

INSOLVENCIA PUNIBLE

ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal

Palabras clave: insolvencia punible, cooperación necesaria, responsabilidad civil.

ENUNCIADO

La sociedad «XXX» había venido manteniendo una dilatada relación comercial con la empresa «YYY» durante 2 años, en el marco de la cual la primera de ellas adquiría material de jardinería. En el año 2004 la empresa «XXX» dejó de abonar cuatro facturas correspondientes a los meses de abril, mayo, junio y julio, por un importe cada una de ellas de 7.000 euros, lo que llevó a que en el mes de septiembre de 2004 se firmara por parte de la sociedad «XXX» un reconocimiento de deuda por importe de 28.000 euros, explicitándose en el documento que se abonarían 20.000 euros mediante el pago de tres letras, mientras que los otros 8.000 se saldarían mediante la devolución del material de jardinería reflejado en el citado documento, valorado en 8.000 euros. Las tres letras fueron pagadas a sus respectivos vencimientos, pero el material no se devolvió, por lo que la empresa «YYY» inició un procedimiento civil para la entrega del material de jardinería, siendo así que en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia se acordaba la devolución del citado material o en su defecto la indemnización de los 8.000 euros más los intereses legales. Al no hacerse la entrega del material deportivo ni del dinero, se instó por la entidad «YYY» la ejecución de la sentencia, personándose la comisión del Juzgado en el domicilio social de la empresa «XXX», a efectos de realizar el oportuno embargo, siendo que dicha sociedad ya no tenía en dicho lugar el domicilio social, sino que en su lugar se encontraba la sociedad «ZZZ», con el mismo objeto social pero con distintos proveedores.

La sociedad «ZZZ» tenía como socios al 50 por 100 a Marisa y a Lourdes, siendo el administrador único de la misma Rogelio, el cual había sido a su vez el administrador único y socio del

60 por 100 de las acciones de la sociedad «XXX». Las dos accionistas de la sociedad «ZZZ» no habían aportado a la misma capital alguno, sino que el dinero para el desembolso del capital social era todo él (5.500 €) propiedad de Rogelio. Todo el mobiliario, equipo informático, así como los dos vehículos propiedad de «ZZZ» eran bienes de la sociedad «XXX».

CUESTIONES PLANTEADAS:

- Calificación jurídica de los hechos.

SOLUCIÓN

El relato de hechos nos describe la relación comercial entre dos empresas de forma estable, en la cual una ejerce de suministradora de productos de material de jardinería de la otra. En el año 2004, se produce el impago de cuatro facturas por un importe total de 28.000 euros, a raíz del cual y para gestionar el pago de la deuda, se firma entre ambas empresas un documento privado de reconocimiento de deuda, en el cual se acuerda que el abono de tres letras de cambio por importe de 20.000 euros y el resto, los otros 8.000 euros, se saldarían mediante la devolución de parte del material de jardinería suministrado. Tras el abono de las tres letras de cambio, no se produce la devolución del material de jardinería, por lo que la empresa acreedora acude a la vía jurisdiccional civil para hacer efectiva la misma. Finalizado el procedimiento civil, y en fase de ejecución, se hace imposible el embargo de bienes ya que en el domicilio social de la empresa deudora ya no se encuentra domiciliada la referida empresa, sino otra diferente, que dedicada al mismo objeto social tiene el mismo administrador único. Los socios de la nueva empresa son personas interpuestas ya que el dinero para su creación ha sido entregado por el referido administrador, habiéndose producido igualmente un trasvase de bienes de una sociedad a otra.

Sobre la base de dichos hechos, hemos de acudir a los efectos de tipificación penal, a lo establecido en el **artículo 257.1 del Código Penal**, que dentro de la rúbrica «De las insolvencias punibles», recoge el conocido «alzamiento de bienes». Señala el referido precepto: «Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de 12 a 24 meses: 1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores». Los hechos nos muestran cómo Rogelio, a fin de evitar el abono de los 8.000 euros, así como de los intereses legales a cuyo abono ha sido condenado en virtud de una sentencia dictada por un juzgado civil, descapitaliza la sociedad de la que es máximo accionista y administrador único, creando otra diferente, de la cual es el accionista de hecho y el administrador único, a la cual traspasa el patrimonio.

A tenor de lo establecido por la jurisprudencia, el tipo delictivo a que nos referimos se construye sobre dos pilares, un elemento objetivo y otro subjetivo. El *elemento objetivo* supone la existencia de un acreedor que tiene sobre el deudor uno o varios créditos reales, vencidos o no; esto es, que puedan

ser exigibles en su día aunque aun no lo sean en el momento del «alzamiento». El *elemento subjetivo* consiste en el dolo que tiene el deudor de hacer desaparecer los bienes que posee a fin de evitar la satisfacción de los créditos de los que es deudor. Como en la mayoría de los tipos delictivos, el ánimo tendencial del sujeto activo habrá que deducirlo de los propios actos que desarrolla, y en éste caso, de los actos que el deudor realiza para colocarse en una situación ficticia de insolvencia. Ello nos lleva a referirnos a las diversas modalidades comisivas que el sujeto activo puede utilizar para buscar esa situación de insolvencia. Así, la praxis judicial se refiere a la misma ocultación de los bienes, colocándolos fuera del alcance de los acreedores, llegando al extremo de ignorarse el paradero de los mismos. También se puede acudir a enajenaciones, ya sean reales o ficticias, pero cuya finalidad sea, no ya el finiquitar el patrimonio del deudor, sino el crear esa apariencia de insolvencia que impida el cobro de las deudas. No olvidemos que el tipo no exige la creación de una situación de insolvencia total, sino la mera insolvencia parcial provocada por el deudor para evitar una actuación judicial o extrajudicial de los acreedores, para que se produzca la consumación del delito. Por ello, la referencia que el artículo 257.1 del Código Penal realiza al «perjuicio de sus acreedores» hay que interpretarla no como la existencia de un perjuicio real y concreto para los acreedores, sino que lo que el deudor pretende es abstraer en su propio beneficio alguno de los bienes de su patrimonio a la acción de los acreedores. Llegados a este punto, debe de señalarse que lo que el artículo 257.1 del Código Penal persigue no son las situaciones de insolvencia de los deudores, sino cuando aquellas situaciones son buscadas de propósito por aquellos con el fin último de perjudicar a sus acreedores. Finalmente, y a efectos de consumación del delito, señalar que tratándose de un delito de mera actividad, el mismo se consuma cuando el sujeto activo realiza los actos de ocultación de sus bienes, aunque finalmente no se llegue a ocasionar un perjuicio a los acreedores.

Pues bien, en el caso que nos ocupa es obvia la existencia del llamado *elemento objetivo*, ya que existe una deuda exigible y vencida, hasta el punto de la existencia de una sentencia judicial que así lo establece. En cuanto a la existencia del *elemento subjetivo*, esto es, el dolo del sujeto activo en aras a perjudicar los créditos de la empresa «YYY», el relato de hecho nos describe como «desaparece» la empresa «XXX», ocupando su lugar una nueva empresa «ZZZ» con el mismo objeto social, con el mismo socio mayoritario que es a la vez administrador único de ambas empresas, y con un traspaso fraudulento de bienes. Por tanto, el dolo inspirador del delito se muestra nítido en vista de las actuaciones llevadas a cabo por Rogelio en orden a ocultar el patrimonio de la empresa «XXX». En el caso de personas jurídicas, el patrimonio de las mismas se integra tanto por bienes materiales como inmateriales. En este caso no se nos dice nada de los bienes inmateriales, pero sí de los materiales (mobiliario, equipos informáticos y dos vehículos), bienes todos ellos que pertenecían originariamente a la empresa deudora «XXX», y de los que no se acredita como han llegado al patrimonio de la empresa «ZZZ». A mayor abundamiento, no consta que la empresa «XXX» haya utilizado los medios legales para el cese de sus actividades, ni se halla acudido a la figura del concurso de acreedores, sino que mediante una actuación de facto desaparece junto a su patrimonio. Por ello, el ánimo del sujeto activo es palmario. Llegados a este extremo hay que señalar que en el delito de alzamiento de bienes, como ya hemos señalado, tiende como fin último a evitar o al menos dificultar en lo posible la posibilidad de los acreedores de hacer efectivos sus créditos. En el caso que estamos analizando, no hay duda de que el hecho de cesar una empresa en su actividad sin seguir los cauces legales y crear otra diferente con el trasvase de activos financieros a esta nueva sociedad supone un plus de dificultad a la posibilidad de cobro por los acreedores sociales de las deudas.

Otra cuestión al margen, y que no tratamos en el presente caso, son las posibles acciones de responsabilidad social contempladas en el **artículo 134.5 de la Ley de Sociedades Anónimas**, así como la acción de responsabilidad individual regulada en el **artículo 135** de la referida ley, que los acreedores pudieran ejercitar contra los administradores cuando entiendan que con su actuación han resultado perjudicados.

La siguiente cuestión a dilucidar será la responsabilidad de las personas intervinientes en los hechos. Por un lado encontramos a Rogelio, que sin duda resulta ser el cerebro de la operación, ya que es administrador de ambas sociedades, socio mayoritario de la empresa «XXX» y el socio real de la empresa «ZZZ», ya que aunque no consta así en la escritura de constitución, el capital utilizado para la constitución (5.500 €) es de su propiedad, habiendo utilizado a Marisa y a Lourdes como personas interpuestas para que constaran como socias de la empresa «ZZZ» y así evitar que el mismo fuera identificado como integrante de la misma. La duda pudiera suscitarse respecto a la responsabilidad de estas últimas (María y Lourdes) ya que del relato de hechos parece deducirse que han actuado de común acuerdo con Rogelio en la creación de la sociedad «ZZZ», y por tanto en la ocultación de los bienes, por lo que habría que considerarlas como cooperadoras necesarias de conformidad con lo establecido en el **artículo 28 del Código Penal** que castiga como autores a los que cooperan a la ejecución de un delito con un acto sin el cual no se hubiera realizado el delito. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2002 señala que la participación de un *extraneus* en el alzamiento de bienes como cooperador necesario se ha venido reconociendo en la praxis judicial como cooperación necesaria, cuando se trata de personas, que de acuerdo con el sujeto activo del delito, colaboran eficazmente con el mismo para frustrar las expectativas de cobro que los acreedores tienen de sus créditos. En el caso que nos ocupa las actuaciones de ambas mujeres hay que catalogarlas como de actos de cooperación necesaria.

Finalmente se suscita la cuestión relativa a la responsabilidad civil. Del análisis de nuestro relato de hechos, ¿cabe entender que la actuación de Rogelio, Marisa y Lourdes da lugar al pago de una responsabilidad civil? La cuestión sin duda es de interés. El **artículo 109 del Código Penal** establece que la realización de un hecho delictivo obliga a reparar los daños y los perjuicios causados. Por su parte, el **artículo 110** del mismo cuerpo legal establece que la responsabilidad descrita en el artículo anterior comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales. Lo que ocurre es que el delito de alzamiento de bienes es catalogado como un delito de riesgo o de resultado cortado, por lo que no es necesaria la producción de un real perjuicio al acreedor para su nacimiento. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que la responsabilidad civil en el delito de alzamiento de bienes sólo comprende la reparación de los perjuicios materiales o morales que se hayan ocasionado como consecuencia directa del delito. Ello a su vez conlleva que la responsabilidad civil del referido delito no comprenda el importe de la obligación que el acusado trataba de eludir, ya que la deuda era anterior a la existencia misma del delito y no nace como consecuencia de la realización del mismo. En el caso que estamos analizando, la deuda era preexistente, existía una sentencia judicial que así lo determinaba, hasta el punto de decretar el embargo de bienes en fase de ejecución, todo lo cual nos lleva a afirmar que la acción delictiva cometida no ha producido el perjuicio de los 8.000 euros que era existente. En este caso no habrá lugar a la solicitud por vía de responsabilidad civil en el procedimiento penal del abono de la deuda preexistente. Ello no implica que en otros casos sí exista esta responsabilidad civil, como pueden ser

los casos en que sea necesaria la anulación de los negocios jurídicos simulados, la restitución de la situación jurídica al momento anterior al acto delictivo, etc.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 28, 109, 110 y 257.1.
- RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), arts. 134.5 y 135.