



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por:

Susana Sisamón Santafé

Con objeto de un caso de

Alzamiento de bienes, insolvencia punible y delito societario

Director

Prof. Asier Urruela Mora

Facultad de Derecho

Máster de acceso a la abogacía. Área de Derecho Penal.

13 de diciembre de 2018

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	4
I. ANTECEDENTES DE HECHO.....	5-10
II. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	11
III. NORMATIVA APLICABLE.....	11
IV. CONCEPCIONES DOCTRINALES EN RELACIÓN CON LOS TIPOS APLICABLES.....	11-15
1. ALZAMIENTO DE BIENES.....	11-13
2. INSOLVENCIA PUNIBLE.....	13-14
3. DELITO SOCIETARIO.....	14-15
V. DICTAMEN.....	16-32
1. DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES.....	18-21
2. DELITO SOCIETARIO.....	21-23
3. DELITO DE INSOLVENCIA PUNIBLE.....	24-27
4. DELITO CONTINUADO.....	27-28

5. BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	28-32
VI. CONCLUSIONES.....	33-36
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	37
VIII. JURISPRUDENCIA CITADA.....	38

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.

Art. (arts.): artículo (s)

AP: Audiencia Provincial

CP: Código Penal

Ed.: edición

FJ: Fundamento Jurídico

P., (pp.): página (páginas)

Roj: Repertorio oficial de Jurisprudencia

S.A.: Sociedad Anónima

S.L.: Sociedad Limitada

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

Vid: véase

Vol.: volumen

En Zaragoza, a 13 de diciembre de 2018

A requerimiento de D. Javier Fernández Ruiz, con DNI nº 17719904-B, mayor de edad, con domicilio en Zaragoza, Camino de las Torres, 4, 5ºC, se emite por la Letrada Dña. Susana Sisamón Santafé, con los antecedentes que se exponen a continuación, al objeto de evacuar dictamen técnico sobre las diferentes cuestiones jurídicas que suscitan los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Durante los años 2008 y 2009, la promotora BOSQUE 3000 S.L. y la constructora ADRAX DOS S.L, ambas representadas por D. ENRIQUE LÓPEZ LAGO, llevaron a cabo la promoción y construcción de dos edificios situados en las Calles Moncayo, 15 y Santander, 20, de Zaragoza. ADRAX DOS S.L. se comprometía a al suministro de materiales, mano de obra, maquinaria y todos aquellos medios auxiliares que pudieran resultar necesarios para la correcta realización de la obra cuyo pago se haría a través de certificaciones de obra que daban un precio unitario a las unidades de obra realmente ejecutadas, según medición aprobada por la Dirección facultativa.

Las dos entidades tenían como actividad principal la construcción y promoción de viviendas, y asimismo el Sr. López Lago como administrador, tenía respecto de las mismas la capacidad legal y material necesaria para manejar sus cuentas y realizar en su nombre cuantas gestiones desease.

SEGUNDO.- En el año 2008, el SR. JAVIER FERNÁNDEZ RUIZ, realizó una serie de trabajos de instalación eléctrica y de comunicaciones para la mercantil ADRAX DOS S.L., en obras cuya promotora era BOSQUE 3000 SL. En los primeros meses de ese año 2008, los pagos por los trabajos que facturaba el Sr. Fernández Ruiz fueron atendidos puntalmente por ADRAX DOS S.L., sin embargo, en el mes de septiembre se produjeron los primeros incumplimientos. No se atendieron a los pagos de las facturas giradas por trabajos realizados en el mes de julio, siendo estos pagos girados a noventa días.

TERCERO.- Ante la insistencia de D. Javier, la empresa fue haciendo pagos parciales por un total de 131.339'07 euros. Estos pagos, en cuantía algo superior a 100.000 euros, fueron abonados por ADRAX DOS S.L. y 30.000 euros fueron abonados por la empresa promotora de la obra, BOSQUE 3000 S.L. A pesar de ello, nunca se llegó a satisfacer el importe total de la cantidad adeudada por los trabajos efectivamente realizados por el Sr. Fernández, por tanto, se generó una deuda por importe de 33.008,26 euros.

El motivo alegado por el representante de ambas mercantiles, el Sr. López Lago, era la falta de liquidez de las mismas.

CUARTO.- Al resultar infructuosas todas las gestiones de cobro, D. Javier ejercitó la correspondiente reclamación judicial en el mes de mayo del año 2011 mediante un procedimiento monitorio seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº10 de Zaragoza. Finalmente se procedió a instar ejecución en septiembre de ese mismo año 2011, incoándose procedimiento de ejecución de títulos judiciales, en el cual sólo se encontró a nombre de la mercantil un vehículo con dos anotaciones de embargo sin que figuraran otros bienes a nombre de la misma, por lo que el Sr. Fernández no obtuvo resarcimiento de la deuda al carecer ADRAX DOS S.L. de bienes suficientes para ello.

Tanto las acciones ejercitadas por D. Javier como por el resto de acreedores contra ADRAX DOS S.L. resultaron infructuosas ante la insolvencia de la misma causada de forma intencionada por D. Enrique López Lago.

QUINTO.- El Sr. López Lago fue administrador único de ADRAX DOS S.L. hasta marzo de 2009 y administrador único de BOSQUE 3000 S.L. desde septiembre de 1996.

En marzo del año 2009, el administrador único de ADRAX DOS S.L. pasó a ser ROSA ROJA 13 S.L., de la que Enrique López Lago fue administrador único hasta junio de 2009. En esa fecha, el administrador único de ROSA ROJA 13 S.L. pasó a ser D. LUCAS GASCÓN DOMINGO, y también el representante persona física del administrador de ADRAX DOS S.L.

SEXTO.- El Sr. Lucas Gascón había trabajado en empresas del entorno de D. Enrique López como albañil asalariado, y fue en el año 2009 cuando le pidió que

figurara como administrador en varias mercantiles en las que el Sr. López participaba directa o indirectamente, aceptando el Sr. Gascón.

Sin embargo, D. Lucas Gascón Domingo no estuvo autorizado en las cuentas de ADRAX DOS S.L. hasta el año 2012 y, no lo estuvo nunca en otras, siendo el único autorizado D. Enrique López Lago. Por otro lado, sí firmó las cuentas anuales de ADRAX DOS S.L. de los ejercicios 2008, presentadas en junio de 2009, y las cuentas del ejercicio 2009, presentadas en junio de 2010. Pese al cambio de administrador, quien llevaba realmente la gestión y quien ejercía de hecho como administrador de ADRAX DOS S.L. era el Sr. Enrique López Lago. Estas empresas en las que participaba Enrique López, dedicadas al sector inmobiliario, se presentaban ante terceros como grupo inmobiliario Phoenix o Fincas Phoenix, con oficina en la Calle Alfonso 30 de Zaragoza.

Por tanto, D. Lucas Gascón fue ostentando el cargo de administrador en otras tantas mercantiles al tiempo que cesaba el Sr. López Lago, todas estas mercantiles pertenecientes al grupo inmobiliario Phoenix.

SÉPTIMO.- Atendiendo al balance del año 2009 de la mercantil ADRAX DOS S.L., éste era de 585.616,18 €, sin embargo, en las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil correspondientes al año 2010, en las cuales aparecen las del año anterior (2009), se podía observar que el balance de ADRAX DOS S.L. había sido de 2.968.716,86 €, no apareciendo la cantidad anteriormente señalada de 585.616,18 €.

OCTAVO.- De los movimientos de cuentas de la entidad BOSQUE 3000 S.L., promotora que debía pagar a ADRAX DOS S.L. para que esta a su vez pudiera hacer frente a los pagos asumidos en las obras de las Calles Moncayo 15 y Santander 20 de Zaragoza, así como de los movimientos de esta última, se puede observar que, con fecha 5 de diciembre, cuando ya estaba vencida la deuda con D. Javier Fernández, ADRAX DOS S.L., recibió una transferencia de la agencia tributaria por importe 114.854, 53 euros, con los cuales no se procedió al pago de las cantidades adeudadas al Sr. Fernández, ni se pagó las demás deudas contraídas con otros gremios; por el contrario, se destinaron a efectuar pagos a otras mercantiles, como son Belloque Point 15 S.L., Megalímite 10 S.L., Bartolomé Residencial S.A., Arosi Cuarenta S.L.,...entre otras, estando en todas ellas presente como administrador el Sr. López Lago.

NOVENO.- En el caso de la promotora BOSQUE 3000 S.L., recibió un abono de la agencia tributaria, con fecha 16 de noviembre de 2009, de un importe de 467.507 euros, con los cuales no se realizó ningún pago a ADRAX DOS S.L., cantidades que debía entregarle BOSQUE 3000 S.L. para sufragar los gastos de ejecución de las obras. En cambio sí se efectuó, en fecha 17 de noviembre de 2009, una transferencia por ese importe a Indiana Promociones, en la que, una vez más, el administrador era el Sr. Enrique López Lago.

DÉCIMO.- ADRAX DOS S.L. fue declarada en concurso necesario por Auto de fecha 26 de abril de 2012, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Zaragoza. El administrador concursal emitió informe el 20 de noviembre del año 2012 en el que señaló que, en el año 2008, los únicos clientes de la mercantil fueron varias empresas como son Rancho Veinte S.L., BOSQUE 3000 S.L., Megalímite 10 S.L. y Rasersus Veinte S.L.

Sin embargo, en el año 2009 no hubo facturación; en el año 2010 los únicos clientes fueron BOSQUE 3000 S.L., Abanto Veinte S.L. y Oriental Inmuebles S.L.; y en el año 2011, los únicos clientes fueron Belloque Point 15 S.L. y Oriental Inmuebles S.L.

Desde el año 2008, la empresa disminuyó de 8 trabajadores, que pasaron a 5 en 2009, uno sólo en 2010 y dos en 2011. En la Memoria depositada por la concursada constaba que en el 2007-2008 había dejado prácticamente de tener clientes y que su cliente Megalímite 10 S.L. le había dejado una importante deuda pendiente de pago, ocasionando falta de tesorería.

UNDÉCIMO.- La mercantil Megalímite 10 S.L., tenía como administrador único a Enrique López Lago, la cual fue declarada en concurso necesario de acreedores en el año 2011.

Con los datos aportados por esta mercantil, el administrador concursal constató que a principios del año 2010 la empresa ADRAX DOS S.L. figuraba con un saldo acreedor con Megalímite 10 S.L. de 455.285 euros y que a finales de ese ejercicio se había reducido a 84.285 euros, siendo ésta la cantidad reconocida como adeudada por Megalímite 10 S.L. a ADRAX DOS S.L. en el concurso de la primera.

DUODÉCIMO.- En el año 2008, ADRAX DOS S.L. realizó unas obras para Megalímite 10 S.L. por valor de 445.285 euros.

De acuerdo con los extractos bancarios de ADRAX DOS S.L., los movimientos fueron prácticamente inexistentes en los ejercicios 2010, 2011 y 2012. El saldo de caja en 2011 era de 0 euros tanto al inicio como al cierre de ejercicio, apareciendo contabilizados todos los movimientos, 24, en el mes de diciembre, siendo 22 de ellos de fecha 31 de diciembre. Aunque en los apuntes de caja se hizo figurar a 31-12-2011 una deuda con la Seguridad Social de 8.720'68 euros, que se regularizaba en la misma fecha con un aporte de esa misma cantidad desde la cuenta de socios y administradores, lo cierto es que la Seguridad Social se pagaba sin retrasos mensualmente, sin que conste de quién procedía el dinero, realizándose los pagos a través de aplicación informática.

El alquiler de la oficina de ADRAX DOS S.L. suponía pagar un neto de 792 euros al mes a Oso Inmuebles S.L. De estas cantidades mensuales no se pagó nada, por lo que a fecha 31 de diciembre de 2011, la deuda ascendió a 9.504 euros, siendo regularizada con un ingreso de 7.128 euros de la cuenta de socios y administradores de la misma fecha, por tanto, quedando pendiente el pago de 2.376 euros, que figuraban reconocidos en el concurso de acreedores de ADRAX DOS S.L. Figuraba un cobro de 29.500 euros de Belloque Point 15 S.L. y otro de 14.750 euros de Oriental Inmuebles S.L., siendo las facturas emitidas de fecha 1 de octubre de 2011 y 1 de julio de 2011 respectivamente. Los cobros se contabilizaron en caja el 31 de diciembre de 2011 y, a continuación, se hicieron constar minoraciones del saldo de caja por importes de 29.500 euros y 14.750 euros por el concepto "cuenta de socios y administradores".

La mercantil Rosa Roja 13 S.L. era administradora de Oriental Inmuebles S.L. y Enrique López Lago era apoderado en Belloque Point 15 S.L. De acuerdo con los apuntes de caja del 2011, los socios realizaron aportaciones a la mercantil por un total de 47.600'20 euros (todas a 31 de diciembre de 2011, excepto 2'50 euros el día 19 de diciembre de ese mismo año) y recibieron un total de 44.250 euros (el 31 de diciembre, inmediatamente después de los dos cobros contabilizados por esos importes de Belloque Point 15 S.L. y Oriental Inmuebles S.L.).

DECIMOTERCERO.- En el año 2011 diversas empresas vinculadas a D. Enrique López Lago realizaron pagos por cuenta de ADRAX DOS S.L. Así: Indiana Promociones S.L. pagó liquidaciones de impuestos de ADRAX DOS S.L. en tiempo hábil por importe de 4.638'51 euros; Sierra Alta Negocios S.L. pagó facturas de

electricidad y agua de ADRAX DOS S.L.; se pagaron facturas de agua al Ayuntamiento; casi todas las rentas del alquiler de la oficina a Oso Inmuebles S.L.; y las nóminas de los trabajadores, que ascendían a 19.847'59 euros.

DECIMOCUARTO.- En el año 2010 se hicieron una serie de pagos de ADRAX DOS S.L. que suman 107.180'93 euros.

Se hicieron diversos pagos por caja a proveedores/acreedores, el 31 de diciembre de 2010 siendo la suma de todos 82.491'80 euros. Además de los pagos anteriores, las facturas de Endesa para ADRAX ascienden a un total de 9.494'45, de las que según Ficha de Mayor de ADRAX, un total de 6.014'29 euros (facturas hasta el mes de abril del año 2010) figuran pagadas en efectivo por Megalímite 10 S.L.; las facturas de agua y basuras ascienden a 229'51 euros que, según Fichas de Mayor, figura pagado por caja; y 10.717'50 euros a Oso Inmuebles S.L. por alquiler oficina, se dicen pagados por caja.

En las Fichas de Mayor de ADRAX se hace constar, en relación con los pagos a la Seguridad Social por seguros correspondientes al período de noviembre de 2008 a diciembre de 2010, que se pagó el 31 de diciembre de 2010 el total del importe de la deuda, que ascendía a 31.325'51 euros; las cuales se pagaron en plazo, no se sabe por quién. Junto con ello, figuraban cotizaciones por 4 trabajadores hasta el mes de mayo de 2009, por 3 trabajadores en el mes de junio de 2009, por 2 trabajadores hasta el mes de noviembre de 2009 y por un trabajador desde el mes de diciembre de 2009.

El importe de las nóminas en el período de octubre de 2008 hasta diciembre de 2010 figuraba como pendiente de pago, sumando la deuda un total de 80.587'89 euros, que se regularizaba parcialmente a 31 de diciembre de 2010 con un pago de 75.855'42 euros, quedando una deuda de 4.732'47 euros.

No figuraba quién hizo tal pago y las nóminas aportadas, con el recibí del trabajador, llevaban la fecha del mes correspondiente al devengo del salario, por ello, no había deudas con trabajadores en la lista de acreedores del concurso de ADRAX. No quedó acreditado que el resto de los 371.000 euros recibidos de Megalímite 10 S.L. en ese ejercicio de 2010 se emplearan en pagar deudas de ADRAX DOS S.L.

II. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

En relación con los antecedentes expuestos, se plantean las siguientes cuestiones jurídicas:

- Delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1.1º, delito societario del artículo 290 y delito de insolvencia punible del artículo 259.1.2ª del Código Penal contra D. ENRIQUE LÓPEZ LAGO y D. LUCAS GASCÓN DOMINGO.
- Responsables directos para el pago de la deuda, las mercantiles ROSA ROJA 13 S.L. y ADRA X DOS S.L.

III. NORMATIVA APLICABLE

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas se debe acudir a la siguiente normativa:

- 1.- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículos 31 bis, 31 ter, 74.2, 257.1, 258 ter, 259.1, 290.

IV. CONCEPCIONES DOCTRINALES EN RELACIÓN CON LOS TIPOS APLICABLES

1. ALZAMIENTO DE BIENES

El delito de alzamiento de bienes se encuentra regulado en el artículo 257.1 apartado primero del Código Penal: «El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores»; dentro del Capítulo VII: «Frustración de la ejecución», en el Libro II.

En este delito de alzamiento de bienes, el deudor se enriquece ilícitamente aprovechándose del crédito del acreedor, es decir, nos encontramos ante una insolvencia aparente ya que el deudor sí que dispone materialmente de los bienes pero éstos se ocultan o se hace desaparecer su titularidad dominical, por él mismo, de forma que jurídicamente no posee dichos bienes.¹

El bien jurídico protegido es, por tanto, el derecho que ostenta el acreedor de satisfacción patrimonial con el patrimonio del deudor. Por ello, previamente a la comisión del delito, debe existir una relación jurídica obligacional sin que sea necesario que esté vencida. Los sujetos del delito deben ser los mismos que intervienen en esa relación jurídica obligacional, es un delito especial que solamente puede ser cometido por los sujetos identificados como deudor y acreedor.²

El deudor debe tener conciencia de que con sus actos está produciendo un perjuicio para su acreedor, por lo que debe actuar con dolo, es decir, con intencionalidad de no pagar al acreedor, lo cual se debe demostrar para la persecución de este delito.

En consecuencia, el delito de alzamiento de bienes se podrá acreditar una vez se haya vencido la deuda que vincula al deudor y al acreedor debiéndose proceder al pago de la misma, ya que, antes de ello, es muy difícil demostrar la intención de eludir el pago por parte del deudor.

La acción por la que se consuma este delito es «alzarse», entendido en el sentido de «ponerse voluntariamente en situación de insolvencia», por lo que para su consumación no se exige que se haya causado un perjuicio real al acreedor, sino que haya obstaculizado sus legítimos intereses de resarcir su crédito, poniéndose el deudor en una situación de insolvencia.

La jurisprudencia señala que no basta con cualquier acto de disposición que haya hecho el deudor, por tanto, se debe haber producido un riesgo real para el cobro de la

¹ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en *Derecho Penal Parte Especial*, González Cussac (coord.), 5ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 436 y ss.

² Vid. MUÑOZ CONDE, F., «Alzamiento de bienes y frustración de la ejecución. Insolvencias punibles y figuras afines», en *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 398.

deuda al faltar otros bienes con los que hacer frente a la misma por parte del acreedor (STS 400/2014, de 15 de abril de 2014).³

El objeto del delito son los bienes que sean propiedad del deudor, comprendiendo tanto los materiales como los inmateriales, todos los que puedan servir para el pago de la deuda al acreedor y que tengan la cualidad de embargables.

En resumen, la jurisprudencia exige como requisitos para que se produzca el delito de alzamiento de bienes: «a) existencia de una deuda anterior; b) actividad del deudor consistente en cualquier forma de ocultación de sus bienes; c) situación de insolvencia total o parcial como consecuencia de la ocultación; y, d) intención de perjudicar a los acreedores».⁴

2. INSOLVENCIA PUNIBLE

Con la reforma del Código Penal por la LO 1/2015 se introdujo el Capítulo VII bis, Libro II, denominado «de las insolvencias punibles», en el cual se agrupan los delitos concursales o bancarrota, en los arts. 259 y ss.

El tipo básico de este delito de insolvencia (o concurso) punible se encuentra en el art.259; éste en su apartado primero, contiene una enumeración de diferentes conductas tendentes a la realización de este delito. Como señala GONZÁLEZ CUSSAC⁵, la nota común de todas ellas sería la idea de una gestión irregular del propio patrimonio en perjuicio del derecho de crédito de los acreedores.

Se pueden dividir en tres grupos⁶: a) conductas dirigidas a provocar o agravar el estado de insolvencia; b) conductas de gestión arriesgada; c) incumplimiento de obligaciones contables u otras obligaciones impuestas al empresario con el objetivo de que muestre su verdadero estado económico.

³ Roj: STS 2025/2014

⁴ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): frustración de la ejecución e insolvencias punibles»....p. 436.

⁵ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): frustración de la ejecución e insolvencias punibles»....p. 447.

⁶ Vid. NAVARRO FRÍAS, I., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico II», en *Derecho Penal Parte Especial*, Romeo et al. (coord.), Comares, Granada, 2016, p. 385.

Estas conductas solo pueden ser realizadas por deudores ya insolventes, es decir, que se encuentren en un momento de insolvencia actual o inminente.

En su apartado segundo se recoge el caso del que, realizando alguna de las conductas enumeradas en el apartado primero, cause su propia situación de insolvencia. La dificultad de la aplicación de este apartado reside en demostrar que dicha insolvencia se ha producido por los actos realizados por el deudor, por tanto, que existe una relación de causalidad entre esos actos y el estado de insolvencia.

Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles o haya sido declarado en concurso de acreedores. Se trata de un momento de insolvencia del deudor que no es pasajera, sino que se tiene la creencia de que no va a poder hacer frente a las obligaciones contraídas con su propio patrimonio.

3. DELITO SOCIETARIO

Los delitos societarios se encuentran regulados en los arts.290 y ss, Capítulo XIII, Libro II, del Código Penal.

Para la aplicación de los delitos contenidos en este capítulo, debemos acudir al art.297 donde se recoge qué se entiende como sociedad en este ámbito jurídico-penal: «A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

Se trata de delitos especiales propios, ya que sólo pueden ser sujetos activos de los mismos los administradores de hecho o de derecho de las sociedades, mientras que los sujetos pasivos pueden ser tanto los mismos socios de la sociedad como terceras personas que sean externas a la sociedad, como son los acreedores.

El bien jurídico protegido de estos delitos no es únicamente el Derecho de Sociedades, sino también el derecho de las personas que se relacionan con las sociedades confiando en que éstas funcionen de acuerdo con las disposiciones que las rigen; tratándose en ambos casos de intereses patrimoniales privados.⁷

El párrafo primero del artículo 290⁸ recoge el delito de falsear los documentos de la sociedad por parte de sus administradores para causar perjuicio económico a la misma, por tanto, se trata de un delito de peligro en el que no se exige la producción de ese perjuicio para su consumación, sino que la conducta sea adecuada y tendente a poder causarlo. En el caso de que se materializase el resultado lesivo para la sociedad, se aplicaría el tipo cualificado del delito, contenido en su párrafo segundo.

El concepto de falsedad⁹ debe ser entendido como: « [...] cualquier clase de adulteración de alguno de los documentos [...] “manipulaciones” o “artificios contables” de la denominada “ingeniería financiera”, que comportan un aumento o disminución de las partidas contables debido a anotaciones u omisiones indebidas de beneficios o de pérdidas».

En cuanto a los demás delitos contenidos en este capítulo, por un lado, en los artículos 291 y 292 versan sobre las mayorías en las sociedades para la adopción de acuerdos, regulando el caso de imposición de acuerdos abusivos mediante mayorías reales, o la imposición de acuerdos lesivos por mayorías ficticias, respectivamente. Por otro lado, en los artículos 293 y 294 se recogen las obstaculizaciones tanto al ejercicio de los derechos de los socios, como a las tareas de inspección y supervisión.

Los delitos societarios sólo pueden ser perseguidos previa denuncia de la persona agraviada, como recoge el art.296, excepto cuando la comisión haya afectado a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, F., «Delitos societarios. Receptación. Blanqueo de capitales», en *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 460.

⁸ Art.290 CP: «Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses».

⁹ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XI): Delitos societarios», en *Derecho Penal Parte Especial*, González Cussac (coord.), 5ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 492.

V. DICTAMEN

En los años 2008 y 2009, a mi cliente Don Javier Fernández Ruiz, se le encargó la realización de una serie de trabajos de electricidad, por la mercantil ADRAX DOS S.L., en las obras de ejecución de dos edificios de viviendas (sitos en las Calles Moncayo 15 y Santander 20) de Zaragoza, y de las que era Promotora la mercantil Bosque 3000 S.L. Estos trabajos fueron realizados y facturados a fin de que se procediese al pago de los mismos, lo cual no sucedió, razón por la que el Sr. Fernández ejercitó las correspondientes acciones civiles de reclamación de lo que le era debido.

Hasta el 9 de marzo de 2009, D. Enrique López Lago simultaneó los cargos de administrador único de las dos mercantiles, ya que en esa misma fecha, cesó en su cargo nombrando como administrador único de ADRAX DOS S.L., a la mercantil Bosque 3.000 S.L., de la que también era administrador único y representante legal. Esta situación se mantuvo hasta el 16 de junio de 2009, fecha en la que cesó y asumió el cargo D. Lucas Gascón Domingo, trabajador y administrador de otras mercantiles integrantes del Grupo inmobiliario Phoenix, siendo persona de confianza del acusado y figurando D. Enrique López Lago como administrador de hecho, apoderado o partícipe de todas ellas.

Estas entidades tenían como actividad principal la construcción y promoción de viviendas, y asimismo los acusados tenían respecto de las mismas la capacidad legal y material necesaria para manejar sus cuentas y realizar en su nombre cuantas gestiones desearan.

Como ya se ha señalado, hasta el 16 de junio de 2009 la administración de la entidad promotora y la entidad constructora coincidieron.

El impago a mi cliente, D. Javier, por parte de la mercantil ADRAX DOS S.L., no es un hecho aislado, puesto que la falta de abono de los gastos de las obras a los proveedores, materialistas y otros profesionales que intervinieron en las obras han sido reiterados. Prueba de todo ello son las acciones judiciales que entablaron al objeto de que se llevase a cabo la satisfacción de sus créditos.

Sin embargo, todas las acciones realizadas, tanto por mi cliente como por los demás acreedores, resultaron infructuosas ya que la mercantil ADRAX DOS S.L. declaró su insolvencia, la cual fue causada de forma intencionada por D. Enrique López Lago y D. Lucas Gascón Domingo.

El único bien en el que figuraba como titular la mercantil deudora, era un vehículo de la marca Ford gravado con embargos. En contraposición con ello, en el mes de diciembre del año 2008, la mercantil hizo entrega de diversas sumas de dinero a otras entidades que pertenecían al grupo de Fincas Phoenix, eludiendo así el pago de las cantidades correspondientes a los acreedores por los gastos y suministros de la obra. Es de destacar, nuevamente, que en todas ellas D. Enrique López Lago ha estado presente como administrador de hecho, apoderado o partícipe.

Además, en la rendición de cuentas de dicha mercantil correspondientes al ejercicio del año 2009, efectuada por un acreedor de la misma, se recibieron importantes cobros de 29.500 € y 14.750 €. Estos saldos se destinaron al pago de socios y administrador, en ningún caso se dirigieron al pago de las deudas contraídas con los acreedores, a pesar de que muchos de ellos tenían sentencias firmes por importes totales superiores a 300.000 €.

El balance de ese año 2009 de la mercantil era de 585.616,18 €, pero atendiendo a las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil correspondientes al año 2010, en las cuales aparecen las del año anterior (2009), se observa que el balance de ADRAX DOS S.L. había sido de 2.968.716,86 €, no apareciendo la cantidad anteriormente señalada de 585.616,18 €.

Es clara la discrepancia que existe entre las cuentas de un mismo ejercicio económico, estas partidas discrepantes corresponden en el activo a clientes por prestaciones de servicio y en el pasivo a créditos de empresas del Grupo Inmobiliario Phoenix.

En el caso de la promotora Bosque 3.000 S.L.; atendiendo a los movimientos de la cuenta que tenía abierta en una entidad bancaria, de la misma se realizaron dos transferencias a favor de la mercantil Indiana Promociones por cantidades de 467.507,39 € y 38.074,96 € con fecha 17 de noviembre de 2009 y 21 de mayo de 2010, respectivamente. El dato a tener en cuenta de estas transferencias que se reseñan es que,

una vez más, el administrador de esa mercantil era el Sr. López Lago, así como el accionista mayoritario.

Otro caso es el de la mercantil Megalímite 10 S.L.; en la cual el administrador es, nuevamente, D. Enrique López Lago, en la que el Administrador concursal señaló que a principios del año 2010, la empresa ADRAX DOS S.L., tenía un saldo acreedor con Megalímite 10 S.L., de 455.285 € y que a finales de año se había reducido a 84.285 €, debido a que, durante ese año se había cobrado un total de 371.000 €.

Todo ello son muestras más que esclarecedoras de la discordancia de salidas y entradas de dinero en dichas empresas, produciéndose traspasos de unas a otras, todas pertenecientes al Grupo Inmobiliario Phoenix, con el objetivo de crear una insolvencia que impidiese el cobro por parte de los acreedores de las mismas, siendo artífice de ello tanto D. Enrique López Lago como D. Lucas Gascón Domingo.

Estos hechos son constitutivos de un delito de alzamiento de bienes del art.257, un delito societario del art.290 y un delito de insolvencia punible del artículo 259.1.2ª del Código Penal.

1. DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES

Comenzando por el delito de alzamiento de bienes; primero es necesario hacer una distinción dentro del concepto de insolvencia, debido a la diferencia que existe con el concepto de falta de liquidez y con la simple insuficiencia. El concepto falta de liquidez supone que el deudor no puede cumplir con sus obligaciones porque una parte de su patrimonio no puede realizarse a tiempo, pero el activo conjuntamente es mayor que el pasivo. Mientras que, la simple insuficiencia es en el momento presente, en el cual el pasivo es superior al activo, pero existen expectativas de generar crédito, lo que hará que se afronten las obligaciones exigibles.

Sin embargo, el concepto de insolvencia gira en torno a un estado de hecho, en el que el importe de las obligaciones exigibles es superior al de los bienes y derechos realizables.

Dentro de este mismo concepto es posible distinguir entre la insolvencia real, que se compone de la simple insolvencia contable y la insolvencia aparente.

En este caso nos centramos en la insolvencia aparente, que es la que se produce cuando hay una ocultación de bienes por parte del deudor, puesto que desde la perspectiva de los acreedores la insolvencia sí que es real respondiendo a un deficit de patrimonio, consistiendo en la lesión del patrimonio, el cual, de no haber sido así habría podido hacer frente a todas las deudas exigidas.¹⁰

Tal como establece la STS 652/2006, de 15 de junio de 2006¹¹, la cual se adentra en los requisitos necesarios para que se produzca este delito de alzamiento de bienes; señala que no se requiere la producción de una insolvencia total y real, ya que el perjuicio a los acreedores pertenece a la fase de agotamiento del delito.

Por ello, uno de los elementos del delito es la producción de un resultado, es preciso que el deudor (como consecuencia de una actuación sobre sus propios bienes destinada, mediante su ocultación, a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, con el objetivo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes) experimente una disminución de sus bienes, aunque sea ficticia, que haga muy complicado a sus acreedores el cobro de sus créditos, por tanto, dificultando la satisfacción de la cantidad adeudada en gran medida.

La jurisprudencia distingue entre el elemento subjetivo del delito, que está constituido por el ánimo de defraudar al acreedor o acreedores, burlando y eludiendo la responsabilidad patrimonial universal del deudor; y los elementos objetivos, que son la existencia de un crédito líquido, vencido y exigible, la destrucción u ocultación de su activo por parte del deudor mediante operaciones o negocios jurídicos reales o ficticios, onerosos o gratuitos, o mediante otras formas omisivas que generen igualmente esa sustracción, y que por razón de ello se produzca una insolvencia total o parcial del deudor, imposibilitando o dificultando la acción de sus acreedores.

En este caso, respecto a la insolvencia de la mercantil ADRAX DOS S.L., ha quedado acreditado que era pretendida por sus administradores, por lo cual, hicieron

¹⁰ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): frustración de la ejecución e insolvencias punibles»...p. 435.

¹¹ Roj: STS 4117/2006

traspasos de los fondos de la misma a otras entidades pertenecientes al ámbito del acusado D. Enrique López Lago para el pago de diferentes socios y administradores, tendentes a que se produjese esa insolvencia aparente de la empresa, lo que dio lugar a la falta de activo en su patrimonio con el que responder frente a los créditos de los acreedores, como fue el caso de mi cliente D. Javier Fernández Ruiz, que vio frustrada su posibilidad de cobro por sus trabajos realizados a dicha empresa, a causa de la falta de bienes de la misma para hacer frente a la deuda contraída con él. Es decir, de esta forma eludieron la ejecución de la reclamación judicial del Sr. Fernández Ruiz al declararse el concurso de la mercantil.

El bien jurídico protegido del presente delito es el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, sin perjuicio del interés general en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio.

Sin duda alguna, esta situación económica creada intencionalmente por los administradores de la mercantil supone la ocultación del activo de la misma, con el ánimo de defraudar a sus acreedores, entre ellos mi cliente D. Javier.

No es posible discutir la existencia de una deuda de la mercantil ADRAX DOS S.L., con mi cliente D. Javier Fernández Ruiz por los trabajos realizados, ya que así se acredita con las diferentes facturas que han sido aportadas por él, que hicieron que iniciase un procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales. Incluyendo el hecho de que esta deuda quedó contabilizada por las «fichas de mayor» de la mercantil, aportadas por ella misma.

Ha quedado suficientemente corroborado que el resto de empresas a las que se hacían los diferentes pagos de cantidades de dinero estaban estrechamente relacionadas con el acusado D. Enrique López Lago, ya que se han observado pagos con cierta frecuencia por parte de ADRAX DOS S.L. a estas mismas mercantiles. Otro caso son los pagos que directamente le transferían a esta mercantil, los cuales no eran procedentes de operaciones o servicios de esta empresa a tales mercantiles, puesto que algunos de ellos eran cotizaciones a la Seguridad Social, otros nóminas de trabajadores, pagos a proveedores,... etc.

La mercantil ADRAX DOS S.L., hizo entrega de diversas sumas de dinero en diciembre de 2008 a otras empresas del grupo. Cobró, en el año 2010, 371.000 euros por parte de Megalímite 10 S.L., 29.500 euros y 14.750 euros, en el año 2011, siendo estos últimos destinados a pagos de la cuenta de socios y administrador.

Por tanto, estos hechos supusieron la ocultación de bienes, propiciando la situación de insolvencia.

2. DELITO SOCIETARIO

Respecto a la acusación de la comisión de un delito societario, por parte de D. Enrique López Lago y D. Lucas Gascón Domingo, es necesario hacer un análisis de la figura del administrador de hecho y el administrador de derecho; ya que, se trata de un delito especial que únicamente puede ser cometido por los administradores de las mercantiles.

Atendiendo a la diferenciación de uno y otro se puede decir que¹²: el administrador de derecho es aquel que formalmente lo es, es decir, que cumple con las exigencias y requisitos legales; mientras que, el administrador de hecho es aquel que, realiza las funciones de gestión y de representación de la empresa, a pesar de no ser el administrador de derecho de la misma. Por tanto, son considerados como administradores de hecho quienes de hecho mandan o gobiernan desde la sombra, tal como establece la jurisprudencia. En conclusión, se puede decir que administrador de hecho es quien participe activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión. Se equipara al administrador de derecho con el administrador de hecho para incorporar como autor del delito a aquellas personas que fácticamente dominan la sociedad, aunque jurídicamente no ostenten ningún cargo dentro de la sociedad.

¹² Vid. NAVARRO FRÍAS, I. «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico IV»...p. 435.

Al ser los dos acusados administradores de la sociedad, cada uno en momentos distintos, en el momento en que ocurrieron los hechos, son sujetos activos del presente delito.

Han quedado probados los falseamientos de documentos de la sociedad, en este caso el de las cuentas anuales de la mercantil ADRAX DOS S.L.; puesto que a la vista de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil, figuraba una cantidad en las aportadas del año 2009, correspondientes al ejercicio de 2009, y aparecía otra distinta al aportar las cuentas anuales del año siguiente (2010), en el que también aparecían las cuentas anuales del año anterior, el año 2009. Esta falsedad de documentos pretendía dar apariencia de una situación económica de la sociedad distinta de la real, poniéndola en una situación de menor solvencia, con el objeto de eludir el pago de las deudas a los acreedores, produciendo perjuicio también para la sociedad.

En este tipo de delito hay que tener en cuenta el dolo con el que se lleva a cabo la acción de falsear documentos, por ello, hay que incidir en la diferencia entre el dolo directo y el dolo eventual. En el caso del dolo directo, éste se produce cuando la persona que lleva a cabo el falseamiento de las cuentas, tiene como finalidad generar un perjuicio y dicha finalidad sea la pretendida y querida por el mismo. Mientras que, el dolo eventual es aquel en el que el autor de la acción no tiene esa finalidad, sin embargo, acepta la misma como consecuencia de sus actos.

Considerando la STS 228/2016, de fecha 17 de marzo de 2016¹³, establece que para este delito societario, es necesario que la acción se realice con dolo directo, es decir, queriendo la consecuencia que se va a producir, la de causar perjuicio a la sociedad. Tal como señala dicha sentencia: «Hay que tener en cuenta que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal, lo que, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad».

En consecuencia, como prueba de cierta relevancia de ese dolo directo de perjudicar a la sociedad, se debe considerar el hecho de que el documento falseado se haya

¹³ Roj: STS 1190/2016

incorporado al tráfico mercantil, como ocurre en el caso de la empresa ADRAX DOS S.L., ya que dichas cuentas falseadas fueron depositadas en el Registro Mercantil.

Es decir, ese documento es el que puede incidir y tergiversar el tráfico jurídico mercantil, afectando entonces de manera material y no solamente formal los bienes jurídicos protegidos, que son los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de los terceros correspondientes.

Tras todo ello, es necesario plantear la posibilidad de la existencia del concurso de delitos entre este delito societario contenido en el art.290 CP, y el delito de falsedad documental del art.392 CP¹⁴. En este artículo se hace referencia a los particulares que cometieran alguna de las falsedades que se recogen en el art.390 CP en su apartado primero en los tres primeros números, que son: «1. Alterar un documento en alguno de sus elementos o requisitos esenciales, 2. Simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad, 3. Suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho». Por tanto, en este caso sería de aplicación el número uno, ya que se alteran las cuentas anuales de la sociedad ADRAX DOS S.L., para aparentar una menor solvencia de la misma, es decir, cambiando la cantidad total final del activo de la sociedad.

Este concurso entre ambos delitos se debe resolver por el principio de especialidad de delitos¹⁵, como recoge el art.8 del Código Penal; en consecuencia, sería de aplicación el delito societario del art.290 CP. Esto se debe a que el delito societario es ley especial en relación con el delito de falsedad documental; ya que, establece especialidades en cuanto al sujeto activo y al objeto material del mismo, además de que agrega a la conducta de falsear documentos, el elemento de la idoneidad del perjuicio económico.

¹⁴ Art.392.1 CP: «El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses».

¹⁵ Según lo establecido por la Fiscalía General del Estado en la Consulta 15/1997.

3. DELITO DE INSOLVENCIA PUNIBLE

Respecto a la comisión de un delito de insolvencia punible, regulado en el art.259 del CP, debemos dirigirnos a su apartado primero, en concreto, a la conducta 2^a¹⁶, donde se recoge el hecho de que el deudor realice ciertos actos de disposición como la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales.

Para considerar que es de aplicación este precepto, es necesario profundizar en los actos llevados a cabo por el Sr. López Lago, tendentes a perjudicar a los acreedores de la empresa ADRAX DOS S.L.

Hay que tener en cuenta la ocultación del activo de la empresa y la voluntad de defraudar a los acreedores, lo cual se demuestra con la vinculación de ADRAX DOS S.L., y el resto de empresas relacionadas con D. Enrique; ya que, de los pagos que han quedado documentados a otras empresas por parte de los socios, éstos han sido calificados como préstamos, supuestamente a otras mercantiles socias de la misma, tales como Inmuebles Phoenix S.L., y demás mercantiles pagadoras, las cuales no figuran como socias de ADRAX DOS S.L. Lo mismo sucede con los pagos realizados por ellas, que teóricamente eran en concepto de contraprestaciones, lo cual no puede ser así según los socios de la misma durante esos años 2008, 2009, 2010 y 2011.

Por tanto, es imposible determinar el origen y el destino de todas esas cantidades de dinero traspasadas, tanto de la mercantil a otras empresas, como a ella por parte de las demás sociedades. Estos traspasos fueron continuos durante ese tiempo, sin que se determinase a que correspondían cada uno de ellos, si se trataba de préstamos o adelantos de dinero por parte de la sociedad en cada momento o si eran movimientos de dinero cuyo objetivo era ocultar, intencionadamente, el patrimonio de cada una de las sociedades.

¹⁶ Art.259.1.2^a CP: «1. Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas: 2.^a Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial».

Esto se debe a que las cuentas que fueron depositadas en su momento por ADRAX DOS S.L., no se correspondían con una contabilidad adecuada, siendo la mayoría de los movimientos pagos en efectivo, por ello, no siendo posible documentarlos con un extracto bancario. En cuanto al resto de las mercantiles, como es el caso de Indiana Promociones S.L., Megalímite 10 S.L., Rosa Roja 13 S.L., etc... ni siquiera depositaron las cuentas en el Registro Mercantil.

Es de resaltar el hecho de que, en las cuentas de la mercantil ADRAX DOS S.L., no hubiese ningún movimiento bancario en esos años, y además, que en el año 2011 todos los movimientos fuesen realizados contra la cuenta de los socios, la cual fue cancelada el 31 de diciembre de 2012.

Resulta bastante atípico que una mercantil opere solamente con una cuenta de caja, o que no figure capital circulante de la misma ni al inicio ni al final del ejercicio, ni haya saldo alguno en caja ni en bancos.

En el ejercicio del año 2010, la mercantil ADRAX DOS S.L. recibió un total de 371.000 euros de la empresa Megalímite 10 S.L. Retrocediendo al año 2009, momento en el que D. Lucas Gascón Domingo comenzó a figurar como administrador de la mercantil Rosa Roja 13 S.L., a su vez ésta administradora de ADRAX DOS S.L., ésta última no tenía ninguna deuda pendiente y tenía todo en orden.

En relación con ello, la mayoría de esos pagos que fueron recibidos por parte de la mercantil Megalímite 10 S.L., cuya cantidad total asciende a 371.000 euros tal y como consta en la información facilitada en el año 2011 por esta misma empresa, en la que nuevamente se encuentra como administrador el Sr. López Lago, y de los cuales se dice que fueron realizados en efectivo, por ello, una vez más, no hay constancia documental de los mismos. Esto da mayor credibilidad a la información aportada por la empresa Megalímite 10 S.L. respecto a esos pagos, puesto que se establecía que la deuda inicial era de 455.285 euros al inicio del año 2010, sin embargo, al final de ese ejercicio la deuda quedó en 84.285 euros. Respecto a ello, se reflejó que se habían pagado en efectivo esos 371.000 euros. No obstante, atendiendo a la Ficha de Mayor de ADRAX DOS S.L.; en ella figuraban unos cobros a Megalímite 10 S.L., pero solamente por la cantidad de 187.200 euros. Como conclusión a la que se puede llegar de todo esto, es que se ve la discordancia existente en las cuentas de la cantidad de 263.819,07 euros, en

consecuencia, se puede afirmar que se ocultó ese patrimonio de la mercantil deudora de forma consciente, ya que no fue destinada al pago de ninguna deuda, según se acredita con las documentales que se encuentran aportadas.

Por ello, se llevó a cabo con la intención de producir fraude en los acreedores de ADRAX DOS S.L. En definitiva, con estos actos tendentes a la ocultación del activo de la empresa, queda clara la concurrencia de todos los elementos requeridos para la comisión de un delito de insolvencia punible.

Es de considerar que, si esas cantidades se hubiesen destinado al pago de otras obligaciones de la mercantil, aunque no se hubiese pagado a mi cliente D. Javier Fernández Ruiz a pesar de ser acreedor de la misma, y hubiese implicado la desaparición de gran parte del activo de la empresa por ello, no concurriría el delito de insolvencia punible ya que habría hecho frente a otras obligaciones de la empresa con esas cantidades de dinero. Si bien, no es el caso ya que solamente queda acreditada la cantidad de 107.180,73 euros como pago de obligaciones, figurando un desfase de cuentas del resto del dinero del que no se acredita cual ha sido su destino (263.819,07 euros).

En definitiva, como señala la STS 552/2016, de 22 de junio de 2016¹⁷, se produce la comisión del delito de insolvencia punible cuando el sujeto activo simplemente hace desaparecer de su patrimonio varios bienes, lo que supone un aumento de la dificultad de cobro de las deudas para los acreedores de la sociedad, siendo la finalidad del sujeto activo crear esa situación.

Sin embargo, no concurre este delito si el acreedor dispone de otros bienes con los que responder a las deudas contraídas con sus acreedores, es decir, aunque haya hecho desaparecer intencionadamente varios bienes de su patrimonio en detrimento de sus acreedores, no se comete este delito si todavía puede hacer frente a las deudas con el resto de bienes que se mantienen en su patrimonio y estos están accesibles para los acreedores.

No obstante, esto no es lo que ocurrió en este caso, ya que D. Enrique López Lago, al hacer desaparecer intencionalmente la mayor parte del patrimonio de ADRAX DOS S.L., mediante traspasos de dinero a otras mercantiles pertenecientes a su círculo, ésta

¹⁷ Roj: STS 2962/2016

ya no podía disponer de otros bienes con los que saldar sus deudas con los acreedores, puesto que, solamente ostentaba la titularidad de un vehículo como se acredita en los documentos aportados por la misma.

4. DELITO CONTINUADO

Sobre la posibilidad de apreciar que concurre una continuidad delictiva, la cual se encuentra regulada en el art.74 del Código Penal; en él se establece que para considerar esa continuidad delictiva se debe llevar a cabo la ejecución de un plan preconcebido, o aprovechando idéntica ocasión se realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza.

La jurisprudencia, en su STS 367/2006, de 22 de marzo de 2006¹⁸, establece la necesidad de la existencia de varios requisitos para que se considere la continuidad, que son: pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por el Tribunal, concurrencia de un dolo unitario, realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, concurrencia del elemento normativo identidad o semejanza del precepto penal infringido, unidad de sujeto activo, y homogeneidad en el modus operandi.

En resumen, el delito continuado se caracteriza por una pluralidad o diversidad de acciones infractoras de los mismos o semejantes preceptos penales que se pueden separar en dos criterios legales: uno objetivo, cuando haya aprovechamiento de idéntica ocasión, y otro subjetivo, referido a la existencia de un plan preconcebido por parte del agente. Y, por supuesto, el dolo unitario, por el que las distintas acciones homogéneas realizadas en distintos momentos temporales se reducen a una unidad; con ello se desecha el dolo autónomo en cada acción realizada.

En este caso se debería atender al precepto contenido en el art.74.2 del Código Penal, donde se señala que para establecer la pena básica en los delitos patrimoniales se

¹⁸ Roj: STS 1740/2006

debe tener en cuenta el perjuicio patrimonial causado, no atender a la infracción penal más grave.

Sin embargo, en cuanto a la posible apreciación de continuidad dentro del delito de alzamiento de bienes que se trata en este caso, no es posible considerarla, ya que en el precepto legal donde se regula el mismo en el art.257 del Código Penal, no se exige la condición de que el alzamiento se realice en un único acto dispositivo. Por lo cual, se puede concluir que de cada conducta aislada de disposición de cada uno de los bienes realizada por el sujeto con ánimo de defraudar las expectativas de cobro de sus acreedores, no se constituye un nuevo delito de alzamiento de bienes. Así se recoge por la doctrina en la SAP de Guipúzcoa 11/2013, de 18 de enero de 2013¹⁹, donde se pone de manifiesto que se puede tratar de disponer de varios bienes que pueden ser objeto de disposición mediante actos concretos realizados en diferentes momentos, pero todos ellos determinados y agrupados con la misma finalidad defraudatoria para acreedores del que con sus bienes se alce.

Además, así lo considera la STS 1077/2006, de 31 de octubre de 2006²⁰: « (...) no es adecuada la continuidad delictiva apreciada ya que todos los actos con finalidad de alzamiento realizados por una persona en perjuicio de los acreedores que cuando los realice constituyen uno solo y único delito de alzamiento de bienes ya que la estructura de tal delito se refiere a una actuación global que absorbe datos aislados pero realizados todos con una común finalidad defraudatoria».

5. BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como son ADRAX DOS S.L., y Rosa Roja 13 S.L., es necesario atender a la nueva regulación de este aspecto que fue introducida en el año 2010, y modificada ulteriormente entre otras, por la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015.

¹⁹ Roj: SAP SS 1232/2013

²⁰ Roj: STS 6626/2006

Esta introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se reguló para evitar la impunidad de la que éstas disfrutaban no siendo penalmente responsables, aún siendo que el hecho delictivo había sido cometido en su nombre o beneficio pero por quien no ostentaba las condiciones de autoría establecidas en el tipo delictivo concreto. Se sostiene la necesidad de que las personas físicas y las jurídicas actúen en igualdad de derechos y de deberes, particularmente cuando éstas constituyen en la actualidad el principal actor económico.

En tal sentido y siendo que las personas jurídicas son sujetos de derechos y de deberes jurídicos, se señala que no hay razón para que no les vinculen también los deberes jurídico-penales²¹.

La responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la responsabilidad de las personas físicas, es decir, que por el mismo delito pueden responder ambas, tanto la persona física como la jurídica conjuntamente.

La regulación de esta responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en el Título II, Libro I, del Código Penal, titulado «De las personas criminalmente responsables de los delitos».

Atendiendo primero al art.31bis, establece los supuestos en los que las personas jurídicas serán penalmente responsables. Tal como señala BOLDOVA PASAMAR²² «El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas [...] parece residir en una supuesta culpabilidad de éstas, basada, por un lado, en el caso de personas con poder de representación o directivos [...] en haberse cometido el delito “en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto”; y, por otro lado, en el supuesto de empleados su fundamento residiría en que actúen en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, cuando, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas anteriormente, hayan 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”».

²¹ Vid. BOLDOVA PASAMAR, M.A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Derecho Penal Parte General*, Romeo (coord.), 2ª edic., Comares, Granada, 2016, p. 350.

²² BOLDOVA PASAMAR, M.A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas».....p. 355.

Además, según se puede considerar de lo contenido en el art. 31 ter, esta responsabilidad de las personas jurídicas no se deriva de la comisión por ellas mismas del tipo de un delito, sino que exige que sea una persona física la que lo haya cometido aunque no sea responsable penal del mismo. Se trata de una corresponsabilidad entre las personas física y jurídica, sin necesidad de que haya responsabilidad penal de la física para que pueda responder la jurídica.

Se trata de una responsabilidad independiente, por lo que no es necesario que haya una condena para la persona física para que se pueda condenar a la jurídica, incluyendo el hecho de que no se puede aplicar las circunstancias agravantes o atenuantes de la persona física para graduar la pena de la persona jurídica.

A la persona jurídica no se le puede atribuir la autoría directa del delito, es por tanto, una responsabilidad vicarial limitada, ya que ésta responde penalmente aunque la persona física no haya sido individualizada, no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, esté exenta de responsabilidad por falta de culpabilidad, haya fallecido, o se haya sustraído a la acción de justicia²³.

Es necesario dirigirse principalmente a la jurisprudencia que existe a este respecto. Son varias las sentencias que han sido dictadas sobre ello desde la entrada en vigor de la reforma del Código Penal del año 2015; la primera sentencia dictada tras dicha reforma fue la STS 514/2015, de 2 de septiembre de 2015²⁴. Sin embargo, en ella no se incide de forma significativa en esta nueva regulación ya que finalmente se absolvió a la persona jurídica condenada atendiendo a diferentes cuestiones procesales; por tanto, es de destacar la segunda sentencia que se dictó teniendo en cuenta estas modificaciones introducidas, la STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016²⁵. En ella sí que se toma en consideración las nuevas condiciones impuestas tras la reforma, condenando a la persona jurídica por su participación como instrumento jurídico para la comisión de un delito contra la salud pública; lo más reseñable de ella son los puntos que utilizó el TS para condenar finalmente a la persona jurídica: «a) La comisión de uno de los delitos integrantes del catálogo de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comete, en este caso el

²³ Vid. BOLDOVA PASAMAR, M.A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas».....p. 359

²⁴ Roj: STS 3813/2015

²⁵ Roj: STS 613/2016

delito contra la salud pública inventariado a tal efecto en el artículo 369 bis del Código Penal; b) Que las personas físicas autoras de dicho delito son integrantes de la persona jurídica, en esta ocasión como administradores de derecho y de hecho, respectivamente, de la misma».

Por último, de las más importantes de las sentencias del TS dictadas sobre esta materia se encuentra la STS 583/2017, de 19 de julio de 2017²⁶ donde se condenó a seis empresas por un delito de blanqueo de capitales, donde el TS recalcó los requisitos necesarios para poder condenar a las personas jurídicas penalmente siguiendo el art.31 bis CP.

En este caso, los acusados D. Enrique López Lago y D. Lucas Gascón Domingo son responsables penalmente de los delitos que se han ido desarrollando, utilizando como medio para ello a las empresas ADRAX DOS S.L., y Rosa Roja 13 S.L. En consecuencia, teniendo en cuenta el *numerus clausus*²⁷ de delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas, entre ellos se encuentran estos delitos sobre los que gira el presente asunto. Por lo que, se hace extensiva esa responsabilidad penal también a ellas por la implicación en los correspondientes delitos. Por tanto, a la hora de imponer una pena a las mismas, habría que tener en consideración el art.258 ter²⁸ y art.261 bis, donde se recogen las diferentes penas aplicables a las personas jurídicas que sean responsables de los delitos del Capítulo titulado «Frustración de la ejecución» y del Capítulo titulado «De las insolvencias punibles» ambos con el mismo contenido. En este caso será de aplicación lo contenido en el apartado b), donde se señala una multa de uno a tres años, al tratarse de delitos que tienen una pena de prisión para la persona física de más de dos años, pero no de más de cinco años.

A pesar de lo anteriormente señalado, incorporando esta cuestión al presente dictamen, con la regulación tras la reforma del Código Penal del año 2015, esto sólo se

²⁶ Roj: STS 3210/2017

²⁷ Vid. STS 121/2017, de 23 de febrero de 2017 (Roj: 737/2017), respecto a la consideración de determinados delitos como susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas.

²⁸ Art.258 ter: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior. c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33».

plantea como una hipótesis, ya que no sería de aplicación al caso que nos ocupa, puesto que los hechos descritos son anteriores a la introducción legislativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por lo que no sería tomada en consideración por la interdicción de la retroactividad que resulte desfavorable para el reo, tal como se establece en el apartado primero del art.2 del CP²⁹. Por lo cual, no se procede a profundizar más en la materia.

²⁹ Art.2 CP: «1. No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad».

VI. CONCLUSIONES

Luego del estudio realizado sobre la consulta planteada, debo concluir, ciñéndome al caso planteado lo siguiente:

Los hechos descritos anteriormente a lo largo del presente dictamen, son constitutivos de un delito de alzamiento de bienes, previsto y penado en el art.257.1.1º CP; un delito de insolvencia punible, previsto y penado en el art.259.1.1ª CP; y un delito societario del art.290 CP.

Los autores de estos delitos señalados, a tenor de lo que dispone el art.31 del CP: «El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre», se puede considerar que son responsables criminalmente de ellos D. Enrique López Lago, ya que realiza los hechos que comprenden el comportamiento ilícito, puesto que es quien decidía y ejercitaba todas las funciones de administrador de ADRAX DOS S.L., junto con D. Lucas Gascón Domingo, también responsable criminalmente de los correspondientes delitos, ya que ostentó también el cargo de administrador de varias de las mercantiles.

Esto se debe a que ambos, tanto D. Enrique como D. Lucas, tenían conocimiento de la marcha que llevaba la empresa y de las acciones que se llevaban a cabo en la misma, junto con las relaciones que la vinculaban con las otras empresas de su entorno con las que había diferentes traspasos de dinero de unas a otras, sin justificación alguna de la razón que daba lugar a esas transferencias de dinero, las cuales fueron muy convenientes para mostrar esa insolvencia de la empresa de cara a hacer frente a las deudas de sus acreedores.

Por tanto, tal como se ha señalado, al Sr. Javier Fernández Ruiz se le encargó una serie de trabajos de electricidad, para unas construcciones que se estaban realizando,

durante los años 2008 y 2009, por parte de la empresa ADRAX DOS S.L. y la promotora BOSQUE 3000 S.L.

D. Fernández cumplió con el trabajo que se le había encomendado, sin embargo, la empresa ADRAX DOS S.L., de la que era administrador D. Enrique López Lago y, posteriormente, D. Lucas Gascón Domingo, no abonó los pagos que correspondían al Sr. Fernández por esos trabajos efectivamente realizados, ya que solamente le fueron abonados 131.339'07 euros, quedando pendientes 33.008,26.-€. Por lo cual, se procedió a su reclamación judicial, dando lugar a la falta de activo por parte de la empresa para hacer frente a dicha deuda, entre muchas otras a otros acreedores que tampoco fueron satisfechas.

Esta falta de activo tuvo como origen esos trasposos de dinero anteriormente reseñados, ya que, en el mes de diciembre del año 2008, la mercantil hizo entrega de diversas sumas de dinero a otras entidades que pertenecían al grupo de Fincas Phoenix, por lo que no había falta de activo, sino que ese dinero no se destinó a satisfacer las deudas pendientes. En consecuencia, el único bien en el que figuraba como titular la mercantil deudora, era un vehículo de la marca Ford gravado con varios embargos.

Además, dicha mercantil ADRAX DOS S.L., también recibió, en el momento en el que ya se encontraba vencida su deuda con el Sr. Javier Fernández, una transferencia de la agencia tributaria por importe 114.854, 53 euros, con los cuales tampoco procedió al pago de las cantidades adeudadas al Sr. Fernández, ni se pagó las demás deudas contraídas con otros gremios; sin embargo, esa cantidad se destinó a efectuar pagos a otras mercantiles, de las cuales, estaba en todas ellas presente como administrador el Sr. López Lago.

En definitiva, y como se ha esclarecido a lo largo del presente dictamen, la insolvencia de la mercantil ADRAX DOS S.L. fue pretendida e intencionada por sus administradores, D. Enrique López Lago y D. Lucas Gascón Domingo, haciendo movimientos de dinero de unas empresas a otras, en su propio beneficio, puesto que todas formaban parte del mismo grupo empresarial Fincas Phoenix; eludiendo así el pago de las deudas contraídas con los diferentes acreedores por sus servicios a las construcciones que se habían realizado entre los años 2008 y 2009.

Por todo ello, D. Enrique López Lago y D. Lucas Gascón Domingo deben ser condenados como autores de un delito de insolvencia punible previsto y penado en el art.259.1.2ª CP, y por un delito societario previsto y penado en el art.290 CP.

Atendiendo al concurso de leyes entre el delito de alzamiento de bienes previsto en el art.257.1.1º, y el delito de insolvencia punible del art.259.1.2ª, se debe resolver aplicando la *lex consumens*. Se considera que el delito de alzamiento de bienes es un delito de peligro, y el delito de insolvencia punible es un delito de lesión, por ello, la relación entre ellos es de consunción según el principio elemental de que el daño consume al peligro.³⁰

En cuanto al delito societario del art.290 CP, se aplica en concurso real con el delito de insolvencia punible, con base en el art.73 CP.³¹

Por lo cual, la pena que correspondería imponer a los acusados es de 2 años de prisión y multa de 18 meses con una cuota diaria de 20 euros por el delito de insolvencia punible, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y la pena de 1 año de prisión y multa de 6 meses con idéntica cuota diaria, y con todas las accesorias igualmente para la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Además, para el caso de impago, con aplicación del art.53 CP que establece la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas. Con ello, declarar como responsables directos y solidarios del pago de las penas multa a las mercantiles ADRAX DOS S.L. y ROSA ROJA 13 S.L.

Respecto a la responsabilidad civil, deberán indemnizar conjunta y solidariamente a D. Javier Fernández Ruiz en la cantidad de 33.008,26.-€, correspondiente a la condena judicial civil de la mercantil ADRAX DOS S.L. de la que los acusados fueron administradores.

Convenimos establecer la responsabilidad civil subsidiaria de las entidades mercantiles BOSQUE 3000 S.L., ROSA ROJA 13 S.L., Indiana Promociones, RASERSUS VEINTE S.L., y Bartolomé Residencial S.L.

³⁰ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): frustración de la ejecución e insolvencias punibles»...p.436.

³¹ Vid. STS 94/2018, de 23 de febrero de 2018.

Por último, recalcar nuevamente, que no se entra a profundizar en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con las modificaciones introducidas tras la reforma de 2015 debido a que los hechos son anteriores a ella, por tanto, no son de aplicación en el caso del que se trata en este dictamen. Con ello, no procede imponer ninguna pena en materia penal a las personas jurídicas por los referidos hechos

Es mi leal saber y entender que expreso a requerimiento de D. Javier Fernández Ruiz, con respecto a cualquier otro tipo de consideración que pudiera surgir de elementos que desconozca o que no hayan sido tomados en consideración en este informe.

En Zaragoza, a 13 de diciembre de 2018

VII. BIBLIOGRAFÍA

BOLDOVA PASAMAR, M.A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Derecho Penal Parte General*, Romeo (coord.), 2ª edic., Comares, Granada, 2016, pp. 349 a 369.

BORJA JIMÉNEZ, E., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XI): Delitos societarios», en *Derecho Penal Parte Especial*, González Cussac (coord.), 5ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 490 a 498.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en *Derecho Penal Parte Especial*, González Cussac (coord.), 5ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 433 a 453.

MUÑOZ CONDE, F., «Alzamiento de bienes y frustración de la ejecución. Insolvencias punibles y figuras afines», en *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 395 a 408.

-, «Delitos societarios. Receptación. Blanqueo de capitales», en *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 459 a 467.

NAVARRO FRÍAS, I., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico II», en *Derecho Penal Parte Especial*, Romeo et al. (coord.), Comares, Granada, 2016, pp. 378 a 389.

-, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico IV», en *Derecho Penal Parte Especial*, Romeo et al. (coord.), Comares, Granada, 2016, pp. 433 a 446.

VIII. JURISPRUDENCIA CITADA

- STS 367/2006, de 22 de marzo de 2006 (Roj: STS 1740/2006)
- STS 652/2006, de 15 de junio de 2006 (Roj: STS 4117/2006)
- STS 1077/2006, de 31 de octubre de 2006 (Roj: STS 6626/2006)
- SAP Guipuzcoa 11/2013, de 18 de enero de 2013 (Roj: SAP SS 1232/2013)
- STS 400/2014, de 15 de abril de 2014 (Roj: STS 2025/2014)
- STS 514/2015, de 2 de septiembre de 2015 (Roj: STS 3813/2015)
- STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016 (Roj: STS 613/2016)
- STS 228/2016, de 17 de marzo de 2016 (Roj: STS 1190/2016)
- STS 552/2016, de 22 de junio de 2016 (Roj: STS 2962/2016)
- STS 827/2016, de 3 de noviembre de 2016 (Roj: STS 4728/2016)
- STS 121/2017, de 23 de febrero de 2017 (Roj: STS 737/2017)
- STS 583/2017, de 19 de julio de 2017 (Roj: STS 3210/2017)
- STS 94/2018, de 23 de febrero de 2018 (Roj: STS 850/2018)