

**Universidad de Zaragoza**

***MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA***

Curso Académico 2016 / 2017

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**DICTAMEN ELABORADO POR GUILLERMO ROJO  
CASASNOVAS**

CON OBJETO DE

**Análisis del Delito de Estafa y el Delito de insolvencia Punible**

**Fecha:** 21/12/2016

**Autor:** Guillermo Rojo Casasnovas

**Tutor:** Prof. Doc. Eladio Mateo Ayala  
Abogado nº 2.866 REICAZ







# Índice

I. ANTECEDENTES.....	6
1.DOCUMENTACIÓN OBJETO DE ANÁLISIS.....	6
2. HECHOS .....	7
II. DELITO DE ESTAFA (ARTÍCULO 248 Y 249 DEL CÓDIGO PENAL DE CONFORMIDAD CON LA REDACCIÓN ANTERIOR A LA LEY ÓRGANICA 1/2015).....	13
1. ELEMENTOS DEL TIPO Y NEGOCIO JURÍDICO CRIMINALIZADO.....	13
1.1. Especial referencia a la Sentencia AP de Zaragoza 10/2015. ....	16
2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRUEBA DE INDICIOS. El dolo “ab initio” y el dolo “subsequens” .....	18
3. LA REFORMA DE LOS DELITOS DE ALZAMIENTO DE BIENES: LOS NUEVOS DELITOS DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN.....	23
III. DELITO DE INSOLVENCIA PUNIBLE. ARTÍCULO 257 CP. ....	25
1. CONCEPTO DE INSOLVENCIA .....	27
2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN .....	28
A) Cooperación necesaria y complicidad.....	31
3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES Y DONACIÓN EN FRAUDE DE LEY .....	32
IV. CONCLUSIONES .....	34
V. BIBLIOGRAFÍA.....	38
VI. JURISPRUDENCIA .....	39

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. DOCUMENTACIÓN OBJETO DE ANÁLISIS**

La documentación que me ha sido aportada para la emisión del Dictamen es la siguiente:

- El despacho en el que he realizado las prácticas me ha facilitado el expediente completo del procedimiento judicial sobre el que versa este Trabajo de Fin de Máster, hasta el escrito de defensa con fecha 14 de Diciembre de 2016. Se trata de un procedimiento que está en curso y pendiente de juicio.
- Se me ha proporcionado el expediente en el que constaba, el escrito de querrela de fecha 30 de Julio de 2014 presentado por la mercantil MAGISTA S.L., en el que se adjunta como documentación el Procedimiento monitorio 342/2013 del Juzgado de 1ª Instancia 21 de Zaragoza y como resultado de la oposición los autos de juicio ordinario 571/2013 del Juzgado de 1ª Instancia nº21 de Zaragoza, así como la sentencia de fecha 16/5/2014.
- Nota Informativa de Dominio y de Cargas de fecha 30/1/2014, del Registro de la Propiedad de Zaragoza, del inmueble de C/Soto Mayor, de Zaragoza.
- Ejecución de Títulos Judiciales 273/2014 de 23 de Julio de 2014.
- Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 2760/2014 en las que se incluyen:
  - o Declaración de los querrelados ELENA, PABLO, MARTA, IVÁN.
  - o Escritura de compraventa del piso de C/Soto Mayor de 28-9-1995, Escritura de aportación de dicho inmueble a RI S.L Notario Teresa Gisbert núm. 345 de protocolo de 12-4-2012, así como las cartas de pago/autoliquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales.
  - o Escritura de donación de las participaciones sociales de SUBMARINO S.L. de 13-5-14 y cartas de pago/autoliquidaciones del Impuesto de Donaciones.
  - o Escritura de constitución de SUBMARINO S.L. y nombramiento de cargos sociales.
  - o Recibos de amortización mensual de la hipoteca de la Caixa que grava la vivienda desde el 1-1-12 hasta la fecha.
  - o Documento de separación matrimonial al que han hecho referencia en su declaración de 19-11-14 en sede judicial.
- Para realizar una comparativa de los elementos del delito de estafa que examino en el presente TFM, el despacho me ha proporcionado dos resoluciones de un procedimiento ya concluso que se siguió en el mismo en el año 2014:
  - o La Sentencia del Juzgado de lo Penal N.5 de Zaragoza de 24 de Noviembre de 2014 que fue recurrida y desestimada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección n. 1) de 22 de Enero de 2015.

## 2. HECHOS

### PARTES:

- QUERELLADOS: Elena, Pablo, Marta.
- QUERELLANTE: Empresa: MAGISTA S.L.
- TESTIGO: Iván.

**PRIMERO.-** La querellada ELENA, a título personal, entabló relaciones comerciales con la querellante MAGISTA S.L. solicitando/encargando productos (mobiliario), trabajos e instalaciones en su vivienda de C/Soto Mayor, de Zaragoza por los cuales la empresa expidió factura por importe de 60.725,60 € abonando la acusada 32.073,67 €, adeudando el resto. Dichos trabajos fueron realizados entre febrero y septiembre de 2012.

La querellante, ante el impago por ELENA de los importes adeudados (27.441,33€), entabló el procedimiento monitorio nº 342/2013 del Juzgado de 1ª Instancia 21 de Zaragoza, al cual se opuso la ya mencionada querellada alegando deficiencias en los trabajos por un valor de 6.580,39 € y un costo total de la obra terminada por valor de 48.307,38 €. Su oposición dio origen a los autos de juicio ordinario nº 571/2013 del Juzgado de 1ª Instancia nº21 de Zaragoza, recayendo sentencia de fecha 16/5/2014 que condenaba a ELENA a pagar a la querellante el resto pendiente, más intereses legales, momento en el que la vivienda seguía siendo propiedad de la querellada.

**SEGUNDO.-** La vivienda, que constituía el domicilio habitual de la querellada, era propiedad de ELENA como así constaba en el Registro de la Propiedad de Zaragoza Nº 8, según Nota Informativa de Dominio y de Cargas de fecha 30/1/2014 con carácter privativo por título de compraventa y pleno dominio de esta finca, desde 28-09-1995; según se acredita de la documentación aportada con la querella.

**TERCERO.-** PABLO es asesor fiscal y administrador único de la sociedad SUBMARINO S.L. gestionando la empresa, tanto su actividad comercial, como su contabilidad y documentación mercantil. Además, está casado con ELENA en situación de separación de hecho aproximadamente desde la primavera de 2013 cuyo régimen

económico matrimonial, es el de separación de bienes pactado antes del matrimonio, siendo socios de dicha sociedad.

El inmueble sito en C/Soto Mayor fue aportado a la sociedad SUBMARINO S.L. mediante escritura notarial de fecha 12-4-2012 ante la Notario Dña. Teresa Cruz Gisbert, según consta acreditado a través de la escritura de ampliación de capital obrante en los folios 233 a 247 de Autos. Por lo tanto, la fecha de la donación del inmueble a la sociedad fue cuando ya había una deuda hacia MAGISTA S.L.

Ambos cónyuges mediante escritura notarial de fecha 13-5-2014 ante la Notario Dña. Teresa Cruz Gisbert según consta acreditado a través de la escritura de Donación de Participaciones Sociales, donaban a su hija MARTA el pleno dominio del total de las participaciones sociales de la sociedad SUBMARINO S.L. (1.824 participaciones sociales) excepto 50, que quedaron en poder de PABLO, según se desprende de los folios 250 a 256 de Autos.

**CUARTO.-** Transcurrido el plazo para poder solicitar ejecución de sentencia tras el impago de aquello que adeuda la querellada, dio lugar a la incoación de un procedimiento de ejecución de Títulos Judiciales que se transmite en los autos ETJ nº 273/14 del Juzgado 1ª instancia nº 21 de Zaragoza en el que se acordaron practicar diligencias de averiguación de ingresos y situación patrimonial de la demandada, dictándose resolución de fecha 3-7-14 de ejecución y de averiguación de bienes por el Punto Neutro Judicial, que resultó ser negativa<sup>1</sup>.

**QUINTO.-** Los hechos que resultan de las anteriores actuaciones presentan características que hacen presumir la posible existencia de delito de estafa e insolvencia punible por lo que se incoan las diligencias previas 2760/2014 con fecha 29-8-2016.

**SEXTO.-** A continuación se van a exponer los principales hitos procesales del procedimiento de diligencias previas 2760/2014 del presente dictamen:

---

<sup>1</sup> El resultado de la averiguación realizada por el Punto Neutro Judicial es :

- ELENA se encuentra en situación de desempleo desde el 31-5-2011, que carece de vehículos, que agotó la prestación por desempleo en 2008 y que carece de inmuebles.



- Se interpuso querrela con fecha 30 de Julio del 2014, por la representación procesal de MAGISTA S.L dando lugar a las presentes diligencias.
- Se admitió a trámite la querrela mediante auto de 10-9-2014.
- Se tomó declaración a ELENA con fecha 19 de Noviembre de 2014 en condición de imputada, que se desarrolló a estos términos:
  - o Preguntada si su esposo e hija vivían con la declarante en ese año 2012, manifiesta que estaban en un proceso de separación.
  - o Preguntada si es cierto que firmó el 12-04-2012 una escritura aportando el piso a SUBMARINO S.L., manifiesta que no se acuerda, que firmó lo que a su marido le mandó, nunca se ha preocupado de lo que ha firmado.
  - o Preguntada por qué no se inscribió hasta el 13-05-2014, es decir dos días antes de la fecha de juicio contra MAGISTA S.L., manifiesta que no lo sabe, que es una casualidad.
  - o Preguntada si el 13-05-2014 la declarante y su cónyuge regalaron/donaron todas sus participaciones a su hija de 19 años ante notario, manifiesta que no se acuerda de las fechas y firmaba lo que le decía su marido.
  - o Preguntada cómo pensaba afrontar su deuda con MAGISTA S.L, recogida en sentencia, si regalaba su único bien, manifiesta que tiene medios propios de vida.
  - o Preguntada por los motivos de la donación efectuada a favor de su hija, manifiesta que fue por la separación conyugal, que pensaron que la casa no sería ni para él ni para ella, sino para la única hija en común.
  - o Preguntada en relación a los pagos de las obras de la casa, cómo lo hizo, si en efectivo, si por transferencia, y si hubo testigos, manifiesta que lo hizo en efectivo porque el querellante la llamaba para ir a su casa, porque lo quería en B, y que además tiene una persona de testigo que veía como lo recibía y como lo contaba.
  - o Preguntada si su marido o ex marido sabía algo de las obras de la vivienda y de los procedimientos civiles seguidos en el juzgado, manifiesta que no sabía nada.

- Se tomó declaración a PABLO con fecha 19 de Noviembre de 2014 en condición de imputado, cuyo contenido es el siguiente:
  - Preguntado por la relación con la empresa SUBMARINO S.L., manifiesta que es el administrador único y respecto a la relación con ELENA, manifiesta que en su constitución eran ambos socios, aunque a día de hoy ya no lo es, actualmente sus socios son él mismo y su hija Marta, la cual carece de implicación y gestión en la empresa.
  - Preguntado quién lleva la contabilidad, gestión y documentación de SUBMARINO S.L., manifiesta que él.
  - Preguntado si presenció la reforma realizada en la vivienda por MAGISTA S.L., manifiesta que no y que no le consta el precio de dicha reforma, además de que ELENA ni se lo comunicó, ni sabe cuando pagó a cuenta.
  - Preguntado si pagó SUBMARINO S.L. parte de esa reforma, manifiesta que cree que no.
  - Preguntado si ese inmueble en 2012 era propiedad de SUBMARINO S.L. de la cual él era administrador, manifiesta que se aportó el inmueble a SUBMARINO S.L. a mitad de año o primavera del año 2012, como consecuencia de la ampliación de capital que hizo la empresa.
  - Preguntado si como administrador de esa mercantil no se preocupó de las obras que se estaban realizando en la misma, manifiesta que no.
  - Preguntado si le consta que en el año 2012 ELENA ni trabajaba, ni tenía saldos, ni bienes de fortuna para pagar la reforma que se estaba haciendo en la vivienda de esa empresa, manifiesta que no trabajaba pero tenía dinero.
  - Preguntado quién se encargó de tramitar impuestos, registros y catastros de la aportación de la vivienda a la empresa manifiesta que él mismo.
  - Preguntado por qué no se inscribió hasta el 13-05-2014, es decir dos días antes del acto de juicio con MAGISTA S.L., manifiesta que es

casualidad, una coincidencia, porque el declarante desconocía que hubiera un proceso judicial y las obras, entonces al hacer la escritura de donación el declarante y su ex esposa a favor de su hija fue cuando hicieron todo, que en realidad se hizo de toda la parte de ELENA y de una parte de las del declarante, reservándose un porcentaje para poder seguir siendo administrador.

- Preguntado acerca de si en la ampliación de capital se aportó el inmueble de C/Soto Mayor, algo más el declarante, manifiesta que sí. Que aportó capital de una herencia que recibió en aquellas fechas.

- Se tomó declaración a MARTA con fecha 16 de Diciembre de 2015 en condición de investigada, cuyas manifestaciones son las siguientes:

- Que no tenía conocimiento del procedimiento seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Zaragoza, ni del Procedimiento ordinario, ni de la Ejecución de Títulos posteriores. Que manifiesta que no ha tenido ninguna intervención.
- Que la vivienda sita en C/ Soto Mayor es su vivienda habitual y ella está en dicha vivienda como titular. Está como titular porque sus padres le pasaron unas acciones. Que fueron al Notario hace dos años.
- Que recibió la vivienda mediante escritura pública y a través de una donación.
- Que su madre no trabaja ni trabajaba en el año 2012, pero sí que tiene medios económicos propios, pero tampoco está al tanto de ellos.
- Que conoce los “desperfectos” de la obra porque vive allí, en concreto las luces del salón no funcionan, las puertas no están acabadas, el rodapié no es del mismo color que las puertas que el cubre radiador está roto, que las puertas de su habitación son de distinto color.
- Que los problemas entre sus padres se remontan a dos años antes. Que su padre apenas iba por su casa, y no vive allí desde el año 2000.
- Que su padre conocía las obras pero no el procedimiento civil en relación a ellas.

- Se tomó declaración a IVÁN, el anterior abogado de ELENA, con fecha 16 de Diciembre de 2015 en condición de investigada, cuyas declaraciones son las siguientes:
  - o Que PABLO no fue conocedor del procedimiento civil.
  - o Que es cierto que ELENA le pidió al testigo que no le dijera nada sobre el procedimiento de reclamación de cantidad a PABLO.
  - o Que el testigo intentó llegar a un acuerdo extrajudicial con MAGISTA S.L., hubo una propuesta por su parte otra por parte de MAGISTA S.L. y al final no hubo acuerdo. El testigo renunció a la representación de ELENA y no sabe como finalizó el procedimiento.
  - o Que no recuerda exactamente las cantidades que pagó ELENA pero eran cantidades importantes, no pudiendo precisar la cuantía.
  
- Se acuerdan iniciar los trámites del procedimiento abreviado, mediante auto de 18-5-2016, por si los hechos imputados a ELENA pudieran ser constitutivos de un presunto delito de estafa del artículo 248 y 249 del CP y un delito de insolvencia punible tipificado en el art. 257 del CP del cual pudieran ser responsables ELENA, PABLO y MARTA.
- Se formula escrito de acusación por la representación procesal de MAGISTA S.L. con fecha 25-6-2016.
- Se decreta la apertura del Juicio Oral mediante auto de fecha 29-8-2016.

## II. DELITO DE ESTAFA (ARTÍCULO 248 Y 249 DEL CÓDIGO PENAL DE CONFORMIDAD CON LA REDACCIÓN ANTERIOR A LA LEY ÓRGANICA 1/2015)

### 1. ELEMENTOS DEL TIPO Y NEGOCIO JURÍDICO CRIMINALIZADO.

La Acusación Particular y el Ministerio Fiscal imputan a ELENA un delito de estafa, regulado en el artículo 248<sup>2</sup> y 249 del Código Penal<sup>3</sup>.

El delito de estafa se completa mediante la concurrencia de cuatro secuencias fácticas, engarzadas entre sí en vía causal: engaño, error, disposición y perjuicio patrimonial. Por lo tanto, como establece la **STS de 21 de enero [RJ 2.003/793]** y reiterada Jurisprudencia son presupuestos necesarios para la existencia de tal delito:

**1º.- El comportamiento engañoso (se exige la existencia de un “*engaño bastante*” que ha de tener cierta entidad).**

Para la apreciación de la estafa se requiere una cierta entidad e importancia en el engaño. Además, hay que atender a un criterio subjetivo que determine la idoneidad del engaño teniendo en cuenta también las condiciones personales del sujeto pasivo.

*“[...] El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina y jurisprudencia, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así se ha hecho extensivo el concepto legal a “cualquier falta de verdad o simulación”, cualquiera que sea su modalidad, o apariencia de verdad que determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no se hubiese realizado [...]”*  
**Sentencia Audiencia Provincial de Murcia 29 de Noviembre de 2013 [TOL 4.064.201].**

---

<sup>2</sup>**Artículo 248. Código Penal. Redacción conforme a la reforma 5/2010: 1.** Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

**2.** También se consideran reos de estafa: **a)** Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro. **b)** Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo. **c)** Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

<sup>3</sup> **Artículo 249. Código Penal. Redacción conforme a la reforma 5/2010:** Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

El engaño “bastante” constituye el elemento central del delito de estafa, es decir, debe ser «suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y demás circunstancias concurrentes al caso concreto, dicha maniobra defraudatoria debe revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia...».<sup>4</sup>

A la hora de valorar el engaño, también ha de tenerse en cuenta la personalidad del sujeto pasivo, su inteligencia, su edad, sus relaciones con el sujeto activo, etc. Si el sujeto pasivo no tiene una capacidad mínima jurídicamente reconocida de disposición de las cosas, el perjuicio ocasionado no podrá incardinarse dentro del tipo del delito de estafa. Por ejemplo, en caso de menores o de unos enfermos mentales, el engaño que lleva a estas personas a realizar la disposición patrimonial se considera por la doctrina dominante como hurto y no como estafa. Otra cosa es cuando el sujeto pasivo lleva a cabo la disposición patrimonial sin error de ningún tipo, a sabiendas del engaño que sufre por puro pasatiempo o liberalidad. En esta situación no existe estafa, como es también el caso de echadores de cartas o falsos adivinos, que no engañan a nadie, pero que obtienen dinero y se ganan la vida de este modo.<sup>5</sup>

**2°).- Con este comportamiento el sujeto provoca un “error” en otra persona.**

Se requiere la producción de un **error esencial** en el sujeto pasivo, que posee un conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, determinante del vicio de voluntad facilitador del desplazamiento patrimonial que le subsigue.

**3°).- El engañado, en virtud del error que padece, realiza un “acto de disposición patrimonial”.**

**4°).- A consecuencia del acto de disposición patrimonial, se produce un “perjuicio patrimonial” para el disponente o un tercero.**

**Y, 5°).-El ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto que consiste en la intención de obtener cualquier enriquecimiento de índole patrimonial.**

Como defiende MUÑOZ CONDE: “*El concepto de engaño es un concepto tan amplio que sólo puede ser limitado en función del concepto mismo de estafa, conectándolo con los otros elementos de la misma, y de la finalidad preventiva y*

---

<sup>4</sup> CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, MIR PUIG SANTIAGO, *Comentarios al código Penal, reforma LO 5/2010*, Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2011. *op.cit.*, p. 548.

<sup>5</sup> CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, MIR PUIG SANTIAGO, *Comentarios al código Penal, reforma LO 5/2010*, Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2011. *op.cit.*, p. 572.

*político-criminal específica del Derecho Penal, teniendo en cuenta especialmente el principio de intervención mínima del mismo, reservándolo para aquellos ataques fraudulentos al patrimonio verdaderamente graves, tanto cuantitativa como cualitativamente”<sup>6</sup>.*

Los diferentes elementos que configuran el delito de la estafa deben de estar relacionados entre sí. Así, para que exista el delito de estafa no basta con que aparezcan todos estos elementos, sino que además **debe de concurrir un nexo o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio sufrido**. Por lo tanto, para que se complete la relación causal del delito se requiere que el engañado, en virtud del error que padece, realice un acto de disposición patrimonial, que derive en un perjuicio patrimonial para el disponente o un tercero, (en este caso un servicio de rehabilitación de la obra).

La existencia de un **nexo causal entre el “engaño bastante” y el perjuicio originado** conlleva que el dolo del sujeto activo debe anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria. A este respecto, la **STS 28 de Octubre de 2005 [TOL791.879]** establece: “[...] *El engaño ha de ser precedente o coincidente temporalmente con el error que al sujeto pasivo determina y bastante para mover el ánimo de quien lo sufre, no siéndolo cuando es burdo o ineficaz para engañar para lo que se habrá de tener en cuenta la capacidad subjetiva del sujeto pasivo del hecho para dejarse engañar [...]”*.

A mi entender la Acusación particular y el Ministerio Fiscal fundamentan su acusación a ELENA por un posible delito de estafa, en una supuesta **intención inicial** de no cumplir con lo pactado en contrato. Se alega que ELENA tenía la intención de aprovecharse del cumplimiento de MAGISTA S.L. debido a que la rehabilitación de la vivienda estaba prácticamente finalizada y ella aún no había efectuado el pago total de las cantidades adeudadas.

Sin embargo, no se acredita que el incumplimiento de la acusada estuviese animado por un dolo antecedente o un propósito inicial de incumplir "ab initio", previo al establecimiento del contrato realizado con la empresa MAGISTA S.L.

En el supuesto que nos ocupa, al incardinar los hechos dentro del delito de estafa, debemos acudir a la modalidad **de negocio jurídico criminalizado** o contrato criminalizado. En esta modalidad, el autor simula un propósito serio de contratar actuando bajo engaño precedente, cuando lo que realmente quiere es aprovecharse del cumplimiento de lo pactado por la parte contraria, y de su propio incumplimiento del que se deriva el enriquecimiento obtenido o intentado, con el consiguiente empobrecimiento del perjudicado. En definitiva, el sujeto activo actúa con la intención de satisfacer únicamente una parte de lo encargado para así no tener que hacer frente a la deuda total y obtener bajo engaño el servicio o la prestación a un coste menor.

---

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial, 20ª Edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de Marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. *op.cit.*, p. 372.

Como podemos apreciar, el negocio jurídico criminalizado se ubica en **la fina línea divisoria que existe entre el dolo penal y el civil** en relación a los delitos contra el patrimonio; de este modo, sólo será penalmente punible la acción, cuando concurren todos los elementos del tipo de la estafa, que han sido expuestos con anterioridad (**STS de 13 de Mayo de 1994 [TOL 5.154.203]**). Es muy representativo el fragmento de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Noviembre de 1997 [RJ 1997\7986]** y de la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de Diciembre de 2012 (TOL 141.854)** : “[...] como dice la **Sentencia de 30 mayo 1997 ( RJ 1997\3638)**, la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio se halla en el concepto de la tipicidad, lo ilícito penal frente a lo ilícito civil, de tal forma que sólo cuando la conducta del agente encuentra acomodo en el precepto penal que conculca, puede hablarse de delito, sin que por tanto ello quiera decir que todo incumplimiento contractual signifique la vulneración de la Ley penal, porque la norma establece medios suficientes para restablecer el imperio del Derecho ante vicios puramente civiles. Depurando más el concepto diferenciador, la Sala Segunda tiene reiteradamente declarado (Sentencias de 24 marzo 1992 [ RJ 1992\2435], 27 septiembre 1991 [ RJ 1991\6628] y 28 junio 1983 [ RJ 1983\3597], entre otras muchas), que la estafa en general, como si de la madre de todos los engaños se tratara, existe únicamente en los casos en los que el autor simula un propósito serio de contratar cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento, propósito difícil de demostrar que ha de obtenerse normalmente por la vía de la inferencia o de la deducción, partiendo tal prueba indiciaria, lejos de la simple sospecha, de hechos base ciertamente significativos según las reglas de la lógica y de la experiencia, a través del artículo 1253 del Código Civil, para con su concurso llegar a la prueba plena del hecho consecuencia inmerso de lleno en el delito [...]”

Hay que precisar que la doctrina se plantea la inapropiada denominación del negocio jurídico criminalizado, dado que todo contrato en que el consentimiento de la otra parte es obtenido mediante engaño no es por definición un negocio jurídico, sino un acto antijurídico elemento del delito de estafa. “[...] Ningún acto antijurídico puede ser un negocio jurídico, pues o bien sería consecuencia de dolo o bien tendría una causa ilícita, en el sentido de los arts. 1269 y 1274 C.Civil, lo que determinaría su nulidad [...]” (**STS de 13 de Mayo de 1994, [RJ 1994/3696]**).

### **1.1. Especial referencia a la Sentencia AP de Zaragoza 10/2015.**

En el despacho en el que curso las prácticas pude estudiar un procedimiento judicial relacionado con el delito de estafa, del cual se me facilitó toda la documentación necesaria. En concreto, analicé las resoluciones judiciales que se dictaron en el asunto: la **Sentencia 371/2014 de 24 de Noviembre de 2014**, que dimana del **Procedimiento Abreviado nº 100/2014** procedente del **Juzgado de lo Penal N°5**



**de Zaragoza**, que fue recurrida en apelación, resolviéndose por la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección nº1), de 22 de Enero de 2015 (10/2015)**. A continuación, procedo a resumir brevemente los hechos sucedidos en este procedimiento judicial, así, a modo de *excursus*, expondremos los mismos:

[JAVIER, un coleccionista de maquetas de tren, a través de un foro de internet contactó con el acusado ALBERTO (el cliente de mi despacho), para conseguir la adquisición de dichas maquetas, en concreto dos unidades. El acusado aceptó el pedido con ánimo de obtener un beneficio ilícito, sabiendo de ante mano que no cumpliría con lo pactado.

Pesé a ello, ALBERTO solicitó a JAVIER que le hiciera un adelanto de 480 euros, a lo que éste aceptó basándose en la confianza que tenía en el acusado, ya que había realizado una compra al acusado anteriormente sin problema alguno. Por lo tanto, JAVIER efectuó dos ingresos bancarios por importe de 240 Euros cada uno.

ALBERTO manifiesta en su declaración durante la instrucción que estaba atravesando dificultades económicas, motivo por el cual incorporó de manera fraudulenta a su patrimonio personal el importe de la compraventa, sin devolución alguna. Por lo tanto, de los hechos se induce que su intención inicial era la de incumplir con la contraprestación que le correspondía, y así enriquecerse con la contraprestación satisfecha por JAVIER. En este caso, estamos ante un negocio jurídico criminalizado, en el que el sujeto activo excluye de antemano el cumplimiento de los deberes asumidos contando con que así lo hará la otra parte contratante, enriqueciéndose con la prestación realizada por la contraparte, de manera que el contrato es sólo una apariencia puesta al servicio del fraude.

Llegado el momento de hacer la entrega el acusado no remitió las maquetas, siéndole imposible al comprador contactar telefónicamente con él. Tampoco devolvió el dinero entregado por el denunciante, con quien tampoco constaba que se hubiera puesto en contacto desde Octubre de 2012.

En la prueba practicada, el acusado da una versión de los hechos de cuestionable verosimilitud, siendo más razonable la versión aportada por JAVIER, el denunciante. Además, el acusado había sido anteriormente condenado como autor de un delito de apropiación indebida con fecha 27 de octubre de 2011, lo que no aporta credibilidad a su narración de los hechos, además de que la hoja histórico penal del acusado ponen de manifiesto, al menos de forma indiciaria, que ALBERTO había cometido hechos similares con anterioridad.

Se da por tanto, un conocimiento consciente de la falsedad de su oferta en el foro de internet, en el que ya algunos usuarios se referían al acusado como “el timador”. En definitiva, el evidente ánimo de lucro de ALBERTO perjudicó a JAVIER generando unos gastos de 4800 euros al mismo que nunca devolvió, por lo que fue condenado por un delito de estafa de los artículos 248.1 y 249 CP. La sentencia fue recurrida siendo desestimada también por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección nº1), de 22 de Enero de 2015 (10/2015).

A raíz del estudio de este procedimiento judicial, he podido observar un supuesto en el que sí que se apreciaría la comisión de un delito de estafa, lo que me ha permitido compararlo con el procedimiento judicial objeto del presente TFM extrayendo las siguientes **conclusiones**:

1.- La conducta típica descrita en los hechos no deja lugar a dudas de la autoría de ALBERTO. Es evidente que la versión del denunciante y testigo JAVIER, es más coherente con lo denunciado en su día, resultando más creíble y verosímil que la versión ofrecida por el acusado.

2.- De los hechos se aduce que no nos encontramos ante un mero incumplimiento contractual, sino más bien ante un claro engaño perpetrado por el autor desde el inicio para

conseguir un desplazamiento patrimonial, sin ánimo alguno de cumplir con la encomienda que le había sido encargada por el denunciante.

3.- En este caso, a diferencia del supuesto principal que nos ocupa en este trabajo, el dolo del acusado es antecedente o al menos concurrente a la dinámica defraudatoria que configura el tipo del delito de estafa, ya que desde un primer momento es consciente de su maquinación engañosa, y consciente de las consecuencias de su conducta. Por lo tanto, aquí existe un ardid o engaño perpetrado para crear una apariencia de realidad y confianza, y lograr que así, el denunciante, interesado en ese tipo de artículos, confiando en la realidad del negocio ofertado, efectuara el desplazamiento patrimonial a la cuenta facilitada por el acusado, sin que este tuviera intención alguna de entregar maquetas.]

## 2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRUEBA DE INDICIOS. El dolo “ab initio” y el dolo “subsequens”.

La presunción de inocencia se constituye como un derecho fundamental cuya defensa viene avalada por el artículo 24 CE<sup>7</sup>. Como se extrae de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 12 Junio de 2013 [RJ\2013\5557]**, la Doctrina del Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido de la garantía de **presunción de inocencia** señalando como elementos del mismo:

*“[...]1º) La existencia de una mínima **actividad probatoria**;*

*2º) la exigencia de **validez en los medios de prueba** que justifican la conclusión probatoria ratificando la imputación de la acusación.*

*3º) que de la misma quepa **inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado** en los mismos. Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado;*

*4º) la motivación del **iter criminis** que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio;*

*5º) a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito **puede ser indiciaria**, siempre que se parta de hechos plenamente probados*

---

<sup>7</sup> **Artículo 24 CE:** 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

*y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano;*

*Así lo han recordado las sentencias **Tribunal Constitucional n° 22/2013, de 31 de enero (RTC 2013, 22)**, citando la doctrina que arranca ya de la **STC n° 31/1981 de 28 de julio (RTC 1981, 31)** y la **STC n° 142/2012 de 2 de julio (RTC 2012, 142)** que recuerda la sentencia **Tribunal Constitucional n° 128/2011 (RTC 2011, 128)** [...].”*

En lo relativo al control de la razonabilidad de la motivación ha de acreditarse que pueda asumirse objetivamente la veracidad de las afirmaciones de la imputación. Para ello, debe constatarse la inexistencia de vacío probatorio como resultado de la práctica de medios de prueba que hayan aportado un contenido incriminador.

Establece la **STS de 12 Junio de 2013 [RJ\2013\5557]**: “[...] Aunque aquella objetividad no exige de que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, sí que se estimará que no concurre cuando existen alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aún no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las objeciones a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten dudas razonables sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible [...]”.

Aún así, no corresponde a los Tribunales seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas, sino que deben ceñirse a lo acreditado objetivamente, a la certeza objetiva, descartando juicios basados en hipótesis alternativas de carácter totalmente subjetivo.

Por lo tanto, si existe una duda objetiva, debe ejecutarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado. En el presente caso, no se ha acreditado por la parte actora una prueba que marque la intención defraudatoria por parte de la acusada desde el inicio, por lo que debe primar la subsistencia del derecho fundamental de la presunción de inocencia. Al ser un supuesto que presenta dudas razonables respecto a la intención de incumplimiento por ELENA, debe tenderse a garantizar la presunción de inocencia, siendo más acorde un razonamiento basado en que originalmente no se buscaba un incumplimiento contractual. Todo ello se sustentaría mientras no se aportara una prueba de la que se pudiera determinar la efectiva intención defraudatoria de la acusada.

Respecto al **control de la inferencia en el caso de la prueba indiciaria** debe constatarse que el hecho o los hechos bases (o indicios) están plenamente probados. Dice la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de Abril de 1996 [TOL387.460]** “[...] como modalidad muy caracterizada de la estafa la que se comete a través de los denominados "contratos criminalizados" [...]su autor simula un propósito serio de contratar cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento, propósito que se acredita normalmente por la vía de **la prueba de indicios** al deducirlo con

*posterioridad de la falta de medios existente o de la conducta observada por el reo en la fase de ejecución en que aparece un incumplimiento total o casi total del acusado que, si realizó alguna de las prestaciones acordadas, lo fue solamente como artificio, señuelo o reclamo para poder completar la maniobra engañosa o continuar de este modo en el negocio de un mayor beneficio[...]*”

Por ello, es necesario **probar la intención de no cumplir**, es decir, demostrar que en el momento de contraer la obligación el deudor ya tenía propósito de incumplimiento. A este respecto, la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de junio de 2008 [TOL 1.340.424]** establece que debe acreditarse de manera clara e indubitada que el deudor conocía la imposibilidad que tenía para cumplir sus obligaciones, si se quiere reconocer la existencia de engaño precedente a la formalización del contrato.

En esta sentencia el Tribunal Supremo absuelve a un condenado por estafa debido a la ausencia de prueba que demostrara el engaño, y establece: “[...] *Esta diferencia tiene especial trascendencia en la determinación de los hechos probados cuando el engaño que se imputa al acusado consiste en ocultar su voluntad de incumplir las obligaciones que acepta. En estos casos es necesario, consecuentemente, que se demuestre que en el momento de contraer la obligación el deudor ya tenía el propósito de no cumplir y significa que el ocultamiento no puede ser inferido únicamente del incumplimiento del contrato en la fase de su ejecución. [...]*”.

Para la apreciación o no de la intención de engaño hay que adentrarse dentro del elemento psíquico, es decir, centrarnos en la apariencia de las intenciones de la acusada desde el primer momento del contrato. Por lo tanto, esto supone lidiar con un elemento de carácter subjetivo; habrá que acudir a la prueba indiciaria para determinar si puede inferirse lógicamente y racionalmente que ELENA sabía inicialmente que no iba a cumplir el contrato y que concurrió a su formalización con la única finalidad de obtener un desplazamiento patrimonial a su favor con el consiguiente perjuicio para MAGISTA S.L.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han avalado la práctica de **la prueba indiciaria también llamada circunstancial o indirecta** para establecer la concurrencia de los elementos anímicos, cognoscitivos o volitivos del hombre previniendo del cuidado con el que debe ser empleada y fijando los requisitos esenciales para su eficacia incriminatoria. Establece la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de Diciembre de 2012 [TOL 141.854]** los requisitos indispensables que deben ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la prueba indiciaria:

*[...] a) Pluralidad de los hechos-base o indicios. (Art. 752 Ley Enjuiciamiento Civil)<sup>8</sup>*

---

<sup>8</sup> **Artículo 752. Ley Enjuiciamiento Civil.** Prueba. 1. Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes. 2. La conformidad de las

- b) *Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo.*
- c) *Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar No todo hecho puede ser relevante así. Resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar.*
- d) *Interrelación. “Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no sólo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercute sobre las restantes en tanto en cuanto forman parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación”.*
- e) *Racionalidad de la inferencia.*
- f) *Expresión en la motivación del cómo se llegó a la inferencia en la instancia. “[..]*

Ahora bien, como bien insiste la **misma sentencia**, el ánimo de incumplimiento por parte del defraudador ha de ser claro y terminante "**ab initio**" y no "**subsequens**", es decir, durante el transcurso de la vida negocial.

En el presente caso, es más ajustado incardinar el dolo de los hechos como «**a posteriori**», es decir, el dolo “**subsequens**”, que aparece una vez ha comenzado el transcurso del contrato de obra. Como fundamenta la **STS de 28 de Noviembre de 2002 [RJ 2002/9720]**, para que unas actuaciones sean típicas y merecedoras del delito de estafa se exige que el dolo sea concurrente al momento del engaño. Dicho de otra manera, se requiere que cuando se inicia el negocio ya haya esa intencionalidad y a raíz de ese engaño original se provoque un perjuicio a un tercero, “[...] *El dolo tiene que ser concurrente al momento del engaño y no posterior al acto de disposición patrimonial, ya que los casos de dolus subsequens son irrelevantes[...]*”.

“[...] *En efecto, el dolo de la estafa **debe coincidir temporalmente con la acción de engaño**, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado sin dolo del autor el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso a los demás elementos del tipo de la estafa [...]*” **STS de 8 de mayo de 1996 [RJ 1996/3803]**.

---

partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos. 3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será aplicable asimismo a la segunda instancia. 4. Respecto de las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refieren este título, y que tengan por objeto materias sobre las que las partes pueden disponer libremente según la legislación civil aplicable, no serán de aplicación las especialidades contenidas en los apartados anteriores.

Manifiesta la **STS de 18 de julio de 2013, [RJ 2013/5587]** que “[...] *La forma de proceder a la que se está haciendo referencia no debe ser confundida con el simple incumplimiento de una obligación, pues, en estos casos, el dolo, referido al conocimiento y voluntad de incumplir, aparece con posterioridad al acto de disposición, por lo que no puede apreciarse la existencia de un engaño que hubiera causado el error determinante de aquel. En estos casos, a diferencia de los anteriores, quien contrae una obligación se encuentra en una situación en la que podría hacerle frente o bien dispone de razones para pensar que podrá hacerlo al tiempo del cumplimiento, siempre desde un análisis racional, incluso aunque pudiera presentar tintes optimistas. Y sin perjuicio de que las circunstancias provoquen luego el incumplimiento de lo acordado, lo que únicamente podría dar lugar a la correspondiente reclamación en vía civil [...]*”.

Mi apreciación, es que se debe respetar el principio de presunción de inocencia desde un primer momento, hasta que no se demuestren pruebas en contra del acusado. Este principio garantiza una adecuada protección y defensa del reo, ya que debe evitarse una supuesta presunción de culpabilidad desde el inicio, que es lo que se da al presumir la conducta de la acusada como defraudatoria desde el primer momento. Los hechos de inicio demuestran un incumplimiento contractual “a posteriori” y será cuando estudiado los hechos, basándonos en las pruebas, cuando determinaremos si podemos apreciar si había un dolo inicial o un dolo "**subsequens**".



### 3. LA REFORMA DE LOS DELITOS DE ALZAMIENTO DE BIENES: LOS NUEVOS DELITOS DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Debido a que los hechos objeto de estudio de este de Trabajo Fin de Máster tienen lugar en fecha anterior a la reforma del Código Penal de 2015, debemos acudir al **artículo 2 CP**<sup>9</sup> para aplicar aquella ley con efecto retroactivo más favorable para el reo. Los hechos cometidos bajo vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario. Es por ello, que deberemos aplicar el Código Penal anterior a la reforma 1/2015, es decir, el Código Penal vigente a partir de la reforma de 2010 que es el que estaba en vigor en el momento de los hechos.

Además, en lo relativo al efecto retroactivo de la ley, el **artículo 25 de la Constitución Española** establece que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».<sup>10</sup>

El día 1 de julio de 2015 entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Dicha reforma del Código Penal afecta a la parte general y la parte especial del Código abarcando los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, ubicados bajo el Título XIII, en el que se incluyen los delitos de alzamiento de bienes.

La protección penal de los derechos de crédito ha sido fortalecida por el legislador a través de la extensión y revisión técnica del ámbito punitivo de los delitos de alzamiento de bienes. El objetivo supone reforzar el bien jurídico protegido: satisfacción del crédito y el buen funcionamiento del sistema económico crediticio.

Es por eso que el crecimiento significativo de los procedimientos penales derivados de la comisión de delitos de alzamiento de bienes en los últimos años ha supuesto la actualización de la norma penal a la nueva situación y demandas sociales imperantes que se están constatando con el paso del tiempo.

La reforma lleva a cabo, pues, una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible, que parte de la necesidad, en palabras de la Exposición de Motivos (apartado XVI), “de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o

---

<sup>9</sup> **Artículo 2. Código Penal.** 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. 2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

<sup>10</sup> **Artículo 25. Constitución Española.** Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

frustración de la ejecución”, que quedan reguladas en el Capítulo VII del Título XIII (arts. 257 a 258 ter), “a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota”, regulados en el siguiente Capítulo VII bis (arts. 259 a 261 bis). Estos grupos de delitos, pues, pasan a estar regulados en capítulos diferenciados debido a la exigencia de constituir una clara separación entre estas figuras de alzamiento de bienes exportando la sistemática seguida en los códigos penales alemán y austríaco.<sup>11</sup>

Por lo tanto, la nueva redacción del Capítulo VII, ve ahora sustituida su tradicional denominación de insolvencias punibles por la nueva rúbrica de **delitos de frustración de la ejecución**. Además, el subtipo especial previsto para las deudas ex delicto «derivado del delito» (anterior art. 258 del CP) pasa a integrarse en el apartado 2.º del art. 257 del CP. La nueva calificación se fundamenta en el fin perseguido por las conductas tipificadas en los delitos de alzamiento de bienes: la frustración del derecho de crédito de los acreedores al impedir su satisfacción a través de los bienes del deudor.

Sin embargo, la nueva organización de los ahora delitos de frustración en la ejecución no ha atribuido ningún cambio del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica en lo relativo a la regulación actual para los delitos de insolvencias punibles.

El artículo 248 CP referido al delito de estafa no ha sufrido modificaciones con la reforma de 2015 manteniéndose igual a la anterior redacción. Sin embargo, el artículo 249 CP<sup>12</sup> ha sufrido una modificación debido a la reforma de la LO 1/2015 al haber suprimido las faltas: «La LO 1/2015 al haber suprimido las faltas (DD única) ha reformado el sistema tradicional de delimitación entre delitos y faltas patrimoniales a partir de un umbral cuantitativo, considerándose como delito leve (párrafo 2 en relación con arts.13.3 y 33.4) cuando la cuantía de lo defraudado no exceda de 400 euros y, y aplicándose el tipo básico ( párrafo. 1) en todo caso cuando la cuantía de lo defraudado exceda de 400 (y no nos encontremos ante la aplicación de alguna de las agravaciones del 250 por la entidad del perjuicio) ».<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> ALCALÁ PÉREZ-FLORES, RAFAEL, JAÉN VALLEJO, MANUEL , MARTÍNEZ ARRIETA, ANDRÉS, MÁRQUEZ PRADO, CRISTINA, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL, *La reforma del Código Penal. Parte Especial II*, 16.04.2015

[[http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Codigo-Penal-Parte-Especial-II\\_11\\_804430001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Codigo-Penal-Parte-Especial-II_11_804430001.html)] Última visita realizada el 16 de Diciembre de 2016.

<sup>12</sup> **Artículo 249.** Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.

<sup>13</sup> CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, MIR PUIG SANTIAGO, *Comentarios al código Penal, reforma LO 1/2015 Y LO 2/2015*, Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2015, op. cit., p. 869.



### III. DELITO DE INSOLVENCIA PUNIBLE. ARTÍCULO 257 CP.

ELENA, PABLO Y MARTA son acusados por un delito de insolvencia punible del artículo 257.1 y 257.2 del CP<sup>14</sup>. Este artículo tiene dos figuras delictivas diferenciadas aunque la Jurisprudencia las trate de forma indiferenciada: el alzamiento propio (257.1.1º) y el alzamiento procesal o impropio (257.1.2º). A pesar de ello, las reglas generales de los apartados 2 a 5 son de aplicación a ambas figuras, al igual que su conceptualización general.

En el nº 2 del artículo 257.1 se introduce un tipo específico de alzamiento de bienes: el alzamiento procesal o impropio, el cual no es más que un desarrollo descriptivo del propio delito. Para los alzamientos procesales se entiende que se consuma el delito con la mera realización de conductas tendentes a generar obligaciones, reales o ficticias, que dilaten, impidan o dificulten la eficacia de un procedimiento de ejecución, cualquiera que sea su naturaleza. Además, se entiende que debe ser un embargo o bien un procedimiento ejecutivo o de apremio (sea un procedimiento ya iniciado o sea «de previsible iniciación»).

Respecto al **objeto material**, se constituye por cualquier valor realizable del patrimonio del deudor sujeto a responsabilidad patrimonial, por lo que no son objeto idóneo los bienes inembargables.

El **bien jurídico** protegido en este delito de contenido patrimonial se concreta en el derecho del acreedor a la satisfacción de sus créditos en el patrimonio del deudor cuando se produce un incumplimiento obligacional, por lo que se garantiza penalmente el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC<sup>15</sup>).<sup>16</sup> Por lo tanto, para la Doctrina mayoritaria la finalidad de esta protección radica en mantener íntegro el patrimonio del deudor como garantía universal en beneficio de sus acreedores. El apartado 2º del artículo 257 introduce la tutela de los créditos basados en obligaciones

---

<sup>14</sup> **Artículo 257. 1. Código Penal. Redacción conforme a la reforma 5/2010:** Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:

- 1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.
- 2.º 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.
2. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.
3. En el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídica pública, la pena a imponer será de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.
4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1.º, 4.º y 5.º del apartado primero del artículo 250.
5. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal.

<sup>15</sup> **Artículo 1911. Código Civil.** Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

<sup>16</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ CARLOS, *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial*, 3ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.op.cit., p. 43.

de carácter público, ya que en algunos supuestos dicho delito puede hallarse dirigido a proteger un bien colectivo, lo que sucederá siempre que el presupuesto estribe en una obligación de derecho público. Por lo tanto, serán típicas las conductas de alzamiento para no cumplir con cualquier tipo de obligación, incluso las que nacen de relaciones obligacionales de derecho público o jurídico-administrativas.<sup>17</sup>

Todo delito de alzamiento requiere que se constate **una situación o estado de insolvencia como consecuencia de la conducta del sujeto activo**. La jurisprudencia mayoritaria afirma que el delito se consuma cuando se lleva a cabo alguna conducta típica que genera un estado de insolvencia total o parcial, real o ficticia. Es un delito de peligro en abstracto, tendencial, de mera actividad que se consuma por el peligro que tienen los derechos del acreedor a consecuencia de la causación de la insolvencia por parte del deudor.<sup>18</sup>

Para la doctrina mayoritaria no queda claro si el delito se consuma por la efectiva imposibilidad del cobro o por su mera dificultación: los elementos que debería acreditar la acusación son distintos en cada caso.

Se requiere la existencia de **un crédito exigible, líquido y vencido o de próximo vencimiento**. Sin embargo, la Jurisprudencia ha simplificado esta exigencia ya que nacida una obligación, nada impide que el sujeto activo del delito de alzamiento realice la ocultación antes del vencimiento del crédito, es decir, cuando todavía no resulta exigible ni se conoce exactamente su cuantía.<sup>19</sup>

Según la doctrina y la Jurisprudencia mayoritaria, el presupuesto del delito de alzamiento de bienes es que exista una relación obligacional previa, lo que va a condicionar también la relación de autoría (sólo el deudor puede ser autor idóneo). Hace bastante tiempo que Doctrina y Jurisprudencia aceptan, sin divergencias remarcables, que basta para la existencia del delito que **la obligación haya nacido**, siendo «generalmente vencida y exigible» de tal manera que el TS inadmite recursos de casación cuando la cuestión jurídica planteada es la necesidad de vencimiento de la obligación como requisito típico.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, MIR PUIG SANTIAGO, *Comentarios al código Penal....cit.*, p. 572.

<sup>18</sup> CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, MIR PUIG SANTIAGO, *Comentarios al código Penal....cit.*, p. 572.

<sup>19</sup> BACIGALUPO Enrique, *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid, 2005. *op.cit.*, p. 239.

<sup>20</sup> CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, MIR PUIG SANTIAGO, *Comentarios al código Penal....cit.*, p. 572-573

## 1. CONCEPTO DE INSOLVENCIA

Uno de los elementos constitutivos de la insolvencia punible es la insolvencia del deudor, sujeto activo del delito frente a su acreedor. El concepto de insolvencia se presenta como indica BAJO<sup>21</sup>, como un estado de hecho, y por tanto, como una realidad previa al Derecho desprovista de toda valoración jurídica, en virtud del cual queda definida como «un estado de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles, de modo que el acreedor no encuentra medios a su alcance para poder satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor».<sup>22</sup>

Hay que matizar que la situación de insolvencia no debe ser confundida con la falta de liquidez ni con la simple insuficiencia, ni tampoco con la cesación de pagos o incumplimiento obligacional.<sup>23</sup> Así, solo la situación de insolvencia será punible cuando derive del alzamiento de bienes (arts. 257 y 258 CP), o de los procesos concursales (arts. 259, 260 y 261). Por ello, BERNARDO DEL ROSAL BLASCO matiza la diferencia entre las figuras de falta de insolvencia:

«Efectivamente, a diferencia de la insolvencia, la falta de liquidez supone una situación en la que, si bien no se satisfacen por el deudor las obligaciones debidas, ello tiene su origen en la imposibilidad de realizar a tiempo el activo o parte de activo patrimonial, pero siendo este en su conjunto superior al pasivo. **Insolvencia y falta de liquidez** coinciden, pues, en motivar el incumplimiento de la obligación pero se diferencian en la capacidad de realización del derecho de crédito del acreedor ». «Finalmente, hay que señalar que si bien la manifestación mas típica y característica de un estado de insolvencia es la **cesación de pagos**, entre aquella y esta no media, como correctamente se ha matizado por la doctrina, una relación de carácter necesario, **pues un incumplimiento obligacional se puede producir en una situación de completa solvencia del deudor, por ejemplo, por la mera falta de voluntad de realizar el pago**, o, incluso, a la inversa -aunque más infrecuentemente-, se puede dar el caso de un deudor que cumpla con obligación, no obstante de su situación de insolvencia, al haber obtenido crédito de forma ilícita o irregular».<sup>24</sup>

Hay que tener en cuenta la distinción que hace nuestra Doctrina penal entre **insolvencia real e insolvencia ficticia o meramente aparente** como defiende QUINTANO DE RIPOLLÉS<sup>25</sup> para el cuál en Derecho Penal no se castiga la

---

<sup>21</sup> BAJO FERNANDEZ, MIGUEL, *El contenido de injusto en el delito de quiebra*, en ADPCP, 1971. op.cit., p. 151 ss.

<sup>22</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ CARLOS, *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial*, 3ª Edición, Tirant Lo Blanch, cit., p. 40.

<sup>23</sup> DEL ROSAL BLASCO BERNARDO, *Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 47, Fasc/Mes 2, 1994, págs. 5-32. Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código Penal*, [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46460>][última visita realizada el 24 de Noviembre de 2016]. op. cit., p. 9 y p 10.

<sup>24</sup> DEL ROSAL BLASCO BERNARDO, *Anuario de derecho penal y ciencias penales....cit.*, p. 9-10.

<sup>25</sup> QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, tomo III: Infracciones sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales*, Madrid, 1965, op.cit, p. 42

insolvencia en sí misma, ni la solvencia libera de la responsabilidad criminal «sino el hecho de burlar la eficacia de un orden jurídico estatuido para la defensa de los intereses del acreedor. De este modo, aunque el deudor fuera realmente solvente pero lograrse enmascarar tal estado para defraudar al acreedor, también se le habría de castigar ya que, de lo contrario, se otorgaría al solvente máximas facilidades para burlar sus obligaciones y quebrantar las ordinarias garantías adscritas a su cumplimiento, hasta forzar la búsqueda de otras mediante procedimientos más lentos y problemáticos»<sup>26</sup>.

Aún así, la Doctrina reciente se ha dividido respecto a esta teoría, al valorar que esta distinción emborrona la claridad y comprensión del concepto de insolvencia. Además, desde la posición del acreedor, es indiferente una distinción entre una insolvencia real y ficticia, pues ambos casos suponen una amenaza para ver satisfecho su derecho de crédito. En este mismo sentido parece expresarse la Sentencia del **Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1992 [RJ 1992/1401]**<sup>27</sup> al establecer que no es lo fundamental, en el delito de alzamiento de bienes, la enajenación de los bienes del propio patrimonio ni es la insolvencia un elemento típico; lo decisivo es la frustración de la ejecución de las pretensiones de los acreedores fundadas en obligaciones asumidas por el autor.<sup>28</sup> Y la **STS de 7 de abril de 1992 [RJ 1992/ 2866]** aclara que “[...] *El concepto de insolvencia debe referirse siempre a casos en los que la ocultación de parte del activo del deudor produzca un impedimento importante a la hora de la ejecución de las deudas, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio [...]*”.

## 2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Autor idóneo a los efectos de este delito, sólo puede ser quien, al momento de realizar la conducta típica, sea deudor en una relación obligacional subyacente. Dado que el tipo del delito de alzamiento se construye como un delito especial propio, **sólo podrá ser autor o coautor de esta infracción quien posea la cualidad jurídica de deudor u obligado en la relación jurídica obligacional que sirve de presupuesto a la realización de la acción típica.** Quien no reúna dicha condición únicamente podrá ser partícipe.

Por ello, he estudiado supuestos en los que la materialidad de la conducta típica no se realiza por el deudor, sino por una persona que actúa en nombre y representación de él. Es decir, la Doctrina se plantea la responsabilidad del socio-deudor en supuestos

---

<sup>26</sup> DEL ROSAL BLASCO BERNARDO, Anuario de derecho penal y ciencias... *cit.*, p. 9-10.

<sup>27</sup> La **Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 1992 [RJ 1992, 1401]** argumenta que "el delito de alzamiento de bienes no consiste en un delito de insolvencia, toda vez que la insolvencia del autor no es un elemento necesario del tipo del delito. – Lo decisivo no es la enajenación de los bienes del patrimonio, sino la frustración –mediante la insolvencia o no– de la ejecución de las pretensiones de los acreedores fundadas en obligaciones asumidas por el autor. La insolvencia, por tanto, sólo es una forma de aparición posible del alzamiento".

<sup>28</sup> DEL ROSAL BLASCO BERNARDO, Anuario de derecho penal y ciencias... *cit.*, p. 9-10.

en que actúa como autor mediato realizando la conducta constitutiva del alzamiento de bienes, pero es ejecutada por el administrador de la empresa, siendo un verdadero instrumento para llegar a un fin. Hay que señalar que para que el administrador de hecho sea responsable del delito de alzamiento de bienes, no sólo debe haber asumido las funciones de administración, sino además un dominio social sobre ellas referido a la posible disposición patrimonial a través de competencias efectivas que no están sujetas al control directo de terceras personas.

«Sin embargo si el administrador, ejecutor de la acción típica de alzamiento, conoce el carácter delictivo de la acción que realiza, la autoría mediata no resulta posible, y es ahí donde comienzan las discrepancias : para unos, el dominio social típico sólo está en posesión del administrador, por lo que únicamente él será autor del alzamiento, quedando relegado el socio-deudor a la condición de partícipe (así, cfr. Explícitamente G. CAVERO, P. 187); para otros debería ser factible apreciar una coautoría entre ambos sujetos, considerando que para el “ hombre de atrás” debería ser suficiente una “realización conjunta”, basada en la idea de un dominio funcional del hecho, aunque no intervenga en la fase ejecutiva propiamente dicha de la ocultación de los bienes (así, vid. ampliamente MUÑOZ CONDE, 1999, pp.178 ss. Y 2001, pp. 368 ss.); también se propone por parte de algunos recurrir a la teoría de ROXIN, referente a la autoría mediata por aparatos organizados de poder (vid. FARALDO, 2004), si bien la opinión mayoritaria se opone a trasladar esta teoría al ámbito de los delitos cometidos en el seno de una empresa; finalmente, subsiste asimismo la posibilidad de acudir a la tesis de trasladar la estructura de la omisión impropia a algunas hipótesis de actuaciones del autor.

En efecto, es imaginable, v. gr., que sea el socio-deudor el que ejecute la materialidad de la conducta de alzamiento, pero sin poseer el dominio social típico, por obrar totalmente al margen de las funciones de administración: en tal caso dicho sujeto no será autor de un delito de alzamiento sino en su caso de alguno de los delitos patrimoniales más arriba citados»<sup>29</sup>.

Lo que el autor MARTÍNEZ-BUJÁN plantea es que la conducta del autor es atípica en caso de que hubiera alguna obligación de que el acto de disposición constitutivo de la insolvencia punible tuviera que ser materializado por el administrador, entonces la conducta de ELENA se hubiera incluido en otro tipo de delito de carácter patrimonial, pero sería atípica la conducta de ELENA como socia a los efectos de un delito de alzamiento de bienes. Así, ELENA no ostenta la consideración de administradora de la sociedad, sino de socia y por lo tanto el dominio social de la gestión empresarial lo tiene PABLO.

Es por esto que habría que valorar si la acción de transmitir las participaciones sociales a la hija es un acto patrimonial en el que tenga que intervenir el administrador,

---

<sup>29</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ CARLOS, *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial*, 3ª Edición, Tirant Lo Blanch, cit., p. 62.

para ello se ha examinado el **artículo 107 y 111 de la Ley de Sociedades de Capital**<sup>30</sup> que regula el régimen de la transmisión voluntaria por actos inter vivos y fija la libre transmisión voluntaria de las participaciones sociales, teniendo en cuenta que estamos ante una Sociedad Limitada.

Además, a raíz de esta doctrina he estudiado **si ELENA como socia-deudora requería algún tipo de especialidad fijada en los estatutos de la sociedad SUBMARINO S.L.** a la hora de transmitir las participaciones sociales. Sin embargo, ELENA a pesar de no poseer el dominio social típico y obrar al margen de las funciones de administración, los estatutos fijan la libre transmisión voluntaria de participaciones, requiriéndose tan solo la comunicación de la transmisión<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> **Artículo 107. Ley de Sociedades de Capital. Régimen de la transmisión voluntaria por actos inter vivo:** Ley de Sociedades de Capital: **1.** Salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. En los demás casos, la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta ley.

**Artículo 111. Ley de Sociedades de Capital. Régimen general de las transmisiones:** El régimen de la transmisión de las participaciones sociales será el vigente en la fecha en que el socio hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir o, en su caso, en la fecha de fallecimiento del socio o en la de la adjudicación judicial o administrativa.

<sup>31</sup> **Estatutos de la sociedad SUBMARINO S.L.** Artículo undécimo.

1.– El socio que se proponga transmitir voluntariamente entre vivos sus participaciones a personas distintas de las determinadas en el artículo anterior deberá comunicarlo por escrito al órgano de administración, haciendo constar las participaciones que pretenda transmitir, la identidad del adquirente o adquirentes y el precio y demás condiciones de la transmisión.

2. –El órgano de administración notificará a los demás socios dentro del plazo de los quince días siguientes la transmisión pretendida. Dentro de los quince días siguientes a la recepción de la notificación, los socios podrán optar a su compra.

3. – Transcurridos estos plazos, y en cualquier caso el de treinta días desde la comunicación a la sociedad, sin que se hubiera ejercitado el derecho de preferente adquisición por parte de ningún socio o renunciando expresamente éste por todos ellos, el socio transmitente quedará libre dentro de los dos meses siguientes para transmitir las participaciones en cuestión a la persona y por el precio y las condiciones comunicadas.

4. – Si varios socios pretendieran ejercitar este derecho, las participaciones del transmitente se distribuirán entre ellos a prorrata de las participaciones que posean; y si para guardar la proporción alguna debiera adjudicarse a varios socios pro indiviso, ello se evitará atribuyéndola al que deba resultar con mayor cuota en ella, y en caso de igualdad por sorteo. El socio transmitente no podrá ser obligado a transmitir por este procedimiento un número inferior al de las participaciones que pretendía transmitir.

5. – En caso de ejercicio del derecho de adquisición preferente, el precio pro el que los socios podrán adquirir las participaciones cuya transmisión se pretende será el comunicado por el socio transmitente a la sociedad. No obstante, aquéllos podrán impugnarlo por excesivo, en cuyo caso la adquisición se llevará a cabo el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. A falta de acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, la participaciones serán valoradas por un auditor de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social, a solicitud de la sociedad o de cualquier de los socios titulares de las participaciones que hayan de ser valoradas.

6.– Para fijar el valor de adquisición de las participaciones en los supuestos de que l transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, se aplicarán las mismas reglas del apartado anterior.

7. – En los casos de aportación a sociedad anónima o comanditaria por acciones , se entenderá por valor real el que resulte del informe elaborado por el experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil.



Por lo tanto, en caso de que hubiera habido alguna obligación de transmisión exclusiva por el PABLO el administrador, se hubiera podido establecer como atípica la conducta de ELENA en lo respectivo a la transmisión de participaciones sociales a MARTA, y así incluir la conducta en un supuesto delito de carácter patrimonial, desvirtuando la acusación del delito de insolvencia punible.

### A) Cooperación necesaria y complicidad

La calificación con respecto a la autoría que reciben PABLO Y MARTA es de autores según el Ministerio Fiscal y la acusación particular, sin embargo, sería más ajustada a Derecho calificarlos como cooperadores necesarios aunque a efectos de la pena carezca de relevancia porque la pena para el autor y el cooperador necesario es la misma como establecen los artículos 27 y 28 del CP<sup>32</sup>.

El no deudor que se presta a colaborar con el deudor en maniobras de ocultación fraudulenta de su patrimonio debería calificarse de cooperador necesario o cómplice. Cabe también la autoría mediata y la coautoría, aunque en los supuestos de delito de insolvencia punible no es necesario que los coautores (por ejemplo, los miembros de un Consejo de administración de una sociedad anónima) intervengan directamente en la ejecución del hecho, bastando que conforme al organigrama y división de funciones dentro de la sociedad tengan el *dominio funcional del hecho*.<sup>33</sup>

La Jurisprudencia y la Doctrina han contemplado varias cuestiones en lo relativo al delito del alzamiento de bienes. Primero, se plantea el problema de saber hasta cuando se considera que se interviene con actos de cooperación (necesaria o no) en este delito, y segundo, la distinción entre cooperación necesaria y complicidad y, en su caso, la pena que debería recibir el cooperador necesario.

En la primera cuestión, la opinión mayoritaria contempla que una vez que el deudor se coloca en situación de insolvencia, se debe entender que desde ese momento no cabe ya la participación en el delito, sino que todos los actos de colaboración con el autor destinados a mantener oculto los bienes del deudor serán considerados como actos de receptación y ocultamiento.<sup>34</sup>

En lo que atañe a la segunda cuestión, en su gran mayoría, la jurisprudencia ha calificado la contribución del partícipe en delitos de alzamiento de bienes, como

---

<sup>32</sup> **Artículo 27. Código Penal.** Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices.

**Artículo 28. Código Penal.** Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. 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.

<sup>33</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Barcelona, 1999, pp. 178 ss.

<sup>34</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ CARLOS, *Derecho Penal Económico....* cit., p. 63.

supuestos de cooperación necesaria. Además, hay que tener en cuenta que el cooperador necesario recibe la misma pena que se aplica al autor.

Sin embargo, abundante doctrina ha considerado como excesiva la equiparación de la pena del partícipe con la del autor, y se contempla como más adecuado calificar la actuación como una simple complicidad y por tanto, imponer la pena inferior en grado a la prevista para el autor<sup>35</sup>.

### **3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES Y DONACIÓN EN FRAUDE DE LEY**

Para finalizar el tratamiento de la figura del alzamiento de bienes, me voy a referir a la problemática de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes. De forma reiterada, la Jurisprudencia tradicional se había venido negando a conceder en los supuestos de comisión de este delito una reparación civil, confundiendo, como ha indicado la Doctrina, el valor de la obligación con el perjuicio ocasionado.

Por ello, como fundamenta QUINTERO OLIVARES<sup>36</sup>, la responsabilidad civil no tiene que comprender el valor de la obligación que el deudor quería defraudar o eludir, sino que debe incluir los perjuicios que la comisión de tal delito haya podido ocasionar al sujeto pasivo.

«La postura de la jurisprudencia más reciente, sin embargo, se concreta en entender que si bien la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que esta obligación no nace del delito y porque la consumación de esta figura delictiva no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial, si procede la restauración del orden jurídico alterado por las acciones simuladas (donación, venta, etc.), declarando la nulidad de las escrituras públicas de compraventa, donación, etc., así como la consiguiente cancelación de la inscripción registral, reponiendo los bienes en su situación anterior; todo ello, sin perjuicio de que los acreedores puedan ejercitar las acciones correspondientes para la efectividad de su crédito».<sup>37</sup>

Ante el supuesto que nos ocupa tendríamos dos posibilidades. La primera sería, ante una condena de la acusada por un delito de alzamiento de bienes, que su responsabilidad civil fijase la declaración de la nulidad de las escrituras de donación y aportación del bien inmueble, actos que fueron constitutivos del delito, y así al

---

<sup>35</sup> DEL ROSAL BLASCO BERNARDO, Anuario de derecho penal y ciencias... *cit.*, p. 25-26.

<sup>36</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO., El alzamiento de bienes, Barcelona, 1973, p. 57; DEL ROSAL BLASCO BERNARDO, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 47, Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código Penal, *op.cit.*, p. 30-31.

<sup>37</sup> DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, Anuario de derecho penal y ciencias penales, *cit.*, p. 30-31.



reintegrar al patrimonio del deudor los bienes indebidamente ocultados, para que así los acreedores pudieran satisfacer sus créditos pendientes.

Segundo, el ordenamiento jurídico prevé otras vías ajenas a la jurisdicción penal para que pueda declararse la nulidad de los negocios jurídicos. Por tanto, una posibilidad de defensa de la acusada ELENA radica en alegar que tanto la aportación del bien inmueble a SUBMARINO S.L. en primavera de 2012 como su donación el 13-5-2014 a MARTA fueron realizados en régimen de **fraude de ley del artículo 7 del Código Civil**<sup>38</sup>, y así quedar únicamente sujeta a la jurisdicción civil.

La base del fraude de ley en el Código Civil prevé un procedimiento de división de cosa común que figura en los artículos 400 y siguientes<sup>39</sup>. En este caso ELENA y PABLO han realizado una división de cosa común en fraude de ley, al transmitir las participaciones sociales a SUBMARINO S.L. realizando la división del inmueble con un procedimiento que no es el fijado por la norma. ELENA al aportar el bien inmueble a la sociedad mediante una ampliación de capitales, para luego junto a PABLO donarla a MARTA están dividiendo una cosa común. Entonces ahí recaería la fundamentación de su defensa, ya que deberían haber seguido la vía fijada en el 400 y siguientes del CC. para su división y en cambio han actuado en fraude de ley utilizando una vía que no estipula la ley.

En todo caso, podría imputarse que las actuaciones fueron realizadas en fraude de ley, que esta destipificado penalmente, por lo que habría que acudir a la vía fijada en el artículo 7 CC. declarándose ineficaz ese negocio jurídico y retro trayéndose las actuaciones al momento anterior a la transmisión pasando a ser una materia regulada por la jurisdicción civil.

*“[...]Según la Jurisprudencia el fraude de ley es sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado para tal fin, con infracción de deberes jurídicos generales, implicando en el fondo un acto contra legem por eludir las reglas de derecho buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta, respetando la letra de la norma pero infringiendo su espíritu; por tanto tiene que haber una serie de actos que pese a su apariencia de legalidad violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan ya se tenga o no conciencia de violar la ley[...].”(STS 21 de Diciembre de 2000 [RJ 2001\1082]).*

---

<sup>38</sup> **Artículo 7. 1. Código Civil.** Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

<sup>39</sup> **Artículo 402. Código Civil.** La división de la cosa común podrá hacerse por los interesados, o por árbitros o amigables componedores, nombrados a voluntad de los partícipes. En el caso de verificarse por árbitros o amigables componedores, deberán formar partes proporcionales al derecho de cada uno, evitando en cuanto sea posible los suplementos a metálico.

## IV. CONCLUSIONES

Esta es la opinión que emitimos como dictamen y que sometemos a otra mejor fundada en Derecho:

**Primero.-** Para la apreciación del delito de estafa del que es acusada ELENA, se requiere, como reiteradamente establece la jurisprudencia, la necesidad de que concurra un engaño suficiente y antecedente a la firma del contrato objeto de este proceso.

Para encajar el incumplimiento contractual realizado por ELENA en el delito de estafa, deberíamos hacerlo dentro de la modalidad del **negocio jurídico criminalizado** que supondría que la acusada actuaba con la intención de satisfacer únicamente una parte de lo encargado para así no tener que hacer frente a la deuda total y obtener bajo engaño el servicio o la prestación a un coste menor. Sin embargo, difícilmente podemos encajar sus actuaciones en el delito de estafa, ya que no se ha acreditado una intención inicial engañosa (ab initio), elemento necesario en la relación causal del delito, sino que el dolo de la acusada surge a posteriori «dolo subsequens», dando lugar al incumplimiento del contrato pactado. En cambio, sería más apropiado encajar los sucesos en una relación contractual que se ha incumplido produciendo unas irregularidades que se incardinarían en la jurisdicción civil, ya que no aparece relación directa de causalidad entre un supuesto engaño y el perjuicio económico. Es por ello que la actuación de ELENA podría conllevar las consecuencias jurídicas procedentes, pero exclusivamente civiles, incluidos los daños y perjuicios que se acreditasen ocasionados. La mayoría de las Sentencias examinadas abordan la presente cuestión, diferenciando en supuestos similares, entre el delito de estafa y un simple incumplimiento contractual consistente en no satisfacer las obligaciones adquiridas. Todo esto hace que al ser un mero incumplimiento de una obligación de carácter civil se pudiera desmontar el delito de estafa ya que no concurren todos los elementos del tipo.

Como ELENA manifiesta en su declaración, tenía capacidad económica para hacer frente a deudas en el momento de formalizar el contrato, de hecho, se satisfizo una parte. Además, ELENA tenía acceso a una cuenta de la sociedad SUBMARINO S.L. en la que figuraba como disponente, pero no como titular, y de la que adquiría fondos para afrontar sus gastos. Esto supone que el incumplimiento de la sentencia de fecha 16/5/2014, en la que se condenaba a ELENA a pagar a la querellante el resto pendiente, es decir, 27.441,33 €, **fue totalmente voluntario**. Sus razones para no pagar, se basaban en que la obra no estaba finalizada. Por lo tanto, retuvo parte de la contraprestación porque MAGISTA S.L. todavía no había cumplido con su parte.

ELENA al haber pagado una parte de la rehabilitación del inmueble (30.000 €) demuestra una ausencia de dolo desde el inicio, ya que al haber satisfecho parte de las cantidades adeudadas en el encargo, se presume la falta de intención de estafa así como la inexistencia de artificio, señuelo o reclamo para poder completar una maniobra engañosa. Este pago ya supone en sí mismo una muestra de voluntad de querer cumplir

sus obligaciones contractuales. Así, si tan sólo se hubiera pagado una cuantía mínima de la deuda total sí que podría apreciarse una intencionalidad de engaño o un posible dolo inicial como por ejemplo, si hubiera pagado tan sólo 1.000 € de los 60.000€.

**Segundo.-** En la acusación a ELENA, PABLO Y MARTA por un delito de insolvencia punible, de los artículos 257.1 y 257.2 del Código Penal son varios los puntos a tener en cuenta, entre ellos, la interpretación del concepto de insolvencia, el grado de autoría de PABLO y MARTA en el supuesto, así como la posibilidad de que las actuaciones hayan sido realizadas en fraude de ley.

Como hemos expuesto anteriormente, respecto a la acusación a ELENA por un delito de insolvencia punible, podría declararse que tanto la aportación del bien inmueble a la sociedad SUBMARINO S.L., como la escritura pública de donación de las participaciones sociales a MARTA el 13/5/2014, fueron actos realizados en régimen de **fraude de ley** del artículo 7 del Código Civil. Esto se debe a que se está realizando una división de cosa común en fraude de ley, al transmitir las participaciones sociales a SUBMARINO S.L. dividiendo el inmueble de calle C/Soto Mayor con un procedimiento que no es el fijado por la norma.

**Tercero.-** En el presente caso, ELENA manifiesta en sus declaraciones que tiene medios de vida, es decir, medios económicos para subsistir, lo que supone que no se encontraba en situación de insolvencia en el momento de la transmisión del inmueble. Estas declaraciones son apoyadas por PABLO, que también manifiesta en su declaración que ella tenía capacidad económica. Además, IVÁN, anterior abogado de ELENA, manifiesta en su declaración, que la misma intentó llegar a un acuerdo con extrajudicial con MAGISTA S.L., que versaba sobre el pago de 500 euros mensuales y cuando estuviera totalmente terminada la obra se pagaba la diferencia, mientras que MAGISTA S.L. pedía unas cantidades más elevadas y de allí que estuvieran un tiempo para intentar llegar a un acuerdo que finalmente no hubo. Por otro lado, con el escrito de defensa de la representación procesal de ELENA se presentó certificado de las cuentas que la sociedad tiene en BBVA y CAIXA BANK, de las que ELENA era persona autorizada para disponer del patrimonio fungible de la sociedad. De todo ello, se deduce que tenía capacidad económica para afrontar deudas.

Por lo tanto, si el Juzgador interpretase la Doctrina y Jurisprudencia tendente a considerar la situación de insolvencia como elemento necesario del tipo a la hora de perfilar el delito de insolvencia punible, no podría ser condenada por este tipo penal, sino por otro tipo de delito patrimonial.

Sin embargo, si lo que se valora como elemento primordial para la configuración del delito, es la frustración de la ejecución de la pretensión del acreedor, y se deja como irrelevante la situación de insolvencia, ya sea real o ficticia, se podrían incluir las actuaciones de ELENA dentro del tipo del delito de alzamiento de bienes. Hay que recordar, que este delito tiene como bien jurídico protegido la garantía de cobro que

posee el acreedor, ya que la enajenación de los bienes patrimoniales de ELENA supone una amenaza para la satisfacción de los derechos de crédito del acreedor.

**Cuarto.-** Otra cuestión es la calificación de la autoría que reciben PABLO Y MARTA, a los cuales el Ministerio Fiscal y la acusación particular les acusan del delito en grado de autor. Para ello, debemos ahondar en las condiciones subjetivas para valorar las actuaciones de estos dos sujetos, la hija (MARTA) y el marido (PABLO).

La contribución de MARTA al supuesto delito de insolvencia punible en el caso que nos atañe carece de intención defraudadora, siendo a lo sumo una mera herramienta para la consecución de un fin. MARTA debido a su escasa edad, resulta inverosímil que posea los conocimientos necesarios para la realización del acto fraudulento, reduciendo su actuación a la mera aportación de su nombre para figurar como titular en la donación de las participaciones sociales gestionada por sus padres. MARTA manifiesta en sus declaraciones que no tenía conocimiento, ni intervino en el procedimiento seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Zaragoza, ni del Procedimiento ordinario, ni de la Ejecución de Títulos posteriores. Además, el propio padre PABLO declara que el grado de implicación y gestión de la empresa de MARTA es inexistente.

**Quinto.-** PABLO, marido de ELENA, es asesor fiscal, socio y administrador único de SUBMARINO S.L. y se encarga de la contabilidad, gestión y documentación de dicha sociedad.

Sin embargo, como manifiesta en su declaración, no ha vivido en el inmueble de la C/Soto Mayor desde 2012, debido a su situación de separación de hecho, ni ha presenciado la reforma realizada en la vivienda por MAGISTA S.L. desconociendo el precio de dicha reforma ni cuánto pagó a cuenta ELENA, dado que no le comunicó nada en todo el proceso de rehabilitación de la vivienda. A partir de 2014, ya no estaba empadronado en el inmueble de C/Soto Mayor, como se aporta en el certificado de empadronamiento aportado en el escrito de defensa, sino que estaba viviendo en un domicilio distinto. Además, IVÁN, anterior abogado, manifiesta en sus declaraciones que ELENA le dijo expresamente que no le dijera nada de lo que estaba sucediendo a PABLO. Hay que tener en cuenta que SUBMARINO S.L. no había formado parte de esa reforma, sin preocuparse de las obras que se estaban realizando en el inmueble. Y quien aporta el inmueble a la sociedad es ELENA en primavera del año 2012.

Cuando se pregunta a PABLO en la declaración, que por qué no se inscribió hasta el 13-05-2014, es decir, dos días antes del acto de juicio con MAGISTA S.L., manifestó en la declaración que era casualidad, porque el declarante desconocía que hubiera un proceso judicial.

Aún así, PABLO con su profesión de asesor fiscal y administrador único de la sociedad, se le requiere una responsabilidad de gestión por lo que se presupone que tenía el deber de conocer la situación que se estaba dando con respecto al inmueble de la C/Soto Mayor.

Aún así, PABLO no conocía lo que estaba sucediendo y como ya expuso en su declaración, era desconocedor de que hubiera un proceso judicial, así como de la Ejecución de Títulos posteriores. Es por eso que a pesar de ser asesor fiscal no tenía la posibilidad de conocer los verdaderos motivos de las actuaciones ya que ELENA no se las había comunicado, por lo que sus acciones carecerían de dolo y de intención defraudatoria. Su defensa recaería en la apreciación de ausencia de dolo, esto conllevaría la necesidad de demostrar que sus acciones no eran tendentes a realizar la conducta fijada en el tipo de la insolvencia punible.

Sería más correcto a mi juicio, la calificación de las actuaciones de PABLO, en caso de no ser apreciada su absolución (basándonos en las circunstancias expuestas y el desconocimiento de los hechos por su parte), como cooperador necesario (recibe la misma pena que se aplica al autor) o incluso de cómplice, imponiéndose la pena inferior en grado a la prevista para el autor. Hay que tener en cuenta que la Jurisprudencia ha calificado la contribución del partícipe en delitos de alzamientos de bienes, como de cooperación de necesaria. Además, a pesar de la ausencia de dolo, la condición de administrador y asesor fiscal hace que se le requiera una cierta diligencia y responsabilidad de conocer de los hechos que acaecen en la sociedad que administra.

Firmado en Zaragoza a 21 de Diciembre de 2016:

GUILLERMO ROJO CASASNOVAS

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ PÉREZ-FLORES, RAFAEL, JAÉN VALLEJO, MANUEL, MARTÍNEZ ARRIETA, ANDRÉS, MÁRQUEZ PRADO, CRISTINA, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL, *La reforma del Código Penal. Parte Especial II*, 16.04.2015[[http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Codigo-Penal-Parte-Especial-II\\_11\\_804430001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Codigo-Penal-Parte-Especial-II_11_804430001.html)] Última visita realizada el 16 de Diciembre de 2016.
- BACIGALUPO ENRIQUE, *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- BAJO FERNANDEZ, MIGUEL, *El contenido de injusto en el delito de quiebra*, en ADPCP, 1971.
- CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, MIR PUIG SANTIAGO, *Comentarios al código Penal, reforma LO 1/2015 Y LO 2/2015*, Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2015.
- CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, MIR PUIG SANTIAGO, *Comentarios al código Penal, reforma LO 5/2010*, Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2011.
- DEL ROSAL BLASCO BERNARDO, *Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 47, Fasc/Mes 2, 1994. Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código Penal*, [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46460>][última visita realizada el 24 de Noviembre de 2016].
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ CARLOS, *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial, 3ª Edición*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO *Derecho Penal, Parte Especial, 20ª Edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de Marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, tomo III: Infracciones sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales*, Madrid, 1965.
- MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª edición, Barcelona, 1999.
- VIZUETA FERNÁNDEZ JORGE, ALASTUEY DOBÓN CARMEN, ESCUCHURI AISA ESTRELLA, MAYO CALDERÓN, BELÉN, « Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial», Universidad de Zaragoza.

## VI. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero [RJ 2.003/793]
- Sentencia Audiencia Provincial de Murcia 29 de Noviembre de 2013 [TOL 4.064.201].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 2005 [TOL791.879]
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 1994 [TOL 5.154.203]
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Noviembre de 1997 [RJ 1997/7986]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de Diciembre de 2012 (TOL 141.854).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 1994 [RJ 1994/3696].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 Junio de 2013 [RJ/2013/5557]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de Abril de 1996 [TOL387.460]
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de junio de 2008 [TOL 1.340.424]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de Diciembre de 2012 [TOL 141.854]
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Noviembre de 2002 [RJ 2002/9720]
- Sentencia del Tribunal Supremo de de 8 de mayo de 1996 [RJ 1996/3803].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2013, [RJ 2013/5587]
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1992 [RJ 1992/1401]
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1992 [RJ 1992/ 2866]
- (STS 21 de Diciembre de 2000 [RJ 2001\1082]).