuesto, modificaba la cuantía reflejada en los documentos de reintegro de efectivo y en los listados de movimientos. Pues bien, siguiendo a BORJA JIMÉNEZ (2019, p. 654), “borrar o cambiar números de una cifra” se considera un ejemplo de la modalidad consistente en la “alteración de un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial” (2019, p. 654).

Continúa argumentando BORJA JIMÉNEZ (2019, p. 654) que “se trata de una falsedad, normalmente material, en la que se provoca una transformación en un componente relevante, de tal forma que es susceptible de perturbar la relación jurídica que le acompaña”. Eso sí, señala que “la alteración tiene que ser relevante, de tal forma que una idéntica modificación en un documento y en otro puede ser típica o atípica según perturbe o no la función correspondiente en el ingreso en el tráfico jurídico”.

2.º “*Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*”.

Tal y como expone BORJA JIMÉNEZ la “simulación de un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad” “designa la creación *ex novo* de un documento inexistente o el aprovechamiento de una parte completando totalmente la otra”. “El resultado tiene que ser el error sobre la legitimidad del documento, o sobre su contenido esencial” (2019, p. 654). A su vez, BORJA JIMÉNEZ (2019, pp. 654-655) indica que:

En otros supuestos se puede utilizar gran parte del sustrato material (por ejemplo, un cheque ya firmado por su titular, dejando en blanco los demás datos) ya existente y proceder a falsear el resto del contenido (la cantidad, el lugar y la fecha, por ejemplo). El resultado, como se ha señalado, es una discordancia en relación con el titular del documento, de su creador o de las personas que intervienen en él, y en este sentido hay que interpretar la locución *induzca a error sobre su autenticidad*. Es cierto que la doctrina y alguna resolución jurisprudencial han entendido que la mentada expresión también puede interpretarse cuando lo simulado se refiere al contenido ideológico del documento.

Recordemos que esto es lo que sucede en nuestro supuesto de hecho, ya que *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)*.

ESCOBAR JIMÉNEZ (2019, p. 1949), con respecto al aspecto subjetivo, declara que “viene constituido por la conciencia y voluntad de alterar la verdad, o, si se quiere, el propósito de preconstitución probatoria que no se corresponde con la realidad o verdad real. Es irrelevante que el daño llegue a causarse o no”. En el mismo sentido, BORJA JIMÉNEZ (2019, p. 658) pone de manifiesto que “la conducta falsaria requiere en los documentos públicos (salvo la tipificación imprudente) solo un elemento subjetivo de engaño o defraudación consistente en la pretensión de alterar la verdad”. En la jurisprudencia, podemos citar la STS de 10 de marzo de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:1663): “*no es inherente en cambio a la falsedad de documento público, oficial o de comercio según doctrina de esta Sala, un especial elemento subjetivo del injusto, consistente en ánimo de perjudicar o intención de lucro*” o la STS de 19 de junio de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:5060), que declara que “*la falsedad documental mercantil, al contrario que la estrictamente privada, no precisa la causación de perjuicio, y es típica por sí misma, en cuanto se acredite la mendacidad de lo que declara el documento en su triple función de perpetuación, garantía y probatoria*”.

De acuerdo con el artículo 392.1 CP, “*el particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*”. Como hemos comentado, se trata de un delito continuado, por lo que debemos tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 74.1 CP, siendo la mitad superior de la pena señalada: prisión de 1 año, 9 meses y 1 día a 3 años y multa de 9 meses y 1 día a 12 meses, y la mitad inferior de la pena superior en grado sería: prisión de 3 años y 1 día a 3 años y 9 meses y multa de 1 año y 1 día a 1 año y 3 meses.

II. Estafa

Nos encontramos también ante un delito continuado.

Tras pasar a la firma de don Beltrán documentos de reintegro de efectivo, doña Diana modificaba los importes por unos superiores, quedándose con la diferencia. A su vez, en cinco cheques bancarios de la sociedad, al portador y ya firmados por el Administrador, introdujo cantidades no autorizadas. Posteriormente, la señora Fernández entregaba al señor Vázquez unos listados de movimientos, previamente corregidos por ella. Las cantidades de las que se apropiaba doña Diana eran ingresadas en una cuenta corriente de su titularidad. Como podemos observar, concurren los elementos integrantes del concepto de estafa que, en su aspecto teórico, han sido analizados en la cuestión 1ª: engaño, error, acto de disposición, perjuicio y ánimo de lucro.

II.1. Agravación de “abusando de firma de otro” (núm. 2 del art. 250.1 CP):

Artículo 250.1 CP: “*El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:*”

2.º “*Se perpetre abusando de firma de otro (...)*”.

GONZÁLEZ CUSSAC (2019, p. 414) expone, con respecto al abuso de firma, que este “ha de consistir en la confección o complementación de un documento inveraz, utilizando la firma”. Continúa indicando que “el documento así confeccionado ha de constituir el *engaño*, mediante el que se obtiene el enriquecimiento ilegítimo”, y que “la *naturaleza falsaria* de la acción engañosa constituye, pues, el fundamento de la agravación”.

De acuerdo con MUÑOZ CONDE (2019, p. 671), se enmarcaría aquí “rellenar el documento firmado en blanco con una declaración distinta a la autorizada o previamente pactada”. A su vez, “también se puede realizar esta modalidad alterando un documento auténtico (introduciendo, por ej., una firma falsa al pie de un documento), que convierte el documento auténtico en no auténtico y, por tanto, lo simula”.

Siguiendo a MUÑOZ CONDE (2019, p. 401), “el abuso de firma de otro se producirá cuando el engañado entrega un documento en blanco firmado al estafador, documento que este rellena después con un contenido no autorizado por el firmante y que le produce un perjuicio a él o a un tercero”.

Según lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 8 de marzo de 2002, “*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 [no existe actualmente esta circunstancia de agravación], del CP y falsedad en documento mercantil del artículo 392 del mismo cuerpo legal*”.

La STS de 9 de febrero de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:746) declara: “*el número 4º [actual núm. 2] del artículo 250 del Código Penal, (...) incluye, entre las agravantes específicas del delito de estafa el que “se perpetre abusando de firma de otro”. Y una lectura literal y lógica del texto (...) exige, para apreciar tal agravante específica, que haya existido abuso o mal uso de la firma que se estampa conscientemente en un documento y que se utiliza para un fin distinto para el que se estampó. Se está pensando esencialmente en las firmas en un documento en blanco, que confiadamente se entrega a otra persona y que desatendiendo la orden o el mandato se destina a un fin distinto del convenido (...)*”. En el mismo sentido, la STS de 17 de diciembre de 2008 (ECLI: ES:TS:2008:6984).

Cabe decir que doña Diana emplea los documentos (reintegros y cheques firmados) para un fin diferente al inicialmente concebido tras haber sido firmados por don Beltrán. Se puede observar cómo doña Diana aprovecha la confianza que el Administrador tenía depositada en ella para pasar a su firma los documentos de reintegro de efectivo. Y, en cuanto

a los cheques, estos eran entregados a la trabajadora, una vez habían sido firmados por don Beltrán, para ser completados posteriormente, se supone que del modo previamente pactado, o atendiendo a unas instrucciones que le fuesen impartidas.

II.2. Agravación del núm. 5 del art. 250.1 CP

5.º “*El valor de la defraudación supere los 50.000 euros (...)*”.

No nos encontramos, de acuerdo con el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007, ante el caso de prohibición de doble valoración, ya que, como se expone en el supuesto de hecho: *en una de las retiradas de efectivo, la diferencia de la que se apropió fue por importe de 53.000 euros*. Como se pone de manifiesto en la STS de 18 de marzo de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:1375), “*(...) no se produce infracción legal alguna por aplicar al delito patrimonial ya agravado por una sola de las acciones enjuiciadas, la mayor penalidad prevista por la regla primera del artículo 74 para los delitos continuados, pues de otro modo quedarían sin sanción las conductas defraudatorias añadidas (STS 997/2007, de 21 de noviembre y 173/2013, de 28 de febrero, entre otras)*”. En la misma línea, la STS de 20 de octubre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:4609).

II.3. Agravación del núm. 6 del art. 250.1 CP (abuso de relaciones personales)

6.º “*Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador (...)*”.

La STS de 20 de junio de 2001 (ECLI: ES:TS:2001:5312) expone: “*la agravación específica de abuso de relaciones personales junto al aprovechamiento de una credibilidad empresarial o profesional aparecen caracterizados "por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza", lo que supone que la aplicación de la agravación debe derivarse de una relación distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa. Es decir, el presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de estafa*”.

A su vez, la STS de 11 de abril de 2002 (ECLI: ES:TS:2002:2542) declara: “*tal como señala la sentencia de 28 abril de 2000, la aplicación del tipo agravado por el abuso de relaciones personales (...) queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico del delito de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo*”. En el mismo sentido, la STS de 15 de enero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:36).

Debe tenerse en cuenta la especial confianza que don Beltrán tenía depositada en doña Diana, que se veía reforzada por el hecho de llevar trabajando en la compañía desde sus inicios, y por la especificidad y relevancia de las tareas que tenía encomendadas, entre las que se incluía la actividad “de pasar a la firma”. El señor Vázquez firmaba los documentos de reintegro de efectivo que la señora Fernández le presentaba, lo cual permite apreciar la máxima confianza que tenía depositada en la empleada, y de la que esta se aprovechó. Concurría por tanto ese “plus” al que nos referíamos líneas más arriba. Doña Diana consiguió extraer fondos del saldo de la cuenta de la sociedad XYZ SA empleando para ello diversas técnicas, como reintegros y cheques firmados, y posteriormente, corrigiendo listados de movimientos antes de entregárselos a don Beltrán para, de este modo, evitar que la detectasen.

La estafa agravada *ex art. 250.1 CP* será castigada, como ya hemos comentamos anteriormente, “*con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses*”.

También hemos dicho que nos encontramos ante un delito continuado, siendo la mitad superior de la pena: prisión de 3 años, 6 meses y 1 día a 6 años y multa de 9 meses y 1 día a 12 meses; y la mitad inferior de la pena superior en grado: prisión de 6 años y 1 día a 7 años y 6 meses y multa de 1 año y 1 día a 1 año y 3 meses.

III. Concurso medial

Para tratar la relación entre los delitos continuados de estafa y falsedad documental, consideramos pertinente mencionar la STS de 1 de octubre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:4069), en la que se recoge lo siguiente: “(...) *en cuanto a la relación entre los delitos continuados de estafas agravadas y falsedad documental, es doctrina reiterada de esta Sala - vid STS. 413/2015 de 30.6 - que tratándose de documentos públicos, oficiales o mercantiles no se produce el solapamiento en el desvalor de las respectivas conductas. En este sentido las SSTS. 1338/2005 de 27.12, 1010/2010 de 24.11, 1126/2011 de 2.11, entre otras, son claras al recordar que "la conducta realizada se subsume en el delito de falsedad en documento mercantil y en el delito de estafa, de la que el primero es medio para el segundo, es decir, el régimen de concurrencia entre ambos delitos, es el de concurso ideal medial. En cuanto se refiere a la cuestión de la posible absorción de la falsedad por el delito de estafa, basta decir que tal tesis (art. 8.3 CP)" no es aplicable "cuando de documentos públicos, oficiales o de comercio se trata, pues en este supuesto el tipo penal no exige la concurrencia de dicho elemento subjetivo (art. 392 CP) y ad exemplum SSTS. 17.7.2003 y 6.7.2007".*

Este concurso ideal de delitos no excluye las reglas penológicas del delito continuado, sino que las presupone y se tienen en cuenta para la pena resultante. Por tanto, se produce una doble exasperación punitiva, la de aplicarse por cada delito la pena en su mitad superior según el art. 74.1, y después aplicar la pena más grave resultante en su mitad superior, según el art. 77 (SSTS. 689/2002 de 18.4, 568/2003 de 31.5), a no ser que exceda de la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones”.

ESCOBAR JIMÉNEZ (2019, p. 1964) expone que cuando una falsedad en documento mercantil “constituyó el engaño que determinó el desplazamiento patrimonial, dándose el resto de los elementos respectivos, cabrá hablar de un concurso medial de falsedad y estafa (art. 77 CP)”.

En cuanto al “tratamiento penológico que deben recibir las hipótesis de concurso medial de delitos continuados (v.g. estafa y falsedad continuados)”, GONZÁLEZ CUSSAC Y CUERDA ARNAU (2019, p. 664) declaran que:

En tales casos, procede la aplicación sucesiva de los arts. 74.1 y el art. 77.3. Por consiguiente, la aplicación de la regla penológica del concurso medial habrá de partir de la mitad superior de la pena correspondiente a la infracción más grave, pues solo esta fórmula permite la aplicación sucesiva de la doble exacerbación penal que establecen los preceptos.

En nuestro caso objeto de estudio, la infracción más grave es la estafa continuada.

3ª) Calificación del concurso de la sociedad XYZ SA.

Cabe comenzar indicando que, de acuerdo con el art. 163.1 LC, “*el concurso se calificará como fortuito o como culpable*”.

Siguiendo a SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2015, p. 663), “la formación de la sección relativa a la calificación del concurso” (la sección sexta) se inicia solamente en los siguientes procedimientos:

1.º En los que se inicia la fase del convenio y este establece para todos los acreedores o para una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años.

2.º En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

3.º En todos los casos de incumplimiento del convenio.

“El resultado de la tramitación de esa sección será que el concurso se calificará como *fortuito o culpable*” (SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2015, p. 663).

Como en el supuesto de hecho no se menciona en ningún momento la existencia de un convenio, supondremos que estamos ante un supuesto de apertura de la fase de liquidación.

En la SJM de Oviedo de 31 de enero de 2013 (ECLI: ES:JMO:2013:7) se establece que del art. 164.1 LC “*se deduce que los requisitos para la declaración de concurso culpable son los siguientes: 1) comportamiento activo u omisivo del deudor o de sus representantes legales y, tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho; 2) generación o agravación del estado de insolvencia; 3) imputabilidad de la conducta a dichas personas a título de dolo o culpa grave, por lo que queda excluida la culpa leve; 4) nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia*”. En similares términos se pronuncia la SJM de Vigo de 25 de mayo de 2012 (ECLI: ES:JMPO:2012:23).

Asimismo, la citada SJM de Oviedo de 31 de enero de 2013 expone: “*a la calificación del concurso culpable puede llegarse a través de diversas vías. La primera y más compleja exige la cumplida prueba de todos y cada uno de los requisitos antes enumerados, siendo facilitada la prueba del elemento subjetivo a través de las presunciones iuris tantum del artículo 165 de la Ley Concursal, que admiten prueba en contrario y solo cubren el elemento del dolo o culpa grave*”.

Según determinada doctrina, “la conducta dolosa requiere mala fe, malicia o voluntariedad respecto a la causación o agravamiento de la insolvencia. La culpa grave conlleva la involuntariedad en la infracción de la regla de conducta, infracción de los más elementales o básicos deberes” (GARCÍA MARRENO, 2012, p. 642, citado en Adell Martínez, 2017, p. 150). No obstante, en cuanto a la voluntariedad o malicia asociada al dolo, cabe(n) otras interpretaciones: “como ha sentado la doctrina civilista, el dolo civil requiere no ya intención de perjudicar a los acreedores, sino que basta con que el deudor sea consciente, se percate, de que su comportamiento provoca o puede provocar un daño, y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo” (CÁMARA ÁGUILA, 2004, p. 1754).

I. Presunciones *iuris tantum* de culpabilidad

En el art. 165 LC encontramos una serie de presunciones que, como establecen SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2015, p. 664), atienden “al comportamiento del deudor, sus representantes, administradores o liquidadores, en los ejercicios anteriores al concurso, en la iniciación del mismo o durante su tramitación”. ADELL MARTÍNEZ (2017, p. 153) considera que en dicho artículo se recogen una serie de presunciones de culpabilidad *iuris tantum* en lo que se refiere “a la concurrencia del presupuesto subjetivo, el dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia”. Sin embargo, ha habido discrepancias en la doctrina y en la jurisprudencia en lo relativo a si dicha presunción abarca exclusivamente el elemento intencional -en cuyo caso habrá que “probar la relación de causalidad entre el hecho y la causación o agravación de la insolvencia”- o, en cambio, alcanza a su vez “a todos los elementos necesarios para la calificación del concurso”.

ADELL MARTÍNEZ (2017, p. 153) argumenta que la primera interpretación “hallaría acomodo en una posible interpretación literal del precepto”. La Exposición de Motivos de la LC “hace referencia exclusivamente a la presunción de dolo o culpa grave”, en concreto,

dispone: *“la ley formula el criterio general de calificación del concurso como culpable y a continuación enuncia una serie de supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza, y otra de supuestos que, salvo prueba en contrario, son presuntivos de dolo o culpa grave, por constituir incumplimiento de determinadas obligaciones legales relativas al concurso”*. Apoyan lo aquí expuesto diferentes sentencias, entre las que podemos citar la SAP de Barcelona de 8 de noviembre de 2012 (ECLI: ES:APB:2012:14940) y la SJM de Oviedo de 31 de enero de 2013 (ECLI: ES:JMO:2013:7), que, en concreto, expone: *“(…) cuando concurre una presunción iuris tantum del artículo 165 de la Ley Concursal, esta solo permite tener por acreditado, salvo prueba en contrario, el elemento subjetivo -la concurrencia de dolo o culpa grave- por lo que resulta necesario para calificar como culpable el concurso que, además, se aporte la prueba de la existencia de relación de causalidad entre esas omisiones contempladas en la ley y la generación o agravación de la insolvencia (...)”*.

No obstante, hay autores que defienden una interpretación correctora, siendo partidarios de “dotar al precepto de una interpretación teleológica en cuanto a la finalidad última de paliar las dificultades probatorias que comporta la calificación subjetiva de conductas” (ADELL MARTÍNEZ, 2017, p. 153). Consideran que la interpretación literal del precepto lo vuelve inaplicable en la práctica, ya que resulta difícil “probar la relación de causalidad entre el supuesto fáctico y la insolvencia” -entre los autores que comparten esta opinión se encuentra GARCÍA MARRENO (2012, p. 646, citado en Adell Martínez, 2017, p. 153)-. Siguiendo esta interpretación, “nos hallaríamos ante una presunción de existencia de dolo o culpa grave en la causación o agravación de la insolvencia, presunción cuya carga de la prueba en contrario en cuanto al nexo causal, recaería sobre el deudor” (ADELL MARTÍNEZ, 2017, p. 154).

De acuerdo con ADELL MARTÍNEZ (2017, p. 154), la orientación que ha prevalecido en la actualidad es la que opta por atender al “tenor literal de la norma, en aplicación del criterio semántico”. En palabras de GALLEGO SÁNCHEZ (2013, p. 181):

(La) Ley presume la existencia de dolo o culpa grave, pero no que con dolo o culpa grave se haya generado o agravado la insolvencia. En consecuencia, ha de entenderse que la constancia de la realización de la conducta típica únicamente libera de la prueba de la existencia del dolo o la culpa grave; de forma que, acreditada su ejecución, se presumen estos elementos; pero todavía hay que probar, conforme a las reglas ordinarias de la carga de la prueba, el resto de los presupuestos de la cláusula general, esto es, que, en relación de causalidad, la conducta en cuestión generó o agravó la insolvencia.

Asume esta tesis el TS, como se observa en la STS de 17 de noviembre de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:8004), en la que se declara: *“el art. 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos de los arts. 164.1 y 164.2, sino que es una norma complementaria de la del art. 164.1 en el sentido de que presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia. Si este no concurre, los supuestos del art. 165 LC son insuficientes para declarar un concurso culpable”*. En el mismo sentido, las SSTS de 16 de enero de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:525), de 21 de mayo de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:4441) y de 16 de julio de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:5172).

No obstante, hay “pronunciamientos posteriores que, sin advertir –y, quizás, sin justificar– un cambio de postura, otorgan un alcance mucho más amplio al efecto presuntivo derivado de este precepto” (GARCÍA-CRUCES, 2017, p. 1348). Por ejemplo, la STS de 7 de mayo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:2211), donde se dispone que el art. 165.1 LC *“(…) establece una presunción “iuris tantum” (...) que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia (sentencias de esta Sala núm. 259/2012, de 20 de*

abril; 255/2012, de 26 de abril; 298/2012, de 21 de mayo; 459/2012, de 19 de julio, y 122/2014, de 1 de abril)”.

Esa idea se reitera en la STS de 17 de septiembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:3837): *“en cuanto a la tercera causa, el incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso, que el art. 165.1º LC regula como primer supuesto en que se presume el dolo o la culpa grave, tal y como ha sido interpretado por la Sala, que extiende a la presunción a la agravación de la insolvencia, traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia”*.

En el mismo sentido, la STS de 1 de junio de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:2451), que, además, añade: *“se trata, por otra parte, de una consecuencia lógica del principio “id quod plerumque accidit” [lo que normalmente sucede], puesto que el retraso en solicitar la declaración del concurso suele provocar una agravación de la insolvencia del concursado, por lo que sin necesidad de tal presunción legal, la carga de la prueba de que tal agravación no se ha producido recaería también sobre las personas afectadas por la calificación por cuanto que se trataría de un hecho excepcional”*.

La más reciente STS de 22 de abril de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1781), que trata el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, considera que la presunción *iuris tantum* del art. 165.1 LC *“se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia”*.

Asimismo, resulta interesante mencionar la STS de 12 de enero de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:256), en la que se declara lo siguiente: *“teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial, que son los tomados en consideración por la sentencia recurrida, son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable”*.

En el supuesto, se ha *“incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso”* (art. 165.1.1.º LC) por parte del deudor, siguiendo lo dispuesto en el art. 5 LC.

El art. 5.1 LC recoge el deber del deudor de *“solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia”*; encontrándose en estado de insolvencia *“el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”*, ex art. 2.2 LC.

El apartado 2 del artículo 5 indica lo siguiente: *“salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente”*. En nuestro supuesto concurre *“el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor”* (art. 2.4.1.º LC). Con respecto al sobreseimiento debe tenerse en cuenta que este se produce en marzo de 2019, cuando ya no resulta posible proceder al pago de los intereses de los préstamos, y se acumulan las solicitudes de devolución del capital invertido, sin reintegrarse dicho capital a la multitud de acreedores existentes. Por lo tanto, se presume *iuris tantum* que el deudor ha conocido su estado de insolvencia, habiendo transcurrido más de dos meses hasta que don Beltrán Vázquez presentó la solicitud de concurso (junio de 2019). Asimismo, no debemos olvidar que a finales del año 2018 el señor Vázquez era consciente de la grave situación que estaba atravesando la

compañía, y por dicho motivo su esposa y él otorgaron capitulaciones matrimoniales el 31 de octubre de 2018, pasando a regirse por el régimen de separación de bienes. No obstante, se siguieron celebrando contratos de préstamos con nuevos clientes, aun siendo el Administrador consciente de la gravedad de la situación patrimonial y financiera en la que se encontraba la sociedad XYZ SA.

El estado de insolvencia “puede ser actual o previsto por el propio deudor como inminente” (SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2015, p. 593). Como nos encontramos ante un deudor que es persona jurídica, la competencia para formular la solicitud de declaración de concurso corresponde al órgano de administración o de liquidación, *ex art. 3.1 LC* (SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2015, p. 593). En el apartado tercero del mismo artículo se expone que también están legitimados para solicitarla “*los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella*”.

II. Presunciones *iusuris et de iure* de culpabilidad

Tal y como exponen SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2015, p. 665), “junto a la causa general del concurso culpable”, el art. 164.2 LC “enuncia distintos supuestos que permiten al Juez calificar “en todo caso” el concurso como culpable”.

La SJM de Oviedo de 31 de enero de 2013 (ECLI: ES:JMO:2013:7), acerca de los supuestos previstos en el art. 164.2 LC indica que, “*en muchos de [ellos] la propia conducta ilícita del deudor o de su administrador provoca una situación de opacidad que dificulta, cuando no imposibilita, la prueba del dolo o la negligencia grave distinta de la referida a la propia conducta tipificada en el artículo 164.2 de la Ley Concursal y de su relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia, o provoca un daño difuso difícil de concretar a efectos de determinar tal relación de causalidad respecto de un daño concreto y cuantificable*”.

Por su parte, la STS de 6 de octubre de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:6838), con respecto a los supuestos del art. 164.2 LC explica que “*la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma*”. Asimismo, pone de manifiesto que “*(...) la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola -esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-*”. En el mismo sentido, las SSTs de 17 de noviembre de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:8004), de 16 de enero de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:525) y de 20 de abril de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:2883).

II.1. Art. 164.2.1.º LC

En el caso objeto de estudio se observa que el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad ha “*cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera*” (art. 164.2.1.º LC).

Cabe comenzar señalando que “irregularidad relevante” es un concepto jurídico indeterminado cuya interpretación es esencial, puesto que la relevancia es lo que va a determinar que las conductas sean susceptibles de enmarcarse en el art. 164.2.1.º LC (ADELL MARTÍNEZ, 2017, p. 167).

El concepto de irregularidad “debe entenderse referido al quebrantamiento de una norma contable establecida, tanto por una alteración activa de los estados financieros: haber incluido registros contables que desvirtúan la imagen fiel; como por omisión: no dejar constancia de hechos con trascendencia económica o financiera” (ADELL MARTÍNEZ, 2017, p. 185).

La “irregularidad relevante”, siguiendo a ADELL MARTÍNEZ (2017, p. 184) incluye, en el contexto concursal, cuatro presupuestos jurídicos:

1º El material: una falta de información contable o que esta no se corresponda con la realidad de un hecho de trascendencia económica llevado a cabo por el deudor.

2º El cuantitativo: que la discordancia entre la información contable y la realidad económica se traduzca en diferencias económicas importantes; de tal modo que se excluirán las diferencias de escasa cuantía en términos relativos.

3º El cualitativo: que la discordancia afecte a elementos determinantes para conocer la verdadera situación patrimonial o financiera del concursado, por lo que se excluirán las irregularidades que no alteran de forma determinante la información.

4º El subjetivo: que la irregularidad revele cierta intencionalidad o el incumplimiento de las más elementales reglas de la diligencia exigible al concursado.

En lo que se refiere a la autoría de la irregularidad, en las sociedades de capital, esta se atribuye al órgano de administración (en nuestro supuesto, Administrador único), al que le corresponde la formulación de las cuentas anuales y la llevanza de contabilidad en su conjunto y que, por tanto, es “responsable del contenido de la misma” (ADELL MARTÍNEZ, 2017, p. 185).

Como indica ADELL MARTÍNEZ (2017, p. 167):

– (...) lo relevante para la inclusión de los hechos en el precepto es que los defectos de la información contable sean tales que, o bien no pueda la administración concursal formarse una idea suficiente de la situación patrimonial del concursado y de las vicisitudes que acabaron en la insolvencia, o bien se forme una idea errónea de las mismas.

– De igual modo, que dicha desinformación sea de relevancia tal que, análogamente, haya podido impedir conocer a los agentes económicos, *ex ante* a la situación de insolvencia, la verdadera situación patrimonial del concursado.

En la jurisprudencia, encontramos pronunciamientos que recogen las ideas expuestas líneas arriba, entre otras, en la SAP de A Coruña de 26 de enero de 2015 (ECLI: ES:APC:2015:132): “no es de extrañar entonces que la Ley considere culpable el concurso cuando la contabilidad contenga irregularidades trascendentes o relevantes en los términos legales, pues en tal caso las decisiones de los operadores jurídicos no podrán ser adoptadas de forma correcta y adecuada, si parten de condicionantes fácticos inexactos, produciéndose entonces un perjuicio informativo para la comprensión de la situación real del obligado contable, no exento de consecuencias, que el legislador pretende prevenir y, en su caso, sancionar”; y en la STS de 5 de junio de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:2970): “conforme a la interpretación literal y teleológica del precepto, se requiere que las irregularidades sean relevantes para el conocimiento de la situación patrimonial o financiera del deudor concursal.

El mero hecho de que exista error o falsedad en determinados apuntes en la contabilidad no significa, por sí solo, que sea relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera”.

GARCÍA-CRUCES (2004, p. 47) dispone que el “criterio orientativo a fin de comprobar si se satisface tal requisito” será “atender a si la falsedad o el error permiten o evitan disponer de la información necesaria para valorar la conducta del deudor (...)”.

Hay algunas sentencias que remiten “al concepto de importancia relativa para determinar la relevancia de la irregularidad contable a efectos concursales” (ADELL MARTÍNEZ, 2017, p. 187), entre las que podemos citar la SAP de A Coruña de 6 de julio de 2015 (ECLI: ES:APC:2015:1905), que conecta el calificativo de “relevante” con el principio contable de importancia relativa previsto en el marco conceptual del Plan General de

Contabilidad (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2007/11/16/1514/con>) y, asimismo, refleja la definición de importancia relativa de acuerdo con las Normas Técnicas de Auditoría.

Analizaremos a continuación las irregularidades que repercuten en la cuenta de pérdidas y ganancias. En el supuesto de hecho encontramos una irregularidad que consiste “en el reflejo equívoco de la cifra de ingresos” (se ha incrementado de forma ficticia la cifra de negocios), y también “desde el punto de vista del reflejo de los gastos” (hubo un diferimiento en el reconocimiento de gastos -lo que induce “a una proyección temporal errónea” de los gastos- y se han registrado gastos procedentes de los servicios prestados por la sociedad ABC SL en una cuantía excesiva) (ADELL MARTÍNEZ, 2017, p. 191). A su vez, se han generado resultados excepcionales a través de la enajenación de elementos de inmovilizado, lo que contribuye al incremento del resultado de explotación.

Siguiendo a ADELL MARTÍNEZ (2017, p. 193), “la inadecuación del cálculo del resultado contable es (...) un supuesto de irregularidad importante y (...) puede resultar relevante para la comprensión de la situación económica, patrimonial y financiera del concursado”.

Al no aplicar debidamente las normas de registro y valoración, el resultado contable es de una cuantía superior al que correspondería si se aplicasen correctamente dichas normas. Además, al diferirse el reconocimiento de gastos, la estructura de gastos no refleja una razonable proyección temporal de los mismos (ADELL MARTÍNEZ, 2017, p. 303).

En cuanto a las irregularidades en el balance de situación, en el caso objeto de estudio nos encontramos con que la partida del pasivo referida a las deudas por contratos de préstamo está “valorada indebidamente por debajo del importe adeudado, por debajo de su valor de exigibilidad”, mostrando “un montante de deudas a pagar menor por parte de la empresa, y ello puede inducir a error en la valoración del riesgo” (ADELL MARTÍNEZ, 2017, p. 300). El registro de saldos acreedores por contratos de préstamo “por un valor inferior al importe que resultan exigibles” es un supuesto que puede “afectar la imagen fiel de la valoración y estructura del pasivo exigible” (ADELL MARTÍNEZ, 2017, p. 301).

En lo relativo a las Normas Internacionales de Auditoría, hay que tener en cuenta la NIA-ES 450: *Evaluación de las incorrecciones identificadas durante la realización de la auditoría* (adaptada para su aplicación en España mediante Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013)¹, en la que se define incorrección como la “*diferencia entre la cantidad, clasificación, presentación o información revelada respecto de una partida incluida en los estados financieros y la cantidad, clasificación, presentación o revelación de información requeridas respecto de dicha partida de conformidad con el marco de información financiera aplicable. Las incorrecciones pueden deberse a errores o fraudes*”. A su vez, la NIA-ES 240: *Responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude* (adaptada para su aplicación en España mediante Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013)² considera que “*las incorrecciones en los estados financieros pueden deberse a fraude o error. El factor que distingue el fraude del error es que la acción subyacente que da lugar a la incorrección de los estados financieros sea o no intencionada*”.

Resulta especialmente interesante citar la NIA-ES 320: *Importancia relativa o materialidad en la planificación y ejecución de la auditoría* (adaptada para su aplicación en España mediante Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013)³, que expone:

¹ <http://www.icac.meh.es/NIAS/NIA%20450%20p%20def.pdf>

² <http://www.icac.meh.es/NIAS/NIA%20240%20p%20def.pdf>

³ <http://www.icac.meh.es/NIAS/NIA%20320%20p%20def.pdf>

Los marcos de información financiera a menudo se refieren al concepto de importancia relativa en el contexto de la preparación y presentación de estados financieros. Aunque dichos marcos de información financiera pueden referirse a la importancia relativa en distintos términos, por lo general indican que:

- *las incorrecciones, incluidas las omisiones, se consideran materiales si, individualmente o de forma agregada, cabe prever razonablemente que influyan en las decisiones económicas que los usuarios toman basándose en los estados financieros; (...)*

En suma, como vemos, estamos ante irregularidades contables muy relevantes, que impiden conocer la imagen fiel de la sociedad -siendo esta la finalidad que persigue la contabilidad, y que exigen los arts. 25 y ss. CCo-, o, dicho de otra forma, “*que impiden conocer la realidad patrimonial y financiera de la concursada y que integran plenamente la presunción iuris et de iure de culpabilidad (...)*” (SJM de Oviedo de 31 de enero de 2013 (ECLI: ES:JMO:2013:7)).

El comportamiento de don Beltrán es doloso, chocando frontalmente con el deber general de diligencia de los administradores recogido en el art. 225 LSC. En palabras de la SAP de Alicante de 27 de octubre de 2010 (ECLI: ES:APA:2010:3860), “*la infracción grosera de tal deber en aspectos tan básicos como los expuestos, permite presumir una conducta dolosa (...)*”.

II.2. Art. 164.2.2.º LC

A su vez, se contempla el supuesto del art. 164.2.2.º LC: el deudor ha “*cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso*”. Y ello es así puesto que con la solicitud de concurso voluntario se presentaba una lista de acreedores con ocultación de pasivo; es decir, se ocultaron acreedores. En el art. 6.2.4.º LC se menciona la “*relación de acreedores*” como uno de los documentos aportados con la solicitud.

La SAP de Barcelona de 30 de diciembre de 2008 (ECLI: ES:APB:2008:12269) declara que la inexactitud será grave “*cuando se refiera a una información relevante para el concurso, en concreto para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación o para la aprobación del convenio*”.

II.3. Art. 164.2.5.º LC

Asimismo, el deudor ha llevado a cabo “*actos sobre su patrimonio con la clara intención de perjudicar a sus acreedores*” (SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2015, p. 666). En concreto, se aprecia que “*durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso*” han salido fraudulentamente del patrimonio de la sociedad XYZ SA los vehículos Mercedes-Benz Clase A, Audi A6 y la finca El Castaño. Para que se cumpla el supuesto de hecho del art. 164.2.5.º LC, como indica la SAP de Barcelona de 16 de junio de 2011 (ECLI: ES:APB:2011:8909), “*no basta con que el acto de disposición realizado por la concursada sea susceptible de rescisión concursal, al amparo del art. 71 LC, pues para ello sería suficiente que hubiera ocasionado perjuicio para la masa, sino que es necesario, además, acreditar la concurrencia del elemento subjetivo del fraude. Este plus en relación con la acción rescisoria concursal, que expresamente excluye la concurrencia del fraude, supone una exigencia de malicia, entendida como intención o conocimiento y aceptación, por parte del deudor concursado, de que con dicho acto se distraen los bienes o derechos objeto de la transmisión de la futura masa del concurso*”.

Más adelante explica que “*(...) la administración concursal debería haberse remontado al momento de las enajenaciones (...) y apreciar si por las circunstancias concurrentes podría advertirse la intención clara de distraer este activo de la futura masa*

del concurso, para impedir el cobro de los acreedores, o cuando menos la consciencia clara de ello". Dicha intención ya ha sido tratada en la cuestión 1ª.

Por todo lo expuesto, consideramos que estaríamos ante un concurso culpable.

4ª) Análisis jurídico de la eficacia de los contratos de compraventa de los vehículos Mercedes-Benz Clase A y Audi A6 y de la donación de la finca El Castaño.

Cabe comenzar diciendo que el señor Vázquez a través de dichos contratos intenta poner a salvo de los acreedores bienes de la empresa; por lo que estamos ante actos de distracción de bienes pertenecientes a la sociedad XYZ SA. Siguiendo a SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2015, p. 621), la LC "trató de limitar los efectos perjudiciales para la masa activa por medio de unas acciones de reintegración que califica como *rescisorias*".

En estos tres casos cabría el ejercicio de la acción rescisoria concursal, la cual, según HUELMO REGUEIRO (2015, p. 8), "es una acción que puede ser ejercitada para reintegrar a la masa activa del concurso los bienes o derechos que se consideran indebidamente salidos del patrimonio del deudor durante un plazo de tiempo legalmente determinado". Una muestra de la definición de esta acción por parte del Tribunal Supremo la encontramos en la STS de 30 de abril de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:1954), en la que se expone lo siguiente: "*las acciones de reintegración son instrumentos esenciales para la satisfacción de los intereses de los acreedores, que constituye la finalidad primordial del concurso. Mediante tales acciones se busca restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par condicio creditorum*".

Siguiendo a SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2015, p. 621), "se parte (...) del hecho de poder impugnar los actos que sean perjudiciales para los bienes y derechos que forman la masa activa del patrimonio del deudor, realizados durante un determinado plazo (dos años antes de la fecha de la declaración de concurso), sin tener en cuenta si ha existido o no intención fraudulenta".

Los tres contratos de nuestro supuesto de hecho son actos de disposición patrimonial efectuados por el administrador de la sociedad XYZ SA (don Beltrán Vázquez), dentro del plazo de los dos años anteriores a la declaración de concurso. De acuerdo con SANCHO GARGALLO (2017, p. 112), "con carácter general, el plazo de dos años viene referido en el art. 71.1 LC a la declaración de concurso y no a la solicitud". Comparte este criterio HUELMO REGUEIRO (2015, p. 111), quien indica que el "*dies a quo*" para el cómputo del plazo de dos años es "la fecha del auto de declaración del concurso".

Posteriormente se analizará si pueden considerarse perjudiciales para la masa activa. En cuanto al requisito subjetivo, hay que tener en cuenta que, como pone de manifiesto SANCHO GARGALLO (2017, p. 85), los actos de disposición patrimonial, en el caso de las personas jurídicas, "pueden haber sido realizados por el órgano competente según el acto y el carácter de la operación societaria que se realiza". De este modo, en las sociedades de capital, pueden ser llevados a cabo "por quien asume orgánicamente su representación, los administradores sociales" (SANCHO GARGALLO, 2017, p. 85). Eso sí, el acto tiene que poder imputarse a la sociedad, y no a su administrador, "en cuanto que haya supuesto una efectiva disposición patrimonial del deudor, no de su representante" (SANCHO GARGALLO, 2017, p. 85). Esto es lo que sucede en el supuesto de hecho, al ser los bienes dispuestos propiedad de la compañía XYZ SA.

En lo relativo a la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias, *ex* art. 72.1 LC, la misma corresponde a la administración concursal. Asimismo, se concede

legitimación activa subsidiaria a los acreedores, siempre que cumplan los siguientes requisitos (HUELMO REGUEIRO, 2015, p. 272), desarrollados en dicho art. 72.1 LC:

- En primer lugar, un requisito formal: requerimiento previo a la administración concursal.
- En segundo lugar, un requisito temporal: transcurso de dos meses.

La actual regulación de la acción rescisoria concursal se centra en el concepto de perjuicio, tal y como lo declara el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, como en la STS de 27 de octubre de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:5329): *“la acción de reintegración, si bien requiere como presupuesto el perjuicio para la masa activa, no precisa que haya el ánimo o propósito de defraudar”*, y en la STS de 26 de octubre de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:7265): *“el fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude”*. En el mismo sentido, la STS de 17 de abril de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1704). En la doctrina, SANCHO GARGALLO (2017, p. 89) expone que *“el fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude”*.

Continúa SANCHO GARGALLO (2017, p. 90) indicando que *“la Ley excluye expresamente la exigencia de un elemento subjetivo para el ejercicio de esta acción. No es necesario ni la intención fraudulenta del deudor al realizar el acto, ni el consilium fraudis de quienes negocian con él o se benefician del acto de disposición”*.

Según SANCHO GARGALLO (2017, p. 93), *“para que prospere la rescisión concursal no es necesario que el acto objeto de impugnación haya contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, ni tampoco que se haya realizado estando el deudor en situación de insolvencia”*. Esta postura también se encuentra en la jurisprudencia. Como muestra de ello, la STS de 24 de julio de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:3566) declara: *“hemos de reiterar que para que un acto de disposición del deudor (...) sea perjudicial para la masa activa ni es necesario que haya contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, ni tampoco que cuando se realizó la sociedad ya estuviera en insolvencia. Lo único que exige el art. 71 LC es que se hubiera realizado dentro del periodo legal de dos años antes de la declaración de concurso de acreedores y que sea perjudicial para la masa activa, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala sobre el perjuicio (...)”*. Por su parte, la SJM de Alicante de 10 de octubre de 2007 (ECLI: ES:JMA:2007:108) dispone que no es necesario que haya una relación causal entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración del concurso.

SANCHO GARGALLO (2017, p. 89) pone de manifiesto que el perjuicio para la masa es un criterio objetivo de impugnación, el cual no es definido por la ley, habiendo sido dotado de contenido por la jurisprudencia, conceptuándolo como un *“sacrificio patrimonial injustificado”*. En la SAP de Barcelona de 2 de mayo de 2006 (ECLI: ES:APB:2006:15007) se expone que *“para (...) acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, como ocurre con las donaciones y en general con las transmisiones a título gratuito; también en los negocios bilaterales con reciprocidad de prestaciones, si se da una ausencia de equivalencia (...)”*. Esta consideración del *“perjuicio para la masa activa”* como concepto jurídico indeterminado se observa también en la STS de 26 de octubre de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:7265). El TS, por primera vez, hace mención del *“sacrificio patrimonial injustificado en la STS 622/2010, de 27 de octubre”* (SANCHO GARGALLO, 2017, p. 98). En esa STS de 27 de octubre de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:5329) se recoge lo siguiente:

“es evidente que la venta se hizo por un precio notablemente inferior al del mercado, lo que produjo una disminución del valor del patrimonio de la entidad vendedora constituyendo un sacrificio patrimonial injustificado”.

Cabe citar en este punto, nuevamente, la STS de 17 de abril de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1704), en la que se establece que *“la acción de reintegración (...) es una acción propia, que se funda en el elemento objetivo del perjuicio a la masa activa por un acto realizado dentro del periodo sospechoso de dos años, que son los dos requisitos exigidos por el invocado art. 71.1 LC”*; concluyendo la STS de 4 de noviembre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:4722) que *“el perjuicio relevante para la estimación de las acciones de rescisión concursal es el que supone un sacrificio patrimonial injustificado”.*

Nos centramos a continuación en la noción de perjuicio como sacrificio patrimonial injustificado.

De acuerdo con SANCHO GARGALLO (2010, pp. 36-37, citado en Sancho Gargallo, 2017, pp. 97-98), el juicio sobre el perjuicio exige, por un lado, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial y, por otro lado, que dicho sacrificio carezca de justificación. *“Esta falta de justificación subyace a los supuestos en que el art. 71.2 LC presume iuris et de iure el perjuicio. En el caso de las donaciones y, en general, de las transmisiones a título gratuito, se considera que la liberalidad deja de estar justificada cuando con ella se impide el pago de las deudas”* (SANCHO GARGALLO, 2017, p. 98). Por lo tanto, como la venta simulada del vehículo Mercedes-Benz Clase A a la madre del señor Vázquez y la donación de la finca El Castaño al hermano de doña Valentina se enmarcarían en el art. 71.2 LC, en ambos casos nos encontramos ante sacrificios patrimoniales carentes de justificación y, asimismo, dichos actos de disposición suponen una aminoración del valor del activo.

Expone SANCHO GARGALLO (2017, p. 126) que la Ley entiende que, en atención a las consecuencias que la declaración de concurso conlleva para los acreedores concursales que, ordinariamente, se ven privados de la íntegra satisfacción de sus créditos, no está justificado que en un periodo relativamente próximo al concurso, dos años antes de su declaración, se realice ningún acto de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso.

En la jurisprudencia, la STS de 26 de octubre de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:7265) considera que: *“el perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.*

La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización”.

La venta del vehículo Mercedes-Benz Clase A a la madre de don Beltrán por 13.000 euros, no habiendo sido pagado el precio, se trata de un negocio simulado y, siguiendo a SANCHO GARGALLO (2017, p. 126), si el acto de disposición se ha realizado bajo la apariencia de un negocio simulado, debe obtenerse *“primero una declaración de la simulación relativa para proyectar después sobre el acto declarado de mera liberalidad la presunción de perjuicio”* (SANCHO GARGALLO, 2017, p. 126).

En concreto, si se ha simulado la donación mediante un negocio a título oneroso (en este caso, una compraventa), según SANCHO GARGALLO (2017, pp. 127-128):

al ejercitar la acción rescisoria concursal, para que pueda aplicarse la presunción de perjuicio, el instante de la rescisión deberá acumular una previa acción declarativa para que se declare la simulación y que el negocio realmente perfeccionado fue una donación. Sobre esta previa declaración, operará la presunción de perjuicio y con ella la estimación de la rescisión concursal.

En cuanto a los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, cabe decir que “la mera relación o vínculo no aporta ningún criterio objetivo para juzgar sobre la concurrencia del perjuicio. Tan solo comporta la inversión de la carga de la prueba que se impone al concursado y al adquirente del bien o derecho objeto de disposición respecto, en este caso, de la ausencia de perjuicio” (SANCHO GARGALLO, 2012, p. 1161, citado en Sancho Gargallo, 2017, pp. 144-145).

La venta del vehículo Audi A6 a la madre del señor Vázquez por un precio notablemente inferior al de mercado es un acto a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el concursado que ocasiona un sacrificio patrimonial, puesto que se trata de un negocio sin equivalencia de prestaciones (ha existido un claro y manifiesto desequilibrio injustificado de prestaciones), produciéndose una disminución del valor del patrimonio de la sociedad XYZ SA, que constituye un sacrificio patrimonial injustificado (razonamiento que, como hemos visto, se recoge en la STS de 27 de octubre de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:5329)).

Dicha venta del vehículo Audi A6 se enmarca en el art. 71.3.1.º LC., donde se establece la presunción del perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario, en las disposiciones a título oneroso realizadas “a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado”. Conforme a lo establecido en el art. 92.5.º LC, los créditos cuyo titular sea una persona especialmente relacionada con el deudor serán créditos subordinados. Por su parte, el art. 93 LC dispone, en su apartado segundo, que “se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:”

1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

Don Beltrán Vázquez (accionista persona natural) posee un 82% de las acciones de la sociedad XYZ SA, por lo que su madre se consideraría persona especialmente relacionada ex art. 93.1.2.º LC.

De acuerdo con el art. 73.1 LC, la estimación de la acción rescisoria concursal conlleva “la ineficacia del acto impugnado” y la consiguiente “restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses”. La STS de 4 de noviembre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:4723) indica que “conforme al art. 73.1 LC, el efecto legal consiguiente a la rescisión de un acto de disposición es la «ineficacia del acto impugnado» y la condena «a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses»”.

SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2015, p. 623) exponen que “el efecto esencial de la sentencia estimatoria de la acción” es “la declaración de ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, sus frutos e intereses”.

La SAP de Barcelona de 6 de febrero de 2009 (ECLI: ES:APB:2009:1485) considera que “(...) se trata de una ineficacia ex nunc, que opera desde la declaración, por lo que hasta

entonces el negocio es válido y produce sus efectos. Es a partir de la resolución judicial que estima la rescisión cuando se declara la ineficacia de los actos impugnados, y surge para las partes la obligación de restituirse las prestaciones que fueron objeto del negocio o acto dispositivo, más los intereses y frutos, conforme a lo dispuesto en el art. 73.1 LC". Otro pronunciamiento similar lo encontramos en la SAP de Pontevedra de 27 de julio de 2011 (ECLI: ES:APPO:2011:2077). Por su parte, como ejemplos de pronunciamientos de una Audiencia Provincial en los que se considere que la ineficacia es *ex tunc* están la SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009 (ECLI: ES:APVA:2009:447) y la SAP de Girona de 20 de marzo de 2009 (ECLI: ES:APGI:2009:558).

El supuesto de hecho expresamente contemplado en el art. 73 LC se refiere a un acto de disposición que sea un contrato bilateral con reciprocidad de prestaciones. No obstante, ello no impide que se haga una interpretación extensiva del precepto a, entre otros, aquellos casos de rescisión de actos unilaterales (SANCHO GARGALLO, 2017, p. 310).

En la jurisprudencia, debe mencionarse la STS de 30 de abril de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:1954), que declara: *"el art. 73.1 de la Ley Concursal prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses». Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas*". Por su parte, en la STS de 12 de abril de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:4181) se establece: *"(...) no siempre la rescisión comporta restitución de prestaciones, sino tan solo en aquellos casos en los que la liquidación de la situación resultante de la rescisión así lo exija a fin de mantener el equilibrio de prestaciones, pero no en aquellos en los que la reintegración se sustenta en la ausencia de contrapartida o en la falta de equilibrio determinante del perjuicio*". A su vez, en la SAP de Lugo de 4 de febrero de 2014 (ECLI: ES:APLU:2014:91) se explica: *"(...) en el caso enjuiciado la entidad SOCONGA deberá entregar el inmueble objeto de la compraventa que se rescinde pero al no haber recibido la concursada ningún precio, como contraprestación, no está obligada a devolverlo y, por tanto, no tendrá la consideración de crédito contra la masa o subordinado, según haya concurrido o no mala fe*".

En cuanto a los efectos de la rescisión de la venta simulada del vehículo Mercedes-Benz Clase A y de la donación de la finca El Castaño (ambos, actos a título gratuito), cabe tener en cuenta lo dispuesto en la STS de 30 de abril de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:1954), ya citada anteriormente, en la que se recoge que *"(...) cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito (...), la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido (...)*". Es decir, solamente da lugar a una condena de restitución al donatario (SANCHO GARGALLO, 2017, p. 327).

Debemos ahora analizar si la madre de don Beltrán ha actuado de buena fe o no. Siguiendo la STS de 7 de diciembre de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:8314), la mala fe *"va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación*".

Más adelante declara que *"el art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores*.

Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre).

En principio, una vez apreciada la mala fe de la contraparte, debe operar la sanción que supone la subordinación de su crédito, sin que pueda mitigarse este efecto aplicándolo solo a una parte del crédito”.

En la misma línea se encuentra la STS de 5 de abril de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1503).

En la SAP de Alicante de 9 de abril de 2008 (ECLI: ES:APA:2008:1210) se expone lo siguiente: “(...) entiende el Tribunal que la mala fe (...) se debe construir, partiendo de la objetividad con que se construye y fundamenta el sistema rescisorio concursal -art. 71-1 in fine LC -, a partir del artículo 1298 Código Civil y, por tanto, adicionando un particular dolo a la conducta negocial del tercero con ocasión del acto declarado ineficaz, ello en el sentido de entender que hay mala fe solo cuando la intervención en el negocio rescindido se ha producido conociendo que se está participando en un acto destinado a causar perjuicio a los acreedores de la contraparte en el negocio. Dicho de otro modo, resulta insuficiente para apreciar mala fe que el tercero simplemente participe en el negocio conociendo la situación de crisis que padece la otra parte. Es necesario que además sepa que el negocio lo realiza aquel con intención de perjudicar a sus acreedores, esto es, de que lo que se quiere es sustraer bienes en perjuicio de acreedores.

Hay pues mala fe en el tercero partícipe en el acto que se declara ineficaz en virtud de una acción rescisoria concursal cuando la parte -de ordinario, el adquirente- conoce y, conociendo, colabora con el deudor, en la finalidad defraudatoria seguida por este. Hay mala fe cuando existe un consilium fraudis”. Reitera esta interpretación la SAP de Alicante de 10 de junio de 2008 (ECLI: ES:APA:2008:2841).

La SAP de Girona de 20 de marzo de 2009 (ECLI: ES:APGI:2009:558) considera que “puede entenderse esa mala fe como equivalente al ánimo fraudulento o intención defraudadora de los derechos de los acreedores, ya actuales ya potenciales. Esto es, se requiere en el "consilium fraudis", como elemento cognitivo, un conocimiento directo por los intervinientes en el acto de obrar en fraude de derechos ajenos legítimamente tutelados, y la directa voluntad de ejecutar el acto con tal intención, como elemento volitivo, sin que para ello sea exigible la directa intención de dañar, sino que basta con la previsión de disminuir la posibilidad de cumplimiento de la propia obligación, todo ello según SSTs de 20 de octubre de 2005, 14 de noviembre de 2005, 25 de noviembre de 2005, o 1 de marzo de 2006, entre otras”.

SANCHO GARGALLO entiende que “cuando el art. 73.3 LC se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado, ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores” (Sancho Gargallo, 2012, p. 1220, citado en Sancho Gargallo, 2017, p. 319).

Debe mencionarse en este punto la SAP de Barcelona de 9 de julio de 2010 (ECLI: ES:APB:2010:7309), que argumenta del siguiente modo: “el carácter sancionador de esta norma, que va más allá de los equitativos efectos jurídicos ligados a la rescisión de un

negocio (la recíproca restitución de las prestaciones), tanto en la acción pauliana como en la rescisión concursal, es el que nos lleva a exigir un pequeño plus al "consilium fraudis", tal y como viene siendo apreciado por la jurisprudencia, cuando lo objetiva como mero conocimiento de las circunstancias en que se realiza el negocio".

Cabe decir, sin embargo, que hay autores en la doctrina que vinculan “la mala fe con la generación y/o agravación de la insolvencia, propio de la calificación del concurso (art. 164.1 LC)” (SANCHO GARGALLO, 2017, p. 319). Entre ellos se encuentra GULLÓN BALLESTEROS (2005, p. 4133), que expone que “la mala fe es actuar dolosamente o con culpa grave en el acto rescindido, conociendo, por tanto, o debiendo conocer sin pesquisas anormales la situación de insolvencia -o su agravamiento- en que se coloca a la otra parte”.

En el supuesto de hecho solamente se concreta que *tanto la madre de don Beltrán como el hermano de doña Valentina eran conocedores de la situación que estaba atravesando XYZ SA*. Como vemos, hay diferentes opiniones en relación con lo exigido para la apreciación de la mala fe. Lo que sabemos es que, de apreciarse la mala fe, en lo relativo a la naturaleza del crédito de la contraparte, el crédito de la madre del señor Vázquez se transformará en concursal subordinado *ex arts. 73.3 y 92.6.º LC*. En la jurisprudencia, ello se expone, por ejemplo, en la STS de 7 de diciembre de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:8314), mencionada líneas más arriba. Por el contrario, si hubiese habido buena fe, se aplicaría la regla general, según la cual “el crédito de la contraparte a recibir la contraprestación entregada al deudor concursado al perfeccionar el negocio que se rescinde es un crédito contra la masa (art. 84.2.8º LC)”, y, *ex art. 73.3 LC*, deberá ser abonado por la administración concursal “*simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido*”. Dicha “obligación es recíproca para ambas partes, y mientras no se cumpla por una de ellas la contraprestación no es exigible frente a la otra” (SANCHO GARGALLO, 2004, pp. 178-179, citado en Sancho Gargallo, 2017, p. 316). De acuerdo con SANCHO GARGALLO (2017, p. 317), en el caso de que la rescisión se hubiese justificado por la presunción de perjuicio del art. 71.3.1.º LC (como ocurre en la venta del vehículo Audi A6), operaría también dicha “naturaleza de crédito contra la masa y el derecho a recibir de la contraria simultáneamente su contraprestación a la restitución”. “Aunque los créditos que ostentan estas personas especialmente relacionadas con el deudor no se subordinarán conforme al art. 92.5º LC, porque no se trata de créditos concursales sino contra la masa” (SANCHO GARGALLO, 2004, p. 179, citado en Sancho Gargallo, 2017, p. 317).

5ª) La Agencia Estatal de Administración Tributaria reclamó a la sociedad ABC SL el pago de cantidades derivadas del Impuesto sobre Sociedades de los años 2015 y 2016 y retenciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 2015 y 2016. Si don Beltrán Vázquez es declarado responsable subsidiario de dichas deudas tributarias de la sociedad ABC SL mediante acto de declaración de responsabilidad dictado por la Administración tributaria, ¿son las capitulaciones matrimoniales otorgadas por escritura pública de 31 de octubre de 2018, con posterior liquidación de la sociedad de gananciales, oponibles frente a la Hacienda Pública?

Cabe comenzar indicando que nos encontramos ante un supuesto en el cual uno de los cónyuges (don Beltrán Vázquez) es administrador de una sociedad mercantil (ABC SL), la cual contrae una serie de deudas tributarias constante la comunidad ganancial, exigiéndosele a dicho cónyuge, al concurrir el presupuesto de hecho legalmente previsto (y previa declaración de fallido de la persona jurídica deudora principal y, en su caso, de los responsables solidarios, y la derivación de la acción administrativa) responsabilidad subsidiaria *ex arts. 41.1 y 5, 43.1.a) o 2 y 176 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General*

Tributaria (en adelante, LGT), (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/17/58/con>), exponiéndose en este último artículo el procedimiento para exigir la responsabilidad subsidiaria: a través de un acto de declaración de responsabilidad, dictado por la Administración tributaria y que se le notificará al responsable subsidiario.

FABAR CARNERO (2018, p. 322) considera que “las obligaciones tributarias imputables a un cónyuge” y que sean relativas “a la actividad profesional o comercial del deudor”, deben considerarse deudas gananciales *ex arts. 1365.2º del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil* (en adelante, CC), (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)) y 6 y siguientes CCo. Si se tiene en cuenta lo establecido por el art. 106 de la 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* (en adelante, LIRPF) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/11/28/35/con>), las deudas tributarias por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendrían “*la misma consideración que las referidas en el artículo 1365 del Código Civil y, en consecuencia, los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública por estas deudas, contraídas por uno de los cónyuges*”. Es decir, en el art. 106 LIRPF se efectúa una asimilación de las deudas tributarias a los débitos gananciales del art. 1365 CC. Esto último unido al hecho de que habitualmente esas deudas “surgen en el ámbito de la actividad profesional o comercial de cualquiera de los cónyuges”, nos llevaría a apreciar “su condición consorcial *ex art. 1365.2.º CC*, en relación con los arts. 6 y ss. CCo” (FABAR CARNERO, 2018, p. 333).

Como se expone en la SAP de Murcia de 10 de julio de 2000 (ECLI: ES:APMU:2000:2033) “*el artículo 6 del Código de Comercio sujeta los bienes comunes gananciales a las responsabilidades derivadas del ejercicio comercial por uno de los cónyuges, siempre que concurra el consentimiento del otro, que no precisa ser expreso, bastando el tácito cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo (art. 7 del mismo Código)*”.

La SAP de Zamora de 22 de noviembre de 2016 (ECLI: ES:APZA:2016:379) declara que “*de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1362.4º y 1365.2º, ambos del CCiv, y dado que estamos ante una deuda generada con ocasión del desempeño de la profesión de administrador de uno de los cónyuges, debe calificarse como deuda de naturaleza ganancial, de la que responderá en su caso, según el segundo de los preceptos citados y según lo previsto en los arts. 1317, 1401 y 1402 del Código Civil, los bienes gananciales, incluso después de la disolución de la sociedad legal de gananciales.*”

La jurisprudencia ha declarado que las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio del comercio, si lo hace con conocimiento y sin oposición del otro, tiene el carácter de ganancial de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Código de Comercio y 1.362.4 y 1.365.2 del Código Civil”.

Las capitulaciones matrimoniales otorgadas mediante escritura pública, con posterior liquidación de la sociedad de gananciales, son inoponibles frente a la Hacienda Pública acreedora y, por consiguiente, pervive la vinculación del activo social atribuido al cónyuge no deudor por las mencionadas deudas tributarias -arts. 1317 y 1401 CC-; esto es, los bienes adjudicados a doña Valentina Gómez responden de las deudas tributarias exigidas a don Beltrán Vázquez. La STS de 7 de noviembre de 1997 (ECLI: ES:TS:1997:6665) indica que “*es cierto (...) que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317), sin que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía sea necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se*

instrumente, ya que del sentido general de los arts. 1399, 1403 y 1404 del C.c se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que estos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados si se hubiese formulado debidamente inventario pues, en otro caso y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1401 y 1402 en relación con el 1084 C.c), tal responsabilidad será ultra vires (SS de 20 de marzo, 27 de octubre y 22 de diciembre de 1989), por lo que ha podido decirse que, con independencia de lo que alcanza al esposo deudor, existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aún después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales (S. de 13 de junio de 1986)”.

Asimismo, la STS de 25 de septiembre de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:5802) dispone que *“el artículo 1317 del Código Civil contiene como declaración general sobre la modificación del régimen económico matrimonial, realizada durante el matrimonio, y no perjudica en ningún caso los derechos subsistentes que los terceros hubieran adquirido”.*

CABANILLAS SÁNCHEZ (1986, pp. 3764-3766, citado en Bayod López, 2007, p. 1138) señala que el Código Civil *“preserva los derechos de los acreedores en la fase de liquidación de la sociedad de gananciales con una serie de normas concretas”.* En particular, *“el juego de los artículos 1401 y 1402 en relación con el artículo 1317 CC, garantiza a los acreedores la satisfacción de sus intereses a través del sistema de la inoponibilidad, cuando se reclaman deudas gananciales”.*

En la STS de 19 de febrero de 1992 (ECLI: ES:TS:1992:12628) se declara que, *“puesto que las cargas fiscales eran anteriores a los capítulos matrimoniales de separación de bienes los adjudicados a la esposa en la liquidación de la sociedad de gananciales responden de dichas deudas”.* Más adelante, expone *“(…) toda modificación del régimen económico matrimonial implica que los bienes gananciales han de responder directamente frente al acreedor del marido por las deudas por esta contraídas, señalando la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aun después de la disolución de la sociedad puedan accionar los acreedores, contra los bienes consorciales que hubiesen, incluso, sido adjudicados a cada uno de los cónyuges no deudor, en exacta cobertura aplicatoria del artículo 1.401 del Código Civil (...)”.*

En palabras de la STS de 21 de junio de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:4023), *“los impuestos derivados del trabajo, bienes o industria de los dos o de uno de los cónyuges son a cargo de la comunidad de gananciales; el concepto básico es que son carga de esta, las obligaciones necesarias para la conservación de los patrimonios ganancial y privativo: así lo disponen los números 2º y 3º del artículo 1362 del Código civil”.* Por ello, siguiendo lo dispuesto en dicha sentencia, *“la deuda tributaria (...) es a cargo de la comunidad de gananciales y la modificación del régimen económico-matrimonial de gananciales a separación de bienes (...) no perjudica a tercero, sino que este conserva sus créditos contra el cónyuge deudor y no deudor, a quien han sido adjudicados bienes de aquella comunidad (...)”.*

Con una argumentación similar, la SAP de Zamora de 22 de noviembre de 2016 (ECLI: ES:APZA:2016:379) establece que *“las deudas tributarias generadas por impago de las cuotas de impuestos de la sociedad de que el codemandado, esposo de la codemandada, durante el ejercicio del cargo de administrador, al haberse generado vigente la sociedad conyugal, son deudas gananciales, pues han sido contraídas por el esposo vigente la indicada*

sociedad en el ejercicio del objeto social de la sociedad y la liquidación de la antigua sociedad conyugal de los codemandados es inoponible frente a la Hacienda Pública acreedora y, en consecuencia, las fincas adjudicadas a la esposa deben responder del pago de esas deudas tributarias gananciales (...)”.

Por su parte, en la SAP de León de 16 de noviembre de 2011 (ECLI: ES:APLE:2011:1290) se pone de manifiesto que *“si la infracción que determina la responsabilidad subsidiaria se produjo antes de la disolución de la sociedad de gananciales, el patrimonio ganancial está afecto a la satisfacción de tal responsabilidad, aun cuando el acuerdo ejecutivo que la declare sea posterior”*. Más adelante expone que *“si el patrimonio ganancial ha de responder de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges por su actividad como administrador de una sociedad dedicada a obras y construcciones, los bienes gananciales han de quedar afectos a la satisfacción de cualquier responsabilidad derivada de aquella actividad. Y si la responsabilidad surge de la infracción, el momento a considerar es aquel en el que esta se produce, aun cuando, por su carácter subsidiario, no se pueda proceder para exigir su pago sin hacer previa excusión de los bienes del deudor principal”*. En la posterior STS de 19 de febrero de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:638) se desestima el recurso de casación contra la SAP de León de 16 de noviembre de 2011 (ECLI: ES:APLE:2011:1290).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 LGT, podemos decir que la deuda tributaria está constituida *“por la cuota o cantidad a ingresar”*, así como, en su caso, por el interés de demora y diferentes recargos (*“por declaración extemporánea”*, *“del período ejecutivo”* y los *“exigibles legalmente sobre las bases o las cuotas, a favor del Tesoro o de otros entes públicos”*). En relación con las sanciones tributarias, dicho artículo expone que no forman parte de la deuda tributaria. Por lo tanto, siguiendo a FABAR CARNERO (2018, p. 334), podemos decir que las posibles sanciones *“que se impongan al cónyuge deudor”*, *“sin perjuicio de lo establecido en el art. 106 LIRPF, en atención a su naturaleza punitiva significadamente personal, son débitos privativos de aquel”*. Lo mismo ocurre en caso de *“una eventual declaración de responsabilidad solidaria o subsidiaria que se extienda a las sanciones ex arts. 174 a 176, en relación con los arts. 182 y 42 y 43, LGT”*, no comprometiendo, consecuentemente, *“directamente el activo social frente a la Administración tributaria”*, y sometiéndose *“a lo dispuesto en el art. 1373 CC”*.

En suma, el razonamiento anterior nos lleva a concluir que las deudas tributarias son a cargo de la sociedad de gananciales que don Beltrán Vázquez integraba con doña Valentina Gómez, siendo inoponible frente a la Hacienda Pública acreedora la liquidación de la sociedad de gananciales, debiendo responder los bienes adjudicados a la esposa del pago de dichas deudas (los cuales tenían el carácter de gananciales en los periodos a que corresponden las deudas reclamadas a don Beltrán Vázquez como responsable subsidiario de la sociedad ABC SL). En otras palabras, como la disolución de la sociedad de gananciales se realizó con posterioridad al devengo de la deuda tributaria (Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los ejercicios 2015 y 2016), dicha deuda tiene carácter ganancial, de acuerdo con la SAN de 14 de marzo de 2011 (ECLI: ES:AN:2011:1496) - resolución confirmada posteriormente por la STS de 26 de junio de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:3644)-.

CONCLUSIONES FINALES

Primera. Como hemos razonado en la contestación a la primera cuestión, nos encontramos ante un esquema Ponzi (estafa piramidal), y, tras un análisis acerca de la concurrencia de los requisitos propios de cada delito, hemos concluido que Don Beltrán Vázquez, Administrador único de la empresa XYZ SA, sería autor de un delito continuado de estafa agravada del artículo 248.1 en relación con el artículo 250.1 circunstancia 5ª (al ser el

valor de la defraudación superior a los 50.000 euros y al afectar a un número elevado de personas); un delito societario continuado del artículo 290 CP, primer párrafo (falseamiento de las cuentas anuales de la sociedad a través de las técnicas de manipulación contable que hemos comentado, impidiendo a los potenciales clientes conocer cuál era la verdadera situación económica en la que se encontraba la compañía, llevándolos a confiar en su solvencia y, finalmente, a invertir en la misma) en relación de concurso medial *ex* artículo 77 CP con el primer delito, ya que, tal y como hemos argumentado, sin dichas maniobras contables llevadas a cabo para mejorar las cuentas anuales no hubiese resultado posible realizar el delito de estafa. Asimismo, es autor de un delito de insolvencia punible cualificado del artículo 259.1 núm. 2 (realización de los actos de disposición que hemos indicado) y núm. 6 (irregularidades relevantes en la contabilidad) en relación con el artículo 259 bis CP circunstancia 1ª. Por último, es también autor de un delito de administración desleal del art. 252 CP, ya que usando las facultades de las que disponía como Administrador de XYZ SA, ordenó pagos a la sociedad ABC SL -de la que también era Administrador- por servicios prestados en una cuantía excesiva, causando un perjuicio a XYZ SA, en concurso real con los delitos continuados de estafa e insolvencia punible.

Segunda. Tras analizar la consideración de los cheques bancarios, los documentos de reintegro de efectivo y los listados de movimientos como documentos mercantiles de acuerdo con la jurisprudencia del TS, concluimos que doña Diana Fernández es autora de un delito continuado de falsedad en documento mercantil del artículo 392 CP, en relación con el artículo 390.1 núm. 1º (alteración de “*un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial*”, en concreto, nos referimos a la modificación de la cuantía reflejada en los documentos de reintegro de efectivo por otra superior, así como a las modificaciones en los listados de movimientos que posteriormente entregaba a Don Beltrán) y núm. 2º (simulación de “*un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*”, puesto que introdujo cantidades no autorizadas en cinco cheques bancarios que figuraban al portador y que ya habían sido firmados por don Beltrán) en relación de concurso medial *ex* artículo 77 CP con un delito continuado de estafa agravada del artículo 248.1 CP en relación con el artículo 250.1 circunstancias 2ª (abuso de firma de otro, rellenándose cantidades en los cheques ya firmados, destinando los documentos a fines diferentes de los que fueron concebidos inicialmente, una vez firmados por don Beltrán), 5ª (al ser el valor de la defraudación superior a 50.000 euros, no encontrándonos, de acuerdo con el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007 ante el caso de prohibición de doble valoración) y 6ª (abuso de relaciones personales, debido a la especial confianza que tenía don Beltrán depositada en su empleada, y que fue tratada en la respuesta a la segunda cuestión).

Tercera. Como en el enunciado del caso objeto de estudio no se menciona en ningún momento la existencia de un convenio, hemos considerado para dar respuesta a esta pregunta que nos encontramos ante un supuesto de apertura de la fase de liquidación. Estaríamos ante un concurso culpable, concurriendo presunciones tanto *iuris et de iure* como *iuris tantum* de culpabilidad que han sido analizadas en el desarrollo de la argumentación. En síntesis, entre las primeras observamos que “*el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad*” ha cometido “*irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera*” (artículo 164.2.1.º LC); una “*inexactitud grave*” en “*los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso*” (artículo 164.2.2.º LC), al presentarse una lista de acreedores con ocultación de acreedores; así como la salida fraudulenta de bienes del patrimonio de la sociedad (artículo 164.2.5.º LC). Entre las segundas detectamos el incumplimiento del “*deber de solicitar la declaración del concurso*” (art. 165.1.1.º LC) por parte del deudor, siguiendo lo dispuesto en el art. 5 LC (presumiéndose *iuris tantum* que ha conocido su estado de insolvencia *ex* artículo 5.2, en relación con el

artículo 2.4.1.º LC, habiéndose producido “*el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor*” en marzo de 2019; no habiendo presentado don Beltrán la solicitud de concurso hasta el mes de junio del mismo año, esto es, más de dos meses después de acaecido dicho hecho -artículo 5.1 LC-).

Cuarta. Hemos comenzado indicando que nos hallamos ante actos de distracción de bienes pertenecientes a la sociedad XYZ SA y, tras verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para su ejercicio, concluimos que cabría en los tres casos el ejercicio de la acción rescisoria concursal. Como presupuesto de dicha acción hemos visto que se encuentra el perjuicio que los actos originen para la masa activa, el cual no es definido por la ley, habiendo sido dotado de contenido por la jurisprudencia, que lo conceptúa como “*un sacrificio patrimonial injustificado*”, requiriendo una aminoración del valor del activo y debiendo, además, carecer de justificación. Tal y como hemos expuesto, dicha falta de justificación subyace en los supuestos en los que el artículo 71.2 LC presume *iuris et de iure* el perjuicio (enmarcándose en este apartado la venta simulada del vehículo Mercedes-Benz Clase A a la madre del señor Vázquez y la donación de la finca El Castaño al hermano de doña Valentina). En cuanto a la venta del vehículo Audi A6 a la madre de don Beltrán por un precio notablemente inferior al de mercado, *ex* artículo 71.3.1.º LC (en relación con el artículo 93.2.1.º LC) se presume *iuris tantum* el perjuicio patrimonial. La estimación de la acción rescisoria concursal, siguiendo el artículo 73.1 LC, conllevaría “*la ineficacia del acto impugnado*” y la consiguiente “*restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses*”. No obstante, hemos observado que tanto la doctrina como la jurisprudencia recalcan que el supuesto de hecho expresamente contemplado en tal artículo se refiere a un acto de disposición que sea un contrato bilateral con reciprocidad de prestaciones. En lo relativo a los efectos de la rescisión de la venta simulada del vehículo Mercedes-Benz Clase A y de la donación de la finca El Castaño (ambos, actos a título gratuito), de acuerdo con lo declarado por la doctrina y la jurisprudencia, la sentencia que acuerda la rescisión provoca la ineficacia del acto rescindido y da lugar a una condena de restitución al donatario.

Quinta. Las deudas tributarias que se indican surgen en el ámbito de la actividad profesional o comercial de uno de los cónyuges -desempeño de la profesión de Administrador de don Beltrán-, y ello nos llevaría a apreciar su carácter ganancial *ex* artículo 1365.2.º CC, en relación con los artículos 6 y siguientes CCo (debiendo tener en cuenta, asimismo, el artículo 1362.4.ª CC). El análisis de la jurisprudencia nos conduce a la conclusión de que las capitulaciones matrimoniales otorgadas mediante escritura pública, con posterior liquidación de la sociedad de gananciales son inoponibles frente a la Hacienda Pública acreedora y, por consiguiente, pervive la vinculación del activo social atribuido al cónyuge no deudor (doña Valentina Gómez) por las mencionadas deudas tributarias anteriores a las capitulaciones matrimoniales -ya que el devengo del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los ejercicios 2015 y 2016 es anterior a la disolución de la sociedad de gananciales-, procedentes de la sociedad mercantil de la que es Administrador el señor Vázquez (artículos 1317 y 1401 CC).

BIBLIOGRAFÍA

ADELL MARTÍNEZ, J., 2017. *Análisis Interpretativo de los Supuestos de Calificación Culpable del Concurso de Acreedores por Incumplimientos e Incorrecciones Contables Art. 164.2.1º LC*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch. ISBN13 9788491690169. <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491690169>

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, 2007. Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes. *ADC* [en línea]. (2), pp. 1109-1162 [consulta: 3 de febrero de 2020]. ISSN-e 1699-3500. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2151828>

BORJA JIMÉNEZ, E., 2019. Falsedades, con especial referencia a la falsedad documental. En: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., coord., et al. *Derecho Penal Parte Especial*. 6ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 647-668. ISBN13 9788413361956. <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413361956>

CÁMARA ÁGUILA, M.P., 2004. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., coord., et al. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen II*. Madrid: Tecnos, p. 1754.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., 2019. Administración desleal. En: CAMACHO VIZCAÍNO, A., dir., et al. *Tratado de Derecho Penal Económico*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 687-713. ISBN13 9788413131542. <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413131542>

ESCOBAR JIMÉNEZ, R., 2019. Delitos de falsedad documental en el Código Penal. En: CAMACHO VIZCAÍNO, A., dir., et al. *Tratado de Derecho Penal Económico*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 1909-1990. ISBN13 9788413131542.

FABAR CARNERO, Alberto, 2018. La responsabilidad directa con los bienes gananciales por las deudas de naturaleza extracontractual individualmente contraídas. *Revista de Derecho UNED* [en línea]. (22), pp. 321-353 [consulta: 2 de marzo de 2020]. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rduned.22.2018.22278>

FARALDO CABANA, P., 2019. Delitos societarios. En: CAMACHO VIZCAÍNO, A., dir., et al. *Tratado de Derecho Penal Económico*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 1159-1226. ISBN13 9788413131542.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., 2013. Las presunciones relativas de dolo o culpa grave del artículo 165 de la Ley Concursal. En: ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J. y CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. (dir.), et al. *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*. España: Civitas, pp. 175-190. ISBN 9788447045884.

GARCÍA-CRUCES, J.A., 2004. De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa. *ADC*. (2), pp. 43-80.

GARCÍA-CRUCES, J.A., 2017. La calificación del concurso y responsabilidades derivadas. En: GARCÍA-CRUCES, J.A., dir., et al. *Jurisprudencia y Concurso*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 1333-1404. ISBN13 9788491433583. <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491433583>

GIL RODRÍGUEZ, J., 2004. Arts. 71-73. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., coord., et al. *Comentarios a la Ley Concursal. Volumen I*. Madrid: Tecnos, pp. 829-900.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., 2019. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): Estafas. En: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., coord., et al. *Derecho Penal Parte Especial*. 6ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 399-420. ISBN13 9788413361956.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., 2019. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): Administración desleal. Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas. En: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., coord., et al. *Derecho Penal Parte Especial*. 6ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 421-445. ISBN13 9788413361956.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., 2019. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IX): frustración de la ejecución e insolvencias punibles. En: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., coord., et al. *Derecho Penal Parte Especial*. 6ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 447-469. ISBN13 9788413361956.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y CUERDA ARNAU, M.L., 2019. Estafas. En: CAMACHO VIZCAÍNO, A., dir., et al. *Tratado de Derecho Penal Económico*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 633-686. ISBN13 9788413131542.

GULLÓN BALLESTEROS, A., 2005. La acción rescisoria concursal. En: OLIVENCIA, M. (hom.). *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Vol. 4: La masa pasiva, la masa activa, los convenios o acuerdos concursales*. España: Marcial Pons, pp. 4125-4135. ISBN 8497681819.

HERRERO PLA, Francisco, 2016. La contabilidad creativa o manipulación contable y el fraude financiero. En: *CEF.-UDIMA* [en línea]. Disponible en: <https://acef.cef.es/contabilidad-creativa-manipulacion-contable.html> [consulta: 28 de marzo de 2020].

HUELMO REGUEIRO, J. *La acción rescisoria concursal* [en línea]. Tesis doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona, 2015. [Consulta: 5 de marzo de 2020]. Disponible en: <https://ddd.uab.cat/record/148709>

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., 2019. Delitos societarios. En: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., coord., et al. *Derecho Penal Parte Especial*. 6ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 507-516. ISBN13 9788413361956.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., 2019. Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (Capítulos VII y VII bis del Título XIII: arts. 257 a 261 bis). En: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial*. 6ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 47-182. ISBN13 9788413139388. <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413139388>

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., 2019. Delitos societarios (Capítulo XIII del Título XIII: arts. 290 a 297). En: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial*. 6ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 459-592. ISBN13 9788413139388.

MUÑOZ CONDE, F., 2019. Defraudaciones: Estafa. Apropiación indebida. Administración desleal. Defraudaciones del fluido eléctrico y análogas. En: MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*. 22ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 391-418. ISBN13 9788413362014. <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413362014>

MUÑOZ CONDE, F., 2019. El bien jurídico protegido en el Título XVIII. Falsificación de moneda. Falsificación de sellos de correos y efectos timbrados. Falsificación documental. Falsificación de certificados. Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje. Disposiciones comunes. Excurso: Las llamadas «falsedades personales»: usurpación de funciones públicas, uso indebido de traje o insignia e intrusismo. En: MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*. 22ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 653-686.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., 2019. Concurso de delitos y de leyes. En: MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal Parte General*. 10ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 439-451. ISBN13 9788413139401. <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413139401>

ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., 2019. La aplicación de la pena. En: ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal Parte General*. 8ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 469-495. ISBN13 9788413362298.

<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413362298>

PAVÍA CARDELL, J., 2019. Los delitos de insolvencia punible. En: CAMACHO VIZCAÍNO, A., dir., et al. *Tratado de Derecho Penal Económico*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 809-865. ISBN13 9788413131542.

PINTÓ RUIZ, J.J., 2005. De la retroacción al retorno de las acciones rescisorias. En: OLIVENCIA, M. (hom.). *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Vol. 4: La masa pasiva, la masa activa, los convenios o acuerdos concursales*. España: Marcial Pons, pp. 4279-4330. ISBN 8497681819.

QUINTANAR DÍEZ, M., ORTIZ NAVARRO, J.F. y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., 2020. Lección XIX. En: QUINTANAR DÍEZ, M., ORTIZ NAVARRO, J.F. y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. *Elementos de Derecho Penal Parte General*. 3ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 175-182. ISBN13 9788413369419. <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413369419>

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., 2015. La declaración de concurso. En: SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. 37ª ed. (10ª en Aranzadi). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 573-604. ISBN 9788490985618.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., 2015. Efectos de la declaración del concurso. En: SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. 37ª ed. (10ª en Aranzadi). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 605-625. ISBN 9788490985618.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., 2015. Soluciones del concurso y terminación del procedimiento. En: SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. 37ª ed. (10ª en Aranzadi). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 643-669. ISBN 9788490985618.

SANCHO GARGALLO, I., 2017. *La rescisión concursal*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch. ISBN13 9788491437802. <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491437802>

SOUTO GARCÍA, E.M., 2015. Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss.). En: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATA LLÍN EVANGELIO, A. (coord.), et al. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 751-790. ISBN13 9788490869451. <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490869451>

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Civil) 12628/1992 de 19 de febrero (ECLI: ES:TS:1992:12628)
- STS (Sala de lo Penal) 3656/1992 de 8 de mayo (ECLI: ES:TS:1992:3656)
- STS (Sala de lo Penal) 4846/1992 de 16 de junio (ECLI: ES:TS:1992:4846)
- STS (Sala de lo Civil) núm. 965/1993 de 7 de noviembre (ECLI: ES:TS:1997:6665)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 828/1998 de 18 de noviembre (ECLI: ES:TS:1998:6831)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 437/1998 de 10 de marzo (ECLI: ES:TS:1999:1663)
- STS (Sala de lo Civil) núm. 773/1999 de 25 de septiembre (ECLI: ES:TS:1999:5802)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 1243/2000 de 11 de julio (ECLI: ES:TS:2000:5692)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 1218/2001 de 20 de junio (ECLI: ES:TS:2001:5312)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 626/2002 de 11 de abril (ECLI: ES:TS:2002:2542)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 1111/2003 de 22 de julio (ECLI: ES:TS:2003:5288)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 1704/2003 de 11 de diciembre (ECLI: ES:TS:2003:7983)
- STS (Sala de lo Penal) 746/2004 de 9 de febrero (ECLI: ES:TS:2004:746)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 278/2004 de 1 de marzo (ECLI: ES:TS:2004:1373)
- STS (Sala de lo Penal) núm. 1256/2004 de 10 de diciembre (ECLI: ES:TS:2004:8021)
- STS (Sala de lo Civil) núm. 514/2005 de 21 de junio (ECLI: ES:TS:2005:4023)

STS (Sala de lo Penal) núm. 771/2006 de 18 de julio (ECLI: ES:TS:2006:4528)
STS (Sala de lo Penal) núm. 860/2008 de 17 de diciembre (ECLI: ES:TS:2008:6984)
STS (Sala de lo Penal) núm. 918/2008 de 31 de diciembre (ECLI: ES:TS:2008:7298)
STS (Sala de lo Penal) núm. 111/2009 de 10 de febrero (ECLI: ES:TS:2009:607)
STS (Sala de lo Penal) núm. 1394/2009 de 25 de enero (ECLI: ES:TS:2010:301)
STS (Sala de lo Penal) núm. 113/2010 de 23 de febrero (ECLI: ES:TS:2010:639)
STS (Sala de lo Penal) núm. 714/2010 de 20 de julio (ECLI: ES:TS:2010:3962)
STS (Sala de lo Civil) 662/2010 de 27 de octubre (ECLI: ES:TS:2010:5329)
STS (Sala de lo Penal) núm. 954/2010 de 3 de noviembre (ECLI: ES:TS:2010:6020)
STS (Sala de lo Penal) núm. 1158/2010 de 16 de diciembre (ECLI: ES:TS:2010:7576)
STS (Sala de lo Penal) núm. 429/2011 de 17 de mayo (ECLI: ES:TS:2011:3335)
STS (Sala de lo Civil) núm. 644/2011 de 6 de octubre (ECLI: ES:TS:2011:6838)
STS (Sala de lo Penal) núm. 1170/2011 de 10 de noviembre (ECLI: ES:TS:2011:7596)
STS (Sala de lo Civil) núm. 614/2011 de 17 de noviembre (ECLI: ES:TS:2011:8004)
STS (Sala de lo Penal) núm. 1394/2011 de 27 de diciembre (ECLI: ES:TS:2011:9238)
STS (Sala de lo Civil) núm. 994/2011 de 16 de enero (ECLI: ES:TS:2012:525)
STS (Sala de lo Penal) núm. 281/2012 de 3 de abril (ECLI: ES:TS:2012:3017)
STS (Sala de lo Civil) núm. 210/2012 de 12 de abril (ECLI: ES:TS:2012:4181)
STS (Sala de lo Civil) núm. 259/2012 de 20 de abril (ECLI: ES:TS:2012:2883)
STS (Sala de lo Penal) núm. 324/2012 de 10 de mayo (ECLI: ES:TS:2012:3037)
STS (Sala de lo Civil) núm. 298/2012 de 21 de mayo (ECLI: ES:TS:2012:4441)
STS (Sala de lo Penal) núm. 465/2012 de 1 de junio (ECLI: ES:TS:2012:3813)
STS (Sala de lo Penal) núm. 539/2012 de 19 de junio (ECLI: ES:TS:2012:5060)
STS (Sala de lo Penal) núm. 552/2012 de 2 de julio (ECLI: ES:TS:2012:4782)
STS (Sala de lo Penal) núm. 581/2012 de 10 de julio (ECLI: ES:TS:2012:5055)
STS (Sala de lo Civil) núm. 501/2012 de 16 de julio (ECLI: ES:TS:2012:5172)
STS (Sala de lo Penal) núm. 707/2012 de 20 de septiembre (ECLI: ES:TS:2012:6127)
STS (Sala de lo Civil) núm. 629/2012 de 26 de octubre (ECLI: ES:TS:2012:7265)
STS (Sala de lo Civil) núm. 723/2012 de 7 de diciembre (ECLI: ES:TS:2012:8314)
STS (Sala de lo Penal) núm. 37/2013 de 30 de enero (ECLI: ES:TS:2013:238)
STS (Sala de lo Penal) núm. 166/2013 de 8 de marzo (ECLI: ES:TS:2013:1110)
STS (Sala de lo Penal) núm. 280/2013 de 2 de abril (ECLI: ES:TS:2013:2088)
STS (Sala de lo Penal) núm. 563/2013 de 18 de junio (ECLI: ES:TS:2013:3500)
STS (Sala de lo Contencioso) 3644/2013 de 26 de junio (ECLI: ES:TS:2013:3644)
STS (Sala de lo Civil) núm. 49/2014 de 19 de febrero (ECLI: ES:TS:2014:638)
STS (Sala de lo Penal) núm. 253/2014 de 18 de marzo (ECLI: ES:TS:2014:1375)
STS (Sala de lo Civil) núm. 122/2014 de 1 de abril (ECLI: ES:TS:2014:1368)
STS (Sala de lo Penal) núm. 338/2014 de 15 de abril (ECLI: ES:TS:2014:1779)
STS (Sala de lo Civil) núm. 100/2014 de 30 de abril (ECLI: ES:TS:2014:1954)
STS (Sala de lo Civil) núm. 428/2014 de 24 de julio (ECLI: ES:TS:2014:3566)
STS (Sala de lo Penal) núm. 900/2014 de 26 de diciembre (ECLI: ES:TS:2014:5573)
STS (Sala de lo Civil) núm. 772/2014 de 12 de enero (ECLI: ES:TS:2015:256)
STS (Sala de lo Penal) núm. 185/2015 de 25 de marzo (ECLI: ES:TS:2015:1386)
STS (Sala de lo Civil) núm. 199/2015 de 17 de abril (ECLI: ES:TS:2015:1704)
STS (Sala de lo Penal) núm. 215/2015 de 17 de abril (ECLI: ES:TS:2015:1889)
STS (Sala de lo Civil) núm. 275/2015 de 7 de mayo (ECLI: ES:TS:2015:2211)
STS (Sala de lo Civil) núm. 327/2015 de 1 de junio (ECLI: ES:TS:2015:2451)
STS (Sala de lo Civil) núm. 343/2015 de 5 de junio (ECLI: ES:TS:2015:2970)
STS (Sala de lo Civil) núm. 492/2015 de 17 de septiembre (ECLI: ES:TS:2015:3837)
STS (Sala de lo Penal) núm. 539/2015 de 1 de octubre (ECLI: ES:TS:2015:4069)

STS (Sala de lo Civil) núm. 211/2016 de 5 de abril (ECLI: ES:TS:2016:1503)
STS (Sala de lo Civil) núm. 269/2016 de 22 de abril (ECLI: ES:TS:2016:1781)
STS (Sala de lo Penal) núm. 784/2016 de 20 de octubre (ECLI: ES:TS:2016:4609)
STS (Sala de lo Civil) núm. 653/2016 de 4 de noviembre (ECLI: ES:TS:2016:4722)
STS (Sala de lo Civil) núm. 654/2016 de 4 de noviembre (ECLI: ES:TS:2016:4723)
STS (Sala de lo Penal) núm. 31/2018 de 22 de enero (ECLI: ES:TS:2018:373)
STS (Sala de lo Penal) núm. 68/2018 de 7 de febrero (ECLI: ES:TS:2018:1155)
STS (Sala de lo Penal) núm. 94/2018 de 23 de febrero (ECLI: ES:TS:2018:850)
STS (Sala de lo Penal) núm. 236/2018 de 22 de mayo (ECLI: ES:TS:2018:1827)
STS (Sala de lo Penal) núm. 327/2018 de 4 de julio (ECLI: ES:TS:2018:4085)
STS (Sala de lo Penal) núm. 434/2018 de 28 de septiembre (ECLI: ES:TS:2018:3276)
STS (Sala de lo Penal) núm. 531/2018 de 6 de noviembre (ECLI: ES:TS:2018:3806)
STS (Sala de lo Penal) núm. 704/2018 de 15 de enero (ECLI: ES:TS:2019:36)
STS (Sala de lo Penal) núm. 719/2018 de 21 de enero (ECLI: ES:TS:2019:155)
STS (Sala de lo Penal) núm. 153/2019 de 21 de marzo (ECLI: ES:TS:2019:949)

Audiencia Nacional

SAN (Sala de lo Contencioso) 1496/2011 de 14 de marzo de 2011 (ECLI: ES:AN:2011:1496)

Tribunal Superior de Justicia

ATSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Civil y Penal) 7/2002 de 15 de mayo (ECLI: ES:TSJCLM:2002:7A)

Audiencia Provincial

SAP de Murcia (secc. 5) núm. 105/2000 de 10 de julio (ECLI: ES:APMU:2000:2033)
SAP de Barcelona (secc. 15) 15007/2006 de 2 de mayo (ECLI: ES:APB:2006:15007)
SAP de Alicante (secc. 8) núm. 136/2008 de 9 de abril (ECLI: ES:APA:2008:1210)
SAP de Alicante (secc. 8) núm. 221/2008 de 10 de junio (ECLI: ES:APA:2008:2841)
SAP de Barcelona (secc. 15) núm. 487/2008 de 30 de diciembre (ECLI: ES:APB:2008:12269)

SAP de Barcelona (secc. 15) núm. 58/2009 de 6 de febrero (ECLI: ES:APB:2009:1485)

SAP de Girona (secc. 1) núm. 137/2009 de 20 de marzo (ECLI: ES:APGI:2009:558)
SAP de Valladolid (secc.3) núm. 124/2009 de 7 de mayo (ECLI: ES:APVA:2009:447)
SAP de Barcelona (secc. 15) núm. 215/2010 de 9 de julio (ECLI: ES:APB:2010:7309)
SAP de Alicante (secc.8) núm. 464/2010 de 27 de octubre (ECLI:ES:APA:2010:3860)
SAP de Barcelona (secc.15) núm.266/2011 de 16 de junio (ECLI:ES:APB:2011:8909)
SAP de Pontevedra (secc. 1) núm. 433/2011 de 27 de julio (ECLI: ES:APPO:2011:2077)

SAP de León (secc. 1) núm. 391/2011 de 16 de noviembre (ECLI: ES:APLE:2011:1290)

SAP de Barcelona (secc. 15) núm. 363/2012 de 8 de noviembre (ECLI: ES:APB:2012:14940)

SAP de Lugo (secc. 1) núm. 46/2014 de 4 de febrero (ECLI: ES:APLU:2014:91)
SAP de A Coruña (secc. 4) núm. 14/2015 de 26 de enero (ECLI: ES:APC:2015:132)
SAP de A Coruña (secc. 4) núm. 226/2015 de 6 de julio (ECLI: ES:APC:2015:1905)
SAP de Zamora (secc. 1) núm. 228/2016 de 22 de noviembre (ECLI: ES:APZA:2016:379)

Juzgado de lo Mercantil

SJM de Alicante (secc. 1) núm. 198/2007 de 10 de octubre (ECLI: ES:JMA:2007:108)
SJM de Vigo (secc. 6, sede: Vigo) 23/2012 de 25 de mayo (ECLI: ES:JMPO:2012:23)
SJM de Oviedo (secc. 2) 7/2013 de 31 de enero (ECLI: ES:JMO:2013:7)

APÉNDICE LEGISLATIVO

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. Gaceta de Madrid, 16 de octubre de 1885, núm. 289, p. 169 (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, 25 de julio de 1889, núm. 206, p. 249 (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, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>)

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2003, núm. 164, p. 26905 (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, 18 de diciembre de 2003, núm. 302, p. 44987 (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, 29 de noviembre de 2006, núm. 285, p. 41734 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/11/28/35/con>)

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. Boletín Oficial del Estado, 20 de noviembre de 2007, núm. 278, p. 47402 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2007/11/16/1514/con>)

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 2010, núm. 161, p. 58472 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>)

NIA-ES 240: “Responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude” <http://www.icac.meh.es/NIAS/NIA%20240%20p%20def.pdf>, adaptada para su aplicación en España mediante Resolución de 15 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publican las nuevas Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España. Boletín Oficial del Estado, 13 de noviembre de 2013, núm. 272, p. 90936 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/res/2013/10/15/\(3\)/con](https://www.boe.es/eli/es/res/2013/10/15/(3)/con))

NIA-ES 320: “Importancia relativa o materialidad en la planificación y ejecución de la auditoría” <http://www.icac.meh.es/NIAS/NIA%20320%20p%20def.pdf>, adaptada para su aplicación en España mediante Resolución de 15 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publican las nuevas Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España. Boletín Oficial del Estado, 13 de noviembre de 2013, núm. 272, p. 90936 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/res/2013/10/15/\(3\)/con](https://www.boe.es/eli/es/res/2013/10/15/(3)/con))

NIA-ES 450: “Evaluación de las incorrecciones identificadas durante la realización de la auditoría” <http://www.icac.meh.es/NIAS/NIA%20450%20p%20def.pdf>, adaptada para su aplicación en España mediante Resolución de 15 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publican las nuevas Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España. Boletín Oficial del Estado, 13 de noviembre de 2013, núm. 272, p. 90936 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/res/2013/10/15/\(3\)/con](https://www.boe.es/eli/es/res/2013/10/15/(3)/con))

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015, núm. 77, p. 27061 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1/con>)