



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Frustración de la ejecución: Alzamiento de bienes.

Trabajo fin de estudio presentado por:	Iván Juy Soto
Tipo de trabajo:	Académico de dictamen
Director/a:	Dr. D. Miguel Bustos Rubio
Fecha:	15.09.2020

Resumen

En el presente dictamen nos veríamos ante un pleito que, aunque en un principio se circunscribiera a una mera ejecución dineraria de un título ejecutivo no judicial amparado en una cantidad líquida y determinada de dinero derivada de una deuda vencida y exigible entre dos personas jurídicas, podría terminar en un proceso penal por un presunto delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1 2º. de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP), debido a los actos de disposición patrimonial efectuados por el representante legal de la sociedad deudora, en connivencia con un familiar, con posterioridad a la firma de un reconocimiento de deuda con un concreto acreedor y ante el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias adquiridas en él.

Por ello, y más allá de hacer un previo examen de los distintos elementos del citado delito con base a la jurisprudencia y a la doctrina existente sobre el tema, se profundizará en la responsabilidad penal y civil que pudiera dimanar de dichos actos, tanto para la persona física como para la persona jurídica.

Palabras clave: Frustración de la ejecución; alzamiento de bienes; procedimiento de ejecución; personas jurídicas; deuda.

Abstract

In this opinion we would find ourselves before a lawsuit that, although initially limited to a mere monetary execution of a non-judicial executive title protected by a liquid and determined amount of money derived from an overdue and enforceable debt between two legal persons, could end up in a criminal proceeding for an alleged offense of asset removal from article 257.1 2nd. of Organic Law 10/1995, of November 23, of the Penal Code (hereinafter CP), due to the acts of patrimonial disposition carried out by the legal representative of the debtor company, in collusion with a relative, after the signature of a recognition of debt with a specific creditor and before the breach of the pecuniary obligations acquired in him.

Therefore, and beyond making a preliminary examination of the different elements of the aforementioned crime based on the jurisprudence and the existing doctrine on the subject,

the criminal and civil liability that could arise from said acts will be deepened, both for the person physical as for the legal person.

Keywords: Execution frustration; uplift of goods; process of the execution; legal persons; debt.

Índice de contenidos

1. Objeto del dictamen	4
2. Antecedentes de hecho.....	4
3. Cuestiones planteadas.....	5
4. Normativa aplicable, jurisprudencia y doctrina.....	6
4.1. Normativa	6
4.2. Jurisprudencia.....	6
4.3. Doctrina.....	8
5. Fundamentos jurídicos.....	9
6. Conclusiones.....	38
Referencias bibliográficas.....	43
Listado de abreviaturas.....	46

Dictamen que emite Iván Juy Soto, alumno de Grado en Derecho de la Universidad Internacional de la Rioja, como trabajo de fin de grado.

1. Objeto del dictamen

El objeto del presente informe trata de solventar la consulta efectuada por la sociedad mercantil, Vilares, SLU, en relación con las eventuales implicaciones penales y civiles, tanto para la persona física como para la persona jurídica, que pudieran provenir de la enajenación de un inmueble de su activo tras haber firmado su administrador único, con anterioridad a la venta de este, el reconocimiento de una deuda previa, líquida, vencida y exigible con uno de sus proveedores, así como de la dación en pago de varios bienes muebles a favor de otro de sus distribuidores de vidrio por otro adeudo líquido vencido y exigible, con posterioridad a la firma del compromiso de pago con el primero de estos.

En cuanto a la metodología, utilizaremos la propia del dictamen jurídico, analizando en su contenido todos los argumentos que permitan sostener una acusación o una posible estrategia de defensa frente a los hechos acaecidos.

2. Antecedentes de hecho

I. Con fecha, uno de agosto de dos mil diecinueve, el representante legal de la mercantil Vilares, SLU, empresa dedicada a la manipulación y transformación de vidrio plano, firmó un compromiso de deuda con uno de sus abastecedores de vidrio, GT, SA, por un adeudo líquido, vencido y exigible de CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y TRES EUROS CON TRES CÉNTIMOS DE EURO (42.673,03 €), pasivo que derivaba de sus relaciones comerciales.

II. En la transacción efectuada, acreedor y deudor, convinieron un calendario de pago aplazando el débito en ocho cuotas mensuales instrumentadas en ocho (8) pagarés, acordando que, ante la violación por parte del deudor de cualquiera de los plazos de pago estipulados, el acreedor estaría legitimado para reclamar judicialmente el pago incumplido, así como los que estuvieren pendientes de vencer en el momento del quebrantamiento; además, ambas partes se obligaban a elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado en el plazo de una semana desde el momento en que cualquiera de los intervinientes lo solicitara mediante requerimiento notarial, ante el notario de su elección, sirviendo esta como título

ejecutivo no judicial, de conformidad con lo dispuesto en el punto 4.º el apartado 2 del artículo 517 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

III. Tras la devolución de los dos primeros instrumentos de pago, el acreedor solicitó la elevación a público del documento privado y, con posterioridad a este trámite, presentó la correspondiente demanda ejecutiva ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente.

IV. Con anterioridad a la finalización del plazo del primer título valor, la compañía Vilares, SLU, había procedido, por medio de su representante legal, a la transmisión de todo su activo, el cual estaba compuesto por un inmueble que, además, era la vivienda habitual de este, y por distinta maquinaria para transformar vidrio. En la compraventa del inmueble intervino como adquirente una sociedad cuyo administrador único era hermano del representante de la mercantil deudora. Dicho bien estaba gravado con una hipoteca a favor de Bank, SA, por un importe muy inferior a su valor de tasación, de la que se hizo cargo la compradora mediante el ingreso de las cuotas mensuales en la cuenta en la que aparecía como titular la mercantil vendedora sin aportar ningún pago adicional y sin comunicar a dicha entidad financiera que se había efectuado el citado negocio jurídico. Respecto a la maquinaria, realizó una dación en pago a favor de una sociedad portuguesa con la que Vilares, SLU tenía un débito que ascendía a la cantidad de SETENTA Y DOS MIL EUROS (72.000,00 €), liquidando así este.

V. La investigación patrimonial efectuada por la letrada del acreedor a través de los distintos registros públicos, reveló que, en el Registro de la Propiedad de Salamanca, se estaba despachando documento de compraventa respecto al inmueble antes mencionado, y que, con fecha anterior a la diligencia de tal documento, se había inscrito un contrato de arrendamiento en el que aparecían como arrendadora y arrendatario, respectivamente, Vilares, SLU y el representante de esta; también que, en el Registro de Bienes Muebles, adscrito al Registro Mercantil de Salamanca, se estaba tramitando título de dación en pago respecto a distinta maquinaria a favor de Vitoalves, SA, con domicilio social en una localidad de Portugal.

3. Cuestiones planteadas

En relación con los antecedentes de hecho expuestos, se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

3.1 Tipo o tipos penales en los que incardinar el supuesto de hecho.

- 3.2 El injusto objetivo (I): Naturaleza y bien jurídico protegido.
- 3.3 El injusto objetivo (II): Concepto penal de insolvencia.
- 3.4 El injusto objetivo (III): Elementos del delito, conducta típica, sujetos.
- 3.5 Elemento subjetivo del injusto.
- 3.6 Autoría y participación en el delito de alzamiento de bienes.
- 3.7 *Iter criminis*.
- 3.8 Continuidad delictiva.
- 3.9 Responsabilidad civil (autor del delito, *ex delicto* del partícipe).
- 3.10 Responsabilidad penal de la persona jurídica.

4. Normativa aplicable, jurisprudencia y doctrina

Para la resolución de los distintos asuntos propuestos han sido objeto de estudio las siguientes fuentes:

4.1. Normativa

- Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de fecha 8 de enero del 2000.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «Gaceta de Madrid» núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

4.2. Jurisprudencia

- STS de 224/2019 de 29 de abril (Rec. 1424/2018).
- STS 465/2017 de 16 de febrero (Rec. 617/2016).
- STS de 1 de marzo de 2017 (RJ 2017, 961).

- STS de 17 de mayo de 2017 (RJ 2017, 123862).
- STS 821/2017 de 13 de diciembre (Rec. 364/2017).
- STS 518/2017 de 6 de julio (Rec. 1766/2016).
- STS de 21 de enero de 2016 (JUR 2016, 32359).
- STS de 12 de febrero de 2016 (RJ 2013, 2702).
- STS de 29 de febrero de 2016 (RJ 2016, 600).
- STS 221/2016 de 16 de marzo (Rec. 1535/2015).
- STS de 17 de mayo de 2016 (RJ 2016, 3681).
- STS de 26 de mayo de 2016 (JUR 2016, 138674).
- STS de 22 de junio de 2016 (RJ 2016, 3523).
- STS 717/2016 de 27 de septiembre (RJ 2016, 4721).
- STS de 19 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4965).
- STS 780/2016 de 19 de octubre (Rec. 89/2016).
- STS de 15 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5476).
- STS de 18 de febrero de 2015 (RJ 2015, 573).
- STS 400/2014 de 15 de abril (RJ 2014, 2626).
- STS de 23 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4648).
- STS 440/2012 de 25 de mayo (RJ 2012, 9045).
- STS 670/2012 de 19 de julio (Rec. 2119, 2011).
- STS de 2 de octubre de 2012 (RJ 2013, 1608).
- STS de 12 de julio de 2011 (RJ 2011, 5998).
- STS de 30 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1817).
- STS de 28 de abril de 2010 (RJ 2010, 2055).
- STS de 29 de junio de 2009 (RJ 2009, 6687).
- STS de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5591).

- STS de 17 de julio de 2008 (RJ 2008, 5189).
- STS de 27 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 48).
- STS de 18 de julio de 2006 (RJ 2006, 6301).
- STS de 20 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7549).
- STS de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 3710).
- STS de 15 de abril de 2002 (RJ 2002, 4775).
- STS de 8 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 2594).
- STS 732/2000 de 27 de abril (RJ 2000, 3306).
- STS 1388/1999 de 7 de octubre (RJ 1999, 760).
- STS de 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8579).
- Auto del TS de 19 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 310514).
- SAP de Álava de 26 de julio de 2016 (ARP 2016, 847).

4.3. Doctrina

- AGUDO FERNÁNDEZ, ENRIQUE y otros. *Derecho Penal de las Personas Jurídicas*. Madrid: Dykinson, 2016.
- ALONSO, J.M. *Las insolvencias punibles, en delitos cuestiones penales en el ámbito empresarial, nº III*. Madrid: Expansión, 1999, pp. 307 y 309.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, IGNACIO FRANCISCO. *Frustración de la ejecución e insolvencias punibles*, en MORILLA CUEVA, LORENZO (Dir.). *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015.
- DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. y otros. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.
- DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención*, en MORILLA CUEVA, LORENZO (Dir.). *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015.

- GARCÍA ARENAS, VIOLETA. *El delito de alzamiento de bienes tras la reforma penal de 2015*, en CUADRADO RUÍZ, M^a ÁNGELES (Dir.) *Cuestiones penales. A propósito de la reforma penal de 2015*. Madrid: Dykinson, 2017.

- JAEN VALLEJO, MANUEL y PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS. *La Reforma Penal de 2015 (análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*. Madrid: Dykinson, 2015.

- LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA y otros. *Compendio de Derecho Penal, parte general y parte especial*. 22^a ed. Madrid: Dykinson, 2019.

- MORALES GARCÍA, ÓSCAR y otros. *Código Penal con Jurisprudencia*. 3^a ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

- RAYÓN BALLESTEROS, MARÍA CONCEPCIÓN. *La responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program: Especial referencia a la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal*, en CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL (Coord.). *Los sujetos protagonistas en el proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2015.

5. Fundamentos jurídicos

5.1. Tipo o tipos penales en los que incardinar el supuesto de hecho.

Previamente a integrar el supuesto de hecho en el tipo penal que le pudiera corresponder, debemos hacer referencia a lo dispuesto en el apartado XVI del preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la cual efectuó una reforma técnica de los delitos de insolvencia punible con el fin de instaurar una manifiesta separación entre los comportamientos de obstaculización o frustración de la ejecución, con los que históricamente se ha relacionado el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota. Estos delitos pasan a estar regulados en capítulos diferenciados: Capítulo VII «frustración de la ejecución» y Capítulo VII bis «de las insolvencias punibles».

Según JAEN VALLEJO (2015, pág. 133), estos delitos podrían enmarcarse dentro del llamado derecho penal de los negocios.

Una vez realizada la citada observación, procederemos a asociar los antecedentes de hecho con el tipo penal concreto.

Respecto al caso que nos concierne, la actual redacción del artículo 257.1 del CP acoge dos modalidades de alzamiento; por un lado, el alzamiento de los bienes propiamente dicho, y por otro, la realización de cualquier acto de disposición patrimonial en aras a dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un procedimiento ejecutivo, iniciado o de previsible iniciación.

La primera de ellas, establecida en el punto 1º del citado precepto, dispone *«el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores»*. El Tribunal Supremo (en adelante TS) califica la táctica del alzamiento como una actividad falaz mediante la que el deudor sitúa sus bienes fuera de su órbita de dominio, aunque esa segregación sea de hecho meramente simulada. En ese sentido, las *Sentencias del Tribunal Supremo* (en adelante SSTs) de 21 de enero de 2016 (JUR 2016, 32359) y de 27 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 48) establecen que la conducta de alzarse con sus bienes *«equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar algún elemento patrimonial con el que poder cobrarse. Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore donde se encuentra»*.

Por lo tanto, y en lo que se refiere al punto 1º, nos hallaríamos ante una forma de proceder consistente en camuflar los activos que componen el patrimonio del deudor a la garantía universal que emerge del artículo 1911 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante CC), pudiendo tomar la mecánica perpetrada infinidad de figuras, siendo las más usuales, el empleo de algún ingenio legal que faculte al deudor para situar sus recursos lejos del radio de acción de sus acreedores, siendo consciente de que, con ese proceder, impedirá o, al menos, entorpecerá el resarcimiento de los compromisos que hubiera adquirido con anterioridad mediante la gestación del estado de insolvencia procurado.

La segunda, por su parte, está fijada en el inciso 2º del apartado 1 del artículo 257 del CP *«quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación»*.

En palabras de LUZÓN CUESTA (2019, pág. 235), el punto 2º del artículo 257.1 del CP se podría considerar como un tipo específico o ampliatorio del básico del alzamiento.

Con base a lo anterior, los hechos objeto de análisis podrían ser constitutivos de un delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1.2º del CP, por los siguientes motivos:

1. º El representante legal de Vilares, SLU tras haber firmado el reconocimiento de una deuda previa con uno de sus proveedores y contravenir desde el primer momento con las obligaciones de pago asumidas en este, procedió a la enajenación de un inmueble que era propiedad de la sociedad, y además la vivienda habitual de él, y a la dación en pago de la maquinaria que completaba el patrimonio de la mercantil, con el presumible fin de desechar del activo de esta los referidos bienes, para así obstaculizar el cobro de la deuda a su acreedor.
2. º A la vista de lo convenido por las partes, y tras los actos de disposición patrimonial efectuados, se deduciría con claridad que el procedimiento ejecutivo que se trataría de obstruir con ellos era de previsible iniciación, al haberse acordado que, ante la falta de pago de uno solo de los plazos, el acreedor estaría facultado, una vez que el documento privado se hubiera elevado a escritura pública, obteniendo de esta forma la categoría de título ejecutivo no judicial, según lo dispuesto en el punto 4º del apartado 2 del artículo 517 LEC, a despachar ejecución en forma de demanda para reclamar la cantidad impagada, así como la que estuviere pendiente de vencer.

La pena principal por este delito, tanto del punto 1º como del punto 2º, es la de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Por otra parte, consideramos que los hechos acaecidos no serían vinculables con el supuesto de hecho del artículo 259 del CP «*insolvencia punible o bancarota*» en virtud de que, en el alzamiento, el asunto central no es la insolvencia del deudor, sino su carácter aparente; además, la insolvencia que integraría el delito de alzamiento sería aquella llevada a cabo con ulterioridad al instante en que se contrajo la deuda, al objeto de eludir las obligaciones crediticias con los acreedores, como sucede en este caso. No obstante, la separación efectuada en capítulos diferentes por la reforma de 2015, suscita, en la práctica, serias dudas, al haberse eliminado como presupuesto ineludible el procedimiento concursal en el delito de insolvencia, ya que, en la actualidad, el deudor se podría hallar o no declarado en concurso; por lo que, en función de las circunstancias concretas de cada caso, llevará a equívoco determinar si la acción delictiva se circunscribe al tipo de alzamiento o al de insolvencia.

En palabras de BENÍTEZ ORTÚZAR (2015, pág. 587), al ser algunas de las modalidades del artículo 259.1 del CP concordantes con las acciones del alzamiento de bienes, y con base a lo reivindicado por el apartado 4 del citado precepto, se presupondría que el deudor ya se encontraría en posición de insolvencia desde el mismo momento en que dejara de cumplir de forma regular con las obligaciones que le fueran exigibles, lo que conllevaría la comisión del delito.

Por ello, en función de las condiciones que se den en el supuesto será complejo discernir ante qué delito nos hallamos.

Para PERRINO PÉREZ (2015, pág. 135), la nueva configuración del delito de concurso punible o bancarrota estaría asociado a una posición de crisis «*insolvencia actual o inminente*» perseguible si el deudor no hubiera cumplido con regularidad sus deberes exigibles o si finalmente se manifiesta el concurso.

GARCÍA ARENAS (2017, pág. 79) declara, que los requisitos de perseguibilidad restringen sobremanera los casos de empleo del tipo, ya que antes de la reforma solo se requería que el deudor se hallará declarado en concurso, y tras ella, se exige que este se encuentre en situación de insolvencia; sin olvidar, que esta será la que establezca el sostén para que al deudor se le declare en concurso.

Considerando la fecha de entrada en vigor de dicha modificación legislativa, y teniendo en cuenta el tiempo que transcurre hasta que finalizan los procesos penales, a día de hoy es exigua la jurisprudencia sobre la actual composición del artículo 259 del CP. Aun así, y a los efectos de análisis jurisprudencial, algunas piezas de este pueden ser completadas con la jurisprudencia declarada a la redacción anterior. En este sentido se posiciona la STS de 15 de marzo de 2016 (RJ 2016, 974), al señalar que, pese a una edición distinta, en el artículo 259.1 del CP actual se sancionan comportamientos que tienen el mismo sentido y fondo. En la misma línea se pronuncia la SAP de Álava de 26 de julio de 2016 (ARP 2016, 847).

En este punto habría que entrar a examinar también, si la dación en pago efectuada en beneficio de Vitoalves, SA presentaría indicios de delito desde el punto de vista del favorecimiento de acreedores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260.1 del CP.

Respecto a esto, JAEN VALLEJO (2015, pág. 136) señala, que lo dispuesto en el artículo 260 del CP incrementaría la defensa de los acreedores al incluir actos determinados y no acreditados

de favorecimiento a fiadores concretos, eso sí, efectuadas con anterioridad a la declaración de concurso, aunque el deudor ya se tendría que hallar en una disposición de insolvencia actual o inminente como indica el precepto.

En cuanto a este aspecto, GARCÍA ARENAS (2017, pág. 80) indica, que el artículo 260 del CP penará al deudor que beneficie a alguno de sus acreedores sin excusa; no habiendo pretexto, sino prevalecen razones justificadas de índole económica o si el crédito no fuera todavía exigible.

La STS de 8 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5591) proclama, que no todos los actos de venta o de carga del patrimonio son penalmente típicos, por lo que insiste en no aplicar el delito de alzamiento de bienes cuando los fondos se asignan al abono de otros débitos reales por el supuesto sujeto activo. De esta manera, y según disponen las SSTs de 18 de febrero de 2015 (RJ 2015, 573), de 2 de octubre de 2013 (RJ 2013, 1608) y de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 3710), la reducción del activo patrimonial del deudor no sería penalmente típica *«cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos, que se regirán por las disposiciones del derecho privado»*.

Pues bien, ante lo establecido por la línea jurisprudencial uniforme que mantiene actualmente el TS respecto a la prelación de créditos que relega a las disposiciones de derecho privado sin darle relevancia penal cuando los bienes se han destinado a liquidar deudas realmente existentes, ya que lo que está penado es la supresión de los elementos patrimoniales a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su totalidad y no particularmente determinados, la dación en pago efectuada se hallaría extramuros del ámbito penal por dos razones:

La primera, al no quedar acreditado, en vista de los antecedentes de hecho, que el deudor se encontrara en la situación especificada por el art. 260.1 del CP *«(...) de insolvencia actual o inminente»*; y la segunda, al figurar en el supuesto, que la deuda no solo era real, sino que, además, estaba vencida y era exigible; por lo que el acto de disposición patrimonial llevado a cabo con la dación en pago sería conforme a derecho al ser un crédito exigible, no hallándose

dicha conducta dentro de lo señalado en el citado apartado 1 «(...) *destinado a pagar un crédito no exigible o facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, (...)»*.

5.2. El injusto objetivo (I): Naturaleza y bien jurídico protegido.

Según la jurisprudencia mayoritaria, comprendida en las SSTs de 6 de julio de 2017 (RJ2017, 3103) y 780/2016 de 19 de octubre (Rec. 89/2016), el alzamiento de bienes sería un delito de peligro, de simple actividad, que se perfeccionaría por el simple enmascaramiento de los bienes o fingimiento de las deudas con la pretensión de malograr derechos de crédito lícitos, sin la necesidad de causar perjuicio alguno, ya que, el menoscabo cierto, no pertenece a la fase de perfección del delito, sino a la de terminación. Infracción de carácter pluriofensivo que ampara, por un lado, el derecho de los acreedores a que no se hurte la responsabilidad universal dispuesta en el artículo 1911 del CC, y por otro, la tendencia general de la buena marcha del sistema económico crediticio.

Respecto al bien jurídico que se protege, la línea jurisprudencial mantenida por el TS contenida en las SSTs de 15 de abril de 2002 (RJ2002, 4775) y 732/2000 de 27 de abril (RJ2000, 3306), viene a decir que, tras vencer la concepción histórica, apuntada a la hipótesis de huida del deudor con la volatilización de su persona y de su capital, a día de hoy el alzamiento de bienes se correspondería con la disminución o mimetismo del conjunto o fracción de la fortuna del deudor, para que el acreedor hallare obstáculos para descubrir fondos con los que conseguiría resarcirse. Se trataría pues, de un proceder sobre los correspondientes haberes del deudor consistente en revelarse como real o figuradamente arruinado, de forma fragmentada o íntegra, frente a la totalidad o porción de los acreedores, con la determinación de frustrar las garantías que se hubieran podido saldar sobre los bienes.

Considera BENÍTEZ ORTÚZAR (2015, pág. 573), que la reforma acometida por la ya reiterada Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, no influiría en el bien jurídico protegido, al proseguir siendo el derecho de crédito de los acreedores, esto es, el derecho a que sus créditos sean satisfechos; y por ende, tiene naturaleza patrimonial.

La *Sentencia del Tribunal Supremo* (en adelante STS) de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009, 559), que contiene cuantiosa jurisprudencia acerca del asunto, fija un uso taxativo del tipo ampliado del artículo 257.1.2.º del CP al advertir que «*al proteger el tipo penal el bien jurídico patrimonial consistente en el derecho subjetivo de los acreedores a que no se defraude la*

responsabilidad universal prevista en el art. 1911 del C. Civil, ha de entenderse que la norma punitiva debe aplicarse cuando se incurre realmente en una conducta que genere una situación de insolvencia que dificulte o impida el ejercicio del derecho de los acreedores ».

Por lo tanto, esta modalidad particular de alzamiento será constitutiva de delito desde el mismo momento en que el deudor, ante un débito previo, realiza un acto de disposición patrimonial que minore su activo, poniendo con ello en peligro el derecho de crédito del acreedor o acreedores, con el fin de dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un procedimiento ejecutivo.

En el caso que nos ocupa, la forma de actuar del administrador único de la sociedad Vilares, SLU revelaría un comportamiento tendente a eliminar de su activo todos los bienes de cara a eludir las obligaciones dinerarias contraídas con la mercantil GT, SA, y más concretamente, para salvaguardar el inmueble mediante la enajenación efectuada a una sociedad controlada y dirigida por su hermano, en una operación cuanto menos irregular, ya que habría sido vendido por un precio excesivamente bajo respecto al valor de tasación y, por ello, del de mercado; no realizarse pago adicional alguno a la transacción, limitándose a ingresar el monto de la cuota hipotecaria mensual en el número de cuenta de la que es titular la sociedad vendedora, y además, con anterioridad al impago y a la enajenación, inscribir en el Registro de la Propiedad un contrato de arrendamiento a favor del apoderado de Vilares, con lo que, todo ello, delataría el anhelo defraudatorio del negocio jurídico en perjuicio de este concreto acreedor.

De cara una línea de defensa, nos hubiéramos encontrado ante un escenario más favorable si la compraventa se hubiera realizado de una forma más regular, esto es, produciéndose un pago real que al menos cubriera la totalidad de la deuda hipotecaria, y con ello, su cancelación. De esta manera, el negocio jurídico se habría limitado a saldar una deuda hipotecaria con un acreedor de mejor derecho que eliminaría la ilicitud de la conducta.

5.3. El injusto objetivo (II): Concepto penal de insolvencia.

El diccionario de la lengua española (actualización 2019) define la insolvencia como «*falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda*». En la actualidad, y tras la reciente reforma de 2015, en la que se ha dado una nueva perspectiva al delito de alzamiento de bienes al situarlo en el capítulo dedicado a la frustración de la ejecución en lugar de en el de las insolvencias

punibles, se ha de inferir el concepto de insolvencia como indolente, ya que, según la STS 670/2012 de 19 de julio (Rec. 2119, 2011), «*la insolvencia, en sí misma, no es un elemento del tipo*».

BENÍTEZ ORTÚZAR (2015, pág. 574) señala, que la insolvencia característica del delito de alzamiento sería la originada por el deudor para imposibilitar que el acreedor materialice sus legítimas intenciones de cobro.

Para que sea constitutiva de delito, la posición de insolvencia habrá de llevarse a efecto con posterioridad al momento en que el deudor contrajo el adeudo para soslayar el abono a los acreedores, pudiéndose considerar cometido el delito con una situación de insolvencia aparente de la cual provendrá un ocultamiento de los bienes del deudor encaminado a dificultar o impedir la satisfacción de las obligaciones crediticias que tuviera asumidas con sus acreedores.

La corriente jurisprudencial del TS, implícita en las SSTs de 22 de junio de 2016 (RJ 2016, 3523), de 19 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4965) y de 18 de julio de 2006 (RJ 2006, 6301), pone de manifiesto que la insolvencia penalmente trascendente al objeto del artículo 257 del CP se determina con la contrariedad de ejecución de las expectativas legítimas de los acreedores, con una minoración, efectiva o fingida, del activo que tenga la adecuada categoría para colocar en riesgo el reembolso de los adeudos adquiridos con anterioridad. De esta manera, la insolvencia, considerada como insuficiencia de sufragar una deuda, no satisface, por sí misma, los supuestos para ser cuerpo de castigo penal; por ello, será requisito ineludible que a tal posición se haya dirigido el deudor, mediante comportamientos deliberados, proclives a imposibilitar o, al menos, enmarañar, que el acreedor o acreedores logren liquidar sus derechos de crédito, afanando las posesiones de la actuación inmediata de estos.

En esta dirección de insolvencia aparente, al parecer, más ficticia que real, se habría podido focalizar la actuación del representante de Vilares, SLU, ya que de sus actos se podría colegir un comportamiento orientado a la desaparición auténtica, y a la vez fingida, del principal de sus activos, al enajenar el inmueble antes aludido después de firmar el reconocimiento de la deuda para sustraerse a las responsabilidades pecuniarias que habría admitido ante su acreedor, ocultando mediante dicha venta su control sobre el bien a través del administrador de la sociedad compradora que, como consta en los antecedentes de hecho, es su hermano, y del contrato de arrendamiento que aún le uniría al bien. Toda vez, que no consta en los

antecedentes de hecho que la sociedad deudora se encontrara en una posición de insolvencia anterior a los hechos generadores de la deuda.

Ante esta cuestión, y no pudiéndose avalar que el estado de insolvencia precediera al reconocimiento de la deuda y que esta no hubiera sido buscada por el representante de la mercantil deudora con el fin de eludir sus compromisos, sería improbable que prosperara una posible senda de defensa al amparo de dicho alegato debido a las diversas irregularidades que rodearían al negocio jurídico efectuado.

5.4. El injusto objetivo (III): Elementos del delito, conducta típica, sujetos.

Siguiendo a LUZÓN CUESTA (2019, pág. 236) y como declaran las SSTS 518/2017 de 6 de julio y 552/2016 de 22 de junio, la jurisprudencia demandaría como elementos del delito de alzamiento, los siguientes:

1. - Un derecho de crédito previo articulable frente al deudor que podría ser vencido, líquido, y exigible, siendo también usual que, el deficitario, ante la cercanía de la terminación del plazo de un vencimiento venidero, o de su irreversible terminación, se preludie, impidiendo las ulteriores perspectivas de percepción de su acreedor o acreedores.
2. - Una pretensión activa de frustrar las expectativas de cobro a los acreedores, mediante el ocultamiento, venta o evanescencia de la totalidad o fracción del activo patrimonial del obligado al pago.
3. - Un efecto de quiebra o de minoración del capital que conlleve, como consecuencia inmediata, la inviabilidad o contrariedad de resarcimiento de lo adeudado.
4. - Un componente preferencial o arrojado determinado en el sujeto activo de hurtar las lícitas esperanzas de los fiadores de percibir su dinero.

A tenor de lo manifestado por MORALES GARCÍA (2018, pp. 881-883) y según exponen las SSTS de 17 de mayo de 2017 (JUR 2017, 123862) y de 26 de mayo de 2016 (JUR 2016, 138674), los elementos del delito de alzamiento de bienes se enumerarían así:

a) Posición deudora del sujeto activo:

La alegada postura tendrá que fundarse, como establece la STS de 29 de junio de 2009 (RJ 2009, 6687), en «una obligación que deberá ser anterior al estado de insolvencia buscado o, al menos, deberán serlo los hechos generadores de la correspondiente deuda». En tal caso, no

sería necesario que las responsabilidades de abono contraídas estén prescritas y sean cobrables, ya que como expuso la STS de 8 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 2594) *«entender la necesidad del vencimiento como requisito comisorio sería tanto como desnaturalizar la esencia de este acto defraudatorio, ya que es precisamente el temor a que llegue el momento del cumplimiento de la deuda lo que induce en pura lógica al deudor a evitarlo con la necesaria anticipación, deshaciéndose de todos sus bienes o parte de ellos para así caer en insolvencia total o parcial e impedir a los acreedores o dificultarles el cobro de lo debido»*.

Aun así, hay que mencionar que en algún momento el TS ha incorporado, como componente adicional del delito de alzamiento de bienes, la presencia de derechos de crédito líquidos, vencidos y exigibles. En línea con esta antigua corriente jurisprudencial, la STS de 12 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2702) o el Auto del TS de 19 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 310514).

En lo que se refiere al tipo de obligaciones, estas habrán de ser, en todo caso, obligaciones de dar, ya que como fija la STS de 26 de mayo de 2016 (JUR 2016, 138674) *« (...) las obligaciones de hacer no son susceptibles, inicialmente, de ser exigidas mediante el embargo o procedimiento ejecutivo de apremio. Solo a través de su cumplimiento sustitutorio se pueden transformar en obligaciones de dar»*.

Aquí nos encontraríamos con una obligación de dar, que no es otra, que el pago de una cantidad líquida y cuantificada en dinero.

En cuanto a la posición deudora, sería un elemento apreciable en el supuesto objeto de examen, pues la obligación de pago que se trataría de eludir, por medio de la eliminación del patrimonio, no solo era anterior a la situación de insolvencia en apariencia provocada, sino que ya era exigible a la firma del compromiso entre las partes.

Respecto a este punto, no sería viable plantear una línea de defensa, ya que al no quedar acreditado que el estado de insolvencia fuera anterior a la aceptación de la deuda, como hemos dicho en el fundamento jurídico anterior, quedaría patente que la obligación era precedente a la insolvencia que, a todas luces, surgiría como perseguida por la deudora.

b) Acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones.

Este elemento del delito es propio del apartado 2.º del artículo 257.1 del CP, factor que se estructura en un tipo ampliatorio del tipo básico del alzamiento *«quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial (...)»*. Al ser un delito de estructura abierta *« (...)»*

cualquier acto (...)», acoge abundantes formas de comisión siempre que detenten, como denominador común, la minoración del activo del obligado al pago.

En lo que se refiere a la propiedad de los activos vendidos o gravados, las SSTS de 19 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4965) y de 15 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5476), expresan que *«no es necesario que los bienes alzados sean titularidad directa de todos los autores del delito cuando, como en este caso, pertenecen nominalmente a una persona jurídica en cuyo nombre actúa el recurrente que es quien tiene la facultad de disposición sobre aquellos»*.

Por lo tanto, para que la reducción del activo patrimonial sea trascendente desde el punto de vista penológico, a efectos del artículo 257 del CP, esta ha de ser contraria al sentido común o a la coherencia empresarial, porque el tipo penal considerado demandaría que el sujeto activo haya efectuado actos con la importancia suficiente como para ocasionar la situación de insolvencia de una forma materialmente inaceptable.

En el presente caso, y tras haber desestimado la idea de que los hechos fueran constitutivos de un delito de insolvencia punible del artículo 259 del CP, así como haber descartado la comisión de un delito de favorecimiento de acreedores del artículo 260 del CP respecto a la dación en pago efectuada en favor de la mercantil portuguesa por los motivos expuestos en el fundamento jurídico 5.1, como hemos referido anteriormente, este elemento del delito sería, por su especificidad, el que mejor enlazaría el apartado 2.º del artículo 257.1 del CP con los hechos expuestos, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque nos hallaríamos ante un supuesto de hecho en el que la sociedad Vilares, SLU se habría podido alzar con uno de sus bienes en perjuicio del acreedor con el que ya mantenía una deuda previa, líquida, vencida y exigible, *«quien con el mismo fin (...)»*.

En segundo lugar, porque el administrador habría realizado un acto de disposición patrimonial, como es la enajenación del inmueble propiedad de dicha mercantil, con conocimiento de que tenía admitido un adeudo en un documento privado, esto es, en un acuerdo extrajudicial que, una vez se violara, se convertiría, mediante su elevación a escritura pública, en un título que llevaría aparejada ejecución (art. 517.2.4.º LEC), y que, por ello, era predecible la iniciación de un despacho de ejecución mediante la oportuna demanda por parte del acreedor desde el mismo momento en que se vulnerara lo acordado, lo que, en pura lógica,

habría podido llevar al representante a realizar dicho acto con el fin de distraer el bien al acreedor.

Respecto a este apartado, una posible maniobra de defensa habría sido, siempre y cuando la ganancia patrimonial obtenida se hubiera dirigido al pago de las deudas existentes y no al encubrimiento del bien al objeto de esquivar las obligaciones contraídas, que el inmueble se hubiera enajenado, o bien para cancelar la garantía real-hipotecaria de un acreedor de mejor derecho, como sería la entidad bancaria, en el caso de haber vendido por la cantidad que restaba de hipoteca, o bien, haber vendido por su precio de tasación o de mercado, que habría sido lo coherente, utilizando el sobrante para amortizar, de forma total o parcial, el débito con el citado acreedor, rehusando así, la más que probable responsabilidad penal, tanto de la persona física como de la persona jurídica, derivada de un presunto delito de alzamiento al que se podría enfrentar en la situación actual.

c) Estado de insolvencia, ya sea parcial, como consecuencia del acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones.

Como ya señalamos en la naturaleza jurídica del delito, nos hallamos ante un delito de simple actividad y no de resultado; es por ello, que diversas SSTs, como la de 6 de julio de 2017 (RJ 2017, 3103) y de 26 de mayo de 2016 (JUR 2016, 138674), entre otras, al referirse a la quiebra dentro del delito de alzamiento de bienes, incorporen a sus resoluciones los epítetos real o ficticia, total o parcial, al ser la postura del deudor, en la mayor parte de los casos, la de ocultar sus activos.

Por otro lado, no es suficiente cualquier acto de disposición, sino solo aquellos que de una manera neutral pongan en peligro el cobro de la deuda al no haber otros bienes.

A la vista de los hechos, la sociedad deudora, por medio de su administrador, habría tratado de figurar la insolvencia mediante la entrega del inmueble con el objetivo de, una vez despachada la más que predecible ejecución, imposibilitar o, al menos, dificultar al actor ubicar los activos sobre los que poder hacer efectivo su derecho de crédito mediante el citado procedimiento. Dicha apariencia se mostraría, según se desprende de lo narrado en los hechos, como ficticia o simulada, ya que no solo se habría vendido el bien a una sociedad administrada por un familiar directo, sino que se habría asegurado el control de este con la inscripción en el Registro de la Propiedad, posterior al reconocimiento de deuda y anterior a

la enajenación, de un contrato de arrendamiento sobre el citado inmueble en el que el representante de Vilares, SLU figuraría como arrendatario.

En cuanto a este aspecto, se podría plantear como elemento de defensa que dicho estado de insolvencia era anterior a la firma del reconocimiento de deuda y que la enajenación se produjo para paliar esta, pero, por un lado, ni consta en los hechos que esto fuera así ni se infiere de las acciones ejecutadas por el apoderado, y por otro lado, dicha teoría chocaría con los actos propios efectuados por el administrador, como vender la vivienda en la que residía por un precio fuera de lugar, en unas condiciones cuanto menos irregulares y desventajosas desde un punto de vista económico y empresarial, y a una mercantil controlada y gestionada por un pariente.

En lo que se refiere a los sujetos intervinientes, y en consonancia con lo dispuesto en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 31 bis del CP, la reforma de 2015 habría tratado de concretar a las personas que con sus actos podrían acarrear responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Respecto a la letra a), se sustituye la referencia a los administradores de hecho o de derecho o trabajadores con autoridad para imponer a la persona jurídica una pauta más complicada y extensa, que alcanzaría a cualquier persona física que tuviera poderes de organización y control capaces de imputar con sus acciones a la persona jurídica, pudiendo incluirse entre estos, a los mandos intermedios, apoderados y otros sujetos a quienes se les hayan atribuido funciones concretas.

En cuanto a la letra b), se implantaría como nexo de unión las intervenciones de aquellas personas sujetas a la influencia de las personas aludidas en la letra anterior. De esta manera, la alteración de 2015 reemplazaría, como base de la cesión de la responsabilidad de la persona jurídica, la inobservancia del «debido control» por la demanda de que las personas que ocupan la cúspide de la organización social hayan dejado de contemplar de manera grave los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre las personas a su cargo.

En ambos casos, los delitos habrán de haber sido cometidos en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.

DEL ROSAL BLASCO (2015, pág. 84) manifiesta, que las citadas letras a) y b) del apartado 1 del artículo 31 bis del CP, supeditarían la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la

ejecución de una acción de carácter delictivo por la persona o personas físicas individualizadas y relacionadas con la persona jurídica, esto es, el denominado «*hecho de conexión*».

En este sentido, no cabe duda de que los sujetos que participan en los hechos son los representantes legales de las citadas sociedades, lo cuales operan como administradores únicos de estas; por lo que sería factible el imperativo hecho de conexión entre los actos presuntamente delictivos cometidos por los apoderados como personas físicas singularizadas y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Ante el alud de argumentos desfavorables acerca de una vía de defensa que pudiera albergar unas mínimas garantías de éxito, después de haberse analizado de forma minuciosa los distintos elementos del tipo, una posible solución al litigio, siempre que por parte de la deudora hubiera intención de pago y por la acreedora voluntad de acuerdo, sería proponer una satisfacción extraprocésal con base en el poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones, establecido en el apartado 1 del artículo 19 de la LEC, el cual dispone que «*los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse o someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo (...)*». Por su parte, el apartado 3 del mismo precepto fija que «*los actos a que se refieren los apartados anteriores, podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de la sentencia*».

Por lo anterior, la terminación del proceso por satisfacción extraprocésal se presentaría como el desenlace con más posibilidades de prosperar, eso sí, sin demorarse demasiado, ya que en el momento en que se aprecien indicios de delito podría el actor, solicitar, o el juez de oficio, acordar, deducir testimonio al fiscal para que se incoen diligencias previas al objeto de investigar un posible delito de alzamiento de bienes.

En cuanto a este tipo de finalización del proceso, el artículo 22.1 de la LEC señala que cuando por circunstancias sobrevenidas a la demanda por haberse satisfecho fuera del proceso las pretensiones del actor, y si hubiera habido acuerdo entre las partes, una vez puesto de manifiesto, el Letrado de la Administración de Justicia decretará la terminación del proceso, sin que proceda la condena en costas.

Aunque, con carácter general, y como expresa el artículo 570 LEC, la ejecución forzosa termina solo con la completa satisfacción del acreedor ejecutante, nada obsta a que se finalice la

ejecución por motivo de satisfacción extraprocésal basándose en el principio dispositivo que rige el proceso civil y mediante el cual el ejecutante puede disponer de él, pues la base de este motivo se halla, según refiere la ley, en el cese del interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida.

5.5. Elemento subjetivo del injusto.

Coexisten dos flujos jurisprudenciales contradictorios; el primero, avalado por la STS de 17 de mayo de 2017 (JUR 2017, 123862), que demandaría la determinación o el afán de proceder llevado por la osadía de perjudicar a los acreedores, no siendo trascendente el número de ellos; el segundo, amparado en la STS de 2 de octubre de 2012 (RJ 2013, 1608), que no requeriría componente intencional añadido al dolo, ya que al ser conocidos por el sujeto activo los elementos del tipo objetivo, y entender el menoscabo que realizaría a sus acreedores, el delito de alzamiento de bienes no instaría una pretensión de entrapar distinta del dolo en sí mismo.

No hay que olvidar que nos encontraríamos ante un delito de tendencia, en el que la conducta del sujeto activo se inclinaría a burlar el derecho de crédito del acreedor o acreedores, por lo que no exigiría para su consumación la causación de un daño o un perjuicio concreto.

El diccionario del español jurídico (2020), define el elemento subjetivo del injusto o del ilícito como *«elemento anímico específico distinto del simple dolo en cualquiera de sus formas (o de la imprudencia), requerido adicionalmente por un tipo del injusto; son, por tanto, elementos subjetivos específicos del tipo, que se denominan también, desde la perspectiva de la antijuridicidad, elementos subjetivos del injusto o del ilícito»*.

En relación con el dolo imprescindible para la tipicidad de la conducta en el delito de alzamiento, la jurisprudencia del TS, citada en su mayoría en la STS de 18 de febrero de 2015 (RJ 2015, 573), se disgrega en dos opiniones, la primera, y mayoritaria, la que interpreta que en el delito de alzamiento se ha de dar un estímulo concreto de frustrar las lícitas esperanzas de los acreedores *«la jurisprudencia de esta Sala viene entendiendo de forma mayoritaria que la expresión “en perjuicio de sus acreedores” que contiene el texto del art. 257 CP ha de interpretarse como la exigencia de un ánimo específico de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores, ánimo específico que en algunas resoluciones es conceptuado jurisprudencialmente un elemento subjetivo del injusto»*; y la segunda, minoritaria, la que

considera que es suficiente con el dolo, al incluir, en sí mismo, el intelecto del menoscabo de causación *«en otras sentencias se argumenta que el tipo penal no exige una intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del mismo, es decir, el dolo, por sí mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa»*.

En relación con tal elemento subjetivo, conforme declaran la SSTS 355/2017 de 17 de mayo (JUR 2017, 123862), de 28 de abril de 2010 (RJ 2010, 2055) y de 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8579) será el juez *a quo* quien, a la hora de deducir el dolo, lo tendrá que colegir de los elementos objetivos aledaños al comportamiento estudiado, requiriéndose total conciencia e intención de emplazar sus posesiones fuera del radio de acción del acreedor, pudiendo quedar acreditado el dolo a través de la armonización eventual del acto de disposición patrimonial perpetrado, cuando de su actuación no se infieren razones lógicas y justificadas de la enajenación o enajenaciones llevadas a cabo.

En este supuesto, quedaría demostrado el propósito determinado del administrador de poner fuera del alcance de su acreedor el bien, por la simple razón de que, como venimos planteando desde el inicio del análisis jurídico de los hechos, no resulta lógico que una empresa que no ha probado que su supuesta insolvencia fuera real ni anterior a la firma del documento, malvenda de forma precipitada, luego de haber admitido una deuda, un inmueble de su activo que resulta ser la vivienda del representante legal de esta, no logrando ni siquiera con ello cancelar la hipoteca que pesaba sobre este, y menos aún justificado, que el bien se enajene en unas condiciones tan anómalas desde un punto de vista empresarial. Todo ello apuntaría a la única aspiración de apartar la propiedad del acreedor, y con ello, de malograr sus expectativas de cobro.

Nuevamente, la acción de defensa quedaría anulada ante la irracionalidad y la irregularidad de los actos propios del sujeto activo que darían al traste con una justificación objetiva de los motivos de la transmisión, al no tener sentido enajenar un bien debido a supuestos problemas económicos y ni siquiera anular la carga que recae sobre este.

5.6. Autoría y participación en el delito de alzamiento de bienes.

Según LUZÓN CUESTA (2019, pág. 197), el autor del delito, en sentido estricto, sería aquel sujeto al que se le podría atribuir como propia alguna de las conductas típicas de la parte especial del CP.

Nuestro CP no precisa de forma exclusiva al autor, sino que detalla en cada uno de los tipos penales el proceder que este lleva a cabo en el hecho. Tras manifestar el artículo 27 del CP que *«son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices»*, el artículo 28 del mismo texto legal dispone una serie de supuestos para reputar autores a determinados sujetos que participan en el acto con distintas aportaciones a la del autor en sentido estricto *«Son autores quienes realizan el hecho por sí solos (...)»*. *«También serán considerados autores:*

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado».

En cuanto a la autoría directa o inmediata, la jurisprudencia del TS, contenida en su mayor parte en las SSTs de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1231) y de 8 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8117), utiliza tres teorías para acotar el concepto de autor (teoría del dominio del hecho, teoría objetivo-formal y teoría objetivo-material), aunque en la actualidad predomina la teoría del dominio del hecho al reducir algunas restricciones que soportan las otras dos. Esta teoría, la del dominio del hecho, fija al autor como aquel que tiene la aptitud de impedir bajo su voluntad la extensión del proceso criminal.

La STS de 8 de octubre de 1999, aludida en el párrafo anterior, especifica que *«la autoría del hecho supone e implica la titularidad de la acción, o dominio del hecho, es decir, la determinación del sujeto que promueve, realiza, ejecuta y lleva a efecto la ideación criminal»*.

En lo que se refiere a la modalidad de participación en el supuesto analizado, según expresa la STS de 30 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1817), sería compatible con la de la cooperación necesaria, hallándonos ante una estructura de complicidad cualificada, por lo que habrá que examinar los elementos del hecho para diferenciarla de la complicidad simple del artículo 29 CP *«(...) cooperan con actos anteriores o simultáneos»*; siendo la clave para su determinación, averiguar si el alzamiento se habría podido ejecutar sin la contribución del partícipe, ya que, en palabras de la mencionada sentencia, en la cooperación lo concluyente es su efectividad, su exigencia y su entidad en el desenlace último de la conducta, lo que se ha denominado por la doctrina *«dominio del hecho»*.

Como decíamos, establece el apartado b) del artículo 28 del CP *«los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado»*.

Según afirma LUZÓN CUESTA (2019, pág. 203), la participación en un delito se podría producir en los tipos en los que se traza una acción u omisión efectuada a título individual, en el que, sin embargo, podrán actuar diversos sujetos, relacionando, por ello, diferentes formas.

DE LA MATA BARRANCO (2018, pág. 126) afirma, que habrá de ser penado aquel que coadyuve de manera consciente a que otro perpetre el delito, aunque en el concreto delito el partícipe no pudiera ser autor de este. Al partícipe no se le pena por los actos del autor material, lo cual iría en contra del principio de culpabilidad, sino por la contribución que él efectúa para que el autor menoscabe el bien jurídico protegido.

Es jurisprudencia pacíficamente admitida, STS de 17 de mayo de 2016 (RJ 2016, 3681), la que declara que la cooperación necesaria ha de contribuir al ilícito con acciones que de no haberse llevado a cabo no habría sido posible la consumación del delito, distinguiéndose, de la autoría directa o inmediata, en que el que coopera no es parte activa en la ejecución del delito, por lo que únicamente llevaría a cabo actuaciones distintas, contiguas y secundarias, aunque intrínsecamente vinculadas con las efectuadas por el autor inmediato, siendo esa aportación esencial la que resultaría irreemplazable para el agotamiento del delito.

Declara la STS 717/2016 de 27 de septiembre (RJ 2016, 4721) que *«todos aquellos que colaboren con el deudor a generar obligaciones, reales o ficticias, o a realizar actos de disposición que produzcan la finalidad del delito, deberán ser condenados a título de partícipes en un delito de alzamiento de bienes; el partícipe responderá como cooperador necesario o como cómplice siguiendo los criterios diferenciadores de la parte general del Código Penal»*.

Según la STS de 17 de julio de 2008 (RJ 2008, 5189), el dolo del cooperador podrá ser eventual, pero, para ello, deberá percatarse, en primer lugar, del previsible objetivo del autor; y en segundo lugar, del eventual desenlace de su contribución a la realización del hecho criminal.

De los hechos expuestos, y que son objeto de estudio, se evidenciaría que la presunta acción delictiva del representante legal de Vilares, SLU, materializada en la venta del bien conociendo que con ello podría cuanto menos dificultar un más que previsible procedimiento de ejecución, sería a título de autor, ya que de la lectura de los hechos acaecidos queda clara su posición como administrador único de la sociedad.

En cuanto a la participación, sería probable acreditar que la actuación del hermano del representante de Vilares, SLU, administrador único de la sociedad que adquirió el inmueble,

resultaría concordante con la descripción que tanto el CP como la jurisprudencia del TS realizan de la figura del partícipe, y más concretamente, del cooperador necesario, por los siguientes motivos:

Las múltiples anomalías sucedidas en la transmisión del inmueble, las cuales conllevarían un alto grado de confabulación entre las partes, harían factible la participación del consanguíneo como cooperador necesario, ya que del repaso de los hechos se desprenden una serie de actos que no resultan razonables si no se es sabedor del fraude en el que se va a participar, como la inminencia en la venta del bien, conociendo que es la vivienda habitual, en unas condiciones tan poco atractivas desde un punto de vista económico, sin realizar pago agregado, ni subrogación, ni comunicación a la entidad financiera.

Un comprador común y ajeno al *consilium fraudis* habría optado por una de las dos posibilidades de efectuar la compraventa, o bien se habría subrogado a la hipoteca que gravaba el bien y que obstaba la transferencia de la titularidad, o bien la habría cancelado, pero en ningún caso hubiera ejecutado la compra ingresando las cuotas mensuales de la hipoteca en la cuenta de la sociedad vendedora que seguiría siendo la titular del préstamo hipotecario y, menos aún, sin poner en conocimiento de la entidad de crédito de la hipoteca la enajenación realizada.

Todas estas singularidades, así como la inscripción anterior a la compraventa del contrato de alquiler sobre dicho inmueble, que, asimismo, asumiría la compradora, denotarían esa contribución esencial al hecho criminal, evidentemente fundamentado en la confianza entre hermanos, y que, sin ella, el deudor no habría podido poner fuera del alcance de su acreedor el citado bien, al menos, de la manera que habría acontecido en los presentes hechos.

Como posible línea de defensa se podría plantear que el familiar no estaba al corriente de lo firmado entre las partes y de las consecuencias de su incumplimiento, y que hubiera actuado como un tercero que habría adquirido el bien de buena fe para hacerlo irreivindicable al ser foráneo al «*consilium fraudis*», pero esta táctica se encontraría con la dificultad de vencer esas irregularidades a las que nos venimos refiriendo de manera reiterada desde el inicio de los fundamentos jurídicos y en párrafos anteriores, esto es, cómo justificar de una manera congruente, y desde un punto de vista mercantil y financiero, la venta de un inmueble que resultaría ser la vivienda habitual del administrador, por un precio bastante inferior al de tasación y al de mercado, de una manera imprevista, y en unas estipulaciones inusuales, como

sería, materializar la compraventa de una vivienda sin aportar pago alguno a la operación para cancelar la hipoteca que grava el bien o, al menos, subrogarse a esta, en el caso de que no se quisiera o pudiera realizar un desembolso de fondos, ya fueran propios o ajenos, llevando a efecto la adquisición simplemente reconociendo ante notario la carga que impedía transferir el bien, y acordando con la sociedad vendedora efectuar ingresos mensuales de las cuotas hipotecarias en la cuenta donde esta tenía domiciliada la hipoteca. Y todo ello, sin notificar a la entidad financiera acreedora la compraventa que se iba a producir sobre el bien.

También resultaría extraño, y difícil de argumentar, que el administrador de la mercantil adquirente transigiera con un contrato de arrendamiento del inmueble en el que resultaría ser el arrendatario el representante de la vendedora, con anterioridad a ejecutar la referida venta y que se inscribiera en el Registro de la propiedad, cuando lo común y menos sospechoso, si el vendedor quisiera seguir residiendo en la vivienda y el nuevo propietario lo consiente, habría sido efectuarlo tras la enajenación, siendo la arrendadora la nueva sociedad propietaria.

5.7. *Iter Criminis.*

Son diversas las SSTS, entre ellas, la 518/2017, de 6 de julio (Rec. 1766/2016), de 19 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4965) y de 15 de abril de 2014 (RJ 2014, 2626), las que detallan que el alzamiento de bienes, como delito de tendencia, equivaldrá a un comportamiento sobre los bienes que ocasionará un resultado, pero no de perjuicio sino de riesgo, consecuencia de las artimañas de encubrimiento llevadas a cabo por el deudor para colocarse en una posición de insolvencia total o parcial, real o ficticia, que dificulte o impida a sus acreedores la percepción de lo adeudado.

La declaración «*en perjuicio de sus acreedores*» ha sido entendida como pretensión del deficitario que procura salvaguardar bienes concretos o la totalidad de su activo, boicoteando las posibles sendas de culminación por las que podrían transitar sus acreedores.

GARCÍA ARENAS (2017, pág. 72) declara, que la esencia de la controversia doctrinal y jurisprudencial se halla en el análisis que se realice de la locución «*en perjuicio de sus acreedores*» del artículo 257.1.1º del CP.

La jurisprudencia mayoritaria interpreta esta expresión como objetivo lesivo del deudor, siendo el encubrimiento de los activos el efecto típico y el deterioro efectivo fracción del ciclo de agotamiento del delito.

En consonancia con esta posición se encuentra la doctrina, también mayoritaria, la cual mantiene que el delito de alzamiento no requeriría para su ocasión el quebranto causado. Por su parte, la doctrina minoritaria defiende el alzamiento como un delito de menoscabo con base en la desmesurada e inapropiada criminalización de algunas acciones que estarían produciendo, en palabras de TRILLO (Julio 2008), una «*inflación del Derecho Penal*», por aspectos de oportunidad y no de legalidad, transgrediéndose principios como el de intervención mínima.

Respecto a la consumación del delito, bastaría con que la insolvencia fuera aparente como efecto de la venta realizada, ya sea real o fingida, onerosa o gratuita, de los activos propios, así como de cualquier otra actuación que hurtara dichos bienes a las posibles ejecuciones a que se hallaren afectos.

Por otro lado, en ningún caso se consideraría indispensable un requerimiento preexistente del acreedor o acreedores, al ser justamente la actuación de escabullir el patrimonio de estos lo que completa la tipicidad.

Una vez más, nos toparíamos con que la descripción de los hechos coincide plenamente con la definición que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria realizan del delito de alzamiento de bienes, esto es, la estrategia del deudor que, ante la inminencia de un más que previsible procedimiento de ejecución, se posiciona en una situación de insolvencia, en el presente caso, total, para impedir que su acreedor halle bienes con los que poder resarcir la deuda pendiente. Como decíamos anteriormente, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria concuerdan en señalar que el ocultamiento de los bienes sería parte de la fase de agotamiento del delito.

En el caso objeto de examen, la supuesta insolvencia, aunque real y onerosa a efectos registrales y fiscales, no dejaría de ser aparente, al seguir teniendo el deudor el control del inmueble a través del administrador de la sociedad compradora, su hermano, y del contrato de arrendamiento.

5.8. Continuidad delictiva.

Como ya señalamos en puntos anteriores, la configuración de realización del delito de alzamiento comporta una diversidad de sucesos, no siendo, por tanto, cada uno de esos actos constitutivos de delito al estar constituido este de forma integral. En tal sentido, se pronuncia la STS de 15 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5476), al estimar que en el alzamiento se integran en un solo delito común los diferentes hechos, es decir, en una conducta simultánea total.

En la misma línea, la STS 465/2017 de 16 de febrero (Rec. 617, 2016), que establece que *«la conducta delictiva del delito de alzamiento de bienes, es normalmente fragmentada en una pluralidad de actos esparcidos en un mismo período de tiempo y con un objetivo común de evadir el patrimonio al pago de una o varias deudas, así como el principio de proporcionalidad de las penas puesto en relación con el bien jurídico tutelado por la norma penal, confirma que se trata de un delito integrado por una pluralidad de actos que han de integrarse en una unidad típica de acción. Solo en supuestos extraordinarios de distanciamiento temporal o de ruptura jurídica podría apreciarse un concurso real de delitos»*.

Por lo anterior, en el delito de alzamiento de bienes quedaría descartada la utilización del delito continuado, al apuntar la disposición de delito a una actividad íntegra que absorbería los distintos actos determinados distantes en el tiempo, pero que conduce a todos ellos a exacto objetivo, que no es otro, que el deseo defraudatorio en perjuicio de los acreedores. Con idéntico criterio, la STS de 12 de julio de 2011 (RJ 2011, 5998) aclara que *«existiendo unidad típica de acción, se comete un único delito de alzamiento de bienes, aunque se haga mediante distintos actos diferenciados en el tiempo, pero animados de la misma finalidad de defraudar a unos mismos acreedores»*.

De la lectura de los hechos se vislumbra su celeridad en la consumación de los distintos actos que podrían dar lugar al presunto delito aquí analizado, es decir, la venta del inmueble y la dación en pago en el período que dista desde la firma del documento de reconocimiento de la deuda y la devolución de los primeros instrumentos de pago, así como con el mismo objetivo. Por lo tanto, no se daría en estos sucesos un excepcional alejamiento en el tiempo o una fragmentación jurídica que pudiera justificar un concurso real de delitos.

5.9. Responsabilidad civil (autor del delito, *ex delicto* del partícipe).

En cuanto a la responsabilidad civil del autor del delito, en palabras del TS, SSTs de 1 de marzo de 2017 (RJ2017, 961) y de 23 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4648), entre otras, la deuda que el autor de un delito de alzamiento de bienes pretendía sortear será una obligación previa al delito y supuesto de este, por lo que la responsabilidad civil no podrá concordar con el total del adeudo, al no nacer esta del delito y no estar sujeta su consumación a la subsistencia de un menoscabo o quebranto patrimonial, sino a la de un clima de quiebra en perjuicio de sus acreedores.

Cuando sea posible, la responsabilidad civil *ex delicto* abarcará la revocación de las transacciones jurídicas artificiosas, procediendo, por ello, la rehabilitación de los bienes del deudor a la situación precedente al alzamiento, permitiéndose así, el resarcimiento de la deuda de antemano eludida.

En lo que respecta a la responsabilidad civil del administrador único de Vilares, SLU, para el caso de que fuera condenado como autor de un delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1.2º del CP, cabrían dos posibilidades en función de que fuera posible o no restablecer el orden jurídico modificado por la conducta fraudulenta; en la primera de ellas, si fuera viable, se declararía la nulidad del negocio jurídico efectuado reintegrando el inmueble, cuerpo de la fingida disposición, a la posición jurídica predecesora, reponiendo así el activo injustamente abstraído del radio de acción del acreedor a la sociedad deudora. Y esto dependerá de que el administrador de la sociedad compradora sea condenado o no como partícipe, en su caso, como cooperador necesario, en el alzamiento.

Por lo tanto, si la restitución fuera jurídicamente factible, se declararía la revocación de la venta llevada a cabo por Vilares, SLU, retrotrayendo la situación jurídica a su ubicación preexistente, reintegrando el inmueble al activo de dicha mercantil, con lo que GT, SA podría resarcir su derecho de crédito evadido.

En la segunda, si no fuera aplicable restaurar el orden jurídico por ser planteable la excepción contenida en el artículo 111.2 del CP «*esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irreivindicable*» al no manifestarse probada la participación en los hechos del partícipe y declararse que el inmueble habría sido adquirido en las condiciones dispuestas por la ley, se

abriría la vía de las medidas accesorias del artículo 110 del CP a través de la indemnización de los perjuicios materiales y morales de los que deberá responder dicho autor, aunque aflorará el dilema de que la cuantía de lo adeudado no es efecto del delito, sino que es anterior a este. Por ello, cuando la reposición deviene irrealizable, la indemnización es una vía sustitutiva de la reintegración del patrimonio eludido por la acción de disposición falaz que podrá contener la cuantía de lo adeudado más los intereses legales, teniendo como límite, dicha responsabilidad civil, el importe de los bienes distraídos.

En este último caso, como la deuda no es fruto del delito sino que antecede a este, el valor de la indemnización no podrá exceder del importe total de la deuda pendiente, esto es, de los CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y TRES EUROS CON TRES CÉNTIMOS DE EURO (42.673,03 €). Por otro lado, la indemnización tampoco podría sobrepasar el valor del activo excluido en el momento del alzamiento.

En cuanto a la responsabilidad civil *ex delicto* del partícipe, la línea jurisprudencial mantenida por el alto tribunal en diversas sentencias, como las 224/2019 de 29 de abril (Rec. 1424/2018), 400/2014 de 15 de abril (RJ 2014, 2626), 440/2012 de 25 de mayo (RJ 2012, 9045), y la más antigua, 1388/1999 de 7 de octubre (RJ 1999, 760), refieren que, siempre que fuera posible realizar una estimación económica, la responsabilidad civil del partícipe, ya sea cómplice o cooperador necesario, tocará a las secuelas de la maniobra obstaculativa de la percepción propiciada por él; pudiendo provenir, en este caso, una responsabilidad civil derivada del delito.

En este sentido, ya no nos estaríamos remitiendo a la particular forma de restitución de los bienes a su precedente posición, antes citada, sino a la reparación o indemnización de los posibles daños o perjuicios, ya sean materiales o morales, ocasionados por la inviabilidad del pago y distinguible de la deuda, que se podrá inferir del delito de alzamiento, cuando el deterioro sea consecuencia directa de este.

Por lo tanto, ese tercero, cómplice o cooperador, al ser la falta de cobro resultado directo del delito de alzamiento de bienes, podría verse forzado al resarcimiento de los daños valorables en términos económicos, ya que su actuación ha podido suscitar un quebranto determinado que se situaría por encima del débito y del que tendría que responsabilizarse si hubiera colaborado a la inacción de la ejecución en contra del deudor, aunque fuera de manera parcial. En este sentido se pronuncia la STS 400/2014 de 15 de abril (RJ 2014, 2626) «*quien ha*

contribuido a la ineficacia de un crédito vencido y exigible se puede convertir también en responsable civil frente al acreedor por esa conducta cuya impeditiva que ha frustrado sus legítimas expectativas de cobro».

Por lo anterior, la responsabilidad civil del representante legal de la compañía adquirente en el caso de que fuera condenado como partícipe del delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1.2º CP, sí podría dimanar, a diferencia de la del autor, del delito si se acredita que su participación hubiera causado perjuicios que fueran directamente enlazables al alzamiento. Estos daños habrían de ser diferenciables de la inviabilidad del cobro y del derecho de crédito en sí.

El menoscabo estimable, a cuya satisfacción podría venir obligado el citado administrador, sería la imposibilidad de cobro consecuente del delito de alzamiento, al haber ocasionado su conducta un perjuicio concreto superpuesto a la deuda y relacionado directamente a la ineficacia de la acción de GT, SA contra Vilares, SLU, esto es, que su conducta hubiera sido lo que obstó al cobro.

5.10. Responsabilidad penal de la persona jurídica.

La reforma de 2015 del CP acometió una importante revisión del artículo 31 bis, no tanto con la finalidad de modificar sustancialmente el modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino, como indica el punto III del preámbulo de la ley, de «*delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal*» y poner «*fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial (...)*».

Con la modificación, se incorporan al catálogo previo de delitos susceptibles de generar responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otros, los nuevos delitos enmarcados en el capítulo dedicado a la frustración de la ejecución (arts. 257, 258 y 258 bis CP).

RAYÓN BALLESTEROS (2015, pág. 409) señala, que infringir el «*debido control*» sería lo que facultaría la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Responsabilidad que no solo atañe a los actos efectuados por sus representantes legales, sino a cualquier persona con dotes organizativos o de control.

Respecto al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en el artículo 31 bis del CP, ha habido un amplio debate entre la posición mantenida por la Fiscalía General del Estado, materializada en su Circular 1/2016, que defiende el sistema de heterorresponsabilidad o responsabilidad vicarial, y la postura de la jurisprudencia del TS, respaldada por las SSTS de 29 de febrero de 2016 (RJ 2016, 600) y de 16 de marzo de 2016 (RJ 2016, 84), que avala el sistema de autorresponsabilidad o responsabilidad por el hecho propio.

Con el pronunciamiento de su primera sentencia, STS de 29 de febrero de 2016, en la cual siete magistrados emitieron un voto particular, el TS se contrapuso al posicionamiento del Ministerio Fiscal, preservando el modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas o responsabilidad por el hecho propio; en primer lugar, porque la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE) como derecho fundamental, y por ello, un fallo condenatorio habrá de yacer de los principios inalienables que informan el Derecho Penal, así se fundamenta en la citada sentencia *«(...) de manera que derecho y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados (...) como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc. (...) ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones»*; por lo tanto, la parte acusadora tendrá que demostrar que en el delito perpetrado por la persona física, en el que se asienta su carga particular, converge un delito corporativo, en el que se aprecien deficiencias capitales en las medidas preventivas demandadas a las personas jurídicas por el apartado 2 del artículo 31 bis del CP.

En cuanto a esto, hemos de traer a colación, por su predicción, el dictamen del Consejo de Estado al proyecto de reforma de 2015: *« (...) entiende el Consejo de Estado que esta deficiente redacción podría tener consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la carga de la prueba que, con carácter general y dentro de los procesos penales, pesa sobre la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos de la conducta delictiva. En la redacción propuesta por el Anteproyecto, el artículo 31 bis.2 CP podría llevar a la conclusión de que, debido a que la existencia del programa compliance se erige en una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tan solo a ella le incumbe la carga material de*

la prueba de dicho hecho impeditivo, cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa compliance o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras».

Por lo anterior, el TS, en la citada sentencia, viene a concluir, que las personas jurídicas solo habrán de responder penalmente de los delitos en que, en el desempeño de las actuaciones sociales y en beneficio directo o indirecto de estas, incurren sus representantes legales y demás personas físicas mencionadas en la letra a) del apartado 1 del artículo 31 bis del CP, respondiendo, únicamente, cuando estos fueran graves como indica la letra b) del apartado 1 del citado precepto *«(...) han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso»*; quedando fuera de la responsabilidad penal de estas, las infracciones de carácter menos grave o leve.

En definitiva, el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo estaría constituido por un defecto estructural en los modelos de vigilancia, control y supervisión; por ello, será necesario justificar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de inspección por las partes acusadoras para enervar la presunción de inocencia, sin perjuicio de que la persona jurídica, por medio de su representante especialmente designado, acredite, a través de los medios de prueba que estime oportunos, el cumplimiento de las medidas.

Para RAYÓN BALLESTEROS (2015, pp. 409-410), no se podrá imputar responsabilidad penal alguna a la persona jurídica, si en el procedimiento quedara probada la adopción de las medidas de comprobación recabadas a la compañía, con base a principios oportunos y previos a la ejecución del delito. Medidas, que deberán haber sido objeto de una efectiva implantación en la organización y acompañarse de una serie de requisitos que acrediten su verdadera ejecución; además, lo anterior habrá de ser protegido en un repositorio infalible y determinado.

Según AGUDO FERNÁNDEZ (2016, pág. 45), esta responsabilidad penal sería conexa a la presencia de un acto perpetrado por los representantes legales de la persona jurídica, o por aquellos otros que, situándose bajo el mando de estos, y habiendo eludido el debido control, hubieran ejecutado el hecho en nombre de la persona jurídica, en su conveniencia o por su cuenta. Por lo tanto, el que exista responsabilidad penal de la persona jurídica se restringe a que se dé un hecho de conexión que pueda ser imputado a la persona física.

Por otro lado, y con más relevancia aun, estaría el escenario de confiar la representación a quien pudiera ser, en su momento, probable autor del delito que sería germen de la futura condena de la representada, toda vez, que sería este el encargado de llevar a efecto la táctica de defensa a ejercer. Lo anterior podría implicar, que quien conoce ser artífice del delito primigenio, pudiera llevar a la práctica conductas encaminadas a favorecer su situación procesal personal, tales, como no auxiliar a la autoridad judicial o resarcir a posibles agraviados; todo ello, implicaría una restricción inasumible del ejercicio del derecho de defensa que podría conllevar la indefensión de la persona jurídica.

Lo dispuesto en el artículo 786 bis del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), no facilita en este aspecto la práctica jurídica, por lo que serán las distintas resoluciones que se dicten las que indiquen los patrones a seguir para evitar los conflictos de intereses que se pudieran suscitar respecto a la praxis encaminada a mimetizar las factibles responsabilidades particulares de las personas físicas autoras del delito originario.

Con base a lo declarado por las SSTs de 29 de febrero de 2016 y de 16 de marzo de 2016 antes aludidas, para que a las sociedades objeto de estudio en este dictamen se les pudiera imputar la responsabilidad penal correspondiente, la acusación o acusaciones, en su caso, habrán de probar la ejecución del hecho delictivo de cada uno de los representantes legales de dichas mercantiles, a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 31 bis del CP, y que el delito cometido por estos, como personas físicas individualizadas, se fundamente en la concurrencia de un delito corporativo por una deficiencia organizativa en los dispositivos de prevención.

Si se llegará a acreditar el propio delito de los representantes, el cual servirá como hecho de conexión, se podrá relacionar la responsabilidad penal de las sociedades, al no poderse hablar de responsabilidad penal sin delito previo.

Para que fuera factible sancionar a estas mercantiles con alguna de las penas que para las personas jurídicas contempla el artículo 33.7 del CP, y al objeto de un proceso con todas las garantías, el Ministerio Fiscal, como representante del *ius puniendi* del Estado, habrá de probar la responsabilidad de estos entes colectivos en los mismos términos que la de sus representantes, ya que no será compatible con nuestro proceso penal una doble vía probatoria, al no ser aceptable dicha responsabilidad con la sola justificación del acto criminal imputado a los representantes legales de estas.

Respecto a la forma de imputar a estas dos sociedades, el artículo 31 ter del CP, en su apartado 1, dispone que *«la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella»*. Por su parte, el apartado 2 del mismo artículo establece que *«la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)»*.

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, los individuos de la imputación serán dos, los administradores y las sociedades, cada uno de ellos singularizados, consecuentes con su propio injusto y responsables de su defensa, al no caber en nuestro sistema penal una responsabilidad objetiva en la que la conducta de uno se traslade a la responsabilidad de otro, por lo que la pena que se pudiera aplicar a estas mercantiles habrá de sostenerse en la acreditación previa de un hecho delictivo propio por parte de sus representantes legales.

En cuanto a este aspecto, tanto Vilares, SLU como la empresa compradora, habrán de ser objeto de imputación formal de acuerdo con lo expresado por el artículo 409 bis de la LECrim *«cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su abogado»*. Dicha declaración equivaldrá a su imputación formal e *«irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización»*. Claro está, que el acto o actos sobre los que se apoyará la imputación dimanarán del delito inculcado a los administradores de estas.

La averiguación a la que hace referencia el artículo citado, habrá de dirigirse a investigar la causa o causas que han propiciado una insuficiencia en los sistemas preventivos impuestos por estas mercantiles para evitar los actos delictivos en su propia corporación.

Por lo anterior, la responsabilidad penal de Vilares, SLU así como de la mercantil adquirente reposará en un delito corporativo cimentado a partir de la perpetración de un delito previo por sus representantes legales. En este sentido se pronuncia la STS de 29 de febrero 2016 *«(...)»*

el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión de un delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización».

Las penas que podrían corresponder a las citadas mercantiles, todas consideradas como graves, serían las establecidas en el apartado 7 del artículo 33 del CP, que no se reproducirán por entero por economía procesal. Entre ellas tendríamos, la multa por cuotas o proporcional, la disolución de la persona jurídica, la suspensión de actividades o la intervención judicial.

6. Conclusiones

Primera. –

Como hemos señalado en los fundamentos jurídicos, el tipo penal que mejor conectaría con los hechos objeto de análisis sería el delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1.2º del CP, al confluir en él los requisitos requeridos por este, a saber, una acción mendaz a través de la cual la mercantil deudora emplazaría los bienes que compondrían su activo fuera del radio de acción de su acreedor al objeto de eludir el pago de lo debido, así como un acto de disposición patrimonial, materializado en la enajenación del inmueble, con el presumible fin de obstaculizar o contrariar la efectividad del procedimiento de ejecución dineraria en el que, tras la lectura de lo acordado entre las partes, su iniciación se mostraría como más que previsible ante la inobservancia de los deberes asumidos por la sociedad morosa.

Se rechazaría el delito de insolvencia punible del artículo 259 del CP por dos razones, la primera, porque a la vista de los hechos no quedaría demostrada que la insolvencia fuera real y anterior, sino que se presentaría más bien como simulada, condición esta que caracterizaría el delito de alzamiento; y la segunda, al posicionarse el acreedor en esta situación a continuación del reconocimiento de la deuda con el propósito de obviar el abono de lo adeudado.

En cuanto al factible favorecimiento de acreedores del artículo 260 del CP en relación con la dación en pago concretada en favor de Vitoalves, este quedaría desestimado no solo por no haber quedado justificada la situación de insolvencia actual o inminente que demanda el precepto, sino porque se trataría de un crédito exigible y previo al acto de disposición

realizado, por lo que el acreedor tendría derecho a ser compensado económicamente y la transacción estaría justificada desde un enfoque empresarial.

Segunda. –

Al ser el alzamiento de bienes un delito de mera actividad en el que no resultaría necesario irrogar perjuicio alguno, este quedaría consumado desde el preciso instante en que, tras haber reconocido la deuda que, además, era anterior a dicha confirmación, el representante de la mercantil deudora llevó a cabo la venta del inmueble, infringiendo con ello la garantía universal consagrada en el artículo 1911 del CC y comprometiendo la viabilidad del sistema económico crediticio, siendo ambos bienes jurídicos objeto de protección por el tipo penal.

Tercera. –

Respecto a la insolvencia que requeriría el alzamiento, doctrina y jurisprudencia coincidirían en expresar, que para que fuera penalmente relevante esta habría de haber sido generada por el deudor con posterioridad al momento en que contrajo el débito para evitar el pago al acreedor.

Por ello, en esta definición se encuadraría el quehacer efectuado por el administrador de la empresa morosa, al situarse en una posición de insolvencia vana y propiciada por los actos de disposición realizados por este.

Cuarta. –

La presente causa contendría todos los fundamentos del delito que la doctrina y la jurisprudencia precisan, esto es, un derecho de crédito preliminar a la posición de insolvencia pretendida por la deudora; la firme voluntad del representante de contener el cobro de lo debido a través de la situación de insolvencia ficticia concretada en el acto de disposición efectuado; la exclusión del activo patrimonial mediante la enajenación.

Respecto a la conducta del administrador, dispondríamos de dos fases que se enlazarían, la del alzamiento propiamente dicho para distraer el bien y la del acto de disposición patrimonial, por medio de la transmisión del inmueble, con el objetivo de obstaculizar o imposibilitar la acción del acreedor a través del procedimiento de ejecución predecible.

Como sujetos intervinientes, de conformidad con lo expresado en la letra a) del apartado 1 del artículo 31 bis del CP, tendríamos a los representantes legales de ambas sociedades, vendedora y compradora, al ser estos administradores únicos.

Quinta. –

Acogiéndonos a la opinión jurisprudencial mayoritaria del TS, el ánimo del deudor a la hora de frustrar las probabilidades de cobro del acreedor habría de ser específico. Pues bien, en el presente litigio se daría esa osadía determinada, ya que no se observarían razones lógicas que justificaran que la venta efectuada por el representante de la mercantil deficitaria, tras haber reconocido una deuda y acordado su forma de pago con su acreedor, tuviera otra finalidad que la premeditada de dejar a esta en una situación de insolvencia fingida al deshacerse de todo su activo.

Sexta. –

En lo que se refiere a la autoría, el representante de la sociedad deudora respondería en calidad de autor con base a la teoría del dominio del hecho, pues en todo momento habría tenido la potestad de evitar la ejecución del delito.

En cuanto a la participación del administrador de la sociedad compradora, su conducta sería compatible con la de la cooperación necesaria al ser su contribución a la consumación del delito esencial, al haber coadyuvado a su hermano, con la compra del inmueble, a cometer el alzamiento; ya que de otro modo, no habría sido posible la transmisión de la titularidad del bien para distraerlo de las previsible acción de ejecución del acreedor en las condiciones sucedidas.

Séptima. –

Sobre la responsabilidad civil habremos de diferenciar la que surja de los actos del autor directo y la del partícipe.

Respecto al autor, la responsabilidad civil no emanará del delito al ser la deuda que se pretendía rehuir previa a la comisión de este, por lo que procederá la nulidad del negocio jurídico llevado a cabo entre ambas sociedades por medio del acto de disposición patrimonial para que el inmueble enajenado vuelva al activo de la mercantil deudora y así poder resarcir el acreedor su derecho de crédito; pero, en el caso de que dicha transacción no se pudiera retrotraer por ser esta irreivindicable al no considerarse probada la participación del representante de la mercantil compradora en el «*consilium fraudis*», entrarán en acción las medidas de sustitución del artículo 110 del CP, las cuales no podrán exceder del importe total de la deuda pendiente de abono, al no ser la deuda fruto del delito sino anterior a este.

En lo que se refiere al partícipe, la responsabilidad civil que le podría corresponder al administrador de la sociedad compradora nacería del delito si es estimable en términos

económicos y si su conducta hubiera ocasionado al acreedor perjuicios o daños por la maniobra obstaculativa a la que habría contribuido con sus acciones; siendo directamente aplicables, en este caso, las medidas del artículo 110 del CP por medio de la indemnización de los perjuicios materiales y morales, pudiendo contener esta la cuantía de lo debido más los intereses legales correspondientes, aunque con el límite del importe del activo eludido.

Octava. –

Tras la primera sentencia del TS, de fecha 29 de febrero de 2016, que avaló el sistema de autorresponsabilidad o responsabilidad por el hecho propio, el alto tribunal se opuso a la tesis de la responsabilidad vicarial defendida por la Fiscalía General del Estado mediante el criterio de que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE; por ello, para que una persona jurídica responda penalmente por unos hechos constitutivos de delito, la acusación habrá de acreditar que del delito cometido por la persona física confluye un delito corporativo basado en los incumplimientos graves de los deberes de supervisión, vigilancia y control de las condiciones dispuestas en el apartado 2 del artículo 31 bis del CP.

Por lo tanto, el hecho de conexión con el que relacionar la responsabilidad penal de la persona jurídica será la justificación de la comisión del delito por parte de los representantes de esta de acuerdo con lo señalado en el artículo 31 ter del CP.

Por otro lado, hay que aclarar que los sujetos de la imputación serán dos, la persona física y la persona jurídica, de forma individualizada, cada una con su propio ilícito y responsables de su defensa, al no caber en nuestro sistema penal que las acciones de uno se desplacen al otro mediante una responsabilidad objetiva.

Por lo anterior, ambas personas jurídicas habrán de ser objeto de imputación formal, la cual será efectiva, tras su citación a declarar a través del representante que hayan designado especialmente estas, de conformidad con lo establecido en el artículo 409 bis de la LECrim.

Novena. –

Tras lo anterior, y a la vista de los hechos acaecidos y de los puntos analizados tanto doctrinal como jurisprudencialmente, los argumentos que fundamentarían una sólida acusación serían los siguientes:

En primer lugar, los actos llevados a cabo por el representante legal de Vilares, SLU serían subsumibles en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 257.1.2º del CP, al haberse alzado con sus bienes en perjuicio de un determinado acreedor mediante un acto de

disposición patrimonial y con el claro objetivo de dificultar o impedir la efectividad de un procedimiento ejecutivo de previsible iniciación.

En segundo lugar, quedaría acreditado que la insolvencia en la que habría situado el administrador a su representada sería aparente y deliberada, pues no se presentaría como lógico ni razonable entender, ni desde un punto de vista empresarial ni económico, que si la situación de insolvencia hubiera sido anterior al reconocimiento de la deuda, se enajenen los bienes y con sus frutos no se proceda a sufragar, total o parcialmente, un débito previo y reconocido del que se podrían derivar futuras responsabilidades, tanto penales como civiles.

En tercer lugar, en la acción efectuada por el administrador se cumplirían todos los elementos del delito de alzamiento que la jurisprudencia del TS demanda, a saber, el derecho de crédito de GT, SA sería previo y, además, vencido y exigible; la conducta del deudor trataría de obstaculizar el cobro del acreedor por medio de la distracción de los activos de la sociedad; con dicha distracción eliminaría los bienes de la mercantil produciendo en ella una insolvencia sobrevenida; y por último, de la actuación del representante se desprendería un ánimo específico de frustrar la percepción de la deuda por parte del acreedor por medio del previsible procedimiento de ejecución.

Respecto a los elementos que podrían avalar una estrategia de defensa se plantearía, como una factible solución al litigio, la satisfacción extraprocesal del artículo 22 de la LEC amparada en el poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones del precepto 19.1 y 3 del mismo texto legal.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

- AGUDO FERNÁNDEZ, ENRIQUE y otros. *Derecho Penal de las Personas Jurídicas*. Madrid: Dykinson, 2016.
- ALONSO, J.M. *Las insolvencias punibles, en delitos cuestiones penales en el ámbito empresarial, nº III*. Madrid: Expansión, 1999, pp. 307 y 309.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, IGNACIO FRANCISCO. *Frustración de la ejecución e insolvencias punibles*, en MORILLA CUEVA, LORENZO (Dir.). *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015.
- DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J. y otros. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.
- DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención*, en MORILLA CUEVA, LORENZO (Dir.). *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015.
- GARCÍA ARENAS, VIOLETA. *El delito de alzamiento de bienes tras la reforma penal de 2015*, en CUADRADO RUÍZ, M^a ÁNGELES (Dir.) *Cuestiones penales. A propósito de la reforma penal de 2015*. Madrid: Dykinson, 2017.
- JAEN VALLEJO, MANUEL y PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS. *La Reforma Penal de 2015 (análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*. Madrid: Dykinson, 2015.
- LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA y otros. *Compendio de Derecho Penal, parte general y parte especial*. 22^a ed. Madrid: Dykinson, 2019.
- MORALES GARCÍA, ÓSCAR y otros. *Código Penal con Jurisprudencia*. 3^a ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- RAYÓN BALLESTEROS, MARÍA CONCEPCIÓN. *La responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program: Especial referencia a la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal*, en CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL (Coord.). *Los sujetos protagonistas en el proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2015.

Legislación citada

- Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de fecha 8 de enero del 2000.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la ley de Enjuiciamiento Criminal. «Gaceta de Madrid» núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

Jurisprudencia referenciada

- STS de 224/2019 de 29 de abril (Rec. 1424/2018).
- STS 465/2017 de 16 de febrero (Rec. 617/2016).
- STS de 1 de marzo de 2017 (RJ 2017, 961).
- STS de 17 de mayo de 2017 (RJ 2017, 123862).
- STS 518/2017 de 6 de julio (Rec. 1766/2016).
- STS 821/2017 de 13 de diciembre (Rec. 364/2017).
- STS de 21 de enero de 2016 (JUR 2016, 32359).
- STS de 12 de febrero de 2016 (RJ 2016, 2702).
- STS de 29 de febrero de 2016 (RJ 2016, 600).
- STS 221/2016 de 16 de marzo (Rec. 1535/2015).
- STS de 17 de mayo de 2016 (RJ 2016, 3681).
- STS de 26 de mayo de 2016 (JUR 2016, 138674).
- STS de 22 de junio de 2016 (RJ 2016, 3523).
- STS 717/2016 de 27 de septiembre (RJ 2016, 4721).

- STS de 19 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4965).
- STS 780/2016 de 19 de octubre (Rec. 89/2016).
- STS de 15 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5476).
- STS de 18 de febrero de 2015 (RJ 2015, 573).
- STS 400/2014 de 15 de abril (RJ 2014, 2626).
- STS de 23 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4648).
- STS 440/2012 de 25 de mayo (RJ 2012, 9045).
- STS 670/2012 de 19 de julio (Rec. 2119, 2011).
- STS de 2 de octubre de 2012 (RJ 2013, 1608).
- STS de 12 de julio de 2011 (RJ 2011, 5998).
- STS de 30 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1817).
- STS de 28 de abril de 2010 (RJ 2010, 2055).
- STS de 29 de junio de 2009 (RJ 2009, 6687).
- STS de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5591).
- STS de 17 de julio de 2008 (RJ 2008, 5189).
- STS de 27 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 48).
- STS de 18 de julio de 2006 (RJ 2006, 6301).
- STS de 20 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7549).
- STS de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 3710).
- STS de 15 de abril de 2002 (RJ 2002, 4775).
- STS de 8 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 2594).
- STS 732/2000 de 27 de abril (RJ 2000, 3306).
- STS 1388/1999 de 7 de octubre (RJ 1999, 760).
- STS de 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8579).
- Auto del TS de 19 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 310514).

- SAP de Álava de 26 de julio de 2016 (ARP 2016, 847).

Listado de abreviaturas

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo